

Land	Norge
Domstol	Borgarting lagmannsrett
Parter	Kezzler AS mod Jarepta AS
Dato for afgørelse	30. april 2003
Afgørelsestype	Kendelse
Status	Retskraftig
Dato for publicering i domsdata-basen	10. juni 2020
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	s. 151
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik en tvist om ejerskabet til kildekoden til et dataprogram. Kunden havde indgået aftale med leverandøren om udvikling af et dataprogram, hvor det blev fastslået, at alle rettigheder til programmet blev overdraget til kunden. Retten fandt, at dette måtte forstås således, at leverandøren hverken kunne tilbageholde kildekoden eller forbyde kunden at videreudvikle programmet. Retten lagde vægt på, at en totaloverdragelse af ophavsretten medfører en ret til at ændre og videresælge programmet.

Nøgleord: kildekoden, totaloverdragelse af rettigheder, udviklingsaftale

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-2003-399

Instans	Borgarting lagmannsrett – Kjennelse.
Dato	2003-04-30
Publisert	LB-2003-399
Stikkord	Midlertidig forføyning. Opphavsrett. Tilbakeholdsrett. Avtaletolkning. Tvangsfullbyrdsloven § 15-1, § 15-2 og § 15-6. Åndsverksloven § 2, § 39a, § 39b og § 39h.
Sammendrag	Kezzler AS inngikk avtale om med Jarepta AS om utvikling av et dataprogram (javautvikling) i tilknytning til et forretningskonsept som var utviklet av Kezzler. I avtalen var det bestemt at Kezzler eier «alle rettigheter i forbindelse med de ferdige utviklede produkter og applikasjoner, systemer». Etter at programmet var utviklet, nektet Jarepta å utlevere kildekoden til Kezzler, og påberopte seg blant annet at Kezzler etter avtalen hadde forpliktet seg til å benytte Jarepta til javautvikling. Kezzler fikk medhold i krav om midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdsloven kapittel 15 med krav om utlevering av kildekoden. Konkret avtaletolkning. Uttalelser om anvendelsen av åndsverksloven § 39a.
Saksgang	Oslo namsrett Nr 02-01756 D – Borgarting lagmannsrett LB-2003-399 K/04 (Rettskraftig 5. juni 2003).
Parter	Den kjærende part: Kezzler AS (Prosessfullmektig: Advokat Håvar Wiik). Kjæremotpart: Jarepta AS (Prosessfullmektig: Advokat Felix Reimers).
Forfatter	Lagdommer Petter A. Lossius. Lagdommer Svein Dahl. Lagdommer Regine Ramm Bjerke.

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett – Kjennelse. - LB-2003-399.....	1
Innholdsfortegnelse	2

Saken gjelder begjæring om midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 15 med krav om utlevering av kildekode til datamaskinprogram.

Kezzler AS (heretter Kezzler) ble stiftet i 2001 av Magnar Løken, som er hovedaksjonær i selskapet. Løken har siden 1966 arbeidet med et teknisk system som tilbyr sikkerhet for at produkter er genuine, såkalt autentisering. Systemet går ut på at produsenter av varer, forhandlere og kunder kan kontrollere om en vare er original eller en kopi. Den tekniske løsningen har oppfinnerhøyde og er patentert. Jarepta AS (heretter Jarepta) er et konsulentfirma som arbeider med javautvikling. Java er et programmeringsspråk.

I begynnelsen av 2001 ble partene enige om at Jarepta skulle utvikle applikasjon/programvare, i første omgang en prototype, og senere hvis resultatet ga grunnlag for det, en ferdig applikasjon som skulle integreres i Kezzlers tekniske løsning. Prototypen ble ferdigstilt i 2002. Den 11 april 2002 ble det inngått slik avtale mellom partene:

Jarepta stiller til disposisjon følgende:

2 utviklere på 50% stilling til javautvikling for Kezzler fra 10.4.2002 til og med 1.7.2002 og 1 utvikler på 50% stilling til javautvikling fra 2.7.2002 til 1.1.2003.

Kezzler eier alle rettigheter i forbindelse med de ferdige utviklede produkter og applikasjoner, systemer. Kezzler kan fritt disponere personellet til de oppgaver selskapet ønsker som innbefatter utvikling av programvare.

Dersom det er nødvendig å leie inn annen utviklingskompetanse vil Kezzler dekke disse kostnadene.

Kezzler forplikter seg til å benytte Jarepta til javautvikling.

.....

Jarepta AS mottar aksjer for dette i Kezzler AS for stort NOK 10 – ti kroner – tilsvarende 1,2% av aksjekapitalen i Kezzler AS per 2.7.2002 og 0,8% per 2.1.2003.

I brev av 9. juli 2002 til Kezzler meddelte Jarepta at selskapet ville innstille «all tidkrevende aktivitet» inntil det var inngått en ny avtale mellom partene om vederlag for Jareptas arbeid. Ny avtale ble inngått 22. juli 2002. I tillegg til å motta aksjer skulle Jarepta få betaling for en del av timene (ca. 300 av i alt 1.100 timer) med kr 325.518, som forfalt til betaling 2. januar 2003.

Den 7. oktober 2002 kontaktet Kezzler Jarepta over telefon og ba om å få kildekode utlevert. En kildekode inneholder alle kommandoer som forteller hva programmet skal gjøre og på hvilken måte, nedskrevet på programmeringsspråk, i dette tilfellet java. Man er avhengig av kildekoden for å foreta oppdateringer, endringer, bearbeidelse og videreutvikling av programmet. Kezzler har bare fått utlevert programmet i maskinlesbar form, såkalt objektkode eller objektversjon, som gir grunnlag for å ta programmet i bruk.

Jarepta svarer slik på anmodningen i e-post av 11 oktober 2002:

Avtalen mellom Kezzler AS og Jarepta AS av 11.04.2002 sier ingenting om utlevering av kildekode. Siden Kezzler i følge avtalen er forpliktet til å benytte Jarepta til Javautvikling ser vi heller ingen behov for at Kezzler skal få overlevert denne kildekoden.

Hvis Kezzler likevel ønsker kildekoden, kan Jarepta godta dette ved at Kezzler stiller nødvendig sikkerhet (bankgaranti eller lignende) for hele det utestående beløp i henhold til fordring med forfall den 2.1.2003. Hvis slik sikkerhet ikke kan fremskaffes forbeholder Jarepta seg retten til å beholde kildekoden som rimelig sikkerhet for det utestående beløp.

Partene kom ikke til enighet. Den 18. oktober 2002 innga Kezzler begjæring om midlertidig forføyning til Oslo namsrett med krav om utlevering av kildekoden. Jarepta motsatte seg dette.

Ved brev av 1. november 2002 hevet Kezzler avtalen med Jarepta. Hevingen ble begrunnet med at Jarepta nektet å utlevere kildekoden. I brevet varslet Kezzler krav om erstatning for det tap Kezzler var blitt og ville bli påført inntil kildekoden var utlevert. I brev av 4. desember 2002 bestred Jarepta berettigelsen av hevingen og tok forbehold om å kreve erstatning.

