

Land	Norge
Domstol	Borgarting lagmannsrett
Parter	ClientPartner AS mod Diesel Power AS
Dato for afgørelse	25. april 2005
Afgørelsestype	Dom
Status	Retskraftig
Dato for publicering i domsdatabasen	10. juni 2020
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	s. 156, 374, 377, 391
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik en udviklingsaftale, hvor parterne efter opståede tvister, indgik en forligsaftale. Efterfølgende opstod der uenighed om, hvorvidt forligsaftalen indeholdt en bindende tidsfrist for færdiggørelsen af projektet. Retten fandt, at dette ikke var tilfældet og afviste endvidere, at leverandøren havde handlet uagtsomt i forhold til den forudsatte fremdrift. Kunden fik derfor ikke medhold i, at leverandøren var i misligholdelse som følge af forsinkelsen. Parterne havde også indgået en driftsaftale. Kunden hævdede at have ret til at ophæve aftalen, idet kundens systemer i en ASP/SaaS-løsning var utilgængelige i flere dage. Nedbruddet førte til, at den garanterede opetid på 99,7 pct. pr. kalendermåned ikke blev overholdt den pågældende måned. Retten fastslog, at garantisvigtet ikke berettigede ophævelse. Retten tillagde proportionalitets- og værdispildsbetragtninger betydning, samt lagde afgørende vægt på, at leverandøren gjorde alt, hvad der var muligt for at afhjælpe fejlen, og at fejlen gradvist blev løst inden for et par dage. Retten bemærkede desuden, at der vil fra tid til anden forekomme nedbrud af en vis varighed i sådanne systemer.

Nøgleord: garantisvigt, forligsaftale, driftsaftale, udviklingsaftale, misligholdelse, forsinkelse, proportionalitets- og værdispildsbetragtninger

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-2004-11355

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom.
Dato	2005-04-25
Publisert	LB-2004-11355
Stikkord	Avtalerett. Avtale stiftet ved passivitet og konkludent adferd. Erstatning for positiv kontraktsinteresse ved kontraktsbrudd.
Sammendrag	Selskap A hadde satt bort driften av hele sitt IT-behov til B, som etter noen måneder gikk konkurs. C kjøpte virksomheten av Bs konkursbo og fortsatte å drifte As IT-behov i flere måneder inntil A med noen dagers varsel meddelte at det hadde skiftet leverandør. Lagmannsretten fant at A gjennom passivitet og konkludent adferd hadde akseptert at C trådte inn i og videreførte As avtale med B, slik at A ble ansvarlig for den positive kontraktsinteresse på grunn av kontraktsbruddet. Det ble ikke ansett å foreligge slike mangler ved Cs ytelse at det ga grunnlag for å heve kontrakten eller kreve erstatning.
Saksgang	Drammen tingrett – Borgarting lagmannsrett LB-2004-11355. Anke til Høyesterett nektet fremmet, HR-2005-1277-U.
Parter	ClientPartner AS (Advokat Frode Strømø) mot Diesel Power AS (Advokat Sverre Olav Skogrand).
Forfatter	Lagdommer Svein Dahl. Lagdommer Ellen Mo. Ekstraordinær lagdommer Terje Alfsen.

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett – Dom. - LB-2004-11355	1
Innholdsfortegnelse	2

Saken gjelder spørsmålet om det foreligger en avtale om levering av ASP-tjenester – og hva innholdet av en eventuell avtale er. Subsidiært gjelder saken om det foreligger mangler ved leveransen som gir grunnlag for hevning og erstatning.

Diesel Power AS er et selskap som driver med import og salg av Mitsubishi dieselmotorer til små og mellomstore fartøyer, samt egen produksjon og salg av dieselaggregater. Selskapet baserte seg tidligere på interne dataløsninger med ekstern konsulentbistand, men inngikk 6. november 2001 avtale med Intellinet ASA (heretter Intellinet) om levering av ASP-tjenester fra og med 2002. ASP står for Application Service Provider og innebærer at ASP-leverandøren drifter kundens totale IT-behov. Dette skjer fra leverandørens datasentral slik at kunden får tilgang sine egne data på et skjerm bilde via internett. For Diesel Power innebar dette at all databehandling inkludert regnskaper, fakturering, varelager, lønninger, kundedata, kalkyler og prosjekteringer etc. ble driftet av Intellinet gjennom ASP-avtalen.

Intellinet fikk økonomiske problemer første halvår 2002 og konkurs ble åpnet 15. juli 2002. Den 19. juli ble det inngått avtale mellom konkursboet som selger og Braathe- Gruppen v/ClientPartner AS som kjøper. I henhold til punkt 1 i avtalen skal kjøperen videreføre Intellinets virksomhet. Salgsgjenstanden er etter punkt 2 den virksomhet selskapet har drevet i Sandefjord, Asker og Stavanger, samt driftstilbehør. Når det gjelder forholdet til løpende avtaler, heter det i avtalens punkt 6:

6.1 Innkjøps- og kundeavtaler og andre løpende avtaler

Kjøperen skal, i forhold til Boet, ha rett til å tre inn i alle løpende avtaler Intellinet ASA måtte ha vedrørende kunder og innkjøp m.v. som har betydning for virksomheten som Kjøper overtar. Boet kan ikke innestå for at avtalemotparter aksepterer slik inntreden, eller at eksisterende avtalevilkår opprettholdes. Kjøper skal imidlertid ha en ubeskåret rett til å forhandle med den enkelte avtalemotpart om inntreden eller nye avtaler.

Dersom Kjøper konkret krever det (for den enkelte avtale), skal Boet tre inn i de aktuelle avtaler i henhold til Boets inntrederett etter Dekningslovens kapittel 7, forutsatt at Kjøper garanterer å holde boet skadesløs for slik inntreden. Kjøper skal stille sikkerhet for denne garantien dersom Boet finner dette nødvendig.

Kjøper forplikter seg til, innen 4 – fire – uker fra konkursåpningen å tilkjenne skriftlig hvilke konkrete avtaler som ønskes videreført eller overtatt, eventuelt etter reforhandling, av Kjøper.

Kjøper forplikter seg til å håndtere og honorere samtlige løpende avtaler tilknyttet den virksomhet som overtas på Boets hånd fra og med konkursåpning inntil Kjøper har tilkjenne hvilke avtaler som ønskes videreført. For de avtaler som ikke ønskes videreført skal beslutning om dette sendes Boet. Kopi av beslutningen skal sendes den enkelte avtalemotpart.

Kjøper skal likevel mot rimelig vederlag fra kunden forsøke å opprettholde tjenesten inntil kunden har funnet alternativ leverandør dersom Kjøper ikke trer inn i kontrakten.

