

Land	Norge
Domstol	Borgarting lagmannsrett
Parter	Lividi AS mod Staten v/Forsvarsdepartementet
Dato for afgørelse	20. december 2023
Afgørelsestype	Dom
Status	Ukendt
Dato for publicering i domsdata-basen	29. januar 2024
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	Ikke omtalt
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik kundens ret til at give tredjemand adgang til eller indsigt i kildekoden udviklet af leverandøren. Parterne aftalte, at kunden fik en tidsbegrænset, vederlagsfri og ikke-eksklusiv brugsret til de enkelte dele af softwaren, der var udviklet eller tilpasset specielt til kunden (udvidet råderet). Råderetten omfattede retten til at bruge, kopiere, ændre og videreudvikle tilpasningerne, enten selv eller med hjælp fra tredjemand. Spørgsmålet var, om Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaber (KDA) kunne betragtes som tredjemand, idet leverandøren hævdede, at KDA udgjorde en konkurrent til leverandøren. Aftalereguleringen af råderetten var efter leverandørens forslag baseret på Statens standardaftale for IKT Udviklings- og tilpasningsarbeid (SSA-T) punkt 10.3.2. Efter standardkontrakten skal udtrykket "tredjemand" forstås som "enhver tredjemand". Retten fandt, at begrebet tredjemand i parternes aftale ikke kunne fortolkes indskrænkende. Kunden havde derfor ret til frit at søge bistand fra enhver tredjemand til at bruge, kopiere, ændre og videreudvikle softwaren. Råderetten gav således kunden ret til at give adgang til eller udlevere kildekoden og driften af softwaren til KDA i det omfang, det er nødvendigt for at sikre den udvidede råderet. Retten fandt desuden, at kundens forpligtelse til at forhandle med leverandøren om et fortsat kontraktforhold for programmeringsydelser efter aftalens udløb var iagttaget.

Nøgleord: Adgang til kildekode, fortolkning af brugs- og standardkontraktvilkår, og forhandlingspligt

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.

Videresalg af Lovdatas tjenester kræver særskilt aftale.

Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2023-47636

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2023-12-20
Publisert	LB-2023-47636
Stikkord	Avtalerett. Avtaletolking.
Sammendrag	Saken gjaldt krav om at Forsvaret skal forbys å utlevere eller gi Kongsberg Gruppen ASA tilgang til kildekode eller intern virkemåte til programvaren som inngår i Hermod-systemet, og som er utviklet av Lividi AS etter 28. januar 2020. Lagmannsretten kom til at kravet ikke kunne forankres i avtalen mellom Forsvaret og Lividi, og heller ikke kunne føre frem i medhold av avtaleloven § 33 eller § 36. Lividis krav om preventiv forbudsdom etter åndsverkloven eller forretningshemmelighetsloven førte heller ikke frem. Forsvaret hadde ikke brutt plikten til å forhandle med Lividi om et fortsatt avtaleforhold om programmeringstjenester etter utløpet av en konsulentavtale.
Saksgang	Oslo tingrett TOSL-2022-38662 – Borgarting lagmannsrett LB-2023-47636 (23-047636ASD-BORG/03).
Parter	Lividi AS (advokat Thomas Rieber-Mohn) mot Staten v/Forsvarsdepartementet (advokat Stein-Erik Jahr Dahl).
Forfatter	Lagdommer Carl August Heilmann, lagdommer Espen Lindbøl og ekstraordinær lagdommer Rolf Ytrehus.

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2023-47636	1
Innholdsfortegnelse	2
Saksfremstilling.....	3
Kort om partene og Hermod-systemet.....	3
Kontraktsforholdet og utviklingen av Hermod-systemet i perioden 2013 frem til 2020	3
Inngåelsen av 2020-avtalen	4
Perioden etter 2020-avtalen	5
Prosesshistorien.....	6
Partenes syn på saken	7
Den ankende part, Lividi AS, har i hovedtrekk anført:	7
Ankemotparten, Staten ved Forsvarsdepartementet, har i hovedtrekk anført:	9
Lagmannsrettens syn på saken	10
Konklusjon	10
Oversikt over sakens spørsmål og tvistegjenstand.....	10
Hadde FMA allerede ved inngåelsen av 2020-avtalen besluttet eller klart forutsatt at KDA skulle være fremtidig programvareleverandør?	11
Var forhandlingene med Lividi om en Fase 2-avtale reelle?	17
Tolking av 2020-avtalen	21
Rettslige utgangspunkter	21
Felles partsforståelse av «tredjeparter»?	22
Ordlyden.....	23
Partenes subjektive forutsetninger og andre tolkingsmomenter	24
Konklusjon avtaletolkning.....	27
Avtalerevisjon – bristende forutsetninger	27
Forbudsdom	27
Konklusjon og sakskostnader	27

Saken gjelder krav om at Forsvaret skal forbys å utlevere eller gi Kongsberg Gruppen ASA tilgang til kildekode eller intern virkemåte til programvaren som inngår i Hermod-systemet, og som er utviklet av Lividi AS etter 28. januar 2020.

Tingrettens gjengivelse av sakens bakgrunn er i det vesentlige dekkende også for ankesaken, og lagmannsretten har tatt utgangspunkt i denne ved redegjørelsen for sakens bakgrunn.

Saksfremstilling

Kort om partene og Hermod-systemet

Ankende part, Lividi AS (Lividi), ble stiftet i 2008 av Victor Wold Eide. Selskapet har siden etableringen drevet med teknologiutvikling og levert programmeringstjenester. Fra 2013 har Lividis oppdrag i det vesentlige vært knyttet til utvikling, vedlikehold og støtte for programvaren i Hermod-systemet på oppdrag fra Forsvaret ved Forsvarets logistikkjeneste, senere underlagt Forsvarsmateriell.

Ankemotparten, representert ved Forsvarsmateriell (FMA), er en statlig etat underlagt Forsvarsdepartementet. FMAs hovedoppgave er materiellinvesteringer og materiellforvaltning i forsvarssektoren. FMA ble etablert 1. januar 2016 ved at kapasitetsdivisjonene, investeringsstaben og deler av staben fra Forsvarets logistikkorganisasjon (FLO) ble utskilt fra FLO. Etaten videreførte også Forsvarets logistikkorganisasjon, Divisjon for IKT-Kapasiteter (FLO IKT).

Hermod er et sikkert nettverksstyringssystem for mobile nettverk som er utviklet særskilt for Forsvaret i perioden 2013 til 2015. Løsningen består av ulike typer maskinvare, såkalte taktiske kommunikasjonsnoder («TKNer»), hvor Hermod-programvaren er installert. Flere typer nettverksforbindelser kan brukes av systemet, herunder satellittbasert og linjeoppkobling.

Løsningen er selvkonfigurerende, slik at enhetene oppdager andre naboenheter automatisk og setter opp riktige grensesnitt. Enhetene autentiserer seg gjensidig og etablerer krypterte tunneler for sikker transmisjon og hindrer uautoriserte enheter i nettverket. Brukerne kan dermed sette opp et lukket, mobilt nettverk og kommunisere sikkert med hverandre.

Hermod-systemet ble første gang tatt i bruk av Forsvaret i 2015, og det er bred enighet om at systemet er vellykket.

Selv om programvaren er utviklet særskilt for Forsvaret, er Hermod-teknologien også egnet for bruk i andre markeder enn militæret. Dette forutsetter imidlertid at det gjennomføres en industrialiseringsprosess hvor programvaren tas frem til et generisk produkt som deretter kan kommersialiseres. Partene er uenige om Lividi av FMA fikk avtalt, eller i det minste klart forutsatt, at Lividi skulle ha retten til å forestå en slik industrialisering og kommersialisering av programvaren.

Kontraktsforholdet og utviklingen av Hermod-systemet i perioden 2013 frem til 2020

Utviklingen av Hermod-systemet startet som nevnt i 2013, og er i sin helhet finansiert av Forsvaret. Det var nettverksavdelingen i FLO/FMA v/ Bjørn Vegard Larsen som designet arkitekturen til nettverket. FMA/FLO hadde ikke egne utviklingsressurser, og kjøpte derfor inn programmeringstjenester gjennom rammeavtaler med selskapene Steria AS og Bouvet ASA. I perioden 2013 til 2018 arbeidet Lividi som underleverandør til disse selskapene. Bjørn Vegard Larsen var i hele perioden arbeidsleder for prosjektet på vegne av FMA. Forsvaret ble fullt ut eier av rettighetene til de løsninger som ble utviklet gjennom rammeavtalene med Steria AS og Bouvet ASA.

I 2017 vurderte FMA mulighetene for å industrialisere Hermod-systemet hos en privat samarbeidspartner. Det ble utarbeidet en Request for Information (RFI), som ble kunngjort 29. november 2017, hvor FMA ønsket innspill fra industrien knyttet til forvaltningen og videreutvikling av Hermod. Det fremgår av RFI'en at FMA så for seg en forvaltningsmodell hvor norsk industri skulle gis tilgang til teknologien og gis mulighet for å

industrialisere Hermod nettverksløsningen. Samtidig skulle FMA være sikret tilgjengelighet av systemet for bruk i Forsvaret, samt være sikret at systemet utviklet seg formålstjenlig for Forsvaret. RFI'en skisserte videre en rollefordeling hvor FMA skulle være kunde og initial eier av programvaren, og dermed styre utviklingen av Hermod. Programvareleverandøren skulle forvalte Hermod gjennom utvikling og vedlikehold av programvaren og lisensiere Hermod til godkjente maskinvareintegratorer. Formålet var å sikre en sterkere strategisk styring av drift og utvikling av Hermod-systemet, og at kostnadene for videre utvikling kunne deles med industrien.

Både Lividi og Kongsberg Defence & Aerospace AS var blant selskapene som viste interesse for RFI'en, men denne ble etter kort tid avlyst. I kunngjøringen ble det opplyst at RFI'en ble avlyst fordi «forespørselen må sees på i en større sammenheng før den kan publiseres». Det ble samtidig opplyst at «FMA vil komme tilbake med en eventuell ny RFI på et senere tidspunkt».

Kongsberg Defence & Aerospace AS (KDA) er en teknologibedrift i Kongsberg Gruppen ASA som lager produkter for forsvar og romfart. KDA er en viktig leverandør og samarbeidspartner for Forsvaret.

Den 25. januar 2018 ble det undertegnet en direkteavtale om konsulentbistand for videreutvikling av Hermod-programvaren mellom FMA og Lividi (2018-avtalen). Bakgrunnen for direkteanskaffelsen var at det i realiteten kun var Victor Wold Eide og Hans Ole Rafaelsen fra Lividi som hadde nødvendig kompetanse på Hermod-programvaren. Avtalen var basert på statens standardavtaler om konsulenttjenester (SSA-B). Etter avtalens punkt 5 fikk FMA som kunde «Eiendomsrett, opphavsrett og andre relevante materielle og immaterielle rettigheter til resultatet av bistanden».

Konsulentavtalen mellom Lividi og FMA hadde en varighet på to år og utløp 28. januar 2020.

Inngåelsen av 2020-avtalen

FMA samlet i 2018 en rekke investeringsprosjekter innen IKT i et program som heter Mime (kampnær IKT), og et program Mast (militær anvendelse av skytjenester). Målet for programmene er å styrke Forsvarets evne til å løse sine oppgaver. Dette skal gjøres ved å legge til rette for mer effektiv ressursbruk i forsvarssektoren med utgangspunkt i digitalisering og datadrevet samhandling gjennom moderne og sikkerhetsgodkjente systemer, og utvidet bruk av skytjenester. Hermod-systemet inngikk som element i Mime-programmet, men ble senere tatt ut.

I 2019 ble det opprettet en styringsgruppe i FMA med formål å finne en strategisk partner. I juni 2019 startet FMA samtaler om et slikt strategisk partnerskap med KDA. I perioden juni 2019 til mars 2020 ble det avholdt flere møter mellom partene både på overordnet nivå i programledelsen og i ulike arbeidsgrupper. Ett av tvistepunktene i saken er hvor forpliktende disse møtene var, og hva partene eventuelt ble enige om knyttet til fremtidig industrialisering og kommersiell utnytting av Hermod-programvaren.

Høsten 2019, da det var om lag seks måneder igjen av avtaleperioden for 2018-avtalen, tok Lividi initiativ til inngåelse av ny avtale med FMA. Gjennom flere brev og møter i løpet av høsten, ga Lividi uttrykk for et ønske om å ha en hovedrolle i industrialiseringen av Hermod, og at selskapet ønsket en avklaring med hensyn til rolle og forretningsmodell for industrialiseringen av Hermod. Det ble også gitt uttrykk for at det ikke var tilstrekkelig for Lividi med en forlengelse av dagens konsulentavtale.

I et møte 22. oktober 2019 ble Lividi informert om FMAs ønske om å knytte til seg en strategisk partner. I møtet presenterte daværende programdirektør, Morten Gjellerud, Mime-programmet og redegjorde for hvordan FMA så for seg en modell med strategisk partner. Lividi gjentok i møtet at selskapet ønsket en hovedrolle som integrert partner og programvareleverandør i industrialiseringen av Hermod.

Den 8. januar 2020 ble det avholdt et nytt møte mellom partene som dannet utgangspunktet for de videre forhandlingene om inngåelse av ny avtale med Lividi. På dette tidspunktet var det bare noen uker til 2018-avtalen utløp, og det hastet for FMA å få på plass en ny avtale. Kontraktavdelingen i FMA v/ seniorrådgiver Kristine Kristiansen Müller deltok i forhandlingene. FMA ga i møtet uttrykk for at man ønsket en langsiktig avtale med Lividi, men at dette ville ta tid på grunn av ressursituasjonen. I tillegg ble det opplyst at en ny avtale måtte behandles av Kontraktrevisjonskontoret, noe som også ville ta tid. FMA skisserte derfor en løsning med to faser: en endringsavtale som forlenget 2018-avtalen (Fase 1-avtalen) som skulle regulere partenes plikter og rettigheter frem til en ny langsiktig avtale var fremforhandlet (Fase 2-avtalen). Lividi ønsket i utgangspunktet ikke en forlengelse av bistandsavtalen, men partene ble enige om en løsning i to faser som nevnt.

Lividi og FMA inngikk deretter 20. februar 2020 en endringsavtale som innebar en forlengelse av avtaleperioden i 2018-avtalen fra 28. januar 2020 til 30. juni 2022. Denne avtalen vil i det følgende omtales som 2020-avtalen. Avtalen, som er basert på Statens standard for IKT Utviklings- og tilpasningssamarbeid (SSA-T), inneholdt også en endring av reguleringen av rettighetsforholdene til Hermod-programvaren. Lividi fikk beholde opphavs- og eiendomsretten til programvaren som ble utviklet etter 2020-avtalen, samtidig som FMA forbeholdt seg en utvidet disposisjonsrett til programvaren innenfor «totalforsvaret» også ved «hjelp av tredjepart». Innholdet i, og forståelse av, den «utvidede disposisjonsretten» er hovedspørsmålet i saken. Lagmannsretten kommer tilbake til avtaletolkningen senere i dommen.

Perioden etter 2020-avtalen

Etter at 2020-avtalen var signert, skulle arbeidet med en Fase 2-avtale starte umiddelbart. Utbruddet av Covid 19-pandemien forsinket oppstarten. Utover våren 2020 var det imidlertid jevnlig kontakt mellom FMA og Lividi for å konkretisere arbeidet med Fase 2-avtalen.

Parallelt med dette arbeidet fortsatte FMA sin kontakt med KDA om et mulig strategisk partnerskap. Den 27. mai 2020 ble det inngått en intensjonsavtale mellom FMA og KDA. Av denne avtalen fremgår det:

Avtalepartene har til intensjon å vurdere mulighetsrommet for etablering og videreutvikling av et strategisk samarbeid, og/eller partnerskap i forsvarssektorens program Mime. Det er partenes intensjon at et samarbeid kan inngås og deretter utvikles gradvis over tid. Partene skal under denne intensjonsavtalen utrede og vurdere nytte og effekt av et strategisk samarbeid, og/eller partnerskap, samt lage grunnlaget for en strategisk samarbeidsavtale.

