

Land	Norge
Domstol	Borgating lagmannsrett
Parter	Lividi AS mod Staten v/Forsvarsdepartementet
Dato for afgørelse	14. februar 2022
Afgørelsestype	Kendelse
Status	Endelig
Dato for publicering i domsdbasen	1. marts 2022
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	Ikke omtalt
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik tredjemands adgang til software. Parterne indgik en aftale om levering af programmeringstjenester. Aftalen indeholdt en klausul om, at kunden fik ret til at anvende, kopiere, modificere og videreudvikle inden for totalforsvaret (udvidet dispositionsret), og leverandøren beholdt ejendomsretten til softwaren. Parterne var uenige om, hvorvidt kunden havde ret til at give Kongsberg Gruppen adgang til softwaren. Retten fandt, at kundens plan om at overdrage kildekoden til Kongsberg Gruppen var i strid med parternes aftale. Aftalen forbød ikke tredjeparts brug, men begrænsningen "totalforsvaret" og konteksten af aftalen, herunder leverandørens forventninger, begrænsede retten til at overdrage kildekoden til kommercielle formål. Kunden blev derfor forbudt at give Kongsberg gruppen adgang til softwaren.

Nøgleord: tredjemands adgang til kildekoden og aftalefortolkning

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-2021-83141

Instans	Borgarting lagmannsrett – Kjennelse
Dato	2022-02-14
Publisert	LB-2021-83141
Stikkord	Immaterialrett. Avtalerett. Avtaletolkning. Midlertidig forføyning. Sikringsgrunn. Tvisteloven § 34-1. Åndsverksloven § 67. Avtaleloven § 33 og § 36.
Sammendrag	Saken gjaldt krav om midlertidig forføyning. Kjernen i saken var tolkning av en avtale og en klausul om utvidet disposisjonsrett knyttet til programvare utviklet under den aktuelle avtalen. Lagmannsrettens flertall fant at vilkårene for midlertidig forføyning var oppfylt. Hovedkravet var sannsynliggjort ut fra den avtaletolkning flertallet mente var riktig, og ut fra de sannsynliggjorte planer for industrialisering og kommersialisering av programvaren opp mot en tredjepart. Konkrete vurderinger. Også kravet til sikringsgrunn var oppfylt. Lagmannsrettens mindretall fant at det verken forelå noe brudd på den utvidede disposisjonsretten og at det uansett heller ikke forelå noen sikringsgrunn.
Saksgang	Oslo tingrett TOSL-2021-10434 – Borgarting lagmannsrett LB-2021-83141 (21-083141ASK-BORG/04).
Parter	Lividi AS (advokat Thomas Rieber-Mohn) mot Staten v/Forsvarsdepartementet (advokat Stein-Erik Jahr Dahl).
Forfatter	Lagdommer Karl Otto Thorheim, lagmann Torkjel Nesheim og lagdommer Halvard Leirvik.

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett - Kjennelse - LB-2021-83141	1
Innholdsfortegnelse	2
1. Sakens bakgrunn	3
2. Partenes syn på saken	4
Lagmannsretten bemerker:	7
3. Om lagmannsrettens saksbehandling	7
4. Spørsmålet om hovedkravet er sannsynliggjort – utgangspunkter	8
4.1 Oversikt	8
4.2 Prosesshistorikk – tvistetema for byfogdembetet og sakens stilling nå	8
4.3 De rettslige utgangspunkter for avtaletolkningen knyttet til hovedkravet	9
4.4 Noen begrepsavklaringer	10
5 Nærmere om lagmannsrettens vurdering av hovedkravet – avtaletolkningen	10
5.1 Innledning	10
5.2 Flertallets vurdering – hoveddrag	10
5.2.1 Om den objektive ordlydstolkningen	11
5.2.2 Om sammenhengen med øvrige avtaleklausuler mv.	13
5.2.3 Nærmere om avtaleforhandlingene	14
5.2.4 Formålet	18
5.2.5 Partenes forutsetninger	19
5.2.6 Sammenfatning av flertallets avtaletolkning – det nærmere innholdet av den utvidede disposisjonsretten	20
6 Flertallets bevisvurderingen knyttet til dialogen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen – utøvelsen av den utvidede disposisjonsretten og Kongsberg Gruppens rolle	20
7 Sammenfatning av flertallets vurdering av hovedkravet – om Lividi har sannsynliggjort sitt hovedkrav	29
8 Spørsmålet om det foreligger sikringsgrunn. Flertallets vurdering	31
9 Mindretallets bemerkninger	34
9.1 Innledning	34
9.2 Tolkningen av avtalen	34
9.3 Bevisvurderingen	37
9.4 Sikringsgrunn	42
10 Utformingen av slutningen i kjennelsen. Særlig om Lividis påstand punkt 3	43
11 Søksmålsfrist	44
12 Sakskostnader	44

Saken gjelder krav om midlertidig forføyning.

1. Sakens bakgrunn

Lividi AS (Lividi) leverer programmeringstjenester og har siden 2013 vært leverandør av tjenester knyttet til utviklingen av en taktisk kommunikasjonsløsning for mobile nettverk til Forsvaret, det såkalte Hermod-systemet. Formålet med systemet er å gi Forsvarets taktiske kampplattformer evne til hurtig å etablere sikre, autonome og selvorganiserende IP-nettverk. I korte trekk dreier det seg om å koble sammen tekniske enheter i felt uten operatøringrep. Enhetene autentiserer seg gjensidig og etablerer krypterte tunneler for sikker transmisjon, og hindrer uautoriserte enheter i nettverket.

Utviklingen av Hermod-systemet startet i 2013 og er i sin helhet finansiert av Forsvaret. Utviklingen har skjedd ved at Forsvarets logistikktjeneste/Forsvarsmateriell på timebasis har leid inn Lividi som ekstern IT-konsulent for å bistå med utviklingen av systemet. Systemet ble satt i operativ bruk i 2015. Lagmannsretten vil i det følgende bruke betegnelsen Forsvarsmateriell (FMA) om ankemotparten.

Forsvarsmateriell vurderte i 2017 mulighetene for et industrielt samarbeid om Hermod-systemet, fordi man anså at drift og vedlikehold av nettverkløsningen ville kreve flere ressurser. Formålet var å sikre en sterkere strategisk styring av drift og utvikling av Hermod-systemet, og at kostnadene for videre utvikling kunne deles med industrien. Dette ønsket ble kommunisert til omverdenen gjennom en Request for Information («RFI») samme år. Denne ble imidlertid trukket før det ble inngitt formelle svar fra leverandører. Det er opplyst at bakgrunnen for dette var at RFIen ikke var i tråd med den ønskede ansvarsdelingen mellom industrien og Forsvarsmateriell.

Den 25. januar 2018 ble det inngått en avtale direkte mellom Forsvarsmateriell og Lividi for å regulere innleie av konsulentbistand for videre arbeid med Hermod-systemet. Avtalen hadde varighet fra 29. januar 2018 til 28. januar 2020.

Lividi og Forsvarsmateriell inngikk deretter 20. februar 2020 endringsavtale som innebar en forlengelse av avtaleperioden i 2018-avtalen fra 28. januar 2020 til 30. juni 2022. Denne avtalen vil i det følgende omtales som 2020-avtalen. Avtalen inneholdt også en endring av reguleringen av rettighetsforholdene til Hermod-programvaren.