ClientPartner AS, som nå har skiftet navn til Axesspartner AS, men som likevel i det følgende benevnes som ClientPartner, er et IT-selskap som ble stiftet i 1989. Det har vært ASP-leverandør siden 1999 og hadde forut for avtalen med konkursboet ca 15 ASP-kunder. Selskapet er et selskap i Braathe-Gruppen, hvor Braathe AS er morselskap. Andre selskaper i gruppen leverer ISP-tjenester, datakonsulenttjenester m.m. Totalt hadde gruppen ca 20 ansatte forut for oppkjøpet av Intellinets virksomhet, og deretter var det ca 30 ansatte høsten 2002.

Samme dag som avtalen med konkursboet ble inngått, den 19. juli 2002, ble det sendt ut en pressemelding fra Braathe-Gruppen, som også ble lagt ut på dens websider. Her heter det blant annet:

Braathe-Gruppen har i dag, 19. juli 2002, fått tilslaget på Intellinets konkursbo. Dette innebærer overtakelse av alle kundeavtaler, driftsløsøre og enkelte ansatte.

.....

.....

Vi vil i overgangsperioden sikre all drift og det vil ikke oppleves nedetid hverken for ASP- eller ISP-kunder

.....

.....

I en epost fra ClientPartners daglige leder til alle Intellinets kunder den 19. juli 2002 het det:

Braathe-Gruppen har i dag inngått avtale med Intellinets konkursbo om kjøp av Intellinets virksomhet i Norge.

Vi vil videreføre alle kundeavtaler. Det medfører at for deg som kunde vil du ikke oppleve nedetid. Har dere spørsmål om overtakelsen kan du finne mer informasjon på www.Braathe.no eller www.Braathe.no/Intellinet. Vi vil ta kontakt med dere så snart vi har mer informasjon å gi.

Vårt kundesenter kan kontaktes på Support@ClientPartner.no eller telefon 69013000.

Den 21. juli ble det også sendt epost til alle Intellinets kunder fra styreformannen i Braathe- Gruppen. Her heter det blant annet:

Braathe-Gruppen overtok fredag 19. juli 2002 alle kundeavtaler fra konkursboet til Intellinet ASA, etter at de ble slått konkurs mandag 15. juli 2002.

.....

.....

Braathe-Gruppen vil videreføre de tjenester som kundene har hatt hos Intellinet ASA. Vi gjør vårt ytterste for at overtakelsen skal få minst mulige negative konsekvenser for dere som brukere, og håper å beholde dere alle som langsiktige kunder. Informasjon for tidligere kunder og leverandører av Intellinet blir fortløpende lagt ut på adressen <http://www.Braathe.no/Intellinet>. Henvendelser angående overtakelsen kan sendes til: Intellinet@Braathe.no.

Den 22. juli sendte ClientPartners daglige leder epost til alle ISP-kundene med tilsvarende orientering om overtagelsen. Videre sto det: «Vi ber om at dere benytter de tjenester dere har i dag som før, og håper vi kan få et godt kundeforhold i tiden fremover». Denne eposten ble også blitt sendt til Diesel Power, hvor økonomisjef Steinar Lund besvarte den slik:

Vi er glade for at konkursen ikke har medført problemer for oss hittil og ser frem til samarbeidet. Vi håper at det gode servicenivå og tilgjengelighet hos helpdesk blir opprettholdt. Med vennlig hilsen Diesel Power AS Steinar Lund.

Den 23. juli sendte Braathe-Gruppen et orienteringsbrev til Intellinets kunder, undertegnet av gruppens konsernsjef og styreformann. Første avsnitt i dette brev lyder:

Jeg viser til den informasjon som tidligere er utsendt fra konkursboet i Intellinet AS.

Den driftsmessige situasjon er nå avklart. Konkursboet har overdradd virksomheten til Braathe-Gruppen, som har påtatt seg alt ansvar og overtatt alle rettigheter etter kundeavtalene, jfr. dekningsloven § 7-3. Vi trer inn i de eksisterende kundeavtalene. Se for øvrig vedlagte orientering fra vår advokat.

.....

.....

Den orientering fra selskapets advokat som det vises til, er en uttalelse datert 22. juli 2002. Det er enighet om at den gir en misvisende orientering når det gjelder den adgang Intellinets kunder har til å si opp kontraktene i en slik konkurssituasjon.

Den 29. juli sendte ClientPartener sin første faktura til Diesel Power med et følgebrev som redegjorde for grunnlaget for fakturaen. Fakturaen dekket forskuddsbetaling for 1 1/2 måned. Forskuddsbetaling er vanlig

praksis i bransjen. Fakturaen ble betalt. I august 2002 ble det utstedt faktura for september måned, som også ble betalt, slik også de følgende fakturaer ut over høsten 2002 ble.

Det var videre noe korrespondanse mellom partene – hovedsakelig ved epost – i august og september i forbindelse med enkelte operative spørsmål og vedrørende kapasiteten på helpdesken.

Den 1. november 2002 sendte ClientPartner ut en epost til sine kunder om at flytting av driftsentralen fra Sandefjord til Rygge ville medføre driftstans i helgen fra fredag 8. november kl 17.00 til søndag 10. november kl 23.00. Diesel Power er av den oppfatning at de ikke har fått denne epost og at de først senere og mer tilfeldig fikk kjennskap til flyttingen. Det er ikke opplyst at flyttingen som sådan medførte noen problemer for Diesel Power.

Den 12. november 2002 ble det etter initiativ fra ClientPower avholdt et møte mellom partene. Fra Diesel Powers side deltok Arnljot Kristiansen, administrerende direktør, og Steinar Lund, økonomisjef. Fra ClientPartner møtte Geir Rønning, prosjektleder/kundekoordinator. Av møtereferatet fremgår det at hensikten med møtet var å bli kjent og å få Diesel Powers syn på hvordan ASP-løsningen fungerte. Det ble referert 14 punkter med forhold som ble tatt opp fra Diesel Powers side, og det ble satt opp en oppgaveliste på 7 punkter som skulle forbedres eller som ClientPartner skulle gi svar på.

Fredag ettermiddag den 15. november brøt ASP-systemet sammen. Det er omstridt hvor lenge systemet var nede. Det er på det rene at det kom gradvis i gang igjen i løpet av den påfølgende uke slik at det var delvis reetablert i begynnelsen av uken. Det er uenighet om systemet var i full drift i løpet av torsdag 21. november eller først uken etter. Den 20. november sendte Diesel Power brev med klage på dette sammenbruddet og bebudet erstatningskrav. Brevet ble besvart den 9. desember, hvor ClientPartner redegjorde for hva som var gjort for å forhindre lignende hendelser i fremtiden. Diesel Power ble lovet 50 % rabatt på neste faktura som kompensasjon.

Den 5. desember var også systemet hos Diesel Power nede mesteparten av dagen. Det synes å være på det rene at dette ikke skyldtes ASP-systemet som sådant, men heller at Diesel Powers software system, Mamut, ikke evnet å ta i mot data i den form Diesel Power produserte dem. Ansvaret for dette er det imidlertid ikke enighet om hvem som har.

