

Land	Norge
Domstol	Bergen tingrett
Parter	Sparebank 1 Utvikling DA mod Tietoevry Norway AS
Dato for afgørelse	18. januar 2024
Afgørelsestype	Dom
Status	Ukendt
Dato for publicering i domsdata-basen	24. marts 2024
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	Ikke omtalt
Gengivet fra	Lovdata

Denne dom er hentet fra Lovdata med Lovdatas tilladelse.

Udnyttelse af afgørelser fra Lovdata til forlagsvirksomhed, distribution, drift af søgbare databaser eller til undervisningsvirksomhed kræver særskilt aftale med Lovdata. Lovdata afgør i tvivlstilfælde, hvorvidt der foreligger forlagsvirksomhed, distribution, drift af søgbare databaser eller undervisningsvirksomhed.

Vidersalg af Lovdatas tjenester kræver særskilt aftale.



Oslo tingrett - Dom - TOSL-2022-167984

Instans	Oslo tingrett – Dom
Dato	2024-01-18
Publisert	TOSL-2022-167984
Stikkord	Avtalerett. Opsjonsutøvelse. Avtaletolkning.
Sammendrag	Tvist om varigheten av IT-kontrakt og vederlaget for IT-tjenester. Krav om revisjon av vederlaget basert på en såkalt reforandlings- eller «hardship»- klausul og avtaleloven § 36. Uttalelser om forståelsen av de to rettsgrunnlagene og forholdet mellom disse, samt om rettens kompetanse under en reforandlings- eller «hardship»-klausul.
Saksgang	Oslo tingrett TOSL-2022-167984 (22-167984TVI-TOSL/03).
Parter	Sparebank 1 Utvikling DA (advokat Henning Harborg og rettslig medhjelper advokat Andreas Eide Røyneberg) mot Tietoevry Norway AS (advokat Halvor Manshaus og rettslig medhjelper advokat Andreas A. Johansen).
Forfatter	Tingrettsdommer Stian Fagervold.

Innholdsfortegnelse

Oslo tingrett - Dom - TOSL-2022-167984	1
Innholdsfortegnelse	2
1. Sakens bakgrunn	3
2. Partenes anførsler og påstander	3
2.1 Saksøkers anførsler og påstander.....	3
2.2 Saksøktes anførsler og påstander	5
3. Rettens vurdering	8
3.1 Innledning.....	8
3.2 Kunne Kunden rettmessig forlange Hovedavtalen med grunnlag i opsjonene i EA 2016?	9
3.2.1 Kort om bakgrunnen og partenes posisjoner.....	9
3.2.2 Forliksavtalens formål og innhold	10
3.2.3 Forliksavtalens forhistorie	11
3.2.4 Forliksavtalens kontekst – EA 41-2021	13
3.2.5 Forliksavtalens oppfølging.....	13
3.2.6 Reelle hensyn – konsekvensbetraktninger	14
3.2.7 Konklusjon	14
3.3 Forlenges opsjonene i EA 2016 tilsvarende Leverandørens forsinkelse?	14
3.3.1 Kort om bakgrunnen og partenes posisjoner.....	14
3.3.2 Bortfalt tredje ledd som følge av det økonomiske oppgjøret i Forliksavtalen?	15
3.3.3 Er tredje ledd blitt «stående ved en glipp» og uvirksom?	16
3.3.4 Er Kunden av andre grunner forhindret fra å gjøre tredje ledd gjeldende?	18
3.3.5 Konklusjon	19
3.4 Har Leverandøren rett til å si opp Hovedavtalen?	19
3.5 Har Leverandøren krav på revisjon av vederlaget?.....	20
3.5.1 Kort om bakgrunnen og partenes posisjoner.....	20
3.5.2 Nærmere om de anførte hjemmelsgrunnlagene.....	21
3.5.2.1 Hovedavtalens punkt 3.1.....	21
3.5.2.2 Hovedavtalens punkt 3.7 (b).....	23
3.5.2.3 Hovedavtalens punkt 3.7 (g).....	24
3.5.2.4 Avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger	26
3.5.3 Gir avtaleloven § 36 hjemmel for revisjon av vederlaget?.....	27
3.5.3.1 Endring i Kundens bruk av Leverandørens tjenester	28
3.5.3.2 Endringer i IT – markedet	35
3.5.3.3 Utviklingen i norsk og global økonomi.....	36
3.5.3.4 Regulatoriske endringer	39
3.5.3.5 Manglende nearshoring	39
3.5.3.6 Manglende sanering og utrulling	41
3.5.3.7 Leverandørens referansemåling og lønnsomhetskalkyle.....	42
3.5.3.8 Rettens urimelighetsvurdering.....	42
3.5.3.9 Konklusjon.....	47
3.6 Har Leverandøren krav på erstatning?	47
3.7 Oppsummering og avsluttende bemerkninger	47
3.8 Saksomkostninger	48

Saken gjelder tvist om varigheten av IT-kontakt og vederlaget for IT-tjenester.

1. Sakens bakgrunn

Partene inngikk 1. november 2007 en langsiktig avtale om levering av betalingsformidlingstjenester og andre IT-tjenester. Avtalen ble inngått mellom Alliansesamarbeidet Sparebank 1 DA, nå Sparebank 1 Utvikling DA (heretter Kunden), og EDB Business Partner Norge AS, nå Tietoevry Norway AS (heretter Leverandøren). Avtalen omtales i det videre som Hovedavtalen.

Hovedavtalen hadde opprinnelig en varighet til 31. desember 2014, men inneholdt opsjoner for Kunden som ga rett til forlengelse av Hovedavtalen med inntil fire år. Varigheten av Hovedavtalen er senere blitt forlenget flere ganger ved endringsavtaler, senest ved endringsavtale av 28. oktober 2016 (heretter EA 2016). EA 2016 omtales av partene også som EA 44/2016. EA 2016 forlenget Hovedavtalen frem til 31. desember 2022, men inneholdt også opsjoner for Kunden til å forlenge Hovedavtalen ytterligere med inntil 7 år. EA 2016 inneholdt dertil regulering av hva som skulle skje med opsjonenes varighet dersom leveransen av de såkalte kjernebankløsningene ble forsinket ut over 31. desember 2022.

Det er ingen uenighet om at det inntrådte forsinkelser i utviklingen av de såkalte kjernebankløsningene, og på den bakgrunn ble det 30. november 2021 inngått en forliksavtale (heretter Forliksavtalen). Ved Forliksavtalen ble det blant annet avtalt kompensasjon for Kundens merkostnader som følge av Leverandørens forsinkelser. Det ble også avtalt at EA 2016 skulle erstattes av en ny avtale for kjernebankløsningene, samt at slik ny avtale skulle inngås innen 5 måneder etter inngåelsen av Forliksavtalen.

Partene har ikke lyktes med å inngå slik ny avtale for kjernebankløsningene og det har oppstått tvist mellom partene. Partene er uenige om hvorvidt Hovedavtalen fremdeles gjelder mellom partene, eller om den utløp 31. desember 2022 som følge av den manglende enigheten om ny avtale. Forutsatt at Hovedavtalen fremdeles gjelder, er partene også uenige om hvor lenge Hovedavtalen kan forlenges med grunnlag i opsjonene i EA 2016. Partene er dertil uenige om hvilket vederlag som skal betales for tjenestene som er levert etter 31. desember 2022, og som fremdeles leveres av Leverandøren. Disse tvistepunktene er nært forbundet, i den forstand at Leverandøren ikke ville motsatt seg en forlengelse av Hovedavtalen dersom partene hadde evnet å bli enige om et endret vederlag.

Med bakgrunn i partenes tvist tok Kunden ut stevning for Oslo tingrett 18. november 2022. Det ble i stevningen i hovedsak nedlagt påstand om fastsettelsesdom for at Kunden hadde rett til å forlenge Hovedavtalens varighet gjennom utøvelse av opsjonene i EA 2016, samt for at Leverandøren ikke hadde krav på endring av vederlaget.

Leverandøren tok til motmæle ved tilsvarende og motkrav av 6. januar 2023. Det ble her i hovedsak nedlagt påstand om at Kunden ikke hadde rett til å forlenge Hovedavtalen gjennom utøvelse av opsjonene i EA 2016, og om at Leverandøren hadde krav på høyere vederlag for tjenestene utført etter 31. desember 2022.

Hovedforhandling ble gjennomført i Oslo tingrett over 8 rettsdager fra 14. til 24. november 2023. Partene møtte med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble hørt 10 vitner. Om bevisførselen for øvrig vises det til rettsboken.

2. Partenes anførsler og påstander

2.1 Saksøkers anførsler og påstander

Saksøker, Sparebank 1 Utvikling DA, har i hovedtrekk anført:

Kundens opsjoner på forlengelse følger klart og tydelig av EA 2016. Når Leverandøren bestrider at opsjonene fortsatt gjelder, skyldes dette Forliksavtalen. Leverandørens syn innebærer at partene ved Forliksavtalen skal ha blitt enige om at Kundens opsjoner på avtaleforlengelse falt bort. Forliksavtalen, og forståelsen av den, er derfor sentralt for hvorvidt Hovedavtalen fortsatt gjelder.

Forliksavtalen finner sin bakgrunn i påløpte og varslede forsinkelser i Leverandørens leveranse av kjernebankfornyelsen. Disse ledet til at Kunden høsten 2018 initierte forhandlinger om kompensasjon for

Kundens merkostnader og tap, samt om en ny samarbeidsmodell og fremdriftsplan med tilhørende betalingsmilepæler for kjernebankfornyelsen. Dette var de omforente og avklarte rammene for forhandlingene. Det var aldri tale om å endre eller reforhandle andre vilkår, herunder Kundens opsjoner på forlengelse av avtaleperioden og bestemmelsene om Leverandørens vederlag.

Forliksavtalen innebar ikke at partene skulle reforhandle eller endre de gjeldende kommersielle betingelsene. Det er ingen holdepunkter i Forliksavtalens ordlyd, felles forutsetninger eller etterfølgende opptreden for det. Uansett er det ikke inngått en ny avtale, og det har derfor ikke inntrådt slike endringer. Leverandørens synspunkter innebærer at partene gjennom Forliksavtalen skal ha blitt enige om å forkorte Hovedavtalens virketid betydelig (gjennom bortfall av opsjonene på forlengelse) uten at de hadde blitt enige om en ny avtale. Leverandørens forståelse er altså at partene ved Forliksavtalen skal ha blitt enige om at Hovedavtalen skulle opphøre uten at partene var enige om hva som skulle gjelde i stedet. En slik forståelse av Forliksavtalen krever svært klar dekning i ordlyden. Det har den ikke. Etter Kundens syn faller Leverandørens påberopte avtaleforståelse også på egen urimelighet. Det må være på det rene at Kunden ikke ville ha gått med på å forkorte gjeldende avtales løpetid mot et felles ønske om å inngå en ny avtale med uavklart innhold. Leverandørens påberopte avtaleforståelse ble også først gjort gjeldende etter lang tid, og fremstår opportunistisk og tilpasset tvisten.

Leverandøren har gjort gjeldende at bestemmelser i Hovedavtalen, alternativt avtaleloven § 36, læren om bristende forutsetninger og erstatningsregler, gir retten grunnlag for å tilkjenne Leverandøren et oppjustert vederlag. Etter Kundens syn er det ikke grunnlag for Leverandørens krav om vederlagsjustering og erstatning.

Hovedavtalens punkt 3.7 (g) hjemler reforhandling ved bristende forutsetninger. Bestemmelsen gir ikke selv grunnlag for revisjon av avtalevilkår, og gir altså ikke Leverandøren krav på et bestemt vederlag. Kunden har vært villig til å reforhandle dersom Leverandøren dokumenterer relevant forutsetningsbrist, og har oppfordret Leverandøren til å tilby slik dokumentasjon. Det har Leverandøren ikke gjort.

Hovedavtalens punkt 3.1 åttende avsnitt er ikke formulert som en rettighetsbestemmelse og inneholder ikke en rett til å kreve vederlagsjustering på grunnlag av kostnadsøkninger. En slik tolkning ville gjort hele punkt 3.7 overflødig, noe som klart nok ikke har vært hensikten. Bestemmelsen er aldri blitt forstått slik at partene og ble først trukket frem i tilsvaret.

Kunden anerkjenner derimot at avtaleloven § 36 generelt gir domstolene kompetanse til å revidere avtalebestemmelser, derunder prisbestemmelser, der disse er – eller er blitt – tilstrekkelig urimelige. Kunden kan imidlertid ikke se at det er rom for anvendelse av bestemmelsen i denne saken. Hovedavtalen inneholder detaljerte bestemmelser om Kundens vederlag, og om vilkårene for reforhandling og justering av vederlaget. Bestemmelsene er fremforhandlet mellom profesjonelle parter for en bestemt periode. Det skal i en slik situasjon svært mye til for at avtaleloven § 36 likevel kan gi krav på revisjon. Kundens klare syn er at avtaleloven § 36 ikke gir grunnlag for revisjon i saken.

Alle Leverandørens påberopte grunnlag for revisjon gjelder etter Kundens syn omstendigheter eller utvikling som Leverandøren er nærmest til å bære risikoen for.

Leverandørens hovedsynspunkt er at de avtalte prisene må revideres fordi Hovedavtalen har utviklet seg til å bli ufordelaktig for Leverandøren. Kunden kan ikke se at det kan gi grunnlag for revisjon. Avtalt årlig vederlag består av en fastpris for nærmere definerte tjenester og en variabel pris for drift og forvaltning av tjenester som ikke er omfattet av fastprisen. Fastprisen utgjør altså bare en del av det totale årlige vederlaget som Kunden betaler. Fastprisvederlaget følger en avtalt og svært presis modell med degressiv pris. Den årlige reduksjonen følger av en definert prosentsats som ble forhandlet frem. Prismodellen er en konsekvens av bevisste og informerte valg fra partene ved inngåelsen av Hovedavtalen i 2007, samt ved etterfølgende endringsavtaler. For kjernebankfornyelsen spesielt ble det forhandlet om prisene og andre vilkår både i 2014 og i 2016.

Verken utviklingen i IT-markedet, prisnivået eller økonomien for øvrig kan gi grunnlag for reforhandling eller revisjon. Fastprisen er ikke gjenstand for KPI-justering eller annen indeksregulering. Det var et tema i de tidlige forhandlingene av Hovedavtalen om fastprisen skulle KPI-justeres, og Leverandøren valgte det bevisst bort. Pris- eller markedsutvikling er en helt påregnelig risiko i langvarige kontrakter, og Leverandøren har risikoen for egne forutsetninger og kalkyler.

Leverandøren har også påberopt at Kunden betaler en lavere pris enn Leverandørens øvrige kunder. Leverandøren synes å mene at prisene som belastes andre kunder utgjør en markedspris som må være styrende for det Leverandøren kan kreve også av Kunden. Kunden er ikke enig i det. Leverandøren er en dominerende

aktør i markedet, og Leverandørens priser til andre kunder utgjør ikke en markedspris som Leverandøren kan kreve av andre kunder. Den enkelte kundes betingelser er en funksjon av forhandlinger mellom Leverandøren og den enkelte kunde. Avtalen mellom Kunden og Leverandøren blir ikke urimelig i avtaleloven § 36s forstand av at Leverandøren har fremforhandlet bedre vilkår med andre kunder. Kunden er Leverandørens største bankkunde, og derved også en viktig kunde for Leverandøren. Avtaleinngåelsen i 2007, så vel som i 2014 og 2016, innebar forretningsstrategiske gevinster for Leverandøren. Prisene og øvrige vilkår reflekterer dette, og Kunden har krav på de avtalte prisene i Hovedavtalens løpetid.

Leverandøren argumenterer også ut fra at deres kostnader øker, mens Kundens priser iht. Hovedavtalen er degressive. Bakgrunnen for den degressive prismodellen var at Leverandøren skulle oppnå kostnadsbesparelser ved kjernebankfornyelsen. Eventuelt misforhold mellom Leverandørens kostnader og inntjening på Hovedkontrakten er i stor grad en konsekvens av at Leverandøren ikke har oppnådd de forventede besparelsene. Det igjen skyldes at Leverandøren er vesentlig forsinket i fornyelsesprosjektet på grunn av forhold på egen side. Det kan ikke gi grunnlag for krav på revisjon av prisene mot Kunden.

Leverandøren har også påberopt volumøkninger. Økninger i volum kan etter Hovedavtalen begrunne regulering av fastprisen, men bare hvis økning i et sett med vektete, avtalte parametere overstiger en avtalt terskel på 6 % årlig organisk vekst (akkumulert vekst), jf. vedlegg 4.1 punkt 2.7. Reguleringen er helt bevisst, og har ikke blitt endret i senere endringsavtaler. Økninger i bruk, trafikk, kall mv. som verken er volumpriset eller omfattes av punkt 2.7, er Leverandørens risiko. Volumveksten har i kontraktsperioden ikke vært høy nok til at den avtalte årlige terskelen har blitt overskredet, eller til å begrunne revisjon.

Leverandøren har også vist til en del diskusjonstemaer i kjernebankfornyelsen, derunder migreringsstrategi, sanering/ funksjonelle avklaringer og utkontraktering. Temaene har blitt diskutert konstruktivt i relevante fora, og de har blitt behandlet av Kunden i henhold til det avtalte. Kunden har ikke forsinket eller fordyret Leverandørens leveranse.

Verken den ulovfestede læren om bristende forutsetninger eller erstatningsreglene kan i en sak som dette gi krav på revisjon eller annet når avtaleloven § 36 ikke gjør det.

Saksøker har nedlagt slik påstand:

1. SpareBank 1 Utvikling DA har rett til å utøve opsjoner på forlengelse av kontraktsperioden etter 31. desember 2022 på samme betingelser som tidligere for tre nye toårsperioder og én ettårsperiode, til sammen til og med 31. desember 2029.
2. Dersom Tietoevry Norway AS' leveranser i kjernebankprogrammet etter EA 44-2016 blir forsinket utover 31. desember 2022, har SpareBank 1 Utvikling DA krav på at opsjonene på forlengelse av kontraktsperioden etter påstandens pkt. 1 forlenges med en periode tilsvarende forsinkelsen utover 31. desember 2022.
3. SpareBank 1 Utvikling DA frifinnes for Tietoevry Norway AS' krav om prisrevisjon og erstatning.
4. SpareBank 1 Utvikling DA tilkjennes saks kostnader.

2.2 Saksøktes anførsler og påstander

Saksøkte, Tietoevry Norway AS, har i hovedtrekk anført:

Saksøktes prinsipale krav i saken er at Hovedavtalen løp ut 31. desember 2022. Partene er enige om at avtaleforholdet som et utgangspunkt løp ut 31. desember 2022. Kunden mener at selskapet rettmessig forlenget avtaleforholdet i brev form datert 20. juni 2022. Det er Leverandøren uenig i.

Kundens anførte forlengelse er hjemlet i EA 2016 punkt 8. Partene hadde imidlertid lenge i forkant av dette avtalt at EA 2016 skulle erstattes i sin helhet, jf. Forliksavtalen. Partene skulle istedenfor forhandle frem og inngå en ny avtale. Dette skulle skje i god tid før Kunden forsøkte forlengelse i brev av 20. juni 2022.

Kunden inngikk aldri i noen reelle forhandlinger om en ny avtale, og forsøkte istedenfor å forlenge avtalen som skulle erstattes, med hjemmel i nettopp avtalen som skulle erstattes. En slik tilnærming er i strid med Forliksavtalen, og i strid med Hovedavtalen og EA 2016 når disse leses i lys av det forlik som ble inngått. Det vil også være i strid med partenes felles forutsetninger da Forliksavtalen ble inngått og i strid med kravene til lojalitet i kontraktsforhold. Kundens handlemåte synes utelukkende motivert av å unngå Hovedavtalens

bestemmelser om regulering av vederlag og Forliksavtalen som krevde at Hovedavtalen uansett skulle reforhandles.

Påstandspunkt 2 og 3 gjelder den praktiske gjennomføringen av en situasjon hvor Leverandøren får medhold i at avtaleforholdet har utløpt. Tjenesteforholdet vil da som et klart utgangspunkt avvikles, med mindre partene enes om en ny/forlenget avtale.

Forutsatt at Kunden får medhold i at Hovedavtalen er blitt rettmessig forlenget, må vederlaget i avtalen (det løpende vederlaget) uansett justeres opp, jf. påstandspunkt 4 og 5.

I påstandspunkt 4 kreves det at retten etter eget skjønn reviderer det årlige faste vederlaget i Hovedavtalens punkt 3.3 og betingelsene for dette. I påstandspunkt 5 kreves det erstatning for det tap Leverandøren har lidt frem til domstidspunktet ved at Kunden ikke har forholdt seg til partenes Hovedavtalen.

En økning av vederlaget har hjemmel i Hovedavtalen (dersom retten kommer til at denne er rettmessig forlenget). Hovedavtalen forutsetter at Leverandøren skal motta et vederlag som dekker Leverandørens kostnader og gir en fortjeneste. Avtalen er i stor grad innrettet mot å definere og begrense størrelsen på vederlaget opp mot kunden som har nest laveste pris. Som storkunde legger avtalen til grunn at Kunden skal få den beste prisen og samtidig motta de ypperste banktjenestene i de markedene som avtalen sammenligner mot. Kort oppsummert kan det slås fast at Hovedavtalen beskriver et spenn for hvor vederlaget skal ligge, der det nedre sjiktet ligger på kostnader med tillegg av et rimelig fortjenesteelement og der det øvre sjiktet avgrenses mot prisen som tilbys til kunden med nest laveste pris.

For det tilfelle at retten kommer til at Hovedavtalen ikke åpner for en slik justering av vederlaget, vil avtalen være sterkt urimelig, i strid med partenes intensjoner og forutsetninger både ved avtaleinngåelsen, senere fornyelser og sist ved Forliksavtalen. En slik avtale har domstolen adgang til å revidere eller helt sette til side. Som rettslig grunnlag for en økning av vederlaget har Leverandøren derfor også påberopt læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36.

De faktiske grunnlagene for kravet om prisregulering kan oppsummeres på følgende vis:

1. Endringer i Kundens bruk av Leverandørens tjenester

Leverandøren leverer i dag en tjeneste som har økt dramatisk i omfang og kompleksitet, og som er langt mer kostbar å levere. Dette samtidig som at realbetalingen for tjenestene blir lavere og lavere for hvert år.

2. Endringer i IT-markedet

Software og hardware har tidligere blitt rimeligere for hvert år. Dette skyldes at utvikling av teknologi normalt gjør det rimeligere å produsere nevnte software og hardware. Slik har det ikke vært de siste årene.

Til dette kommer også at det har blitt vanskeligere og mer kostbart å skaffe nødvendig IKT-kompetanse. Behovet for slik kompetanse er bratt økende. Tendensen har likevel vært at antallet IKT-studieplasser reduseres, og at det ikke bevilges midler til etter- og videreutdanning.

Disse forholdene bidrar til å øke kostnadene for Leverandøren vesentlig.

3. Utviklingen i norsk og global økonomi

Det er velkjent at inflasjonen har vært og stadig er ekstremt høy i 2022 og 2023. Inflasjonen i eurosonen var mot slutten av 2022 på sitt høyeste nivå noensinne. KPI innad i Norge var på sitt høyeste nivå siden 1987. Denne ekstreminflasjonen har «spist opp» enhver mulighet for Leverandøren til å oppebære en margin under Hovedavtalen, for det tilfelle at retten kommer til at Hovedavtalen er rettmessig forlenget. Leverandøren har ved alle avtaleinngåelser lagt til grunn en normalinflasjon, men tatt høyde for noenlunde normale svingninger. Inflasjonen den siste tiden er på ingen måte innenfor normalen. På toppen av inflasjon, kommer den rekordsvake norske kronen målt mot de utenlandske valutaene som styrer Leverandørens kostnader.

4. Regulatoriske endringer

Etter avtaleinngåelse har den relevante teknologiske utviklingen eksplodert. Konsekvensene er ikke bare av forbrukervennlig art. Eksempelvis har utviklingen resultert i en økning av datakriminalitet, urettmessig tilegnelse av informasjon, hvitvasking o.l. Blant annet av denne grunn har det de senere årene skjedd store endringer i det regulatoriske rammeverket, f.eks. endringer i IKT-forskriften, revisjoner av EUs betalingstjenestedirektiv, ny lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering, EUs personvernforordning (GDPR) og ny finansavtalelov. Videre har Leverandøren allerede begynt forberedelser relatert til den kommende forordningen om Digital operasjonell motstandskraft (DORA).

Slike regulatoriske endringer fører til betydelige økte kostnader for Leverandøren. Noe av dette har Kunden allerede betalt gjennom enkeltstående avtaler, men det gjenstår et betydelig element som må justeres i vederlaget.

5. Manglende nearshoring

Partene avtalte i EA 2016, samt i en forutgående endringsavtale i 2014, at bruk av personell i land med lavere kostnadsnivå enn Norge, er «et valid verktøy» så lenge gjeldende lover og regler mv. overholdes.

På denne bakgrunn implementerte Leverandøren ny driftsmodell for Kunden og øvrige kunder i bank-segmentet i ny konsernavtale med IBM, herunder bruk av IBMs leveransesenter for stormaskindrift i EU-landet Ungarn. Både Leverandøren og IBM hadde konkludert med at den planlagte utkontraktingen av spesifikke driftstjenester til Ungarn innfridde regelverkskravene.

Kunden avviste likevel utkontraheringen uten å kunne hjemle dette i regelverkskrav eller andre forhold som ville være relevante under kontrakten. Etter Leverandørens syn var denne avvisningen urettmessig. Leverandøren har dokumentert et tap (tapte kostnadsbesparelser) på kr 83 millioner for årene 2016 til 2023. Leverandøren vil også fremover lide tap grunnet disse forholdene.

6. Kjernebankprogrammet er forsinket, dels på grunn av Kundens manglende sanering og utrulling

Fra og med rundt 2014, har kjernebankprogrammet blitt gjort til en integrert del av Hovedavtalen. Kjernebankprogrammet er et meget omfattende prosjekt hvor Kundens (og andre bankers) sentrale IT- og banksystemer flyttes til en plattform-uavhengig løsning.

Kjernebankprogrammet ble tidlig flere år forsinket. Årsaken til forsinkelsene er å finne hos begge parter i saken. Kunden er selv skyld i manglende sanering og utrulling. En viktig forklaring ligger også i at programmet gjelder endringer i en komplisert aktiv tjeneste samtidig som det stadig skjer endringer i teknologi og marked som legges fortløpende til prosjektet. Denne forsinkelsen medfører at Leverandøren ikke har kunnet oppnå de kostnadsbesparelser som var forutsatt. Leverandøren har derfor per i dag langt større kostnader enn det partene forutsatte.

Forsinkelsen inntrådte tidlig og SB1 har allerede fått kompensert konsekvenser og tap som forsinkelsen medførte. I dag er fremdriften i henhold til gjeldende fremdriftsplan.

7. Økonomisk utvikling i kontraktsforholdet dersom vederlaget ikke reguleres

Leverandøren har gjort en analyse av hvordan økonomien i avtaleforholdet vil bli dersom Hovedavtalen løper videre uten at vederlaget oppjusteres. Analysen viser at kostnadene vil bli dramatisk mye høyere enn inntektene fra i dag og frem til og med 2034. En slik situasjon er ikke bærekraftig for kontraktsforholdet, og er i strid med Hovedavtalens klare mål om bl.a. «gjennomføringsevne, forutsigbarhet og verdiskapning» for begge parter.