Oslo namsrett avsa 25 november 2002 etter muntlig forhandling kjennelse med slik *slutning*:

1. Begjæringen tas ikke til følge.
2. I omkostninger for namsretten betaler Kezzler AS kr 55.080,- -femtifemtusenogåtti- til Jarepta AS innen 2 - to- uker etter forkynnelse av denne kjennelse.

Namsretten fant at hovedkravet – at kildekoden er Kezzlers eiendom – ikke var sannsynliggjort.

Kezzler har rettidig påkjært kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, og har for lagmannsretten nedlagt slik endelig *påstand*:

1. Prinsipalt:

Jarepta AS pålegges å utlevere den totale kildekode og dokumentasjon til dataprogrammet Intenator til Kezzler AS.

Subsidiært:

Jarepta AS pålegges å utlevere den Kezzler-spesifikke kildekoden og dokumentasjon til dataprogrammet Intenator til Kezzler AS.

2. I begge tilfelle, Kezzler AS tilkjennes saksomkostninger for Oslo namsrett og Borgarting lagmannsrett med tillegg av forsinkelsesrente i henhold til forsinkelsesrenteloven fra forfall til betaling skjer.

Jarepta har tatt til motmæle, og har for lagmannsretten nedlagt slik *påstand*:

1. Namsrettens kjennelse, slutningen punkt 1, stadfestes.
2. Kezzler AS dømmes til å erstatte Jarepta AS' saksomkostninger for namsretten og lagmannsretten med tillegg av forsinkelsesrente i henhold til forsinkelsesrenteloven, for tiden 12 -tolv- prosent til betaling skjer.

Kezzler AS har for lagmannsretten i hovedsak anført:

Den tekniske løsning i Kezzlers forretningskonsept har oppfinnerhøyde og er patentert. Utviklingen av kildekoden/dataprogrammet er en del av den praktiske løsningen av forretningskonseptet. For å få denne internettbaserte forretningsideen til å fungere i praksis, har man behov for et dataprogram, som kan respondere på digitale henvendelser over nettet. Jarepta ble engasjert av Kezzler for å utvikle dette programmet. Utviklingen skjedde etter nærmere instruksjoner og spesifikasjoner fra Kezzlers side. Avtalen av 11. april 2002 ble inngått etter at prototypen var utviklet, men i forkant av arbeidet med utviklingen av dataprogrammene.

Kezzler bestrider ikke at dataprogrammet har verkshøyde. Uavhengig av på hvilken hånd opphavsretten har oppstått, er den imidlertid etter avtalen i sin helhet overført til Kezzler.

Namsretten har støttet avtaletolkningen på åndsverkloven § 39a, omtalt som spesialitetsprinsippet, som er en formodning mot total overdragelse av opphavsrett. Kildekoden, samt retten til endring og videre overdragelse kan overdras, jf. åndsverkloven § 39 første ledd, som bestemmer at enhver opphavsrettslig råderett kan overføres. Som det fremgår av namsrettens kjennelse er det bransjepraksis for at oppdragsgiver overtar de fulle opphavsrettigheter. jf standardkontrakter utarbeidet både av Statskonsult og IKP Norge, samt Borgarting lagmannsretts kjennelse av 12. mars 2002. Statskonsult og IKP Norge er de dominerende aktører når det gjelder standardkontrakter i bransjen på henholdsvis kundesiden og leverandørsiden. Jarepta har verken før, under eller etter namsrettsbehandlingen kunnet vise til ett eneste tilfelle hvor de har utført utviklingsarbeid for en oppdragsgiver, men likevel selv beholdt retten til kildekoden.

I saken her fremgår det klart av avtalen at alle rettigheter er overdratt. Dette er utslagsgivende også i forhold til åndsverkloven § 39b første ledd, som bestemmer at retten til endring og videre overdragelse ikke anses overdratt med mindre annet er avtalt. Når det er bestemt at «alle rettigheter» tilhører Kezzler, og dette samsvarer med bransjepraksis/kutyme, måtte det være tatt et uttrykkelig forbehold i avtalen, dersom noe så vesentlig som kildekoden ikke skulle vært omfattet.

Uansett kommer spesialitetsprinsippet ikke til anvendelse her, fordi det aldri har oppstått noe opphavsrett på Jareptas hånd. Allerede før utviklingsarbeidet begynte var det inngått skriftlig avtale hvor alle rettighetene ble

plassert hos Kezzler. Det er da på det rene at opphavsretten er overført til Kezzler og at åndsverkloven § 39a og § 39b ikke kommer til anvendelse.

Jarepta har ikke bestridt at de kommersielle interesser er overdratt i sin helhet til Kezzler. Tvisten gjelder om Jarepta har overdratt retten til endring/bearbeiding av programmet, samt retten til videreoverdragelse. Det fremgår klart av avtalen av 11. april 2002 at Kezzler eier alle rettigheter i forbindelse med de ferdig utviklede produkter, applikasjoner og systemer. Programmet i kildekodeversjon faller inn under begrepet «produkter og applikasjoner, systemer». Kildekoden er å anse som «produkt, applikasjon, system» som man nødvendigvis har rettigheter til. Retten til å foreta endring, retting og oppdatering, bearbeidelse og utvikling av et dataprogram er sentrale rettigheter som ut fra normal språkforståelse må ligge innenfor begrepet «eier alle rettigheter». Også lest i sammenheng forutsetter kontrakten at disse rettighetene tilligger Kezzler. Hvis disse rettighetene ikke tillå Kezzler, ga det liten mening å gi Jarepta fortrinnsrett til å forestå javautvikling. Jarepta har for øvrig erkjent at de ikke har rett til å foreta endringer i programmet etter eget forgoðtbefinnende. Når Kezzler har bestemmelsesrett med hensyn til endringer av programmet og de økonomiske beføyelser og programmer, er det vanskelig å se hvilke beføyelser som gjenstår, og som tilsier at Jarepta er eier av kildekode.

Det er enighet om at Kezzler innehar forretningsideen og patenterte løsninger, skal betale for utviklingskostnadene og har alle de kommersielle rettighetene. Skal man ta Jareptas argumentasjon på alvor, står Kezzler tilbake med begrenset bruksrett, men ikke rett til å endre, rette feil eller bearbeide sitt eget program, samt en rett til å mangfoldiggjøre programmet i sin nåværende form. En slik forståelse av avtaleforholdet er i strid med avtalens ordlyd og ulogisk og meningsløs. Namsrettens forståelse av avtalen vil i realiteten medføre at Jarepta ikke kan forføye over programmet på annen måte enn ved å blokkere Kezzlers forutsatte og planlagte forretningsdrift.

Jareptas oppdrag i denne saken var å foreta programmering/utvikling innefor en definert tidsramme og undergitt Kezzlers styring og kontroll. Det var et klassisk konsulentoppdrag. At Jarepta har benyttet sitt eget rammeverk for utviklingen av programmet, vil nødvendigvis være situasjonen ved alt programmeringsarbeid. Dette kan vanskelig tale i retning av eierskap for Jarepta. Det eneste uvanlige ved avtalen er at deler av vederlaget skulle betales i form av aksjer. Vederlaget ble imidlertid avtalt på grunnlag av partenes egne økonomiske vurderinger. Jareptas kompensasjon i form av kontantvederlag og aksjer er både balansert og rimelig, og kan ikke tillegges vekt ved vurderingen av eierskapet til kildekode.