I epost 11. desember kom ClientPartner tilbake til den nevnte oppgaveliste fra det avholdte møte. Samme dag svarte Diesel Powers administrerende direktør i epost: «Vi har valgt ny ASP leverandør, brev vil bli sendt til dere i dag».

Brevet er også datert 11. desember og lyder:

Diesel Power AS meddeler med dette at vi har valgt å gå over til annen ASP-leverandør.

Diesel Power ønsker å overføre ASP med virkning fra 16.12.02. I denne forbindelse ber vi dere oppgi de kontaktpersoner som vil bistå i forbindelse med overføringen.

Det viste seg senere, under sakens behandling for tingretten, at Diesel Power helt siden september hadde forhandlet med andre leverandører og at det den 30. september 2002 var blitt inngått rammeavtale med ny leverandør. Rammeavtalen fastsatte i detalj tidspunkter for forprosjekt og systemtest i november og med oppstart i desember.

Meldingen om skifte av leverandør førte til en del korrespondanse mellom partene, hvor ClientPartner ga uttrykk for at det forelå en bindende avtale om videreføring av avtalen mellom Diesel Power og Intellinet og at denne hadde varighet frem til 31. desember 2004. Dette ble bestridt av Diesel Power, som på sin side ga uttrykk for at de hadde betraktet den tid som hadde gått siden juli, som en testperiode som ClientPartner ikke hadde bestått.

Det ble ikke oppnådd enighet mellom partene, og Client Partner reiste søksmål med krav om erstatning. Drammen tingrett avsa 3. februar 2004 dom med slik *domsslutning*:

1. Diesel Power AS frifinnes.
2. Diesel Power AS tilkjennes sakens omkostninger med 115.000 – etthundreogfemtentusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 14 – fjorten – dager etter dommens forkynnelse frem til betaling skjer.

ClientPartner har i rett tid påanket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling ble avholdt i Oslo 30. mars – 1. april 2005. Det ble avgitt partsforklaringer og avhørt 5 vitner og ellers foretatt slik dokumentasjon som rettsboken viser.

ClientPartner AS har i korthet anført:

Når en ser på den totale kontakt mellom partene fra 19. juli 2002 og utover høsten, viser den at ClientPartner ga uttrykk for ønske om å videreføre kundeforholdet til Diesel Power. Samlet sett utgjør alle henvendelsene fra ClientPower et tilbud om å videreføre en avtale med samme innhold som den avtale Diesel Power hadde med Intellinet. På samme måte må Diesel Powers samlede handlemåte vurderes som en aksept av ClientPartners tilbud om å videreføre avtalen. De mottok informasjon fra ClientPartner om videreføring, de mottok fakturaer som ble betalt, og de deltok på møtet den 12. november. Ikke på noe tidspunkt ga de uttrykk for at de betraktet denne periode som en testperiode eller at de ikke ønsket å videreføre avtaleforholdet.

Denne kombinasjon av konkludent adferd og passivitet sommeren og høsten 2002 må innebære at bindende avtale anses inngått mellom partene. Når det gjelder det nærmere innhold av avtalen, må det være det samme som i den opprinnelige avtale mellom Diesel Power og Intellinet. Det er altså denne avtale som skal videreføres. Subsidiært anføres det at avtalen mellom partene må ha en varighet som samsvarer med bransjestandard, det vil si en minimums kontraktsperiode på ett år.

Videre gjøres det gjeldende at det ikke er grunnlag for å betrakte avtalen som ugyldig på grunn av desinformasjon og villedning eller svik. Det er heller ikke grunnlag for å foreta noen avtalerevisjon. Dette innebærer at avtalen mellom partene har gyldighet til 31. desember 2004.

Det er heller ikke grunnlag for å heve avtalen. Når det gjelder de enkelte punkter som er påberopt som hevningsgrunn, bemerkes:

Datakrasjet.

Det aksepteres at dette utgjør en mangel ved leveransen. Sammenbruddet var imidlertid kortvarig og ble raskt utbedret på en slik måte at faren for gjentakelse var så liten som teknisk mulig ved denne type leveranser. Dette datasammenbruddet kan derfor ikke benyttes som grunnlag for hevning.

Brudd på opptidsgarantien.

Dette var en direkte følge av sammenbruddet. Det kan ikke påberopes som en selvstendig mangel. Uansett er det ikke så vesentlig at det kan utgjøre hevningsgrunnlag.

Systemfeil 5. desember.

Dette skyldtes kundens softwareprogram og ikke ASP-systemet. Det ble også utbedret innenfor softwaresystemet. Det var Diesel Powers egne data som ikke var kompatible med programmet. Det er kunden selv som velger et program. Programmet var tilgjengelig fra ASP-leverandørens side, men de data som ble levert fra Diesel Power, kunne ikke kjøres.

Redundante løsninger.

ClientPartner benyttet redundante løsninger på samme måte som Intellinet. De hadde overtatt alt utstyret som Intellinet brukte og videreførte dette overfor kundene. At det oppsto et totalsammenbrudd, er ikke et bevis på det motsatte. Problemet var ikke systemets hardwareutstyr, men software. Dette utgjør ingen mangel som kan påberopes som grunnlag for hevning.

Feilkobling.

Det er på det rene at det forelå en feilkobling på noen av Diesel Powers PC-er. Denne feil forelå fra før ClientPartner overtok. Ansvar for koblingene i det lokale utstyr er imidlertid Diesel Powers eget ansvar. Dette representerer derfor ingen mangel. Subsidiært anføres det at dersom det betraktes som en mangel, er ClientPartner bare ansvarlig for perioden fra de overtok i juli. Dette utgjør ca kr 8.000 og kan ikke gi hevningsrett.

Linjekapasiteten.

Diesel Powers anførsel her må være uriktig da det ikke er teknisk mulig at det kunne oppstå en slik redusert linjekapasitet som påberopt. I så fall må det ha helt andre årsaker. Det er også underlig at dette ikke ble tatt opp dersom linjekapasiteten skapte så store problemer som nå påberopes.

Oppdatering av Mamutsystemet.

Dette er en del av kontrakten, og det er en forutsetning at det skal skje innen rimelig tid når en ny versjon er klar og godkjent. Den nye Mamutversjonen var først godkjent i slutten av desember, og da fikk de andre kundene dette installert. I avtaleforholdet er dette derfor ingen mangel.

Supporttjenesten.

Dette er en viktig del av leveransen. ClientPartner hadde overtatt Intellinets ansatte og kapasiteten ble dessuten ytterligere økt. Det er ikke dokumentert at ClientPartner ikke tilfredsstilte kontraktens krav på dette punkt.

Varslet prisøkning.

Bakgrunnen for dette var at linjer måtte skiftes ut. Prisøkningen ble aldri iverksatt. Varslet i seg selv kan ikke utgjøre et antisipert mislighold som gir grunnlag for hevning av kontrakten.

Kjøring av programmer utenfor ASP.