8. Referansemåling av pris underbygger av Kundens vederlag må økes

Kontrakten fastsetter at vederlaget skal justeres dersom en referansemåling av pris tilsier det. Dette må leses i lys av målene med Hovedavtalen, herunder «verdiskapning» for begge parter, samt en bestemmelse om at Kunden skal ha «beste pris» – men heller ikke mer. Til dette kommer også at Leverandøren i forutgående korrespondanse før avtaleinngåelsen pekte på at justering av vederlag basert på referansemåling skulle skje nokså hyppig, anslått til hver 30. måned. Slik justering har aldri skjedd. Leverandøren har flere ganger oppfordret Kunden til felles referansemåling i samsvar med Hovedavtalen. Kunden har ignorert disse initiativene.

Leverandøren har derfor på egenhånd utarbeidet en forenklet referansemåling. Denne viser at selv om vederlaget oppjusteres vesentlig, vil Kunden fortsatt ha «beste pris» av alle norske (og danske) banker og bankgrupper som inngår i målingen.

Kunden har krevd rettens fastsettelse av at Kunden kan forlenge Hovedavtalen til 2029, og videre til og med 2034 på nærmere vilkår (påståtte forsinkelser i Leverandørens leveranse).

Kunden har ikke grunnlag for å kreve forlengelse til og med 2029, jf. Leverandørens påstandspunkt 6. Det følger allerede av den nevnte Forliksavtalen og av det faktum at Hovedavtalen allerede har utløpt og ikke er virksom i dag. Kundens påstand tar uansett ikke høyde for at Leverandøren kan si opp Hovedavtalen.

Kunden kan heller ikke kreve forlengelse til og med 2034 på bakgrunn av en påstått forsinkelse, jf. Leverandørens påstandspunkt 7. Kunden leser Endringsavtalen på feil måte; vilkårene for en slik forlengelse er ikke oppfylt. Alle konsekvenser av forsinkelser er uansett oppgjort og kompensert i Forliksavtalen. Partene er enige om at dette i alle fall må gjelde for forsinkelser inntrådt frem til 1. mai 2022, og ingen nye forsinkelser har inntrådt etter dette.

Saksøker har nedlagt slik påstand:

Prinsipalt:

1. Partenes avtale datert 1. november 2007 med senere endringer løp ut 31. desember 2022.
2. SpareBank 1 Utvikling DA dømmes til å betale de uoppgjorte delene av de månedlige fakturaene som er utstedt for perioden fra 1. januar 2023 til domsavsigelsen, med tillegg av forsinkelsesrente regnet fra fakturaenes forfallsdato.
3. Ytterligere bistand eller tjenesteytelser fra Tietoevry Norway AS etter domsavsigelsen, herunder overgang til ny leverandør for SpareBank 1 Utvikling DA etter avtalens punkt 6.6, skal skje til samme prisnivå som lagt til grunn i faktureringen etter avtalens utløp.

Subsidiært, for det tilfelle at Tietoevry Norway AS ikke får medhold i påstandspunkt 1:

4. Avtalens årlige, faste vederlag regulert av punkt 3.3 i avtalen, og betingelsene for vederlaget, revideres etter rettens skjønn.
5. SpareBank 1 Utvikling DA dømmes til å betale til Tietoevry Norway AS et beløp fastsatt etter rettens skjønn for tjenestene levert i perioden fra 1. januar 2023 og frem til domstidspunktet.

I alle tilfeller:

6. SpareBank 1 Utvikling DA har ikke rett til å utøve opsjon på forlengelse av kontraktsperioden etter 31. desember 2022 på samme betingelser som tidligere for tre nye toårsperioder og én ettårsperiode, til sammen til og med 31. desember 2029.
7. SpareBank 1 Utvikling DA har ikke krav på at opsjonene på forlengelse av kontraktsperioden etter påstandens punkt 6 forlenges uten oppjustering av vederlag.
8. Tietoevry Norway AS tilkjennes sakskostnader.

3. Rettens vurdering

3.1 Innledning

Saken reiser følgende tre hovedspørsmål som retten vil ta separat stilling til i det videre.

For det første, hvorvidt Kunden rettmessig kunne forlenge Hovedavtalen med grunnlag i opsjonene i EA 2016, eller om disse er bortfalt og Hovedavtalen utløp 31. desember 2022.

For det andre, og forutsatt at opsjonene i EA 2016 ikke er bortfalt, hvorvidt disse opsjonene forlenges tilsvarende Leverandørens forsinkelse med kjernebankfornyelsen ut over 31. desember 2022.

For det tredje, hvorvidt Leverandøren har krav på et høyere vederlag for tjenestene som er utført etter 31. desember 2022, og som fremdeles utføres, enn før 31. desember 2022.

I tillegg har Leverandøren anført at Leverandøren uansett har adgang til å si opp Hovedavtalen, noe som bestrides av Kunden. Gitt spørsmålets betydning, vil også dette spørsmålet bli gitt separat vurdering i det videre på tilsvarende vis som sakens hovedspørsmål.

Til sist har Leverandøren anført mislighold fra Kundens side og fremmet et erstatningskrav. Kravet er nært forbundet med Leverandørens vederlagskrav, og ble gitt liten oppmerksomhet under hovedforhandlingen. Kravet utgjør likevel et separat krav i saken og vil bli gitt separat vurdering i det videre, på tilsvarende vis som sakens hovedspørsmål.

3.2 Kunne Kunden rettmessig forlenge Hovedavtalen med grunnlag i opsjonene i EA 2016?

3.2.1 Kort om bakgrunnen og partenes posisjoner

Hovedavtalen ble inngått 1. november 2007 med en initiell varighet til 31. desember 2014, og med opsjoner på forlengelse inntil 31. desember 2018. Hovedavtalen er senere blitt forlenget to ganger gjennom endringsavtaler, senest ved EA 2016. Av EA 2016 punkt 8 andre ledd fremgår følgende regulering:

Ny minimums avtaleperiode (Initiell Avtaleperiode) blir fra avtalesignering 28.10.2016 frem til 31.12.2022.

Kunden har ved denne endringsavtalen rett til ytterligere opsjoner for forlengelse etter Initiell Avtaleperiode på samme betingelser for tre nye perioder av to år og en periode av ett år (dvs. opsjon for perioden 31.12.2022-31.12.2024, 31.12.2024-31.12.2026, 31.12.2026-31.12.2028 og 31.12.2028-31.12.2029).

Av reguleringen fremgår således at Hovedavtalen forlenges til 31. desember 2022, og at Kunden har opsjoner på ytterligere forlengelser til 31. desember 2029. Det er ingen uenighet partene imellom om at EA 2016 er gyldig inngått og at den er slik å forstå.

Ved brev av 20. juni 2022 utøvde Kunden første opsjon i samsvar med EA 2016 punkt 8. Av brevet fremgår følgende:

SBI utøver med dette opsjon på forlengelse fra og med 31. desember 2022 til 31. desember 2024. Dette er å anse som et skriftlig varsel i tråd med hovedavtalens punkt 6.2 som fastsetter at varsel om utøvelse av opsjon på forlengelse «skal meddeles av Kunden skriftlig senest seks måneder før utløpet av den forutgående periode.»

Kort tid etter, den 29. juni 2022, bestred Leverandøren Kundens opsjonsutøvelse på følgende vis:

I forhold til selve brevet fra SBI og varsel om utøvelse av opsjon, viser TE til at partene inngikk en forliksavtale av 30. november 2021 («Forliksavtalen»). Av Forliksavtalen punkt 2.2 fremgår at «[p]artene er enige om at EA 44/2016 skal erstattes av en ny avtale om Kjernebankfornyelsen». I punkt 3.1. står det at partene har som intensjon å ferdigstille den nye avtalen «senest innen 5 måneder fra signering av Forliksavtalen».

Forliksavtalen fastslår at EA44/2016 skal erstattes med en ny avtale. Plikten til å reforhandle avtalen utgjør en sentral forutsetning og felles forpliktelse i Forliksavtalen. Det videre avtaleforholdet mellom partene skal følgelig fremforhandles med utgangspunkt i Forliksavtalen og ikke gjennom opsjoner under EA 44/2016 eller andre mekanismer som er uvirksomme under Forliksavtalen.

Leverandøren bestred således Kundens opsjonsutøvelse under henvisning til at opsjonene i EA 2016 er «*uvirksomme under Forlikavtalen*». Spørsmålet for retten er således i det videre om Kundens opsjoner, slik disse fremgår av EA 2016, bortfalt i og med inngåelsen av Forlikavtalen, alternativt som en konsekvens av at partene ikke evnet å inngå ny avtale som forutsatt i Forlikavtalen. Slik retten oppfatter det, er det ingen uenighet om at Kundens opsjonsutøvelse er rettmessig dersom opsjonene i EA 2016 står seg også etter Forlikavtalen.

3.2.2 Forlikavtalens formål og innhold

Forlikavtalen ble inngått 30. november 2021. Formålet med avtalen fremgår på følgende vis av Forlikavtalens punkt 1:

Som følge av allerede påløpt og varslet fremtidig forsinkelse av kjernebankprogrammet har partene diskutert og blitt enige om denne Forlikavtalen som er et oppgjør for de merkostnader Sparebank 1 er påført som følge av forsinkelsen.

Forlikavtalens formål var således begrenset til å kompensere Kundens merkostnader som følge av påløpt og varslet fremtidig forsinkelse av kjernebankprogrammet.

Selv om formålet med Forlikavtalen var begrenset som angitt, inneholder Forlikavtalen også regulering som faller utenfor Forlikavtalens formål. Av Forlikavtalen punkt 1.2 fremgår følgende:

Partene er enige om at EA 44/2016 skal erstattes av en ny avtale for Kjernebankfornyelsen. Rammen for ny avtale for Kjernebankfornyelsen er beskrevet i punkt 3 i denne Forlikavtalen.

Av Forlikavtalens punkt 3 fremgår følgende:

Partene er enige om å starte arbeidet med å utarbeide en ny avtale i Q4 2021, som innebærer omforente endringer i leveranseplan, leveransemetodikk, oppdatert leveransebeskrivelse samt tilknyttet betalingsplan med tilhørende bonus/malus kompensasjonsregime. Endringer i ny avtale skal ikke omfatte reduksjon i funksjonalitet. Dette vil reguleres i en ny avtale for Kjernebankfornyelsen. Slik ny avtale skal lages på grunnlag av EA 44/2016, som partene har som intensjon å ferdigstille senest innen 5 måneder fra signering av Forlikavtalen.

Når saksøkte gjør gjeldende at opsjonene i EA 2016 er «*uvirksomme under Forlikavtalen*», er det disse reguleringene i Forlikavtalen det vises til. Saksøktes syn er, slik retten oppfatter det, at partene ved det siterte ble enige om å inngå en ny avtale til erstatning for EA 2016. Når partene slik var enige om at det skulle inngås en ny avtale til erstatning for EA 2016, er synspunktet at Hovedavtalen ikke ensidig kan forlenges ut over 31. desember 2022 med basis i EA 2016 – som skulle erstattes – dersom enighet om slik ny avtale ikke oppnås. Når Hovedavtalen ikke kan forlenges med basis i EA 2016, utløper Hovedavtalen 31. desember 2022 i fravær av annen avtale.

Et slikt syn gir imidlertid Forlikavtalens innhold ikke grunnlag for.

Forlikavtalen inneholder ingen regulering som adresserer Hovedavtalens varighet eller opsjonene i EA 2016. Allerede dette tilsier etter rettens syn at det har formodning mot seg at partene har tatt stilling til spørsmålet i Forlikavtalen. Retten viser til at Hovedavtalen varighet er et spørsmål av grunnleggende betydning for avtaleforholdet og partene. Hovedavtalen gjelder tjenester av samfunnskritisk betydning, og Hovedavtalen og tilhørende endringsavtaler har ledet til store investeringer fra begge sider. Et slikt spørsmål ville dermed normalt, dersom partene hadde vært enige om også å regulere dette, ha fremgått eksplisitt av Forlikavtalen. Enn mer burde dette gjelde all den tid en slik regulering også lå utenfor Forlikavtalens formål, som ovenfor omtalt, og det dermed hadde ytterligere formodning mot seg at partene skulle ha tatt stilling til også dette uten at det klart fremgikk.

Som det fremgår av det siterte, var partene ved inngåelsen av Forlikavtalen enige om at EA 2016 skulle erstattes av en ny avtale for kjernebankfornyelsen. Hva denne avtalen nærmere skulle adressere ble regulert i Forlikavtalens punkt 3. Her fremgår at den nye avtalen skulle adressere «*omforente endringer i leveranseplan, leveransemetodikk, oppdatert leveransebeskrivelse samt tilknyttet betalingsplan med tilhørende bonus/malus kompensasjonsregime*». Det lå således utenfor forhandlingene om en slik ny avtale også å adressere Hovedavtalens varighet etter utløpet av Hovedavtalens initielle varighet. Temaene som skulle adresseres i ny avtale fremstår snarere avgrenset til en oppdatering av EA 2016 for konsekvensene av forsinkelsene i

kjernebankprogrammet. Omforente endringer i «*leveranseplan*» og «*betalingsplan med tilhørende bonus/malus kompensasjonsregime*» fremstår som logisk nødvendig gitt Leverandørens forsinkelser. Også endringer i «*leveransemetodikk*» og en «*oppdatert leveransebeskrivelse*» kan fremstå naturlig gitt forsinkelsene og behovet for å endre leveranseplanen, samt erfaringene som var opparbeidet siden eksisterende og utdaterte planer ble laget. I et hvert tilfelle er dette temaer som alle forutsetter at Hovedavtalen løper videre, og som ikke gjelder Hovedavtalens varighet.

Forliksavtalen inneholder heller ingen regulering som oppstiller enighet om slik ny avtale som en betingelse for fortsatt forlengelse av Hovedavtalen gjennom Kundens opsjonsutøvelse. Snarere bekrefter Leverandøren i Forliksavtalen at Leverandøren er forpliktet til å ferdigstille kjernebankprogrammet med funksjonalitet som beskrevet i EA 2016. Dette fremgår på følgende vis av Forliksavtalens punkt 2.1:

Kjernebankprogrammet er et strategisk viktig program for TietoEVERY Financial Services Solutions (FSS) for å modernisere FSS' totale portefølje av løsninger for banker. TietoEVERY FSS forplikter seg til å ferdigstille Kjernebankprogrammet med funksjonalitet som beskrevet i EA 44/2016.

Når Forliksavtalen ikke inneholder regulering som gir eksplisitt støtte for saksøktes forståelse, blir spørsmål i forlengelsen om Forliksavtalens innhold implisitt kan tas til inntekt for en slik forståelse. Det er en slik forståelse retten oppfatter at saksøkte reelt sett gjør gjeldende. Heller ikke slik støtte kan imidlertid utledes av Forliksavtalens innhold.

Det følger ikke som en implisitt nødvendighet av at partene ikke evner å enes om en ny avtale til erstatning av EA 2016, at Hovedavtalen ikke kan løpe videre. Etter rettens syn er det snarere slik at en virksom Hovedavtale er en forutsetning for de oppdateringene og endringene partene er blitt enige om at skal avtales i lys av Leverandørens forsinkelser. Inntil partene enes om slike oppdateringer og endringer, fortsetter prosjektet som før, dvs at konsekvensene at Leverandørens forsinkelser må mitigeres på annen måte. Partene hadde i lengre tid også før Forliksavtalen jobbet under et avtalebasert planverk som var utdatert.

En regulering av Hovedavtalens varighet, herunder Kundens opsjoner på forlengelse, lå således utenfor formålet med Forliksavtalen, og Forliksavtalens innhold kan verken eksplisitt eller implisitt tas til inntekt for enighet av betydning for Hovedavtalens varighet. Forliksavtalens formål og innhold taler dermed med tyngde mot at Kundens opsjonsrettigheter i EA 2016 er bortfalt som følge av Forliksavtalen, slik saksøkte gjør gjeldende.

3.2.3 Forliksavtalens forhistorie

Saksøktes forståelse fremstår også uforenlig med Forliksavtalens forhistorie.

Forhandlingene som ledet til Forliksavtalen startet med Kundens brev av 22. oktober 2018. Brevet ble foranlediget av Leverandørens forslag til revidert fremdriftsplan, som innebar ytterligere forsinkelser i kjernebankprogrammet. Kunden fremmet på den bakgrunn i brevet krav om erstatning av merkostnader som følge av forsinkelsene, og fremsatte krav om et fremtidig sanksjonsregime som sikret leveranse i samsvar med det avtalte.

Kundens brev ga startskuddet for langvarige forhandlinger mellom partene. Disse fokuserte initielt kun på Kundens kompensasjonskrav, Leverandørens fremdriftsplan og Kundens ønske om en sanksjonsmodell for å sikre leveranse i samsvar med plan. Høsten 2019 startet imidlertid partene arbeidet med å forhandle frem en oppdatert EA 2016 som bedre styringsmiddel for prosjektet.

Første utkast ble utarbeidet av Leverandøren 13. september 2019 basert på gjeldende EA 2016, med forslag til endringer innarbeidet med endringsmarkering. I tilknytning til EA 2016 punkt 8, som regulerte Hovedavtalens varighet og Kundens opsjoner, kommenterte Leverandøren at dette punktet ble forslått tatt ut dersom EA 2016 fortsatt skulle gjelde, men at punktet måtte stå dersom endringsavtalen skulle tre i stedet for EA 2016. Kunden bekreftet i sine kommentar til utkastet 19. desember 2019 at reguleringen måtte bli stående siden endringsavtalen skulle tre i stedet for EA 2016.

Deretter ble opsjonsreguleringen i punkt 8 stående uendret gjennom utvekslingen av en rekke endringsmarkerte versjoner av EA 2016 frem til sommeren 2021. Partene besluttet da å splitte forhandlingene, slik at kompensasjonen skulle landes i en forliksavtale etterfulgt at de øvrige temaene i en separat avtale. Splittingen

fant sted etter Kundens ønske om å få landet kompensasjonen uavhengig av de mer krevende temaene i forhandlingene.

Partene gikk deretter over til å utarbeide Forliksavtalen. Leverandøren oversendte første utkast til Forliksavtalen 4. juli 2021. Om forholdet mellom Forliksavtalen og de øvrige mer krevende temaene fremgår følgende:

Partene er enige om å endre leveranseplan og leveransemetodikk og tilknyttet betalingsplan. Nærmere beskrivelse av leveranseplan, leveransemetodikk og tilknyttet betalingsplan vil foretas i dialog mellom partene. Dette skal reguleres i særskilt avtale.

Slik endret leveranseplan, leveransemetodikk og betalingsplan erstatter de deler av EA44-2016 som omhandler dette. For øvrig skal EA44-2016 gjelde.

Formuleringene levner liten tvil om at de gjenstående teamene, som skulle reguleres i særskilt avtale, var avgrensede og at Hovedavtalens varighet ikke var blant disse. Det er også fullt ut i samsvar med hva som var lagt til grunn frem til forhandlingene ble splittet. Av utkastet fremgår at de gjenstående temaene skulle reguleres i en særskilt avtale som skulle erstatte relevante deler av EA 2016, mens EA 2016 for øvrig skulle gjelde videre.

Den 6. juli 2021 reiste imidlertid Leverandøren ved Martin Kverne følgende problemstilling per e-post:

Det er et detaljert og komplekst avtaleverk med mye historikk denne avtalen peker tilbake på og vi har nok en gang forsøkt å gjøre det enkelt og tydelig uten å endre partenes forpliktelser for øvrig. Vi ønsker imidlertid en diskusjon hvorvidt den kommende avtalen for å regulere leveransen (etter forliksavtalen) også bør ha som ambisjon å erstatte EA-44 i sin helhet slik at den nye avtalen kan leses i en helhet til det beste for begge parter.

E-posten fra Kverne, som stilte som partsrepresentant for Leverandøren under hovedforhandlingen, levner liten tvil om at forslaget om en ny avtale til erstatning av EA 2016 kun hadde til hensikt å lette lesbarheten av avtaleverket. Det er naturlig å se forslaget i lys av at partene forhandlinger hadde foregått ved endringsmarkeringer i gjeldende EA 2016 frem til forhandlingene ble splittet. Vedlagt e-posten fulgte et revidert utkast til endringsavtale hvor følgende formulering var innarbeidet i forlengelsen av Kvernes forslag:

EA 44/2016 erstattes av ny og oppdatert avtale, dog uten at det endrer de grunnleggende prinsippene i gjeldende avtale.

Dagen etter oversendte Kverne en ny e-post hvor følgende fremgår:

Som vi diskuterte i møtet opplever vi det potensielt kan skape diskusjon vedr begrepet «grunnleggende prinsipper» i pkt. 2.2. Vi har derfor forsøkt å lage dette nøytralt ved å vise til pkt 4 – hvor vi har endret overskriften til «Ny avtale for kjernebankfornyelse» hvor vi beskriver endringene med leveransmodell ++ (som tidligere) og mer nøytralt viser tilbake på EA 44-2016.

Vedlagt e-posten av 7. juli 2021 fulgte revidert utkast til forliksavtale med følgende forslag til regulering:

Partene er enige om at EA 44/2016 skal erstattes av en ny avtale for Kjernebankfornyelsen. Rammen for ny avtale for Kjernebankfornyelsen er beskrevet i punkt 4 i denne Forliksavtalen.

Av punkt 4 i utkastet fremgår den samme rammen som tidligere samtidig som det er tilføyd:

Slik ny avtale skal lages på grunnlag av EA 44-2016.

Disse formuleringene har deretter ligget fast og gjenfinnes i Forliksavtalens punkt 2.2 og punkt 3, som ovenfor gjengitt, hvor det også ble innarbeidet en frist for ferdigstilling av den nye avtalen.

Avtalens forhistorie viser således at enigheten om å inngå en «ny avtale» i Forliksavtalen, kun skyldtes et ønske om å forenkle lesbarheten av et allerede komplekst avtaleverk. Materielle endringer var kun aktuelt for avgrensede temaer uten betydning for Hovedavtalens varighet. Avtalens forhistorie viser også at enighet om «ny avtale» ikke på noe punkt i forhandlingene ble oppstilt som en betingelse for fortsatt forlengelse av Hovedavtalen gjennom Kundens opsjonsutøvelse. Forliksavtalens forhistorie taler dermed med tyngde mot at Kundens opsjonsrettigheter i EA 2016 er bortfalt som følge av Forliksavtalen, slik saksøkte gjør gjeldende.

3.2.4 Forliksavtalens kontekst – EA 41-2021

Saksøktes forståelse fremstår også uforenlig med EA 41-2021, som ble inngått kort tid før Forliksavtalen og som Forliksavtalen viser til.

Som ovenfor omtalt var Forliksavtalens formål begrenset til kompensasjon av Kundens merkostnader grunnet Leverandørens forsinkelser. Disse forsinkelsene ble partene enige om at ga Kunden rett til en samlet kompensasjon på MNOK 72. Kompensasjonsbeløpet ble imidlertid splittet mellom to avtaler, noe som fremkommer på følgende vis av Forliksavtalens punkt 2.3:

Sparebank 1 gis en rabattert pris på nytt testmiljø slik det er nærmere beskrevet i egen avtale om kundetestmiljø datert 20. oktober 2021. Videre får Sparebank 1 MNOK 10 ved denne Forliksavtalens inngåelse. Beløpet gjøres opp ved kreditnota.

Av totalbeløpet på MNOK 72 ble således kun MNOK 10 kompensert gjennom Forliksavtalen, mens de resterende MNOK 62 skulle gjøres opp i form av rabattert pris under EA 41-2021 om kundetestmiljø. Oppsplittingen skyldtes interne overveielser hos Leverandøren og var ikke tilsiktet noen realitetsbetydning. Det vises til forklaringen til Espen Kjølberg. I EA 41-2021 ble det avtalt at kompensasjonen på MNOK 62 skulle gjøres opp gjennom rabatter over 40 måneder frem til august 2025. Det vises til forklaringen til Kjølberg. EA 41-2021 er en endringsavtale til Hovedavtalen, og står dermed i et avhengighetsforhold til Hovedavtalen.

I konsekvens innebærer dette at Forliksavtalens formål – kompensasjon av Kundens merkostnader – ikke kunne oppnås dersom Hovedavtalen skulle utløpe 31. desember 2022. Videre innebærer dette at partene ved inngåelsen av Forliksavtalen må ha forutsatt at Hovedavtalen skulle gjelde ut over 31. desember 2022. Dersom det var risiko for at hele avtaleforholdet ville utløpe 31. desember 2022, har retten vanskelig for å se for seg at Kunden ville gått med på at størstedelen av kompensasjonen på MNOK 72 skulle bli gjort opp etter 31. desember 2022, med tilhørende risiko for at kompensasjonen kunne bli verdiløs. Sammenhengen mellom Forliksavtalen og EA 41-2021 taler dermed med tyngde mot at Kundens opsjonsrettigheter i EA 2016 er bortfalt som følge av Forliksavtalen, slik saksøkte gjør gjeldende.

3.2.5 Forliksavtalens oppfølging

Saksøktes forståelse fremstår dertil uforenlig med hvordan Forliksavtalen ble fult opp av partene.

Den 16. mars 2022 oversendte Leverandøren første utkast til ny avtale for kjernebankprogrammet i samsvar med Forliksavtalen. I utkastets punkt 8 er reguleringen i EA 2016 videreført, slik at Kunden kan forlenge avtalen til 31. desember 2029.

I etterfølgende forhandlingsmøte 27. april 2022 holdt Leverandøren en presentasjon hvor følgende fremgår på første side:

Opsjon på forlengelse av avtale

EA 44 definerer Sparebank 1 sin rett til å forlenge avtalen til 31.12.2029 basert på avrop av opsjonsperioder.

Avtalens vilkår vil gjelde for forlengelse-periodene med mindre partene endrer disse ved tidspunkt for hvert avrop.

Begge dokumenter gir følgelig uttrykk for at også Leverandøren var av den forståelse at Kundens opsjoner sto seg også etter inngåelsen av Forliksavtalen. Det er ikke på noe tidspunkt gitt uttrykk for at denne forståelsen var forbeholden i den forstand at opsjonsutøvelse skulle være betinget av at ny avtale ble inngått eller liknende.

En slik forståelse kom første gang til uttrykk i Leverandørens brev av 29. juni 2022, som ovenfor omtalt, hvor Leverandøren bestred at Kundens opsjonsutøvelse var rettmessig. På dette tidspunktet var det gått om lag 7 måneder siden Forliksavtalen ble inngått, og Leverandøren hadde i mellomtiden – den 9. juni 2022 – introdusert reforhandling av kontraktens vederlag som et nytt element i partenes forhandling.

Forliksavtalens oppfølging i samtiden taler etter dette med tyngde mot at Kundens opsjonsrettigheter i EA 2016 er bortfalt som følge av Forliksavtalen, slik saksøkte gjør gjeldende.

3.2.6 Reelle hensyn – konsekvensbetraktninger

Også reelle hensyn i form av konsekvensbetraktninger taler etter retten syn med tyngde mot saksøktes forståelse av Forliksavtalen.

Saksøktes forståelse av Forliksavtalen innebærer *for det første* at Kunden skal ha akseptert å oppgi opsjoner på forlengelse av Hovedavtalen frem til 2029, og potensielt også lengre, uten en forutgående avklaring av hva som skulle tre i stedet i form av en ny avtale. Hovedavtalen gjelder samfunnskritiske leveranser og har foranlediget store investeringer også fra Kundens side. En slik avtaleforståelse har konsekvenser av en slik art og et slikt omfang at den har sterkt formodning mot seg. En slik forståelse krever derfor etter rettens syn klare holdepunkter. Slike holdepunkter foreligger ikke.

Saksøktes forståelse av Forliksavtalen innebærer *for det andre* en kontraintuitiv honorering av Leverandørens mislighold. Den omforente leveringsplanen og betalingsplanen i EA 2016 er blitt utdaterte som en konsekvens av Leverandørens forsinkelser med kjernebankprogrammet. Dersom slik utdatering skulle lede til at kontraktsforholdet ikke kunne løpe videre, som avtalt, ville reelt sett Leverandørens forsinkelser bli honorert med fri adgang for Leverandøren til å kreve mer fordelaktige vilkår for å ferdigstille den avtalte leveransen. Dette fremstår som en kontraintuitiv løsning egnet til å incentivere mislighold. En slik forståelse krever derfor etter rettens syn klare holdepunkter, noe som altså ikke foreligger.