Forsvarsmateriell inngikk 27. mai 2020 en intensjonsavtale med Kongsberg Defence & Aerospace AS, heretter Kongsberg Gruppen, om å utrede mulighetene for et samarbeid og/eller partnerskap i forsvarssektorens program Mime. Mime er et program for modernisering av informasjons- og kommunikasjonssystemene for taktisk ledelse i Forsvaret, og skal sørge for økt effektivitet i løsninger og systemer knyttet til såkalt kampnær IKT. Det er omtvistet mellom partene hva denne intensjonsavtalen og tidligere samtaler mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen i realiteten innebærer.

Lividi gjorde gjeldende at det ville være i strid med selskapets eiendoms- og opphavsrettigheter til elementer i programvaren for Hermod-systemet, slik disse fulgte av inngåtte avtaler, dersom Forsvaret ga selskaper i Kongsberg Gruppen eller tredjeparter tilgang til/innsyn i kildekoden i Hermod-systemet.

Lividi fremmet 20. januar 2021 begjæring om midlertidig forføyning for Oslo byfogdembete. Det ble gjennomført muntlig forhandling 24.-25. mars 2021. Byfogdembetet avsa 15. april 2021 kjennelse med følgende slutning:

1. Begjæringen tas ikke til følge.
2. I sakskostnader betaler Lividi AS 124 700 – etthundreogtjuefiretusensyvhundre – kroner til staten v/Forsvarsdepartementet innen 2 – to – uker etter at denne kjennelsen er forkynt.

Lividi har i rett tid anket byfogdembetets kjennelse til Borgarting lagmannsrett. Det er anket over byfogdembetets rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Hovedspørsmålet i forføyningssaken slik den står for lagmannsretten er om det vil være i strid med 2020-avtalen dersom Forsvarsmateriell gir selskaper i Kongsberg Gruppen med datterselskaper eller tredjeparter, innsyn i kildekoden i Hermod-programvaren. For lagmannsretten har Lividi som alternativ argumentasjon påberopt at 2020-avtalen er ugyldig i medhold av avtaleloven § 33 og/eller § 36. Forsvarsmateriell har inngitt tilsvaret. Partene har deretter inngitt en rekke

prosesskriv i saken, herunder avsluttende innlegg, samt skriftlig replikk og duplikk. Lagmannsretten har fattet to kjennelser under saksforberedelsen om henholdsvis bevisstilgang og bevisavskjæring.

2. Partenes syn på saken

Ankende part, **Lividi AS**, har i anken og senere prosesskriv i hovedtrekk gjort gjeldende:

Byfogdembetets kjennelse er uriktig. Hovedkravet er sannsynliggjort.

2020-avtalen hjemler ikke en overgivelse av Lividis programvare til Lividis konkurrent Kongsberg Gruppen. Å gi Kongsberg Gruppen muligheter for innsyn i kildekode og/eller virkemåte, vil være klart i strid med Lividis forutsetninger som ble tydelig formidlet til Forsvarsmateriell før avtaleinngåelsen. Avtalens ordlyd i punkt 4 om FMAs disposisjonsrett må på dette punktet tolkes innskrenkende.

Avtaler, selv mellom profesjonelle parter, kan ikke tolkes basert på en naturlig forståelse av ordlyden *alene*. Avtalens bakgrunn og formål er gitt en fremskutt posisjon ved avtaletolkningen. Videre vil også den omstridte avtalebestemmelsens sammenheng med øvrige klausuler i avtalen stå sentralt ved tolkningen. Avtalen må videre tolkes i lys av det ulovfestede lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold.

Sakens bevis tydeliggjør at Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen har et formål med Hermod-programvaren som klart ligger utenfor bruk i totalforsvaret. Dette etablerer en konflikt med den formålsbegrensningen som følger av partenes 2020-avtale. Ikke bare har Kongsberg Gruppen et formål som ligger utenfor bruk i totalforsvaret, Kongsberg Gruppen har dertil – i fellesskap med Forsvarsmateriell – lagt konkrete planer for en teknologioverføring med industrialisering og en generell kommersialisering av Hermod-programvaren. Derfor vil *enhver* overgivelse til Kongsberg Gruppen av programvare som er utviklet under 2020-avtalen, medføre en overskridelse av den avtalte formålsbegrensningen av Forsvarsmateriells disposisjonsrettsrett etter avtalen.

Forsvarsmateriell ønsker i realiteten å gjennomføre en teknologioverføring og en rettighetsoverdragelse til Kongsberg Gruppen – der overgivelsen av Lividis programvare til Kongsberg Gruppen er et nødvendig element for at overdragelse av Forsvarsmateriells egne rettigheter skal bli vellykket. Dette viser klart at man er utenfor det alminnelige anvendelsesområdet for avtalens tredjepartsklausul. Sammenhengen med overdragelsesforbudet i avtalen gir klar støtte for at dette er en disponering over Lividis programvare som må anses å ligge utenfor det tredjepartsklausulen autoriserer.

Den omtvistede Hermod-programvaren er underlagt opphavsrettslig vern, og det samme tolkningsresultatet følger derfor også av det opphavsrettslige spesialitetsprinsippet, jf. åndsverksloven § 67 annet ledd.

Det er videre et grunnleggende prinsipp i norsk rett at avtaler skal tolkes i lys av forutsetninger som kommer til uttrykk under forhandlingene, som begge parter er kjent med. Intensjonsklausulen i 2020-avtalens punkt 2 viser nokså entydig at 2020-avtalen er inngått med det omforente siktepunkt at Lividi ved «fase 2»-avtalen skulle gis posisjonen som den aktør som ble gitt rett og anledning til å industrialisere Hermod-programvaren. Hadde Forsvarsmateriell vært åpen med Lividi da 2020-avtalen ble inngått, om innholdet i Forsvarsmateriells da pågående diskusjoner med Kongsberg Gruppen – herunder om muligheten for at Forsvarsmateriell ville overdra sitt eget eierskap til tidligere utviklet programvare til Kongsberg Gruppen – er det hevet over enhver tvil at Lividi ville reagert, og at den isolert sett åpne ordlyden i tredjepartsklausulen i 2020-avtalen punkt 4 annet ledd aldri ville blitt godtatt av Lividi.

Konsekvensen av at 2020-avtalen ikke hjemler en rett til å overgi Lividis programvare til Kongsberg Gruppen, er at slik overgivelse er rettsstridig etter bakgrunnsretten, jf. åndsverkloven § 3 første ledd bokstav a) og b), lov om vern av forretningshemmeligheter § 3 annet ledd bokstav b), samt markedsføringsloven § 25 og den ulovfestede alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Lividi har således et rettskrav på at Forsvarsmateriell ikke overgir Lividis programvare til Kongsberg Gruppen.

Subsidiært, for det tilfelle at lagmannsretten skulle komme til at 2020-avtalen som utgangspunkt tillater en overgivelse av Lividis programvare til Kongsberg Gruppen, anføres det at avtalen helt eller delvis må endres eller settes til side etter avtaleloven § 33 og/eller § 36, samt den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Den vesentlige bristen i Lividis forutsetninger for å vedta og inngå 2020-avtalen, slik den lyder, og Forsvarsmateriells aktive rolle i å ha skapt denne forutsetningsbristen, er av slik karakter at det kvalifiserer til avtalerettslig ugyldighet, begrenset til 2020-avtalens punkt 4 annet ledd. Det vil stride mot redelighet og god tro å gjøre denne klausulen gjeldende, jf. avtaleloven § 33. Klausulen åpner for å overgi Lividis programvare til

Kongsberg Gruppen – en aktør som ved 2020-avtalens inngåelse ikke var Lividis konkurrent, men som Forsvarsmateriell selv, ved egne handlinger har gjort/akter å gjøre til Lividis konkurrent om retten til å industrialisere Hermod-programvaren som Lividi har utviklet.