Namsretten har ved sin avgjørelse lagt vekt på klausulen om at Kezzler forplikter seg til å benytte Jarepta til javautvikling. Plikten til å benytte Jarepta som javautvikler er ikke uforenlig med et krav om utlevering av kildekode. Klausulen er kortfattet og har ikke særlig høyt presisjonsnivå. At Jarepta er gitt en foretrukken posisjon som videreutvikler, innebærer ingen regulering av eierforhold til kildekode. Hvis det skulle være slik som Jarepta hevder, at retten til endring og videreoverdragelser ikke er overdratt til Kezzler, ville klausulen fremstå som meningsløs, i det Jarepta som eier av kildekode ville kunne foreta endringer etter eget ønske. Det må skilles mellom en eierbeføyelse og hvem som fysisk skal gjøre endringene. Jarepta er bare gitt en foretrukket posisjon for videre utviklingsarbeid initiert av Kezzler. Kezzler må uhindret av kontrakten i visse tilfelle ha anledning til å benytte andre til videreutvikling, endringer og bearbeidelser, for eksempel hvis Jarepta avslår å foreta endringer, ikke har tid eller kompetanse til å utføre endringer eller betinger seg et uforholdsmessig vederlag. Kontrakten må forstås slik at bestemmelsesretten for endringer ligger hos Kezzler, men med en forpliktelse til å benytte Jarepta så langt det lar seg gjøre. Kezzler må videre kunne inngå avtale med kunder om at de selv kan bestemme hvilken utvikler som skal engasjeres til videre bearbeidelse og tilpasning av programmet etter kundens behov. Avtalen kan ikke forstås slik at den gir Jarepta total kontroll over alle prosjekter Kezzler vil delta i.

Hovedkravet – at Kezzler er rettmessig eier av kildekode til dataprogrammet «Intentor» er etter dette sannsynliggjort.

Jarepta hadde ikke tilbakeholdsrett i kildekode. En forutsetning for tilbakeholdsrett måtte være at det forelå mislighold eller antasipert mislighold fra Kezzler, noe som ikke var tilfelle. Da Kezzler krevde kildekode utlevert, var ikke plikten til å benytte Jarepta til javautvikling misligholdt. Betalingsplikten var ikke misligholdt da beløpet først forfalt til betaling 2 januar 2003. Jarepta har benyttet besittelsen av kildekode til å betinge seg en sikkerhet før forfall som ikke var avtalt mellom partene.

Sikringsgrunn foreligger etter tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 (b). Det er nødvendig med midlertidig ordning for å avverge en vesentlig skade eller ulempe. Uten kildekode, står Kezzler i fare for å tape fremtidige omfattende inntektsbringende kontrakter, ved at selskapet ikke kan oppfylle de krav investorer og/eller andre

kontraktspartner har fremsatt. Kildekoden er nødvendig for Kezzlers kommersielle utnyttelse av sitt produkt. Kezzler har en tid arbeidet med forskjellige samarbeidspartnere om å salg av den tekniske løsning og software til selskaper som vil bygge videre på denne teknologien med spesielle løsninger innenfor sine bransjer. Flere av samarbeidspartnerne krever kildekoden for å inngå samarbeidsavtale. Det er også aktuelt å utvikle softwaren på områder der det ikke er tale om noe videreutvikling i java, og hvor man trenger spesialister til dette, som i tilfelle trenger kildekoden. Kezzler arbeider videre med en emisjon. Investorene har krevet å få se kildekoden. Uten kildekoden får man ikke på plass forpliktende avtaler, som igjen er grunnlaget for å få inn nødvendig kapital til nødvendig utvikling og forretningsmessige oppfølging.

Uten kildekoden vil samarbeidsprosjektene bli vanskeliggjort og forsinket, idet Kezzler i så fall først må utvikle softwaren på nytt selv. Dette vil Kezzler kunne gjøre, men det tar tid, koster penger og vil kunne sette samarbeidsprosjektene i fare. Jareptas nektelse av å utlevere kildekoden representerer betydelige faremomenter og problemer for Kezzler. Kezzler er fortsatt i gründer/utviklingsfasen og er meget sårbar for den situasjon man har kommet opp i vedrørende kildekoden og har et meget sterkt behov for raskest mulig avklaring.

Dersom Kezzler nå får utlevert kildekoden, vil selskapet komme videre i de samarbeidsprosesser som er beskrevet ovenfor. En eventuell tvist om eiendomsretten til kildekoden vil i praksis ikke ha noen betydning for muligheten til å komme videre. Utlevering av kildekoden til nøytral tredjepart, slik Jarepta har foreslått vil i praksis ødelegge Kezzlers mulighet til å komme videre i prosessene.

Kezzler kan ikke se at Jarepta vil bli påført noen ulempe dersom det treffes en beslutning i tråd med påstanden. Jarepta har ikke rett til å selge den ferdige utviklede software eller for øvrig forføyne over denne. Dersom det ved en senere domstolsbehandling eventuelt blir resultatet at Jarepta eier kildekoden, vil Jareptas interesser eventuelt være vel ivaretatt ved et erstatningskrav.

Det fremgår tydelig av Jareptas e-post av 11. oktober 2002 at Jareptas interesse var å skaffe seg sikkerhet for betaling av kravet på 325.518 kroner. Jareptas senere argumentasjon fremtrer som konstruert. Jarepta hadde ikke grunnlag i avtaleforholdet for å kunne kreve noen form for sikkerhet for sitt utestående krav.

Jarepta har ikke noen rettigheter til kommersiell utnyttelse av kildekoden, og det eneste Jarepta kan er å blokkere/ødelegge Kezzlers forretningsmessige muligheter. Også proporsjonalitetsprinsippet tilsier derfor at det gis midlertidig forføyning.

Jareptas innsigelse om at utlevering av kildekoden vil medføre risiko for at andre vil få innsyn i Jareptas «arvesølv» må vurderes i lys av vanlig praksis i bransjen, hvor kildekoden i alminnelighet blir overlevert. Jarepta har erkjent at selskapet i alminnelighet utleverer kildekoden ved tilsvarende oppdrag. Jareptas rammeverk/arvesølv bygger dessuten på informasjon og tekniske løsninger som er allment tilgjengelig.

Jarepta vil ikke tape noe annet ved midlertidig forføyning enn den faktiske maktposisjon de har ved besittelse av kildekoden.

Jarepta har anført at det bare er den Kezzler-spesifikke kildekode som kan kreves utlevert. Det må imidlertid åpenbart være den totale kildekode som kan kreves utlevert, i det man nødvendigvis må forutsette en kildekode som fungerer. Subsidiært kreves utlevering av den Kezzlerspesifikke kildekoden. Jareptas innvendinger som går på at Jareptas rammeverk blir kjent for andre vil da bortfalle.

