

Land	Norge
Domstol	Borgarting lagmannsrett
Parter	Evry Norge AS mod IBM Services AS
Dato for afgørelse	25. september 2019
Afgørelsestype	Kendelse
Status	Retskraftig
Dato for publicering i domsdatabasen	10. juni 2020
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	Ikke omtalt
Gengivet fra	Lovdata

### *Resumé*

Sagen angik anmodning om midlertidigt påbud for at forhindre, at en aftalepart standsede levering af ydelser i henhold til en it-kontrakt. Retten fandt, at det ikke var sandsynliggjort, at leverandørens standsning var af så betydelig skade eller ulempe, at et påbud var berettiget. Dette skyldtes, dels at parterne havde indgået en aftale, hvor leverandøren midlertidigt genoptog arbejdet mod betaling, dels at kunden kunne kræve et muligt tab erstattet.

*Nøgleord:* aftalefortolkning, midlertidigt påbud om genoptagelse af arbejde

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 - Kjennelse - LB-2019-119376

Instans	Borgarting lagmannsrett – Kjennelse
Dato	2019-09-25
Publisert	LB-2019-119376
Stikkord	Sivilprosess. Midlertidig forføyning. Sikringsgrunn.
Sammendrag	Saken gjelder begjæring om midlertidig forføyning for å hindre en kontraktsparts stans av leveranse av tjenester etter IT-kontrakt, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b. I likhet med Oslo byfogdembete fant lagmannsretten det ikke nødvendig å ta stilling til om hovedkravet var sannsynliggjort, idet lagmannsretten mente at det under enhver omstendighet ikke forelå sikringsgrunn. Det ble særlig lagt vekt på at eventuelle skader eller ulemper som saksøker påføres som følge av motpartens stansing, var avverget gjennom en separat avtale, og at saksøker kunne kreve et mulig tap som følge av dette erstattet gjennom et etterfølgende erstatningskrav.
Saksgang	Oslo byfogdembete TOBYF-2019-96532 – Borgarting lagmannsrett LB-2019-119376 (19-119376ASK-BORG/04).
Parter	Evry Norge AS (advokat Ole Christian Hyggen) mot IBM Services AS (advokat Christian Hauge).
Forfatter	Lagdommer Nils Ihlen Ramm, lagdommer Jane Wesenberg og lagdommer Henrik Westborg Smiseth.

---

**Innholdsfortegnelse**

<b>Borgarting lagmannsrett - Kjennelse - LB-2019-119376</b> .....	<b>1</b>
<b>Innholdsfortegnelse</b> .....	<b>2</b>
<b>Sakens bakgrunn</b> .....	<b>3</b>
<b>Ankende part, EVERY Norge AS, har anket over bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen, og har i anken og etterfølgende prosesskriv i hovedtrekk gjort gjeldende:</b> .....	<b>5</b>
<b>Hovedkravet</b> .....	<b>5</b>
<b>Sikringsgrunn</b> .....	<b>5</b>
<b>Proporsjonalitetsvurderingen</b> .....	<b>7</b>
<b>Sikkerhet</b> .....	<b>7</b>
<b>Ankemotparten, IBM Norge AS, har i anketilsvar og etterfølgende prosesskriv i hovedtrekk gjort gjeldende:</b> .....	<b>8</b>
<b>Hovedkravet</b> .....	<b>8</b>
<b>Sikringsgrunn</b> .....	<b>8</b>
<b>Proporsjonalitetsvurdering, tidsbegrensning og sikkerhet</b> .....	<b>9</b>
<b>[Lagmannsretten bemerker:]<sup>1</sup></b> .....	<b>10</b>
<b>Innledning</b> .....	<b>10</b>
<b>Har EVERY sannsynliggjort sikringsgrunn?</b> .....	<b>11</b>
<b>Sakskostnader</b> .....	<b>13</b>

Saken gjelder begjæring om midlertidig forføyning for å hindre en kontraktsparts stans av leveranse av tjenester etter IT-kontrakt.

## Sakens bakgrunn

Den 1. oktober 2015 inngikk EVRY Norge AS («EVRY») og IBM Services AS («IBM») en Master Service Agreement («MSA»), hvor IBM skulle være underleverandør av enkelte IT-tjenester etter EVRYs IT-driftsavtaler med kundene. Kontrakten ble fremforhandlet over en periode på seks måneder, og har senere vært justert og reforhandlet, slik at partene opererer med løpende reviderte versjoner. Fra oktober 2018 gjaldt versjon 2.3. Kontrakten omfatter to grupper av kunder referert til som Service Group 1 (SG1) og Service Group 2 (SG2).

I henhold til MSA skal IBM drifte IT-infrastrukturen for EVRYs kunder, og IBM har ansvaret for håndtering av feilsituasjoner, endringer og etablering av ny kapasitet i infrastrukturen. EVRY har ansvaret for drift av kundens applikasjoner og dialog med kundene gjennom feilmeldinger, bestillinger og status på disse, samt kontakten med kundene. Omtrent 2000 av EVRYs kundekontrakter er berørt av tjenestene som IBM leverer under MSA.

Denne ansvarsfordelingen mellom EVRY og IBM krever samhandling mellom partene og systemer for innmelding av saker, fordeling til riktig fagmiljø og oppfølging gjennom statusrapportering. Denne samhandlingen har skjedd gjennom bruk av EVRYs IT Services Management-verktøy («ITSM»). Ulike kunder, ansatte og lokasjoner er fordelt på fire ITSM-systemer, henholdsvis HP Service Manager 9.3, HP Service Manager 9.5, HP Service Manager 9.6 og Service Now Pangea.

MSA omfatter videre en målsetning om at infrastrukturen som IBM tok over fra EVRY under kontrakten, skal transformeres for å tilrettelegge for blant annet mer automatiserte tjenesteleveranser. Det overordnede formålet med transformasjonen er angitt i MSA Master Base Terms punkt 23.3 hvor det blant annet fremgår at transformasjonen skal innebære «the necessary activities to change the existing EVRY IT infrastructure environment to a new operating model, such as rationalisation and standardisation where relevant».

Transformasjonsplanen etter MSA er delt inn i flere transformasjonsprosjekter, hvor Service Management Tooling (ITSM-systemet) er ett av disse prosjektene. Dette prosjektet er beskrevet i MSA Exhibit N-1, hvor følgende fremgår av punkt 3.5:

The objectives of this Project are to (i) set up, configure and implement required Service Management tools to provide the Service to EVRY and Services Recipients, and (ii) integrate with EVRY's own ITSM tool via EVRY's Integration Bus.

Opprinnelig var det avtalt at transformasjonsprosjektet knyttet til ITSM innebar at EVRY og IBM skulle etablere hver sin «Service Bus», og at ITSM-data skulle utveksles mellom disse. Dette ble ikke gjennomført som planlagt. Partene ble i stedet enige om at IBM skulle etablere en «IBM Integration Hub» («IHUB») som koblet sammen data fra IBMs Control Desk-system («ICD») og EVRYs ITSM-system. Det skulle videre etableres «broer» mellom IHUB og partenes respektive systemer.