3.2.7 Konklusjon

Retten er etter dette kommet til at Kunden rettmessig kunne forlenge Hovedavtalen med grunnlag i opsjonene i EA 2016, og at Hovedavtalen fremdeles gjelder mellom partene. Både Forliksavtalens formål og innhold, dens forhistorie, sammenhengen med EA 41-2021, partenes oppfølging av Forliksavtalen og reelle hensyn taler etter rettens syn entydig mot saksøktes forståelse av Forliksavtalens betydning. For retten har spørsmålet ikke frembudt tvil.

3.3 Forlenges opsjonene i EA 2016 tilsvarende Leverandørens forsinkelse?

3.3.1 Kort om bakgrunnen og partenes posisjoner

Retten har ovenfor konkludert med at EA 2016 punkt 8 andre ledd – som hjemler Kundens opsjoner på forlengelse av Hovedavtalen til 31. desember 2029 – fremdeles gjelder. Samme punkt inneholder i tredje ledd en tilleggsregulering som adresserer opsjonenes varighet ved forsinket levering fra Leverandøren. Tredje ledd lyder:

Dersom endelig godkjenning av Leveransen blir forsinket ut over 31.12.2022, forlenges opsjonene tilsvarende forsinkelsen, slik at Kunden uansett som et minimum får realisert 5 år av fastprisperioden med reduksjon i fastprisen etter endelig godkjenning av leveransen.

Også denne tilleggsreguleringen i tredje ledd er omtvistet partene imellom. Forståelsen av bestemmelsen ble første gang problematisert i Leverandørens første utkast til ny avtale etter at Forliksavtalen var inngått. I utkastet til slik ny avtale av 16. mars 2022, som stadig var basert på EA 2016, er punkt 8 tredje ledd strøket med følgende kommentar:

Prisreduksjonen startet i 2017. Det betyr at reduksjonen vil gis med 5 år – uavhengig av tidspunkt for migrering.

Dette ble fulgt opp av Leverandøren i et forhandlingsmøte 27. april 2022, hvor blant annet følgende fremgår på side 4 av Leverandørens presentasjon:

Punkt i kap 8 om forlengelse for å oppnå 5 års reduksjon i fastpris etter godkjent leveranse er uklar og ikke lenger relevant i forhold til vilkår i kap 7.1 i EA44 og den prisreduksjon som allerede gjennomføres. Dette punktet bør derfor utgå i ny endringsavtale.

Kunden var av en annen oppfatning og kommuniserte dette på følgende vis i Kundens brev av 9. mai 2022:

Punkt 8 i avtalen regulerer generelt «varighet og oppsigelse». Sparebank 1 oppfatter ikke at det er klarhet rundt regulering av opsjoner, i det ordlyden er tydelig på at det i tilfeller av forsinkelser ut over 2022 vil være slik at opsjonene forlenges med tilsvarende lengde som forsinkelsen. Dette gjelder generelt og ble fremforhandlet for å sikre at Sparebank 1 har forutsigbarhet fremover i tid å samme betingelser (herunder prismodell og nivå) etter at kjernebankfornyelsen er «endelig godkjent».

Det er på denne bakgrunn Sparebank 1s klare oppfatning at opsjonene forskyves med like lang tid som forsinkelsen, slik det fremgår av punkt 8, tredje ledd.

Etter dette ble det utvekslet ytterligere korrespondanse om tredje ledd uten at det har ført partene nærmere hverandre.

Etter endt hovedforhandling kan partenes posisjoner kort oppsummeres som følger:

Saksøkte gjør gjeldende at tredje ledd hjemler en rett for Kunden til å forlenge opsjonene tilsvarende Leverandørens forsinkelse dersom endelig godkjennelse av leveransen blir forsinket ut over 31.12.2022.

Saksøkte har motsatt seg at bestemmelsen kan gjøres gjeldende med et slikt innhold.

Det skyldes *prinsipalt* at også tredje ledd av bestemmelsen bortfalt ved inngåelsen av Forliksavtalen, med samme begrunnelse som for andre ledd. *Subsidiært* skyldes dette at partene i Forliksavtalen ble enige om en kompensasjon av Leverandørens forsinkelse på MNOK 72, og at dette oppgjøret også innebærer at Kunden rett til opsjonsforlengelse grunnet forsinkelse er endelig oppgjort og dermed ikke kan gjøres gjeldende. *Atter subsidiært* er det gjort gjeldende at reguleringen uansett må anses å ha blitt stående ved en ren glipp, at den ikke gir mening og at den derfor heller ikke kan gjøres gjeldende. *Ytterligere* er det gjort gjeldende at tredje ledd uansett ikke kan gjøres gjeldende for forsinkelser som er varslet før 1. mai 2022, og den kan heller ikke gjøres gjeldende for forsinkelser som skyldes Kundens kreditormora.

Retten har ovenfor konkludert med at EA punkt 8 andre ledd ikke bortfalt ved inngåelsen av Forliksavtalen, og dette gjør seg tilsvarende gjeldende for EA punkt 8 tredje ledd. Rettens vurdering i det videre avgrenses derfor mot Leverandørens prinsipale anførsel, mens de øvrige vil bli gitt separat behandling.

3.3.2 Bortfalt tredje ledd som følge av det økonomiske oppgjøret i Forliksavtalen?

Det spørsmål som skal behandles i det videre er om kompensasjonen for Leverandørens forsinkelser på MNOK 72, også innebærer at Kundens rett til opsjonsforlengelse i punkt 8 tredje ledd er endelig oppgjort og dermed ikke kan gjøres gjeldende.

Retten er ikke enig i at en slik konsekvens kan utledes av Forliksavtalen.

Forliksavtalens formål fremgår, som også ovenfor omtalt, av Forliksavtalens punkt 1.2 på følgende vis:

Som følge av allerede påløpt og varslet fremtidig forsinkelse av kjernebankprogrammet har partene diskutert og blitt enige om denne Forliksavtalen som er et oppgjør for de merkostnader Sparebank 1 er påført som følge av forsinkelsen.

I samsvar med dette formålet ble partene enige om en kompensasjon på MNOK 72 som ble fordelt med 10 MNOK på Forliksavtalen og 62 MNOK på den separate endringsavtalen EA-41-2021. Bakgrunnen for fordelingen av kompensasjonsbeløpet på to avtaler er beskrevet ovenfor.

Konsekvensene av denne enigheten er nærmere regulert i Forliksavtalens punkt 4.3:

Partene er enige om at oppgjøret beskrevet i denne Forliksavtalen er fullt og endelig oppgjør knyttet til forsinkelsen av Kjernebankprogrammet frem til ny avtale er signert (ref. pkt. 4) dog senest 1.5.2022, og at ingen av Partene kan gjøre krav gjeldende knyttet til de forhold som er oppgjort i denne Forliksavtalen.

Når dette ses i sammenheng, mener retten det fremkommer klart at kompensasjonen på MNOK 72 utgjør «et fullt og endelig oppgjør» av «de merkostnader Sparebank 1 er påført som følge av» «påløpt og varslet fremtidig forsinkelse i kjernebankprogrammet» per «1.5.2022». Det siste er en konsekvens av at ny avtale ikke ble inngått innen fristutløpet 1. mai 2022 og at fristutløpet derfor må legges til grunn. Forliksbeløpet på MNOK 72 utgjør således et fullt og endelig oppgjør av alle Kundens merkostnader frem til 1. mai 2022 forårsaket av Leverandørens kjente forsinkelser per samme dato.

At partene er blitt enige om et økonomisk oppgjør knyttet til Leverandørens kjente forsinkelser ved en angitt dato, gir imidlertid ikke holdepunkter for at partene også er blitt enige om at Kundens rettighet i EA 2016 punkt 8 tredje ledd skal opphøre eller at Kunden ensidig har gitt avkall på denne rettigheten. Det er ingen motsetning mellom et endelig oppgjør av de økonomiske konsekvensene av forsinkelse, og at Kundens rett til å forlenge avtalens varighet tilsvarende forsinkelsen fremdeles består. Det siste utgjør en betydningsfull rettighet for Kunden og et avkall på denne rettigheten krever klare holdepunkter. Slike holdepunkter foreligger ikke.

Rettens konklusjon er således at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ikke bortfalt som følge av det økonomiske oppgjøret i Forliksavtalen (og i EA 41-2021). Retten har ikke funnet spørsmålet tvilsomt.

3.3.3 Er tredje ledd blitt «stående ved en glipp» og uvirksom?

Spørsmålet som skal behandles i det videre er om EA 2016 punkt 8 tredje ledd i sin helhet må anses uvirksomt som følge av uklarheter ved selve reguleringen. Disse uklarhetene er av saksøkte søkt forklart som «en glipp» knyttet til forhistorien til EA 2016.

For ordens skyld gjentas ordlyden i EA 2016 punkt 8 tredje ledd:

Dersom endelig godkjenning av Leveransen blir forsinket ut over 31.12.2022, forlenges opsjonene tilsvarende forsinkelsen, slik at Kunden uansett som et minimum får realisert 5 år av fastprisperioden med reduksjon i fastprisen etter endelig godkjenning av leveransen.

Slik retten ser det hjemler tredje ledd en klart definert rettighet i første del av reguleringen og en uklar formålsangivelse i andre del av reguleringen.

Rettigheten i første del av reguleringen er klar ved at både vilkårssiden og virkningssiden fremgår klart av reguleringen. Vilkårssiden er at «endelig godkjenning av Leveransen blir forsinket ut over 31.12.22», mens virkningssiden er at opsjonene «forlenges [...]tilsvarende forsinkelsen». Leveransen er definert i punkt 1, mens endelig godkjenning er definert i punkt 6. Dersom endelig godkjenning av Leveransen først inntreffer 31. desember 2024, så forlenges opsjonene tilsvarende forsinkelsen, dvs med 2 år fra 31. desember 2029 til 31. desember 2031. Konsekvensen av dette er at Kunden sikres en opsjonsperiode på 7 år etter at kjernebankfornyelsen er levert uavhengig av eventuelle forsinkelser fra leverandørens side, hvilket også tilsier at dette er formålet med rettigheten i første del av reguleringen.

Formålsangivelsen i andre del av reguleringen tilfører imidlertid uklarhet ved at den fremstår løsrevet fra – og langt på vei uforenlig med – rettigheten i første ledd. Retten vil først søke å angi hva denne uklarheten nærmere består i, for deretter å ta stilling til hvilken tolkningsmessig betydning denne uklarheten skal tillegges.

Før retten går nærmere inn i uklarheten og dens betydning, fremstår det imidlertid hensiktsmessig å klargjøre hvilken fastprisreduksjon formålsangivelsen adresserer. Årsaken er at partene har ulik forståelse også av dette. Selv om retten ikke kan se at denne uenigheten er av direkte betydning for spørsmålet retten skal ta stilling til, er en klargjøring hensiktsmessig for å unngå tvetydighet i den videre behandlingen av spørsmålet.

Når det gjelder forståelsen av fastprisreduksjonen i tredje ledd, gjør Kunden gjeldende at denne sikter til prisdegressiviteten på 2,85 %. Denne prisdegressiviteten ble avtalt i Hovedavtalen, men likevel slik at den prosentvise årlige reduksjonen ble endret fra 3,63 % til 2,85 % ved EA-34-2014 punkt 8.1. Leverandøren gjør derimot gjeldende at fastprisreduksjonen sikter til realiseringen av Kundens kompensasjonen på MNOK 100, som ble avtalefestet i EA-34-2014 punkt 8.1.

Retten anser det klart at Leverandørens forståelse av fastprisreduksjonen må legges til grunn. Grunnen er at prisdegressiviteten har påløpt hvert år siden Hovedavtalen ble inngått i 2007, og etter avtalen skal påløpe ut Hovedavtalens varighet. Prisdegressiviteten er derfor ingen reduksjon som starter fra «endelig godkjenning av hele leveransen», og det fremstår derfor også unaturlig å knytte den til en periode på minimum 5 år etter slik godkjenning. Kundens forståelse er også svakt forankret i øvrig ordlyd i EA 2016 punkt 6 og 7. I tillegg kommer, som retten skal komme tilbake til, at formålsangivelsen isolert sett fremstår tilpasset systemet for Kundens kompensasjon på MNOK 100, slik dette systemet var utformet i EA-34-2014.

Retten går så over til å se nærmere på uklarheten som forårsakes av formålsangivelsen i andre del av reguleringen. Uklarheten skyldes at formålet med retten til forlengelse av opsjonsperioden angis å være å sikre Kunden 5 år med redusert fastpris. Problemet er at det ikke er noen sammenheng mellom perioden med

reduisert fastpris – som formålsangivelsen i andre del av reguleringen viser til – og opsjonsperioden som reguleres i første del av reguleringen.

Fastprisreduksjonen til realisering av kompensasjonen på MNOK 100, ble første gang avtalt i EA-34-2014 punkt 8.1. Det ble her avtalt at reduksjonen skulle følge migreringen av konti over på den nye kjernebankløsningen, hvor hvert migreringsintervall ville utløse en reduksjon i fastprisen på MNOK 2 i hvert etterfølgende år over en 5 års-periode. Den totale kompensasjonen på MNOK 100 ble forutsatt realisert over 5 år fra 2017 til 2021, dvs i sin helhet før utløpet av den initielle avtaleperioden 31. desember 2022.

I EA 2016 ble denne reguleringen endret på flere punkter. For det første ble antallet konti som skulle migreres fra gammel kjernebankløsning til ny kjernebankløsning økt fra 80 % til 100 %. Derneft ble det avtalt at reduksjonen i fastpris skulle inntre allerede fra «payment»-leveransene, som ligger forut for migreringen i tid. I tillegg ble migreringen av konti strukket betydelig ut i tid. Mens denne i sin helhet, dvs for 80% av kontoene, skulle gjennomføres i 2016 i henhold til EA-34-2014, skulle nå 100 % av kontoene migreres fra Q2 2020 til Q4 2021. Dette ledet til en forlengelse av perioden med redusert fastpris ut 2026, dvs 4 år etter utløpet av den initielle avtaleperioden. Full realisasjon av kompensasjonen forutsatte dermed opsjonsutøvelse fra Kundens side.

Det sentrale ved det fremhevede er at det både i EA-34-2014 og EA 2016 ikke er noen direkte sammenheng mellom perioden med redusert fastpris og opsjonsperioden. Årsaken til dette er at Kunden, både i henhold til EA-34-2014 og EA 2016, hadde opsjon på forlengelse av Hovedavtalen fra 31. desember 2022 til 31. desember 2029. Under EA-34-2014 måtte dermed migreringen bli mer enn 8 år forsinket før opsjonsperioden ville bli utilstrekkelig til å sikre full kompensasjon. Under EA 2016 måtte migreringen bli mer enn 3 år forsinket for at tilsvarende utilstrekkelighet skulle oppstå. I EA 2016 er det dertil inntatt en regulering avslutningsvis under punkt 7 som innebærer at fastprisen skal reduseres som avtalt uavhengig av eventuelle forsinkelser i leveransen. Dermed opphører enhver sammenheng mellom reduksjonsperioden og opsjonsperioden, men en slik sammenheng er i liten grad tilstede også uten denne reguleringen.

I tillegg skaper det uklarhet at formålsangivelsen i andre del av reguleringen adresserer en «*reduksjon i fastprisen etter endelig godkjenning av hele leveransen*» på «*minimum*» 5 år. I EA 2016 starter imidlertid reduksjonen i fastprisen forut for og uavhengig av endelig godkjenning av leveransen og kompensasjonen er forutsatt realisert over en periode på 10 år med redusert fastpris, ikke 5 år. Denne uklarheten står imidlertid i en særstilling, ved at samme formulering gir god mening dersom den hadde vært anvendt på kompensasjonsregimet slik det var avtalt i EA-34-2014. Retten oppfatter at det er dette som ligger til grunn for saksøktens anførsel om at EA 2016 punkt 8 tredje ledd er blitt hengende igjen ved en «glipp».

Grunnen til at formuleringen gir god mening dersom den ses i sammenheng med kompensasjonsregimet i EA-34-2014, er – slik retten oppfatter det – at leveransen i EA-34-2014 er en utviklingsleveranse mens den i EA 2016 er endret til en utviklings- og konverteringsleveranse. Konsekvensen av dette er at leveransen i EA-34-2014 skulle endelig godkjennes før migreringen (konverteringen) fant sted, mens den i henhold til EA 2016 først skal endelig godkjennes etter at migreringen (konverteringen) er slutført. I EA-34-2014 er derfor kompensasjonen på MNOK 100 forutsatt realisert over 5 år etter endelig godkjenning av leveransen, mens tilsvarende kompensasjon realiseres for en stor del forut for endelig godkjenning av leveransen i EA 2016. Det kan tilsi at formuleringen i andre del av tredje ledd er blitt hengende igjen ved en «glipp» fra et kompensasjonsregime som hadde større likhetstrekk med tilsvarende i EA-34-2014. Sikkert er dette likevel ikke, da det ikke er fremlagt utkast som eventuelt underbygger en slik forståelse.

Selv om retten slik tenderer til å dele Leverandørens forståelse av opprinnelsen til formålsangivelsens formulering i andre del av den omtvistede reguleringen, innebærer dette likevel ikke at det uten videre er grunn til å trekke den konklusjon at hele tredje ledd er blitt hengende igjen ved en «glipp» og derfor må anses uvirksomt.

Som ovenfor gjennomgått er det, uavhengig av om tredje ledd ses i sammenheng med kompensasjonsregimet i EA 2016 eller EA-34-2014, ingen sammenheng mellom perioden med redusert fastpris og opsjonsperioden. En forlengelse av opsjonsperioden gir derfor liten eller ingen mening for å sikre 5 år med redusert fastpris, da Kunden under begge endringsavtaler har opsjoner på forlengelse ut 2029. En slik forlengelse gir derimot god mening under både EA 2016 og EA-34-2014, dersom formålet er å sikre Kunden et visst antall år med drift på den nye kjernebankløsningen uavhengig av leverandørens forsinkelse. Selv om den uttalte formålsangivelsen i andre del av reguleringen kan ha blitt hengende igjen fra en tidligere regulering ved en «glipp», gjelder det samme derfor ikke uten videre for rettigheten i første del av reguleringen. Denne reguleringen fremstår klar og

fullverdig, herunder med et implisitt formål som ovenfor angitt, også uten den kompliserende og avvikende formålsreguleringen i siste del av reguleringen. I dette ligger også at i den grad det er holdepunkter for at noe er blitt hengende igjen ved en «glipp», og derfor er overflødig og bør anses uvirksomt, så begrenser dette seg til formålsangivelsen i siste del av reguleringen.

Ytterligere argumenter taler med tyngde for at kun formålsangivelsen i andre del av reguleringen må anses uvirksom som følge av uklarheten som hefter ved denne.

For det første gir rettigheten i første del av reguleringen uttrykk for en rimelig og fornuftig løsning. I den grad Leverandøren blir forsinket i sin leveranse av kjernebankløsningen, forlenges Kundens opsjoner for den etterfølgende driftsfasen tilsvarende forsinkelsen. Det gjør at Kunden settes i samme situasjon med forsinkelse som uten forsinkelse, og at Kundens opsjoner ikke blir verdiløse som følge av Leverandørens forsinkelse.

For det andre finner retten støtte i partenes etterfølgende opptreden for at en slik forståelse gir uttrykk for partenes mening. Som ovenfor omtalt startet partene høsten 2019 arbeidet med å forhandle frem en oppdatert EA 2016 som bedre styringsmiddel for prosjektet. I versjonen som ble oversendt 25. februar 2020 tok Leverandøren ved Stein Arthur Andersen inn følgende kommentar til punkt 8 tredje ledd:

SBI Har foreslått å erstatte dette avsnittet med følgende tekst: «Opsjonen vil forskyves med den tidsperiode som tilsvarer differansen mellom Leveringsdag og 31.12 2022». TE kan ikke se at der er noe realitetsforskjell mellom dette forslag og eksisterende tekst.

I neste versjon som ble utvekslet tilføyde Kunden ved Solveig Brænd følgende kommentar:

Vi mener dette er tydeligere og enklere enn opprinnelig tekst. Har endret forskyvet til forlenges.

Det ble svart opp av Leverandøren ved Stein Arthur Andersen på følgende vis: «ok».

Denne dialogen gir etter rettens syn klart uttrykk for at begge parter har ansett formålsangivelsen i andre del av reguleringen som overflødig og har ansett første del av reguleringen som bærer av partenes mening.

For det tredje taler effektivitets- eller operativitetshensyn mot å anse hele punkt 8 tredje ledd som uvirksomt når det foreligger et mindre inngripende tolkningsalternativ, og dette tolkningsalternativet står seg godt. Dette hensynet gjør seg særlig gjeldende i kommersielle kontrakter med profesjonelle parter, slik som i Hovedavtalen og EA 2016. Det kan for så vidt vises til Høgberg, Kontraktstolkning punkt 4.5.5.2, hvor følgende fremgår:

Det foreligger en generell presumsjon for at intensjonsdybden er større ved kontrakter inngått av profesjonelle enn for kontrakter inngått av ikke-profesjonelle, jf. ovenfor under punkt 4.5.5.1. For spørsmålet om kontraktsklausulers operativitet innebærer dette synspunkt at man mellom profesjonelle, kyndige parter må regne med at alle deler av kontrakten er ment å ha faktisk betydning for partenes mellomværende i større grad enn mellom ukyndige parter. Riktignok kan inkurier og rene lapsuser også snike seg inn i slike kontrakter, men partene kan i alminnelighet neppe antas å inngå klausuler helt uten virkning.

Etter rettens syn er det kun holdepunkter for at formålsangivelsen i siste del av EA punkt 8 tredje ledd utgjør en «inkurie» eller «lapsus». Effektivitets- eller operativitetshensyn taler da mot at feilen tillegges større betydning enn hva det er holdepunkter for.

Rettens konklusjon er derfor at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ikke er uvirksom som følge av at den er blitt «stående ved en glipp» og ikke gir mening.

3.3.4 Er Kunden av andre grunner forhindret fra å gjøre tredje ledd gjeldende?

Spørsmålet som skal behandles i det videre er om Kunden uansett, dvs selv om EA punkt 8 tredje ledd må legges til grunn som bindende partene imellom, er forhindret fra å kreve en forlengelse av opsjonsperioden tilsvarende Leverandørens forsinkelse.

Leverandøren gjør *for det første* gjeldende at Kunden ikke kan kreve forlengelse for forsinkelser som ble varslet før 1. mai 2022. Slik retten oppfatter det, gjør Leverandøren ved dette gjeldende at forsinkelser som ble varslet før 1. mai 2022 er endelig oppgjort gjennom kompensasjonen på MNOK 72 i Forlikavtalen og EA 41-2021, og at det dermed ikke også kan kreves forlengelse av Hovedavtalen som følge av den samme forsinkelsen.

Dette er en posisjon som ligger tett opptil hva retten har behandlet ovenfor under punkt 3.3.2, nemlig om kompensasjonen for Leverandørens forsinkelser på MNOK 72, også innebære at Kundens rett til opsjonsforlengelse i punkt 8 tredje ledd er endelig oppgjort og dermed ikke kan gjøres gjeldende. Som det der ble konkludert, er det ikke grunnlag for en slik forståelse. Retten er av den oppfatning at samme resonnement gjør seg tilsvarende gjeldende for forsinkelsene som ble varslet før 1. mai 2022. Kompensasjonen på MNOK 72 innebar utelukkende en kompensasjon av Kundens merkostnader frem til denne datoen. Det er ikke holdepunkter for at den avtalte kompensasjonen også skulle ha konsekvenser for Kundens rett til opsjonsforlengelse ved Leverandørens forsinkelse.

Leverandøren gjør *for det andre* gjeldende at Kunden ikke kan påberope Leverandørens forsinkelser som følge av at disse uansett skyldes Kundens egen kreditormora, nærmere bestemt kreditormora ved at Kunden kontraktsstridig har nektet å re-forhandle vederlaget. Dette skal utgjøre et mislighold som gir Leverandøren krav på fristforlengelse i henhold til Hovedavtalens punkt 12.13, hvilket innebærer at forsinkelsen vil bortfalle i samme utstrekning som Leverandøren har krav på fristforlengelse.

En slikt syn er det etter rettens syn klart ikke grunnlag for. Forhandlingene mellom partene har siden sommeren 2022 vært sammensatte. Som ledd i forhandlingene har Leverandøren på klart urettmessig grunnlag motsatt seg Kundens opsjonsutøvelse, og har urettmessig fastholdt at det i stedet skal inngås ny avtale. Som ledd i forhandlingene har Leverandøren også urettmessig motsatt seg en forlengelse av opsjonene tilsvarende Leverandørens forsinkelse. I tillegg har Leverandøren fremsatt kravet om forhandling av vederlaget dels med grunnlag i en uriktig forståelse av hva som skal forhandles med grunnlag i Forlikavtalen. At kravet også er fremsatt med grunnlag i Hovedavtalens reforhandlingsklausul kommer retten tilbake til nedenfor. Leverandøren har selv risikoen for egen uriktig forståelse av partenes avtaleverk, og etter rettens syn har disse urettmessige posisjonene fra Leverandørens side vært sterkt medvirkende til at partenes dialog har strandet. Retten kan derfor ikke se at det er holdepunkter for mislighold fra Kundens side som anført. I tillegg kommer at det ikke er ført bevis for at det er reklamert over Kundens angivelige mislighold i samsvar med Hovedavtalens punkt 12.3. Det er heller ikke ført bevis for årsakssammenheng mellom det angivelige misligholdet og Leverandørens forsinkelse som påkrevd i henhold til Hovedavtalens punkt 12.13. For retten er det derfor klart at denne anførselen ikke kan føre frem.

Kunden er etter dette ikke forhindret fra å kreve en forlengelse av opsjonsperioden tilsvarende Leverandørens forsinkelse, verken som følge av kompensasjonen på MNOK 72 eller kreditormora fra Kundens side.

3.3.5 Konklusjon

Retten er etter dette kommet til at opsjonene i EA 2016 forlenges tilsvarende Leverandørens forsinkelse ut over 31. desember 2022. EA 2016 punkt 8 tredje ledd er ikke bortfalt verken ved inngåelsen av Forlikavtalen eller som følge av kompensasjonen på MNOK 72. Bestemmelsen er heller ikke uvirksom som følge av at den er blitt stående ved en «glipp» og ikke gir mening. Kunden er heller ikke forhindret fra å kreve en forlengelse av opsjonsperioden som følge av kompensasjonen på MNOK 72 eller Kundens kreditormora.

3.4 Har Leverandøren rett til å si opp Hovedavtalen?

Leverandøren har anført at Leverandøren uansett har rett til å si opp Hovedavtalen med 12 måneders varsel i samsvar med Hovedavtalens punkt 6.3 «Ordinær oppsigelse». Denne bestemmelsen lyder:

Etter utløpet av den Initiale Avtaleperioden etter punkt 6.1 eller etter forlenget periode etter punkt 6.2, løper Avtalen automatisk videre, dog slik at partene har anledning til å si opp Avtalen med 12 måneders varsel fra dato til dato uavhengig av om det foreligger noen oppsigelsesgrunn.

Av punkt 6.1 «Avtaleperiode» fremgår følgende:

Avtalen løper fra Effektiv Dato til 31.12.2014 («Initiell Avtaleperiode»), med rett til forlengelse som angitt i punkt 6.2 nedenfor og/eller eventuelt punkt 6.3 første avsnitt og/eller 6.5 («Avtaleperiode»).