Det er ikke grunnlag for retten til å stille krav om sikkerhet for mulig erstatning til saksøkte etter tvangsfullbyrdsloven § 15-6. Kezzler hadde ikke misligholdt avtalen da kravet om utlevering ble fremmet. Det har derimot Jarepta gjort ved å nekte å utlevere kildekoden, hvilket har medført at avtalen er hevet for så vidt gjelder fremtidig samarbeid. Dersom man først kommer til at hovedkravet er sannsynliggjort, synes det rimelig klart at også hevingen er berettiget. I så fall vil ikke Jarepta lide noe tap ved at kildekoden utleveres. Under enhver omstendighet vil en utlevering av kildekode ikke medføre noe tap for Jarepta fordi Jarepta uansett ikke har noen rett til å utnytte kildekoden kommersielt.

Jarepta AS har for lagmannsretten i hovedsak anført:

Jarepta var opprinnelig innstilt på å utlever kildekoden mot at Kezzler stilte sikkerhet for det beløp som nå er forfalt og misligholdt. Jarepta har imidlertid hele tiden vært av den oppfatning at de i følge avtalen hadde rettighetene til kildekoden. Jarepta tilkjennega allerede under telefonsamtalen 7. oktober 2002 sitt syn på eierskapet til kildekoden, og har senere fastholdt dette syn.

Avtalen av 11. april 2002 gjelder videreutvikling av prototypen. Partene hadde avtalt at Jarepta skulle få betalt etter medgått tid for arbeidet med utviklingen av prototypen, som var ferdig i april 2002. Partene ble den 22. juli 2002 enige om at Jareptas faktura på totalt 325.518 kroner skulle betales 2. januar 2003. Jarepta har nedlagt ca 1100 timer totalt i prosjektet og har pr. dags dato ikke fått betalt for det arbeid som er utført.

Hovedkravet er ikke sannsynliggjort. Namsrettens vurdering er korrekt, både med hensyn til bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen.

Kezzler har ikke bestridt at det av Jarepta utviklede program nyter opphavsrettslig vern. Den som skaper et verk får opphavsrett til den konkrete utforming, i dette tilfellet Jareptas konkrete løsning, i form av den angjeldende applikasjon. Dette gjelder uavhengig av hvem som har ideen eller den bakenforliggende teknologi, jf. Borgarting lagmannsretts kjennelse av 12. mars 2002(LB-2001-3936). Kezzlers anførsel om at spesialitetsprinsippet ikke kommer til anvendelse fordi det aldri er oppstått noen opphavsrett på Jareptas hånd må skyldes en misforståelse, jf. Borgarting lagmannsretts kjennelse av 12. mars 2002. Opphavsretten oppstår alltid hos den som skaper verket, det vil si Jarepta. At avtalen er inngått før utviklingsarbeidet begynte, endrer ikke dette.

Etter åndsverkloven § 2 består opphavsretten av flere enerettsbeføyelser. Det bestrides ikke at enkelte opphavsrettslige disposisjoner er overdratt ved avtalen av 11. april 2002, herunder retten til eksemplarframstilling (mangfoldiggjøring) og visning av program i eksekverbar kode (maskinkode).

Spørsmålet er imidlertid om det er holdepunkter for å anta at opphavsretten er overdratt i større omfang, som tilsier at rett til å beføye over kildekoden er inkludert. Kildekoden er ingen rettighet, men en detaljert beskrivelse av hvordan programmet utfører funksjoner. Kildekoden er ikke nødvendig for den alminnelige drift og bruk av datasystemet. For dette formål er programvaren i maskinlesbar kode overlevert. Kildekoden er nødvendig for å foreta endringer, bearbeidelser og videreutvikling av dataprogrammet/applikasjonen. En eventuell eiendomsrett til kildekoden forutsetter at opphavsretten er overdratt i et slikt omfang at det er Kezzler som må kunne gjøre endringer, bearbeidelser og videreutvikling, jf. Borgarting lagmannsretts dom av 19. juni 1998.

Avtalen mellom Jarepta og Kezzler kan ikke tolkes slik at opphavsretten er overdratt i et slikt omfang at Kezzler er gitt rett til å foreta endringer, bearbeidelser og videreutvikling.

Avtalen hjemler ikke en rett til videre overdragelse av opphavsretten. En opphavsrett kan etter åndsverkloven § 39b annet ledd ikke videreoverdras med mindre det foreligger samtykke. Det kan ikke innfortolkes en rett for Kezzler til å videreoverdra alle opphavsretter, herunder til kildekoden. Jarepta har ikke noen interesse i at opphavsretten videreoverdras, tvert i mot idet Jareptas inntjeningsmuligheter forutsetter at Kezzler besitter opphavsretten. Det kan følgelig ikke innfortolkes noe samtykke i avtalen, som er taus på dette punkt. Den som påberoper seg hovedregelen i åndsverkloven § 39b kan ikke bli møtt med at han burde ha uttalt seg klarere. Opphavsretten kan følgelig ikke videreoverdras.

Etter åndsverkloven § 39b krever endringer i det angjeldende datamaskinprogram samtykke fra Jarepta. Dette er imidlertid uproblematisk, idet Kezzler er forpliktet til å benytte Jarepta til javautvikling, det vil si til enhver endring av programmet. Så lenge Kezzler selv holder seg til den inngåtte avtale, anses samtykke å foreligge. Kezzler er på denne måte sikret at dataprogrammet endres og videreutvikles i tråd med egne ønsker. Hvis Kezzler, i strid med avtalen, ønsker å benytte andre til javautvikling må de finne seg i å bære de ekstra kostnader dette måtte innebære som følge av at man må utvikle kildekoden på nytt. Det er ikke slik at Kezzler gir fra seg kontrollen til den tekniske løsning ved at Jarepta sitter på kildekoden. Kezzler står fritt til å utvikle nye dataprogrammer som er basert på den samme tekniske løsning. Det er således verken ulogisk eller inkonsekvent at Jarepta sitter på rettighetene til kildekoden, mens Kezzler har fått overdratt de opphavsrettslige beføyelser til datamaskinprogrammet. Dette er tvert i mot en naturlig og rimelig løsning sett i forhold til den inngåtte avtale.

Avtalen er ikke en standard oppdragsavtale, men en form for samarbeidsavtale. Jarepta har aldri tidligere hatt utviklingsoppdrag som ikke innebar kontant vederlag pr. medgått time. Eneretten til javautvikling skulle sikre fremtidige oppdrag og var grunnen til at de avtalte vilkårene ble akseptert. Kezzler fikk utviklet dataprogrammet billig, mens Jarepta ved avtalen sikret seg en fremtidig inntekt ved at Kezzler i følge avtalen var forpliktet til å benytte Jarepta til javautvikling, herunder enhver endring, bearbeidelse og videreutvikling av det ferdige dataprogram. Kezzler har således ikke adgang til å foreta endringer som nevnt. Kezzler har heller ikke den nødvendige kompetanse til å foreta endringer.