Det foreligger uenighet mellom partene rundt denne etableringen, og det er dette som er utgangspunktet for tvisten i saken. IBM har blant annet anført at «broen» mellom IHUB og IBMs ICD-system har vært på plass siden juni 2017 og at IBM kontinuerlig har forsøkt å få EVRY til å «koble seg på» IHUB. EVRY har anført at de var ferdig med sine forberedelser for tilkobling mellom IHUB og det ene ITSM-systemet – Service Manager 9.6 – ved starten av 2019. Partenes nærmere anførsler fremgår nedenfor.

Ved e-post 13. mars 2019 meddelte EVRY at selskapet ikke lenger ville investere i utviklingen av EVRYs ITSM-system, og at de over tid ville fase ut tre av sine fire ITSM-systemer og satse på Strategic Service Now. E-posten lyder slik:

EVRY has decided not to invest effort to integrate any other ITSM platform (SM9.3, SM9.5 and ServiceNow-Pangea) except SM9.6 within T&T. However EVRY will make all efforts to integrate strategic ServiceNow afterwards. As of now design of ServiceNow in progress and by end of April 2019 design is expected to be complete. After completion of design EVRY can provide an estimate on the integration readiness deadlines towards iHUB from strategic ServiceNow. However as of now it is

estimated on a ballpark level that the integration from ServiceNow to iHUB is expected to be ready in early 2020.

Dette ble også meddelt i styringsgruppemøte 15. mars 2019. EVRY har vist til at de ikke mottok noen negative reaksjoner fra IBM verken under eller etter dette møtet.

IBM meddelte ved e-post 14. mai 2019 at selskapet ikke lenger kom til å arbeide i EVRYs ITSM-system. Bakgrunnen for varselet var at IBM mente at EVRY ikke har oppfylt sine kontraktsforpliktelser som er nødvendig for blant annet å realisere kontraktens formål om forenklet, effektiv og automatisert håndtering av ITSM-data. Videre mente IBM at EVRYs meldte endring til ett ITSM-system medførte brudd på MSA og at dette hadde betydelig operasjonell og finansiell påvirkning på IBM. For å dempe virkningene av EVRYs avgjørelse, varslet IBM at de ikke lenger kom til å bruke EVRYs ITSM-system, og at de ville benytte seg av IBMs eget verktøy med unntak av enkelte spesifiserte tilfeller. IBM krevde derfor at EVRY skulle registrere alle «tasks» og «tickets» som skulle utføres av IBM, i IBMs ICD-system, og at alle «Requests for Service (RFS), Resource Request (RR) and Project» skulle registreres i IBM Program Management Portal (PgMP) av EVRYs ansatte. Status og endelig løsning for de ulike oppgavene ville deretter bli kommunisert gjennom ICD eller PgMP.

Ved brev 4. juni 2019 varslet EVRY at de ville begjære midlertidig forføyning i saken. Bakgrunnen for begjæringen var at EVRY ønsket å hindre at IBM stanset bruken av EVRYs ITSM-system slik som fremgikk av varselet 14. mai 2019. EVRY mente at IBM ikke hadde anledning til å stanse bruken og at slik stans ville medføre brudd på MSA. EVRY har motsatt seg at IBM har anledning til å foreta systemomleggingen som er varslet da de mener IBM er forpliktet til å arbeide i EVRYs ITSM-system frem til IHUB er operativ.

Ved brev 19. juni 2019 varslet IBM voldgiftssak mot EVRY vedrørende MSA, hvor det ble krevd avtalerevisjon av MSA etter avtaleloven § 36 og forutsetningslæren. Subsidiært ble det anført at dersom det ikke er mulig å endre MSA «to eliminate the unreasonableness», så må MSA i sin helhet anses ugyldig. I tillegg er det krevd erstatning for «substantial costs and losses incurred from service commencement date».

Den 24. juni 2019 fremmet EVRY begjæring til Oslo byfogdembete om midlertidig forføyning overfor IBM med følgende påstand:

1. IBM Services AS pålegges å ikke stanse bruken av EVRY Norge AS' IT Service Management – verktøy for gjennomgang av Master Services Agreement datert 1. oktober 2015, inntil det foreligger en endelig avklaring ved voldgiftsdom.
2. IBM Services AS dømmes til å erstatte EVRY Norge AS' sakskostnader for Oslo byfogdembete.

Den 25. juni 2019 fremsatte IBM et tilbud overfor EVRY om å fortsette leveransen etter MSA og bruke EVRYs ITSM-system for å gi EVRY mer tid til å forberede seg til å ta over tjenesten, under forutsetning av at EVRY betalte IBM for disse tjenestene. Tilbudet ble gitt mot betaling av et månedlig beløp på 16,29 millioner kroner, for en minimumsperiode på tre måneder. Beløpet var basert på de nødvendig årsverkene som IBM trengte for å utføre arbeidet samt at det var tatt i betraktning at tjenestene ble gitt til en fast pris. EVRY aksepterte ikke tilbudet.

Oslo byfogdembete avsa 10. juli 2019 kjennelse med følgende slutning:

1. Begjæringen om midlertidig forføyning fra EVRY Norge AS tas ikke til følge.
2. EVRY Norge AS skal betale saksomkostninger til IBM Services AS med kr 1.887.525,- innen to uker fra forkynnelse av denne kjennelse.

Oslo byfogdembete kom til at EVRY ikke hadde sannsynliggjort at det forelå sikringsgrunn i saken, og at det derfor ikke var grunnlag for midlertidig forføyning. Byfogdembete viste blant annet til at EVRY hadde to alternativer som medførte at nødvendighetskriteriet etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b, ikke var oppfylt. Alternativene var (1) at EVRY kunne betale IBM 16,29 millioner kroner per måned for at IBM skulle fortsette å arbeide i EVRYs ITSM-system med eventuelt forbehold om tilbakebetaling, og (2) at IBM overførte behandling av sakene i sitt eget ICD-system og sørget for nødvendig opplæring, og økt bemanning for å håndtere manuell registrering av saker/problemer/bestillinger/avvik som meldes inn i eget ITSM-system.

Da EVRY ikke fikk medhold i begjæringen om midlertidig forføyning, iverksatte IBM stans av bruken av EVRYs ITSM-system 7. juli 2019.

Den 14. juli 2019 inngikk EVRY og IBM en avtale om at IBM skal opprettholde sin leveranse etter MSA slik som før 7. juli 2019, mot et vederlag på 51 870 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, for perioden 22. juli 2019 til 22. oktober 2019.

EVRY har rettidig anket Oslo byfogdembetes kjennelse til Borgarting lagmannsrett. IBM har tatt til motmøle.