Alle de programmer som skulle kjøres innenfor ASP-avtalen, ble kjørt. Intellitet hadde arbeidet med nye programmer, men hadde ikke lyktes. Diesel Power tok aldri dette opp med ClientPartner. Slike nye programmer er ikke omtalt i kontrakten og utgjør ingen mangel.

Varsel om nedetid ved flytting.

Varsel om dette ble sendt ut 1. november 2002. Det er vanskelig å forstå at Diesel Power ikke har mottatt dette varsel når alle andre kunder mottok det. E-mailen var også i den backupd som nå er fremlagt. Dessuten er det åpenbart at Diesel Power ikke fikk noen problemer på grunn av flyttingen – de registrerte overhode ikke at flyttingen var foretatt.

Månedlige rapporter.

Dette er kontraktsfestet. Slike rapporter ble imidlertid aldri etterspurt av Diesel Power. Det er likevel riktig at manglende rapporter i utgangspunktet er en mangel, men dette kunne Diesel Power ha tatt opp og fått det brakt i orden. Det kan ikke nå utgjøre noen hevningsgrunn.

Når man vurderer alle de påberopte mangler under ett, er det bare datasammenbruddet den 15. november som isolert sett er en vesentlig mangel. Den ble imidlertid utbedret i god tid før Diesel Power hevet avtalen, og utbedringen ble foretatt slik at muligheten for gjentakelse ble minimalisert. Når det gjelder de øvrige påberopte mangler, kan de verken hver for seg eller samlet anses som så vesentlige at de gir grunnlag for hevning.

Konsekvensen av dette er at Diesel Power urettmessig har hevet kontrakten. Dette er et kontraktsbrudd som berettiger ClientPartner til erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Når det gjelder Diesel Powers motkrav, er det ikke grunnlag for å kreve tappt fortjeneste på grunn av sammenbruddet. Et slikt krav forutsetter etter kontrakten grov uaktsomhet eller forsett. Her har ClientPartner brukt det best tilgjengelige utstyr, nemlig det samme utstyr som Intellinet hadde brukt. Det er heller ikke grunnlag for et krav for påstått mangelfull tilbakelevering av data. Alle data og filer tilhørende Diesel Power er tilbakelevert. Når det gjelder den påberopte strømgjeld på grunn av feilkobling, er dette ikke en mangel etter kontrakten og ikke ClientPartners ansvar.

ClientPartner AS har nedlagt slik påstand:

1. Diesel Power AS betaler utestående fakturabeløp på til sammen NOK 22485,35 til Axessparter AS med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3, 1. ledd på NOK 439,86 fra 10. september 2002 til betaling skjer, NOK 190,78 fra 6. oktober 2002 til betaling skjer, NOK 16.244 fra 1. desember 2002 til

betaling skjer, NOK 385,71 fra 25. desember 2002 til betaling skjer, NOK 3980 fra 10. januar 2003 til betaling skjer og på NOK 1245 fra 7. februar 2003 til betaling skjer.

2. Diesel Power AS dømmes til å betale erstatning til Axesspartner AS fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til NOK 343.914 med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven fra 31. desember 2003 til betaling skjer.
3. Diesel Power betaler Axesspartner AS' saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven fra to uker etter forkynnelse av lagmannsrettens dom og til betaling skjer.

Diesel Power AS har i korthet anført:

For at det skal foreligge en avtale, må det være fremsatt et tilbud som er akseptert. I dette tilfelle foreligger det intet tilbud fra ClientPartner. De har bare informert om at de har trådt inn i et avtaleforhold og påsto i tillegg feilaktig at det ville være et kontraktsbrudd hvis Intellinets kunder trådte ut. Dette er ikke et tilbud i avtalerettslig forstand.

Selv om korrespondansen skulle anses som et tilbud, foreligger det ingen aksept fra Diesel Powers side. Diesel Power vurderte kvaliteten på ClientPartners leveranse og var ikke fornøyd. Dertil kom at de så hvordan ClientPartner behandlet andre kunder. Dette var bakgrunnen for den passivitet Diesel Power utviste. I dette tilfelle kan slik passivitet ikke betraktes som aksept av et tilbud. Passivitetsreglene skal ikke beskytte en illojal medkontrahent som med rettsstridig opptreden skaper redsel. Passiviteten er her ikke uttrykk for en dispositiv vilje. Det er ClientPartner som selv har fremkalt passiviteten med sin desinformasjon og sitt press og ved ikke å ha fortalt hva det reelle innhold av kontrakten med konkursboet var. At et avtaleforhold ikke oppstår i en slik situasjon, følger også av avtaleloven § 33 om redelighet og god tro.

Konklusjonen er at det mellom partene høsten 2002 ikke forelå noe avtaleforhold ut over det som fulgte av den månedlige forskuddsbetalte ytelse.

Subsidiært gjøres det gjeldende at et eventuelt avtaleforhold kunne heves på grunn av vesentlig mislighold:

Det store datakrasjet.

Her ble hele leveransen borte. Det vedvarte fra fredag 15. november t.o.m. torsdag 21. november. Heller ikke da var systemet fullt reetablert. ClientPartner har skriftlig selv vedgått at dette var en skandale. Det må da klart også være et vesentlig mislighold. Et system som fungerer uten slikt sammenbrudd, er en tilsikret egenskap.

Andre brudd på linjene/nedetid.

Det var stadige brudd på linjen etter at ClientPartner overtok. Det er uten betydning om dette skyldtes softwaresystemet Mamut eller andre forhold. Mamut var en del av leveransen. Diesel Power har ikke notert alle de forskjellige brudd, men dette hadde vært dokumenterbart dersom ClientPartner hadde sendt de månedlige rapporter som de var forpliktet til etter kontrakten.

Feilkoblingen.

Koblinger var Intellinets ansvar etter kontrakten. Da må også ClientPartner stå ansvarlig for feilkoblinger når de hevder å ha trådt inn i og videreført kontrakten.

Varsel om prisøkning.

Dette var en fastpriskontrakt uten adgang til prisøkning. Når ClientPartner da varsler om prisøkning, utgjør det et antisipert mislighold som gir grunnlag for å heve kontrakten.

Manglende rapportering.

De månedlige rapportene skulle blant annet vise oppe- og nedetid. At Diesel Power ikke fikk slike rapporter, utgjør en mangel.

Helpdesk/support.

Servicetelefonen fungerte ikke og man opplevde aldri noen forbedring. ClientPartners regnskaper viser at de hadde sterkt økende salgsinntekter etter overtakelsen av Intellinets kunder, men de tilpasset ikke bemanningen for å betjene de nye kunder de hadde tatt over.

Ikkeredundante løsninger.

ClientPartner har ikke dokumentert at de hadde redundante løsninger. De har heller ikke dokumentert at de overtok Intellinets utstyr og leasingkontrakter. At et sammenbrudd kunne skje slik som 15. november, viser klart at det ikke forelå redundante løsninger.