Ut fra de samme grunner vil det også være klart urimelig å gjøre avtalen gjeldende med et slikt innhold, jf. avtaleloven § 36, og det vil av samme grunn også foreligge ugyldighet etter den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Ugyldighetsregler etter norsk rett åpner videre for et bredt spekter av rettsvirkninger, ikke bare tilsidesettelse av avtalen i sin helhet.

Det er ikke grunnlag for å avskjære Lividis ugyldighetsinnsigelser. I den utstrekning ugyldighetsinnsigelsen skulle anses som et nytt krav i saken, er det liten tvil om at fremsettelsen er berettiget etter tvisteloven § 29-4 annet ledd bokstav b). Ugyldighetskravet har utvilsomt «sammenheng med krav etter første ledd» og «endringen er knyttet til forhold som er [...] blitt kjent så sent, at kravet ikke kunne ha vært trukket inn i saken tidligere». Av samme grunn er det utvilsomt «rimelig å tillate endringen», jf. tvisteloven § 29-4 fjerde ledd.

Det foreligger sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a) og b).

Det foreligger fare ved opphold. Forsvarsmateriell vil uten et pålegg fra retten overgi Lividis programvare til Kongsberg Gruppen. Dersom Kongsberg Gruppen gis anledning til å tilegne seg kunnskap om løsningene som er nedfelt i kildekoden og virkemåten til Lividis programvare, vil dette sette Kongsberg Gruppen i stand til enkelt og raskt å reprodusere en tilsvarende programvare. Skaden som påføres Lividi vil være irreversibel. I saker om krenkelser av immaterielle rettigheter vil sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a) normalt foreligge alene på det grunnlag at en rettighetskrenkelse har inntruffet og/eller er nært forestående.

Det foreligger også sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b), idet den skade Lividi vil påføres dersom Kongsberg Gruppen får overgitt Lividis programvare, vil være både irreversibel og svært alvorlig ved at Lividi effektivt vil frarøves sitt rettsvernede konkurransefortrinn i markedet.

Midlertidig forføyning vil ikke være klart uforholdsmessig. Lividis påstand er nå begrenset til et forbud mot overgivelse av Lividis programvare, utviklet etter 28. januar 2020 under 2020-avtalen, til Kongsberg Gruppen. Den ordinære anvendelse av den påberopte tredjepartsklausulen, nemlig at Forsvarsmateriell kan henvende seg til ordinære tilbydere av programmeringstjenester, så som for eksempel Bouvet og Steria – eller eventuelt Lividi – vil ikke på noen måte hindres eller påvirkes av en forføyningsavgjørelse i samsvar med Lividis påstand. Det er altså ikke slik at en forføyningsavgjørelse i saken vil hindre eller hemme Forsvarets operative bruk av Hermod-programvaren.

Det er nedlagt følgende påstand:

1. Forsvarsmateriell, Forsvarsmateriell IKT-kapasiteter og Forsvarsdepartementet forbys med umiddelbar virkning direkte eller indirekte å gi Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper tilgang til eller innsyn i programvare eller kildekode som inngår i Hermod-systemet og som er utviklet av Lividi etter 28. januar 2020, herunder i virkemåten til slik programvare.
2. Forsvarsmateriell, Forsvarsmateriell IKT-kapasiteter og Forsvarsdepartementet forbys med umiddelbar virkning direkte eller indirekte å gi Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper tilgang til enheter (hardware- eller softwarebaserte) som inneholder Hermod-programvare utviklet av Lividi etter 28. januar 2020, uten ved avtale å forby Kongsberg Gruppen ASA med datterselskaper å tilegne seg kunnskap om slik programvares kildekode eller virkemåte.
3. Forbudene i pkt. 1 og 2 gjelder også for andre tredjeparter, så langt tilgangen eller innsynet slike tredjeparter gis helt eller delvis har annet formål enn bruk av Hermod-systemets programvare innenfor totalforsvaret.
4. Lividi AS tilkjennes sakens omkostninger for byfogden og lagmannsretten.

Ankemotparten, **staten v/ Forsvarsdepartementet**, har i anketilsvaret og senere prosesskriv i hovedtrekk gjort gjeldende:

Byfogdembetets kjennelse er riktig. Det er ikke grunnlag for midlertidig forføyning.

Lividi har ikke sannsynliggjort et hovedkrav.

2020-avtalen gir Forsvarsmateriell rett til å overlevere kildekode til Kongsberg Gruppen, så fremt dette skjer for det formål å bistå Forsvarsmateriell ved bruk av den utvidede disposisjonsretten innenfor totalforsvaret, jf. avtalen punkt 4. Det er ikke grunnlag for å påstå at Forsvarsmateriell, eller Kongsberg Gruppen, vil handle i strid med denne rettsforståelsen. Ettersom Lividis påstand omfatter et forbud mot enhver overlevering av kildekode til Kongsberg Gruppen – og følgelig går lengre enn Lividis materielle rett – kan forføyningsbegjæringen ikke føre frem.

Tolkningen av uttrykket «tredjeparter» er ikke tvilsom. Ordlyden i bestemmelsen er klar, bestemmelsen er hentet fra statens standardavtale og følgelig gjennomtenkt og alminnelig brukt i bransjen. Lividi – som opprinnelig foreslo bruken av SSA-T – må videre ha vært innforstått med Forsvarsmateriells forståelse da selskapet valgte å akseptere Forsvarsmateriells endelig tilbud til avtale uten forbehold.

Hermod er initiert av Forsvarsmateriell og utviklet særskilt for Forsvarets operative behov. For Forsvarsmateriell var det derfor viktig å sikre handlefrihet og kontroll med tanke på fremtidig bruk og videreutvikling av nettverksløsningen. Formålet med retten til å la seg bistå av tredjeparter, var nettopp å sikre Forsvarsmateriell handlefrihet, noe Lividi uten tvil kjente til. Dette taler klart imot å tolke «tredjeparter» innskrenkende. Forsvarsmateriell hadde på tidspunktet for avtaleinngåelsen informert Lividi om at Forsvarsmateriell ønsket å knytte til seg en strategisk partner, og Lividi skjønnte at dette gjaldt Kongsberg Gruppen. Bestemmelsens kontekst underbygger også Forsvarsmateriells forståelse av avtalen.

Lividi har ikke påvist et saklig behov for å tolke kriteriet «tredjeparter» innskrenkende. Risikoen for at en kunde med utvidet disposisjonsrett til en datamaskinprogramvare, eller en tredjepart som bistår kunden, kan finne på å bruke kildekoden til andre formål enn det tillatte, er noe enhver programvareleverandør som gir denne type disposisjonsretter må forholde seg til. Sannsynligheten for rettsstridig bruk av kildekoden er imidlertid normalt svært lav, og det er ikke holdepunkter for å hevde at risikoen for brudd på den utvidede disposisjonsretten er større hvis Kongsberg Gruppen får tilgang til kildekoden, enn hvis andre tredjeparter gjør det.