## **Ankende part, EVRY Norge AS, har anket over bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen, og har i anken og etterfølgende prosesskriv i hovedtrekk gjort gjeldende:**

### **Hovedkravet**

Den situasjonen som EVRY søker avverget ved midlertidig forføyning, er IBMs rettsstridige stansing av en sentral del av sin leveranse under MSA. Det kravet som skal sikres ved midlertidig forføyning, er at IBM har plikt til å jobbe i EVRYs ITSM-system og at IBM ikke har stansingsrett. Oslo byfogdembete har verken tatt stilling til om IBM har hjemmel til å stanse leveransen eller om IBM er forpliktet til å følge kontraktens endringsregler. Kjennelsen lider dermed av en alvorlige rettsanvendelsesfeil ved at den tillater IBM å bruke en stansingsrett de ikke har hjemmel for, til å presse fram en urettmessig betaling fra EVRY. Denne ordningen ivaretar ikke EVRYs interesser.

Hovedkravet består av tre spesifikke delkrav:

- 1) IBM er forpliktet til å opprettholde driften av sine leveranser ved å bruke EVRYs ITSM-system uten ekstra vederlag frem til transformasjonen er gjennomført, og IBM har dermed ikke rett til å stanse sin leveranse. Kontrakten inneholder ikke bestemmelser som gir IBM rett til å stanse eller holde tilbake sin ytelse. IBMs eneste misligholdsbeføyelser er heving og erstatning, og IBM kan ikke påberope andre beføyelser enn disse. IBM har heller ikke angitt et rettslig grunnlag for den påberopte stansingsretten. Videre utøver IBM selvtekt ved at de holder tilbake ytelsen under kontrakten.
- 2) EVRY har et krav om at driftsomleggingen som stansen innebærer, skulle ha vært behandlet og godkjent etter kontraktens endringsregler før den kunne iverksettes. Retten til å kreve midlertidig forføyning til beskyttelse av en bestemt fremgangsmåte bør ses uavhengig av det underliggende forholdet. IBMs manglende etterlevelse av endringsreglene er alene tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre forføyningssaken. IBM utøver også selvtekt ved at de har nektet å bruke kontraktens endringsprosedyrer for omleggingen.
- 3) EVRY har et krav om at IBM ikke iverksetter en driftsomlegging som stansen innebærer, i en såkalt «frysperiode». IBMs ensidige iverksettelse av stansen innebærer et klart brudd på bestemmelsene om EVRYs adgang til å fastsette «restriction or freeze periods – when changes must be at an absolute minimum or not implemented at all», jf. Process Interface Manual for Change Management punkt 1.5.2.1.

### **Sikringsgrunn**

Byfogdembetet har kommet til at nødvendighetskriteriet ikke er oppfylt, og har både tatt et uriktig rettslig utgangspunkt og foretatt en uriktig subsumsjon.

Et relevant moment i nødvendighetsvurderingen er sannsynligheten for at EVRY får medhold i hovedkravet. Det må anses svært sannsynlig at EVRY får medhold i at IBM ikke har stansingsrett, hvilket underbygges av at IBM ikke påberoper noe rettslig grunnlag for en stansingsrett. Byfogdembetets unnlattelse av å ta stilling til hovedkravet er i strid med retningslinjer trukket opp av Høyesterett i Rt-1989-1024, og dette må behandles av lagmannsretten. Når byfogdembetet ikke har vurdert i hvilken grad handlingsalternativene er egnet til å sikre hovedkravet, blir vurderingen av hvorvidt EVRYs interesser blir tilstrekkelig ivarettatt, gjort på feil premisser og er dermed uriktig. EVRYs interesser kan ikke ivaretas i tilstrekkelig grad på annen måte enn ved midlertidig forføyning. Vilåret om at midlertidig forføyning skal være «nødvendig», er oppfylt.

Dersom alternative sikringsmåter skal være akseptable, må alternativene i tilstrekkelig grad ivareta den begjærende parts interesser i hovedkravet. Byfogdembetet har ikke foretatt en egnethetsvurdering av

alternativene i lys av formålet med forføyningen, som er å sikre hovedkravet. De alternative sikringsmåtene er kun vurdert opp mot spørsmålet om å avverge skade eller ulempe, og ikke opp mot hovedkravet.

Oslo byfogdembete har kommet til at det ikke foreligger sikringsgrunn fordi EVRY kan etablere en midlertidig ordning ved å betale IBM et månedlig beløp for å opprettholde leveransen (alternativ 1). Resultatet er klart uriktig. Beløpet som IBM krever for å opprettholde leveransen er uhjemlet og udokumentert. Under IBMs partsforklaring for byfogdembetet ble det gitt en skissemessig forklaring på hvordan beløpet er beregnet. Kravet er urimelig høyt, og det fremstår som klart usannsynlig at IBM bruker 100 ekstra årsverk på den ekstra tiden de mener å bruke ved å jobbe i EVRYs systemer i stedet for egne saksgangssystemer. Uten IBMs trussel om stans ville ikke tilbudet vært et alternativ til midlertidig forføyning.

Alternativ 1 innebærer at IBM oppnår en stansingsrett i strid med MSA. En ordning som vil føre til endring av et av de mest grunnleggende elementene i kontrakten, kan ikke anses som et alternativ som i tilstrekkelig grad ivaretar EVRYs interesser. IBMs opptreden etter rettsmøtet hos byfogdembetet viser videre at det er uklart hva som i det hele tatt er alternativet til midlertidig forføyning. Det er uklart hva som vil være betingelsene dersom IBM ønsker å revidere eller endre sine krav nok en gang. For det første var IBM ikke villig til å stå ved det opprinnelige tilbudet, og selskapet krevde et tilleggsvederlag på 3 millioner kroner for å starte opp igjen leveransen. Dette var en ny forutsetning som ikke lå til grunn for byfogdembetets kjennelse, og som mangler rettslig grunnlag. Videre endret IBM vilkårene for og innholdet i deres tjenester. Dette viser at EVRY er prisgitt hvilke vilkår IBM setter, og at IBM har forsøkt å utnytte posisjonen som byfogdembetets kjennelse ga selskapet. Utover det klart illojale ved IBMs opptreden, viser dette at alternativet til midlertidig forføyning er et «bevegelig mål», som ikke ivaretar EVRYs interesser på en måte som medfører at EVRY er avskåret fra å få midlertidig forføyning.

Byfogdembetet har videre vektlagt at kostnadene som vil påløpe frem til voldgiftsdom foreligger, ikke vil kunne «true EVRYs eksistens». Terskelen for ivaretagelse av EVRYs interesser, ligger betydelig lavere enn dette. Alternativ 1 innebærer sannsynligvis et utlegg på minst 400 millioner kroner frem til voldgiftsdommen foreligger. Kostnaden EVRY påføres ved å måtte betale IBM for fortsatt drift utgjør 38 prosent av EVRYs kvartalsresultatet. Det relevante er effekten for EVRY av å måtte legge ut et så betydelig beløp. For et børsnotert selskap må det legges til grunn at dette vil ha en svært negativ effekt på aksjonærverdiene, muligheter for investeringer, og må antas å påvirke selskapets manøvreringsevne betydelig.