Flere applikasjoner.

Det var en klar forutsetning i avtalen mellom Diesel Power og Intellinet at det skulle utarbeides flere applikasjoner. Intellinet arbeidet med dette i flere måneder uten å lykkes. Dette var en del av kontraktsforholdet som ClientPartner i tilfelle må ha overtatt.

Flytting av driftsentralen.

Diesel Power fikk aldri noe varsel om dette og hørte om det første gang under møtet den 12. november.

Nedetid 5. desember.

Mamutsystemet var nede hele dagen. Det følger av den opprinnelige kontrakt at dette var Intellinets ansvar, og da må det være ClientPartners ansvar når de har videreført avtaleforholdet.

Mamutoppdatering.

Den nye versjonen var klar allerede tidlig på høsten. Problemet var at den formelle godkjenning skulle gjøres av ClientPartner selv. At den nye versjonen ikke ble godkjent og installert utgjør en vesentlig mangel.

Det forhold at ClientPartner utbedret de feil som lå til grunn for det store sammenbruddet den 15. november, hindrer ikke Diesel Power i å heve kontrakten. Dette er en tjenesteytelse og ikke levering av datautstyr. De regler som ellers gjelder for rett til å utbedre, er derfor ikke anvendelige i dette tilfelle.

Subsidiært gjøres det gjeldende at dersom Diesel Power ikke hadde hevningsrett, må Intellinetavtalens bindingstid reduseres. En kortere bindingstid er i tråd med bransjens standardavtaler og kan bygges på avtalelovens § 33 og § 36.

Motkravet:

Diesel Power har et motkrav basert på tapt omsetning de dagene systemet var helt nede. Kravet utgjør kr 380.000. ClientPartner har utvist grov uaktsomhet ved å anvende ikkeredudante løsninger.

Diesel Power har også anslått et tap på kr 200.000 på grunn av at data ikke er tilbakelevert. Dette utgjør et forsettlig avtalebrudd.

I tillegg til disse beløp kreves kr 8.647 til dekning av telekostnader i forbindelse med feilkoblingen.

Diesel Power AS har nedlagt slik *påstand*:

1. Drammen tingretts dom stadfestes.
2. ClientPartner AS dømmes til å erstatte Diesel Power AS saksomkostninger for lagmannsretten med tillegg av lovens misligholdsrente fra 14 – fjorten – dager etter dommens forkynnelse frem til betaling skjer.

Lagmannsretten bemerker:

Når det gjelder spørsmålet om det er etablert et avtaleforhold mellom ClientPartner og Diesel Power ut over en rent midlertidig overgangsordning, har lagmannsretten kommet til samme resultat som tingretten.

Når man foretar en samlet vurdering av den kommunikasjon som utgikk fra ClientPartner de første dagene etter avtalen med konkursboet og som er referert foran, etterlater det etter lagmannsrettens oppfatning liten tvil om at dette må vurderes som et tilbud. I eposten av 21. juli fra Braathe-Gruppens styreformann sies det således at ClientPartner vil gjøre sitt ytterste for at overtakelsen skal få minst mulig negative konsekvenser «og håper å beholde dere alle som langsiktige kunder». I eposten fra ClientPartners daglige leder den 23. juli sies det: «Vi ber om at dere benytter de tjenester dere har i dag som før, og håper vi kan få et godt kundeforhold i tiden fremover.»

Disse epostene må vurderes under ett, sammen med den øvrige kommunikasjon, på bakgrunn av den situasjon som forelå. ClientPartner hadde avtalt med Intellinets konkursbo å overta og videreføre virksomheten med rett til – i forhold til boet – å tre inn i alle løpende avtaler. ClientPartners overtakelse av virksomheten var det utførlig orientert om – riktignok misvisende når det gjaldt kundenes rettslige plikter. Når epostene tolkes ut fra denne situasjonen, er det som nevnt lagmannsrettens syn naturlig å legge til grunn at ClientPartner med dette fremsatte et tilbud.

Det er enighet om at avtalen med boet ikke ga ClientPartner noen juridisk rett i forhold til kundene til å overta eller tre inn i de løpende avtaler. Brevet fra Braathe-Gruppen den 23. juli, hvor brev av 22. juli fra selskapets advokat var vedlagt, ga således et misvisende bilde av den rettslige situasjon på dette punkt. Det er imidlertid uten betydning for forholdet til Diesel Power, som har erkjent at selskapet var klar over sin rettslige posisjon i forhold til ClientPartner og ikke ble misledet av brevet eller advokatens brev.

Spørsmålet er da om Diesel Power kan sies å ha akseptert tilbudet.

I den situasjon som forelå var det naturlig at kundene fikk rimelig tid til både å vurdere ClientPartner og å områ seg for øvrig. Situasjonen tilsa imidlertid ikke slike grundige forundersøkelser som fremhevet av Diesel Power i forbindelse med etablering av et helt nytt APS kontraktsforhold. Her overtok den nye leverandør de maskiner og de løsninger som var valgt og utprøvet av kundene. Kontrakten med konkursboet må også forstås slik at ClientPartner overfor boet hadde påtatt seg å opprettholde APS-tjenesten i en viss periode inntil kundene eventuelt hadde funnet ny leverandør. Spørsmålet om Diesel Power aksepterte ClientPartners tilbud må imidlertid vurderes ut fra Diesel Powers opptreden overfor ClientPartner i perioden etter 19. juli, løsrevet fra hva ClientPartner måtte ha forpliktet seg til overfor boet.

Diesel Power mottok de eposter og annen kommunikasjon som er nevnt foran. Som svar på eposten fra ClientPartners daglige leder den 23. juli hvor det uttrykkes håp om godt kundeforhold i tiden fremover, svarte Diesel Powers økonomisjef Steinar Lund slik: «Vi er glade for at konkursen ikke har medført problemer for oss hittil og ser frem til samarbeidet. Vi håper at det gode servicenivå og tilgjengelighet hos helpdesk blir opprettholdt.»

I slutten av juli forhånds fakturerte ClientPartner for perioden 15. juli til 30. august. I et brev som fulgte fakturaen ble fakturagrunnlaget nærmere forklart og det ble gjort oppmerksom på at neste faktura ville komme i løpet av et par uker og gjelde for september. I brevet sies det videre: «Hvis dere skulle ha spørsmål eller kommentarer til oss i forbindelse med overgangen, ber vi om at dere tar kontakt med oss på Intellinet@Braathe.no.» Både denne fakturaen fra september og de etterfølgende fakturaer ut over høsten ble betalt uten kommentarer.

Etter initiativ fra ClientPartner ble det den 12. november avholdt et møte for at partene skulle bli kjent med hverandre og hvor Diesel Power kunne gi uttrykk for sine erfaringer med APS-leveransen. Både Diesel Powers administrerende direktør og økonomisjef var til stede. Det ble satt opp en oppgaveliste med forhold som ClientPartner skulle rette opp eller gi svar på. Intet ble sagt om at Diesel Power ikke ønsket å ha et avtalemessig forhold til ClientPartner eller at de anså seg ubundet.