Under partsforklaringen i namsretten ble det bekreftet at det aldri ble diskutert hvem som skulle ha rettighetene til kildekoden. Avtalen var utformet av Kezzler, og dette innebærer at det var Kezzler som eventuelt skulle uttrykke seg klarere, jf. Olav Torvund, Kontraktsregulering IT-kontrakter, punkt 752, der det anbefales at det bør avtales om kunden skal få kildekoden til programmet. Kildekoden utgjør selve «arvesølvet» til Jarepta og inneholder elementer som er utviklet av Jarepta før man kom i kontakt med Kezzler. Med utgangspunkt i at Jarepta skulle stå for javautviklingen var det ingenting som tilsa at Kezzler skulle ha kildekoden.

Kezzlers anførsel om at den som har eiendomsrett til kildekoden normalt må ha rett til å foreta endring, retting, oppdatering, bearbeidelse og videreutvikling, er basert på en uriktig forståelse av de opphavsrettslige spørsmål som reises. Retten til å foreta endring er ikke noen rettighet i åndsverklovens forstand. De opphavsrettslige beføyelser er regulert i åndsverkloven § 2. Avtalens bestemmelse om rettigheter må tolkes i lys av avtalen for øvrig, herunder Kezzlers forpliktelse til å benytte seg av Jarepta ved enhver endring av dataprogrammet (javautvikling). Tilgang til kildekoden gir i seg selv ingen rett til å foreta endringer i et åndsverk, ei heller noen bestemmelsesrett om hvordan endringer skal gjøres.

At overdragelsen ikke omfattet en rett for Kezzler til å foreta endringer, innebærer ikke at Jarepta har rett til å foreta endringer etter eget forgdobefinnende. Jarepta har ingen interesse i å gjøre endringer i et datamaskinprogram der de sentrale økonomiske beføyelser er overdratt til Kezzler. Opphavsretten verner den individuelle utforming. Jarepta kan derfor motsette seg at andre gjør endringer i denne utformingen. I den grad Jarepta selv skal gjøre endringer, vil ikke dette spørsmålet oppstå. Dette var nettopp kjernen i det samarbeidet partene hadde avtalt. Dette innebærer ikke en total kontroll for Jarepta. Kezzler står fritt i fra bunnen av å lage andre implementasjoner av systemet, kalt Intentor.

Det bestrides at det er sedvanerett eller kutyme at kildekoden følger med. Dette bør avtales særskilt, jf. Torvund, Kontraktsregulering og BL-2001-03936. Hvis det avtales på forhånd at kildekoden skal følge med, kan man innrette seg deretter, for eksempel ved at egenutviklede verktøy ikke innarbeides i kildekoden.

Avtalen er i beste fall uklar. I tråd med spesialitetsprinsippet i åndsverkloven må uklare avtaler tolkes i favør av opphavsmannen, jf Rt-2001-872 og LB-2001-3936.

Jarepta har således den fulle opphavs- og eiendomsrett til kildekoden og hovedkravet er derfor ikke sannsynliggjort.

Subsidiært anføres at Jarepta har tilbakeholdsrett til kildekoden. Allerede ved Kezzlers heving av kontrakten den 1. november 2002, der det var varslet erstatningskrav som oversteg Jareptas senere forfalte faktura, var det holdepunkter for å anta at Kezzler ikke ville betale Jareptas fordring og dermed for antasipert mislighold. Denne antakelsen er senere bekreftet ved Kezzlers brev av 22. januar 2003, der erstatningskravet fastholdes og Jareptas krav om betaling bestrides.

Under enhver omstendighet er det ikke sannsynliggjort at det foreligger en sikringsgrunn etter tvangsfullbyrdsloven § 15-2 bokstav b. En utlevering av kildekoden innebærer ikke noen endelig avklaring av spørsmålet. Det er de ordinære domstoler som tar endelig stilling til dette spørsmål, hvilket innebærer at det vil forbli en usikkerhet knyttet til hvem som er rettighetshaver til kildekoden frem til endelig dom foreligger. Følgelig er en eventuell utlevering av kildekoden ikke egnet til å avverge en vesentlig skade eller ulempe som følge av den uklarhet som har oppstått om rådigheten jf. Rt-1999-1220, der det fremgår at dersom «midlertidig forføyning ikke vil være egnet til å avverge en slik skade eller ulempe, er vilkårene etter § 15-2 ikke oppfylt».

Kildekoden er ikke nødvendig for Kezzlers kommersielle utnyttelse av sitt produkt. Installasjon, mangfoldiggjøring og bruk av applikasjonen forutsetter ikke bruk av kildekoden. Kildekoden er imidlertid nødvendig for å foreta endringer i applikasjonen, men denne rett er tillagt Jarepta. En eventuell vanskeliggjøring og fordyring av eventuelle samarbeidsprosjekter som følge av at Kezzler ønsker å la andre foreta bearbeidelse og videreutvikling kan ikke bebreides Jarepta. Dette er merkostnad som Kezzler selv må bære ansvar for, og som ikke kan defineres som en vesentlig skade eller ulempe etter tvangsfullbyrdsloven. Under enhver omstendighet har Jarepta strukket seg langt i retning av å imøtekomme Kezzlers krav, uten at dette har ført frem. Kravet til sikringsgrunn er etter dette ikke sannsynliggjort.

Kildekoden refererer seg bare til det dataprogram som er utviklet av Jarepta. På denne bakgrunn er det vanskelig å se hvorfor mulige samarbeidspartnere krever tilgang til kildekoden, med mindre den er forsøkt solgt sammen med det utviklede program slik at kjøperen kan endre og utvikle programmet selv. Dette vil i så fall være brudd på avtalen der Jarepta har fortrinnsrett til javautvikling. Videresalg vil være i strid med avtalens intensjon fordi det vil bety at Jarepta vil bli avskåret fra videreutvikling av programmet. Jarepta er imidlertid

villig til å lisensiere ut kildekoden. Jarepta har ikke motforestillinger mot å presentere kildekoden for tredjeparts firma, men under overoppsyn av Jarepta. Jarepta har også sagt seg villig til å la mulige investorer gå gjennom kildekoden. Jarepta har også tilbudt deponering av kildekoden hos en uavhengig tredjemann.

Den totale kildekode består av en rekke elementer, herunder elementer som Jarepta benytter seg av i et ethvert oppdrag som er basert på javautvikling. Hvis avtalen er å forstå slik Kezzler hevder vil dette innebære at eventuelle konkurrenter vil få tilgang til de av Jarepta utviklede elementer («arvesølvet»).

Proporsjonalitetskravet i tvangsfullbyrdsesloven § 15-2 annet ledd er ikke oppfylt. I motsetning til Kezzler har Jarepta et reelt behov for å beholde kildekoden for å kunne drive den javautvikling som avtalen forutsetter. Utlevering vil i tillegg innebære en vesentlig ulempe for Jarepta, idet det vil medføre foregrepet tvangsfullbyrdelse av Kezzlers krav.