Alternativ 2 som ble oppstilt av byfogdembetet er ikke et reelt alternativ. Det foreligger nå konkret erfaring med dette alternativet som bekrefter at det ikke er et alternativ at EVRY selv utfører IBMs oppgaver. Etter at EVRY tok over IBMs ansvar 7. juli 2019, ble tjenestene umiddelbart forverret. Selv om det etter denne datoen ble registrert en tredjedel nye saker i forhold til ukentlige registreringer før dette, klarte ikke IBM å redusere «back log'en» tilsvarende. I ukene før stansen klarte IBM å lukke mellom 55 og 63 saker per uke, mens etter stansen klarte de den første uken å lukke 28 saker. Dette innebærer at liggetiden på hver prioriterte hendelse øker, og at problemene for kundene øker tilsvarende. IBMs stans med påfølgende driftsomlegging medfører at EVRY må sjonglere kompleks saksinformasjon manuelt mellom to systemer.

Alternativ 2 var ikke en forsvarlig løsning overfor EVRYs kunder, og det forelå derfor ikke noe annet valg for EVRY enn å betale det IBM krevde betalt for å fortsette å levere tjenestene etter alternativ 1.

Den situasjonen som er skapt av IBM, innebærer en usikkerhet overfor kunder og markedet generelt. Det er nødvendig med en forføyning for å sikre stabile samfunnskritiske leveranser. Videre er det nødvendig fordi tapsberegningen knyttet til alternativene vil bli utfordrende, omfattende og komplisert.

Byfogdembetet har lagt til grunn at det er ukomplisert å foreta en beregning av EVRYs økonomisk tap dersom EVRY betaler IBM for å opprettholde leveransen. Dette er ikke riktig. Den månedlige summen som IBM krever, er såpass høy at det kan være aktuelt å forfølge dette videre som et urettmessige betalingskrav, hvor sentrale spørsmål vil være om IBM urettmessig og uaktsomt har tilegnet seg kreditt fra EVRY på en ansvarsbetingende måte, som kan medføre ansvar utover renter. I tillegg kommer kostnader knyttet til håndteringen av saken, håndteringen av nye krav fra IBM, tilleggsbeløp som IBM krever og gjennomføringen av eventuelle nye krav fra IBM som EVRY ikke makter å unngå når kontraktsforholdet har blitt endret, samt reaksjoner i markedet. Det kan bli vanskelig å dokumentere det totale tapet, og dette trekker klart i retning av at midlertidig forføyning er nødvendig.

Videre fører IBMs handling til en vesentlig skade eller ulempe for EVRY. Stans av en av kontraktens sentrale leveranser vil ramme bankvesen, helseforetak, korttransaksjoner og netthandel, post- og logistikkjenester med

videre. Det er potensielt store skadevirkninger ved at EVRY vil lide et betydelig omdømmetap, og at EVRYs kunder vil bli påført vesentlig skade og ulempe i form av nedetid, stans og driftsforstyrrelser. Videre kan tredjeparter bli påført tilsvarende skade og ulempe ved at betalingsløsninger og nettbank kan bli satt ut av drift i perioder. Denne usikkerheten som IBM har skapt, innebærer et klart behov for forføyning, særlig for å adressere usikkerhet og uro knyttet til de underliggende leveransene.

Videre er IBMs adferd et relevant moment i vurderingen av sikringsgrunn, og det er særlig to forhold som må vektlegges: (1) IBMs vidløftiggjøring av saken og forsøk på tilsløring av bevistemaene, og (2) selvtekten fra IBMs side.

IBMs stans fremstår som et forsettlig kontraktsbrudd ved at IBM bør være kjent med at de ikke har adgang til å stanse eller holde tilbake ytelsen etter kontrakten. I stedet for å kommentere EVRYs anførsel om at IBM ikke har stansingsrett, har IBM trukket inn et langt forhold fra 2015 frem til i dag, for å underbygge forsinkelser og angivelige kontraktsbrudd fra EVRYs side. Dette må anses som bortforklaringer med formål om å gjøre bevisbildet komplisert. IBM kommer med grunnløse innsigelser, noe som i seg selv underbygger at det foreligger sikringsgrunn. Videre tilslører IBM bevistemaene i saken ved å trekke inn en rekke underliggende forhold som ikke er relevante for vilkårene for midlertidig forføyning.

IBM har ikke forsøkt å påvise et rettslig grunnlag for stans av leveransen, og selskapet utøver selvtekt ved ikke å forholde seg til kontraktens endringsregler. Dette er relevant både for fraværet av stansingsrett/tilbakeholdsrett for IBM, og for IBMs forsøk på å presse gjennom en betydelig endring uten at endringen har vært behandlet etter kontraktens endringsprosedyrer. I MSA er det gitt detaljerte bestemmelser om framgangsmåter og prosedyrer, og man er i kjernen av selvtektprinsippet. De reelle hensyn som underbygger at en kontraktspart ikke kan sette seg utover avtalte spilleregler, er dessuten minst like tunge som når fremgangsmåten er fastsatt ved lov.

Videre har IBMs kontraktsadferd endret seg markant etter Oslo byfogdembetes kjennelse. Det har både før og etter kjennelsen kommet flere uttalelser fra IBM hvor de nekter å forholde seg til kontrakten med mindre EVRY aksepterer å betale et nærmere angitt pengekrav fra IBM.

## Proporsjonalitetsvurderingen

En midlertidig forføyning vil ikke være et uforholdsmessig tiltak overfor IBM. Det er neppe holdepunkter for at en fortsatt leveranse etter kontrakten vil gi IBM en enorm økonomisk belastning som anført, særlig tatt i betraktning at IBM er ett av verdens ti største IT-selskaper med stor virksomhet og en omsetning i 2018 på 80 milliarder US dollar. En midlertidig forføyning vil innebære at status quo opprettholdes. Det er ved ikke å gi forføyning at det oppstår en ny situasjon i strid med kontrakten som innebærer en betydelig risiko for at IBMs handlinger får store og uønskede konsekvenser. I lys av de tunge interessene EVRY har for å hindre at IBM stanser leveransen, er ikke en midlertidig forføyning uforholdsmessig.

## Sikkerhet

Det er i saken her ikke grunnlag for å kreve sikkerhet ved en beslutning om midlertidig forføyning. Bevisene for EVRYs hovedkrav er så entydige og sterke at sikkerhet ikke er påkrevd.

Det er nedlagt følgende påstand:

1. IBM Services AS pålegges å ikke stanse bruken av EVRY Norge AS' IT Service Management-verktøy for gjennomføring av Master Services Agreement datert 1. oktober 2015, inntil transformasjonen som beskrevet i Master Service Agreement av 10. oktober 2015, Schedule N, er ferdigstilt, eller til det foreligger en endelig avklaring ved voldgiftsdom.
2. IBM Services AS dømmes til å erstatte EVRY Norge AS' sakskostnader for Oslo byfogdembete og Borgarting lagmannsrett.