Lividi ble informert om intensjonsavtalen av FMA i et møte mellom partene 4. juni 2020.

Arbeidet med Fase 2-avtalen fortsatte utover høsten 2020. Som følge av at FMA fikk ny sjef for Kontraktavdelingen i august 2020, som trengte tid til å sette seg inn i saken, ble arbeidet satt på vent. Dette ble meddelt Lividi i e-post fra Kristine Kristiansen Müller 21. september 2020. Den 9. oktober 2020 ble det avholdt et møte mellom partene, og Lividi ga i denne perioden uttrykk for at arbeidet med avtalen gikk for sent. I løpet av november 2020 purret Lividi gjentatte ganger om tilbakemeldinger for status for arbeidet.

Etter krav fra Lividi ble det avholdt et møte 17. desember 2020. Tidligere samme dag var det også avholdt et møte i programledelseskomiteen mellom FMA og KDA om Strategisk samarbeid kampnær IKT.

Det fremgår av møtereferatet fra møtet i programledelseskomiteen, at partene var enige om en «tilnærming med en overordnet avtale om strategisk samarbeid, som i utgangspunktet ikke inneholder konkrete systemleveranser», og at det var en felles ambisjon om å inngå en slik avtale innen 1. mars 2021. Det fremgår videre at:

Partenes felles ambisjon for Leveranseavtale 0 (TKN/Hermod) er inngåelse av første del av avtalen innen 1. februar. Ambisjonen er at KDA med denne ivaretar en helhetlig, teknologisk oppdatert og levetidsunderstøttet systemleveranse av programvare, maskinvare, integrasjon osv for understøttelse av Forsvarets behov.

FMA og KDA var videre enige om en målsetning om inngåelse av en leveranseavtale for Leveransebølge 1 innen utgangen av 2021.

I møtet avholdt samme dag, informerte FMA Lividi om valg av kontraktsinnretning. I et møtereferat utarbeidet av Lividi, fremgår det at FMA opplyste at FMA arbeidet med en målsetning om produktoverføring og overføring av rettigheter til KDA for industrialisering av Hermod-systemet, og at FMA ikke ville inngå noen Fase 2-avtale med Lividi. Det ble videre formidlet at det kun forelå en intensjonsavtale med KDA, og at det ikke var fattet noen formell beslutning om dette. FMA har tatt et generelt forbehold om innholdet i dette referatet, men har ikke selv utarbeidet noe referat.

Lividi reagerte sterkt på den informasjonen de mottok i møtet. Lividi mente at dette var i strid med forutsetningene for inngåelsen av 2020-avtalen om at Lividi skulle få overført FMAs rettigheter til programvaren og gis mulighet til å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren.

FMA tok ved e-post 3. februar 2021 kontakt med Lividi med spørsmål om Lividi ønsket en dialog med KDA, og om det var ønskelig at FMA la til rette for en slik dialog. Lividi avviste i e-post 9. februar 2021 til FMA å ha

dialog med KDA før rettighetsforholdene til programvaren var avklart. Lividi påropte seg rettighetene til programvaren som var utviklet også før inngåelsen av 2020-avtalen, og en begjæring for namsretten var tatt ut. Lividi har senere frafalt kravet om å ha rettigheter til å utnytte Hermod-programvaren utviklet før 2020-avtalen.

Ved e-post 25. mai 2021 tok Lividi likevel kontakt med Eirik Lie i Kongsberg gruppen for «innledende sondering om mulighetsrommet som kan ligge i et samarbeid» med KDA. Ved e-post 9. juni 2021 fra Eirik Lie ble denne henvendelsen besvart med at KDAs rolle i Mime fortsatt ikke var avklart og at et slikt møte kunne finne sted først når slik avklaring forelå. FMA hevder at de ikke ble kjent med at Lividi hadde kontaktet KDA før langt senere.

FMA inngikk strategisk samarbeidsavtale med KDA 12. mai 2022.

Lividi og FMAs kontraktsforhold etter 2020-avtalen varte frem til kontraktsfestet utløpsdato, 30. juni 2022. FMA kunngjorde 12. desember 2022 en ny RFI for mulig utvikling og kjøp av «TKN Software – Tactical Network Operating Software (TNOS)», som erstatning for Hermod-programvaren. Både Lividi og KDA har etter det opplyste meldt interesse for forespørselen. Under ankeforhandlingen opplyste Victor Vold Eide at det ikke lenger er igangværende virksomhet i Lividi. Victor Wold Eide driver i dag virksomhet i et nytt selskap, Axran AS.

Prosesshistorien

Lividi begjærte midlertidig forføyning for Oslo Byfogdembete 20. januar 2021 med påstand om at FMA skulle forbys å overdra eierskap eller andre rettigheter til Kongsberg Gruppen ASA, eller å gi Kongsberg Gruppen ASA og andre tredjeparter innsyn i eller tilgang til programvare eller kildekode som inngår i Hermod-systemet. Det samme forbudet skulle også gjelde enheter der Hermod-systemet var installert. I kjennelse 15. april 2021 fra Oslo Byfogdembete ble begjæringen ikke tatt til følge fordi hovedkravet ikke ble ansett sannsynliggjort.

Lividi anket byfogdembetes kjennelse til Borgarting lagmannsrett.

Borgarting lagmannsretten avsa 14. februar 2022 kjennelse [LB-2021-83141-1]¹ med slik slutning:

1. Forsvarsmateriell, Forsvarsmateriell IKT-kapasiteter og Forsvarsdepartementet forbys med umiddelbar virkning direkte eller indirekte å gi Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper tilgang til eller innsyn i programvare eller kildekode som inngår i Hermod-systemet og som er utviklet av Lividi etter 28. januar 2020, herunder i virkemåten til slik programvare.
2. Forsvarsmateriell, Forsvarsmateriell IKT-kapasiteter og Forsvarsdepartementet forbys med umiddelbar virkning direkte eller indirekte å gi Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper tilgang til enheter (hardware- eller softwarebaserte) som inneholder Hermod-programvare utviklet av Lividi etter 28. januar 2020, uten ved avtale å forby Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper å tilegne seg kunnskap om slik programvares kildekode eller virkemåte.
3. Lividi AS gis frist til innen én måned fra forkynnelsen av lagmannsrettens kjennelse til å reise søksmål om hovedkravet.
4. I sakskostnader for lagmannsretten betaler staten v/Forsvarsdepartementet – 800 000 – åttehundretusen – kroner til Lividi AS innen – 2 – to uker fra forkynnelsen av kjennelsen.
5. I sakskostnader for byfogdembetet betaler staten v/Forsvarsdepartementet – 529 918 – femhundreogtjuenitusennihundreogtallet – kroner til Lividi AS innen – 2 – to uker fra forkynnelsen av kjennelsen.

Kjennelsen er avsagt under dissens.

Lividi tok ut stevning for Oslo tingrett 13. mars 2022. Oslo tingrett avsa 6. februar 2023 dom med slik domsslutning:

1. Staten ved Forsvarsdepartementet frifinnes.
2. Lividi AS dømmes til innen 2 – to – uker å betale 386 501 – trehundreogåttisekstusenfemhundreog – kroner i sakskostnader til Staten ved Forsvarsdepartementet.

Lividi AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 24. oktober – 3. november 2023 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene var representert og møtte med sine prosessfullmektiger. Victor

Wold Eide, styreleder og daglig leder i Lividi AS, representerte selskapet og avga partsforklaring. Det ble i tillegg avhørt 15 vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Partenes syn på saken

Den ankende part, Lividi AS, har i hovedtrekk anført:

Lividi har siden 2013 skapt og videreutviklet den omtvistede Hermod-programvaren på oppdrag fra FMA for bruk i det norske Forsvaret. Sakens kjerne er at Lividi over en årrekke overfor FMA har ønsket og arbeidet for å kunne industrialisere og kommersialisere denne programvaren. Med å «industrialisere» siktes til å gjøre Hermod-programvaren om til et produkt som er klargjort for industriell masseproduksjon, og dermed for salg i markedet generelt.

Lividi har for dette formålet ønsket å eie programvaren, eller i det minste å få overdratt en tilstrekkelig vidtgående lisens fra FMA. Ved å eie programvaren, alternativt ved å inneha en tilstrekkelig vidtgående lisens, kan Lividi ta rollen som en programvareleverandør. I dette ligger det en vesentlig forskjell fra hvordan Lividi tidligere har jobbet med Hermod-programvaren – som innleid konsulent under en bistandsavtale. Under disse tidligere avtaler hadde Lividi på timebasis ytt konsulentbistand for utvikling av FMAs program, som FMA langt på vei ble eier av.

Roller som programvareleverandør for Hermod-programvaren er dermed en helt annen rolle, både rettslig og faktisk, enn den Lividi hadde hatt under tidligere avtaler med FMA. FMA har på sin side gjentatte ganger uttrykt at FMA ikke har hatt noen interesse i selv å industrialisere eller kommersialisere Hermod-programvaren, men at de kun har en interesse i ubegrenset å kunne utnytte den innenfor Forsvaret og totalforsvaret. Det var derfor ikke noe motsetningsforhold mellom Lividis ønske og ambisjon om å eie, videreutvikle og industrialisere Hermod-programvaren, og det FMA har fremholdt som sine interesser.

FMA har gjentatte ganger også erkjent at det å gi en industriell aktør eierskap og adgang til å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren, kan gi en betydelig oppside for FMA, både ved at en slik industrialisering vil intensivere teknologiutviklingen, og ved at andre aktører (enn FMA) på kundesiden vil kunne bidra til å finansiere denne utviklingen. Dette fremhevet også FMA i møter med Lividi under avtaleforhandlingene frem mot 2020-avtalen.

Lividi har på sin side aldri ønsket å sette seg i en posisjon der konkurrerende teknologibedrifter, slik som KDA, kunne tilegne seg kunnskap om Lividis programvare for deretter å ta slik kunnskap ut i markedet. En programvares kildekode og virkemåte er et rettsvernet formuesgode og konkurransefortrinn, og utgjør en grunnleggende forretningshemmelighet for enhver programvareutvikler. I forhandlingene med Lividi frem mot partenes 2020-avtale, ga FMA aldri uttrykk for noe som tilsa at det forelå risiko for at et slikt utfall; at KDA skulle kunne bli en konkurrent med Lividi om å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren.

Det var en omforent forutsetning og avtalt intensjon mellom partene ved 2020-avtalen at et industrialiserings- og kommersialiseringsløp med Lividi skulle avtales og nedfelles i en Fase 2-avtale, som 2020-avtalen uttrykkelig peker frem mot. Inkludert i dette var at Lividi, ved Fase 2-avtalen, skulle tilføres det nødvendige rettighetsgrunnlag fra FMA for slik å gis et komplett grunnlag for å industrialisere Hermod-programvaren som et samlet produkt.

Det var FMA som under forhandlingene introduserte at dette måtte nedfelles i to etterfølgende avtaler. Ifølge FMA tvang en slik faseinndeling seg frem, fordi juridiske kapasitetsutfordringer internt i FMA umuliggjorde en avtalefesting av et industrialiseringsløp med Lividi allerede i 2020-avtalen. Ved siden av at 2020-avtalen som nevnt gjorde Lividi til eier av all ny programvare, etablerte avtalen også et finansieringsgrunnlag for en oppbemanning i Lividi. Industrialiseringsrettede aktiviteter kunne dermed starte umiddelbart for Lividis del. Tidsnære bevis underbygger at FMA på saksbehandlernivå i forhandlingene om 2020-avtalen gjorde interne undersøkelser om mulighetene for å overdra FMAs eierskap til tidligere utviklet programvare fra FMA til Lividi.

På overordnet nivå i FMA pågikk det imidlertid samtidig en aktivitet, mellom FMA og KDA, som klart viste at FMA i realiteten allerede hadde tatt en strategisk beslutning om at adgangen til å industrialisere Hermod-systemet – inkludert programvaren – skulle gis til KDA. I den forbindelse skulle det gjennomføres en

teknologioverføring av systemet og programvaren fra FMA til KDA. Sakens skriftlige bevis bekrefter at det allerede i juni 2019 – trekvart år før 2020-avtalen med Lividi ble inngått – ble utvekslet dokumenter mellom FMA og KDA, i partenes felles styringsgruppe for Mime-samarbeidet. Dokumentene inneholdt detaljerte planer for hvordan en slik teknologioverføring fra FMA til KDA kunne gjennomføres. Det var derfor KDA som, i tråd med FMAs strategiske beslutning, ville få muligheten for å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren, og ikke Lividi.

Samtidig var det imidlertid svært viktig for FMA, da 2020-avtalen ble inngått, å sikre at Lividi fortsatt ville understøtte Hermod-programvaren. Dette fordi 2018-avtalen mellom Lividi og FMA hadde løpt ut. I praksis var Lividi den eneste aktøren som kunne tilby slik understøttelse for Hermod systemet som var i operativ bruk i store deler av Forsvaret. Det forelå derfor en reell risiko for FMA at kommunikasjonssystemet ville kunne «gå i svart» om FMA ikke sikret Lividis fortsatte bistand. Fortsatt bistand fra Lividi var altså kritisk viktig for FMA.

Lividi ble ikke informert av FMA om innholdet i FMAs diskusjoner med KDA, verken før, ved eller etter inngåelsen av 2020-avtalen. Informasjonen om det konkrete planverket for en teknologioverføring til KDA, som utelukket muligheten for å realisere intensjonen i 2020-avtalen med Lividi, ble aktivt holdt skjult for Lividi, og ble ikke meddelt Lividi før nærmere et år etter inngåelsen av 2020-avtalen. Dette skjedde først i møte mellom Lividi og FMA den 17. desember 2020.

For Lividi var utsiktene til, ved Fase 2-avtalen, å få grunnlag for å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren, samt å få overført nødvendige rettigheter fra FMA, en synlig, motiverende og vesentlig forutsetning for 2020-avtalen med FMA. FMAs tilbakeholdelse av informasjonen om innholdet i den samtidig pågående dialogen med KDA, herunder de detaljerte planene for hvordan en teknologioverføring til KDA kunne skje, må få sentral betydning for tolkningen av 2020-avtalen.

Kjernen i 2020-avtalen punkt 4 andre ledd, er at den gir en utnyttelsesrett til FMA, ved at den berettiger FMA til å «bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle» Lividis programvare. Dette innebærer en utvidelse i forhold til ordinære (simple) lisenser, slik som f.eks. ordinære Microsoft brukerlisenser. Dette fordi FMA ikke bare har rett til å bruke programvaren, men også til å modifisere og videreutvikle den. En slik adgang til å modifisere og videreutvikle programvaren er noe en aktør som Forsvaret betinger seg generelt, bl.a. fordi det er en generell risiko for at leverandører vil kunne gå konkurs eller av andre uforutsette grunner bli forhindret fra å fortsette sine leveranser.

Når den avtalte bruksretten er gitt tilføyelsen «enten selv eller ved hjelp av tredjepart», er det alene denne siste tilføyelsen som er grunnlaget for partenes tvist i saken. Klausulen innebærer at FMA som utgangspunkt har rett til å la seg bistå av tredjepart for slik justering og tilpasning av Lividis programvare som FMA selv er berettiget til å utføre, jf. over. Lividis anførsel er imidlertid at FMAs og KDAAs nevnte planer for en teknologioverføring (av Hermod) fra FMA til konkurrenten KDA, plasserer KDA utenfor den krets av tredjeparter som FMA etter 2020-avtalen punkt 4 andre ledd kan overgi Lividis programvare til. En overgivelse til KDA i motsetning til andre tredje parter, vil gi en direkte konkurrent adgang til å tilegne seg kunnskap om løsningene som er nedfelt i kildekoden og virkemåten til Lividis programvare. Dette er utvilsomt konkurransefølsom informasjon.

Selv om Lividi, etter opphør av avtaleforholdet med FMA sommeren 2022, ikke lenger står i posisjon til å bli FMAs eller Forsvarets programvareleverandør for Hermod, er det en rekke andre markeder for denne programvaren. KDA vil også her være en direkte konkurrent til Lividi.