Forsvarsmateriell har ingen planer om å krenke Lividis immaterielle rettigheter. Lividi bygger sin sak på en oppfatning om at Forsvarsmateriell planlegger å bruke tredjepartsbestemmelsen som «skalkeskjul» for å gi Kongsberg Gruppen Lividis programvare, slik at Kongsberg Gruppen kan krenke Lividis opphavsrett, og sette Kongsberg Gruppen i stand til å videreutvikle Hermod-programvaren slik den er i dag for salg utenfor totalforsvaret. Dette – som reelt sett er en anførsel om at Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen har gått sammen om å krenke Lividis rettigheter – mangler grunnlag i virkeligheten. Det er utenkelig at staten eller Kongsberg Gruppen vil kommersialisere et produkt når dette forutsetter snylting eller krenking av Lividis rettigheter til programvareelementer. I tillegg til at det ville vært uetisk og omdømmemessig uklokt, ville det rettslig sett eksponert staten og Kongsberg Gruppen for et økonomisk ansvar som med god margin overstiger en mulig fortjeneste, og dessuten medført straffeansvar for de involverte, jf. åndsverkloven § 79.

Dialogen med Kongsberg Gruppen gjaldt muligheten for at Kongsberg Gruppen kunne overta det overordnede systemansvaret for Forsvarsmateriells produktportefølje, som en strategisk partner. I dag er det Forsvarsmateriell som har systemansvaret. Det å være strategisk partner krever en partner av en ikke ubetydelig størrelse, og er noe annet enn en ren programvareleverandør. Det dreide seg med andre ord om industrialisering i betydningen produksjon av ferdige enheter basert på fortsatte leveranser fra eksisterende underleverandører. Det har ikke vært snakk om at Kongsberg Gruppen skal overta som programvareleverandør for Hermod-programvaren. Rollen som systemintegrator utelukket ikke at Lividi ble med videre som leverandør av programvare. Heller ikke rollen som totalleverandør innebærer at Kongsberg Gruppen skal bli programvareleverandør.

Det bestrides at spesialitetsprinsippet i åndsverkloven § 67 medfører et annet tolkningsresultat.

Hva gjelder Lividis ugyldighetskrav, er det ikke adgang for Lividi til å trekke et krav om ugyldighet inn i forføyningssaken helt på tampen av saksforberedelsen, jf. tvisteloven § 29-4. De vesensforskjellige rettsfølgene ved ugyldighet etter avtaleloven § 33/læren om bristende forutsetninger på den ene side, og en innskrenkende tolkning av avtalen på den andre, gjør at det dreier seg om to ulike krav i lovens forstand. Også ugyldighet etter avtaleloven § 36 må trolig anses som et nytt krav fordi de rettslige og faktiske betingelsene er vesensforskjellige.

Vilkårene i tvisteloven § 29-4 fjerde ledd er heller ikke oppfylt. Det stemmer ikke at grunnlaget for kravet først ble kjent for Lividi gjennom bilag 1-3 til Forsvarsmateriells prosesskriv 23. august 2021. Lividi har ikke pekt

på én eneste relevant opplysning i nevnte bilag 1-3 som grunnlag for sin «skalkeskjul»-teori, som ikke allerede fremgår av dokumentasjon som Forsvarsmateriell fremla for byfogdembetet. Kravet om ugyldighet kunne dermed vært fremmet allerede for byfogdembetet. Det fremstår derfor ikke som rimelig å tillate kravet fremmet mot slutten av saksforberedelsen for lagmannsretten.

Kravet om ugyldighet kan uansett ikke føre frem.

Det stemmer ikke at Forsvarsmateriell har hatt en plan om å bruke den utvidede disposisjonsretten som et påskudd til å gi Kongsberg Gruppen kildekoden til 2020-programvaren, slik at Kongsberg Gruppen kan bli programvareleverandør i stedet for Lividi og kommersialisere Hermod-programvaren på egenhånd. Fremlagt dokumentasjon viser som nevnt at formålet med sonderingssamtalene med Kongsberg Gruppen var å knytte til seg en strategisk partner for å flytte over de oppgavene som Forsvarsmateriell har i dag knyttet til systemintegrasjon.

I den grad Lividis aksept av Forsvarsmateriells endelige avtaletilbud den 12. februar 2020 var motivert av et ønske om en langsiktig avtale som programvareleverandør, så har denne muligheten vært til stede gjennom avtaleperioden. Det var først da Lividi begjærte midlertidig forføyning og gjorde det klart at dialog med Kongsberg Gruppen var uaktuelt inntil rettighetssituasjonen var avklart, at dialogen stoppet opp.

Det er heller ingen forhold ved dagens situasjon som tilsier at det er «urimelig» å gjøre avtalen gjeldende, jf. avtaleloven § 36.

For det tilfelle at lagmannsretten skulle komme til at ugyldighetskravet kan behandles og at det er grunnlag for ugyldighet, er retten til å påberope seg ugyldighet uansett gått tapt på grunn av passivitet, alternativt at Lividi har akseptert Forsvarsmateriells forståelse av uttrykket «tredjeparter».

Lividi har heller ikke sannsynliggjort en sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a) eller b).

Forsvarsmateriell har ikke lagt noen planer om teknologioverføring til Kongsberg Gruppen i betydningen av å gi Kongsberg Gruppen urettmessig tilgang til immaterielle rettigheter tilhørende Lividi. Hermod-løsningen er pr. i dag tatt ut av dialogen med Kongsberg Gruppen.

Interesseavveiningen etter tvisteloven § 34-1 annet ledd gir under enhver omstendighet ikke grunnlag for en forføyning.

Subsidiært, for det tilfelle at lagmannsretten mener det ikke foreligger et åpenbart misforhold mellom Lividis interesse i forføyningen som helhet, vil i hvert fall ulempen Forsvarsmateriell blir påført ved en forføyning som også omfatter et forbud mot «indirekte» tilgang til eller innsyn i eventuelle programvareelementer utviklet av Lividi under 2020-avtalen, stå i et åpenbart misforhold til den interessen Lividi har i at forføyning blir besluttet, jf. tvisteloven § 34-1 annet ledd.

Det er nedlagt følgende påstand:

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

Lagmannsretten bemerker:

3. Om lagmannsrettens saksbehandling

Lagmannsretten bemerker at ankesaken avgjøres etter skriftlig behandling i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 29-15 første ledd. Lividi har begjært muntlig forhandling, men saken reiser etter lagmannsrettens syn ikke så kompliserte faktiske eller rettslige spørsmål at hensynet til forsvarlig og rettferdig rettergang tilsier at det holdes muntlig forhandling, jf. § 29-15 annet ledd. Partene har inngitt en rekke prosesskriv i saken, herunder avsluttende innlegg samt skriftlig replikk og duplikk. Slik lagmannsretten ser det, er det forsvarlig å avgjøre saken basert på den skriftlige fremstillingen.

Det er gjennomført muntlig forhandling i én instans når saken står for lagmannsretten, jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Unnlatt muntlig forhandling for lagmannsretten kan da alene ikke begrunne noe brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, se Hans Flock, Midlertidig sikring, 2011, side 284.

4. Spørsmålet om hovedkravet er sannsynliggjort – utgangspunkter

4.1 Oversikt

For at en begjæring om midlertidig forføyning skal kunne tas til følge, må saksøkeren som hovedregel sannsynliggjøre et hovedkrav og en sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd. Det er i utgangspunktet tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Lividi har som hovedkrav gjort gjeldende at Forsvarsmateriell plikter å avstå fra å direkte eller indirekte gi Kongsberg Gruppen med datterselskaper tilgang til eller innsyn i programvare eller kildekode som inngår i Hermod-systemet og som er utviklet av Lividi etter 28. januar 2020, herunder virkemåten til slik programvare og til enheter (hardware- eller softwarebaserte) som inneholder Hermod-programvare utviklet av Lividi etter 28. januar 2020.