Og av punkt 6.2 «Forlengelse – opsjon» fremgår følgende:

Kunden skal ha rett til å kreve forlengelse av Avtalen i to perioder av to år etter Kundens eget ønske og behov.

Det er på det rene at den initielle avtaleperioden – slik denne ble fastlagt i Hovedavtalens punkt 6.1 – utløp 31. desember 2014, og at opsjonene i Hovedavtalens punkt 6.2 ville utløpt senest 31. desember 2018. Det er likevel ingen som hevder at Hovedavtalen utløp verken i 2014, 2016 eller 2018. Årsaken til dette er at partene i 2014 inngikk EA 34-2014 som inneholder punkt 9 «Varighet og oppsigelse» som lyder:

«Avtale om Betalingsformidlingstjenester og/eller øvrige Ytelser» Avtalen pr. 1.7.2007 med senere endringsavtaler forlenges med 4 – fire – år slik at Avtaleperioden iht Avtalens pkt 6. løper fra og med 1.1.2015 til og med 31.12.2018. Kundens rett til forlengelse jmf. Avtalens punkt 6.2 Forlengelse – opsjon videreføres med samme betingelser for to nye perioder av to år (dvs. opsjon for perioden 31.12.2018-31.12.2020 og 31.12.2020-31.12.2022).

I tillegg har partene i etterkant inngått EA 2016 hvor første og andre ledd i punkt 8 Varighet og oppsigelse lyder:

Ny minimums avtaleperiode (Initiell Avtaleperiode) blir fra avtalesignering 28.10.2016 frem til 31.12.2022.

Kunden har ved denne endringsavtale rett til ytterligere opsjoner for forlengelse etter Initiell Avtaleperiode på samme betingelser for tre nye perioder av to år og en periode av ett år (dvs. opsjon for perioden 31.12.2022-31.12.2024, 31.12.2024-31.12.2026, 31.12.2026-31.12.2028 og 31.12.2018-31.12.2029).

I samsvar med rettens gjennomgang og konklusjoner ovenfor, legges det til grunn at den initielle avtaleperioden i EA 2016 punkt 8 utløp 31. desember 2022, og at partene nå er inne i en forlengt avtaleperiode som – uten ytterligere forlengelse – utløper 31. desember 2024.

Spørsmålet er så om den ordinære oppsigelsesadgangen i Hovedavtalens punkt 6.3 gir Leverandøren adgang til å si opp Hovedavtalen med 12 måneder varsel i denne perioden, alternativt i senere perioder dersom Hovedavtalen forlenges ytterligere med grunnlag i Kundens opsjoner i EA 2016 punkt 8 andre ledd.

Etter rettens syn er det klart at en slik oppsigelsesadgang ikke kan gjøres gjeldende før både den Initielle Avtaleperioden og eventuelle forlengede avtaleperioder er utløpt. Når også eventuelle forlengede avtaleperioder er utløpt, følger det av Hovedavtalens punkt 6.3 at Hovedavtalen løper videre inntil den sies opp med 12 måneders varsel. Dette følger direkte av Hovedavtalens punkt 6.3, likevel slik at den Initielle Avtaleperioden i Hovedavtalens punkt 6.1 er erstattet av perioden 28. oktober 2016 til 31. desember 2022 ved EA 2016 punkt 8, og videre slik at Kundens opsjoner i Hovedavtalens punkt 6.2 er erstattet av tilsvarende i EA 2016 punkt 8. En slik forståelse følger også av at Kunden gjennom Hovedavtalens punkt 6.2 og EA 2016 punkt 8 er gitt opsjoner på forlengelse – dvs ensidige rettigheter til å forlenge avtaleforholdet uavhengig av Leverandørens synspunkt – hvilke vil være verdiløse dersom Leverandøren uansett og når som helst kan si opp Hovedavtalen med 12 måneders varsel. Saksøktens forståelse ville tilføre avtaleforholdet en uforutsigbarhet som fremstår uforenlig med at Hovedavtalen gjelder samfunnskritiske tjenester som krever store investeringer og forutsigbarhet for begge parter.

Retten er etter dette kommet til at Leverandøren ikke har rett til å si opp Hovedavtalen før alle forlengelser som måtte følge av Kundens rettmessige opsjonsutøvelser er utløpt. Etter dette løper Hovedavtalen derimot på oppsigelse, med 12 måneders varselsfrist. Retten har ikke funnet spørsmålet tvilsomt.

3.5 Har Leverandøren krav på revisjon av vederlaget?

3.5.1 Kort om bakgrunnen og partenes posisjoner

Etter inngåelsen av Forliksavtalen 30. november 2021 startet partene forhandlingene om en avtale som skulle lukke øvrige utestående punkter i forlengelsen av Forliksavtalen.

Som ledd i disse forhandlingene introduserte Leverandøren 9. juni 2022 også et krav om reforhandling av den årlig fastprisen i henhold til Hovedavtalens punkt 3.7 (g). Det ble gjort gjeldende at en forlengelse av avtaleforholdet uten endring av vederlaget ville lede til et negativt dekningsbidrag på om lag en halv milliard kroner for Leverandøren i perioden 2022-2029.

Ved brev av 20. juni 2022 ga Kunden en redegjørelse for hvorfor Kunden mente at vilkårene for reforhandling av vederlaget ikke var oppfylt. Kunden ga blant annet uttrykk for at Hovedavtalen punkt 3.7 (g) kun innebar en avtalefesting av den ulovfestede læren om bristende forutsetninger, og at det ikke var sannsynliggjort at vilkårene i denne læren var oppfylt.

De videre forhandlingene mellom partene ble svært krevende. Det hadde også sammenheng med partenes uenighet om Kundens rett til opsjonsutøvelse og betydningen av Leverandørens forsinkelse for opsjonsperiodenes varighet. Partenes uenighet på disse punktene – og vanskelighetene med å løse denne uenigheten – er omtalt ovenfor.

Partene lyktes ikke å løse tvistepunktene i minnelighet, og Kunden gikk derfor til søksmål ved stevning av 18. november 2022. Denne ble fulgt opp av Leverandøren med tilsvarende og motkrav av 6. januar 2023. Vedlagt tilsvaret fulgte en lønnsomhetskalkyle som viste at avtaleforholdet uten endring av vederlaget ville lede til et negativt dekningsbidrag for Leverandøren på 1,88 milliarder for perioden 2023-2034.

Med bakgrunn i partenes ulike tvistepunkter, har Leverandøren fra 1. januar 2023 utfakturert et tilleggsvederlag på MNOK 20 per måned, totalt MNOK 240 per år.

Utfaktureringen er omtvistet partene imellom og tilleggsfakturaene er ikke betalt av Kunden. Kunden har derimot betalt alle ordinære fakturaer, på tilsvarende vis som tidligere.

Som ledd i saksforberedelsen fremla Leverandøren i september 2023 en oppdatert lønnsomhetskalkyle. Denne viser et negativt dekningsbidrag på 1,88 milliarder kroner for perioden 2023-2034 uten endring av vederlaget, men med en noe annen begrunnelse enn i de tidligere analysene.

Som grunnlag for kravet om endring av vederlaget har Leverandøren påberopt flere alternative hjemmelsgrunnlag. Retten vil derfor først gjennomgå de ulike hjemmelsgrunnlagene som er påberopt, for deretter å ta stilling til om et eller flere av disse kan føre frem slik Leverandøren gjør gjeldende. For en nærmere gjennomgang av partenes anførsler knyttet til de ulike hjemmelsgrunnlagene, vises det til punkt 2 ovenfor.

3.5.2 Nærmere om de anførte hjemmelsgrunnlagene

Som hjemmelsgrunnlag for Leverandørens krav om revisjon av det avtalte vederlaget, har Leverandøren prinsipielt påberopt Hovedavtalen, nærmere bestemt Hovedavtalens punkt 3.1, åttende ledd, punkt 3.7 (b) og punkt 3.7 (g). Subsidiært har Leverandøren påberopt avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger. Retten vil først vurdere de avtalebaserte grunnlagene som prinsipielt er anført.

3.5.2.1 Hovedavtalens punkt 3.1

Hovedavtalens punkt 3 bærer overskriften «*Vederlag og betalingsbetingelser*». Under første underpunkt – punkt 3.1 «*Generelt*» – fremgår følgende av åttende ledd:

Endringer i Leverandørens ytelser som ikke kan ansees som ny funksjonalitet eller på annen måte tilfører ytelser på nytt, skal ikke gi grunnlag for krav om økning av fastpris/kostnader, med mindre Leverandøren kan dokumentere økte kostnader som følge av dette. For endringer som følger av offentligrettslige krav, gjelder punkt 16.

Leverandøren gjør gjeldende at denne reguleringen gir et selvstendig hjemmelsgrunnlag for retten til å revidere det avtalte vederlaget. Retten er ikke enig i dette.

Retten konstaterer først at bestemmelsen verken er formulert som en rettighetsbestemmelse for Leverandøren eller en kompetanshjemmel for retten. Reguleringen gir derimot i første del av reguleringen uttrykk for det motsatte; ved visse endringer er i utgangspunktet krav om vederlagsjustering utelukket. Dette fremstår også som hovedfokuset i reguleringen.

Tillegget i andre del av reguleringen fremstår som et unntak fra dette utgangspunktet, jf. «*med mindre*», noe som innebærer at dersom unntaket kommer til anvendelse er et krav likevel ikke utelukket med grunnlag i første del av reguleringen.

Spørsmålet er imidlertid om formuleringene av utgangspunktet og unntaket sett i sammenheng også gir grunnlag for en motsetningslutning; dersom vilkårene for unntak er oppfylt innebærer ikke det kun at et krav ikke er utelukket, men også at situasjonen er den motsatte, dvs at det er «*grunnlag for krav om økning av fastpris/kostnader*». Retten oppfatter at det er en slik forståelse som gjøres gjeldende av Leverandøren.

Selv om bestemmelsens formuleringer sett i sammenheng isolert sett kan tilsi en slik slutning, taler tungtveiende grunner mot en slik forståelse

For det første kan bestemmelsen ikke forstås løsrevet fra øvrig regulering i Hovedavtalen.

Bestemmelsen inngår her sammen med flere reguleringer i punkt 3.1 «*Generelt*» som oppstiller generelle prisingsprinsipper, herunder følgende:

For utvidelse av leveransen av Betalingsformidlingstjenester og /eller øvrige nye Ytelser, herunder systemer, endringer av eksisterende produkter eller systemer, som for eksempel endring av grensesnitt, eller ny funksjonalitet som Leverandøren tilbyr etter Effektiv Dato, skal priser og vilkår være minst like gunstige for Kunden som de priser og vilkår som Leverandøren tilbyr andre kunder med sammenlignbare volum og tilsvarende ytelser.

[..]

Leverandøren skal prise sine ytelser ut fra sine egne kalkyler, og ikke beregne sine priser ut fra Kundens forretningsmodell, slik som prising pr transaksjon, pr kunde mv, uten at dette er eksplisitt avtalt med Kunden.

Når det gjelder endringer i tjenester og/eller løsninger Kunden allerede har tilgang til, for eksempel gjennom ny og/eller endret funksjonalitet, skal eventuelle justeringer av fastprisen som følge av endret forvaltning av denne nye/endrede funksjonaliteten hensynta den innvirkning endringen/tillegget vil ha på omfanget av kostnader knyttet til forvaltningen.

Endringer i Leverandørens ytelser som ikke kan ansees som ny funksjonalitet eller på annen måte tilfører ytelser på nytt, skal ikke gi grunnlag for krav om økning av fastpris/kostnader, med mindre Leverandøren kan dokumentere økte kostnader som følge av dette. For endringer som følger av offentligrettslige krava, gjelder punkt 16.

De siterte bestemmelsene, hvor også den omtvistede inngår, adresserer alle generelle prinsipper for prising av endringer. Endringer reguleres av punkt 8 i Hovedavtalen, noe som blant annet fremgår på følgende vis at punkt 8.1, siste ledd; «*Reglene i dette kapittel 8 gjelder endringer i de ytelsene som Kunden mottar*». På vanlig vis omfatter punkt 8 regler om prisoverslag ved endringer, rett for Kunden til å pålegge endringer ensidig gjennom endringsordre, konsekvenser av endringer m.v. Når det gjelder konsekvensene av endringer fremgår blant annet følgende av punkt 8.5 «*Konsekvenser av endringsordre*»:

Dersom Kunden krever en endring har Leverandøren rett til å kreve endringer i Kontraktspris og/eller fremdriftsplan eller øvrige forhold, som er forårsaket av Kundens endringsbehov.

Hvis tjenesteendringen går ut på forandring av omfang av tjenester som Leverandøren allerede leverer, skal eksisterende enhetspriser benyttes. Det samme gjelder hvis tjenestene allerede er listet opp blant bestillbare tilleggstjenester i bilag 4.

I andre tilfeller enn de nevnt i forrige avsnitt, skal Leverandøren fremsette et tilbud på tillegg eller fradrag for endringene. Tilbudet skal reflektere det generelle prisnivået i Avtalen.

Slik retten ser det, tilsier dette at hjemmelen for regulering av vederlaget ved endringer følger av punkt 8, med supplerende generelle prinsipper for prisingen av endringer i punkt 3.1 «*Generelt*». Dette støttes også av punkt 3.7 «*Regulering av vederlag*» som lyder:

Vederlaget i Avtalen skal kun reguleres dersom det er eksplisitt beskrevet i Avtalen, herunder ved følgende:

[..]

c. Endringer i Avtalen etter punkt 0.

Henvisningen til «*punkt 0*» er feilskrift for punkt 8. Hovedavtalen omfatter ikke et punkt 0 og endringer adresseres som nevnt i punkt 8.

Det sentrale ved det siterte er todelt; for det første fremgår det at regulering av vederlaget ikke skal finne sted med mindre det er «*eksplisitt beskrevet i Avtalen*». En slik reguleringsadgang følger som ovenfor omtalt ikke eksplisitt av Hovedavtalens punkt 3.1, åttende ledd, men må i tilfelle innfortolkes gjennom en motsetningsslutning. For det andre fremgår det av bestemmelsen at vederlaget ved endringer skal reguleres i samsvar med punkt 8. Og reguleringen i punkt 8 fremstår altså overordnet og med behov for supplering av mer generelle prisingsprinsipper. Disse fremgår etter rettens syn av punkt 3.1.

Når hjemmelen for regulering av vederlaget ved endringer følger av punkt 8, og supplerende prisingsprinsipper av punkt 3.1, tilsier dette at funksjonen til punkt 3.1, åttende ledd, er å fastslå at Leverandøren i visse tilfeller ikke kan ta seg betalt for endringer «*med mindre Leverandøren kan dokumentere økte kostnader som følge av dette*». Første del av reguleringen oppstiller således en begrensning i den rett til å kreve regulering av vederlaget som ellers følger av punkt 8, jf. punkt 3.7 c). Dersom vilkårene i siste del av reguleringen er oppfylt, kommer begrensningen likevel ikke til anvendelse og retten til vederlagsregulering følger hovedregelen i punkt 8, jf. punkt 3.7 c). Sammenhengen i Hovedavtalen tilsier etter rettens syn nokså entydig at dette utgjør korrekt forståelse av punkt 3.1.

For det andre har det atskillig formodning mot seg at partene oppstiller regulering av så vidt sentral materiell betydning gjennom en implisitt motsetningsslutning mot slutten av en lang bestemmelse som ellers gjelder noe annet. Særlig gjelder det når adgangen til å regulere vederlaget er adressert i et eget punkt i Hovedavtalen, og det av dette også fremgår at slik reguleringsadgang krever at det er «*eksplisitt beskrevet i Avtalen*». Reguleringen i punkt 3.1, åttende ledd oppfylder klart nok ikke dette kravet.

For det tredje er en slik forståelse av Hovedavtalen ikke på noe tidspunkt gjort gjeldende før i Leverandørens tilsvaer. Det til tross for at partene har diskutert adgangen til vederlagsjustering siden kravet om slik justering første gang ble fremsatt av Leverandøren 9. juni 2022. Det underbygger for retten at den forståelsen som nå anføres av Leverandøren ikke gir uttrykk for partenes mening ved inngåelsen av Hovedavtalen.

Retten er etter dette kommet til at Hovedavtalens punkt 3.1, åttende ledd, ikke gir et selvstendig hjemmelsgrunnlag for retten til å revidere det avtalte vederlaget. Retten har ikke funnet spørsmålet tvilsomt.

3.5.2.2 Hovedavtalens punkt 3.7 (b)

Hovedavtalens punkt 3.7 bærer overskriften «*Regulering av Vederlag og betalingsbetingelser*». Følgende av betydning fremgår:

Vederlaget i Avtalen skal kun reguleres der det er eksplisitt beskrevet i Avtalen, herunder ved følgende:

[..]

b. Referansemåling (benchmark) etter punkt 4.

Av Hovedavtalens punkt 4 fremgår følgende:

Det skal foretas referansemålinger (benchmarks) regelmessig, som skal hensyntas i forbindelse med prisfastsettelse, vurdering av kvalitet på tjenestene og servicenivå, herunder på nye produkter og ytelser. Referansemålingen skal foretas av nøytralt, erfarent og vel ansett selskap utpekt av partene i fellesskap. Sammen med dette selskapet skal partene bli enige om hovedprinsippene for referansemålingene, herunder innhold og metode, og at referansemålingen ellers skal følge standard metodikk som selskapet som skal utføre referansemålingen ellers benytter. De nærmere prinsipper som skal gjelde for referansemåling er inntatt i bilag 6 – Referansemåling (benchmark).

Leverandøren gjør gjeldende at disse reguleringene gir et selvstendig hjemmelsgrunnlag for retten til å revidere det avtalte vederlaget. Retten er ikke enig i dette.

Hovedavtalen oppstiller flere formål med slike referansemålinger, herunder for både pris, kvalitetsnivå og kundetilfredshet. Om betydningen for pris fremgår av Hovedavtalens punkt 4 kun at referansemålinger «*skal hensyntas i forbindelse med prisfastsettelse [...] herunder på nye produkter og ytelser*». I dette ligger klart nok ikke noe kompetanse for retten til å revidere det avtalte vederlaget.

Hovedavtalen suppleres av bilag 6 «*Referansemåling*». Av bilagets punkt 2.4 «*Konsekvenser av avvik fra referansemålet*» fremgår følgende av underpunkt 2.4.1.1 «*Avvik i pris for fastprisen*»:

Hvis rapporten fra Benchmarkingselskapet konkluderer med at Leverandørens samlede priser for Fastprisen Ytelser er høyere enn Referansemålet skal Leverandørens priser for fastprisområdet reduseres ned til Referansemålet innen 3 måneder etter Benchmarkingselskapets rapport forelå.

Dersom de samlede priser for fastpris Ytelser er høyere enn 25% av Referansemålet, skal Avtalen reforhandles. Hvis ikke partene kommer til enighet om en reforhandlet avtale innen seks måneder etter at en part har krevet reforhandling, kan Kunden si opp Avtalen med 6 måneders varsel.

Denne reguleringen gir Kunden en rett til reduksjon av fastprisen dersom denne er høyere enn det såkalte referansemålet. Dette er en rettighet som også kan håndheves for domstolene, med unntak av hva som fremgår av andre ledd, noe retten kommer tilbake til nedenfor. Rettigheten tilkommer imidlertid kun Kunden, og kan ikke hjemle et krav fra Leverandøren om høyere vederlag. Annen regulering av referansemålingens betydning for en eventuelle regulering av vederlaget kan retten ikke se at fremgår av bilaget. Retten kan dermed ikke se at avtalens punkt 3.7 (b) gir hjemmel for retten til å oppregulere det avtalte vederlaget.

I tillegg kommer at det ikke er gjennomført noen referansemåling som kvalifiserer i samsvar med bilag 6 «Referansemåling». Det er ingen uenighet partene imellom om dette. Leverandøren har riktignok gjennomført en viss forenklet sammenligning mellom prisnivået til Kunden og prisnivået til Leverandørens øvrige kunder. Denne sammenlikningen er imidlertid verken gjennomført av et uavhengig selskap eller i samsvar med prinsippene som følger av bilag 6 «Referansemåling». Det er heller ikke hentet inn priser fra eksterne leverandører. Sammenlikningene utgjør således ingen «referansemåling» i Hovedavtalens forstand.

Retten er etter dette kommet til at Hovedavtalens punkt 3.7 (b) ikke gir et selvstendig hjemmelsgrunnlag for retten til å øke det avtalte vederlaget. Retten har ikke funnet spørsmålet tvilsomt.

3.5.2.3 Hovedavtalens punkt 3.7 (g)

Hovedavtalens punkt 3.7 (g) bærer på tilsvarende vis overskriften «Regulering av vederlag». Følgende av betydning fremgår:

Vederlaget i Avtalen skal kun reguleres der det er eksplisitt beskrevet i Avtalen, herunder ved følgende:

[..]

g. Vesentlige endringer i forutsetningene for avtalen med Kunden som på en vesentlig måte forrykker balansen i grunnlaget for fastsettelsen av partenes ytelse, hvorefter årlig pris skal reforhandles.

Leverandøren gjør gjeldende at denne reguleringen gir et selvstendig hjemmelsgrunnlag for retten til å revidere det avtalte vederlaget. Retten er ikke enig i dette.

Det følger av bestemmelsen at dersom de vilkår som oppstilles er oppfylt, skal «årlig pris reforhandles». Dette utgjør således en såkalt reforhandlingsklausul, på engelsk også benevnt «hardship»-klausul. Dersom vilkårene for reforhandling er oppfylt, plikter partene lojalt å bidra til slik reforhandling.

Partene er uenige om vilkårene for slik reforhandling er oppfylt eller ikke, og det er derfor ikke gjennomført reforhandling. Uten at retten ser behov for å ta stilling til om vilkårene er oppfylt eller ikke, vil retten først knytte noen bemerkninger til forståelsen av vilkårsdelen i klausulen før retten går over til virkningssiden.

Kunden er av den oppfatning at reforhandlingsklausulen kun innebærer en avtaleregulering av den ulovfestede læren om bristende forutsetninger, og at vilkårene i denne læren ikke er oppfylt. Retten er ikke enig i dette.

De vilkår som følger av forutsetningslæren er oppsummert på følgende vis av Høyesterett i Rt-2010-1345 (Oslo Vei):

For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling, jf. Rt-1999-922 på side 931.

Dette er andre vilkår enn de som følger av Hovedavtalens punkt 3.7 (g). Hovedavtalens punkt 3.7 (g) oppstiller to vilkår for at reforhandlingsplikt skal inntre, hvor begge er knyttet til et vesentlighetskriterium. Det første

vesentlighetskriteriet gjelder det faktiske grunnlaget som påberopes; det må foreligge en vesentlig endring i forutsetningene for Hovedavtalen. Det andre vesentlighetskriteriet gjelder virkningene av forutsetningssvikten; balansen i partenes ytelser må være vesentlig forrykket. Dette er de eneste vilkårene som oppstilles. Det stilles ikke krav om synbarhet og motivasjon, på tilsvarende vis som i forutsetningslæren. Den helhetsvurdering som forutsetningslæren foreskriver, er dertil erstattet av de to nevnte vesentlighetskriteriene. Dette er mer presise og skarper avgrensede kriterier enn hva forutsetningslæren oppstiller.

Retten er derfor av den oppfatning at Hovedavtalens punkt 3.7 (g) ikke utgjør en avtaleregulering av den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Klausulen utgjør en selvstendig reforhandlingsklausul som avviker både på vilkårssiden og virkingssiden fra den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Retten kan derfor ikke se at det er grunnlag for å innfortolke vilkår fra den ulovfestede læren om bristende forutsetninger i klausulen, og kan heller ikke se at denne læren er egnet til å gi betydningsfulle tolkningsbidrag på annen måte. Reforhandlingsklausulen må etter rettens syn i stedet tolkes med bakgrunn i de konkrete omstendighetene som gjør seg gjeldende ved partenes avtaleforhold.

Av særlig betydning i den forbindelse er at det er tale om et langvarig og samarbeidspreget avtaleforhold. Det fremgår allerede av formålsangivelsen i Hovedavtalens punkt 1.1.2:

Avtalen inngås for å sikre Partenes ønske om langsiktig samarbeid. Avtalen skal sikre gjennomføringsevne, forutsigbarhet og verdiskapning til Kundens og Leverandørens beste, og på sikt redusere Kundens kostnader og risiko slik definert i Avtalen, samt bidra til å gå Kunden den nødvendige tyngde og fleksibilitet til å møte fremtidige krav relatert til Kundens virksomhet.

Avtalen skulle opprinnelig vare fra 2007 til 2014, med opsjoner på forlengelse til 2018. Senere er det inngått endringsavtaler, som retten ovenfor har konkludert med at gir Kunden rett til å forlenge avtalen ut 2029, samt med forskyvning av forlengelsen ved forsinkelse. Slik forsinkelse foreligger. Retten har ovenfor også konkludert med at Leverandøren ikke har rett til å si opp Hovedavtalen innenfor denne perioden. Leverandøren har således forpliktet seg til et avtaleforhold av svært lang varighet. Det gjelder i særdeleshet innenfor et dynamisk rettsområde som det foreliggende, hvor utviklingen går svært hurtig.

Dette må nødvendigvis få betydning for tolkningen av Hovedavtalen, herunder av vesentlighetskriteriene i Hovedavtalens punkt 3.7 (g). Retten kan derfor ikke se at det er grunnlag for en så vidt restriktiv tolkning av bestemmelsens vilkårsside som Kunden har anført, og retten kan heller ikke se at det er i Kundens langsiktige interesse.

Det sentrale for retten er likevel at klausulens virkningsside ikke gir retten hjemmel til å revidere vederlaget. Hovedavtalens punkt 3.7 (g) foreskriver reforhandling som eneste rettsvirkning når vilkårene er oppfylt. Retten bedriver imidlertid ikke reforhandling av avtaler, det forbeholdes partene. Når bestemmelsen ikke tillegger retten en subsidiær revideringskompetanse dersom partene ikke kommer til enighet, har retten derfor vanskelig for å se at retten har hjemmel i bestemmelsen for å tre i partenes sted.

I samme retning Bruserud, Hardhipklausuler punkt. 16.7.2, hvor blant annet følgende uttrykkes:

Enkelte hardshipklausuler fastsetter at kontraktsforholdet skal fortsette på de opprinnelige vilkårene hvis partene ikke kommer til enighet gjennom reforhandlingene.

[..]

Slike klausuler fremstår som noe «tannløse», i hvert fall løsrevet fra den rettslige kontekst de står i. Det samme gjelder for klausuler som lar spørsmålet stå uregulert, det vil si klausuler som kun fastsetter at partene har en reforhandlingsplikt uten å si noe om konsekvensene av at partene ikke kommer til enighet. Det er neppe grunnlag for å innfortolke verken noen direkte kompetanse for den rammede part til å kreve endringer i kontrakten, noen termineringskompetanse, eller å tillegge et tvisteløsningsorgan noen endringskompetanse med klausulen som eneste hjemmelsgrunnlag.

[..]

Dette betyr i realiteten at det eneste disse klausulene fastsetter, er en forpliktelse til å reforhandle, uten det reforhandlingspress som ligger i en subsidiær termineringsadgang eller tvisteløsningsmekanisme. Isolert vil disse klausulene trolig være nokså ineffektive som selvstendig fleksibilitetsgrunnlag, da vi ovenfor har sett at det er liten grunn til å tro at det vil utøves noen særlig intensiv prøving av partenes avbruddsgrunner.

I samme retning også Agder lagmannsrett i LA-2003-17461, hvor lagmannsretten uttaler følgende om konsekvensene av at partene ikke kom til enighet under en reforhandlingsklausul:

Uansett hvorledes den omstridte klausul slik sett er å forstå er det på det rene at verken hoved- eller tilleggsavtalen sier noe om hva som skal skje dersom partene ikke blir enige om en ny pris. Avtalen inneholder f.eks. intet om at prisen i så fall skal fastsettes ved voldgift eller av tredjemann på annen måte. Avtalen kan ikke utlegges slik at den gir en part lovlig adgang til, mot den annens protest, ensidig å endre prisen til et nivå vedkommende part selv mener er korrekt.