Under enhver omstendighet er kravet om tilstrekkelig grunn ikke oppfylt. Det er opp til rettens skjønn om midlertidig forføyningen skal gis. I den skjønsmessige avveiningen er usikkerheten med hensyn til hvorvidt Kezzler overhode har behov for utlevering av kildekoden et vesentlig moment. Under enhver omstendighet kan det ikke være nødvendig å treffe en forføyning i videre omfang enn at kildekoden deponeres hos en uavhengig tredjemann.

Kildekoden består av flere elementer, herunder tredjemannsbiblioteker, elementer som er utviklet av Jarepta før samarbeidet med Kezzler og den Kezzler-spesifikke kode. At Kezzler skal ha krav på den totale kildekode beror på en misforståelse av hva kildekoden er. Det har formodningen mot seg at Kezzler har krav på den del av kildekoden som er utviklet av Jarepta før avtale med Kezzler ble inngått. Kildekoden til tredjemannsbiblioteker finnes ikke nødvendigvis i kildekodeversjon. Kezzlers anførsel om at faren for at Jareptas rammeverk blir utlevert bortfaller, dersom kun den Kezzler-spesifikke kildekode utleveres, er ikke riktig. Uansett vil sporene til Jareptas rammeverk følge med og kunne rekonstrueres.

Kezzler må uansett stille sikkerhet etter tvangsfullbyrdsesloven § 15-6. Sikkerheten må svare til et beløp som minst tilsvare det arbeid som Jarepta har nedlagt i prosjektet. Utviklingen av prototypen tok 127 timer til 1.100 kroner pr time, mens utvikling av hovedapplikasjonen tok 960 timer til 800 kroner pr time. Til sammen utgjør dette kr 907.700 eksklusive merverdiavgift. I tillegg kreves sikkerhet for tap som følge av at Kezzler lar andre utføre arbeidet i strid med den inngåtte avtale etter rettens skjønn, men begrenset til kr 1.500.000.

Lagmannsretten skal bemerke:

Tvangsfullbyrdsesloven § 15-1 fastsetter at det kan begjæres midlertidig forføyning til sikring av krav som går ut på annet enn betaling av penger dersom det foreligger en sikringsgrunn. Sikringsgrunn foreligger etter § 15-2 annet ledd bokstav a når saksøkerens adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller bokstav b når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe. Midlertidig forføyning kan bare beslutes dersom kravet det begjæres forføyning for – hovedkravet – og sikringsgrunnen er sannsynliggjort, jf. tvangsfullbyrdsesloven § 15-6.

Spørsmålet om hvilke rettigheter, herunder rettigheter av opphavsrettslig art, som er overdratt til Kezzler, beror på en fortolkning av avtalen av 11. april 2002. Avtalen er kortfattet, til dels ufullstendig, og synes ikke å ha vært gjenstand for særlig vurdering når det gjelder disse spørsmål. Det eneste som er uttrykt om dette i avtalen er at Kezzler eier «alle rettigheter i forbindelse med de ferdige utviklede produkter og applikasjoner, systemer».

Partene er enige om – og retten legger til grunn at det av Jarepta utviklede program har verkshøyde. Kezzler har anført at det som en følge av avtalen likevel ikke har oppstått noen opphavsrett på Jareptas hånd.

Lagmannsretten er ikke enig i dette. Opphavsretten oppstår hos den som skaper det verk som har verkshøyde, jf. åndsverkloven § 1.

Retten finner at spørsmålet om retten til å få utlevert kildekoden må ses i sammenheng med hvilke opphavsrettslige beføyelser Jarepta har overdratt.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at Jarepta etter avtalen har overdratt «alle rettigheter i forbindelse med de ferdig utviklede produkter, applikasjoner, systemer». En naturlig språklig forståelse av dette punkt i avtalen er at Jarepta har foretatt en totaloverdragelse av alle opphavsrettslige og eventuelle andre rettigheter som er oppstått i forbindelse med Jareptas utvikling av produkter, applikasjoner og systemer for Kezzler. En slik altomfattende overdragelse av opphavsretten må det være adgang til, jf. Bing, Norsk lovkommentar (2002),

note 52 til åndsverkloven. Lagmannsretten tilføyer at det for datamaskinprogrammer må anerkjennes en ganske bred adgang til totaloverdragelser, jf. Wagle og Ødegaard, Opphavsrett i en digital verden (1997) side 233. Lagmannsretten finner videre støtte i at det etter det opplyste er bransjepraksis at oppdragsgiveren overtar de fulle opphavsrettigheter ved oppdrag av den art det her er tale om. Lagmannsretten tilføyer at det dreier seg om en avtale mellom profesjonelle og likestilte parter.

Videre bemerker retten at både kildekodeversjonen og objektversjonen til et dataprogram kan være gjenstand for opphavsrett.

Jarepta har ikke bestridt at avtalen medfører overdragelse av opphavsrettslige beføyelser. Det er således erkjent at retten til eksemplarframstilling og retten til å vise programmet i eksekverbar kode (maskinkode) er overdratt.

Jarepta har vist til spesialitetsprinsippet i åndsverkloven § 39a, som fastslår at overdragelse av retten til å råde over verket på en bestemt måte eller ved bestemte midler, ikke medfører at erververen har rett til å gjøre det på andre måter eller ved andre midler. Etter lagmannsrettens syn gir det tolkningsprinsipp som er fastslått i denne bestemmelsen, lite konkret veiledning ved avgjørelsen av hvilke opphavsrettslige beføyelser som er overdratt ved en totaloverdragelsesklausul. Generelt følger det imidlertid av § 39a at uklare avtaler må tolkes restriktivt i opphavsmannens favør, jf. Rt-2000-1487.

Spørsmålet er om avtalen gir Kezzler rett til å endre programmet. Åndsverkloven § 39h gir bestemmelser om *brukers* rett til endring av datamaskinprogrammer. Endringer ut over det som følger av denne bestemmelsen kan bare skje med opphavsmannens samtykke, jf. åndsverkloven § 39b første ledd. Overdragelse av opphavsrett gir således ikke rett til å endre verket, med mindre noe annet er avtalt. Lagmannsretten antar at loven ikke kan forstås slik at det ved en altomfattende overdragelse i tillegg kreves en spesifikk bestemmelse om endringsrett. Retten viser til sammenligning til at loven ikke kan forstås slik at rett til å endre verket krever uttrykkelig avtale, jf. Sijthoff Stray, Opphavsretten (1989) side 178 om den tilsvarende tidligere bestemmelse i åndsverkloven § 26 og Bing, Norsk lovkommentar (2002), note 53 til åndsverkloven. Slik avtale kan inngås stilltiende eller følge av sedvane.