4.2 Prosesshistorikk – tvistetema for byfogdembetet og sakens stilling nå

Lagmannsretten påpeker innledningsvis at saken står i en vesentlig annen stilling nå, enn hva den gjorde under byfogdembetets behandling. Ved byfogdembetets avgjørelse ble den midlertidige forføyningen ikke tatt til følge. Byfogdembetet la til grunn at Forsvarsmateriell har opphavs- og eiendomsrett til Hermod-programvaren utviklet før 2020-avtalen. Dette er ikke angrepet i anken, idet Lividi for lagmannsretten har frafalt anførselen om at det er grunnlag for å innfortolke begrensinger i Forsvarsmateriells eierskap og disposisjonsrett til Hermod-programvaren slik den forelå pr. 28. januar 2020. Ankesaken er derfor avgrenset til å gjelde omfanget av Forsvarsmateriells utvidede disposisjonsrett til de deler av programvaren som er utviklet *etter* 28. januar 2020. Dette spørsmålet ble kun kommentert kort av byfogdembetet i kjennelsen side 14:

Når det gjelder rettighetene til programvaren fra 28. januar 2020 og fremover, er denne regulert av endringsavtalen 20. februar 2020 punkt 4. Av denne følger det at Lividi AS «beholder opphavs- og eiendomsrett til programvare som utvikles spesielt for Kunden [Forsvarsmateriell] over denne endringsavtalen». Forsvarsmateriell er imidlertid gitt en utvidet disposisjonsrett innenfor totalforsvaret. Retten legger til grunn at begrepet «totalforsvaret» må tolkes i overensstemmelse med det som følger av Meld.St.5 Samfunnssikkerhet i en usikker verden s. 56 flg., slik staten har gjort gjeldende. I korte trekk handler dette blant annet om samarbeid mellom forsvaret og det sivile samfunn knyttet til håndtering av kriser, utvikling av infrastruktur, samt varer og tjenester.

Når det gjelder omfanget av bruksretten, følger det etter rettens syn av ordlyden at Forsvarsmateriell er gitt en rett til å *videreutvikle* programvaren som er utviklet eller tilpasset under endringsavtalen, også *ved bruk av tredjepart*. I dette ligger at tredjeparten også må kunne gis adgang til programvaren/kildekoden for å forstå denne utviklingen. Begrensningen her ligger i at utviklingen må ha som formål at den videreutviklede programvaren skal benyttes innenfor totalforsvaret. Retten bemerker at det heller ikke i denne avtalen ikke er tatt forbehold om at programvare som gjelder multi link- og soft shutdown-funksjonene ikke kan overlates til tredjeparter.

Retten er usikker på i hvilken grad det vil være mulig for Lividi AS å føre kontroll med og håndheve de begrensningene som ligger i endringsavtalen, dersom Forsvarsmateriell velger å overlate programvaren til en tredjepart. Det er derfor heller ikke vanskelig å forstå Lividis bekymring knyttet til videreutviklingen av Hermod-systemet. Etter det tolkningsresultatet som retten her har kommet til, vil situasjonen være at Forsvarsmateriell har full eiendoms- og opphavsrett til versjoner av Hermod-programvaren fra før januar 2020, samt en adgang til å overlate nyere versjoner av programvaren til tredjeparter for videreutvikling (innenfor totalforsvaret). Etter rettens syn fremstår den avtalereguleringen man her har valgt som lite konsekvent, samtidig som den vil være vanskelig å praktisere og håndheve. Det er opplyst at den avtalte reguleringen er begrunnet i partenes forhandlingsposisjoner ved forlengelsen, herunder Lividis krav om utvidede rettigheter og Forsvarsmateriells behov for å ha med Lividi AS videre i utviklingen videre av Hermod. Noen avgjørende betydning kan retten likevel ikke se at dette har. Partene, som begge er profesjonelle

aktører, har her valgt å inngå en avtale som innebærer denne avgrensningen av rettighetene til programvaren.

4.3 De rettslige utgangspunkter for avtaletolkningen knyttet til hovedkravet

Lividi har primært hjemlet kravet i 2020-avtalens punkt 4 annet ledd, i den forstand at denne bestemmelsen må tolkes innskrenkende.

Lagmannsretten bemerker at partene er uenige om hvordan den utvidede disposisjonsretten skal forstås, jf. 2020-avtalens punkt 4 annet ledd, og det finnes ikke en subjektiv felles forståelse av avtalens ordlyd. Disposisjonsretten må derfor gjennomgå en objektiv fortolkning. Retten viser til Rt-1980-84 hvor Høyesterett viser til byrettens dom, hvor det er uttalt følgende:

Partene hevder å ha lagt hver sin mening i forbeholdet. Det avgjørende her blir da hva saksøkte med rimelighet kan legge i ovennevnte utsagn slik det framtrer etter sitt innhold og etter hele situasjonen. Dette spørsmålet må løses på grunnlag av avtalerettslige regler. Hovedregelen er da at utsagnet skal tolkes objektivt.

Ved objektiv tolking er utgangspunktet for avtaletolkningen hvilken forståelse en alminnelig fornuftig person i tilsvarende situasjon ville ha lagt i kontraktens ordlyd med kjennskap til partenes fagterminologi, språkbruk mv. Dette gjelder ikke minst for avtaler mellom profesjonelle parter.

Når det nærmere innholdet i avtalen skal fastlegges, vil også systembetraktninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter og kontraktsbestemmelser i sammenheng. Lagmannsretten viser til her til Rt-2012-1729 avsnitt 67, se også HR-2016-1447-A avsnitt 38 følgende og Rt-2011-670 avsnitt 42.

Videre vil partenes opptreden under avtaleforhandlingene, partenes formål med avtalen og partenes synlige forutsetninger inngå i avtaletolkningen. I HR-2018-1721-A avsnitt 30 ble avtalens formål trukket inn som et veiledende moment i kartleggingen av avtalens innhold. Høyesterett la videre til grunn at forholdende rundt avtaleinngåelsen er en relevant faktor å trekke inn i tolkningsprosessen.

Det er som nevnt et grunnleggende prinsipp i norsk rett at avtaler skal tolkes i lys av forutsetninger som kommer til uttrykk under forhandlingene, som begge parter er kjent med. En slik tolkning kan bli aktuell i de tilfellene det foreligger en subjektiv forståelse hos den ene parten, som den andre parten var kjent med. Høyesterett har også tolket regelen «utvidende», slik at den omfatter tilfeller der en part burde vite at den andre parten har en annen forståelse av avtalen, jf. Rt-1953-581 (som gjaldt tvist om innholdet i en ufullstendig leieavtale). Virkningen av denne regelen er at den vitende parten blir bundet av den andre partens subjektive forståelse, dersom han ikke meddeler at han ikke godtar den forståelsen. Dette ble eksempelvis også lagt til grunn i Rt-1969-1.

Videre viser lagmannsretten til Rt-2014-866 avsnitt 44 hvor det fremkommer følgende:

Noe annet er at en slik oppfatning, ikke minst når den er uttalt og uimotsagt, kan ha vekt ved vurderingen av om det foreligger en felles kontraktsforståelse. En subjektiv oppfatning kan videre være forårsaket av uklarhet som medkontrahenten er ansvarlig for, og etter omstendighetene kan det også oppstå spørsmål om gyldig avtale er inngått.