Tre dager senere inntraff det store datasammenbruddet. Heller ikke nå ga Diesel Power uttrykk for at selskapet var avtalemessig ubundet eller at de ville bryte det forretningsmessige forholdet til ClientPartner på grunn av mislighold. Det brev som ble skrevet av Diesel Powers administrerende direktør ga uttrykk for at de ikke var fornøyd med de forklaringer som var gitt og at det var en skandale at systemet ikke var oppe igjen etter nesten fem døgn. For øvrig ble det bebudet et erstatningskrav for det økonomiske tap.

I epost av 11. desember til Diesel Powers administrerende direktør kom ClientPartner tilbake til den nevnte oppgaveliste som ble satt opp etter møtet den 12. november. Som svar fikk han samme dag følgende epost: «Vi har valgt ny ASP-leverandør, brev vil bli sendt dere i dag». I brevet, også av 11. desember, meddeler så Diesel Power at de har valgt å gå over til annen leverandør med virkning fra 16. desember. Det påberopes ikke

mangler ved ClientPartners leveranse eller gis noen begrunnelse for øvrig – brevet er kun en kort meddelelse om skifte av leverandør. Først da saken sto for tingretten ble det klarlagt at Diesel Power allerede den 30. september hadde inngått rammeavtale med en ny ASP-leverandør for en periode av 36 måneder. I rammeavtalen var det fastlagt detaljert fremdriftsplan med gjennomført forprosjekt satt til 8. november, gjennomført implementering og klart for systemtest 29. november og oppstartsday den 12. desember.

Etter lagmannsrettens vurdering hadde Diesel Power i lang tid hatt all mulig oppfordring til å informere ClientPartner dersom selskapet bare ønsket et midlertidig forretningsforhold hvor systemet ble holdt gående inntil annen leverandør ble funnet – slik andre gjorde det. Elementære lojalitetshensyn tilsier etter lagmannsrettens syn dette. Men Diesel Power tok ingen kontakt til tross for oppfordringer om det, og de informerte ikke om sine planer om å skifte leverandør selv da det etter initiativ fra ClientPartner ble holdt et «bli kjent»-møte hvor Diesel Powers administrerende direktør og økonomisjef deltok. De holdt i stedet bevisst en lav profil – angivelig av frykt for at ClientPartner skulle stenge systemet – og valgte bevisst ikke å tilkjenne noe standpunkt til spørsmålet om videreføring av avtalen. De betalte dessuten fortløpende alle fakturaer, benyttet leverandørens supportfunksjon og deltok på «bli kjent»-møtet og opptredte på alle måter som om Intellinetavtalen var videreført med ClientPartner som leverandør. Etter lagmannsrettens oppfatning gir denne adferd og passivitet samlet sett uttrykk for at Diesel Power hadde trådt inn i et avtaleforhold med ClientPartner ved å ha akseptert det tilbud ClientPartner som foran nevnt må anses å ha fremsatt. At passiviteten skulle være forårsaket av redsel for ClientPartner på grunn av deres opptreden i markedet, finner lagmannsretten det vanskelig å legge til grunn.

Når det gjelder det nærmere innhold av den avtale som er etablert slik ved en kombinasjon av konkludent adferd og passivitet, finner lagmannsretten det klart at det er innholdet i Intellinetavtalen som er videreført. Det er denne avtale det er vist til i all kommunikasjon i forbindelse med ClientPartners avtale med konkursboet, og det er ikke grunnlag for å innfortolke andre bestemmelser for eksempel om avtaleforholdets varighet basert på bransjestandarder eller lignende.

Lagmannsretten legger derfor til grunn at det etablerte avtaleforhold viderefører Intellinetavtalens bestemmelser slik at avtalen løp til 31.12.04. Noen avtalesensur med basis i avtaleloven § 36 kan ikke lagmannsretten se at det er grunnlag for å gjøre i dette tilfellet. Det er her tale om et forretningsmessig forhold mellom likeverdige og profesjonelle parter, som begge hadde juridisk bistand. At ClientPartners orientering om avtalen med konkursboet ikke var helt fullstendig og at orienteringen til dels var misvisende når det gjaldt kundenes rettslige posisjon, kan i hvert fall ikke tillegges vekt i forhold til Diesel Power. Som nevnt ovenfor var selskapet klar over at de i utgangspunktet ikke hadde noen rettslige forpliktelser. At det i den situasjonen gjennom måneder bevisst spekulerte i å ikke tilkjenne et standpunkt og å holde ClientPartner i uvitenhet om inngått avtale med en ny leverandør, må de selv bære risikoen for. Av samme årsaker kan Diesel Powers anførsler om ugyldig avtale på grunn av desinformasjon og svik fra ClientPartners side heller ikke føre frem.

Når lagmannsretten etter dette har kommet til at avtaleforholdet i Intellinetavtalen er videreført i avtale mellom Diesel Power og ClientPartner, blir spørsmålet videre om det fra ClientPartners side forelå feil og mangler ved leveransene i en slik grad at det berettiget Diesel Power til å heve kontrakten.

Til dette skal det først bemerkes at før Diesel Power i epost og brev av 11. desember 2002 meddelte at selskapet hadde gått over til ny leverandør, hadde det ikke fremsatt noen reklamasjon i egentlig forstand og hadde ikke på noe tidspunkt gitt uttrykk for at de var ubundet eller sto fritt i forhold til ClientPartner. På møtet den 12. november 2002 som ClientPartner hadde tatt initiativ til for å bli kjent og for å få Diesel Powers oppfatning av hvordan APS- løsningen fungerte, ble det satt opp en oppgaveliste over saker som ClientPartner skulle forbedre eller gi svar på. Det fremkommer ikke i referatet at noen av disse punktene var noe som det ble direkte reklamert på i forhold til de kontraktsmessige forpliktelser. Etter datasammenbruddet den 15. november skrev Diesel Powers administrerende direktør et skarpt brev og betegnet lengden av avbruddet som en skandale og bebudet erstatningskrav. Noen avtydning om at forholdet ville bli påberopt for å heve kontrakten er det imidlertid ikke i brevet. Diesel Power har anført at henvendelsene til helpdesk om assistanse må anses som reklamasjoner. Dette kan lagmannsretten ikke være enig i. Det må således konstateres at ikke før i brev av 30. januar 2003 – 2 ½ måned etter sammenbruddet og 1 ½ måned etter meddelelsen om skifte av leverandør – ble det gjort gjeldende at ClientPartners tjenester ikke holdt mål. Det heter der at summen av alle problemer gjorde at de fant at ClientPartner var uegnet og at noen av problemene var å anse som vesentlig mislighold tatt i betraktning at det ble betalt forskuddsvis for tjenestene.