Spørsmålet om endringsretten er overført, beror etter dette på en fortolkning av avtalen. Lest isolert, taler bestemmelsen om at Kezzler overtar «alle rettigheter» med tyngde for at retten til å endre programmet er overdratt til Kezzler. At det skulle skje videre bearbeiding og endringer av programmet er forutsatt i bestemmelsen om at Kezzler forplikter seg til å bruke Jarepta ved javautvikling. Jarepta har erkjent at Jarepta ikke har rett til å foreta endringer etter eget forgodtbefinnende. Lagmannsretten er enig med den kjærende part i at denne bestemmelsen ville vært overflødig hvis avtalen bygget på den forutsetning at Kezzler ikke skulle ha rett til å endre programmet. At Kezzler skulle benytte Jarepta til javautvikling, taler etter lagmannsrettens syn ikke mot at avgjørelsen av om det skulle foretas endringer, og i tilfelle hvilke, tilligger Kezzler. Lagmannsretten finner det videre klart at Jarepta ved videre javautvikling ville vært underlagt Kezzlers instruksjoner. Lagmannsretten finner etter dette at også avtalen lest i sammenheng taler for at Kezzler har fått overført rett til å endre programmet.

Spørsmålet er videre om Kezzler har rett til å selge programmet videre i endret skikkelse og til å overdra videre til andre retten til å foreta endringer i programmet. Alle slike former for videreoverdragelse forutsetter samtykke fra opphavsmannen. Lagmannsretten viser til åndsverkloven § 2 første ledd, § 39b annet ledd og til drøftelsen i Ot.prp.nr.33 (1989–1990) side 27-29. Videre vises til Wagle og Ødegaard, Opphavsrett i en digital verden (1997) side 241, der det er lagt til grunn at en utvidet disposisjonsrett i forhold til det som følger av åndsverkloven § 39h, i utgangspunktet ikke kan videreoverdras.

På samme måte som for endringsretten, antar lagmannsretten at loven ikke krever et spesifikt samtykke til de ulike former for videreoverdragelse. Det er således tilstrekkelig at rett til videreoverdragelse må anses forutsatt mellom partene, jf. drøftelsen i Ot.prp.nr.15 (1994–1995) side 157-158 vedrørende forståelsen av § 39b annet ledd. Samtykke må etter rettens syn også kunne gis i form av en totaloverdragelse av opphavsretten. I saken taler avtalens ordlyd – «alle rettigheter» – for at Jarepta har gitt samtykke også til videresalg som nevnt ovenfor. Spørsmålet er imidlertid om det forhold at Kezzler har forpliktet seg til å benytte Jarepta til videre javautvikling, sett i sammenheng med vederlagsbestemmelsen, medfører begrensninger i Kezzlers rett til videresalg. Lagmannsretten bemerker at Jarepta må ha vært innforstått med at det produkt som Kezzler hadde utviklet, var ment for videresalg til kunder som ønsket å ta i bruk den autentisering-løsning som var utviklet ved programmet. Det må derfor legges til grunn at Kezzler skulle ha rett til videresalg av eksemplarer av programmet, også i endret utgave.

Spørsmålet er imidlertid om Jareptas rett til oppdrag ved videre javautvikling, medfører at Kezzler ikke har rett til å overdra videre til andre retten til å endre programmet. På bakgrunn av partenens anførsler legger lagmannsretten til grunn at endringer av det program Jarepta har utviklet, i utgangspunktet må skje ved javautvikling. Selv om avtalebestemmelsen er kortfattet, må lagmannsretten legge til grunn at den var ment å innebære en realitet. Lagmannsretten legger til grunn at det er sammenheng mellom den rett til fremtidige oppdrag som denne bestemmelsen gir og det forhold at Jarepta godtok betaling i form av aksjer istedenfor kontant vederlag. Retten har funnet spørsmålet tvilsomt. På den ene side vil en slik videreoverdragsrett, der kundene som anført av Kezzler vil stå fritt i å velge hvem som skal foreta programendringer, redusere verdien av Jareptas rett til fremtidige oppdrag. På den annen side er den mest nærliggende forståelse av avtalens ordlyd at den gjelder Kezzlers egen javautvikling, og at den ikke retter seg mot andres javautvikling. Slik avtalen er formulert, er retten blitt stående ved at Kezzler har sannsynliggjort at avtalen bare gir Jarepta rett til oppdrag ved den javautvikling som foretas i Kezzlers regi, og ikke ved javautvikling som foretas av erververne etter videresalg fra Kezzler.

Spørsmålet er så om Kezzler har krav på å få utlevert kildekode. Partene er enige om at spørsmålet om kildekode ikke ble eksplisitt drøftet før avtalen ble inngått. Tilgang til kildekode er nødvendig for å endre programmet. Når en avtale overfører opphavsretten og rett til å endre programmet til oppdragsgiveren, har det etter lagmannsrettens syn formodningen for seg at oppdragsgiveren også har krav på å få utlevert kildekode, selv om avtalen ikke sier noe uttrykkelig om dette. Lagmannsretten finner støtte for dette i Olav Torvund, Kontraktsregulering IT-kontrakter side 163.

Spørsmålet er imidlertid om det forhold at Kezzler har forpliktet seg til å benytte Jarepta til videre javautvikling, likevel gir Jarepta grunnlag til å nekte å utlevere kildekode. Jarepta har som nevnt overdratt den totale opphavsretten til Kezzler. Jarepta har slik lagmannsretten ser det, etter avtalen ikke rett til å motsette seg Kezzlers ønsker om endring av programmet. Lagmannsretten er enig med Kezzler i at Kezzler uavhengig av kontrakten i visse tilfelle må ha anledning til å benytte andre til javautvikling, for eksempel hvis Jarepta ikke har tid eller kompetanse til å påta seg et oppdrag eller hvis Jarepta betinger seg et uforholdsmessig høyt vederlag. Jareptas eneste legitime interesse i å sitte på kildekode er å sikre at Kezzler oppfyller sin plikt etter avtalen til å gi Jarepta oppdrag. Lagmannsretten bemerker at en rett for Jarepta til å nekte å utlevere kildekode vil gi Jarepta en maktstilling i forhold til Kezzler langt ut over dette formålet. En slik maktstilling er lite forenlig med avtalens utgangspunkt, nemlig at Kezzler skal ha alle rettigheter. Dette illustreres i og for seg av saken her, der Jarepta har søkt å bruke sin faktiske kontroll over kildekode til å sikre et pengekrav som etter avtalen mellom partene var usikret. Lagmannsretten finner etter dette at bestemmelsen om rett til javautvikling ikke gir Jarepta rett til å nekte å utlevere kildekode.

Spørsmålet er så om Kezzler bare har rett til å få utlevert kildekode for hele det programmet som Jarepta har utviklet, eller om kravet bare gjelder det partene har kalt den Kezzler-spesifikke del av programmet, det vil si den del av programmet som Jarepta har utviklet i forbindelse med oppdraget for Kezzler. Også dette spørsmålet må løses på grunnlag av en fortolkning av avtalen. Lagmannsretten finner at mye taler for å forstå uttrykket «alle rettigheter i forbindelse med de ferdige utviklede produkter og applikasjoner, systemer» slik at det omfatter hele programmet, uten hensyn til om det omfatter komponenter som Jarepta hadde utviklet fra før. Retten finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til dette, jf. rettens bemerkninger nedenfor om sikringsgrunnen.

Kezzler har for lagmannsretten også krevet utlevert dokumentasjonen til programmet. Spørsmålet er ikke kommentert av Jarepta, og lagmannsretten tar kravet til følge.