Videre nevnes Rt-1993-140 hvor Høyesterett la avgjørende vekt på de forutsetninger som ble formidlet under forhandlingene, som begge parter var kjent med, under tolkning av avtalen. Høyesterett tolket i denne saken ordlyden i en avtale innskrenkende, i lys av de forutsetningene som forelå før avtaleinngåelsen, og som begge parter var kjent med.

Videre legger lagmannsretten til grunn at hensynet til balanse mellom partenes ytelser er sentralt i avtaleforholdet. Det har formodningen for seg at partene har ment å avtale en balansert avtale med tanke på ytelser. På den måten bør løsningen som gir et mest balansert resultat velges, se til illustrasjon Rt-1984-44.

Lagmannsretten legger disse rettslige utgangspunkter for avtaletolkningen til grunn i det følgende.

4.4 Noen begrepsavklaringer

Lagmannsretten bemerker at det i saken er enkelte begreper som står sentralt, herunder især «industrialisering», «kommersialisering» og «programvare». Lagmannsretten registrerer at partene legger et noe ulikt innhold i flere av begrepene, men samtidig slik at kjernen i begrepene synes uomtvistet. Uansett legger lagmannsretten for sin del til grunn følgende hovedinnhold i de nevnte begreper:

Med «programvare» menes de binære filene som gjør det mulig å bruke en datamaskin eller annen elektronisk enhet. En programvareleverandør tilbyr leveranse av disse funksjonene, samt blant annet vedlikehold og videreutvikling av programvaren. I denne saken bruker lagmannsretten betegnelsen «Hermod-programvare» og denne inngår i «Hermod-systemet» som omfatter både utstyr og programvare, herunder hardware og software.

Med «industrialisering» forstås i enkelthet frembringelse og klargjøring av et produkt, Hermod-programvaren, for industriell produksjon.

Med «kommersialisering» menes at det ferdigstilte industrialiserte produktet tilbys i markedet for aktuelle aktører. I vid forstand vil dette være det kommersielle markedet som sådan, både private og offentlige aktører, mens det i snever forstand vil innebære at produktet kun tilbys avgrensede områder av markedet eller kun nærmere bestemte aktører.

5 Nærmere om lagmannsrettens vurdering av hovedkravet – avtaletolkningen

5.1 Innledning

Ved vurderingen av om Lividi har sannsynliggjort et hovedkrav har lagmannsretten delt seg i et flertall og mindretall. Lagmannsrettens flertall – lagdommerne Thorheim og Leirvik – har kommet til at Lividi har sannsynliggjort sitt hovedkrav og at det foreligger sikringsgrunn. Lagmannsrettens mindretall – lagmann Nesheim – har kommet til at Lividi ikke har sannsynliggjort sitt hovedkrav. På bakgrunn av flertallets konklusjon har det for lagmannsretten ikke vært nødvendig å ta stilling til Lividis alternative argumentasjon knyttet til ugyldighet/avtalerevisjon etter avtaleloven §§ 33 og 36.

Det sentrale spørsmålet i saken er hvordan ordlyden i 2020-avtalens punkt 4 annet ledd, skal tolkes. Ved tolkningen må det foretas en totalvurdering i tråd med de rettslige utgangspunkter som er skissert ovenfor.

5.2 Flertallets vurdering – hoveddrag

Flertallet tar utgangspunkt i at det er uomstridt at Lividi har eier- og opphavsrett til programvare utviklet i Hermod-systemet under 2020-avtalen. Flertallet mener at det er sannsynliggjort at Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen til tross for dette har inngått et samarbeid som innebærer konkrete planer om at Kongsberg Gruppen – ikke Lividi – skal industrialisere og kommersialisere Hermod-systemet. Det er på det rene at Forsvarsmateriell i 2020-avtalen med Lividi er gitt en utvidet disposisjonsrett til programvaren i Hermod-systemet. Flertallet mener at disposisjonsretten likevel ikke kan tolkes slik at den gir Forsvarsmateriell anledning til å gi Kongsberg Gruppen tilgang til programvare eller kildekoder som er utviklet av Lividi etter 28. januar 2020 i en situasjon der det foreligger konkrete planer om et samarbeid med Kongsberg Gruppen vedrørende industrialisering og kommersialisering. Flertallet legger særlig vekt på det ved inngåelsen av 2020-avtalen var en synlig forutsetning fra Lividis side at dette selskapet skulle settes i posisjon til å industrialisere og kommersialisere programvaren. Flertallet mener på denne bakgrunnen at Lividi har sannsynliggjort et hovedkrav om at Forsvarsmateriell er uberettiget til å gjøre den omtalte programvaren tilgjengelig for Kongsberg Gruppen.

Flertallet mener dessuten at det er sannsynliggjort sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b). En overlevering av programvare/kildekode vil i den foreliggende situasjonen i seg selv innebære en nærliggende risiko for at Lividi påføres vesentlig skade eller ulempe.

5.2.1 Om den objektive ordlydstolkningen

Lagmannsrettens flertall bemerker innledningsvis at den sentrale problemstillingen er todelt: For det første er det spørsmål om hvordan 2020-avtalens punkt 4 annet ledd – og dens «utvidede disposisjonsrett» – skal tolkes, nærmere bestemt hvilke eventuelle begrensninger som avtalemessig kan oppstilles ved utøvelsen av denne utvidede disposisjonsretten fra Forsvarsmateriells side. For det andre er det spørsmål om hvilken benyttelse av denne disposisjonsretten som er sannsynliggjort fra Forsvarsmateriells side – herunder Kongsberg Gruppens forhold – og om den benyttelsen som retten finner sannsynliggjort, er i strid med det tolkningsresultat av avtalen som legges til grunn.

Lagmannsrettens flertall vurderer først spørsmålet om hvordan 2020-avtalens punkt 4 annet ledd skal tolkes. Ved denne vurderingen tas det utgangspunkt i avtalens ordlyd.

Lagmannsrettens flertall bemerker først at 2020-avtalen representerte noe nytt mellom partene når det gjaldt reguleringen av opphavs- og eiendomsretten til programvaren utviklet for Hermod. I 2018-avtalens punkt 5 første ledd var det fastsatt at «[e]iendomsrett, opphavsrett og andre relevante materielle og immaterielle rettigheter til resultatet av bistanden tilfaller Kunden [...]». I 2020-avtalen er dette snudd i punkt 4 første ledd, som lyder slik:

Leverandørens rettigheter

Leverandøren beholder opphavs- og eiendomsrett til programvare som utvikles spesielt for Kunden over denne endringsavtale, med mindre annet er avtalt i det enkelte tilfellet.

Etter ordlyden er det Lividi som opparbeider seg opphavs- og eiendomsrett for den programvaren som utvikles under 2020-avtalen. Samtidig røkkes ikke denne klausulen ved den opphavs- og eiendomsrett til programvaren som tilfalt Forsvarsmateriell etter de tidligere avtalene. Lagmannsrettens flertall bemerker at Lividis krav nå for lagmannsretten er begrenset til å forby Forsvarsmateriell fra direkte eller indirekte å gi Kongsberg Gruppen tilgang til eller innsyn i programvare eller kildekode som inngår i Hermod-systemet og som er utviklet under 2020-avtalen. For øvrig påpekes det at ordlyden i 2020-avtalens punkt 4 første ledd er identisk med ordlyden i Statens Standardavtale for IKT «Utviklings- og tilpasningsavtale» (SSA-T) punkt 10.3.1, med unntak for passusen «over denne endringsavtale».