[...]

Bransjen har åpenbart sett hensiktsmessigheten av slike klausuler, selv om de ikke gir noen av partene materiell rett til å få fastsatt en ny pris.

Også Høyesterett har uttalt seg i samme retning i et obiter dictum i Rt-1994-1 (Tinfos):

Jeg nevner at det kan være tvilsomt i hvilken utstrekning en slik reforhandlingsklausul gir vedkommende kontraktspart noe egentlig krav på endringer i kontrakten.

Saksøkte har til dette innvendt at den ordinære tvisteløsningsmekanismen i Hovedavtalens punkt 20 utgjør et tilstrekkelig kompetansegrunnlag. Hovedavtalens punkt 20.3 lyder:

Dersom en tvist ikke blir løst ved forhandlinger eller uavhengig ekspert, kan hver av partene forlange tvisten avgjort med endelig virkning ved norske domstoler. Oslo tingrett er rett verneing.

Når partene ikke har tillagt retten en subsidiær revideringskompetanse i reforhandlingsklausulen, og heller ikke er enige om at den slik kompetanse tilkommer retten på annet grunnlag, er det tvist om rettens kompetanse til å revidere vederlaget. Denne tvisten kan retten ta stilling til i medhold av Hovedavtalens punkt 20.3. Retten kan imidlertid ikke se at samme bestemmelse også kan utgjøre et kompetansegrunnlag for retten til å revidere vederlaget. Hovedavtalens punkt 20.3 utgjør en regulering av rettens prosessuelle kompetanse, ikke også av rettens materielle kompetanse.

Saksøkte har til støtte for sitt syn påberopt Rt-1998-1683. Retten kan ikke se at denne dommen gir støtte for saksøktes syn, da reforhandlingsklausulen i saken nettopp inneholdt en materiell regulering av rettens kompetanse gjennom følgende tillegg:

Bli partene ikke enige om en slik revisjon, blir revisjonskravene å henvise til voldgift i henhold til § 11.

Retten kan heller ikke se at spørsmålet om rettens kompetanse til å revidere vederlaget var omtvistet i saken.

Retten er etter dette kommet til at Hovedavtalens punkt 3.7 (g) ikke gir et selvstendig hjemmelsgrunnlag for retten til å revidere det avtalte vederlaget. Retten har ikke funnet spørsmålet tvilsomt.

I konsekvens innebærer dette at ingen av de påberopte bestemmelsene i Hovedavtalen gir hjemmel for retten til å revidere det avtalte vederlaget. Retten går derfor over til å vurdere hjemmelsgrunnlagene som er påberopt subsidiært av saksøkte.

3.5.2.4 Avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger

Saksøkte har subsidiært påberopt avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger som hjemmel for revisjon av det avtalte vederlaget. Forholdet mellom de to grunnlagene er i liten eller ingen grad blitt problematisert for retten av partene.

Det er sikker rett at i visse tilfeller kan en part kreve revisjon av en inngått avtale både på grunnlag av den ulovfestede læren om bristende forutsetninger og på grunnlag av avtaleloven § 36, jf. Mestad, Kontraksrevisjon, Jussens Venner vol. 57 s. 240. Slik retten ser det ligger det aktuelle saksforholdet imidlertid ikke til rette for anvendelse av forutsetningslæren. Det er flere grunner til dette.

For det første har saksøkte påberopt en rekke ulike utviklingstrekk i avtaleforholdet som grunnlag for revisjon av vederlaget. Helhetsvurderingen i avtaleloven § 36 fremstår bedre innrettet mot en slik sammensatt vurdering enn tilsvarende under forutsetningslæren. Slik også Mestad i Mestads artikkel på s. 270

For det andre er læren om bristende forutsetninger først og fremst egnet i kontraktsforhold med dokumenterbare individuelle forutsetninger. Typisk vil dette gjelde i kontraktsforhold der det kan fremleggs dokumentasjon fra kalkylearbeid og kontraktsforhandlinger. Retten viser til Mestad i Mestads artikkel på s. 268. Slike individuelle forutsetninger har vært lite fremme i saken. I den grad de senere inntrådte forholdene som påberopes av saksøkte overhodet kvalifiserer som forutsetninger, vil det hovedsakelig være tale om såkalte typeforutsetninger, det vil si forutsetninger som ikke lar seg påvise individuelt men som typisk vil forekomme ved en avtale som den aktuelle. Det er alminnelig antatt at forutsetningslæren egner seg bedre for individuelle forutsetninger enn for slike typeforutsetninger, jf. Hagstrøm Obligasjonsrett, 3. utg. s. 334.

For det tredje har saksøkte nedlagt påstand om revisjon både av Hovedavtalens faste årlige vederlag og av betingelsene for vederlaget. Kun avtaleloven § 36 kan hjemle en revisjon også av betingelsene for vederlaget.

Retten vil derfor i det videre kun vurdere om avtaleloven § 36 gir hjemmel for revisjon av det avtalte vederlaget. Retten understreker likevel at retten ikke kan se at forutsetningslæren kan lede til et annet utfall i saken.

3.5.3 Gir avtaleloven § 36 hjemmel for revisjon av vederlaget?

De relevante delene av avtaleloven § 36 lyder som kjent:

En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig

Leverandøren har påberopt en rekke «*senere inntrådte forhold*» som hver for seg og samlet skal lede til at Leverandørens oppfyllelse er blitt så kostbar – og balansen i avtaleforholdet er blitt så forrykket – at kvalifisert urimelighet skal foreligge.

Retten vil i det videre gjennomgå hvert enkelt forhold som er påberopt av Leverandøren som faktisk grunnlag for revisjonskravet. Retten vil særlig vurdere om Leverandøren har sannsynliggjort at slike «*senere inntrådte forhold*» har inntrådt, samt at disse har ledet til endring i Leverandørens oppfyllelsesbyrde. Disse vurderingstemaene bør imidlertid allerede innledningsvis presiseres noe nærmere.

For det første, når det skal tas stilling til om oppfyllelsesbyrden er økt må det også avklares hva som utgjør sammenligningsgrunnlaget eller målestokken for vurderingen. I utgangspunktet er dette den opprinnelige avtalebalansen, men dette må etter rettens syn modifiseres i vår sak. Grunnen til dette er at selv om Hovedavtalen ble inngått tilbake i 2007, er den senere blitt endret en rekke ganger gjennom endringsavtaler. I EA 2016 ble fastprisen – som revisjonskravet retter seg mot – gjenstand for ny regulering i EA 2016 punkt 7. Eventuelle endringer i Leverandørens oppfyllelsesbyrde før denne datoen var kjent for partene ved inngåelsen av EA 2016, uten at dette ledet til endringer i fastprisen ut over hva som fremgår. I konsekvens må dette innebære at en eventuell økt oppfyllelsesbyrde før dette tidspunktet må anses innbakt i prisene slik disse fremgår av EA 2016. Etter rettens syn innebærer dette at det er avtalebalansen per 28. oktober 2016 som utgjør relevant sammenligningsgrunnlag eller målestokk for vurderingen.

For det andre følger det av avtaleloven § 36 at vurderingen av om Leverandørens eventuelle økte oppfyllelsesbyrde er urimelig skal knyttes til tidspunktet avtalen gjøres gjeldende. Det kan være noe uklart hvordan dette skal forstås i en langvarig avtaleforhold som det foreliggende. Riktignok utløper avtaleforholdet uten forlengelse 31. desember 2024, men retten legger til grunn at Kunden vil utøve sine avtalefestede opsjoner ut 2029. I tillegg kommer en forskyvning av opsjonsperioden tilsvarende Leverandørens forsinkelser. Leverandøren har utarbeidet prognoser for hvordan Leverandørens kostnadsutvikling vil kunne bli ut 2034. Det hefter naturligvis betydelig usikkerhet ved slike prognoser.

Spørsmålet blir derfor hva det nærmere innebærer at urimelighetsvurderingen skal knyttes til tidspunktet avtalen gjøres gjeldende i et slikt perspektiv. Så vidt retten kan se er spørsmålet i juridisk teori kun behandlet for det tilfelle at oppfyllestidspunktet ligger forut for domstidspunktet og det skjer en endring mellom de to tidspunktene. Juridisk teori om spørsmålet er sammenfattet på følgende vis i Hauge, Ugyldighet ved formuesrettslige disposisjoner, punkt 6.3.4.2:

Det kan være noe usikkert om oppfyllelesstadiet eller domstidspunktet skal være avgjørende ved urimelighetsvurderingen. Hov/Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 397-398, legger til grunn at urimelighetsbedømmelsen skal skje «med utgangspunkt i situasjonen på det tidspunkt da kravet om oppfyllelse fremsettes». Også Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 278-279 og Selvig i Knophs oversikt s. 262 synes å legge til grunn at vurderingen skal ta utgangspunkt i oppfyllelesstadiet. Huser, Avtalesensur s. 24, legger til grunn rettsanvendelsestidspunktet, men uten å problematisere dette nærmere. Nygaard, Rettsgrunnlag s. 398 bygger på domstidspunktet. Muligens kan det ikke gis noe kategorisk svar på spørsmålet. Ordlyden «ville virke urimelig (...) å gjøre gjeldende» synes i utgangspunktet å tale for oppfyllelesstadiet. Selv om oppfyllelesstadiet er utgangspunktet, synes det likevel ikke å være grunn til prinsipielt å utelukke at også forhold som har inntrådt på et senere tidspunkt kan få betydning, i favør eller disfavør av den beskyttede part.

I vår sak er det imidlertid tale om et langvarig kontraktsforhold hvor oppfyllelsen skjer kontinuerlig, og hvor saksøkte i stor grad anfører fremtidige konsekvenser som grunnlag for urimelighet.

Det mest sentrale i et slikt tilfelle er etter retten syn at de «senere inntrådte forhold» som påberopes som grunnlag for urimeligheten må ha «inntrådt» på domstidspunktet. Det følger direkte av ordlyden. Det utelukker likevel ikke urimelighet først på et senere oppfyllelestidspunkt, men slik urimelighet må følge av allerede inntrådte forhold. I et langvarig kontraktsforhold som det foreliggende, hvor det skjer løpende endringer både på kostnads- og inntektssiden, må dette etter rettens syn innebære at det er kostnads- og inntektssituasjonen på domstidspunktet som må danne utgangspunktet for urimelighetsvurderingen. Retten kan således ikke konkludere med urimelighet basert på prognoser knyttet til en fremtidig utvikling, dersom slik urimelighet ikke allerede foreligger på domstidspunktet eller vil følge av forhold som er inntrådt på domstidspunktet og som vil gjøre seg tilsvarende gjeldende på et senere oppfyllelestidspunkt.

Med dette som rettslige utgangspunkter vil retten gå over til å vurdere de ulike forholdene som Leverandøren har påberopt som faktisk grunnlag for revisjonskravet. Først når det er avklart om – og eventuelt i hvilken grad – disse har ledet til økt oppfyllelesbyrde for Leverandøren, vil retten gå over til selve urimelighetsvurderingen.

3.5.3.1 Endring i Kundens bruk av Leverandørens tjenester

Saksøkte gjør gjeldende at det har vært en vesentlig endring i Kundens bruk av Leverandørens tjenester, og at dette har ledet til betydelig økt oppfyllelesbyrde for Leverandøren.

Er det ført tilstrekkelig bevis for at Kundens bruk av Leverandørens tjenester har endret seg vesentlig i perioden 2016-2023?

Leverandørens tjenester består blant annet i å drifte systemene som understøtter alle sentrale forretningsprosesser hos Kunden, herunder all håndtering av kundedata, kontoer og innskudd, kapitaltransaksjoner og løpende administrasjon av lån.

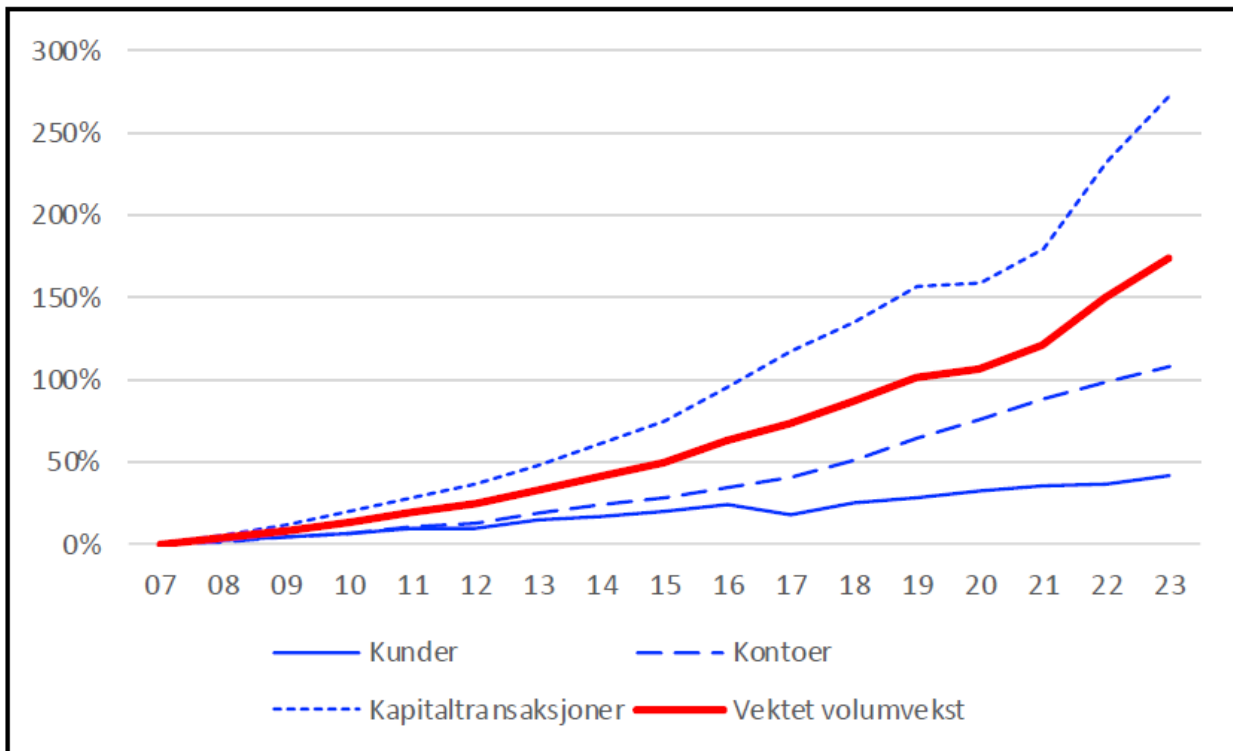
Kunden gjør bruk av disse tjenestene gjennom både egne forespørsler og forespørsler som genereres gjennom selvbetjente løsninger. De selvbetjente løsningene består av nettbank og mobilbank som driftes av Kunden selv og betjenes direkte av bankens kunder.

Saksøkte gjør gjeldende at det de senere årene har vært en vesentlig endring i Kundens bruk av Leverandørens tjenester, og at denne endringen skyldes en dramatisk økning i bankkundernes bruk av de selvbetjente løsningene, herunder særlig mobilbank.

Hovedavtalen tar i utgangspunktet høyde for økt bruk av Leverandørens tjenester gjennom Hovedavtalens regulering av volumvekst. I Hovedavtalens punkt 3 er det inntatt en mekanisme som innebærer at den årlige fastprisen skal justeres dersom en vektet vekst i kunder, konti og kapitaltransaksjoner overstiger en årlig akkumulert terskel på 6 %.

Veksten i parameterne som omfattes av mekanismen i Hovedavtalens punkt 3 fremgår av Figur 1 nedenfor for perioden 2007-2023:

Figur 1: Størrelser i prisreguleringsmekanismen, akkumulert vekst fra 2007 (kilde: Rapport fra sakkyndig vitne Rune Aasgaard s. 18)



Som det fremgår har volumveksten siden Hovedavtalen ble inngått vært betydelig. Den har likevel ikke oversteget terskelen for prisregulering på 6% akkumulert per år. Veksten har slik sett ligget innenfor hva det ble tatt høyde for ved Hovedavtalens inngåelse, og mekanismen i Hovedavtalens punkt 3 har ikke ledet til prisregulering i perioden.

Det er likevel ikke de avtalte begrensningene i Hovedavtalens punkt 3 som saksøkte anførsler rettes mot, men snarere volumvekst som ligger utenfor denne mekanismen.

Bakgrunnen for dette er at Hovedavtalens punkt 3 baserer seg på at det er korrelasjon mellom endringer i antallet kunder, kontorer og kapitaltransaksjoner, på den ene siden, og belastningen på Leverandørens systemer, på den andre siden. Det har det historisk også i stor grad vært, men den betydelige økningen som har vært i selvbetjente løsninger de siste årene har satt denne sammenhengen under press. Hver kunde genererer nå et langt større antall forespørsler enn tidligere, og disse forespørslene er i mindre grad enn tidligere knyttet til kapitaltransaksjoner. Disse forespørslene, og belastningene disse leder til for Leverandørens systemer, faller derfor utenfor mekanismen i Hovedavtalens punkt 3.

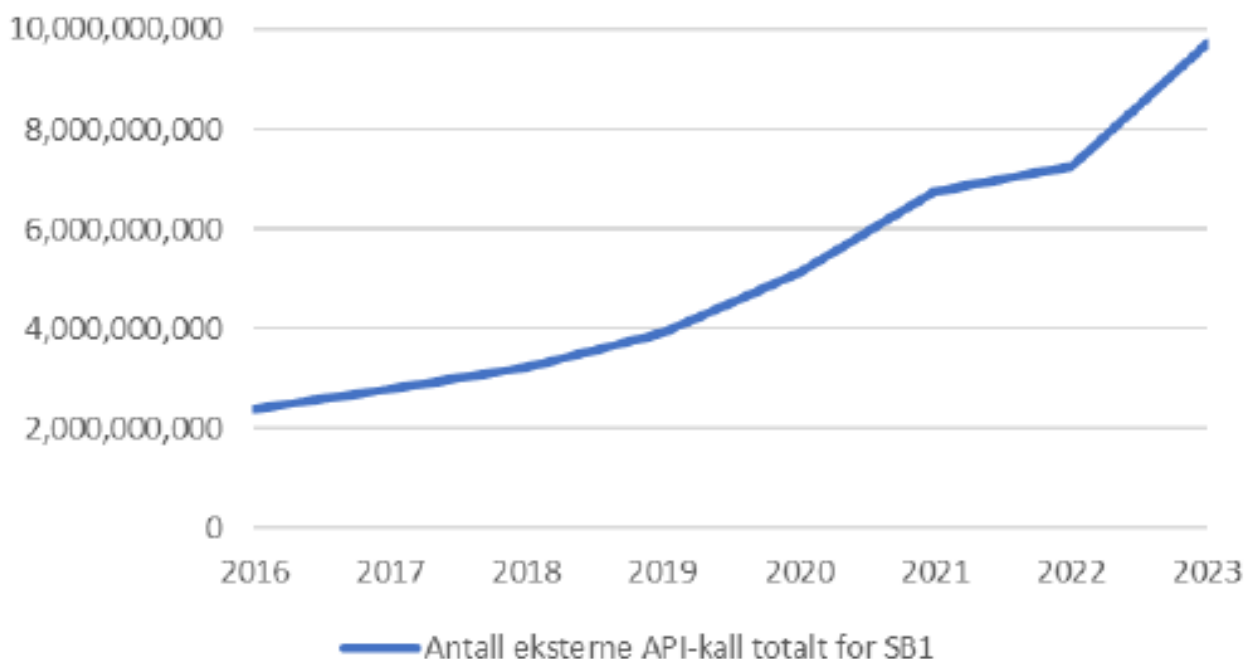
Leverandøren måler denne utviklingen gjennom antallet såkalte API-kall. Når Kundens systemer gjør forespørsler mot Leverandørens systemer, gjør Kundens systemer tekniske «kall» mot Leverandørens systemer. Disse fungerer i korte trekk slik:

- Kundens system som trenger data eller ønsker handlinger utført, sender en pakke med strukturerte data som beskriver oppgaven til Leverandørens relevante system.
- Leverandørens system utfører oppgaven og sender en pakke med relevante data tilbake, evt. en tilbakemelding om at handlingen kunne utføres.

Gjennomføringen av en forespørsel kan kreve et eller flere slike «kall» mot Leverandørens systemer. Slike kall benevnes også API-kall, hvor API står for «Application Programming Interface». Fordi pakken med data som følger det enkelte API-kall vil variere, vil også belastningen på Leverandørens systemer som følge av det enkelte API-kall variere.

Av Figur 2 nedenfor fremgår veksten i antallet API-kall i perioden 2016-2023.

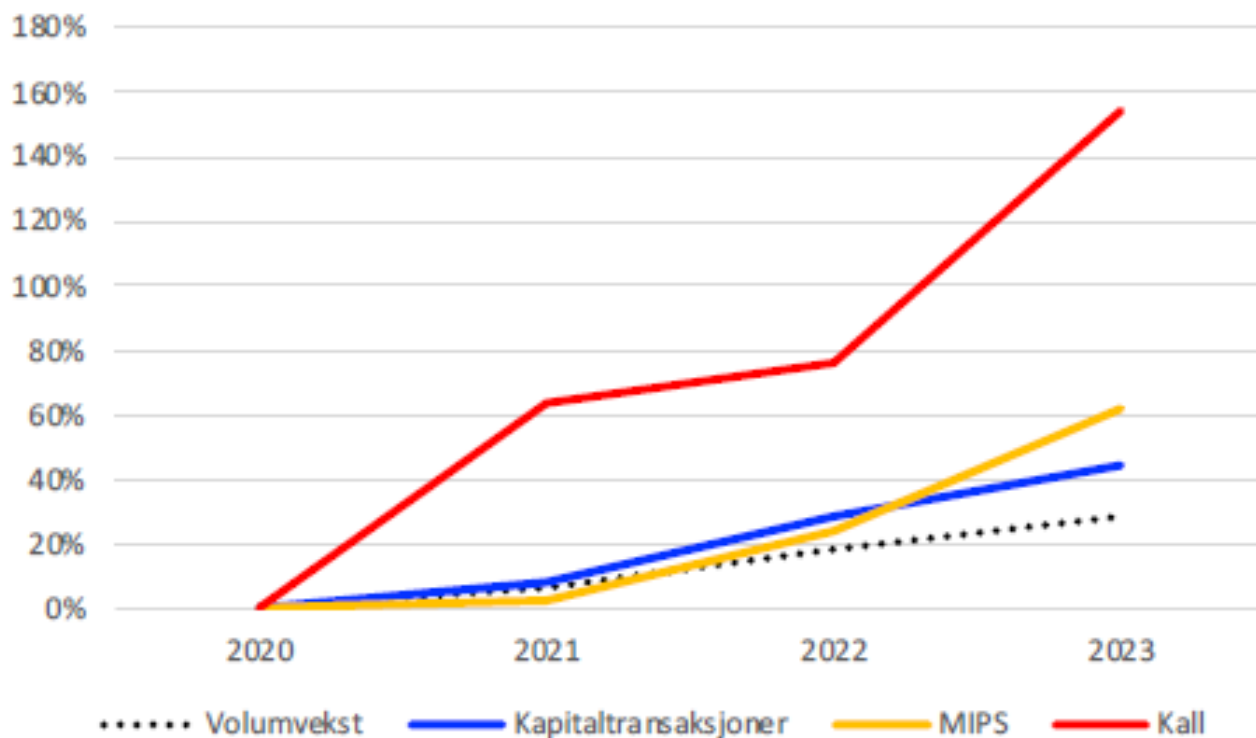
Figur 2: Antall årlige API-kall fra Kunden totalt (kilde: Hjelpedokumentet «API og kostnader» side 2 anvendt under vitneforklaringen til Lars Gaustad, Head of Business Development Tietoevry)



Som det fremgår er veksten i antallet API-kall betydelig i perioden 2016 – 2023. Tallet for 2023 er fremkommet gjennom å estimere antallet kall for november og desember basert på årssnittet frem til november. Det vises til forklaringen til vitnet Lars Gaustad.

Som det videre fremgår av Figur 3 nedenfor har veksten i det totale antallet API-kall vært betydelig større enn veksten i kapitaltransaksjoner.

Figur 3: Vekst i Kundens bruk av Leverandørens tjenester (kilde: Hjelpedokument anvendt under forklaringen til sakkyndig vitne Rune Aasgaard)



Figur 3 ovenfor er begrenset til perioden 2020-2023 og det er ikke fremlagt tilsvarende for perioden 2016-2020, eller for tiden forut for dette. Grafen dekker likevel perioden som er mest sentral for saksøktens anførsler. Den

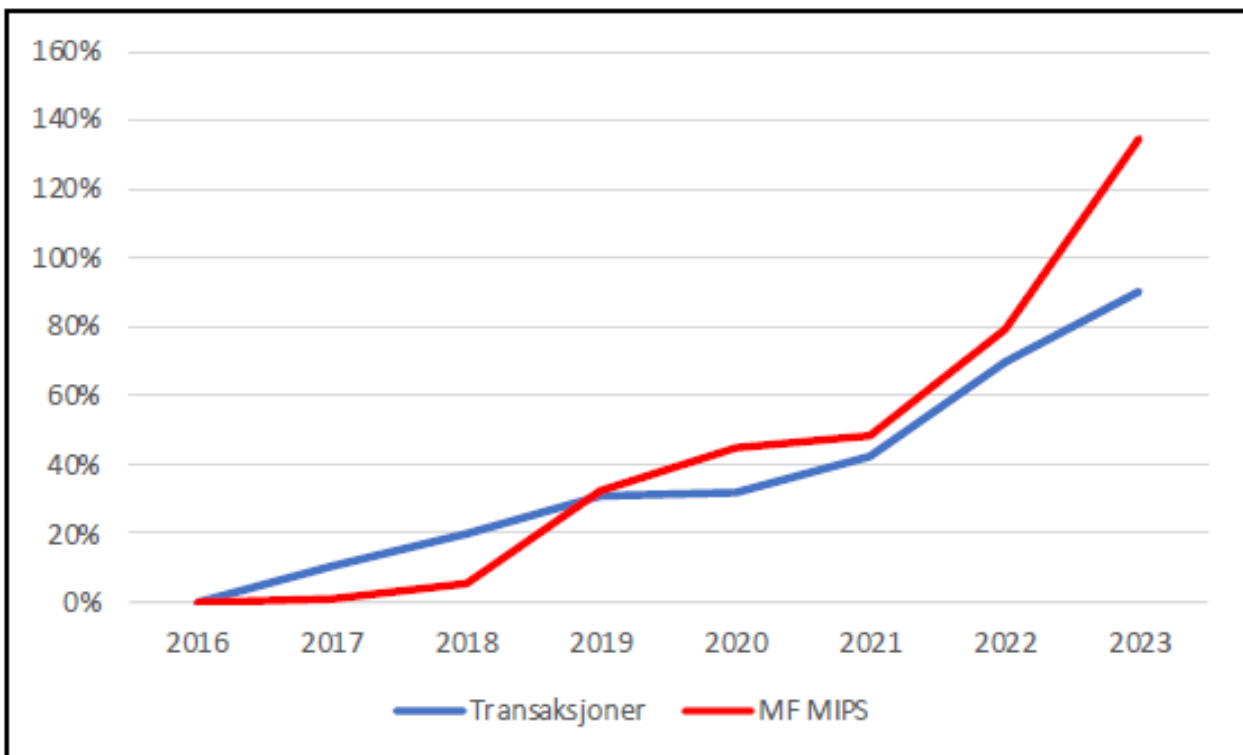
stiplede linjen viser den vektete volumveksten som ligger til grunn for prisjusteringsmekanismen i Hovedavtalens punkt 3.