Dersom retten finner hovedkravet sannsynliggjort, har Jarepta subsidiært anført at Jarepta har tilbakeholdsrett i kildekode etter alminnelige ulovfestede prinsipper om tilbakeholdsrett i kontraktsforhold, og at dette er til hinder for utøvelse av hovedkravet. Retten bemerker at tilbakeholdsrett bare kan gjøres gjeldende for forfalte krav, jf. Sandvik m.fl., Norsk panterett (2. utg.) side 415. Da Jarepta i e-post av 11. oktober 2002 nektet å utlevere kildekode, hadde Kezzler ikke misligholdt sine kontraktsmessige forpliktelser overfor Jarepta. Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at Jarepta på dette tidspunkt hadde grunnlag for å gjøre gjeldende antasert mislighold. Når Jarepta på denne måten uberettiget hadde beholdt rådigheten over kildekode, er Jarepta etter lagmannsrettens syn avskåret fra senere å bruke denne uberettigede posisjonen som grunnlag for tilbakeholdsrett. Hvorvidt Kezzler senere har misligholdt kravet på kr 325.518, som forfalt til betaling 2. januar 2003, er da uten betydning. Retten tilføyer at spørsmålet om mislighold avhenger av om Kezzler kan sannsynliggjøre at det kan motregne et tilsvarende krav på erstatning for det tap Kezzler anfører å være påført ved Jareptas uberettigede tilbakeholdelse av kildekode.

Lagmannsretten finner etter dette at hovedkravet er sannsynliggjort.

Den sikringsgrunn som er påberopt for lagmannsretten er tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 første ledd bokstav b. Midlertidig forføyning kan besluttes når det finnes nødvendig å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe. Bestemmelsen gir i motsetning til første ledd bokstav a adgang til forføyninger som medfører en foregrepet tvangsfullbyrdelse av hovedkravet.

Lagmannsretten finner at Kezzler har sannsynliggjort at det er av stor betydning for saksøkeren å få tilgang til kildekoden. Lagmannsretten finner ikke grunn til å betvile at potensielle kunder og investorer har stilt krav om at Kezzler har kildekoden. Selv om Kezzler kan henvende seg til annen leverandør for å få utviklet programmet på nytt, vil dette ta tid og koste penger. Kezzler er i en sårbar etableringsfase som medfører at det kan være vanskelig å rette opp den skade selskapet blir påført ved en slik utsettelse.

Det inngrep Jarepta blir påført, vil ikke være spesielt tyngende. Retten viser til at Jarepta har overdratt den kommersielle interesse i å utnytte programmet til Kezzler. Jareptas legitime interesse i å beholde koden alene er begrenset til å bruke denne posisjonen til å sikre seg fremtidige oppdrag fra Kezzler. Om dette vises til rettens bemerkninger under drøftelsen av hovedkravet ovenfor. Retten finner det ikke sannsynliggjort at utlevering av kildekoden vil påføre Jarepta særlige ulemper i form av muligheter til innsikt i Jareptas «arvesølv». Retten viser til at Jarepta etter det opplyste har erkjent at selskapet i alminnelighet utleverer kildekoden ved tilsvarende oppdrag og til at Jarepta i saken her først sa seg villig til å utlevere koden mot sikkerhet for sitt utestående krav på kr 325.518, uten å ta noe forbehold i så måte.

Retten finner videre at en forføyning som krevet at Kezzler, vil være egnet til å avverge vesentlig skade eller ulempe. Selv om en rettslig usikkerhet knyttet til utfallet av eventuelt søksmål om hovedkravet fortsatt vil bestå og kunne virke dempende på interessen hos kunder og investorer, vil utlevering av kildekoden gjøre det mulig for Kezzler å dokumentere at firmaet inntil det eventuelt foreligger dom i saken kan oppfylle forventningen om tilgang til kildekoden. Retten finner det imidlertid ikke nødvendig for å avverge skaden at Kezzler får utlevert mer enn den Kezzler-spesifikke kildekode, i det Kezzler har opplyst at man vil kunne produsere en kjørbare versjon av Intentor ved tilgang til kun den Kezzler-spesifikke kildekoden.

Lagmannsretten finner ikke at de tilbud om minnelig ordning som er fremsatt av Jarepta er egnet til å avverge skaden. Deponering av kildekoden hos tredjemann, fremvisning av koden eller lisensiering direkte fra Jarepta til Kezzlers kunder vil ikke gi Kezzler den tilgang til kildekoden som selskapet har behov for.

Det følger av lagmannsrettens bemerkninger ovenfor at den skade og ulempe Jarepta blir påført ikke står i åpenbart misforhold til den interesse Kezzler har i at forføyningen blir gjennomført.

Etter dette finner lagmannsretten at begjæringen om midlertidig forføyning må tas til følge.

Retten finner ikke grunn til å stille krav om at Kezzler skal stille sikkerhet for mulig erstatning til Jarepta. Retten viser til at Jarepta ikke selv anfører å ha noen selvstendig rett til kommersiell utnyttelse av dataprogrammet. Retten kan heller ikke se at forføyningen i seg selv er egnet til å påføre Jarepta noe tap.

Kjæremålet har etter dette ført delvis frem, i det Kezzler ikke har fått medhold i sitt krav om utlevering av den totale kildekoden. Lagmannsretten finner at Jarepta må tilpliktes å erstatte den kjærende part dennes saksomkostninger for så vel namsrett som lagmannsrett, jf. tvistemålsloven § 180 annet ledd, jf. § 174 annet ledd, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 3-4, i det rettssaken og de vesentlige utgifter er voldt av tvisten om hvorvidt kildekoden overhode skulle utleveres. Spørsmålet om utlevering total eller partiell kildekode var ikke fremme for namsretten, og ble først tatt opp i kjæremotpartens prosesskrift av 10. februar 2003 til lagmannsretten. Den kjærende parts prosessfullmektig innga arbeidsoppgave for namsretten hvorefter omkostninger ble krevet med kr 63.000 eksklusive merverdiavgift. I tillegg kommer namsrettens gebyr. For lagmannsretten utgjør kravet kr 38.000 eksklusive merverdiavgift og rettens gebyr. Lagmannsretten finner at omkostningene har vært nødvendige for å få saken betryggende utført, jf. tvistemålsloven § 176 første ledd. Gebyrene utgjør henholdsvis kr 1.675 og kr 4.020. Samlede saksomkostninger er etter dette kr 106.695.

Kjennelsen er enstemmig.

Slutning:

- 1. Jarepta AS pålegges å utlevere den Kezzler-spesifikke kildekoden og dokumentasjon til dataprogrammet Intentor til Kezzler AS innen 3 – tre – dager fra kjennelsens forkynnelse.*

2. *Jarepta AS betaler saksomkostninger for namsrett og lagmannsrett med til sammen 106.695 – ethundreogsekstusensekshundreogtittifem – kroner til Kezzler AS senest 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen, med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, for tiden 12 -tolv- prosent pr. år, fra forfall til beløpet blir betalt.*