Lagmannsretten bemerker videre at avtalen mellom Intellinet og Diesel Power ikke inneholder noen bestemmelse om rett til heving i tilfelle mislighold. Det er derimot en bestemmelse om erstatning for dokumentert økonomisk tap ved mislighold og fraskrivelse av ansvar for indirekte tap, blant annet tapt fortjeneste, bortsett fra ved forsett eller grov uaktsomhet.

Når lagmannsretten i det følgende gjennomgår de enkelte mangler som Diesel Power har påberopt seg som grunnlag for å heve kontrakten, legger retten til grunn at uten noen uttrykkelig kontraktsbestemmelse gjelder det et alminnelig prinsipp om at en mangel må være vesentlig for at den skal kunne danne grunnlag for heving. For kontrakter spesielt på IT-området vises til Torvund: Kontraktsregulering. IT-kontrakter, side 213:

Hevning vil være aktuelt dersom den leverte ytelse lider av en mangel som leverandøren ikke har utbedret eller ikke kan utbedre uten vesentlig kostnad eller ulempe for kunden. Det må videre være slik at mangelen har vesentlig betydning for kundens anvendelse av det leverte system, slik at han vanskelig kan leve med feilen.

Det heter videre:

Vesentlig mangel vil normalt være en forutsetning for å kunne heve kontrakten.

.....

Dersom leverandøren utbedrer mangelen, vil kunden ikke kunne heve uansett hva slags mangel som forelår. I praksis får man derfor to kriterier: Det må være en mangel som har vesentlig betydning for kundens mulighet til å anvende systemet som forutsatt, og det må være en mangel som leverandøren ikke utbedrer.

Videre heter på side 215:

Det er grense for hvor mange utbedringsforsøk en kunde skal måtte finne seg i. På et punkt må kunden kunne si stopp, og i stedet heve kontrakten.

Lagmannsretten er enig i disse synspunkter. Det følger da at en leverandør også på dette området har en utbedringsrett selv om det foreligger en vesentlig mangel. Det kan også vises til Hagstrøm: Obligasjonsrett side 390 flg. Anførselen fra Diesel Powers side om at det i denne type kontrakter ikke foreligger noen utbedringsrett, er derfor etter lagmannsrettens syn ikke holdbar.

Sammenbruddet den 15. november 2002.

Dette er uten sammenligning det alvorligste forhold og den eneste enkeltstående hendelse som etter lagmannsrettens oppfatning kunne tenkes å danne grunnlag for heving. Sammenbruddet inntraff sent ettermiddag fredag 15. november. Det er noe uenighet om når systemet var oppe igjen, men lagmannsretten legger til grunn at de såkalte basisapplikasjoner var operative igjen i løpet av påfølgende mandag. Dette innebar at for eksempel epostsystemet og wordapplikasjonen virket i sin originale form, men ikke slik at Diesel Power kunne anvende sine egne maler slik de trengte det for sitt kundespesifikke behov. Disse deler av systemet kom gradvis på plass i løpet av uken slik at noe var operativt i løpet av onsdagen og det hele var i funksjon i løpet av torsdagen og senest fredag. Diesel Power har selv ved flere anledninger gitt uttrykk for at det tok fem dager før systemet var operativt, mens ClientPartner mener det var tilbake noe tidligere. Lagmannsretten antar at uenigheten her må tilskrives at det skjedde en gradvis utbedring. Uansett må det legges til grunn at den alt overveiende del av Diesel Powers virksomhet var totalt lammet i flere dager.

Årsaken til sammenbruddet ble ikke funnet og er fortsatt uløst. Det ble arbeidet døgnet rundt for å finne feilen og foreta utbedring. ClientPartner engasjerte tilgjengelig ekspertise blant annet fra Microsoft i andre deler av Europa, USA og Australia. Resultatet ble til slutt at både hardwareutstyret og softwaresystemet ble byttet ut for å minimalisere risikoen for lignende hendelser i fremtiden.

Lagmannsretten vurderer denne hendelse slik at den ikke kunne danne grunnlag for å heve kontrakten. Erfaringsmessig vil det fra tid til annen oppstå sammenbrudd av en viss varighet i slike systemer. Når det har en varighet som i dette tilfellet, oppstår det utvilsomt store problemer for kunder og brukere. Imidlertid må det tillegges vesentlig vekt at leverandøren gjorde alt det som overhode var mulig for å rette opp feilen og at den gradvis ble rettet opp i løpet av noen få dager. At en leverandør har en slik utbedringsrett, som suspenderer

kundens hevningsrett, følger som foran nevnt av ulovfestede alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Lagmannsretten viser til uttalelsene i Torvund: Kontraktsregulering. IT-kontrakter, sitert foran og Hagstrøm: Obligasjonsrett side 393: «Mens retting er aktuelt – både som defensiv beføyelse og også som misligholdsbeføyelse – ville det være direkte motstridende at også krav om heving kunne gjennomføres, og et prisavslag er normalt uhensiktsmessig å gjennomføre før resultatet av retting foreligger. Formålet med retting er jo å fjerne mangler og dermed redusere kreditors misligholdskrav. Som en naturlig konsekvens må disse beføyelsene *suspenderes*».

Lagmannsretten viser for øvrig også til at Diesel Power ble innrømmet et prisavslag på 50 prosent på fakturaen for den etterfølgende måned – et prisavslag som antagelig var godt utover det som det var kontraktsmessig grunnlag for å kreve.

Bruddet på oppetidsgarantien.

Etter kontrakten var det garantert en oppetid på 99,7 prosent pr. kalendermåned for den aktuelle applikasjon. Som en direkte følge av sammenbruddet den 15. november 2002 ble denne garanti brutt for november måned. Etter lagmannsrettens syn kan ikke dette betraktes som en selvstendig mangel løstrevet fra vurderingen av datasammenbruddet for øvrig, men må vurderes på samme måte. Kontrakten har for øvrig ingen bestemmelser om hevningsrett ved brudd på garantien, og hevningsretten må da vurderes ut fra de alminnelige vesentlighetskriterier og leverandørens utbedringsrett. På denne bakgrunn kan ikke lagmannsretten se at bruddet på oppetidsgarantien kan medføre hevningsrett i dette tilfellet.

Redundante løsninger.

Det er enighet mellom partene om at kontrakten forutsetter bruk av såkalte redundante løsninger. Dette innebærer et dobbeltsporet system, som virker slik at dersom det ene faller ut av hvilken som helst grunn, kobles det andre automatisk inn slik at driften hele tiden opprettholdes. Diesel Power gjør gjeldende at datasammenbruddet viser at ClientPartner ikke gjorde bruk av et slikt system. Lagmannsretten finner ikke at det er grunnlag for en slik påstand og vil vise til at ClientPartner overtok i sin helhet det system Intellinet hadde anvendt og som det er enighet om at var basert på dette prinsipp. Når sammenbruddet likevel kunne skje, må det skyldes andre tekniske forhold som ikke har blitt klarlagt. Det er ikke første gang en feil som ikke skal kunne skje, likevel skjer, og lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at ClientPartner benyttet et system i strid med kontraktsforutsetningene.