## Ankemothparten, IBM Norge AS, har i anketilsvar og etterfølgende prosesskriv i hovedtrekk gjort gjeldende:

### Hovedkravet

De grunnleggende elementene i MSA er at IBM skal levere infrastrukturtenester til EVRY, og disse tjenestene er upåvirket av partenes tvist angående enkelte elementer knyttet til håndtering av ITSM-data. IBM har ikke lenger plikt til å arbeide i EVRYs ITSM-system etter MSA, og har derfor besluttet en omlegging som bringer partene nærmere det omforente målbildet, som er til fordel for begge parter. Partene bærer risikoen for sine handlinger under MSA.

For at det skal være relevant å vurdere EVRYs «stansingsargument», og EVRYs etterlysning av hjemmel for IBMs stansingsrett, må det først sannsynliggjøres at IBM har en plikt til å arbeide i EVRYs ITSM-system etter MSA. Et slikt hovedkrav er ikke sannsynliggjort. Per i dag er ikke IBM forpliktet til å arbeide i EVRYs ITSM-system. Denne løsningen var en midlertidig ordning i påvente av automatisert datautveksling (transformasjonen). For denne tidsbegrensede tjenesten fikk IBM et tilleggsvederlag som utløp 1. mars 2017 for SG1-kunder og 1. mai 2018 for SG2-kunder. Det er dermed uriktig når EVRY anfører at «det i seg selv [er] et bevis for IBMs plikt til å jobbe i EVRYs ITSM-verktøy, at IBM har gjort dette uten tilleggsvederlag fra avtaleinngåelsen og fram til 7. juli 2019».

IBM har gjort det som er nødvendig for at automatisert datautveksling kan skje gjennom utviklingen av IHUB og IBMs eget ITSM-system (ICD/PgMP). EVRY har per dags dato ikke klart å oppfylle sin forpliktelse om å «koble seg på» IHUB, men tvert imot ensidig varslet at de «nedlegger arbeidet». IBMs plikt til å arbeide i EVRYs ITSM-system må være betinget av at EVRY oppfyller sine egne forpliktelser etter MSA. EVRY kan ikke ved å sabotere sitt eget bidrag til transformasjonsprosjektet som omfatter IHUB, gjøre en tiltenkt midlertidig ordning evigvarende.

Som følge av IBMs omlegging har EVRY gjenopptatt arbeidet med å lage «broer» for den automatiserte datautvekslingen og presentert en tidsplan hvor det var angitt at «påkobling» skal skje i uke 38 (medio september 2019). Siden den tidsbegrensede perioden MSA anviser er utløpt med god margin, og IBM har oppfylt sine forpliktelser for å tilrettelegge for automatisert datautveksling, har ikke IBM lenger plikt til å arbeide i EVRYs ITSM-system. IBM utøver derfor ingen stansings- eller tilbakeholdsrett. IBM forholder seg til sine kontraktsforpliktelser, og det er en helt ordinær situasjon at en part tilpasser sine oppfyllelshandlinger etter eget syn på kontraktsforpliktelsens rekkevidde. Dette er ikke selvtakt.

MSAs endringsregler kommer ikke til anvendelse, idet omleggingen ikke er en «Operational Change» etter MSA. Bruken av IBMs ICD-system inngår i «existing IT environments», og EVRYs partsrepresentant bekreftet under rettsmøtet for byfogdembetet at det ikke skjer noen endring i ICD som følge av IBMs omlegging. Det er klart at IBMs omlegging ikke endrer på «existing IT environments», og at omleggingen ikke er en «Operational Change». Omleggingen faller heller ikke under noen av de øvrige kategoriene som anses som en «Change» etter MSA. At plikten til å benytte EVRYs ITSM-system opphører, er ikke en «Change» i kontraktens forstand. Siden IBMs omlegging ikke omfattes av endringsreglene i MSA, kommer heller ikke reglene om «frysperiode» til anvendelse.

### Sikringsgrunn

Det foreligger ingen sikringsgrunn for EVRY. Per i dag er det utelukket at det vil være noen risikoer knyttet til at systemomleggingen vil kunne medføre skade og ulempe gjennom driftsforstyrrelser og nedetid i EVRYs IT-systemer. Dette er fordi EVRY aksepterte tilbudet om at IBM skulle fortsette å arbeide i EVRYs ITSM-system mot betaling i påvente av at EVRY etablerer «broer» for automatisert datautveksling. IBM arbeider derfor fortsatt i EVRYs ITSM-system for håndtering av de «tickets» og «tasks» som er relevante for IBMs infrastrukturtenester under MSA, slik IBM gjorde før begjæringen. Den «status quo»-ordningen som EVRY begjærte etablert gjennom midlertidig forføyning, er nå etablert gjennom avtale.

EVRY har bestridt at selskapet er forpliktet til å betale for at IBM fortsatt arbeider i EVRYs ITSM-system, og har krevd tilbakebetalt beløpet som er betalt forskuddsvis for disse tjenestene. Forføyningskravet er dermed ikke noe annet enn et krav om bistand fra domstolene for å slippe å betale for en tjeneste IBM ikke lenger anser

seg forpliktet til å levere under MSA. Det er EVRYs forsettlig mislighold av pliktene under MSA som er den reelle årsaken til at EVRY har valgt å betale IBM for å fortsette en gammeldags «manuell» tjeneste. EVRY kunne lojalt ha utført denne tjenesten selv, men valgte å betale IBM for denne tjenesten. At EVRY hadde disse to valgene i påvente av etablering av «broene» var et bærende argument for at Oslo byfogdembete forkastet begjæringen. Når EVRY har valgt ett av disse to alternativene, er det ikke lenger rettslig grunnlag for en forføyning. EVRY har mulighet til senere å kreve erstatning for det økonomiske tap selskapet hevder å lide som følge av IBMs angivelige kontraktsstridige handlinger, og det skal da mye til for å gi forføyning til sikring av kravet.

EVRYs eneste gjenværende anførsel for sikringsgrunn er at IBM angivelig utøver «selvtekt» ved å presse EVRY til å betale. Denne anførselen er oppkonstruert og uten grunnlag. Det er en helt ordinær situasjon at en part tilpasser sine oppfyllelshandlinger etter eget syn på kontraktsforpliktelsens rekkevidde. Dette er ikke selvtekt. At IBM har tilbudt EVRY et alternativ mot betaling, gir bare EVRY flere valgmuligheter og anledning til å oppnå det resultatet man ønsker i forføyningssaken uten domstolenes medvirkning.

Midlertidig forføyning er utelukket dersom saksøker har andre hensiktsmessige alternativer, og byfogdembetet har korrekt lagt til grunn at EVRY hadde to alternativer. I tillegg har EVRY et tredje alternativ i kombinasjon med disse to alternativene, nemlig å etablere «broene» i tråd med sine forpliktelser i MSA, slik at automatisk utveksling av data kan skje mellom EVRYs ITSM-system og IBMs ICD/PgMP.