Retten legger etter dette til grunn at det har vært en vesentlig økning i antallet API-kall i perioden 2016-2023, og at denne utviklingen kun i begrenset grad fanges opp av mekanismen i Hovedavtalens punkt 3. Retten legger også til grunn at denne økningen i det vesentligste må tilskrives økt bruk av Kundens selvbetjente løsninger, særlig mobilbank.

Antallet API-kall som sådan er likevel ikke alene avgjørende for belastningen på Leverandørens systemer, da denne belastningen også beror på hvordan kallene fordeler seg gjennom døgnet og hvor store datapakker som må håndteres ved hvert kall.

Hvordan kallene fordeler seg gjennom døgnet – eller mer spesifikt i hvilken grad kallene sammenfaller i tid – fremgår gjennom målinger av antall kall som håndteres samtidig av Leverandørens systemer. Disse målingene omtales gjerne som MIPS, hvor MIPS står for «Million Instructions Per Second». Utviklingen i MIPS for perioden 2016-2023 fremgår av Figur 4 nedenfor, og fremgår også av Figur 3 ovenfor for perioden 2020-2023.

Figur 4: Vekst i Kundens bruk av Leverandørens tjenester (kilde: Hjelpedokument anvendt under forklaringen til sakkyndig vitne Rune Aasgaard)



Som det fremgår er den prosentvise utviklingen i MIPS ikke like betydelig som for API-kall i perioden 2016 – 2023. Veksten er likevel på 135 %, mot 308 % for API-kall. Tallene er imidlertid ikke helt sammenlignbare, da veksten i MIPS er for samtlige kunder mens veksten i API-kall er begrenset til Kunden. Økningen i MIPS har ikke bare sammenheng med det økende antallet API-kall, men skyldes også at stadig flere API-kall skjer fra selvbetjente løsninger i sanntid. Det gjør at forespørslene ikke kan «batches» og fordeles gjennom døgnet på tilsvarende vis som tidligere.

Eventuelle endringer i størrelsen på data-pakkene som håndteres ved hvert kall er det, så vidt retten kan se, ikke fremlagt data som kan opplyse.

Retten legger etter dette til grunn at Kundens bruk av Leverandørens tjenester har endret seg vesentlig i perioden 2016-2023, og at den endrede bruken i kun begrenset grad fanges opp av mekanismen i Hovedavtalens punkt 3. Dette må etter rettens syn tilskrives teknologisk utvikling som det i 2007 ikke lot seg ta høyde for, men som det også i 2016 var vanskelig å både forutse og overskue konsekvensene av.

Er det ført tilstrekkelig bevis for at Kundens endrede bruk av Leverandørens tjenester har ledet til vesentlig økt oppfyllelsesbyrde for Leverandøren?

Saksøkte har, slik retten oppfatter det, anført to ulike metoder for å beregne Leverandørens økte kostnader som følge av Kundens endrede bruk av Leverandørens tjeneste.

Den første beregningsmetoden ble gjennomgått av Lars Gaustad i hans vitneforklaring, og fremgår i hovedtrekk av hjelpedokumentet «API og kostnader» med videre henvisninger til det faktiske utdraget. Denne metoden leder, slik retten oppfatter det, til en kostnadskonsekvens for årene 2016 til 2023 på MNOK 139,3.

Den andre beregningsmetoden ble – så vidt retten kan se – for første gang fremført under saksøktes prosedyre, og uten at forholdet til Gaustads vitneforklaring ble avklart. Det ble under prosedyren hevdet at denne metoden leder til en kostnadskonsekvens for årene 2021-2023 på MNOK 141,57.

Retten vil i det videre gjennomgå hver av disse beregningsmetodene hver for seg. Retten starter med beregningsmetoden som ble anført i saksøktes prosedyre.

Det ble i prosedyren anført en kostnadskonsekvensen som tar utgangspunkt i Leverandørens samlede kostnader til såkalt «mainframe» og «midrange». Dette er kostnader til drift av hardware og software av ulike karakter. Kostnadene til «mainframe» medgår til drift av stormaskiner og tilhørende systemsoftware som hovedsakelig leveres av selskapet Kyndryl. Kostnadene til «midrange» medgår til drift av servere, disketter og softwarelisenser som leveres av blant andre selskapet Oracle.

Saksøkte anfører at Leverandørens samlede kostnader til mainframe og midrange har økt med MNOK 357,5 fra 2021 til 2023. Økningen baserer seg på tall hentet fra Leverandørens to lønnsomhetskalkyler fra henholdsvis januar 2023 og september 2023.

Følgende tall fremgår av lønnsomhetskalkylen fra januar 2023:

Opprinnelig innsatt bildefil som viser tekst i tabell er utelatt ettersom det ikke lar seg gjøre tilgjengelig i henhold til krav om universell utforming. Ta kontakt med tingretten for spørsmål, Lovdatas anm.

Følgende tall fremgår dertil av lønnsomhetskalkylen fra september 2023:

Opprinnelig innsatt bildefil som viser tekst i tabell er utelatt ettersom det ikke lar seg gjøre tilgjengelig i henhold til krav om universell utforming. Ta kontakt med tingretten for spørsmål, Lovdatas anm.

Den anførte kostnadsøkningen fremgår ved å sammenholde totaltallene for 2021 og 2023. Det samlede tallet for 2021 er hentet fra kalkylen fra januar 2023, hvor det fremgår av raden merket «Connect cost Baas». Tallet utgjør MNOK 337,5 og skal dekke både kostnadene til mainframe og midrange. Tilsvarende tall for 2023 er hentet fra analysen fra september 2023. Her utgjør totaltallet for «Operasjon Mainframe» og «Operasjon Midrange» MNOK 695. Økningen blir dermed på MNOK 357,5 fra 2021 til 2023.

Dette er likevel totaltall som knytter seg til drift av Leverandørens multibankløsning som også benyttes av en rekke andre Kunder. Saksøkte allokterer derfor en prosentvis andel av totalkostnadene til Kunden. Den vektete allokeringsnøkkelen for både mainframe og midrange oppgis å være 39,6 %, og baseres på separate allokeringsnøkler for mainframe (43 %) og midrange (31 %) som fremgår av Leverandørens siste lønnsomhetskalkyle. Den vektete allokeringsnøkkelen som sådan fremgår ikke av dokumentasjonen, men ble anvendt i saksøktes prosedyre. Når den vektete allokeringsnøkkelen anvendes på totaltallet MNOK 357,5, blir Kundens andel av totalkostnadene MNOK 141,57.

Etter rettens syn utgjør dette klart utilstrekkelige bevis for den kostnadskonsekvens som gjøres gjeldende.

For det første er kostnadene for 2021 verken revisorkontrollerte eller underbygget gjennom annen bevisførsel. Forklaringen til Lars Gaustad var begrenset til lønnsomhetskalkylen fra september 2023 hvor tilsvarende tall ikke fremgår. Kostnadene for 2021 fremkommer kun av lønnsomhetskalkylen fra januar 2023. Retten merker seg at det tilsvarende tallet for 2022 (MNOK 381,26) i lønnsomhetskalkylen fra januar 2023 har endret seg vesentlig i lønnsomhetskalkylen fra september 2023 (MNOK 474). Det til tross for at regnskapsåret 2022 var avsluttet også ved oversendelsene av lønnsomhetskalkylen fra januar 2023. Avviket er ikke forklart av saksøkte og underbygger rettens skepsis til kostnadstallet for 2021, som uansett er utilstrekkelig underbygget.

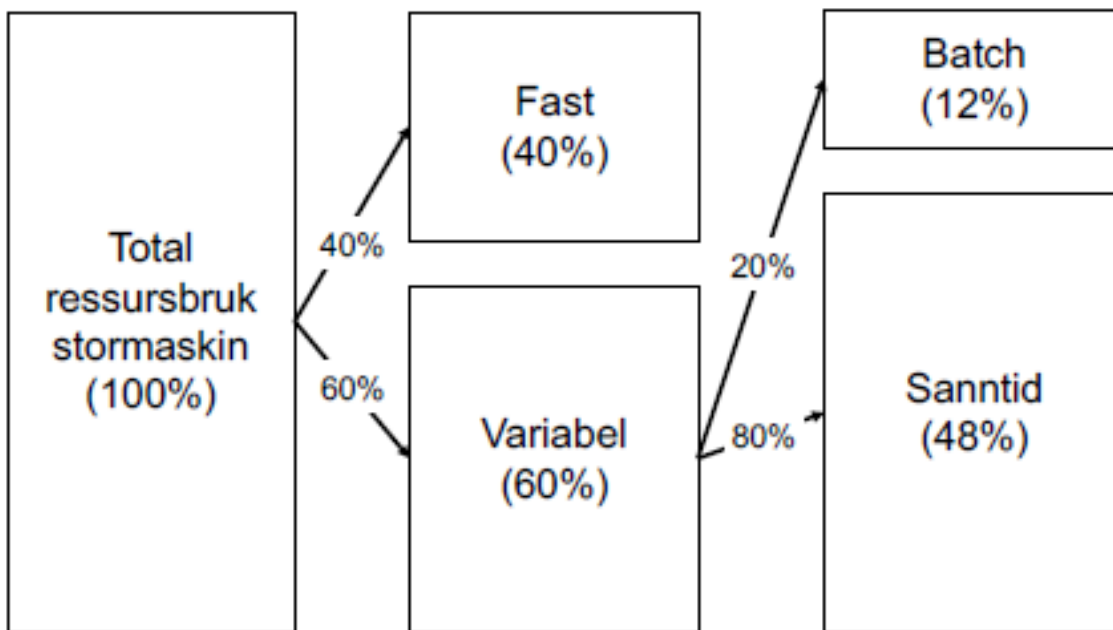
For det andre er tallene for 2022 og 2023 – slik disse fremgår av lønnsomhetskalkylen fra september 2023 – kun delvis revisorkontrollerte eller underbygget på annen måte. Revisor har kun kontrollert kostnadene til mainframe og kun for året 2022 og perioden frem til august 2023. For perioden deretter er kostnadene estimert basert på gjennomsnittet av de foregående månedene i 2023. Retten viser til forklaringen til Lars Gaustad. For kostnadene til midrange er det fremlagt hva retten oppfatter som en kostnadsoppsummering (FU s. 871) og eksempler på underlag knyttet til kostnadene til Oracle. Kostnadsoppsummeringen viser en betydelig økning i

tallene fra 2016 til 2022, men uten at det fremgår hva slags «investeringer/nykjøp» det er tale om og uten at årsakene til de økende kostnadene lar seg utlede. Underlagene som er fremlagt i saken, og som retten oppfatter at utgjør eksempler, ble verken gjennomgått eller forklart i retten. Tilsvarende gjelder langt på vei for kostnadene til Backup/SAN (FU s. 872).

Selv om det likevel tas utgangspunkt i tallene som ble påberopt av saksøkte i prosedyren, og som fremgår av to ulike lønnsomhetskalkyler med til dels motstridene tall, gir tallene likevel ikke grunnlag for den kostnadskonsekvens Leverandøren anfører. Det er flere grunner til dette.

For det første må det sondres mellom faste kostnader og variable kostnader. Kostnader som uansett påløper vil ikke kunne påvirkes av Kundens endrede bruk. Saksøktes tall tar ikke høyde for en slik sonndring. At inndelingen mellom faste og variable kostnader har reell betydning, underbygges også av Figur 4 nedenfor som gjelder for stormaskin/ mainframe.

Figur 4: Fordeling av kostnader til stormaskin (2023) (kilde: Rapport fra sakkyndig vitne Rune Aasgaard s. 30)



Av figuren fremgår at 40% av kostnadene til stormaskin er faste, og følgelig er upåvirket av Kundens endrede bruk. Av de variable kostnadene på 60% som gjenstår, er 20 % knyttet til forespørsler som batches. Tallene er noe avvikende fra Gaustads forklaring, noe retten kommer tilbake til. Retten kan ikke se at det er ført bevis for endringer i forespørsler som batches ut over hva som dekkes av mekanismen i Hovedavtalen punkt 3.

Dette tilsier etter rettens syn at den relevante delen av kostnadsøkningen knyttet til stormaskin begrenser seg til om lag 48 % av totalkostnaden. Saksøktes anførte kostnad tar derimot utgangspunkt i totalkostnaden. Tilsvarende tall er ikke fremlagt for midrange, men retten antar det også her må sondres mellom faste og variable kostnader.

For det andre må kostnadsøkning som følge av prisendring og eventuelle valutaforhold holdes utenfor, da en slik økning er uten sammenheng med Kundens endrede bruk. Det er ikke gjort av saksøker og det er heller ikke oppgitt slike tall i saken. Av Aasgaards rapport fremgår likevel på side 32 at enhetsprisene i kontrakten med Kyndryl har økt med 30% fra 2021 til 2023. På samme side fremgår at 2/3 av Leverandørens kostnader til stormaskin går til Kyndryl. I fremlagte rapport fra revisor i Deloitte oppgis en prisøkning fra 26 % til 28 % fra 2022 til 2023 for ulike prislelementer i Kyndryls prisbok. Tilsvarende tall for eventuelle valutaeffekter foreligger ikke, ut over at Leverandøren har påberopt at en betydelig del av selskapets kostnader er i EURO og USD og er blitt rammet av en historisk svak krone i samme tidsrom. Betydningen av dette kommer retten tilbake til.

Retten anser derfor den anførte metoden som klart utilstrekkelige til å sannsynliggjøre den kostnadskonsekvens som gjøres gjeldende.

Retten går så over til å vurdere beregningsmetoden som ble gjennomgått av Lars Gaustad i hans vitneforklaring. Denne fremgår som nevnt i hovedtrekk av hjelpedokumentet «API og kostnader» med videre henvisninger til det faktiske utdraget

Metoden er begrenset til kostnadene til bruk av stormaskinene som driftes av Kyndryl.

Metoden tar utgangspunkt i det samme kostnadstallet for drift av stormaskinene for 2023 som metoden ovenfor, det vil si MNOK 500. Dette tallet fremgår – som ovenfor omtalt – av Leverandørens lønnsomhetskalkyle fra september 2023. Av dette totalbeløpet hentes 60 % ut – dvs MNOK 300 – som kostnader «*knyttet til interaktiv bruk av plattformen (online)*». Tallet er tilsynelatende det samme som andelen variable kostnader på 60 % som fremgår av Aasgaards rapport, som ovenfor omtalt. Det virker likevel ikke å være tilfelle, da de resterende 40 % av kostnadene oppgis å være «*knyttet til batchprocessing*» i Gaustad hjelpedokument. I Aasgaards rapport hevdes derimot kostnadene til batchprocessing å utgjøre 20% av de variable kostnadene, det vil si 12 % av totalkostnaden. Det vises til Figur 4 ovenfor. Dersom Gaustads tall likevel legges til grunn, anføres det videre at disse gir grunnlag for å beregne en kostnad per API-kall på 1,9 øre. Tallet fremkommer ved å dele MNOK 300 på antallet API-kall for 2023, som er estimert til 16 118 630 130. Estimert oppgis å være basert på antallet API-kall til og med oktober 2023.

Hvilken kostnadsøkning dette skulle medføre som følge av Kundens endrede bruk fremgår ikke av hjelpedokumentet. Det som derimot fremgår, er at antallet API-kall i 2016 var 2 380 millioner og i 2023 er estimert til 9 712 millioner. Økningen i perioden utgjør dermed 7 332 millioner. En slik volumøkning gir en kostnadsøkning på MNOK 139,3 basert på en kostnad per API-kall på 1,9 øre. I tillegg kommer angivelig økte kostnader til midrange, som ikke adresseres i metodikken.

Som det fremgår er denne metodikken i mindre grad beheftet med tilsvarende usikkerhet som førstnevnte metodikk, i den forstand at den ikke tar utgangspunkt i usikre kostnadstall fra 2021. Metoden begrenser seg derimot til 2023-kostnadene, som i hovedsak er revisorkontrollerte. Metoden tar heller ikke utgangspunkt i bruttotall, men holder 40% av kostnadene utenfor da disse skal være knyttet til batching. Sammenhengen mellom faste kostnader, variable kostnader og batching blir likevel uklart gitt oppsettet i Aasgaards rapport. Det er her betydningsfulle avvik som det ikke uten videre er lett å få taket på. Det er imidlertid andre svakheter ved metoden som etter rettens syn er mer fremtredende.

For det første, og mest sentralt, er det ikke ført bevis for at det er en slik sammenheng mellom antallet API-kall og kostnaden til Kyndryl som metoden legger til grunn. Snarere tilsier bevisførselen at de variable kostnadene følger utviklingen i MIPS fremfor i API-kall. Det fremgår langt på vei også at Gaustads eget hjelpedokument, hvor det fremgår at «*totalkostnaden for bankplattformen er knyttet til det maksimale volumet*». Retten oppfatter dette som en referanse til MIPS. Også av rapporten til Rune Aasgaard fremgår det på s. 23 at MIPS direkte eller indirekte ligger til grunn for kostnadene til Kyndryl for bruk av stormaskiner. Også vitnet Urdahl uttalte seg i samme retning i sin forklaring, hvor han også uttalte av mye av de eksterne kostnadene er knyttet til «peak» MIPS. Som det fremgår ovenfor, har veksten i MIPS vært langt mindre betydelig enn veksten i API-kall. Når den anførte kostnadsøkningen i det vesentligste knytter seg til kontrakten med Kyndryl, finner retten det klart utilfredsstillende at økningen ikke er klarere forankret i denne kontrakten. Dette ble i saken begrunnet med at denne kontrakten er underlagt konfidensialitet. Det finnes likevel metoder for å håndtere slike utfordringer i en rettssak. Når det ikke er gjort, svarer saksøkte for den usikkerhet som derved skapes for saksøktes eget motkrav.

For det andre, og i forlengelsen av førstnevnte, så tar metodikken ikke høyde for prisøkning og eventuelle valutaeffekter som ikke har sammenheng med Kundens endrede bruk. Dette er en svakhet metodikken deler med metodikken gjennomgått ovenfor, og det vises derfor til hva som der fremgår om dette.

Retten anser derfor også denne metoden som klart utilstrekkelige til å sannsynliggjøre den kostnadskonsekvens som gjøres gjeldende.

Likevel, retten anser det ikke tvilsomt at det har vært en vesentlig økning i antallet API-kall i perioden og at det også har vært en betydelig økning i MIPS i samme periode. Som nevnt må det legges til grunn at deler av kostnaden til Kyndryl beror på utviklingen i MIPS. Retten legger derfor også til grunn at Kundens endrede bruk av Leverandørens tjenester har ledet til økt oppfyllelsesbyrde for Leverandøren i form av kostnadsøkninger. Gitt utfordringene med saksøktes bevisførsel omtalt ovenfor, lar imidlertid en slik økning seg vanskelig kvantifisere.

Retten legger etter dette til grunn at Kundens bruk av Leverandørens tjenester har ledet til økt oppfyllelsesbyrde for Leverandøren, men samtidig at det hefter betydelig usikkerhet ved kostnadskonsekvensen for Leverandøren. Slik retten ser det er det i høyden ført tilstrekkelige bevis for at en mindre andel av kostnadene som gjøres gjeldende skyldes Kundens endrede bruk. Retten finner uansett ikke grunn til å ta nærmere stilling til dette som følge av de konklusjoner retten for øvrig er kommet til i de påfølgende vurderingene.

3.5.3.2 Endringer i IT – markedet

Saksøkte gjør gjeldende at det har vært en vesentlig endring i IT-markedet i perioden, og at dette har ledet til vesentlig økt oppfyllelsesbyrde for Leverandøren. Endringen består dels i økte priser på teknologiprodukter og dels i høy lønnsvekst for IT-medarbeidere.

Retten ser ført på anførselen om at Leverandørens oppfyllelsesbyrde er økt som følge av *økte priser på teknologiprodukter*.

Slik retten oppfatter det, gjør saksøkte gjeldende at det har skjedd en vesentlig endring i prisingen av teknologiprodukter de senere årene, og at denne endringen har ledet til betydelig økt oppfyllelsesbyrde i form av kostnadsøkning for Leverandøren.

Leverandøren har vist til at det tidligere nærmest var en naturlov at teknologiprodukter ble billigere år for år, også omtalt som Moores lov, men at dette nå har endret seg fundamentalt.

Utviklingen er beskrevet på følgende vis i rapporten fra Rune Aasgaard (på s. 32):

IT-bransjen har siden tidenes morgen opplevd en trend med stadig nedadgående priser for den samme mengden datakraft. Utfordringen er at det etter 2016 har vært en betydelig økning i kostnader til drift av stormaskin, og at stormaskin står for rundt 60% av TEs kostnader til datakraft.

Kostnadsøkningen for maskinvare er drevet av en rekke forhold. Det er for eksempel kjent at Covid-pandemien førte til forstyrrelse i globale leveransekjeder, ustabilitet i globale råvarepriser, og lav kapasitet i chip-fabrikker.

Kostnadsøkningen for programvare (verktøy som TE er avhengige av for å kjøre løsningene sine på stormaskin) er i hovedsak drevet av at det har skjedd en konsolidering av bransjen i regi av store investeringsselskap. Det er færre og større aktører enn tidligere.

Retten legger til grunn at det har vært en generell endring i prisingen av teknologiprodukter som beskrevet. Spørsmålet for retten er i forlengelsen hvilken konsekvens dette har hatt for Leverandøren.

Bevisførselen om dette har vært svært begrenset i saken. Som det fremgår ovenfor oppgis det i Aasgaards rapport på side 32 at enhetsprisene i kontrakten med Kyndryl har økt med 30 % fra 2021 til 2023. På samme side fremgår at 2/3 av Leverandørens kostnader til stormaskin går til Kyndryl. I fremlagte rapport fra revisor oppgis – også det som omtalt ovenfor – en prisøkning fra 2022 til 2023 på fra 26 % til 28 % for ulike priselementer i Kyndryls prisbok. Det er imidlertid ikke belyst i hvilken grad disse tallene også omfatter valutaeffekter, som vil kunne stå i en annen stilling enn prisøkning som sådan. Det er heller ikke fremlagt tallmateriale som gjør det mulig å ta stilling til hvilken nominell betydning en slik prisvekst måtte ha for Leverandøren. Saksøkte har heller ikke gjort noe forsøk på å anslå det nominelle omfanget av en slik prisøkning for Leverandøren. Slik retten oppfatter det, er saksøktes syn i stedet at prisøkningen inngår i den beregnede effekten av Kundens endrede bruk, som ovenfor omtalt. Retten kan ikke se at det er gjort noe forsøk på å skille de to årsakene til kostnadsøkning fra hverandre, noe som etter rettens syn er utilfredsstillende da det ikke er gitt at vurderingen av de to kostnadsøkningene vil slå likt ut under avtaleloven § 36, ei heller under forutsetningslæren.

Retten legger etter dette til grunn at Leverandøren har erfart en betydelig prosentuell prisøkning på i det minste enkelte teknologiprodukter i perioden, og at dette innebærer økt oppfyllelsesbyrde for Leverandøren. Samtidig hefter det betydelig usikkerhet ved kostnadskonsekvensen for Leverandøren, og det er ikke engang gjort forsøk på å anslå hvor stor denne kan være. Retten finner uansett ikke grunn til å ta nærmere stilling til dette som følge av de konklusjoner retten for øvrig er kommet til i de påfølgende vurderingene.

Retten går så over til å se på anførselen om at Leverandørens oppfyllelsesbyrde er økt som følge av *økte høy lønnsvekst for IKT-medarbeidere*.

Slik retten oppfatter det, gjør saksøkte gjeldende at det har vært underskudd på IKT kompetanse de senere årene, og at dette underskuddet har ledet til betydelig økt oppfyllelsesbyrde i form av økte lønnskostnader for Leverandøren.

Leverandøren har dokumentert at det er et underskudd på IKT-utdannede i Norge, og at dette skyldes en kombinasjon av økende behov, utilstrekkelig IKT-utdanning og utilstrekkelig innvandring av arbeidskraft med IKT-kompetanse. Misforholdet mellom tilbud og etterspørsel har ledet til en lønnsvekst for IKT-utdannende som er høyere enn den generelle lønnsveksten i Norge. Det er vist til tall fra SSB som viser at lønnsøkningen for «Brukerstøtte, IKT» var på 11,3 % fra 2021 til 2022, mens tilsvarende tall for den generelle lønnsveksten i Norge var på 4,4 %.

Retten legger til grunn at det har vært en lønnsvekst de senere årene for IKT-utdannede som overstiger den generelle lønnsveksten i Norge. Spørsmålet for retten er i forlengelsen hvilken konsekvens dette har hatt for Leverandøren.

Bevisførselen om dette har vært svært begrenset i saken. Det er vist til at kostnadene til «forvaltning og administrasjon» økte fra MNOK 635 i 2022 til MNOK 661,5 i 2023. Tallene fremgår av Leverandørens lønnsomhetskalkyle fra september 2023, og er også gjengitt ovenfor. Tallene i Leverandørens lønnsomhetskalkyle er imidlertid ikke underbygget nærmere, og det lar seg ikke utlede hva økningen som fremgår skyldes. Med bakgrunn i tallene i lønnsomhetskalkylen, ble det under prosedyren skjønnsmessig anslått en økning i personalkostnadene fra 2021 til 2023 på MNOK 20 som kan allokeres til Kunden. Dette fremstår imidlertid for retten som et mer eller mindre tilfeldig tall som er utilstrekkelig underbygget fra Leverandørens side. Retten har vanskelig for å forstå hvorfor det skulle være utfordringer med å dokumentere en reell kostnadsøkning til eget personell.

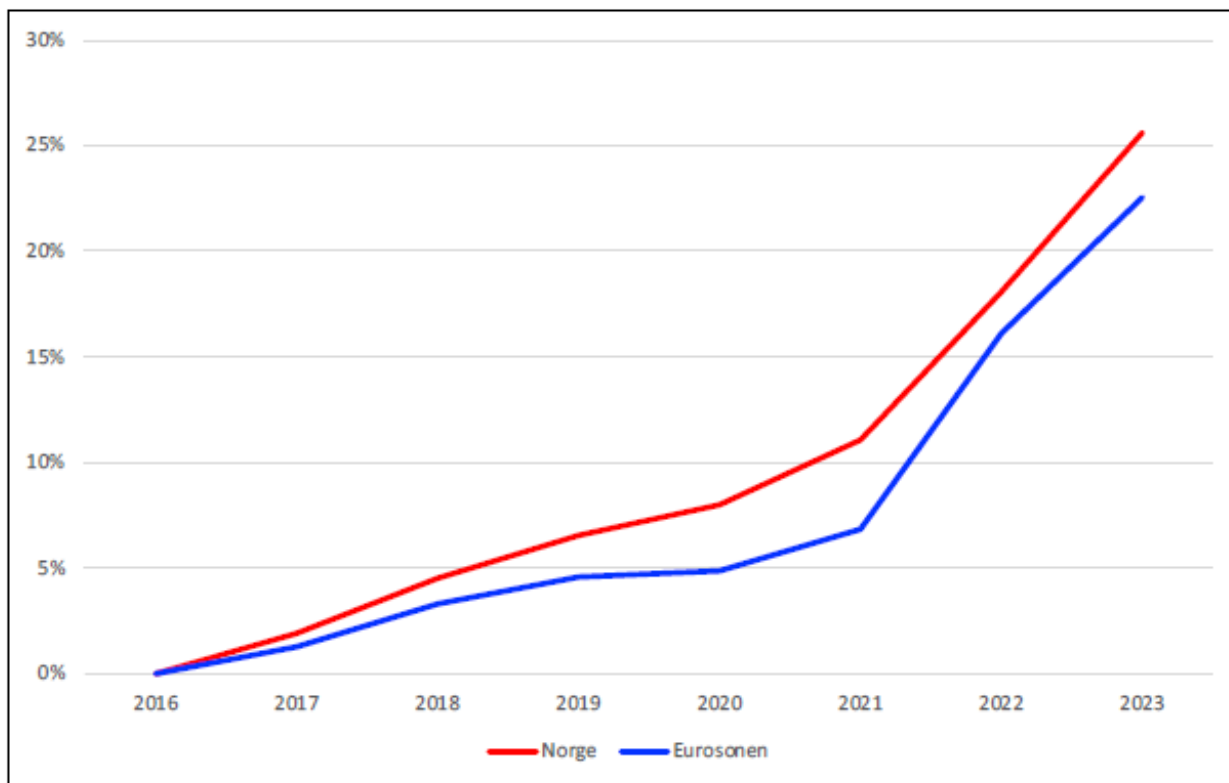
Retten legger etter dette til grunn at Leverandøren har erfart en økning i lønnskostnadene til IKT-utdannende som overstiger den generelle lønnsveksten i perioden, og at dette innebærer økt oppfyllelsesbyrde for Leverandøren. Samtidig hefter det betydelig usikkerhet ved kostnadskonsekvensen for Leverandøren, og retten kan ikke se at det er grunnlag for å legge saksøktes eget anslag til grunn. Retten finner uansett ikke grunn til å ta nærmere stilling til dette som følge av de konklusjoner retten for øvrig er kommet til i de påfølgende vurderingene.