Hermod-programvaren ligger i dag i et «sameie» mellom FMA og Lividi, i den forstand at både FMA og Lividi har eierskap til (forskjellige deler av) den Hermod-programvaren som brukes operativt i Forsvaret dag. Alt som er utviklet etter 28. januar 2020 eies utelukkende av Lividi.

Som konkurrent vil KDA derfor – om virksomheten skulle gis tilgang på dagens Hermod-programvare – oppnå detaljert kjennskap til Lividis løsninger som er utviklet under 2020-avtalen. KDA vil dermed enkelt kunne gjenskape eller etterligne tilsvarende løsninger selv, og tilby tilsvarende produkter i markedet. KDA kan derved fortrenge Lividi fra dette markedet, og dermed fra den konkurranseposisjon som Lividi har opparbeidet i kraft av de unike løsninger selskapet har utviklet under 2020-avtalen.

Hadde FMA vært åpen med Lividi om innholdet i FMAs da pågående diskusjoner med KDA da 2020-avtalen ble inngått, er det utvilsomt at Lividi ville reagert svært negativt. Det er høyst tvilsomt om Lividi i en slik situasjon i det hele tatt ville inngått ny avtale med FMA i 2020. Lividi ville i det minste ikke akseptert den åpne ordlyden i tredjepartsklausulen i 2020-avtalen punkt 4 andre ledd. Gitt kunnskap om at KDA ville kunne komme til å bli eier av den tidligere utviklede Hermod-programvaren til fortrenghet for Lividi, ville det blitt

krevd inntatt et uttrykkelig forbud i avtalen mot at Lividis programvare under noen omstendighet skulle kunne overgis til KDA.

FMA's beslutning om å ta Hermod ut av Mime-programmet, og dermed for tiden ut av det strategiske samarbeidet med KDA, var direkte foranlediget av at Lividi tok rettslige skritt mot FMA i saken. Hermod-systemet er fortsatt i operativ bruk i hele Forsvaret, og Hermod kan gjeninntas i samarbeidet mellom FMA og KDA så snart rettssaken er over. Dette ble også langt på vei bekreftet i vitneforklaringer fra FMA.

Prinsipalt anføres at den omtvistede tredjepartsklausulen i 2020-avtalen punkt 4 andre ledd i lys av det ovennevnte må tolkes innskrenkende, slik at den ikke berettiger FMA til å overgi Lividis programvare eller kildekode til KDA. Subsidiært gjøres det gjeldende at samme resultat følger av en avtalerevisjon i medhold av avtaleloven § 36 eller den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Dette basert bl.a. på det underliggende premiss at FMA's beskrevne opptreden er av slik karakter at den rammes av avtaleloven § 33.

En overgivelse av Lividis programvare til KDA vil ikke bare krenke Lividis opphavsrett til programvaren, men også krenke Lividis forretningshemmeligheter og være i strid med god forretningsskikk næringsdrivende imellom. De nevnte rettighetslovene gir under enhver omstendighet grunnlag for preventive forbudsdommer, jf. åndsverksloven § 78 første ledd andre punktum og forretningshemmelighetsloven § 5 andre ledd.

Ved lagmannsrettens bevisvurdering er det viktig å legge særlig vekt på hva begivenhetsnære skriftlige bevis gir grunnlag for, i stedet for senere muntlige forklaringer avgitt i tilknytning til en rettstvist.

Det er nedlagt slik påstand:

Prinsipalt:

1. Forsvarsmateriell, Forsvarsmateriell IKT-kapasiteter og Forsvarsdepartementet forbys med umiddelbar virkning direkte eller indirekte å gi Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper tilgang til eller innsyn i kildekode eller den interne virkemåten til programvare som inngår i Hermod-systemet og som er utviklet av Lividi etter 28. januar 2020.
2. Forsvarsmateriell, Forsvarsmateriell IKT-kapasiteter og Forsvarsdepartementet forbys med umiddelbar virkning å gi Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper tilgang til enheter (hardware- eller softwarebaserte) som inneholder Hermod-programvare utviklet av Lividi etter 28. januar 2020, uten ved avtale å forby Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper å tilegne seg kunnskap om kildekoden eller den interne virkemåten til slik programvare.
3. Lividi tilkjennes sakskostnader for tingretten og for lagmannsretten.

Subsidiært:

1. Forsvarsmateriell, Forsvarsmateriell IKT-kapasiteter og Forsvarsdepartementet forbys med umiddelbar virkning direkte eller indirekte å gi Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper tilgang til kildekode for programvare som inngår i Hermod-systemet og som er utviklet av Lividi etter 28. januar 2020.
2. Lividi tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, Staten ved Forsvarsdepartementet, har i hovedtrekk anført:

Saken gjelder omfanget av FMA's disposisjonsrett etter punkt 4 i endringsavtalen mellom FMA og Lividi av 28. januar 2020. Den nevnte bestemmelsen regulerer rettighetene til programvare som Lividi utviklet for FMA etter 28. januar 2020, og gir FMA «rett til å bruke, kopiere, modifisere og videreutviklet tilpasningene, enten selv eller ved hjelp av tredjepart» innenfor totalforsvaret (utvidet disposisjonsrett).

Staten mener at tingrettens dom bygger på riktig faktum og rettsanvendelse, og kan i det vesentlige slutte seg til tingrettens begrunnelse.

Punkt 4 i 2020-avtalen gir FMA rett til å søke bistand fra Kongsberg Gruppen ASA og enhver annen tredjepart, for det formål å bruke den utvidede disposisjonsretten til aktiviteter innenfor «totalforsvaret». Det er ikke grunnlag for å tolke uttrykket «tredjeparter» innskrenkende til å bety «andre tredjeparter, enn Kongsberg Gruppen og datterselskaper». Bestemmelsens ordlyd er klar, og Lividi ga ikke under forhandlingene uttrykk for en annen forståelse av uttrykket «tredjeparter» enn det som følger av en alminnelig språklig forståelse.

FMA bestrider at det var en omforent forutsetning for disposisjonsretten at Lividi skulle bli programvareleverandør eller få de rettigheter som var nødvendige for å kommersialisere de deler av Hermod-programvaren som eies av FMA. FMA viser til FMAs «endelige tilbud» til avtale, som Lividi aksepterte.

Det er heller ikke sannsynliggjort at FMA kommer til å bryte 2020-avtalen ved å overlate programvare/kildekode til selskaper i Kongsberg Gruppen for andre formål enn bruk av programvaren innenfor totalforsvaret. Begivenhetsnære dokumentbevis støtter ikke Lividis anførsel om det motsatte.

Følgelig gir ikke 2020-avtalen grunnlag for å forby FMA å overlate kildekode og enheter med 2020-programvaren til selskaper i Kongsberg-konsernet slik Lividi har lagt ned påstand om.

FMA bestrider også at det er grunnlag for å kjenne 2020-avtalen delvis ugyldig etter læren om bristende forutsetninger i medhold av avtaleloven §§ 33 eller 36.

Kravet om delvis ugyldighet bygger på Lividis «dobbeltspill-teori». Denne teorien går ut på at FMA skal ha lagt konkrete og detaljerte planer om Hermods fremtid som utelukket Lividi fra å ha en fremtidig rolle som leverandør av Hermod-programvare, og holdt disse planene skjult for Lividi. Denne teorien stemmer ikke med virkeligheten, har ikke støtte i tidsnære bevis, og er nedtonet i Lividis argumentasjon for lagmannsretten.

Det er for det første uriktig at FMA hadde lagt konkrete og detaljerte planer om å gjøre KDA til fremtidig programvareleverandør. Det var på avtaletidspunktet gjennomført sonderingssamtaler om muligheten for å overføre forvaltningen av Forsvarets kampnære IKT fra FMA til KDA som ledd i virksomhetsprogrammet Mime. Det er ingen motsetning mellom det å bruke KDA som system- og tjenesteintegrator (dvs. overta den rollen FMA har hatt) for Hermod-systemet, og det å samtidig bruke Lividi som programvareleverandør. Det dreier seg om to ulike roller som kan eksistere side om side. FMA har lagt til rette for at Lividi skulle kunne bli med videre som programvareleverandør, men Lividi har valgt å ikke gripe denne muligheten.

For det andre ble Lividi før inngåelsen av 2020-avtalen informert om at FMA ønsket å knytte til seg en system- og tjenesteintegrator, og skjønte at dette dreide seg om KDA. FMA har heller ikke om dette tilbakeholdt relevante opplysninger for Lividi.

Det er for øvrig ikke holdepunkter for at KDA ville brukt kildekoden for andre formål enn bruk av programvaren innenfor totalforsvaret, ei heller er risikoen ved å overlate kildekoden til KDA større enn for tredjeparter generelt.

Verken FMA eller KDA har brutt Lividis rettigheter etter åndsverkloven. Lividis forsøk på å begrense FMAs bruk av tredjeparter er i også strid med preseptorisk regler som gjelder for datamaskinprogrammer, jf. åndsverkloven §§ 41-42. FMA eller KDA har heller ikke gjort inngrep eller opptreåd slik at det er særlig grunn å frykte at det vil bli gjort inngrep i Lividis forretningshemmeligheter i strid med forretningshemmelighetsloven § 5, jf. § 3. Det er derfor heller ikke grunnlag for preventiv forbudsdom slik Lividi gjør gjeldende.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/ Forsvarsdepartementet tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsrettens syn på saken

Konklusjon

Lagmannsretten er kommet til samme resultat som tingretten, og kan i det alt vesentlige slutte seg til tingrettens begrunnelse for at staten ble frifunnet. Anken forkastes, og lagmannsretten har kommet til at staten ved Forsvarsdepartementet skal tilkjennes sakskostnader av Lividi også for lagmannsretten.

Oversikt over sakens spørsmål og tvistegjenstand

Kjernen i saken er at Lividi krever forbud mot at Forsvaret gir Kongsberg Gruppen ASA tilgang til kildekode eller virkemåten til Hermod-programvaren utviklet av Lividi etter 28. januar 2020. Sakens hovedspørsmål for

lagmannsretten er Lividis krav om at den utvidede disposisjonsretten i 2020-avtalen punkt 4 skal tolkes innskrenkede – slik at Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper skal forbys å kunne bistå Forsvaret som «tredjepart» ved utøvelsen av disposisjonsretten for Lividis eierandel av Hermod-programvaren. Subsidiært anføres at det samme kravet kan forankres i avtaleloven §§ 33 eller 36 som rettsgrunnlag, samt at et preventivt forbud uansett kan fastsettes i medhold av bestemmelser i åndsverkloven og forretningshemmelighetsloven.

Lividi har lagt ned en noe endret påstand i ankeinstansen, men saken står i det vesentlige i samme stilling som da tingretten behandlet hovedsaken. Også vitneførselen er hovedsakelig den samme som da tingretten behandlet saken. Parts- og vitneforklaringene fra behandlingen i tingretten og namsretten er blitt transkribert av partene. Utskriftene ble brukt under utspørringen av vitnene under ankeforhandlingen også slik at deler av forklaringene ble lest opp til «vedtakelse».

Lividis anførsler og krav under forføyningssaken ble endret underveis i behandlingen av begjæringen om midlertidig forføyning. Da saken ble behandlet av Oslo byfogdembete, anførte Lividi bl.a. at selskapet hadde rettigheter til industrialisering og kommersiell utnyttelse av Hermod-programvaren også for den delen som var utviklet før 28. januar 2020. Det er nå uomstridt at FMA eier og disponerer rettighetene til Hermod-programvaren utviklet før nevnte skjæringstidspunkt.

Kravet om rettigheter til Hermod-programvaren utviklet før inngåelsen av 2020-avtalen, ble som nevnt frafalt da kjennelsen ble anket til lagmannsretten. Den endrede påstanden gikk ut på at forbudet om å gi tilgang til Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper, ble angitt å kun omfatte programvare utviklet av Lividi etter 28. januar 2020. Lividis påstand punkt 3 om at det samme skulle gjelde andre tredjeparter, så langt tilgangen eller innsynet har et annet formål enn bruk innen totalforsvaret, førte ikke frem i lagmannsretten. Sistnevnte påstand er ikke opprettholdt i hovedsaken. Påstanden fra tingretten er endret på et mindre punkt, men lagmannsretten legger til grunn at realiteten i saken er den samme som da saken ble behandlet av tingretten.

Lagmannsretten tar først stilling til Lividis anførsel om at FMA allerede ved inngåelsen av 2020-avtalen hadde besluttet eller klart forutsatt, at KDA skulle være fremtidig programvareleverandør for Hermod-programvaren. Anførselen bygger på at FMA aldri hadde intensjon om å forhandle med Lividi om en Fase 2-avtale hvor Lividi skulle få mulighet til industriell og kommersiell utnyttelse av Hermod-programvaren.

Lagmannsretten vil dernest ta stilling til hvordan 2020-avtalen skal tolkes, herunder om det er grunnlag for anvendelse av avtaleloven §§ 33 eller 36, før retten til slutt behandler Lividis anførsler om at påberopte rettighetslover uansett gir grunnlag for preventive forbudsdommer.

Hadde FMA allerede ved inngåelsen av 2020-avtalen besluttet eller klart forutsatt at KDA skulle være fremtidig programvareleverandør?

Lividi har gjort gjeldende at FMA ved inngåelsen av 2020-avtalen tilbakeholdt at FMA allerede hadde besluttet eller klart forutsatt at KDA skulle være fremtidig programvareleverandør for Hermod – stikk i strid med intensjonen i 2020-avtalen om en Fase 2-avtale hvor Lividi var tiltenkt denne rollen. Staten bestrider at det på avtaletidspunktet var besluttet eller klart forutsatt at KDA skulle være fremtidig programvareleverandør for Hermod. Ifølge FMA var det ennå ikke besluttet hvordan den fremtidige organiseringen av FMAs rolle skulle være.

Intensjonsklausulen i 2020-avtalen har denne ordlyd:

2. Intensjonsklausul

«Avtalens parter har et felles ønske og intensjon om å fremforhandle en avtale om leveranser av programvare til Hermod med en lengre varighet enn herværende bistandsavtale, og med en annen kontraktsutforming enn bistand. Dette arbeidet vil starte umiddelbart når endringsavtale 02 til avtalen er signert av begge parter. Partene vil vurdere å benytte SSA-T og SSA-V for en slik fase 2»

I 2020-avtalen punkt 3 ble det også tatt inn en konkurranseklausul. Ifølge bestemmelsen hadde Lividi enerett som kommersiell aktør til å jobbe med Hermod-programvaren. Eneretten gjaldt frem til en mer langsiktig avtale var inngått, og under forutsetning av at det i perioden «er en pågående dialog» mellom partene.

Lagmannsretten forstår Lividis anførsel slik at FMAs angivelige uriktige intensjon om å ville forhandle om en Fase 2-avtale med Lividi, tilsier at FMA ikke skal ha rett til å gi Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper tilgang til eller innsyn i kildekode eller den interne virkemåten i programvare som inngår i Hermod-systemet og

som er utviklet av Lividi etter 28. januar 2020. Slik lagmannsretten forstår det, legger et slik faktum grunnlaget for Lividis påstand om en innskrenkende tolking av 2020-avtalens bestemmelser om Forsvarets utvidede disposisjonsrett til Lividis andel av programvaren. Tilsvarende danner dette det faktiske grunnlaget for anførselen knyttet til avtaleloven §§ 33 og 36. Partenes, herunder KDAs, forutsetninger og intensjoner på tidspunktet for inngåelsen av 2020-avtalen har stått sentralt i bevisføringen i ankesaken.