Det foreligger ingen holdepunkter for at EVRYs anførte «konkrete erfaring» med alternativ 2 medførte vesentlige risiki eller ga utslag i konkrete skader eller ulemper. Hadde EVRY lojalt fulgt opp logging av «tickets» og «tasks» i IBMs ICD/PgMP-system i tråd med opplæringen som IBM har gitt og den bistand som var lovet i en overgangsperiode, er det klart sannsynlig at alternativ 2 hadde vært et reelt og godt alternativ.

Det vil ikke være vanskelig for EVRY å beregne, eller å forfølge, det økonomiske tap selskapet mener å ha lidt. EVRY har valgt alternativ 1 og betaler dermed for at IBM fortsetter å arbeide i EVRYs ITSM-system i tre måneder. Dersom EVRY mener at det er rettslig grunnlag for å kreve erstatning for avsavnsrente utover forsinkelsesrenten som vil påløpe frem til endelig voldgiftsdom, er dette også et tilleggskrav som enkelt kan beregnes. Sakskostnader for å forfølge erstatningskravet kan videre kreves dekket av voldgiftsretten. EVRY har heller ikke forsøkt å sannsynliggjøre at det foreligger en markedsoppfatning som vil kunne medføre et økonomisk tap for EVRY. For øvrig har EVRY økonomisk evne til å bære kostnadene inntil tvisten er endelig avgjort, og IBM har tilbakebetalingsevne ved et eventuelt erstatningskrav.

Når det gjelder EVRYs anførsel om at IBM har vidløftiggjort saken, er dette en anførsel som ikke er forankret i sakens faktiske forhold.

EVRY har videre anført at IBM utøver selvtekt, og vist til Mitsems «rettstektsprinsipp». Dette prinsippet, som verken er behandlet i forarbeidene til tvisteloven eller referert av andre juridiske forfattere, er under enhver omstendighet ikke relevant ved vurderingen av midlertidig forføyning som følge av parters omtvistede handlinger i et kommersielt kontraktsforhold. Mitsems argumentasjon knytter seg til tilfeller hvor saksøker begjærer midlertidig forføyning fordi saksøkte har handlet i strid med en fremgangsmåte nedfelt i lov, og Mitsem uttaler selv at et eventuelt rettstektsprinsipp har et ganske beskjedent virkeområde, og at en skal være varsom med å stadfeste prinsippet. Det er ikke selvtekt at en part tilpasser sine oppfyllelshandlinger etter egen oppfatning om kontraktsforpliktelsens rekkevidde. Dersom den andre parten, ut fra et avvikende syn på kontrakten, mener dette utgjør mislighold, er krav om erstatning det relevante virkemiddelet.

Det er også uriktig at IBM har endret sin kontraktsadferd etter Oslo byfogdembetes kjennelse. IBMs respekt for kontrakten er ikke redusert. IBMs oppfyllelshandlinger reflekterer imidlertid IBMs oppfatning av pliktens rekkevidde, og ikke EVRYs oppfatninger. Uenighetene rundt dette vil bli løst ved voldgift.

## **Proporsjonalitetsvurdering, tidsbegrensning og sikkerhet**

Under enhver omstendighet vil en midlertidig forføyning være i strid med proporsjonalitetsbegrensningen. EVRYs interesse i at begjæringen tas til følge står i et slikt åpenbart misforhold til skaden og ulempen IBM vil påføres, at begjæringen ikke kan tas til følge. Det er riktig at forføyningen ikke er nødvendig, og videre vil ikke en forføyning være proporsjonal av følgende tre grunner: (1) EVRY har medvirket til egen skade ved å unnlate å forberede seg, (2) det er lite sannsynlig at EVRYs hovedkrav fører frem, og (3) EVRY har tilstrekkelig sikkerhet for sine eventuelle erstatningskrav gjennom morselskapsgarantien som er stilt.

Dersom vilkårene for midlertidig forføyning er til stede, må forføyning uansett gjøres tidsbegrenset og EVRY må pålegges å stille sikkerhet for IBMs tap.

Det er nedlagt følgende påstand:

1. Anken forkastes.
2. IBM Services AS tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten.

## **[Lagmannsretten bemerker:]<sup>1</sup>**

**Lagmannsretten**, som har kommet til at EVRY ikke har sannsynliggjort sikringsgrunn slik at anken blir å forkaste, bemerker:

### **Innledning**

EVRY anmodet i anken om muntlig forhandling i saken. Dette ble begrunnet med sakens betydning for EVRY samt at IBM ifølge EVRY hadde vidløftiggjort saken. IBM ba i anketilsvaret om muntlig forhandling med mindre lagmannsretten kom til at saken kunne avgjøres på bakgrunn av manglende sikringsgrunn, slik som Oslo byfogdembete gjorde. I prosesskriv 20. august 2019 uttalte EVRY at «[a]nketilsvaret underbygger at saken kan avgjøres uten muntlig forhandling».

Lagmannsretten uttalte i brev 27. august 2019 til prosessfullmektigene at lagmannsrettens foreløpige syn var at anken kunne avgjøres i samsvar med hovedregelen om skriftlig behandling, jf. tvisteloven § 29-15 første ledd. Partene har etter dette avgitt supplerende uttalelser knyttet til sakens realitet, men uten å kommentere spørsmålet om behandlingsform ytterligere.

Lagmannsretten avgjør anken etter skriftlig behandling i samsvar med lovens hovedregel, jf. tvisteloven § 32-2 jf. § 29-15 første ledd. Slik lagmannsretten ser saken, tilsier ikke hensynet til forsvarlig og rettferdig rettergang muntlig forhandling i saken, jf. § 29-15 andre ledd. Lagmannsretten viser til at partene har sendt inn omfattende ankeerklæring og anketilsvar i saken, og at de som nevnt er gitt anledning til å uttale seg ytterligere i saken før den ble tatt opp til avgjørelse. Lagmannsretten er av den oppfatning at lagmannsretten på bakgrunn av sakens dokumenter og partenes innlegg, og sett hen til det grunnlag lagmannsretten avgjør saken på, forsvarlig kan avgjøre saken uten muntlig forhandling.

En begjæring om midlertidig forføyning kan bare besluttes dersom kravet det begjæres forføyning for (hovedkravet) og sikringsgrunnen er sannsynliggjort, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd første punktum. Beviskravet er sannsynlighetsovervekt, jf. Flock, Midlertidig sikring, Arrest og midlertidig forføyning, 2011, side 224.

Hovedkravet som EVRY hevder å ha mot IBM, er at IBM ikke har stansingsrett for leveransen av tjenester etter MSA og at IBM derfor plikter å jobbe i EVRYs ITSM-system. Det er dette kravet EVRY ønsker å sikre gjennom den midlertidige forføyningen.