3.5.3.3 Utviklingen i norsk og global økonomi

Saksøkte gjør gjeldende at det har vært vesentlige makroøkonomiske endringer i perioden, og at dette har ledet til vesentlig økt oppfyllelsesbyrde for Leverandøren. Endringen består dels i ekstraordinær inflasjon og dels i ekstraordinært svak krone mot Euro og USD.

Utviklingen i *inflasjon* er fremstilt grafisk på følgende vis i rapporten fra Rune Aasgaard:

Figur 5: Samlet prisvekst, 2016 – 2023 (fra juni til juni, i %) (kilde: Rapport fra sakkyndig vitne Rune Aasgaard s. 37)

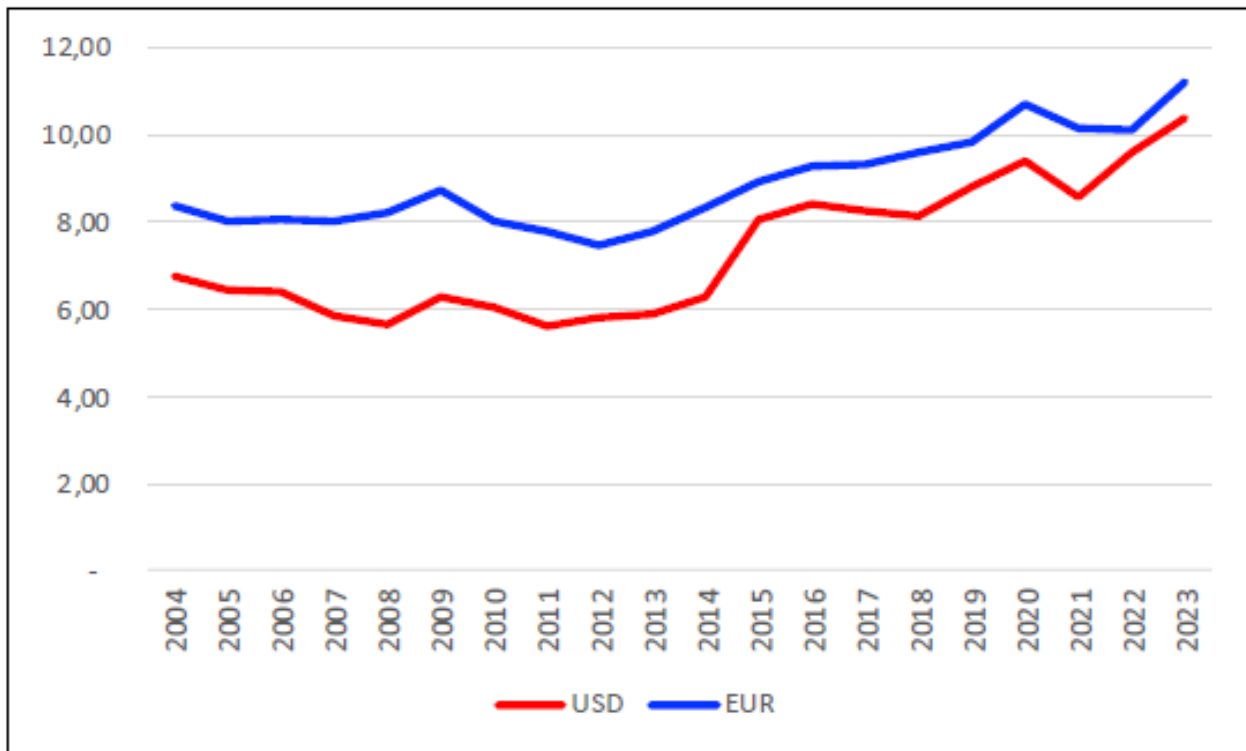


Av samme rapport, på siden foran, fremgår at prisveksten i Norge var relativt stabil i området 0-4 % i perioden 1992-2021, med et gjennomsnitt på 2,1 %. De siste to årene, det vil si 2022 og 2023, har prisveksten til sammenligning vært uvanlig stor, henholdsvis 6,3 % og 6,4 %. I tillegg kommer at Leverandøren har en stor del av utgiftene sine i euro-sonen. Mens prisveksten i eurosonen var på 1,4 % i snitt i perioden 2007-2021, var den på 8,6 % i 2022 og 5,5 % i 2023.

Grafen over viser den kumulative effekten av inflasjonen, som det altså ikke gjøres gjeldende at var ekstraordinær før i 2021. Av grafen fremgår det tydelig hvordan inflasjonen fra 2021 øker betydelig. Det er denne utviklingen – som skal ligge utenfor normalspekeret – som Leverandøren gjør gjeldende at avviker fra Leverandørens forutsetning eller forventning om en inflasjon innenfor normalområdet i perioden.

Utviklingen i *valutakurser* (NOK mot USD og EUR) er fremstilt grafisk på følgende vis i rapporten fra Rune Aasgaard:

Figur 6: Utviklingen i valutakursene for US og EUR, 2004-2023 (NOK) (kilde: Rapport fra sakkyndig vitne Rune Aasgaard s. 38)



Av samme rapport, på siden foran, fremgår at valutakurser er relevante fordi rundt 55 % av Leverandørens utgifter er i utenlandsk valuta, typisk i amerikanske dollar (USD) eller euro (EUR). Av rapporten fremgår videre at både USD og euro har styrket seg betydelig mot norske kroner siden 2014, henholdsvis 65 % og 35 %, og at økningen også siden 2016 har vært markant, henholdsvis 24 % og 21 %.

Retten legger etter dette til grunn at det har vært en inflasjon i både Norge og i eurosonen i 2022 og 2023 som må anses å ligge utenfor normalområdet, samt at den norske kronen har svekket seg betydelig mot USD og euro i perioden. Spørsmålet for retten er i forlengelsen igjen hvilken konsekvens dette har hatt for Leverandøren.

Bevisførselen har også om dette vært svært begrenset i saken. Saksøkte har til dels søkt å forklare dette ved at konsekvensene for en stor del rammer Leverandøren gjennom utviklingen i kostnadene til teknologiprodukter og IKT-personell, som allerede er adressert ovenfor. Som det ovenfor fremgår, har imidlertid saksøkte ikke gjort noe forsøk på å sondre mellom effektene av Kundens endrede bruk, prisøkning og eventuelle konsekvenser av valutasingninger. Disse lar seg derfor ikke separere, selv om de vil kunne stå i ulik stilling under både avtaleloven § 36 og forutsetningslæren. Det er heller ikke ført bevis for kostnadsøkning grunnet inflasjon eller valutasingninger på andre områder for Leverandøren. Saksøkte fremholdt under prosedyren at det også har vært prisøkning på strøm, husleie, generelle innkjøp m.v. – at alt i korthet er blitt dyrere – og at dette også leder til en kostnadsøkning utenfor anskaffelser i IKT-markedet. Denne kostnadsøkningen ble av saksøkte under prosedyren skjønnsmessig anslått til MNOK 20. Dette fremstår imidlertid for retten igjen som et mer eller mindre tilfeldig tall, og retten har vanskelig for å forstå hvorfor det ikke er ført bevis for en eventuell ekstraordinær prisøkning på sentrale kostnadsposter. Som Hovedavtalen viser, er det ikke gitt at sentrale avtaler er gjenstand for prisregulering i samme utstrekning som på makronivå. Retten kan heller ikke legge til grunn at Leverandøren er rammet av valutasingninger uten at dette sannsynliggjøres gjennom konkret bevisførsel. Når inntektssiden er i norske kroner, og utgiftssiden for en stor del er i utenlandsk valuta, er valutasingning ikke uvanlig.

Retten legger etter dette til grunn at Leverandøren har erfart kostnadsøkninger grunnet inflasjon også på annet enn teknologiprodukter og IT-personell, og at dette innebærer økt oppfyllelsesbyrde for Leverandøren, men at tilsvarende ikke er sannsynliggjort for valutasingninger. Det hefter imidlertid betydelig usikkerhet ved en slik kostnadskonsekvens for Leverandøren, og retten kan ikke se at det er sannsynliggjort kostnader av sentral betydning så lenge endringer i IT- markedet holdes utenfor. Retten finner uansett ikke grunn til å ta nærmere stilling til dette som følge av de konklusjoner retten for øvrig er kommet til i de påfølgende vurderingene.

3.5.3.4 Regulatoriske endringer

Saksøkte gjør gjeldende at Leverandøren er påført betydelig økt oppfyllelsesbyrde som følge av vesentlige regulatoriske endringer i perioden.

Det følger av Hovedavtalens punkt 16 at Leverandøren er ansvarlig for at Leverandørens tjenester til enhver tid overholder gjeldende offentligrettslig regulering.

Retten legger til grunn at det har vært til dels omfattende endringer i det offentligrettslige regelverket i perioden. Konsekvensene av slike endringer er adressert på følgende vis under punkt 2 c) i Bilag 3.2 til Hovedavtalen:

Ved endringer i myndighetspålagte krav i norske lover og/eller forskrifter eller ved endringer i tvungne bransjestandarder som aktuelle bransjeorganisasjonen pålegger Kunden å følge, som forutsetter utviklingskostnader i EVRY' applikasjoner utover kr 100.000,-, utarbeider EVRY endringsavtale(r) / tilbud, på de systemendringer som er nødvendige for å oppfylle kravene. Endringsavtalen / tilbudet som beskriver nødvendige endringer. Endringsforslaget sendes banken for godkjenning i henhold til vanlige prosedyrer.

Kostnadene ved slike endringsavtaler dekkes av EVRY for et beløp opp til 5 % av årlig systemvedlikehold /forvaltning i fastprisen iht. bilag 4.1 pkt.2.3.1 Fastpris årlig i henhold til avtale av 1.11.07 samt 5 % av årlig avtalt systemvedlikehold/forvaltning for selskaper som ikke omfattes av fastprisen, herunder BN Bank. SB 1 Boligkreditt, SB 1 Næringskreditt og Argo Securities, begrenset oppad til kr 500.000,- pr år.

Partene har således avtalt hvordan endringer i det offentligrettslige regelverket skal håndteres, herunder kostnadene forbundet med slike endringer. Systemet suppleres av det alminnelige endringssystemet i Hovedavtalens punkt 8.

Det avtalte systemet er også blitt praktisert mellom partene. Saksøker har vist til en rekke endringsavtaler som er inngått som følge av endringer i offentligrettslig regulering, herunder endringer i regelverket om hvitvasking og terrorfinansiering (EA 06-2018), endringer i personvernregelverket (GDPR) (EA 22-2018) og endringer som følge av EUs betalingstjenestedirektiv (PSD2) (EA 48-2018). Endringsavtalene som er inngått inneholder enighet om både engangsvederlag og om løpende priser.

Det er ingen uenighet partene imellom at slike endringsavtaler er inngått. Saksøkte gjør imidlertid gjeldende at endringsavtalene som er inngått ikke tar høyde for de fulle konsekvensene av endringene, og at disse er blitt betydelige over tid.

Retten kan ikke se at det er ført tilstrekkelig bevis for kostnadskonsekvenser av betydning som ikke er hensyntatt i inngåtte endringsavtaler. Slik retten oppfatter det, har dette heller ikke vært et tema mellom partene før rettstvisten. Etter rettens syn kan slike konsekvenser uansett vanskelig danne grunnlag for revisjon i medhold av avtaleloven § 36. Partene har i Hovedavtalen avtalt et system for hvordan endringer i offentligrettslig regelverk skal håndteres. Dette systemet er også blitt praktisert mellom partene. Endringssystemet er fleksibelt og skal etter sin art kunne ta høyde for konsekvensene som måtte inntre av regulatoriske endringer. Dersom Leverandøren ikke har evnet å anvende dette systemet slik at alle kostnader er blitt dekket inn eller nå lar seg dekke inn, må Leverandøren i utgangspunktet ta dette på sin egen kappe. Retten kan ikke se at det er rom for anvendelse av avtaleloven § 36 i en slik forbindelse, i det minste ikke så lenge det ikke er påvist konkrete svakheter ved det avtalte systemet med inngripende konsekvenser for Leverandøren. Det er ikke gjort.

Retten legger etter dette til grunn at det ikke er ført tilstrekkelige bevis for kostandskonsekvenser av regulatoriske endringer som ikke er hensyntatt i endringsavtaler, og at slike konsekvenser uansett ikke kan danne grunnlag for revisjon i medhold av avtaleloven § 36 slik saken står.

3.5.3.5 Manglende nearshoring

Saksøkte gjør gjeldende at Leverandøren er påført betydelig økt oppfyllelsesbyrde som følge av at Kunden urettmessig nektet Leverandøren forutsatt nearshoring. Det gjøres gjeldende at Kunden skal ha nektet Leverandøren å flytte deler av driften av stormaskinene fra Norge til Ungarn.

Det følger av EA34-2014 at bruk av IT-personell utenfor Norge er et «*valid verktøy*» for å oppnå kostnadseffektivisering for Leverandøren. Dette fremgår på følgende vis av punkt 8.1 «Priser»:

Når det gjelder bruk av offshore ressurser er partene enige om følgende:

Avtalen stiller store krav til intern kostnadseffektivisering i EVRY og partene er enige om at bruk av offshore ressurser (global sourcing) er et valid verktøy for EVRY å benytte for dette under følgende forutsetninger:

Retten unnlater å gjengi forutsetningene som er listet opp, da disse uansett ikke kan sees å være av betydning for rettens vurdering. Tilsvarende regulering ble gjort i EA 2016 punkt 7.2.

Leverandøren inngikk i 2015 et samarbeid med IBM (nå Kyndryl). Bruk av IT-personell i Ungarn inngikk som ledd i dette samarbeidet, noe som ledet til en langvarig dialog mellom Leverandøren og Kunden om hvorvidt basisdrift av stormaskin fra Ungarn var forsvarlig. Dialogen kulminerte med følgende e-poster av henholdsvis 21. september 2018 og 25. september 2018 mellom Kunden og Leverandøren:

Hei Stein Arthur,

Fagmiljøene i SpareBank 1 opplever at EVRY i sitt materiale har god fokus på risiko knyttet til kompetanse, men at vurdering vår er at det vil ta mange år for IBM Ungarn å bygge opp kompetansen EVRY har hatt eller burde ha i Norge.

Slik det ligger nå ser det ut til at arbeidsgruppens konklusjon blir at EVRY må sikre tilgang til kompetanse i Norge og at et eventuell fremtidig samtykke til bruk av Ungarn i tillegg til Norge først vil kunne gis når SpareBank 1 er komfortable med EVRYs fremtidige tilgang til kompetanse i Norge.

Neste møte i arbeidsgruppen er planlagt 15.11. Dersom konklusjonen i møtet blir slik som jeg indikerer over vil saken fremmes Kunderåd IT. Da vil det trolig ikke være nødvendig med styrebehandling med mindre Kunderåd IT likevel ønsker å samtykke til nearshoringen.

Jeg vil oppdaterer deg rett etter møtet 15.11.

*Vennlig hilsen
Lars Bustgaard*

Hei Lars,

Takk for tilbakemeldingen!

Vi noterer oss SBI sine foreløpige standpunkt i saken. Basert på dette vil vi da vurdere vår operasjonelle risiko, og det økonomiske konsekvensbildet med utgangspunktet i denne inputen. Deretter vil vi komme tilbake til situasjonen basert på konklusjonene på disse området.

La oss holde tett kontakt. Har du spørsmål så ring meg.

*Mvh
SAA*

Det er ikke dokumentert noe tilbakemelding fra Kunden i saken etter møtet som var planlagt 15. november 2018, og det er heller ikke dokumentert noen videre oppfølging fra Leverandørens side. Vitnet Jon Berntsen, som var ansvarlig for nearshoring hos Leverandøren, forklarte for retten at e-posten fra Kunden av 21. september 2018 ble oppfattet som et endelig avslag.

Saksøkte gjør gjeldende at Leverandøren gjennom denne dialogen ble nektet nearshoring til Ungarn i strid med det avtalte, og at dette har ledet til at Leverandøren har gått glipp av besparelser på MNOK 83.

Retten kan ikke se at det er ført bevis for at Leverandøren er blitt nektet såkalt nearshoring i strid med det avtalte. Av e-postene gjengitt ovenfor kan det ikke utledes at Kunden har nektet Leverandøren nearshoring til Ungarn. Snarere fremstår Kundens e-post som en foreløpig tilbakemelding, hvor det tas høyde for at et såkalt kunderåd «*likevel ønsker å samtykke til nearshoringen*» og hvor det også tas høyde for «*et eventuelt fremtidig samtykke*». Svaret fra Leverandøren av 25. september 2018 viser også at tilbakemeldingen ikke ble oppfattet som noe annet enn nettopp et «*foreløpig standpunkt*».

Dersom Kunden likevel skulle ha kommunisert et endelig avslag til Leverandøren på et senere tidspunkt, noe det altså ikke er holdepunkter for i saken, vil dette kunne utgjøre et kontraktsbrudd forutsatt at avslaget var urettmessig. Kontraktsbruddet må da i tilfelle følges opp som nettopp et kontraktsbrudd, og retten kan i utgangspunktet ikke se at det er rom for anvendelse også av avtaleloven § 36 i en slik forbindelse. Alternativt måtte det følges opp som et brudd på forutsetningene for avtalen i medhold av Hovedavtalens punkt 3.7 (g). Slik oppfølging har ikke funnet sted, og retten kan i det hele tatt ikke se at nearshoring til Ungarn igjen har vært et team før i rettstvisten. Dette må i seg selv innebære at Leverandøren nå er forhindret fra å gjøre krav gjeldende i den forbindelse, all den tid konsekvensene har fått bygge seg opp over lengre tid uten Kundens kjennskap og uten foranledning for Kunden til å ta grep.

Retten legger etter dette til grunn at det ikke er ført tilstrekkelig bevis for at Kunden har nektet Leverandøren nearshoring i strid med det avtalte, og at konsekvensene av en slik nektelse uansett ikke kan danne grunnlag for revisjon i medhold av avtaleloven § 36.

3.5.3.6 Manglende sanering og utrulling

Saksøkte gjør gjeldende at Leverandøren er påført betydelig økt oppfyllelsesbyrde som følge av at Kunden ikke har bidratt aktivt til sanering og produktforenkling og for øvrig motsatt seg gradvis utrulling av funksjonalitet.

Hva gjelder *sanering og produktforenkling*, dreier dette seg om å begrense tjenestens kompleksitet. Det er noe uklart for retten hva som mer presist gjøres gjeldende i den forbindelse. I prinsippet kan manglende medvirkning til sanering og produktforenkling få konsekvenser for både Leverandørens fremdrift og kostnader. Det forutsetter imidlertid at Kunden ikke har medvirket til sanering og produktforenkling som avtalt.

Det avtalte fremgår dels av EA 34-2014 og del av EA 2016. Av EA 34-2014 punkt 3 fremgår følgende:

Tilpasninger i EVRYs omkringliggende systemer inngår i Avtalen og kostnadene knyttet til slike tilpasninger ligger innenfor Fastprisen. Partene er enige om å begrense tilpasningene for å unngå urimelige kostnader for begge Parter, og styre mot felles mål om kostnadseffektivisering og produktforenkling.

I tillegg følger det av EA 2016 punkt 1 at «partene skal gjensidig jobbe aktivt for sanering» og videre under punkt 7:

Partene skal jobbe aktivt med sanering, herunder med en optimal bruk av Leverandørens samlede systemportefølje. Eksempelvis ved at funksjonalitet i Core i stedet kan tas i bruk gjennom eksisterende funksjonalitet i Special Lending Solution (SLS). Et viktig prinsipp skal være at dette blir kostnadseffektivt for Kunden, eller gir Kunden andre fordeler.

Disse reguleringene suppleres av vedlegg 2 til EA 2016 benevnt «Overordnet Scope for Core Renewal». I vedleggets punkt 9 adresseres «Funksjonalitet som saneres». Punkt 9 er videre inndelt i underpunkter for funksjonalitet som vurderes sanert, funksjonalitet som erstattes av annen løsning og funksjonalitet som ikke er i bruk.

Saksøkte har ikke ført bevis for at Kunden har nektet sanering eller produktforenkling i strid med hva som fremgår av omtalte reguleringer. Snarere utarbeidet partene i 2022 en oppdatert versjon av Vedlegg 2 til EA 2016. I den oppdaterte versjonen, som var tilsiktet å utgjøre Vedlegg 2 d til ny EA 23-2022, er det lagt til ytterligere funksjonalitet under de ulike underpunktene, og det er også lagt til et nytt underpunkt for funksjonalitet som det ikke anses nødvendig å utvikle under eksisterende plan. Solveig Brænd forklarte også at Kunden har godtatt alle store forenklinger, herunder å benytte allerede eksisterende moduler for utenlandsbetalinger og utlånskjerne, og at syndikatslån og valutalån flyttes til Special Lending Solutions (SLS).

At arbeidet med sanering og produktforenkling tidvis har vært krevende, innebærer ikke at Kundens plikter i den forbindelse er brutt. For saksøkte har det vært et sentralt poeng at Kunden betjener bankene i Sparebank1-gruppen, og at disse bankene har hatt til dels ulike syn på sanering. Det er langt på vei også erkjent. Solveig Brænd forklarte for retten at sanering tidvis har reist vanskelige avveininger mellom forenklingens ønsker og behov for å beholde funksjonalitet som bankkunder benytter. At det er behov for slike avveininger, og at disse også kan være krevende, er imidlertid etter rettens syn ikke uforenlig med Kundens plikter i den forbindelse. I henhold til EA 2016 punkt 1 er det et viktig prinsipp at saneringen også «blir kostnadseffektiv for Kunden, eller

gir Kunden andre fordeler». Det viser klart at Kundens plikter ikke er ubetinget, og at det er forutsatt at det skal foretas avveininger som tidvis vil kunne være krevende.

Hva gjelder at Kunden skal ha motsatt seg *gradvis utrulling av funksjonalitet*, er det igjen noe uklart for retten hva som anføres av saksøkte. I prinsippet kan manglende gradvis utrulling av funksjonalitet få konsekvenser for både Leverandørens fremdrift og kostnader. Igjen er det imidlertid sentralt å ta utgangspunkt i hva som er avtalt. Av EA 2016 punkt 3 fremgår følgende:

Leverandøren er ansvarlig for konverteringsløsningene, men tidspunkt for konvertering og utrulling i operasjonell drift besluttes av Kunden i samråd med Leverandøren. Leverandøren forplikter seg til forsvarlig drift og forvaltning av eksisterende løsninger inntil Kunden har konvertert.

Som det fremgår, er det ikke opp til Leverandøren å bestemme en gradvis utrulling av funksjonalitet. Konverteringen til ny kjernebankløsning er virksomhetskritisk for Kunden, og beslutningskompetansen er derfor lagt til Kunden. Status for prosjekter er i per i dag at Hugesund Sparebank er pilotbank og at kun er deler av kontomassen er overført til ny kjernebankløsning under piloten. Det vises til forklaringen til Solveig Brænd. Det er ikke ført bevis for at kjernebankløsningen er klar for konvertering ut over dette. Ei heller er det ført bevis for at Leverandøren har anmodet om gradvis utrulling ut over dette, eller at Kunden har avvist eller trenert slik utrulling.

Retten legger etter dette til grunn at det ikke er ført tilstrekkelig bevis for at Kunden har brutt sine plikter knyttet til sanering og produktforenkling eller motsatt seg gradvis utrulling av funksjonalitet.

3.5.3.7 Leverandørens referansemåling og lønnsomhetskalkyle

Saksøkte har også vist til Leverandørens referansemåling fra september 2023 og Leverandørens lønnsomhetskalkyle fra september 2023 som revisjonsgrunnlag.

Hva gjelder *referansemålingen fra september 2023*, må det først bemerkes at denne ikke kvalifiserer som en referansemåling i Hovedavtalens forstand. Det vises til hva som fremgår under punkt 3.5.2.2 ovenfor om dette. Målingen skal likevel underbygge at vederlaget kan økes betydelig fra dagens nivå uten at Kunden fratras «beste pris» sammenholdt med Leverandørens øvrige kunder.

Til dette bemerker retten at retten vanskelig kan se at Leverandørens vederlag fra øvrige kunder skulle kunne påføre Leverandøren en økt oppfyllelsesbyrde i kontraktsforholdet med Kunden. Slike sammenhenger kan derfor vanskelig danne grunnlag for revisjon i medhold av avtaleloven § 36.

Hva gjelder *lønnsomhetskalkylen fra september 2023*, inneholder denne en prognose over fremtidig inntekts- og kostnadsutvikling i kontraktsforholdet frem til 2034. Det er for retten noe uklart hvilken funksjon denne kalkylen er ment å fylle i saken. Leverandøren svarer i utgangspunktet selv for utviklingen i Leverandørens egne kostnader. Annerledes kan dette stille seg dersom det inntre «*senere inntrådte forhold*» som kan gi grunnlag for revisjon under avtaleloven § 36. Som fremhevet under punkt 3.5.2.4 ovenfor, innebærer «*senere inntrådte forhold*» i vår sake at urimeligheten må følge av faktiske forhold som er inntrådt etter EA 2016 og før domstidspunktet og som gir økt oppfyllelsesbyrde for Leverandøren. Leverandørens lønnsomhetskalkyle skal vise den økte oppfyllelsesbyrden for Leverandøren fra 2022 til 2034, men kalkylen sier ingenting om hvilke faktiske forhold som skal forårsake økningen. Kalkylen fremstår i det hele løsrevet fra samtlige forhold som er påberopt som revisjonsgrunnlag for øvrig i saken, og lar seg også vanskelig forene med de separate kostnadsanslagene som er gitt for disse. En kalkyle over en estimert inntekts- og kostnadsutvikling kan derfor etter rettens syn vanskelig i seg selv danne et grunnlag for revisjon i medhold av avtaleloven § 36.

Retten er etter dette kommet til at verken referansemålingen eller lønnsomhetskalkylen fra september 2023 kan danne grunnlag for revisjon under avtaleloven § 36. Saksøkte synes for øvrig også selv å ha trukket en slik konklusjon. Det vises til punkt 7.3 i saksøktes disposisjon for prosedyren, som retten kommer tilbake til straks nedenfor. Retten vil også komme tilbake til lønnsomhetskalkylen under rettens urimelighetsvurdering nedenfor.