Lagmannsretten legger for sin vurdering til grunn det alminnelige prinsippet om at bevisverdien av begivenhetsnære skriftlige bevis er større enn senere muntlige forklaringer avgitt i tilknytning til en oppstått rettsvist, jf. bl.a. Rt-1999-74. Partene har fremlagt en betydelig mengde begivenhetsnære dokumentbevis, herunder interne dokumenter fra Forsvaret. Fremleggelsen er til dels resultat av flere omganger med bevisprovokasjoner under saksforberedelsen for både namsretten, tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsretten finner bevist at FMA på avtaletidspunktet kjente til at Lividi ønsket seg en rolle som programvareleverandør for hele Hermod-programvaren. Siden utviklingen av Hermod ble påbegynt i 2013, hadde Lividis rolle være begrenset til å levere timetjenester etter en konsulentavtale og som underleverandør helt frem til 2018-avtalen. Først ved 2018-avtalen fikk Lividi et kontraktsforhold direkte med FMA. Ønsket fra Lividi om å kunne utvikle selskapets virksomhet til å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren til levering utenfor Forsvaret, var kjent for FMA på tidspunktet for inngåelsen av 2020-avtalen. Tidsnære dokumentbevis underbygger dette, og staten har heller ikke bestridt at ønsket var kjent for FMA på avtaletidspunktet.

Spørsmålet blir dernest om FMA ved inngåelsen av 2020-avtalen hadde besluttet eller klart forutsatt, at KDA skulle være fremtidig programvareleverandør til Hermod. Under saksforberedelsen i forføyningssaken og i hovedsaken, er det blitt fremlagt en rekke dokumentbevis som følge av Lividis krav om bevis tilgang. Det er tale om bl.a. presentasjoner og andre dokumenter fra forhandlingene mellom FMA og KDA om strategisk samarbeid og rollen som systemintegrator, men også interne dokumenter fra Forsvaret og FMA som belyser interne vurderinger fra forhandlingene om 2020-avtalen med Lividi.

Etter lagmannsrettens bevisvurdering er det ikke grunnlag for Lividis anførsel om at FMA allerede ved inngåelsen av 2020-avtalen hadde besluttet å overføre statens andel av Hermod-programvaren til KDA. Det er heller ikke tilstrekkelig godtgjort at FMA på tidspunktet for inngåelsen av 2020-avtalen hadde klart forutsatt at KDA skulle overta som programvareleverandør for Hermod. Hermod ble imidlertid brukt som en modell (case) i drøftingen mellom FMA og KDA om en systemintegratorrolle og strategisk partner. Sonderingen om dette mellom FMA og KDA startet allerede i 2019, men uten at det var fattet noen beslutninger eller lagt klare føringer for hva dette ville innebære for Livids posisjon eller rolle i fremtiden. Lagmannsretten legger til grunn at en fremtidig rolle for KDA som systemintegrator og strategisk partner ikke utelukket at Lividi fikk en rolle som programvareleverandør, men da med KDA som medkontrahent.

Lividi har særlig fremhevet at det allerede i et møte 26. juni 2019 mellom FMA og KDA, om et mulig strategisk partnerskap, ble holdt tre presentasjoner som angivelig viser at det var utarbeidet et detaljert planverk som beskriver en teknologioverføring av Hermod-systemet til KDA. De tre presentasjonene som det her er tale om er: «Mulighetsrom SP2» (utarbeidet av FMA), «Hermod og TKN – Hvordan overføre og videreføre dagens løsning i Forsvaret til KDA» (utarbeidet av KDA) samt «Organisering av leverandørkjeden for TKN light» (utarbeidet av KDA).

Lividi har videre vist til at det ble nedsatt en egen arbeidsgruppe for Hermod/TKN allerede fra mars 2020, og at den endelige rapporten fra dette arbeidet bekrefter at det forelå konkrete planer for FMA og KDAs samarbeid om Hermod-programmet. Etter inngåelsen av 2020-avtalen, fortsatte FMA og KDA forhandlinger om en teknologioverføring til KDA som skulle gi grunnlag for industrialisering og kommersialisering av programvaren i strid med plikten til å forhandle om at Lividi skulle ha denne rollen i henhold til 2020-avtalen. Forhandlingene med KDA ble angivelig holdt skjult for Lividi, og FMA hadde ifølge Lividi aldri intensjon å inngå en Fase 2-avtale med Lividi slik som forutsatt.

Lagmannsretten forstår Lividis anførsler slik at manglende overholdelse av plikten til å forhandle om en Fase 2-avtale, underbygger at «tredjepart» i 2020-avtalen må tolkes innskrenkende slik at Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper ikke kan bistå FMA. Lagmannsretten vil siden ta stilling til om vilkårene for å anvende avtaleloven §§ 33 eller 36 er oppfylt.

Lagmannsretten er enig med tingretten i at forhandlingene mellom FMA og KDA var sonderingssamtaler, og at det ikke er holdepunkter i bevisførselen for at det forelå en endelig beslutning eller var klart forutsatt at FMAs

Hermod-rettigigheter skulle gjøres tilgjengelig for KDA da 2020-avtalen ble inngått. Selv om det på avtaletidspunktet i 2020 var en aktuell mulighet for at FMA i fremtiden ville at KDA skulle overta bestiller-rollen/ systemintegratortrollen pva. FMA også overfor Lividi, finner lagmannsretten at FMA også i tiden etter avtaleinngåelsen hadde en intensjon med sikte på å inngå en langsiktig avtale med Lividi. Da 2020-ble inngått, var det ikke avklart om Lividis fremtidige rolle ville kunne bli som programvareleverandør i eget navn – eller ved en annen type kontraktstruktur i henhold til en avtale direkte med KDA som mulig fremtidig strategisk partner.

Av bevisførselen fremgår at FMA og KDA startet samtaler sommeren 2019 om et mulig strategisk samarbeide. I perioden juni 2019 til mars 2020 ble avholdt flere møter både på overordnet nivå (programledelsen) og senere i arbeidsgrupper. FMA var initiativtaker til samtalene med KDA, og det er ingen holdepunkter for at samtaler ble ført med andre aktører.

Direktør for FMA IKT kapasiteter, Eiliv Ofigsbø, forklarte at det ble opprettet en styringsgruppe med formål om å finne en strategisk partner. Bakgrunnen var at Forsvaret hadde fått sterk kritikk fra Riksrevisjonen angående styring og ledelse av Forsvarets IKT-virksomhet. Det ble pekt på at IKT-virksomheten i Forsvaret og forsvarssektoren var for fragmentert og manglet helhetlig ledelse og styring. Dette hadde ført til høye kostnader, lav gjennomføringsevne og mangelfull funksjonalitet. Det ble derfor satt fokus på organiseringen av Forsvarets portefølje. Dette var også noe av bakgrunnen for opprettelsen av programmene Mime og Mast.

Ifølge Ofigsbø var formålet med samtalene et ønske om å finne en strategisk partner som kunne ta et overordnet ansvar for deler av forsvarets taktiske kommunikasjonsstruktur. Tanken var at denne partneren kunne ta et helhetlig ansvar – som systemintegrator – innenfor flere områder, og partneren skulle ikke nødvendigvis være en programvareleverandør for enkelte produkter. Målet var å finne en forretningsmodell som også var interessant for strategisk partner. I tillegg forelå det på dette tidspunktet klare føringer i St.meld.nr.9 (2015–2016) om Nasjonal forsvarsindustriell strategi om viktigheten av å opprettholde en konkurransesituasjon mellom leverandørene til forsvarsindustrien, herunder et ønske om å bygge opp små og mellomstore forsvarsbedrifter. Leif Erik Jordan fra FMA og Frank Stølan fra KDA bekreftet i sine forklaringer at det var en klar forutsetning fra FMA at den strategiske partneren skulle knytte til seg andre leverandører.

Industrialisering og kommersialisering av Hermod-programvaren var et tema allerede i 2017 ved kunngjøringen av RFI'en som ble trukket tilbake etter kort tid, jf. ovenfor. Etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at RFI'en i 2017 ble trukket fordi Forsvaret ønsket en bredere tilnærming til et fremtidig partnerskap enn det RFI'en la opp til.

Ifølge daværende programdirektør for Mime, Morten Gjellerud, så man for seg to typer strategiske partnere for å modernisere IKT-området i Forsvaret. Strategisk Partner 1 (SP1) skulle bistå med programgjennomføring, og Strategisk Partner 2 (SP2) skulle være en systemtjenesteintegrator og skulle bidra til at leveransene hang bedre sammen.

Det første møtet i programledelseskomiteen ble avholdt 26. juni 2019. I møtet holdt Morten Gjellerud en presentasjon med tittelen «Mulighetsrom for SP2» som inneholdt en oversikt over en rekke enkeltstående elementer, herunder «Prototype B-TKN» og «Prototype HERMOD». Dette er en av presentasjonene som Lividi bygger sin anførsel på om at FMA allerede i 2019 hadde lagt klare føringer om at KDA skulle overta programvareleveransen for Hermod. Morten Gjellerud har forklart at dette var et forsøk på å vise dagens situasjon uten en helhetlig produkttilnærming eller finansiering sett opp mot den rolle dette hadde i Forsvaret.

Lividi har gjort gjeldende at KDA på dette møtet også presenterte et detaljert planverk om overtakelse av Hermod med tidslinjer for ulike produktfaser for industrialisering og videreutvikling av Hermod. Bevisførselen i saken har imidlertid vist at disse presentasjonene ble laget på senere tidspunkter, og at disse var ment som forslag til hvordan en teknologioverføring kunne gjennomføres, jf. nedenfor.

Lagmannsretten legger til grunn at det ble avholdt 3-4 møter i programledelseskomiteen og at formålet med møtene var å definere hvilken rolle den strategiske partner skulle ha. Drøftelsene var sonderingssamtaler på et overordnet nivå som gjaldt hele program Mime og ikke kun Hermod-systemet. Det er ikke sannsynliggjort at det ble fattet noen beslutninger om fremtidig avtalestruktur på disse møtene. Thomas Formoe Riise fra KDA forklarte at det høsten 2019 ikke var besluttet at KDA skulle overta som programvareleverandør for Hermod eller noen andre systemer. Riise forklarte at FMA hele veien var klar på at SP2 skulle bruke «skogen» av norske underleverandører.

Lagmannsretten kan på bakgrunn av den samlede bevisførselen ikke se at det var tatt noen beslutning eller lagt klare forutsetninger, om den videre forvaltning av Hermod-programvaren da 2020-avtalen ble inngått. Selv om Mime-prosjektet og forhandlingene om SP2 nok kunne få betydning for Lividis fremtidige rolle etter 2020, er det ikke sannsynliggjort at det på avtaletidspunktet var bestemt eller klart forutsatt at KDA skulle overta Forsvarets rettigheter til Hermod-programvaren.

Spørsmålet blir dernest om FMA har oppfylt forpliktelsen om å forhandle med Lividi om en Fase 2-avtale, eller om den etterfølgende utviklingen støtter Lividis anførsel om at det allerede var besluttet eller klart forutsatt at KDA skulle overta Forsvarets programvarerettigheter til Hermod. Lagmannsretten legger her til grunn Lividis anførsel om at FMI hadde en plikt til å forhandle om en Fase 2-avtale.

Ut over møtene på programledernivå, etablerte FMA og KDA i februar/mars 2020 tre ulike arbeidsgrupper, hvorav en egen arbeidsgruppe for Hermod/TKN. De to øvrige arbeidsgruppene hadde ansvaret for en intensjonsavtale om SP2 og kommunikasjon – markedsføring.

Leif Erik Jordan i FMA var leder i arbeidsgruppen Hermod/TKN. Jordan forklarte at de vurderte ulike fagcaser og at det ikke var opplagt fra starten at de skulle bruke Hermod som testcase. Ifølge Jordan hadde Hermod-TKN en del faktorer som FMA ønsket å ta tak i gjennom program Mime; kombinasjonen av eksterne leverandører, intern utvikling i FMA og helhetlige produkter som besto av både programvare og maskinvare. Hermod-TKN kunne derfor være et hensiktsmessig case for å utforske hvordan et fremtidig partnerskap kunne se ut. Eiliv Ofigsbø og Frank Stølan har bekreftet at Hermod ble brukt som en test-case/pilot-case og at formålet med arbeidsgruppene var å gå i dybden på kompliserte problemstillinger for å se nærmere på hvordan en gjennomføring kunne se ut i fremtiden. Selv om Hermod var brukt som en test-case i forhandlingene med KDA våren 2020, tilføyer lagmannsretten at Hermod-systemet var viktig for Forsvaret og således ikke ble valgt tilfeldig som eksempel. Vitneforklaringer fra FMA og KDA om at Hermod ble valgt som test-case, underbygges av arbeidsgruppens endelige rapport datert 27. mars 2020 som lagmannsretten kommer tilbake til.

Thomas Formoe Riise var KDAs ansvarlige i arbeidsgruppen for Hermod/TKN for KDA, og fikk i oppdrag å utarbeide et forslag til struktur. Riise forklarte at KDA ikke mottok noen informasjon fra FMA om Hermod-systemet, og at han samlet informasjon fra internett samt leste RFI-en fra 2017. Første versjon av arbeidsdokumentet ble oversendt til Leif Erik Jordan i FMA 17. mars 2020. Dette arbeidsdokumentet inneholdt også en presentasjon med tittelen «Hermod/TKN – Hvordan overføre og videreføre dagens løsning i Forsvaret til KDA». Dette er den andre presentasjonen Lividi mente ble presentert i møtet 28. juni 2019, og som etter det anførte underbygger at det var lagt et detaljert planverk for overtakelse av programvaren, jf. ovenfor. Riise forklarte imidlertid under ankeforhandlingen at arbeidsdokumentet ble «slaktet» av FMA fordi det var alt for generelt og fordi tilnærmingen var for tradisjonell med KDA i en tradisjonell leverandør-rolle. KDA fikk beskjed om å tenke bredere og mer markedsrettet. Dette underbygges av fremlagt intern e-postkorrespondanse i FMA.

Lividi har også tatt deler av denne interne korrespondansen til inntekt for at «enslige protester» underveis i arbeidsgruppen ikke ble hørt. I en intern e-post 13. mars 2020 til bl.a. Morten Gjellerud skrev Leif Erik Jordan:

I møtet tidligere i uken tok Frank opp dette med den RFI som var et par dager i markedet før vi (FD) trakk den. Der er det en del om intensjonen med industrialisering. Hvis mulig ønsker de allikevel å få mer info om rettigheter og om FMA sitter selv på dette eller Lividi og Datarespons. Mulig å få tak i noe mer tror du?

Møtet det vises til ble avholdt 10. mars 2020 mellom KDA og FMA, og forespørselen kom fra Frank Støland i KDA. Støland forklarte som vitne i lagmannsretten at det aldri ble diskutert industrialisering av Hermod, men at det var viktig å få klarhet i hvem som hadde rettighetene til Hermod-systemet og samtlige andre systemer som inngikk i forhandlingene om SP2-rollen.

I en intern e-post 17. mars 2020 fra Bernhard Fog gis bl.a. følgende vurdering av KDAs første tilbakemelding.:

- Enig med LE. Dette er vel kanskje på skiva, men ikke innertier. Jeg vet heller ikke nøyaktig hva innertieren er, men er sikker på at det ikke er dette. Indikerer vel bare at vi har en reise å gjennomføre sammen med K.
- Datarespons og Lividi nevnes, men jeg får ikke i dette dokumentet inntrykk av at de skal bygges opp gjennom denne casen, snarere bli utnyttet av K. Litt for lite St.meld.nr.9 mao.

Det er mulig at mine kommentarer treffer utenfor case-oppgaven som isolert sett handler om å ta over as is og sikre stabil forvaltning og drift, men K kunne da ha scoret noen gode poeng ved å løfte blikket noen hakk?

I tillegg er det vist til intern e-post fra Henning Maagerud 18. mars 2020:

- Hvilken rolle de egentlig tenker seg for Lividi fremover, etter fase 1? (vet de om overgangsavtalen FMA inngikk/skal inngå med Lividi?)
- Muligheter for videresalg (sektoren, utenfor sektoren, utenfor landet)

Dokumentbevisene underbygger at FMA ikke var fornøyd med den tilnærmingen KDA la opp til i sitt første utkast og at merknadene fra den interne e-posten underbygger FMAs syn og tilbakemeldingen som ble gitt KDA.