I 2020-avtalen punkt 4 annet ledd reguleres Forsvarsmateriells rettigheter opp mot opphavs- og eiendomsretten:

Kundens rettigheter

Kunden får en tidsbegrenset, vederlagsfri og ikke-eksklusiv rett til å utnytte de enkelte deler av programvaren som utvikles eller tilpasses spesielt for Kunden (utvidet disposisjonsrett). Utvidet disposisjonsrett omfatter rett til å bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle tilpasningene, enten selv eller ved hjelp av tredjepart. Kunden har slik utvidet disposisjonsrett innenfor totalforsvaret. Kildekode med tilhørende spesifikasjoner og dokumentasjon av utvikling og tilpasningene skal overleveres til Kunden innen 10 (ti) virkedager etter leveringsdag med mindre annet er avtalt i det enkelte tilfellet. Leverandøren har ansvaret for at Kunden får den avtalte disposisjonsretten til programmene, og at den kan utnyttes uten hinder av andres opphavsrett eller andre rettigheter, med følgende begrensninger: Systemet har siden starten benyttet open-source programvare, inkludert operativsystem, biblioteker og rammeverk. Kunden er kjent med og har forstått og akseptert de vilkår og begrensninger som følger av lisensene for den programvaren som hittil er benyttet. Leverandøren vil i samråd med Kunden også fremover avklare beslutninger som omhandler lisenser for slik programvare.

Etter en naturlig forståelse av ordlyden får Forsvarsmateriell adgang til å la tredjeparter bistå Forsvarsmateriell i relasjon til Forsvarsmateriells bruk av den programvaren som er utviklet under 2020-avtalen for Hermod-systemet. Denne «utvidede disposisjonsretten» omfatter «rett til å bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle» den aktuelle programvaren. Ut fra ordlyden gir ikke definisjonen av den utvidede disposisjonsretten noen identifiserte begrensninger i disposisjonsrettens omfang og innhold – den er kun positivt angitt ved de nevnte kriterier.

På den annen side er ikke rettighetene til industrialisering og kommersialisering omtalt. Slik rettigheter må dermed eventuelt innfortolkes i kriteriene «modifisere og videreutvikle tilpasningene». Etter flertallet syn er det ikke uten videre klart ut fra en ren ordlydstolkning at den utvidede disposisjonsretten kan forstås slik. Flertallet viser her til anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) § 24-7 «Avtalekonkretisering av immaterielle rettigheter», som gir føringer for hvordan immaterielle rettigheter skal håndteres i sektoren, hvor særlig bestemmelsens tredje ledd gir uttrykk for departementets instruks til underliggende etater:

Det skal avtales med leverandøren at hvis det som skal utvikles av en eller annen årsak ikke blir ferdig utviklet, produsert, industrialisert eller kommersialisert, skal forsvarssektoren få overdratt til seg så stor andel av de immaterielle rettighetene at forsvarssektorens kostnader vil kunne bli dekket ved et videresalg. Samtidig skal det avtales at de overdratte immaterielle rettighetene vil kunne bli benyttet for ferdigstilling, videreutvikling, produksjon, industrialisering og kommersialisering av en annen aktør, eller videresolgt for å dekke inn forsvarssektorens andel av kostnadene.

Slik flertallet forstår departementet på dette punkt, er «utviklet» noe annet enn «produsert, industrialisert eller kommersialisert», og at «videreutvikling» er noe annet enn «produksjon, industrialisering og kommersialisering av en annen aktør». Etter flertallets vurdering har Forsvarsmateriell ved inngåelsen av 2020-avtalen, særskilt punkt 4 annet ledd om den utvidede disposisjonsretten, i hvert fall ikke fullt ut fulgt departementet instruks om tydelighet og spesifisering på hva den utvidede disposisjonsretten skal omfatte. En ordlydsfortolkning av kriteriene «modifisere og videreutvikle tilpasningene» til å omfatte industrialisering og kommersialisering vil i beste fall stå i et klart spenningsforhold til departementets begrepsbruk i den nevnte instruks.

Lagmannsrettens flertall mener at det står sentralt at den utvidede disposisjonsretten må ses i sammenheng med den opphavs- og eiendomsrett som knesettes for Lividi i punkt 4 første ledd: Den utvidede disposisjonsretten etter punkt 4 annet ledd kan ikke gis et slikt innhold at rettigheten etter første ledd blir noe nær innholdsløs. Nærmere bestemt tilsier ordlyden – når en vurderer første og annet ledd samlet – at Forsvarsmateriell ikke er gitt en rett til å overlevere programvaren utviklet under 2020-avtalen til en tredjepart for at denne enten på kort eller lang sikt skal industrialisere og kommersialisere produktet. En slik tolkningen følger etter flertallets syn allerede av kriteriene «bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle» i annet ledd, men må desto mer gjelde når en ser den utvidede disposisjonsretten i sammenheng med ordlyden i første ledd.

Den utvidede disposisjonsretten kan utøves av Forsvarsmateriell «selv eller ved hjelp av tredjepart». Det er særlig kriteriet «tredjepart» som er omtvistet. Etter en naturlig forståelse av ordlyden gir begrepet «tredjepart» isolert sett ingen begrensning i hvem Forsvarsmateriell kan benytte seg av. «Tredjepart» kan omfatte både annen offentlig virksomhet og private aktører. Begrensningen i avtalens ordlyd ligger i at det er tale om å «bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle tilpasningene» og at dette må skje «innenfor totalforsvaret». Det følger også direkte av ordlyden at tredjeparten, dersom Forsvarsmateriell velger å benytte seg av denne, må kunne gis tilgang til kildekode med tilhørende spesifikasjoner, jf. punkt 4 annet ledd fjerde punktum.

Den utvidede disposisjonsretten er som nevnt begrenset til å gjelde «innenfor totalforsvaret», jf. punkt 4 annet ledd tredje punktum. Kriteriet «totalforsvaret» er ikke gitt noen nærmere spesifisering i avtalen, og er ut fra en språklig forståelse ikke et begrep som nødvendigvis har et entydig innhold. Normalt er begrepet «totalforsvar» en fellesbetegnelse for det militære forsvaret og den sivile beredskapen i Norge. Dette omfatter den gjensidige støtten og samarbeidet mellom Forsvaret og det sivile samfunn for å forebygge, planlegge for, og håndtere kriser i fred, sikkerhetspolitiske kriser, væpnet konflikt og krig. I byfogdembetets kjennelse side 14 første avsnitt er det lagt til grunn at begrepet «totalforsvar» må tolkes i overensstemmelse med det som skisseres i Meld.St.5 (2020–2021) side 56 flg. Lagmannsrettens flertall er enig i dette, i hvert fall slik at de føringer som der gis gir en skissering av totaliteten i begrepet «totalforsvaret». På side 56 og 58 uttales det følgende:

Totalforsvarskonseptet er en del av det sivilmilitære samarbeidet, men er avgrenset til å omfatte gjensidig støtte og samarbeid mellom Forsvaret og det sivile samfunn knyttet til kriser, fra kriser i fred til sikkerhetspolitisk krise og væpnet konflikt.

[...]