Øvrige forhold.

Diesel Power har også påberopt seg en rekke andre forhold som grunnlag for å heve kontrakten. Lagmannsretten finner det åpenbart at disse forhold verken enkeltvis eller samlet kan gi hevningsrett – heller ikke når man ser dem i sammenheng med de punkter som er nevnt overfor. Lagmannsretten finner ikke grunn til å behandle disse forhold i detalj, men vil kort gi uttrykk for at de dels er for bagatellmessige til å kunne gi hevningsrett (varslet uhjemlet prisøkning som ikke ble gjennomført og manglende månedsrapporter, som Diesel Power aldri etterlyste) og dels gjelder forhold som ligger utenfor ClientPartners kontraktsmessige forpliktelser (reduert linjekapasitet og kjøring av programmer utenfor ASP-systemet). Det samme gjelder for nedetiden den 5. desember, som ikke hadde noe med ASP-leveransen å gjøre, men skyldtes manglende kompatibilitet mellom Mamutsystemet og data som ble produsert hos Diesel Power.

Når det spesielt gjelder de påberopte mangler ved supporttjenesten, er dette ikke dokumentert, og lagmannsretten finner det underlig at forholdet ikke ble tatt opp med ClientPartners ledelse dersom det var så dårlig som det nå anføres.

Vedrørende oppdatering av Mamutprogrammet bemerkes at den nye versjon ble implementert samtidig for andre brukere i slutten av desember, og lagmannsretten kan ikke se at Diesel Power har dokumentert at den burde ha vært godkjent og implementert for Diesel Power tidligere på høsten.

Som en generell bemerkning vil lagmannsretten gi uttrykk for at dersom det var så mange og alvorlige mangler ved ClientPartners levering som det nå hevdes, er det egnet til å forbause at det ikke ble tatt opp med ClientPartners ledelse tidligere. Som nevnt var det først en og en halv måned etter at Diesel Power hadde meddelt at de hadde gått over til annen leverandør med fem dagers varsel at de påberopte seg mangelfulle ytelser fra ClientPartner, jf det tidligere ovenfor siterte brev av 30.01.2003. Lagmannsretten kan ikke unnlate å

se dette forhold i sammenheng med at Diesel Power allerede i september 2002 hadde inngått kontrakt med den nye leverandør uten på noe tidspunkt å tilkjenne dette eller gi beskjed om at de var misfornøyd med ClientPartner.

Erstatningen.

Når bindende kontrakt anses inngått og den er ensidig fragått av Diesel Power uten at det foreligger noe hevningsgrunnlag, har ClientPartner krav på erstatning for såkalt positiv kontraktsinteresse. For lagmannsretten er kravet beregnet til kr 343.914. Det har ikke vært innsigelser mot selve beregningen etter at kravet under ankeforhandlingen ble nedjustert ved at det ble tatt hensyn til sparte personalkostnader. I tillegg til det nevnte beløp kommer ubetalte fakturabeløp på kr 22.485,35. Lagmannsretten finner ikke at det er grunnlag for den innsigelse som er gjort gjeldende mot deler av dette beløp.

Motkravet.

Diesel Power har gjort gjeldende at de har et motkrav på kr 380.000 for tapt omsetning i nedetiden etter sammenbruddet det 15.november. Et slikt krav forutsetter etter kontraktens punkt 6.2 at det foreligger grov uaktsomhet eller forsett fra leverandøren. Lagmannsretten viser til sin drøftelse foran og kan ikke se at det er noe grunnlag for et slikt krav.

Diesel Power har også krevet kr 200.000 som et beregnet tap fordi ClientPartner angivelig ikke har tilbakelevert alle data og at det dermed foreligger et forsettlig kontraktsbrudd. Lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at ikke alle data som var i ClientPartners besittelse, er tilbakelevert og kan for øvrig heller ikke se at et slikt tap er sannsynliggjort.

Det er videre krevet kr 8.647 for angivelig ekstra telekostnader på grunn av feilkobling. Dette ligger etter lagmannsrettens oppfatning utenfor kontrakten og er ClientPartner uvedkommende.

Saksomkostninger.

Anken har ført frem. Påstanden i anken var erstatning etter rettens skjønn begrenset oppad til kr 604.198. Beløpet var basert på feilaktig anvendelse av merverdiavgiftreglene, og påstandsbeløpet ble derfor i innledningsforedraget redusert tilsvarende. Under ankeforhandlingen ble det ytterligere redusert ved at det ble gjort et fradrag for sparte personalomkostninger. Lagmannsretten finner etter dette at spørsmålet om saksomkostninger blir å avgjøre etter tvistemålsloven § 174 jf §180 annet ledd, men at unntaksbestemmelsen i § 174 annet ledd må anvendes da utgiftene i saken i sin helhet gjelder de tvistepunkter hvor ankemotparten har tapt. Diesel Power pålegges derfor å dekke omkostningene for lagmannsretten. Advokat Strømøys omkostningsoppgave er på kr 217.950 hvorav kr 195.000 er salær. Lagmannsretten finner at salærkravet overstiger det som er nødvendig for å få saken betryggende utført, jf tvistemålsloven § 176 første ledd. Salæret fastsettes til kr 120.000, slik at omkostningene med tillegg av utlegg og gebyr totalt blir kr 142.950.

Ankesakens utfall tilsier også at Diesel Power på samme måte må dekke omkostningene for tingretten. ClientPartners påstand i tingretten var den samme som i ankeerklæringen, og spørsmålet må også her avgjøres etter § 174. Lagmannsretten viser til sin begrunnelse ovenfor for å anvende § 174 annet ledd og pålegger Diesel Power å dekke sakens omkostninger for tingretten. Lagmannsretten legger omkostningsoppgaven til grunn med kr 138.457, hvorav kroner 120.000 er salær.

Dommen er enstemmig.

Domsslutning:

1. Diesel Power AS betaler til Axesspartner AS – tidligere ClientPartner AS – 22.485,35 – tjuetotusenfirehundreogåttifem 35/100 – kroner med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall og til betaling skjer.

For domsbeløpet gjelder følgende forfallsdatoer:

- for kr 439,86 den 10. september 2002
- for kr 190,78 den 6. oktober 2002
- for kr 16.244 den 1. desember 2002

- for kr 385,71 den 25. desember 2002
 - for kr 3.980 den 10. januar 2003
 - for kr 1.245 den 7. februar 2003.
2. Diesel Power AS betaler til Axesspartner AS – tidligere ClientPartner AS – 343.914 – trehundreogførtitretusennihundreogfjorten – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall og til betaling skjer.
 3. I saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten betaler Diesel Power AS til Axesspartner AS – tidligere ClientPartner AS – 281.407 – tohundreogåttientusenfirehundreogsju – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall og til betaling skjer.