Trygve Wilhelm Jordan uttrykte misnøyen med utkastet fra KDA til strategisk partner-rollen i en intern e-post 18. mars 2020:

Dette grenser mer til en BOM (bill of materials) enn en «søknad» om partnerskap. Vi trenger en leverandør på kort sikt som kan ta over et produktansvar og i så måte bør vi gå videre med K, men samtidig gjøre det klart at vi avgrenser samarbeidet til en industrialisering av produktene nå i første omgang.

Jeg synes dokumentet vitner om at K ikke forstår partnerrollen. Min forståelse av dette området er at nøkkelen vil ligge i kombinasjonen: brukernær utvikling, utvikling preget av kommende kommersielle teknologier (mano, k8s, mec, 3gpp,...) og bruk av forsknings/standardiseringsmiljø og leverandørmarkedet for å videreutvikle.

Jeg mener K viser at vi må ta dem gjennom noen faser før de kan kvalifisere som en fullverdig partner.

Av et internt notat utarbeidet av Leif Erik Jordan, distribuert i e-post 18. mars 2020 «Mulig strategisk partnerskap med Kongsberg – Case Hermod og TKN», fremgår det videre at:

Ettersom dette caset skal hjelpe oss til å ta beslutningen om K er den rette SP2, viser gjeldende dokument i liten grad dette, ettersom den overordnede hensikten med strategisk partnerskap ikke er synlig.

Ovennevnte tidsnære dokumentasjon underbygger at arbeidsgruppen for Hermod -TKN var en testcase og at det per 18. mars 2020 ikke var fattet noen beslutninger med hensyn til om KDA var den rette SP2. Det var heller ikke fattet noen beslutning eller lagt klare føringer på innholdet og organiseringen av hvordan et slikt fremtidig samarbeide skulle se ut. I en e-postkorrespondanse mellom Leif Erik Jordan og Morten Gjellerud 24.-25. mars 2020, omtales et utkast til en korrigert versjon av rapporten som en «plan for planen».

En endret og endelig versjon av arbeidsdokumentet datert 27. mars 2020 ble oversendt fra KDA til FMA. Også dette dokumentet bekrefter at de samtale som hadde vært holdt var sonderende samtaler og at Hermod/TKN var et test-case:

1.1 Hensikt og formål

Koordineringsgruppen for program Mime har gjennomført sonderende samtaler med KONGSBERG rundt mulig rolle som programmets strategiske partner 2 (SP2). Formålet har vært å sikre tilstrekkelig koordinering og synkronisering, og for å ivareta hensiktsmessig fremdrift i tråd med grunnleggende intensjon og omforent utviklingsretning. Som et ledd i dette arbeidet hadde koordineringsgruppen anbefalt tre arbeidsgrupper, hvor én arbeidsgruppe skulle se på caset Hermod og TKN.

Formålet er å vurdere hvordan en fremdriftsplan kan se ut, og med utgangspunkt i utfordringen fra FMA og responsen fra KONGSBERG med tidslinje. Arbeidsgruppen skulle vurdere hvilke usikkerheter og risikoer det er for partene, og hvordan oppnå reel deling av usikkerhet, som f.eks. oppsider og nedsider. De ulike fasene i tidslinjalene skal og vurderes grovt ift hvilke oppgaver de inneholder.

Arbeidsgruppen består av fire deltakere fra FMA og fire deltakere fra KONGSBERG. Opprinnelig var det planlagt å gjennomføre flere fysiske arbeidsmøter, men COVID-19 satte begrensninger og møtene fant sted ved bruk av telefonkonferanser.

Sluttproduktet ble et arbeidsdokument inkludert en presentasjon for den nedsatte arbeidsgruppen. Det vil skje endringer i fremtiden, som skisserer en plan for planen, med de forutsetningene og forventningen som lå til grunn ved leveransetidspunktet.

Dokumentet skisserer videre en rekke forhold som må avklares før overføring av produktet kan skje, herunder avklaring av rettigheter til produktet.

Det fremgår videre av dokumentet at en overføring til KDA må skje over tre produktfaser. I Produktfase 1 skulle KDA overta ansvaret for Hermod og TKN og bli FMAs totalleverandør for disse produktene. Det fremgår videre at:

I produktfase 1 tar KONGSBERG over leverandørkjeden som FMA benytter for å produsere produktene. Dette vil primært være Datarespons for TKN *light* og Lividi for Hermod. Produktene kan betegnes som pilot/prototype-modeller, og i denne produktfasen så vil KONGSBERG fortsatt produsere produktene på samme måte som FMA.

Produktfase 2 skisserer et tett samarbeid med underleverandørene i et industrialiseringsløp:

I produktfase 2 vil KONGSBERG gå i enda tettere dialog med leverandørkjeden for å finne riktig samarbeidsmodell mellom KONGSBERG og underleverandører. KONGSBERG vil ha et stort informasjonsbehov for å kunne industrialisere produktene, og det må skje i tett samarbeid med underleverandørene. Overføring av ytterligere datapakker og opptrening må finne sted. Produktene vil i denne fase gå fra pilot/prototype-modeller til produkter som kan forvaltes med den kvaliteten KONGSBERG og FMA krever.

Produktfase 3 skisserer videreutviklingsfasen:

Videreutviklingen i produktfase 3 vil skje i en ny samhandlingsmodell mellom industrien og Forsvaret, gjennom et styrt innovasjonsløp. Modellen går ut på å få ulike parter med den beste informasjonen sammen har de beste forutsetningene for å danne den beste kunnskapen. Dette gjør dem i best stand til å utføre de beste beslutningene om hvilke tjenester som skal leveres.

For at Hermod og TKN fortsatt skal være relevant og oppfylle de operative behovene så planlegges det at produktene må revurderes i lys av teknologiutviklingen spesielt innenfor telekommunikasjonsbransjen og videreutvikles og moderniseres i tråd med læring og funn i innovasjonen. Teknologiske endringer skjer i et høyt tempo, og det er viktig at produktene tar del i den reisen.

Lividi har pekt på at KDA for denne fasen ikke nevner underleverandørene, og anfører at dette viser at KDA ser for seg at å ha overtatt Lividis ønskede rolle som programvareleverandør.

Thomas Formoe Riise har forklart at KDA på dette tidspunktet ikke var kjent med at Lividi hadde opphavsrettigheter til programvareelementer i Hermod, og at rettighetssituasjonen for Hermod /TKN ikke ble gjennomgått. For KDA hadde dette heller ikke noen betydning, siden selskapet er vant til å håndtere IPS-spørsmål. Det finnes mange modeller som er anvendelig, herunder lisensiering. Arbeidsgruppen pekte på at rettighetsspørsmålet var blant de spørsmålene som måtte avklares. Riise forklarte videre at det hadde ingen betydning for KDA om Lividi fortsatt skulle eie kildekoden. Den modellen som ble skissert var ikke til hinder for at Lividi kunne ha rollen som programvareleverandør i henhold til en avtale med KDA. Ifølge Riise var det aldri en del av drøftelsene at KDA skulle overta rollen som programvareleverandør fra Lividi.

Lagmannsrettens gjennomgang så langt underbygger at FMA fulgte forpliktelsen til å forhandle om en Fase 2-avtale. At Lividi fortsatt var tiltenkt en rolle som underleverandør bekreftes videre av en presentasjon fra arbeidsgruppen som ble holdt 30. mars 2020. Presentasjonen er laget av Thomas Formo Riise, og inneholder lysbildet «Organisering av leverandørkjeden for TKN Light». Av presentasjonen fremgår det at KDA, som en mulig del av fremtidig organisering, skal ha en rolle som systemintegrator og hvor Lividi fortsatt var tiltenkt rollen som underleverandør for programvare. Til forskjell fra dagens organisering hvor Lividi hadde en avtale direkte med FMA, var det i fremtiden tiltenkt at Lividi hadde et avtaleforhold med KDA. Ifølge Riise var dette KDAs endelige forslag til fremtidig organisering, men det ble ikke tatt noen beslutninger. Riise bekreftet at presentasjonen er laget av ham i perioden 13.-30. mars 2020, og at denne ikke forelå i 2018 slik Lividi tidligere har hevdet.

Lagmannsretten går over til vurdere om forhandlingene mellom FMA og Lividi om en Fase 2-avtale var reelle.

Var forhandlingene med Lividi om en Fase 2-avtale reelle?

Lividi har anført at forhandlingene om en Fase 2-avtale ikke var reelle idet FMA allerede hadde besluttet at KDA skulle overta rettighetene til Hermod-programvaren. Lividi anfører også at det allerede ved inngåelsen av 2020-avtalen var besluttet at KDA skulle få overta FMAs rettigheter til Hermod-programvaren og muligheten til å industrialisere og kommersialisere denne. For tingretten karakteriserte Lividi dette som at FMA drev et «dobbeltspill». Selv om denne betegnelsen ikke har vært brukt for lagmannsretten, anfører Lividi fortsatt at FMA ikke hadde noen intensjon om å inngå en Fase 2-avtale med Lividi.

Lagmannsretten er ikke enig med Lividi at FMA ikke hadde til hensikt å innlede reelle forhandlinger om en Fase 2-avtale. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering av dette på side 19-23 i tingrettens dom, med enkelte tillegg og presiseringer som følger nedenfor. Lividi har ikke lagt ned påstand om erstatning fordi FMA etter det anførte har misligholdt forhandlingsplikten, og lagmannsretten finner det uklart hvilke rettsfølger Livid mener et eventuelt brudd på plikten til reelt å forhandle om en Fase2-avtale leder til.

Lagmannsretten legger til grunn at partene etter inngåelsen av 2020-avtalen var i kontakt med hverandre om en Fase 2-avtale utover våren og høsten 2020. Dette samtidig som at FMA fortsatte sine drøftelser med KDA om et strategisk samarbeid. Det er på det rene at detaljene i disse forhandlingene ikke var kjent for Lividi, men at Lividi var kjent med at FMA vurderte inngåelse av et strategisk samarbeid med Kongsberg-gruppen.

Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at Kontraktavdelingen i FMA arbeidet med å få på plass elementene i en langsiktig avtale med Lividi gjennom hele 2020. Kontraktavdelingen v/ seniorrådgiver Kristine Müller Kristiansen kom inn i forhandlingene med Lividi i januar 2020.

Som nevnt før i dommen, var Lividi misfornøyd med fremdriften i forhandlingene om en Fase 2-avtale. Den 11. mai 2020 ble avholdt et arbeidsmøte mellom FMA og Lividi for å legge en plan for det videre arbeidet med en langsiktig avtale. I forkant av møtet ble Lividi bedt om å redegjøre for sitt syn på samarbeidsform og forvaltningsmodell, samt gi noen perspektiver på hvordan Lividi så for seg forvaltningen av Hermod i 2030. Lividi ble også bedt om å redegjøre for hvordan «Lividi kan bidra til utbredelse av Hermod til andre kunder og nasjoner».

Av intern e-postkorrespondanse i FMA fremgår at FMA etter møtet var skuffet over Lividis presentasjon. I en e-post fra Kristine Müller Kristiansen 12. mai 2020 fremgår det f.eks.:

Jeg er også fornøyd med tonen i går, og mener det ble gitt noen gode tilbakemeldinger herfra, blant annet at Lividi ikke er å anse som strategisk samarbeidspartner etter Strat sin definisjon og at de må påregne egeninnsats hvis det kommer dit at Hermod blir et produkt Lividi kan videreselge. Sistnevnte må vi nok være enda tydeligere på fremover. Når det er sagt, er også jeg av den oppfatning at det ble litt for lite fokus på Lividi, og jeg hadde forventet meg en helt annen leveranse fra dem på punktet «Lividi og Hermod fremover» enn vi fikk. Her ble jeg rett og slett skuffet, da jeg anser at dette var en gylden mulighet for Lividi til å selge inn sine tjenester og leveranser til oss., samt å påvirke kontraktens innhold – en mulighet de ikke tok. Jeg opplever at de dytter alt over på oss, og forventer en ferdig pakke som inkluderer langvarig kontrakt med mye penger, eierskap til Hermod og nye kunder ferdig levert fra oss.

Ifølge møtereferatet var Lividi allerede i møtet mellom partene 8. januar 2020 bedt om å komme med utkast til en langsiktig avtale. FMA ba i dette møtet om at Lividi i innspillet skulle beskrive hvordan de så for seg et industrialiseringsforløp og hvordan FMA kunne hjelpe dem dit. Det ble også bedt om innspill knyttet til IPR og styringsmodell, hvordan Lividi så for seg sin rolle og hvordan de skulle fylle den, inkludert rettigheter, ansvarsfordeling mellom partene samt styringslinjer.

Intensjonsavtalen med KDA ble som kjent inngått i mai 2020, og Lividi ble informert om avtalen av FMA i et møte 4. juni 2020. Av en intern e-post 4. juni 2020 fra Kristine Müller Kristiansen fremgår det:

Svært kort oppsummert synes jeg dagens møte gikk bedre enn fryktet. Samtidig regner jeg med at Lividi trenger noe tid til å synke informasjonen, så jeg antar at reaksjoner kan komme fremover. I tillegg var vi på vår side, naturlig nok siden det ikke er landet, noe vage når det gjelder kontraktstrukturen, noe som også kan trigge reaksjoner når denne blir landet og formidlet. Lividi var selv i møtet inne på at de ønsker involvering i dialogen med KDA. Jeg tenker det derfor er naturlig at

vi, på et uformelt vis, forsøker å finne ut hvordan de ser for seg denne dialogen fremover. Som en start vil jeg forsøke å ta en prat med Viktor.

Lividi har tatt denne e-posten til inntekt for at FMA forventet en reaksjon fra Lividi på informasjonen om intensjonsavtalen med KDA, og at den underbygger at FMA allerede hadde bestemt seg for at KDA skulle overta som leverandør av Hermod-programvaren. Av e-posten fremgår det at Lividi bl.a. var bekymret for konkurransesituasjonen, og fryktet unfair konkurranse når FMA etter hvert knytter seg til KDA som SP2. Lividi stilte også spørsmål om hvordan dette ville påvirke fremdriften i forhandlingene med FMA. Lividi hadde gjentatte ganger uttrykt misnøye med fremdriften, noe som ble gjentatt etter møtet i juni 2020, jf. blant annet e-poster av 7. juni 2020 og 11. juni 2020 hvor det fremgår at Lividi ønsket at det skulle settes en tidsplan for avtaleforhandlingene. Lividi ga her ikke uttrykk for noen bekymring for at KDA kunne bli strategisk partner for FMA.

Lagmannsretten legger for sin del til grunn at det er forståelig at Lividi i møtet uttrykte usikkerhet om hvilke konsekvenser en avtale mellom FMA og KDA om SP2 ville kunne få for Lividis ønske om å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren, ref. forhandlingene om en Fase 2-avtale.

Bevisførselen viser at det i FMA pågikk interne diskusjoner om valg av fremtidig kontraktstruktur for avtalen med Lividi som følge av et mulig strategisk partnerskap med KDA. Kontraktavdelingen mente det var mest korrekt at Lividi inngikk en avtale direkte med KDA som deres underleverandør, mens nettverksavdelingen v/Trygve Jordan ga uttrykk for at det var ønskelig at FMA inngikk en avtale med Lividi som senere kunne tiltransporteres KDA. I forbindelse med disse diskusjonene ble laget et internt notat 9. juni 2020 med argumenter for og imot inngåelse av avtale med henholdsvis FMA og KDA. Det fremkommer her blant annet om inngåelse av avtale med KDA:

Avtalen med KDA vil uansett påvirke avtalen med Lividi og gjennomføringen av denne Avtalen ang videreutvikling av SW i Hermod vil uansett på ett eller annet tidspunkt bli transportert til KDA. Det er derfor mest ressursbesparende at leverandørene har direkte dialog allerede nå, i stedet for å gå veien om FMA for en kort periode.

Fare for at Lividi blir «slukt» av store KDA (bryr FMA seg om det?)