Kravene til sannsynliggjøring av hovedkrav og sikringsgrunn er to selvstendige vilkår. I likhet med Oslo byfogdembete finner lagmannsretten det ikke nødvendig å ta stilling til om hovedkravet er sannsynliggjort, idet lagmannsretten under enhver omstendighet ikke finner at det foreligger sikringsgrunn, jf. Rt-2000-1725 og Flock, op.cit. side 107 og 277. Riktig nok er det mulig at terskelen for å konstatere sikringsgrunn etter omstendighetene kan påvirkes av hvor klart det er at hovedkravet fører frem, jf. Flock, op.cit., side 107, der det uttales at det «kan ...være grunn til å lempe på kravene til sikringsgrunn der det synes utvilsomt at saksøkeren er berettiget etter det hovedkrav han gjør gjeldende». Men lagmannsretten finner det klart at dette ikke er situasjonen i saken her. Hvorvidt EVRY er berettiget i henhold til hovedkravet, beror på en tolkning av partenes avtale, der et komplekst og omfattende faktisk materiale inngår. Svaret på spørsmålet om EVRY er berettiget, fremstår ikke som klart, slik lagmannsretten ser det.

## Har EVRY sannsynliggjort sikringsgrunn?

EVRY har begjært midlertidig forføyning i medhold av tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b, hvor det fremgår at midlertidig forføyning kan besluttes når:

det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for.

I Rt-2002-108 uttales følgende om vurderingstemaet i tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b:

Bestemmelsen åpner for en sammensatt vurdering av hvor viktig det omtvistede rettsforhold er for saksøkeren, hvor stort behov saksøkeren har for midlertidig forføyning, hvor inngripende en midlertidig forføyning vil være, saksøktes adferd m.v.

Hvor stort behov saksøkeren har for midlertidig forføyning, henger sammen med kravet om at forføyningen skal anses «nødvendig». Nødvendighetskriteriet knyttes også opp mot de forhold som er eksplisitt nevnt i tvisteloven § 34-1, altså «avverge vesentlig skade eller ulempe» eller «hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for». Nødvendighetskriteriet er nærmere omtalt i Schei mfl., Tvisteloven, Kommentarutgave, § 34-1 note 7, Juridika, revidert 1. september 2016, hvor det blant annet uttales følgende:

Forføyning kan ikke gis dersom retten anser at en ordning mellom partene kan gjennomføres på en annen måte. Se til illustrasjon RG 1999 side 836 (Gulating) eller ved at saksøkeren tar i mot et tilbud fra saksøkte som i tilstrekkelig grad ivaretar saksøkers interesser. Falkanger, Flock og Waaler side 1161 fremholder også at der saksøkeren har andre, like hensiktsmessige forføyninger til rådighet, vil forføyning ikke være nødvendig.

I tilfeller hvor skaden eller ulempen som påberopes er av økonomisk karakter, vil muligheten for å kreve erstatning kunne lede til at den påståtte skaden ikke anses vesentlig, eller begrunne at det ikke er nødvendig med forføyning, jf. blant annet Rt-1996-1625, Rt-1999-1220 og LB-2018-4746. Dersom tapet er vanskelig å beregne eller forfølge, eller det også er tale om andre vesentlige skadevirkninger enn de økonomiske, kan forføyning likevel være nødvendig, jf. LB-2018-4746 og Flock, op.cit., side 103. Muligheten til å fremme krav om erstatning vil være ett av flere momenter i den samlede vurderingen som må foretas av om det er nødvendig med en midlertidig ordning for å avverge vesentlig skade eller ulempe.

Det er klart at det omtvistede rettsforhold er viktig for EVRY, jf. Oslo byfogdembetes kjennelse side 9.

Lagmannsretten har likevel kommet til at nødvendighetskravet for midlertidig forføyning ikke er oppfylt, idet EVRY har minst ett alternativ som etter lagmannsrettens syn i tilstrekkelig grad ivaretar EVRYs interesser.

Lagmannsretten viser til alternativ 1 – at EVRY kan betale IBM i henhold til separat avtale for at IBM skal fortsette å arbeide i EVRYs ITSM-system, med eventuelt forbehold om tilbakebetaling – som ble oppstilt av Oslo byfogdembete. Dette alternativet er per i dag realisert mellom partene ved at de 14. juli 2019 inngikk en avtale som gikk ut på at IBM skal opprettholde sin leveranse etter MSA og fortsette å jobbe i EVRYs ITSM-system slik som tidligere, mot et vederlag på 51 870 000 kroner eksklusiv merverdiavgift for perioden fra 22. juli 2019 til 22. oktober 2019, og med mulighet for forlengelser med nye tremånedersperioder. Lagmannsretten mener at dette alternativet ivaretar EVRYs interesser, uavhengig av EVRYs anførsel om at selskapet ikke hadde noe annet valg enn å inngå avtalen. Dette alternativet innebærer at IBM opprettholder sin leveranse i tråd med det de gjorde før stansingen 7. juli 2019, noe som avverger de samfunnskritiske skadene og ulempene som EVRY har anført at vil oppstå dersom IBMs leveranse stanser.

Siden alternativ 1 er realisert, er det ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til hvorvidt alternativ 2 som ble oppstilt av byfogdembetet, er et aktuelt og reelt alternativ for EVRY.

Dersom det skulle vise seg at IBMs stansing av leveransen ikke var berettiget, kan EVRY kreve beløpet som er betalt til IBM etter avtalen 14. juli 2019, erstattet. Den skade eller ulempe som EVRY forsøker å hindre ved den midlertidige forføyningen, er dermed reelt sett kun et økonomisk tap.

EVRY har anført at selskapet vil bli påført et betydelig omdømmetap som en følge av IBMs stans.

Lagmannsretten ser ikke bort fra at en stansing av IBMs leveranser vil kunne medføre vesentlig skade eller ulempe i form av nedetid, stans og driftsforstyrrelser i leveransen til EVRYs kunder, og at dette vil kunne påføre EVRY et omdømmetap. Likevel mener lagmannsretten at det ikke lenger foreligger en reell risiko for et slikt omdømmetap, idet IBM per dags dato leverer sine tjenester under MSA slik som selskapet gjorde før stansen 7. juli 2019.

Lagmannsretten har videre lagt vekt på at den perioden EVRY har behov for at IBM jobber i EVRYs ITSM-verktøy, er begrenset. EVRY har selv opplyst at behovet for IBMs leveranse vil opphøre når IHUB er ferdigstilt og klar for produksjon. EVRY har opplyst at IHUB etter gjeldende plan skal være ferdigstilt 30. oktober 2019, men har gjort gjeldende at det erfaringsmessig må tas høyde for forsinkelser.

Lagmannsretten bemerker at det på bakgrunn av partenes uttalelser om forventet progresjon foreligger usikkerhet rundt når transformasjonsprosjektet for integreringen av IHUB vil være ferdigstilt. Samtidig legger lagmannsretten til grunn at det må forventes at profesjonelle parter som EVRY og IBM vil arbeide for å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten med tanke på å få på plass IHUB i henhold til avtalt gjennomføringsplan, særlig fordi ingen av partene har noen interesse i at integreringen blir ytterligere forsinket. Basert på dette og partenes uttalelser, legger lagmannsretten til grunn at transformasjonsprosjektet for integrering av IHUB mest sannsynlig vil være på plass enten i slutten av 2019 eller i begynnelsen av 2020.