3.5.3.8 Rettens urimelighetsvurdering

Retten har ovenfor gjennomgått de ulike forholdene som er påberopt av Leverandøren som faktisk grunnlag for Leverandørens krav om revisjon av vederlaget i Hovedavtalen. Saksøkte har i sin prosedyre oppsummert

Leverandørens økte oppfyllelsesbyrde som følge av de anførte forholdene på følgende vis i saksøktes disposisjon punkt 7.3:

Kategori	Beløp (NOK)
Endring i Kundens bruk	141 570 000
Endret IT-marked	20 000 000
Ekstraordinær inflasjon og valuta	20 000 000
Vesentlige regulatoriske endringer	10 000 000
Manglende nearshoring	29 250 000
Manglende sanering og utrulling	20 000 000
Annet (contingency)	25 000 000
Sum	265 820 000

Som det vil fremgå av gjennomgangen ovenfor har retten konkludert med at det kun er ført tilstrekkelig bevis for at Leverandøren er påført økt oppfyllelsesbyrde som følge av følgende forhold:

- Endring i Kundens bruk
- Endret IT-marked
- Ekstraordinær inflasjon

For øvrige påberopte forhold har retten derimot konkludert enten med at det ikke er tale om et senere inntrådt forhold som kan påberopes under avtaleloven § 36 eller at det ikke er ført tilstrekkelig bevis for økt oppfyllelsesbyrde. Posten for «contingency» er ikke gjennomgått ovenfor, da den kun fremgår av saksøktes oversikt ovenfor. Det er verken anført hva denne posten er ment å dekke eller ført bevis for særskilte kostnader under posten, og retten ser derfor bort fra denne i det videre.

Det som er felles for de senere inntrådte forholdene hvor retten har konkludert med at økt oppfyllelsesbyrde er sannsynliggjort, er at bevisførselen knyttet til omfanget av den økte oppfyllelsesbyrden har vært svært sparsommelig. Slik retten oppfatter det skyldes dette langt på vei at saksøkte primært har valgt å føre bevis for revisjonskravets størrelse som er løsrevet fra de anførte grunnlagene for kravet. Det er betegnende i den forbindelse at tallene i tabellen ovenfor først fremkom i saksøktes prosedyre. Selv om saksøkte har nedlagt påstand om revisjon etter rettens skjønn, innebærer ikke dette noen unntak fra de alminnelige beviskrav knyttet til om lovens vilkår for revisjon er oppfylt. Den usikkerhet som hefter ved omfanget av Leverandørens økte oppfyllelsesbyrde må derfor gå ut over Leverandøren selv.

Retten er likevel ikke i tvil om at Leverandørens oppfyllelsesbyrde er økt for Leverandøren siden inngåelsen av EA 2016 som følge av endringer i Kundens bruk, endringer i IT-markedet og ekstraordinær inflasjon. Samtidig kan det med grunnlag i bevisførselen ikke legges til grunn at økningen tilsvarer mer enn en mindre andel av kostnadene som gjøres gjeldende. Mer presis enn dette ser retten heller ikke behov for å være, noe retten kommer tilbake til.

Spørsmålet blir så hvordan dette forholder seg til den urimelighetsvurdering som skal foretas under avtaleloven § 36. Før retten går over til den konkrete urimelighetsvurderingen, vil retten utdype hvordan retten oppfatter terskelen for urimelighet i saken.

Retten tar utgangspunkt i Høyesteretts generelle uttalelser i Rt-2003-1132 (Norrønafly), Bestemmelsen ble her søkt anvendt på «*senere inntrådte forhold*» i en kontrakt mellom profesjonelle parter. Høyesterett uttaler:

Avtaleloven § 36 gir domstolene myndighet til helt eller delvis å sette til side en avtale når den på grunn av endrede forhold er blitt urimelig for en part og til å endre avtalen for å avbøte fortsatt urimelighet. Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter, jf. eksempelvis Rt-1999-922 flertallet på side 932 og Rt-2000-806 på side 816. [...] Ved bedømmelsen av om ett eller flere avtalte vilkår eller hele

avtalen er kvalifisert urimelig, vil irregulær utvikling, endrede forutsetninger og de økonomiske virkninger for partene når krav om endring settes fram, være sentrale momenter i helhetsvurderingen.»

Som det fremgår av det siterte, presiseres det at det skal «svært meget» til for å anvende avtaleloven § 36 i slike tilfeller. Dette reflekteres i at det i rettspraksis knapt er eksempler på at avtaleloven § 36 har ledet til revisjon som følge av etterfølgende utvikling i kontrakter mellom profesjonelle parter. Det eneste tilfellet retten kjenner til er voldgiftsdommen inntatt i ND 1985 s. 238 (Mascot). I denne saken sto det imidlertid sentralt at utslagene var i strid med partenes felles forutsetninger på avtaletidspunktet og det var klart at utslagene var «fullstendig utilsiktet» og «lå helt utenfor partenes forestillinger da avtalen ble inngått». Dette er helt i tråd med at det skal svært meget til for å anvende avtaleloven § 36 i slike tilfeller. Det viser imidlertid også at vurderingen må foretas utpreget konkret, noe som også ble fremhevet i Rt-1990-500 (Periscopus), hvor følgende uttales:

I Høyesteretts plenumsdom i Rt-1988-295 er det (på 302) fremhevet at 'de forskjellige typer av kontraktsforhold må bedømmes ut fra sine særtrekk'. Etter min oppfatning må også den enkelte kontrakt bedømmes etter sine særtrekk.»

Etter rettens syn er det slik særtrekk ved Hovedkontrakten som må få betydning for terskelen for urimelighet i saken.

Av særlig betydning er – som ovenfor fremhevet – at det er tale om et langvarig og samarbeidspreget avtaleforhold innenfor et svært dynamisk livsområde. Avtaleforholdet er uten oppsigelsesadgang for Leverandøren. Det vises til omtalen ovenfor under punk 3.5.2.3.

Av særlig betydning er også – og trolig nettopp derfor – at Hovedavtalen i punkt 3.7 (g) inneholder en såkalt reforhandlingsklausul, som ovenfor omtalt. Denne gir uttrykk for at avtaleforholdets gjennomføring forutsetter en viss fleksibilitet fra partenes side, noe som viser at hensynet til forutberegnelighet er mindre fremtredende i Hovedavtalen enn hva som typisk er tilfellet i kontrakter mellom profesjonelle parter. Behovet for forutberegnelighet utgjør en sentral begrunnelse for en restriktiv anvendelse av avtaleloven § 36 i slike kontraktsforhold.

Reforhandlingsklausulen er uten subsidiær tvisteløsningsmekanisme, og kan derfor – som det fremgår ovenfor – ikke håndheves for domstolene dersom partene ikke selv evner å komme til enighet. Det at partene har inntatt en slik reforhandlingsklausul er imidlertid et særtrekk ved Hovedavtalen som etter rettens syn – sammenholdt med Hovedavtalens karakter av samarbeidsavtale, dens lange varighet, fraværet av oppsigelsesadgang og livsområdet Hovedavtalen gjelder for – tilsier at urimelighetsterskelen senkes noe fra et høyt utgangspunkt. I samme retning Bruserud, Hardshipklausuler punkt 18.2.4.2:

Et element ved en hardshipklausul, som kan være egnet til å påvirke urimelighetsterskelen, er det man kan kalle dens forventnings- og signalfunksjoner. Det at partene har inntatt en slik klausul i kontrakten, kan være egnet til å skape forventninger hos partene om at det skal være et større rom for fleksibilitet i kontraktsforholdet enn ellers. Mye av poenget med klausulen kan sies å ligge nettopp i dette. En måte å beskytte slike forventninger på vil være å la klausulene øve innvirkning på urimelighetsterskelen. En slik argumentasjonslinje vil kunne få ytterligere styrke gjennom andre forhold som trekker i samme retning. Typisk kan man tenke seg at elementer som gjerne fremheves som egnet til i alminnelighet å senke terskelen etter avtl. § 36, slik som generell samarbeidsorientering i kontraktsforholdet, langvarighet, behovet for tillit osv., kan gi ytterligere styrke til en slik argumentasjon. Dette er nettopp forhold som relativt ofte vil være til stede i kontraktsforhold hvor en hardshipklausul er inntatt. Slik sett kan det antas at hardshipklausuler vil kunne virke sammen med andre konkrete elementer i retning av å senke den kvantitative terskelen etter bestemmelsen.

En annen side ved en hardshipklausul som vil kunne virke i samme retning, er at den kan være egnet til å svekke styrken i den argumentasjon som ofte føres som grunnlag for å unnlate å gjennomføre lemping etter bestemmelsen. Generelle argumenter som knytter seg til «omsetningens sikkerhet», «tilliten til kontrakter» og lignende, vil kunne komme i et annet lys når partene har inntatt en hardshipklausul i kontrakten. Det kan argumenteres for at partene allerede gjennom inkorporeringen av hardshipklausulen har signalisert at forventningene knyttet til en strikt gjennomføring av det opprinnelige kontraktsregimet konkret er mindre i et slikt kontraktsforhold enn ellers. Dermed vil heller ikke en lempeligere terskel etter avtl. § 36 i det konkrete tilfellet nødvendigvis ha konsekvenser utover det enkelte tilfellet.

Etter dette er det grunn til å tro at eksistensen av en hardshipklausul som kun statuerer en reforhandlingsplikt for partene, uten å si noe om konsekvensene av at partene ikke blir enige, kan være egnet til å ha en viss påvirkning på den kvantitative terskelen etter avtl. § 36. Hvor stor denne påvirkningen vil være, er det vanskelig å ha en sikker oppfatning om. Typisk vil klausulen virke sammen med andre elementer som også er egnet til å senke den kvantitative terskelen etter avtl. § 36. Det vil derfor være vanskelig å identifisere den isolerte virkningen av klausulene.

Retten legger derfor til grunn at terskelen for urimelighet er noe lavere i denne saken enn hva som typisk vil være tilfelle i kommersielle kontraktsforhold mellom profesjonelle parter, hvor det altså skal «svært meget» til. I dette ligger likevel ikke at terskelen for revisjon etter avtaleloven § 36 vil være sammenfallende med terskelen for reforhandling i Hovedavtalens punkt 3.7 (g). Kriteriene er andre og revisjon etter avtalelovens § 36 er «begrenset til det som er nødvendig for å avbøte den kvalifiserte urimeligheten», jf. Rt-2012-1537 (Smestad Nye Handelshus) avsnitt 46. Reforhandlingsklausulen er uten subsidiær tvisteløsningsmekanisme og det er ikke enighet om rettens revisjonskompetanse. Det er betydelig forskjell på at partene selv kommer til enighet om en endring, noe som forutsetter tilslutning fra begge sider, og at domstolene griper inn og påtvinger i det minste den ene part en endring mot partens vilje. Annerledes vil dette kunne stille seg dersom den ene parten ikke lojalt medvirker til å finne en løsning dersom vilkårene for reforhandling er inntrådt. Det er imidlertid ikke holdepunkter for slik illojalitet fra Kundens side i saken.

Selv om det legges til grunn at terskelen for urimelighet er noe lavere enn hva som typisk vil være tilfelle i revisjonssaker mellom profesjonelle parter, er terskelen etter rettens syn ikke overskrevet slik saken står for retten. Det er flere grunner til dette.

For det første må det i urimelighetsvurderingen også tas høyde for hvilken utvikling som var synbart eller påregnelig når EA 2016 ble inngått. Også i 2016 må partene ha sett for seg økning i antall API-kall og en inflasjon innenfor normalområdet. At oppfyllelsesbyrden er økt for Leverandøren som følge av slike forhold, må derfor Leverandøren akseptere uten krav på revisjon av vederlaget. Det gjelder også selv om avtalebalansen skulle bli en annen enn hva den var ved inngåelsen av EA 2016.

For det andre, selv om retten legger til grunn at Leverandørens oppfyllelsesbyrde er økt også ut over dette, noe retten gjør, er det høyst uklart hvor mye mer oppfyllelsesbyrden er økt. Det vises til hva som er sagt ovenfor om dette. Retten finner særlig grunn til å fremheve at kontraktsforholdet så sent som i 2022 – i henhold til Leverandørens egen lønnsomhetskalkyle fra september 2023 – ga et overskudd på MNOK 60 for Leverandøren, noe som ga en margin på 14 %. Det er i samsvar med Leverandørens målsetning for kontraktsforholdet. Det vises til partsforklaringen til Martin Kverne, hvor det fremgikk at Leverandøren etterstreber en margin på 15 %. I 2022 ble det foretatt 7,25 MRD API-kall, opp fra 2,4 MRD i 2016, inflasjonen i Norge var på 7 % og i eurosone på 10,7 %, og lønnveksten for IT-utdannende, som saksøkte har vist til, var allerede en realitet. Vitnet Bjørn Ove Larsen forklarte også at Leverandørens marginer de siste 6 årene har ligget på om lag 15 % for kontraktsforholdet. Dette fremstår vanskelig forenlig med betydningsfulle konsekvenser av de forhold Leverandøren har påberopt seg før eventuelt helt nylig.

Hva som har endret seg så vidt grunnleggende fra 2022 til 2023 lar seg imidlertid ikke fastslå med grunnlag i bevisførselen, og bevisførselen fremstår på mange måter vanskelig forenlig med en slik drastisk overgang fra ett år til et annet. Riktignok legges det til grunn at inflasjonen var ekstraordinær høy i 2023, men det var den også i 2022, og arbeidsmarkedet for IT-utdannende har ikke endret seg over natten fra 2022 til 2023. Riktignok har økningen i antallet API-kall vært sterkere i 2023 enn i tidligere år, men det vesentligste av økningen i perioden 2016-2023 har likevel skjedd gjennom de foregående årene. Det vises til Figur 2 ovenfor. Også økningen i MIPS har vært sterkere i 2023 enn tidligere år, men også det vesentligste av økningen i MIPS ligger forut for 2023. Det vises til Figur 4 ovenfor. Retten oppfatter det slik at kostnadene til spesielt Kyndryl skal ha økt betydelig de siste året. Avtaleforholdet med Kyndryl har imidlertid vært gjenstand for svært sparsommelig bevisførsel i saken, som ovenfor omtalt. Hva slags økninger det er tale om og hva disse skyldes har derfor i liten grad blitt opplyst for retten. Den uklarhet som foreligger rundt kontrakten med Kyndryl, og betydningen av denne for Leverandørens kostnadsutvikling, må gå ut over saksøkte som er eneste part med tilgang til kontrakten og den part som har fremmet revisjonskravet.

For det tredje innebærer dette at Leverandørens revisjonskrav i det vesentligste er basert på fremtidig prognostisert utvikling. Det gjelder til en viss grad også for 2023, da siste lønnsomhetskalkyle ble utarbeidet i september 2023. Dette er imidlertid svært usikre prognoser, og tallene har endret seg betydelig mellom de ulike prognosene som er fremlagt. I tillegg fremstår Leverandørens prognoser løst fra de faktiske forhold som er

påberopt som grunnlag for saksøktes revisjonskrav, og som er gjennomgått under punktene 3.5.3.1- 3.5.3.6 ovenfor. Prognosene sier ingenting om årsaken til at kostnadene forventes å øke som kalkulert. Som fremhevet under punkt 3.5.2.4 ovenfor, må urimeligheten følge av faktiske forhold som er inntrådt allerede på domstidspunktet. Det lar seg imidlertid ikke utlede av prognosene hvilken betydning de påberopte forholdene er ment å ha i perioden prognosene gjelder for. Kostnadssiden av prognosene fremstår også, så vidt retten kan se, helt løsrevet fra Leverandørens egen kalkyle av Leverandørens økte oppfyllelsesbyrde per 2023, som gjengitt innledningsvis ovenfor.

For det fjerde må urimelighetsvurderingen også ta høyde for effekten av at kjernebankløsningen ennå ikke er levert. Denne skulle i henhold til EA 2016 vært levert i sin helhet i fjerde kvartal 2022. En tilsiktet effekt at denne er at behovet for anvendelse av stormaskiner – og dermed kostnader til Kyndryl – reduseres. Det vises til Aasgaards rapport hvor følgende fremgår på s. 26:

Kjernebankprogrammet handler om å modernisere deler av kjernesystemene. Kort fortalt, om å overføre noe av kjernefunksjonaliteten fra en teknologi basert på stormaskiner til moderne server teknologi.

[...]

Server-teknologien vurderes å ha flere fordeler sammenlignet med stormaskin:

[...]

- *Reduserte driftskostnader – Servere har betydelig lavere anskaffelses- og driftskostnader. Stormaskiner kjører på lisenser, hvor man betaler for den datakraften man bruker.*

Det vises også til Gaustads forklaring for retten hvor han uttalte at kjernebankfornyelsen vil lede til at 40-50% av trafikken overføres fra mainfram til midrange, og at dette vil lede til reduksjon i kostnadene til stormaskiner.

Etter rettens syn kan det ikke ses bort fra dette i en urimelighetsvurdering hvor kostnadsøkningen fra 2022 til 2023 står sentralt, og hvor kostnadene til Kyndryl for drift av stormaskiner skal være sentral. Dersom kjernebankløsningen hadde blitt levert som avtalt i 2022, ville kostnadene til Kyndryl vært redusert. Når dette ikke finner sted som følge av Leverandørens forsinkelse, må Leverandøren etter rettens syn klart selv bære konsekvensene av dette. Hvor store disse er lar seg ikke fastslå med grunnlag i bevisførselen, men også dette taler uansett mot at urimelighet foreligger per i dag.

For det femte er det etter rettens syn også særskilte trekk ved de faktiske forholdene som er påberopt som grunnlag for revisjonskravet som etter rettens syn taler mot revisjon per i dag.

Et første slikt trekk er at antallet API-kall og belastningen disse medfører er i konstant utvikling som følge av teknologisk utvikling og endrede bruksmønstre. Status på domstidspunktet er følgelig kun et øyeblikksbilde. Solveig Brænd, Kundens programleder for kjernebankfornyelsen, fremhevet i sin forklaring at utfordringene med økende antall API-kall og økende MIPS-belastning ikke er et problem en betaler seg ut av, dette må finne en teknisk løsning. Partene nedsatte derfor i etterkant av at problemet ble adressert av Leverandøren en felles arbeidsgruppe som skulle jobbe med å finne slike løsninger. Flere tiltak er iverksatt og gir allerede effekt, uten at en ennå ser den fulle effekten. Selv om retten legger til grunn at tiltakene som så langt er iverksatt ikke har vært tilstrekkelige til å hindre fortsatt økning i antallet API-kall, tilfører dette ytterligere usikkerhet. I tillegg innebærer dette at det er høyst uklart hvordan en revisjon i tilfelle skulle gjennomføres for ta høyde for variasjonene i belastningen på stormaskinene som følge av API-kall. Denne usikkerheten forsterkes ytterligere av at deler av forespørselene som i dag håndteres av stormaskiner i fremtiden skal håndteres av servere i midrange-segmentet. Dette er med andre ord problemstillinger som partene er langt nærmere til å finne forhandlingsbaserte løsninger på enn for retten til å utarbeide. Det gjelder særlig når saksøkte ikke selv har fremmet særskilte forslag for retten i den forbindelse, ut over å kreve en nominell økning av vederlaget.

Et annet slikt særtrekk er at det ikke er opplyst i saken hvilken betydning valutasingninger konkret har for Leverandørens kostnader. Som omtalt under punkt 3.5.3.3 ovenfor, fremgår det av Aasgaards rapport at rundt 55% av Leverandørens utgifter er i utenlandsk valuta, typisk i amerikanske dollar (USD) eller euro (EUR). Norske kroner har de siste årene svekket seg markant mot både amerikanske dollar og euro. Slik retten oppfatter det er Leverandørens eksponering overfor slike valutasingninger betydelig som følge av at betaling fra Kunden foretas i norske kroner. En slik eksponering vil normalt tilsi behov for valutasikring. Hvorvidt slik sikring benyttes eller ikke og med hvilken effekt er ikke belyst i saken, og tilfører dermed ytterligere usikkerhet som etter rettens syn må ramme Leverandøren. Etter retten syn vil det ikke være rimelig å kreve at en slik risiko

skal overføres Kunden, alle den tid det er Leverandøren som kan sikre seg mot at risikoen realiseres. I tillegg kommer at valutasingninger vil kunne slå begge veier, og det fremstår lite sannsynlig at det øyeblikksbildet som foreligger på domstidspunktet vil være representativt også for den fremtidige utviklingen. Slike svingninger lar seg derfor også vanskelig håndtere gjennom vederlagsrevisjon, i det minste ikke i form av en nominell engangs-tilnærming.

For det sjette er forholdet mellom de senere inntrådte forholdene som påberopes som grunnlag for revisjon og fastprisen som kreves revidert, uklart opplyst i saken. Vederlaget som betales av Kunden består av flere komponenter. Av de totalt MNOK 594,2 som Kunden betalte til Leverandøren i 2021, fordelte disse seg med MNOK 278,1 på fastpristjenester, MNOK 178,8 på volumbaserte tjenester og MNOK 137,3 på engangsbetalinger. Av disse har saksøkte kun krevd revidert fastpriskomponenten, da øvrige komponenter reguleres gjennom andre mekanismer. Retten oppfatter det slik at fastpristjenestene dekker tjenestene som er felles for alle bankene i Sparebank 1-gruppen. Disse tjenestene endres imidlertid fra år til år, nye kommer til mens andre avsluttes. Dette skaper potensielt i seg selv en komplikasjon i saken, men viktigere for retten er at det – basert på bevisførselen – fremstår uklart hvordan de senere inntrådte forholdene som er påberopt – og de økonomiske konsekvensene av disse – forholder seg til tjenestene som inngår i fastprisen – i motsetning til de øvrige priskomponentene. Retten kan ikke se at denne sammenhengen er tilstrekkelig klargjort av Leverandøren, noe som må ramme Leverandøren.

Retten er derfor kommet til at terskelen for urimelighet ikke er overskrevet slik saken står for retten.

3.5.3.9 Konklusjon

Selv om retten er kommet til at Leverandøren er påført økt oppfyllelsesbyrde i perioden som følge av endringer i Kundens bruk av Leverandørens tjenester, endringer i IT-markedet og ekstraordinær inflasjon, er retten kommet til at terskelen for urimelighet ikke er overskrevet slik saken står for retten. Retten tar derfor ikke Leverandørens krav om revisjon av vederlaget og/eller betingelsene for dette til følge.

3.6 Har Leverandøren krav på erstatning?

Saksøkte har – som innledningsvis omtalt – også anført mislighold fra Kundens side og fremmet et erstatningskrav mot Kunden. Under saksøktes prosedyre ble det angitt at dette kravet aktualiseres i følgende to alternative situasjoner:

1. Dersom Leverandøren får medhold i at Kunden ikke rettmessig kunne forlenge Hovedavtalen gjennom sin opsjonsutøvelse, og
2. Dersom Leverandøren har krav på reforhandling i medhold av Hovedavtalens punkt 3.7 (g).

I førstnevnte tilfelle har partene ingen avtale om pris og Kunden har urettmessig unnlatt å betale «gjengs pris» for tjenestene som er levert etter 31. desember 2022. I sistnevnte tilfelle har Kunden urettmessig motsatt seg å reforhandle vederlaget med samme utfall.

Retten har ovenfor under punkt 3.2 konkludert med at Kunden rettmessig kunne forlenge Hovedavtalen med grunnlag i opsjonene i EA 2016. Det avtalte vederlaget løper dermed videre inntil det reforhandles eller revideres. Kundens unnlattelse av å betale Leverandørens tilleggsfakturaer basert på «gjengs pris» utgjør således ikke et mislighold fra Kundens side.

Retten har ovenfor under punkt 3.5.2.3 ikke funnet grunn til å ta stilling til om vilkårene for reforhandling i Hovedavtalens punkt 3.7 (g) er oppfylt. Selv om så skulle være tilfelle, har retten under punkt 3.3.4 likevel konkludert med at Kunden per domstidspunktet ikke har brutt plikten til å reforhandle. Det vises til hva som ovenfor fremkommer som begrunnelse for dette.

Retten har derfor kommet til at Leverandøren ikke har krav på erstatning.

3.7 Oppsummering og avsluttende bemerkninger

Retten sentrale delkonklusjoner ovenfor kan sammenfattes på følgende vis:

- Kunden har rett til å forlenge Hovedavtalen til 31. desember 2029 med grunnlag i Kundens opsjoner i EA 2016.
- Opsjonene i EA 2016 forlenges tilsvarende tiden Leverandøren blir forsinket i sin leveranse av kjernebankprogrammet ut over 31. desember 2022.
- Leverandøren har ikke adgang til å si opp kontraktsforholdet i samme periode.
- Kontraktens reforhandlingsklausul kan ikke håndheves av retten og avtaleloven § 36 gir ikke Leverandøren rett til vederlagsjustering slik saken står for retten.

Dette innebærer at Leverandøren vil være bundet til kontraktsforholdet i en uvanlig lang periode, noe som skaper betydelig risiko for en skjevutvikling i kontraktsforholdet.

I en slik sammenheng vil reforhandlingsklausulen i Hovedavtalens punkt 3.7 (g) etter rettens syn stå sentralt, og kontraktsforholdets uvanlige lange bindinger nå nødvendigvis også få betydning for tolkningen av denne klausulen. Det vises til hva som fremgår under punkt 3.5.2.3 ovenfor om dette. Hvorvidt vilkårene for slik reforhandling allerede er oppfylt per i dag, ligger som ovenfor omtalt utenfor hva retten skal ta stilling til i saken. For ordens skyld tilføyer retten i den forbindelse at selv om det av domsslutningens punkt 1 fremgår at Kunden har rett til å utøve opsjoner på forlengelse av kontraktsperioden «*på samme betingelser som tidligere*», innebærer dette ingen stillingtaken til et reforhandlingskrav fra Leverandøren.

Retten vil først og fremst ha en funksjon dersom den ene parten ikke lojalt medvirker til slike forhandlinger, eller partene ikke lykkes å oppnå en løsning i minnelighet. Rettens funksjon vil i et slikt tilfelle være å ta stilling til et revisjonskrav, primært med grunnlag i avtaleloven § 36. For at et slikt krav skal kunne føre frem må imidlertid saken ligge betydelig annerledes an enn hva tilfellet har vært i nærværende sak.

3.8 Saksomkostninger

Kunden har vunnet saken og har krav på full erstatning for sine saksomkostnader fra Leverandøren, jf. tvisteloven § 20-2 (1). Tvisteloven § 20-2 (3) er ikke påberopt i saken og retten kan heller ikke se at bestemmelsen kommer til anvendelse.

Kunden har fremsatt et saksomkostningskrav på kr 7 474 856 inkl. mva. Det er ikke fremmet innsigelser mot kravet og retten legger til grunn at kostnadene har vært nødvendige å pådra, jf. tvisteloven § 20-5 (1). Kunden har etter det opplyste ikke fradragsrett for merverdiavgift, og kravet omfatter derfor også merverdiavgift. I tillegg kommer rettsgebyr med kr 35 467.

DOMSSLUTNING

1. SpareBank 1 Utvikling DA har rett til å utøve opsjoner på forlengelse av kontraktsperioden etter 31. desember 2022 på samme betingelser som tidligere for tre nye toårsperioder og én ettårsperiode, til sammen til og med 31. desember 2029.
2. Dersom Tietoevry Norway AS' leveranser i kjernebankprogrammet etter EA 44-2016 blir forsinket utover 31. desember 2022, har SpareBank 1 Utvikling DA krav på at opsjonene på forlengelse av kontraktsperioden etter slutningens pkt. 1 forlenges med en periode tilsvarende forsinkelsen utover 31. desember 2022.
3. SpareBank 1 Utvikling DA frifinnes for Tietoevry Norway AS' krav om prisrevisjon og erstatning.
4. Tietoevry Norway dømmes til å betale SpareBank 1 Utvikling DA kr 7 474 856 i saksomkostninger med tillegg av rettsgebyret på kr 35 467.