Lividi har anført at FMA ikke var opptatt av hva som skjedde med Lividi i denne prosessen. Lagmannsretten legger til grunn at FMA hadde flere interesser å ivareta, men det er ikke holdepunkter for at Lividis interesser ble overkjørt eller klart tilsidesatt. Vitneforklaringene i saken viser også at det var forskjellige syn internt i FMA om Lividi burde avtalemessig knyttes direkte til FMA eller som underleverandør til KDA.

Kristine Müller Kristiansen informerte ved e-post 2. juli 2020 Lividi om at Kontraktavdelingen hadde kapasitetsproblemer og dermed ikke mulighet til å jobbe parallelt med «kontraktutkast/kontraktsstruktur og generelle problemstillinger rundt IPR, som også har betydning for Hermod og prosessen rundt denne». Arbeidet med ny kontrakt måtte dermed tas gradvis. FMA ba samtidig Lividi om å komme med et skriftlig innspill på hvordan de så for seg IPR-modellen:

I den forbindelse informeres det om at IPR-spørsmålet vil måtte være to-delt: én del som regulerer den videreutviklingen av softwaren som skjer fremover, og én del som regulerer bruken av grunnmodulen i Hermods software, som eies av Forsvarsmateriell. I tillegg kommer reguleringen av videresalg, herunder royalty. I reguleringen av førstnevnte, samt royalty, kommer Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) kapittel 24 med føring. Det understrekes at det er kundesiden som vil foreta en selvstendig vurdering av hvordan IPR-spørsmålet skal reguleres mellom partene, men i arbeidet med disse interne avklaringene er det nyttig å få innspill fra Lividi. Vi anmoder derfor om å motta skriftlig innspill innen 17. august, alternativt noe senere hvis 17. august er for tidlig.

Lividi oversendte et notat, «Innspill til avklaring av rettigheter/ IPS», til FMA 31. august 2020. At en av årsakene til manglende fremdrift i forhandlingene var kapasitetsproblemer i Kontraktavdelingen underbygges også av intern e-post fra Müller Kristiansen 25. juni 2020. Lagmannsretten legger til at det fremkommer av denne e-posten at fremdriften også var påvirket av «manglende avklaring fra/rundt Mime».

Lividi fortsatte å purre på fremdrift i forhandlingene gjennom høsten 2020.

Kontraktavdelingen hadde fortsatt kapasitetsproblemer og arbeidet med en langsiktig avtale ble ytterligere forsinket bl.a. ved at Ole Kristian Hansen ble ansatt som ny underdirektør i Kontraktavdelingen, og at han

måtte sette seg inn i det pågående arbeidet med kontrakt med Lividi. Lividi ble informert om dette ved e-post 21. september 2020.

Den 9. oktober 2020 ble det avholdt et møte med Lividi. I etterkant av møtet fortsatte det interne arbeidet rundt immaterielle rettigheter i form av en mer formalisert forespørsel til FMA Juridisk seksjon, samt avklaringer rundt kontraktinnretning.

Ved e-post 9. november 2020 til Ole-Kristian Hansen skisserte Kristin Kristiansen Müller tre ulike alternativer for kontraktsinnretning:

1. Vi fortsetter med en bistandsavtale med Lividi (as is).
2. Vi fremforhandler en vedlikeholdsavtale med Lividi. I denne avtalen må det legges inn en klausul som åpner for at avtalen kan tiltransporteres SP2 i MIME på sikt.
3. Da Hermod er en del av MIMEs omfang får KDA som SP2 ansvaret for Hermod fra signering av SP2-avtalen, herunder å fremforhandle en avtale med Lividi som softwareleverandør. Det kan tenkes at KDA da vil kunne få et helhetlig ansvar for leveransen av Hermod til Forsvaret; både software og hardware, samt et integrasjonsansvar for disse to. Frem til dette blir aktualisert følger vi ett av de to sporene over.

I e-posten het det før nevnte punkter:

Høsten 2019 og våren 2020 har Lividi lagt frem ønske om en annen type kontrakt enn bistandsavtale, da de ønsker å bli mer av en samarbeidspartner for FMA når det gjelder softwaren til Hermod. I møter med FMA i denne perioden har Lividi blitt forespeilet en annen avtaleform, for eksempel en vedlikeholdsavtale. De har blitt informert om at det ikke er aktuelt med en strategisk samarbeidsavtale mellom FMA og Lividi.

I avtalen ønsker Lividi å få en eksklusiv rettighet til å videreutvikle og industrialisere Hermod. De har skrevet et notat om det (vedlagt).

Notatet er sendt over til Juridisk seksjon ved/ Hege Bretseg for vurdering av hvilke muligheter FMA har til å gi/selge en rettighet til videresalg/industrialisering til en leverandør, og om denne rettigheten eventuelt kan være eksklusiv.

Bretseg skal underhånden kontakte sine kontakter i FD for å få eventuelle innspill derfra. Lividi og NVA er orientert om at KA har kontaktet Juridisk seksjon og venter på tilbakemelding derfra.

Leder av Kontraktsavdelingen, Ole Kristian Hansen, presenterte disse alternativene i et møte i FMAs ledergruppe 10. november 2020. Ledergruppen anbefalte å fortsette arbeidet med sikte på å inngå en bistandsavtale med Lividi, ref. alternativ 1) gjengitt ovenfor. Det ble videre besluttet at omfanget og eiendomsretten for FMAs rettigheter skulle overlates til KDA som strategisk partner. Det ble også lagt til grunn at Lividis leverandørrolle gradvis skulle transporteres til KDA, men at KDA som totalleverandør til FMA burde stå fritt til å bruke Lividi eller andre.

Lividi anfører at ledelsesbeslutningen om å gå videre med sikte på å overføre Hermod-rettighetene til KDA bryter intensjonen i 2020-avtalen med Lividi. Lagmannsretten mener at bevisførselen viser at FMA i november 2020 var kommet et godt stykke på vei i retning av å gå inn for en skisse hvor FMAs rettigheter til Hermod-programvaren ble overført til KDA. Det er likevel ikke sannsynliggjort at dette var endelig besluttet, og det var heller ikke konkludert på hvilken måte Lividi skulle være med videre.

Den samlede bevisførselen, hvor det særlig er vektlagt tidsnære dokumentbevis, sannsynliggjør at FMA i denne perioden arbeidet aktivt med å avklare sentrale spørsmål om rettigheter og kontraktinnretning for en langsiktig avtale med Lividi i tråd med intensjonen i 2020-avtalen.

Den 17. desember 2020 ble det avholdt et «Programledelsesmøte FMA – KDA, Strategisk samarbeid Kampnær IKT (Mime)». Lividi har gjort gjeldende at det i dette møtet ble fattet vedtak om å sette planer for Hermod ut i livet, blant annet for leveranseavtale 0 Hermod og leveranseavtale 1, sistnevnte innen utgangen av 2021. Lagmannsretten er ikke enig i det. Referatet fra dette møtet gir ikke uttrykk for et endelig vedtak om overføring av FMAs rettigheter i Hermod til KDA var besluttet. Det fremgår uttrykkelig av referatet at partene er enige om en «tilnærming med en overordnet avtale om strategisk samarbeid, som i utgangspunktet ikke inneholder konkrete systemleveranser», og hvor det skisseres felles ambisjoner om tidspunkter for ulike leveranseavtaler.

At det ikke ble fattet noen endelige vedtak på dette møtet underbygges også av at en overordnet avtale om strategisk samarbeid som nevnt før først ble inngått 12. mai 2022.

Samme dag, 17. desember 2020, ble Lividi orientert om planene for det strategiske samarbeidet og det ble formidlet at FMAs rettigheter til Hermod-programvaren var planlagt overført til KDA. Dette ville medføre at FMA ikke ville inngå Fase 2-avtalen direkte med Lividi. Det ble samtidig formidlet at FMA så for seg en målsetting om en produktoverføring av rettigheter til KDA for industrialisering av Hermod-systemet. For Lividi innebar dette at en avtale om programmeringstjenester måtte inngås med KDA som kontraktspart.

At FMA ønsket at Lividi fortsatt skulle være sentral i leveransen fra KDA, underbygges også av at det etter dette møtet ble tatt flere initiativer for å klargjøre dette. Det ble blant annet avholdt et møte mellom FMA og Lividi 19. januar 2021. Ifølge møtereferatet ble det holdt en presentasjon («Taktiske kommunikasjonsnoder inkl. Hermod») om modellen for strategisk samarbeid. FMA så for seg at Lividi skulle ha en fortsatt rolle for Hermod-programvaren, selv om denne ikke innebar et direkte avtaleforhold med FMA om industrialisering og kommersialisering. I samme periode ble tatt flere initiativ fra FMA for å etablere direkte kontakt mellom Lividi og KDA. Lividi tok da også kontakt med KDA uten at det er kjent for lagmannsretten hva denne nærmere bestod i.

At FMA ønsket Lividi med, underbygges også av et utkast til brev til Forsvarsdepartementet fra Kristine Kristiansen Müller datert 12. januar 2021 med overskrift «Programvaren i systemet Hermod – lisens til gjenbruk», Det heter her på side 4:

For å opprettholde dagens utviklingstakt er det for FMA ønskelig at Lividi er med i det videre arbeidet med Hermod, da de vurderes å ha en unik innsikt i, og kompetanse på, systemet Hermod. Videre eier Lividi den videreutviklingen som har skjedd på Hermod etter 01.02.2020. Også for å sikre at denne videreutviklingen tas med videre, og at Hermod ikke settes tilbake hva gjelder ytelse, er det ønskelig at Lividi er med i det videre arbeidet. Utover å benytte dagens bistandsavtale med Lividi i FMAs sted, anses det lite hensiktsmessig å pålegge KOG et samarbeid med Lividi, også for en tidsbegrenset periode. Etter FMAs vurdering vil begge de to industriaktørene ha noe å tjene på et slikt samarbeid, så ønsket er at de kommer til enighet om en avtale angående Hermod. Dette må i så fall skje uten involvering av FMA.

Selv om utkastet til brev ble utarbeidet på et tidspunkt hvor tvistesak var under oppseiling, underbygger det at FMA selv så sent som i januar 2021 ikke hadde bestemt at Lividi ikke skulle ha en rolle som programvareleverandør for Hermod. Av utkastet til brev nærmere ett år etter 2020-avtalen ble inngått, fremkommer at FMAs handlingsrom når det gjelder overføring av FMAs rettigheter til Hermod-programvaren fortsatt ikke var avklart. Etter lagmannsretten syn underbygger dette at FMA så tidlig som i 2020 verken hadde besluttet eller lagt avgjørende føringer for at FMAs rettigheter skulle overføres til KDA. At det i 2020 var en reell mulighet for at FMAs rettigheter til Hermod-programvare i fremtiden kunne bli overført til en fremtidig strategisk partner/systemintegrator (KDA), endrer ikke lagmannsrettens konklusjon. Lividi kunne på tross av dette få en rolle som programvareleverandør, men da med KDA som medkontrahent.

Lagmannsretten viser også til seniorrådgiver Kristine Kristiansen Müllers forklaring for lagmannsretten. Hun påpekte at det ikke er riktig, som Lividi hevder, at det kun var tiden som hindret at FMAs rettigheter til Hermod-programvaren ble overført til Lividi allerede i 2020-avtalen. Ifølge Müllers forklaring var det en rekke juridiske, økonomiske og tekniske spørsmål som måtte avklares før FMAs rettigheter til Hermod-programvaren eventuelt kunne overføres til Lividi for at selskapet skulle kunne industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren. Herunder måtte risikofordeling, prismodell, sanksjoner, varighet, sikkerhet for oppfyllelse fra Lividis side, lisens eller salg av FMAs rettigheter mv. på plass før en slik avtale kunne inngås. Müller forklarte at det i januar 2020 også var uklart hvem som på vegne av staten forvaltet Forsvarets rettigheter i Hermod-programvaren. Ifølge Müller ble det først senere avklart at det var Forsvarsdepartementet som forvaltet rettighetene. At FMA i 2020-avtalen ikke ga fra seg noen rettigheter til programvaren var ifølge Müller klart, og ikke minst måtte dette være klart for Stephan Wold Eide som bistod Lividi i forhandlingene. Stephan Wold Eide hadde tidligere vært leder i Kristiansens avdeling i FMA.

Etter lagmannsrettens syn underbygger Müllers forklaring om at FMA ikke ga fra seg sine rettigheter til Hermod-programvaren også av forklaringen til advokat Reidar Sverdrup. Han bistod Lividi som juridisk rådgiver i forhandlingene med FMA ved inngåelsen av 2020-avtalen. Sverdrup bekreftet som vitne i lagmannsretten at FMA i møte før inngåelsen av 2020-avtalen gjorde det klart overfor Lividi at det var flere forhold som måtte avklares før en Fase 2-avtale kunne inngås. Advokat Sverdrup var også involvert i

forhandlingene om en ny avtale etter februar 2020, men oppfattet dette som en skinnprosess fordi FMA stilte vilkår til Lividi som sistnevnte ikke ønsket å akseptere.

Lagmannsretten har på bakgrunn av gjennomgangen ovenfor kommet til at det på tidspunktet for inngåelsen av 2020-avtalen 20. februar 2020 ikke forelå detaljerte planer for overføring av Hermod-programvaren til KDA, slik Lividi hevder. Intet var besluttet, og det forelå heller ingen klare føringer på hvordan dette i fremtiden ville bli organisert. Det var på avtaletidspunktet ikke besluttet noe om den fremtidige organiseringen, herunder hvilken rolle SP2 ville få.

Lagmannsretten legger til grunn at Lividi ved forhandlingen om en 2020-avtalen hadde en meget sterk forhandlingsposisjon. Dette fordi forsvaret var avhengig av Hermod-systemet, og Lividi satt på kritisk kompetanse for å sikre vedlikehold og utbygging av systemet. Den sterke forhandlingssituasjonen ble imidlertid svekket etter forlengelsen av bistandsavtalen, men det er en forretningsmessig risiko Lividi selv må bære.

Samtalene mellom FMA og KDA på overordnet nivå (programledelseskomiteen) må etter lagmannsrettens syn anses som rene sonderingssamtaler for å kartlegge om FMA skulle knytte til seg KDA som strategisk partner og hvordan et slik samarbeid kunne se ut. På tidspunktet for inngåelsen av 2020-avtalen hadde ikke arbeidsgruppene startet sitt arbeid.

Tingretten oppsummerer på side 24 i dommen sin gjennomgang av faktum slik:

Gjennomgangen ovenfor viser også at Hermod/TKN ble brukt som et eksempel (testcase) for å vurdere hvordan et eventuelt samarbeid kunne se ut og at det heller ikke i forbindelse med dette arbeidet ble tatt noen beslutninger om industrialisering og kommersialisering av Hermod-programvaren.

Gjennomgangen viser videre at FMA våren og høsten 2020 arbeidet med elementene i en Fase 2-avtale i henhold til intensjonen i 2020-avtalen. Etter hvert som forhandlingene med KDA utviklet seg anså FMA det som mest hensiktsmessig at en slik langsiktig avtale ble inngått med KDA i stedet for FMA. FMA tok også initiativ til å bistå med opprettelse av kontakt mellom Lividi og KDA. Det er ikke holdepunkter i bevisførselen for at KDA skulle overta som programvareleverandør for Hermod-programvaren. Ut fra den rolle som KDA skulle ha som systemintegrator var det heller ikke noen motsetning mellom KDAs rolle som strategisk partner og Lividi som programvareleverandør.

Lagmannsretten er enig i det siterte. Det tilføyes at det fortsatt ikke i dag, snart fire år etter inngåelsen av 2020-avtalen, er besluttet overføring av FMAs Hermod-rettigheter til KDA. Som nevnt under saksfremstillingen, har FMA nylig utlyst en ny RFI for en mulig erstatning av Hermod-systemet. Et mulig utfall av tvistesaken vil således kunne bli at FMA tar i bruk et nyutviklet kommunikasjonssystem til erstatning for Hermod.