Dette innebærer at perioden EVRY potensielt vil lide et økonomisk tap, mest sannsynlig vil være begrenset til én tremånedersperiode i tillegg til perioden som utløper 22. oktober d.å. EVRYs eventuelle økonomiske tap vil således mest sannsynlig være begrenset til 103 740 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, med tillegg av eventuelle renter og krav på sakskostnader. Dette er ikke i nærheten av beløpet på minst 400 millioner kroner som EVRY i anken har anført som sannsynlig utlegg. EVRY har etter lagmannsrettens oppfatning ikke sannsynliggjort et potensielt ytterligere økonomisk tap som en følge av markedsadferden.

Lagmannsretten er enig med byfogdembetet i at beregningen av et eventuelt erstatningskrav ikke vil medføre så store utfordringer at dette i seg selv medfører at midlertidig forføyning likevel vil være nødvendig.

Videre er lagmannsretten av den oppfatning at EVRY har økonomisk evne til å bære kostnadene inntil tvisten er endelig avgjort. Det vises til Oslo byfogdembetes kjennelse side 10 hvor det henvises til uttalelsen fra partsrepresentant Jakob van der Hagen som «opplyste at han fant kravet urimelig, men at EVRY ville kunne reise pengene dersom det kom dit hen». Lagmannsretten kan ikke se at denne uttalelsen er bestridt av EVRY i anken. Det vises også til at beløpet EVRY må dekke, sannsynligvis vil være begrenset i samsvar med det som er lagt til grunn ovenfor. Heller ikke den omstendighet at kostnaden EVRY påføres ved å betale beløpene til IBM, etter det opplyste utgjør 38 prosent av EVRYs kvartalsresultat, innebærer at EVRY påføres en vesentlig skade eller ulempe som gjør forføyning nødvendig, slik lagmannsretten ser det.

På bakgrunn av ovennevnte er det lagmannsrettens oppfatning at den avtalen som er inngått mellom partene ivaretar EVRYs interesser.

Lagmannsretten bemerker at saksøktes adferd er et relevant moment i totalbedømmelsen av om det er nødvendig med midlertidig forføyning. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at EVRY kan høres med at IBM har kommet med «grunnløse innsigelser», eller vidløftiggjort eller tilslørt saken på en slik måte at det kan få betydning for vurderingen av nødvendigheten av midlertidig forføyning. IBM har stanset bruken av EVRYs ITSM-system som en følge av at IBM mener at selskapet ikke har en plikt til å bruke dette systemet. Berettigelsen av stansingen utgjør en tvist mellom partene som må vurderes ut fra partenes kontrakt, og som er henvist til å løses ved voldgift.

Når det ellers gjelder EVRYs anførsel om selvtekt, bemerker lagmannsretten at det i enkelte tilfeller vil kunne være behov for beskyttelse mot ulovlig selvtekt i form av midlertidig forføyning, jf. blant annet HR-2018-2009-U, som gjaldt utleiers ulovlig selvtekt av lokalene som leietaker leide. Etter lagmannsrettens syn er det imidlertid ikke naturlig å likestille IBMs beslutning om å stanse leveransen etter MSA med selvtekt. IBMs anførte grunn for stansingen er at IBM mener at selskapet ikke lenger er kontraktsmessig forpliktet til å levere tjenester etter MSA. EVRY og IBM er jevnbyrdige og profesjonelle kontraktsparter, og spørsmål om stansingsrett og eventuelt erstatningskrav, er som nevnt henvist til behandling ved voldgift. For øvrig bemerkes at IBMs stansing uansett har opphørt på nåværende tidspunkt, idet IBM fortsatt arbeider i EVRYs ITSM-system i henhold til avtalen mellom partene.

Ut fra en samlet vurdering er lagmannsrettens konklusjon at midlertidig forføyning ikke er nødvendig for å avverge vesentlig skade eller ulempe for EVRY, og at det derfor ikke foreligger sikringsgrunn. Det er særlig lagt vekt på at eventuelle skader eller ulemper som EVRY påføres som følge av IBMs stansing, er avverget gjennom en separat avtale, og at EVRY kan kreve et mulig tap som følge av dette erstattet gjennom et etterfølgende erstatningskrav.

Lagmannsretten trenger etter dette ikke ta stilling til om forføyning som krevd vil være uforholdsmessig ut fra en interesseavveining, jf. tvisteloven § 34-1 andre ledd.

Etter dette forkastes anken.

## Sakskostnader

IBM har vunnet ankesaken fullt ut og har krav på full erstatning for sine sakskostnader for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Lagmannsretten kan ikke se at tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta EVERY helt eller delvis for erstatningsansvaret, jf. § 20-2 tredje ledd.

For lagmannsretten har IBM fremmet krav om dekning av sakskostnader med 1 029 790 kroner eksklusiv merverdiavgift, hvorav 956 315 kroner utgjør salær basert på 202,5 timers arbeid. I tillegg til salæret har IBM krevd dekket utlegg til oversettelse med 73 475 kroner eksklusiv merverdiavgift.

Til sammenligning har EVERY krevd dekket salær med 1 052 938 kroner eksklusiv merverdiavgift for 281,25 timers arbeid. EVERY har ikke hatt innsigelser til IBMs krav.

Etter tvisteloven § 20-5 første ledd skal full erstatning for sakskostnader dekke alle partens nødvendige kostnader. Ved vurderingen av hva som har vært nødvendig, skal det legges vekt på om det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem.

Lagmannsretten mener at salærkravet på vegne av IBM fremstår som høyt, særlig tatt i betraktning at det i stor grad er de samme anførsler som er fremsatt for lagmannsretten som ble fremsatt for byfogdembetet. Likevel har lagmannsretten, under noe tvil, kommet til at kravet skal dekkes som nødvendig kostnad. Lagmannsretten har da sett hen til sakens omfang og kompleksitet, samt sakens betydning for parten.

Lagmannsretten bemerker at nødvendigheten av utlegget til oversettelse på 73 475 kroner, ikke er begrunnet. Blant annet sett hen til at motparten ikke har protestert mot posten, finner lagmannsretten likevel at utlegget bør erstattes som nødvendig kostnad.

IBM har fradragsrett for inngående merverdiavgift, slik at kostnadene er eksklusiv merverdiavgift.

Etter dette fastsettes kostnadene for lagmannsretten til 1 029 790 kroner, i samsvar med kravet.

Lagmannsrettens resultat legges også til grunn for avgjørelsen av sakskostnadene for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9. Lagmannsretten finner ikke grunn til å endre tingrettens sakskostnadsavgjørelse eller det der tilkjente beløp. Det vises til tingrettens begrunnelse for sakskostnadsavgjørelsen.

Kjennelsen er enstemmig.

### *SLUTNING:*

- 1. Anken forkastes.*
- 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler EVERY Norge AS til IBM Services AS 1 029 790 – enmilliontjuenitusensjuhundreogtjue – kroner innen to uker etter forkynnelsen av kjennelsen.*

<sup>1</sup> Tilføyd av Lovdata.