Lagmannsretten finner ikke sannsynliggjort at FMA allerede før inngåelsen av 2020-avtalen hadde besluttet eller klart forutsatt at KDA skulle være fremtidig programvareleverandør. Lagmannsretten finner videre at FMA har oppfylt sin plikt til å føre reelle forhandlinger om en Fase 2-avtale med Lividi.

Lagmannsretten går over til spørsmålet om hvordan avtalens regulering av FMAs utvidede disposisjonsrett skal tolkes.

Tolking av 2020-avtalen

Rettslige utgangspunkter

Norsk avtalerett bygger på at målet med tolkingen er å fastsette kontraktens innhold med grunnlag i det som er sagt og skrevet, når ordene forstås etter riktig og vedtatt språkbruk, se Geir Woxholt, Avtalerett, 11. utg., side 480. Målet er å finne frem til den «objektivt sett rimelige og fornuftige mening med kontraktens bestemmelser», jf. Selvig, Knophs oversikt over Norges rett, 11 utg., side 273.

Kontrakter og andre avtaledokumenter mellom profesjonelle næringsdrivende, slik som i saken her, skal derfor i utgangspunktet fortolkes objektivt, jf. blant annet Rt-2003-1132 avsnitt 34 med videre henvisninger. I Rt-2005-1447 avsnitt 32 fremheves f.eks. at når en bank har avtalt at den skal garantere som selvskyldner overfor en næringsdrivende, må garantidokumentet undergis en objektiv tolking hvor ordbruken er vesentlig.

Selv om ordlyden således er av vesentlig betydning, utelukker ikke det at ordlyden må ses i lys av de formål den skal ivareta, reelle hensyn og andre tolkingsmomenter, se f.eks. HR-2016-A avsnittene 37-40 [skal vel

være HR-2016-1447-A avsnitt 37-40, Lovdatas anm.] med henvisning til Rt-2010-961, avsnitt 44, hvor dette i tilknytning til en entreprisekontrakt ble uttrykt slik:

Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.

Lagmannsretten legger til grunn at dersom det er klart at partene hadde en felles forståelse av teksten i 2020-avtalen punkt 4, kan den vanligvis legges til grunn uten at det er nødvendig å gå nærmere inn på tolkingen av ordlyden. Men det må – særlig i forretningsforhold mellom profesjonelle parter – kreves nokså klare holdepunkter for at partene har en omforent forståelse som avviker fra ordlyden, jf. Rt-2011-1553 avsnitt 48.

Det sentrale punktet i 2020-avtalen har denne ordlyd:

4. Opphavs- og eiendomsrett:

Med gyldighet fra det tidspunkt timer belastes herværende endringsavtale, blir kontraktens pkt. 5 «Opphavs- og eiendomsrett» erstattet av følgende tekst:

Leverandørens rettigheter

Leverandøren beholder opphavs- og eiendomsrett til programvaren som utvikles spesielt for Kunden over denne endringsavtalen, med mindre annet avtales i det enkelte tilfellet.

Kundens rettigheter

Kunden får en tidsbegrenset, vederlagsfri og ikke-eksklusiv rett til å utnytte de enkelte deler av programvaren som utvikles eller tilpasses spesielt for Kunden (utvidet disposisjonsrett). Utvidet disposisjonsrett omfatter rett til å bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle tilpasningene, enten selv eller ved hjelp av tredjepart. Kunden har slik utvidet disposisjonsrett innenfor totalforsvaret. (...)

Tolkingsspørsmålet er om den utvidede disposisjonsretten FMA har betinget seg innenfor totalforsvaret, skal forstås slik at Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper er ekskludert som «tredjepart». Lividi anfører at denne forståelsen følger av at FMA var innforstått med Lividis klare forventning om at selskapet i en Fase 2-avtale skulle få rett til å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren. Lagmannsretten forstår anførselen slik at forutsetningen om rett til videre utnyttning av programvaren var en felles partsforståelse da 2020-avtalen ble inngått. Denne felles forståelsen anføres å utelukke at en konkurrent som Kongsberg Gruppen ASA skulle få tilgang til programvare eid av Lividi i egenskap av å være «tredjepart» etter oppdrag fra FMA.

Staten bestrider at det ved avtaleinngåelsen forelå en felles partsforståelse om at uttrykket «tredjepart» skulle forstås som alle selskaper unntatt Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper.

Lagmannsretten tar først stilling til om det er grunnlag for en slik felles partsforståelse av 2020-avtalens punkt 4 som lagmannsretten oppfatter at Lividi i realiteten anfører.

Felles partsforståelse av «tredjeparter»?

Lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at partene hadde en felles forståelse av 2020-avtalens punkt 4 – som innebar en begrensning i hvilke «tredjepart» FMA hadde rett til å engasjere ved utnyttelse av disposisjonsretten. Som redegjort for ovenfor, er den klare hovedregel at avtaler mellom profesjonelle parter skal tolkes objektivt. Selv om det ikke innebærer at man er henvist til en ren ordlydsfortolkning, er det ikke bevist at Lividi og FMA ved avtaleinngåelsen hadde en felles oppfatning som begrenset FMAs valg av tredjepart ved utøvelsen av disposisjonsretten. Det er ingen holdepunkter i tidsnære bevis for at partene i forhandlingene en gang luftet muligheten for at uttrykket «tredjeparter» skulle forstås som «alle andre enn Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper».

Lagmannsretten kan således heller ikke se at Lividi overfor FMA har uttrykt dette som en subjektiv oppfatning av «tredjepart», og som derfor binder FMA hvis det ikke meddeles at forståelsen ikke godtas, sml. Rt-2014-866 avsnitt 44 hvor det uttales:

Noe annet er at en slik oppfatning, ikke minst når den er uttalt og uimotsagt, kan ha vekt ved vurderingen av om det foreligger en felles kontraktsforståelse. En subjektiv oppfatning kan videre være

forårsaket av uklarhet som medkontrahenten er ansvarlig for, og etter omstendighetene kan det også oppstå spørsmål om gyldig avtale er inngått. Saken her gir ikke foranledning til å si noe nærmere om slike ellers mulige problemstillinger.

Lagmannsrettens konklusjon underbygges uansett av at Lividi først på et sent tidspunkt har gjort gjeldende denne forståelsen av tredjepart. I forføyningssaken for Byfogden i april 2021, la ikke Lividi ned påstand om at KDA skulle utelukkes som mulig tredjepart ved utøvelsen av FMAs disposisjonsrett. Tvert om hadde ikke Lividi da innvendinger mot at KDA kunne få tilgang til programvaren så langt det gjaldt bistand til FMA innenfor «totalforsvaret». Slik det er redegjort for tidligere i dommen, kom denne begrensningen inn først da forføyningssaken ble anket til lagmannsretten. Hadde dette vært uttrykk for en felles forståelse av tredjepart som forelå ved avtaleinngåelsen, burde Lividi ha fremsatt sin forståelse på et mye tidligere tidspunkt. Da saken ble behandlet for Byfogden, var som nevnt Lividis primære anførsler at selskapet i kraft av 2020-avtalen hadde rettigheter til industrialisering og kommersialisering av hele Hermod-programvaren – også den delen FMA eide og som var utviklet før 28. januar 2020. Som kjent er anførselene om slik rett til programvaren eid av FMA, senere frafalt av Lividi.

I mangel av en felles kontraktforståelse, går lagmannsretten over til den konkrete tolkingen av avtalebestemmelsen.

Ordlyden

Den utvidede disposisjonsretten i avtalens punkt 4 andre ledd gir FMA en tidsubestemt, vederlagsfri «rett til å bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle» programvaren utviklet av Lividi etter 28. januar 2020. Denne disposisjonsretten, som kan utøves av FMA «selv eller ved hjelp av tredjepart», gjelder innenfor «totalforsvaret».

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det ikke er noen begrensninger for hvilke disposisjoner som omfattes – eller begrensninger med hensyn til hvem som kan yte bistand til FMA – utover at disposisjonsretten gjelder innenfor «totalforsvaret». Lagmannsretten er enig med tingretten og staten i at den språklig begrensningen i disposisjonsretten reelt sett ligger i uttrykket «totalforsvaret». Begrepet «totalforsvaret», brukes vanligvis som en samlebetegnelse for det militære forsvaret og den sivile beredskapen i Norge.

FMA står etter en alminnelig forståelse av ordlyden i bestemmelsen dermed fritt til å engasjere tredjeparter, herunder ethvert privat rettssubjekt, til å bistå med bruk, kopiering, modifisering og videreutvikling av programvaretilpasningene utviklet av Lividi etter 28. januar 2020. Ordlyden i punkt 4 andre ledd begrenser heller ikke FMAs rett til å industrialisere og kommersialisere programvaren eid av FMA utviklet før 28. januar 2020. Som redegjort for ovenfor, sikret punkt 3 i avtalen Lividi, for en periode, enerett til som kommersiell-aktør å jobbe med Hermod-programvaren. Denne eneretten gjaldt bare frem til en mer langsiktig avtaler var inngått, og under forutsetning av at det i perioden var en pågående dialog mellom partene. Som nevnt, ligger den sentrale begrensningen i at den videreutviklede programvaren skal benyttes innenfor «totalforsvaret». Ordlyden isolert sett må derfor tolkes slik at den ikke innebærer noen begrensninger med hensyn til hvilke tredjeparter FMA velger å benytte

Avtalens regulering av disposisjonsretten er basert på Statens standardavtale for IKT Utviklings- og tilpasningsarbeid (SSA-T) punkt 10.3.2. Kontraktsmalen inneholder standardvilkår staten anvender ved kjøp av spesialtilpasset programvare. Vilkårene og ordlyden i standarden må anses allment kjent og akseptert av leverandører og kunder som uttrykk for ordinære bransjevilkår for slik programvare. Begge parter var innforstått med at ordlyden i standardavtalen ble benyttet som mal under forhandlingene, og det var Lividi som foreslo at denne malen eller SSA-V skulle benyttes, se omforent møtereferat fra møte 8. januar 2020. Både ordlyden i seg selv og partenes felles valg om å ta utgangspunkt i standardavtalen, tilsier at uttrykket «tredjeparter» skal forstås som «enhver tredjepart».

Lagmannsretten går over til vurderingen av om andre relevante tolkingsmomenter, som partenes forutsetninger, formålet eller reelle hensyn begrunner at ordlyden fravikes slik at avtalen skal forstås slik Lividi anfører.

Partenes subjektive forutsetninger og andre tolkingsmomenter

Lividi anfører at 2020-avtalen, riktig fortolket, ikke gir FMA rett til å overgi Lividis programvare til en aktør (Kongsberg Gruppen ASA) som på kort eller lang sikt vil settes i en posisjon til å industrialisere Hermod-systemet. Lividi anfører i forlengelsen av dette at det er sannsynliggjort at FMA vil sette KDA i posisjon til å industrialisere Hermod-systemet, innbefattet det FMA selv eier av Hermod-programvaren. Lagmannsretten forstår Lividi slik at etter at KDA er blitt valgt til strategisk partner, så er det nærliggende at det er et selskap innen Kongsberg Gruppen ASA som vil foreta industrialiseringen av Hermod. Lagmannsretten antar at dette er bakgrunnen for at påstanden er konkret rettet mot disse rettssubjekter innenfor Kongsberg Gruppen. Avtalen må ifølge Lividi derfor tolkes innskrenkende, slik at Kongsberg Gruppen ASA ikke kan bistå FMA som «tredjepart» ved utøvelsen av den utvidede disposisjonsretten.

I likhet med tingretten mener lagmannsretten at Lividis syn på avtaletolkningen bygger på tre forutsetninger: (1) inngåelse av en langsiktig avtale med FMA, (2) at Lividi skulle gis en industrialiseringsposisjon i tråd med rollefordelingen beskrevet i RFI-en fra 2017, samt at (3) det skulle skje en nødvendig rettighetsavståelse fra FMA til Lividi. Som nevnt, mener Lividi at FMA var klar over nevnte forutsetninger for at Lividi inngikk 2020-avtalen, og at avtalen må tolkes i samsvar med dette.

Lagmannsretten legger til grunn at selv om ordlyden er av sentral betydning i en avtale mellom næringsdrivende, så må ordlyd ses i lys av bl.a. avtalens formål og andre reelle hensyn, jf. HR-2016-1447-A avsnitt 38. Videre kan det være relevant å vurdere den aktuelle bestemmelsen i lys av avtalens øvrige bestemmelser og andre systembetraktninger, jf. Rt-2012-1729 avsnitt 67.

Lividi hadde i forkant av avtaleinngåelsen klart gitt uttrykk for at selskapet ønsket en hovedrolle i industrialisering av Hermod-programvaren, noe lagmannsretten har redegjort for ovenfor. Staten har heller ikke bestridt at FMA på avtaletidspunktet var kjent med at Lividi ønsket seg en annen rolle enn leverandør etter en konsulentavtale. Lividis ønsker er også kommet til uttrykk i flere tidsnære dokumentbevis. Det kan her f.eks. vises til Lividis brev 20. august 2019 og Power Point-presentasjon til møte 22. oktober 2019 hvor det fremgår at Lividi ønsket en hovedrolle i industrialiseringen av Hermod. I Lividis brev 30. oktober 2019 er det klart uttrykt at Lividis ønske om å bli programvareleverandør var knyttet opp mot den rollefordelingen som var beskrevet i FMAs RFI fra 2017. Denne beskrev at programvareleverandøren skulle «forvalte Hermod gjennom utvikling og vedlikehold av programvaren og lisensiere Hermod til godkjente maskinvareintegratorer». Av brevet fremkommer for øvrig også at Lividi var presentert for «Mime og satsingen på strategisk samarbeide fra FMAs side».

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at det ikke er påvist noen felles subjektiv partsforståelse av innholdet i avtalen for de omtvistede punkter. Hvilke forutsetninger Lividi hadde ved inngåelsen av avtalen, må imidlertid sees i sammenheng med hvilken kunnskap Lividi hadde ved avtaleinngåelsen.

Lividi fikk allerede i høsten 2019 presentert Mime-programmet og hvordan FMA så for seg en fremtidig organisering med strategisk partner 1 (SP1) og strategisk partner 2 (SP2) i et møte 22. oktober 2019. Det ble da ikke sagt noe direkte om hvem FMA hadde drøftelse med, men det er uomtvistet at Lividi forsto at det var KDA som allerede på dette tidspunkt var aktuell som SP2. Lividi var altså før de reelle forhandlingene om en ny avtale ble innledet, kjent med at FMA var i dialog om et mulig strategisk partnerskap og hvilken aktør som var aktuell for en slik rolle. Lividi fikk ikke detaljert informasjon om på hvilke måte Mime-prosjektet og inngåelse av avtale med strategiske partnere ville kunne påvirke fremtidig avtaleforhold med FMA. På dette tidspunkt var det heller ikke mulig for FMA å gi ytterligere informasjon fordi prosjektet var i en helt innledende fase. Lagmannsretten finner det imidlertid bevist at Lividi fikk tilstrekkelig informasjon allerede i 2019 om at Mime-prosjektet og inngåelse av avtale med strategisk partner kunne påvirke kontraktinnretningen for et fremtidige samarbeide med FMA.

Tanken rundt inngåelse av avtale om SP1-rollen ble etter det opplyste senere lagt bort.

I et møte mellom Lividi og FMA 8. januar 2020 ble det drøftet ønsker og mål for de videre forhandlingene. I møtereferat fremkommer at Lividi ønsker å bli en programvareleverandør som leverer Hermod-programvaren til FMA. I møtet bekreftet begge parter at man ønsket en langsiktig avtale, men at FMA på grunn av ressurssituasjonen internt fremholdt at det ville ta tid å få på plass en mer omfattende og langvarig avtale. FMA antydte at en Fase 2-avtale tidligst kunne inngås ved årsskiftet 2020/2021. Lividi var kritisk til tidsbruken, og fremholdt at det allerede hadde tatt lang tid før oppstarten av forhandlingene.

FMA skisserte i møtet en løsning med to faser: en endringsavtale som forlenget bistandsavtalen fra 2018 (Fase 1-avtale) som skulle gjelde frem til en langsiktig avtale (Fase 2- avtalen) ble inngått. Under møtet ble det presisert at FMA selv ikke var opptatt av industrialisering / kommersialisering av produktet, men ønsket å bidra til at programvaren ble en eksportsuksess i samsvar med intensjonen i Meld. St. nr. 9 (2015–2016). For FMA var det imidlertid viktig å beholde styringen og få dekket sine behov og ønsket om en utvidet disposisjonsrett innenfor forsvarssektoren. FMA ga i møtet også uttrykk for at forutsetningene for å få formalisert en langsiktig avtale var annerledes nå enn tidligere grunnet finansiering gjennom Mime-programmet. Mime-programmet hadde en anslått økonomisk ramme på flere milliarder kroner.

Lividi ønsket i utgangspunktet ikke en forlengelse av bistandsavtalen, men aksepterte dette i møtet etter at FMA tilbød å legge inn en intensjonsklausul om en langsiktig avtale, en konkurranseklausul under forhandlingene samt en klausul om eiendomsrett med utgangspunkt i formuleringen i SSA-T for den videreutviklingen som ville skje gjennom endringsavtalen.

Partene ble enige om at FMA skulle lage et utkast til forlengelse av nåværende avtale, og at Lividi kunne komme med innspill til en langsiktig Fase 2-avtale. I den forbindelse ba FMA om at Lividi ga innspill til hvordan selskapet så for seg et industrialiseringsløp, forholdet til IPR, styringsmodell og hvilken rolle Lividi ser for seg mv. Lividi trakk da frem RFI-en fra 2017, og mente at denne hadde en god struktur som kunne brukes som utgangspunkt. FMA v/Knut Aksel Sæthre oversendte deretter en oppdatert RFI til Lividi. Ifølge Sæthres forklaring oppfattet han at den reviderte RFI-en skulle danne en mal for forhandlingene om en Fase 2-avtale. Viktor Wold Eide har forklart at han oppfattet det slik at partene var enige om å bruke RFI som utgangspunkt, og at han oppfattet dette som en aksept for at Lividi skulle få rollen som programvareleverandør. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at oversendelsen av en oppdatert RFI kan anses som en avtalemessig forhåndaksept for at Livid skulle få en rolle som fremtidig programvareleverandør av Hermod-systemet.

I de konkrete forhandlingene om innholdet i 2020-avtalen foreslo Lividi 31. januar 2020 en egen bestemmelse om industrialisering og kommersialisering. I forslaget til punkt 3 «Industrialisering og kommersialisering» foreslo Lividi følgende formulering:

FMA ønsker å bidra til at Hermod-systemet blir en eksportsuksess og FMA vil legge til rette for og bidra til at Lividi kan starte arbeidet med industrialisering og kommersialisering ved inngåelse av denne endringsavtalen. Lividi har adgang til kommersialisering med basis i systemet som til enhver tid er i produksjon innenfor de alminnelige regler, eksempelvis eksportreguleringer, som måtte gjelde for denne type produkter. FMA ønsker å bidra til at produktet blir en eksportsuksess (ref Meld.St.9 (2015–2016)). Lividi kan offentlig omtale og markedsføre seg som en integrert partner til FMA / Forsvaret og som en hovedleverandør av programvaren i Hermod-systemet.

Forslaget til bestemmelse ble ikke akseptert av FMA, noe som ble meddelt Lividi i en e-post 6. februar 2020. FMA presiserte at dette lå utenfor en forlengelse av bistandsavtalen, og således var en del av Fase 2-forhandlingene. Flere av de øvrige bestemmelsene i avtaleforslaget, bl.a. avgrensningen av FMAs disposisjonsrett, var gjenstand for konkrete drøftelser mellom partene. De tidsnære bevisene underbygger at begge parter under avtaleforhandlingene hadde et bevisst forhold til ordlyden i rettighetsbestemmelsen. Dette er kommet klarest til uttrykk i de fremlagte endringsmarkerte avtaleutkastene, der f.eks. den utvidede disposisjonsretten under forhandlingene ble innskrenket fra FMAs forslag om en rett til «videreoverdragelse» til «annen offentlig virksomhet», som Lividi heller ikke aksepterte. I den endelige avtaleteksten er partene blitt enige om formuleringen rett til «bruk» innen «totalforsvaret».

Ved e-post 12. februar 2020 oversendte FMA to alternative formuleringer til opphavs- og eiendomsrett: en bestemmelse der opphavsretten for 2020-programvaren tilfalt FMA dersom det ikke ble inngått en langsiktig avtale, og en bestemmelse med samme adgang til å bruke tredjeparter som i SSA-T avtalen gjeldende innenfor «totalforsvaret». Det ble samtidig gjort klart at FMA ikke var villig til å godta ytterligere begrensninger i handlefriheten. Lividi aksepterte dette siste forslaget til regulering uten forbehold ved e-post 14. februar 2020. Som redegjort for tidligere, var Lividi på dette tidspunktet kjent med at FMA var i drøftelser om samarbeid med en mulig strategisk partner, og at dette trolig var KDA.

Lagmannsretten er enig med tingretten i at FMA i forhandlingene med Lividi kunne ha vært tydeligere på at rollefordelingen som var beskrevet i RFI'en var for snever i lys av arbeidet med Mime, og at man internt i FMA drøftet ulike løsninger for kontraktinnretning for Fase 2-avtalen. Dette endrer likevel ikke at FMA hadde tilkjennegitt klart både i møtet 8. januar 2020 og under de konkrete forhandlingene at ytterligere begrensninger

i disposisjonsretten, herunder å avgrense uttrykket «tredjeparter» mot bestemte tredjeparter, var utelukket. Dette siste kan lagmannsretten heller ikke se var tema i forhandlingene.

Innholdet i den informasjon FMA ga Lividi om de pågående forhandlingene om et strategisk partnerskap, tilsier at det ved avtaleinngåelsen for Lividi fremstod usikkert om Fase 2-avtale med enerett til å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren ville bli realisert. Lividis uttrykte ønske om en slik rolle kan derfor ikke tillegges nevneverdig vekt ved avtaletolkningen. Lividi har heller ikke opprettholdt tidligere anførsler om at selskapet allerede ved 2020-avtalen hadde ervervet rettigheter som nevnt.

Spørsmålet blir dernest om avtalens formål, sammenhengen med avtalens øvrige bestemmelser og reelle hensyn tilsier en innskrenkende fortolkning av uttrykket «tredjeparter».

Lividi har argumentert for at formålet med 2020-avtalen var at denne midlertidig skulle sikre bistand til FMA i en overgangsfase frem til en Fase 2-avtale kunne inngås. Det hevdes at 2020-avtalen tilrettelegger for det motsatte – at FMA kunne la en tredjepart (KDA) forstå industrialisering og kommersialisering av FMAs programvare.

Lagmannsretten har ovenfor lagt til grunn at 2020-avtalen i utgangspunktet skulle sikre midlertidig bistand til FMA inntil en langsiktig avtale ble inngått. Dette er uomtvistelig, og fremgår direkte av intensjonsklausulen (punkt 2) i 2020-avtalen. Bestemmelsen gir uttrykk for et «felles ønske og intensjon» og representerer ingen avtalemessig forpliktelse til å inngå en Fase 2-avtale som ville gitt Lividi rett til å industrialisere Hermod-programvaren. Bevisførselen i saken tilsier at FMA i hele 2020 arbeidet for en langsiktig avtale med Lividi i tråd med intensjonsklausulen. Partene hadde en rekke møter utover i 2020 om en forlenget avtale. Selv om Lividi gjentatte ganger tok opp manglende fremdrift i forhandlingene, er det ikke holdepunkter for at FMA bevisst trenerte eller forsinket forhandlingene om en Fase 2-avtale. Bevisførselen i saken har også vist at det var ulike synspunkter internt i FMA om fremtidig organisering og kontraktstruktur for leveranser som falt inn under Mime-prosjektet. Denne interne uenigheten har etter lagmannsrettens syn påvirket fremdriften i forhandlingene med Lividi i 2020. Forhandlingen med KDA om SP2-rollen var heller ikke avklart, noe som gjorde det usikkert for FMA hva en forlenget avtale med Lividi kunne gå ut på. Bevisførselen har vist at fagavdelingen i FMA hadde et annet syn på hvilken rolle Lividi burde få i en Fase 2-avtale enn ledelsen i Mime-prosjektet.

Formålet med FMAs rett til å la seg bistå av tredjeparter (den utvidede disposisjonsretten) er å sikre FMA handlefrihet og fleksibilitet til å søke hjelp hos tredjeparter for å nyttiggjøre seg programvaren fullt ut. I tillegg til den klare ordlyden, taler således formålet med bestemmelsen imot å tolke «tredjeparter» innskrenkende.

Betydningen av den utvidede disposisjonsretten må videre sees i lys av oppsigelsesklausulen inntatt i 2020-avtalen (punkt 6). Etter denne kan hver av partene si opp avtalen med seks måneders skriftlig varsel. Den utvidede disposisjonsretten gir FMA handlefrihet til å inngå avtaler med tredjeparter om videreutvikling av programvaren til bruk innenfor totalforsvaret dersom man ikke kom i mål med en langsiktig avtale med Lividi.

Heller ikke formålet med konkurranseklausulen i 2020-avtalen (punkt 3) gir etter lagmannsrettens syn grunnlag for noen innskrenkende tolkning av den utvidede disposisjonsretten. Bestemmelsen fastsetter at Lividi skal være «den eneste kommersielle aktøren som jobber med nevnte programvare», så lenge det er «en pågående dialog» mellom FMA og Lividi. Det er på det rene at denne dialogen ble avsluttet da Lividi begjærte midlertidig forføyning 20. januar 2021.

Lagmannsretten kan til sist ikke se at reelle hensyn i tilstrekkelig grad tilsier at Lividi har et saklig behov for en innskrenkende tolkning av disposisjonsretten. Retten har ovenfor kommet til at det strategiske samarbeidet mellom FMA og KDA ikke innebærer noen utelukkelse av Lividi som fremtidig programvareleverandør for Hermod-programvaren. Tvert imot tok FMA flere initiativ til å etablere kontakt mellom Lividi og KDA nettopp for å sikre at Lividi fortsatte med bistand og utvikling av Hermod-programvaren. Lividi tok også kontakt med KDA, men det er uklart for lagmannsretten hva som kom ut av denne kontakten. Ved vurderingen hører også med at Lividi valgte ikke å heve eller si opp 2020-avtalen, men fortsatte å levere under bistandsavtalen til den utløp 30. juni 2022. Anslått kontraktssum i 2020-avtalen var også nesten tre ganger så høy som det beløpet Lividi hadde i avtalen fra 2018, noe som tilsier at den nye avtalen var økonomisk fordelaktig for Lividi.

Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at KDA og FMA begge ønsket at Lividi fortsatte som underleverandør og utvikler av Hermod-programvaren. I partsforklaringen opplyste Victor Wold Eide at Lividi ikke var interessert i inngå en avtale med KDA. Ifølge Eide var Lividis interesse å utvikle selskapet til å bli en programvareleverandør, med leveranser også utenfor forsvarssektoren i Norge. Han forklarte videre at Lividi

var redd for å bli «slukt» av KDA. Etter lagmannsrettens syn er dette kommersielle vurderinger som Lividi selv bærer risikoen for, og som ikke har avgjørende betydning for avtaletolkningen.

Konklusjon avtaletolkning

Lagmannsrettens konklusjon er etter dette at uttrykket «tredjeparter» i avtalen punkt 4 andre ledd ikke kan tolkes innskrenkende. FMA står dermed fritt til å søke bistand hos enhver tredjepart, herunder KDA, til å «bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle» programvaren så lenge dette skjer innenfor totalforsvaret. Den utvidede disposisjonsretten gir dermed FMA en rett til å gi innsyn i eller overlevere kildekode og virkemåten til programvaren til KDA så langt det er nødvendig for å ivareta den utvidede disposisjonsretten.

Avtalerevisjon – bristende forutsetninger

Lividi har subsidiært gjort gjeldende at 2020-avtalen er delvis ugyldig etter avtaleloven § 33, alternativt § 36, etter læren om bristende forutsetninger som følge av FMAs «dobbeltspill». Lagmannsretten har imidlertid ovenfor konkludert med at det ikke er sannsynliggjort at FMA bevisst eller i strid med redelighet og god tro har ført Lividi bak lyset. Det er da heller ikke grunnlag for en avtalerevisjon som anført av Lividi.

Forbudsdom

Det er ikke holdepunkter i bevisførselen for at FMA vil la KDA produsere og distribuere et produkt som inneholder programvare som er ulovlig å distribuere på grunn av Lividis rettigheter. Likeledes er det heller ikke holdepunkter for at KDA på annen måte vil bruke kildekoden til andre formål enn det som følger av avtalen eller lovbestemte begrensninger. Lividis krav om preventiv forbudsdom i medhold av åndsverkloven § 78 eller forretningshemmelighetsloven § 5 kan derfor ikke føre frem.

Konklusjon og sakskostnader

Lagmannsrettens resultat innebærer at anken over punkt 1 i tingrettens domsslutning forkastes.

Staten ved Forsvarsdepartementet har vunnet saken, og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første og andre ledd krav på erstatning for sine sakskostnader.

Lagmannsretten har vurdert om det foreligger slike tungtveiende grunner som nevnt i tvisteloven § 20-2 (3) som gjør det rimelig at Lividi fritas for erstatningsansvar.

Saken har ikke budt på tvil. Lagmannsretten har ovenfor kommet til at FMA med fordel kunne vært tydeligere i kommunikasjonen med Lividi i forhandlingsfasen om 2020-avtalen. Som redegjort for ovenfor, har det også vært intern uenighet i FMA om hvilken kontraktsstruktur man burde velge i forhandlingene med Lividi om en Fase 2-avtale. Selv om saken også har vært viktig for Lividi, finner lagmannsretten imidlertid at det ikke foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner til å frita selskapet for kostnadsansvaret. Lividi har like før ankeforhandlingen tilbudt at FMA kan kjøpe Lividis rettigheter til Hermod-programvaren. Etter lagmannsrettens vurdering er heller ikke dette tilbudet, verken alene eller vurdert sammen med øvrige nevnte momenter, tilstrekkelig tungtveiende til å fravike hovedregelen om kostnadsansvar for tapende part.

Advokat Dahl har for lagmannsretten fremlagt en sakskostnadsoppgave på i alt 542 122 kroner. Salær til prosessfullmektigen utgjør 356 400 kroner, utgifter til transkribering av forklaringene fra tingretten utgjør 73 017 kroner og utgifter til vitnet Salvesen er belastet med 111 940 kroner. I tillegg kommer andre utgifter på 765 kroner. Lividi har protestert på kostnadene til vitnet Salvesen, som anføres ikke å ha vært nødvendige kostnader.

Vitnet Salvesen er innleid av FMA som konsulent for å arbeide med Hermod-programvaren, og etter lagmannsrettens vurdering er kostnadene for hans arbeide i forbindelse med saken nødvendig. Først kort tid før ankeforhandlingen fikk FMA fullstendig tilgang til kildekoden til programvaren utviklet av Lividi etter 28. januar 2020. Salvesens arbeide med å gjennomgå denne som forberedelse til ankeforhandlingen, er etter lagmannsretten syn nødvendige kostnader for at staten skal kunne ivareta sine interesser i den rettslige tvisten.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at staten skal ha erstatning for samtlige poster i den inngitte kostnadsoppgaven fordi kostnadene har vært nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5. Staten tilkjennes etter dette 542 122 kroner i sakskostnader for lagmannsretten.

Staten ble også tilkjent sakskostnader for tingretten, og lagmannsretten ser ikke grunn til å endre tingrettens avgjørelse, jf. tvisteloven § 20-9 første og andre ledd.

Avgjørelsen er på grunn av sakens omfang avsagt etter lovens frist på fire uker.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.
2. Lividi AS dømmes til innen 2 – to – uker å betale 542 122 – femhundreogførtitotusenettthundreogtjueto – kroner i sakskostnader til staten ved Forsvarsdepartementet.

1 Tilføyd av Lovdata.