Totalforsvaret handler om at samfunnets samlede ressurser om nødvendig skal kunne benyttes i hele krisespekteret fra fred via sikkerhetspolitisk krise til væpnet konflikt. Det omfatter både Forsvarets støtte til det sivile samfunn ved kriser som rammer samfunnssikkerheten, og det sivile samfunnets støtte til Forsvaret i hele krisespekteret.

Totalforsvarskonseptet har over tid blitt tilpasset de til enhver tid skiftende samfunnsutfordringer, og har vist seg å være et fleksibelt instrument for god utnyttelse av samfunnets samlede ressurser. Det betyr at både sivile og militære ressurser kan nyttes til å løse eksisterende og nye utfordringer.

Samfunnssikkerheten og statssikkerheten er gjensidig avhengig av hverandre (se punkt 1.6). Utviklingen av Forsvaret må derfor foregå i et tett samspill med de sivile aktørene, hvor det sivile samfunnets evner og forutsetninger til å understøtte Forsvaret ligger til grunn for Forsvarets planleggingsforutsetninger.

Etter flertallets vurdering er det ut fra kriteriet «totalforsvaret» klart at den utvidede disposisjonsretten – og anvendelsen av «tredjepart» i tilknytning til denne – i hvert fall ikke kan omfatte bruk og videreutvikling av 2020-programvaren for det kommersielle, private markedet. Dette er klarere angitt i den nevnte standardavtalen «SSA-T», hvor det i stedet for «totalforsvaret» er angitt at den utvidede disposisjonsretten kun gjelder overfor «annen offentlig virksomhet». Når det i 2020-avtalen er valgt å bruke begrepet «totalforsvaret», medfører det imidlertid at også private virksomheter kan omfattes, så fremt virksomheten inngår i det som naturlig faller inn under betegnelsen «totalforsvaret». Etter flertallets syn er dermed ordlyden her isolert sett ikke til hinder for at Forsvarsmateriell ved anvendelsen av sin utvidede disposisjonsrett benytter Kongsberg Gruppen (tredjepart), så lenge dette skjer for bruk innenfor «totalforsvaret». Imidlertid gir som nevnt ikke ordlyden grunnlag for industrialisering og kommersialisering av 2020-programvaren.

5.2.2 Om sammenhengen med øvrige avtaleklausuler mv.

Som påpekt ovenfor, er det ikke kun den rene ordlydstolkningen som er avgjørende. Lagmannsrettens flertall mener at også øvrige avtaleklausuler i 2020-avtalen i betydelig grad kaster lys over vårt tolkningsspørsmål.

2020-avtalen er en endringsavtale som angir særskilte endringer som skal gjøres i avtalen av 25. januar 2018 mellom Forsvarsmateriell og Lividi. Det følger eksempelvis av 2020-avtalens punkt 4 innledningsvis at denne erstatter 2018-avtalens punkt 5 om «Opphavs- og eiendomsrett». Lagmannsrettens flertall viser til at det i 2018-avtalen – som på dette punkt må anses videreført ved endringsavtalen i 2020 – i punkt 7.2 er gitt en nærmere regulering av «Overdragelse av rettigheter og plikter» etter avtalen, hvor første ledd lyder slik:

I den grad Kunden er en offentlig virksomhet, kan Kunden overdra sine rettigheter og plikter etter denne avtalen til annen offentlig virksomhet. Den virksomheten som får rettigheter og plikter overdratt, er berettiget til tilsvarende vilkår, såfremt avtalens rettigheter og plikter overdras samlet.

Bestemmelsen må forstås slik at Forsvarsmateriell ikke kan overdra sine rettigheter etter avtalen annet enn til «annen offentlig virksomhet». Imidlertid må 2020-avtalens punkt 4 annet ledd med sin tredjepartsklausul forstås som en særskilt regulering som innenfor anvendelsesområdet til den utvidede disposisjonsretten går foran overdragelsesbestemmelsen i 2018-avtalens punkt 7.2. Flertallet mener likevel at overdragelsesklausulen i 2018-avtalen kaster lys over hvilken rekkevidde den utvidede disposisjonsretten etter 2020-avtalens punkt 4 annet ledd kan ha: Denne bestemmelsen kan isolert sett tale for, ut fra den påpekte sammenhengen med nevnte overdragelsesklausul, at avtalen ikke hjemler en overføring av teknologi og rettigheter til en privat aktør, slik som Kongsberg Gruppen. Flertallet viser for øvrig her til vurderingene nedenfor i punkt 6.

Lagmannsrettens flertall viser videre til at det er naturlig at 2020-avtalens punkt 4 annet ledd – og tolkningen av dens innhold og rekkevidde – ses i sammenheng med avtalens intensjonsklausul i punkt 2:

Kontraktens Bilag 5 «Endringer i den generelle avtaleteksten» får følgende nye punkt:
«Avtalens parter har et felles ønske og intensjon om å fremforhandle en avtale om leveranser av programvare til Hermod med en lengre varighet enn herværende bistandsavtale, og med annen kontraktutforming enn bistand. Dette arbeidet vil starte umiddelbart når endringsavtale 02 til avtalen er signert av begge parter. Partene vil vurdere å benytte SSA-T og SSA-V for en slik Fase 2».

Flertallet kommer tilbake til betydningen av partenes intensjoner og formål ved avtalen, men påpeker allerede her at denne intensjonsklausulen gir uttrykk for at partene hadde en felles forståelse på tidspunktet for 2020-avtalens inngåelse om at Lividi – i den såkalte «fase 2»-avtalen – skulle gis posisjonen som den aktør som skulle foreta den fremtidige industrialiseringen og kommersialiseringen av Hermod-programvaren. Etter flertallets syn må tolkingen av den utvidede disposisjonsretten ta hensyn til intensjonsklausulen. Det fremstår lite rimelig å tolke disposisjonsretten slik at det er fritt frem for Forsvarsmateriell til å involvere tredjeparter med sikte på at disse skal erstatte Lividis tiltenkte rolle etter intensjonsklausulen.

Tilsvarende mener flertallet at sammenhengen med 2020-avtalens konkurranseklausul må vektlegges ved avtaletolkningen, jf. punkt 3 som lyder slik:

Kontraktens Bilag 5 «Endringer i den generelle avtaleteksten» får følgende tillegg:
«I perioden fra og med signering av denne avtalen og til den er erstattet av en mer langvarig kontrakt, og under forutsetning av at det i perioden er en pågående dialog mellom Kunde og Leverandør om en langvarig avtale på leveranser av programvare til Hermod, skal Leverandøren være den eneste kommersielle aktøren som jobber med nevnte programvare».

Bestemmelsen fastsetter at Lividi skal være den eneste «kommersielle aktøren» som skal jobbe med programvaren så lenge det er en «pågående dialog» om en «fase 2»-avtale. Et avtaleforhold mellom Forsvarsmateriell og en kommersiell aktør som innbefatter at denne aktøren modifiserer eller videreutvikler tilpasningene, jf. disse alternativene i punkt 4 annet ledd, vil klart nok være i strid med konkurranseklausulen såfremt det stadig er en løpende dialog mellom Forsvarsmateriell og Lividi. Imidlertid synes det klart at det nå ikke er noen pågående dialog om en langsiktig avtale mellom Lividi og Forsvarsmateriell, og flertallet er derfor enig med Forsvarsmateriell i at konkurransebegrensningen i 2020-avtalens punkt 3 ikke kommer til anvendelse. Flertallet finner likevel at konkurransebegrensningen kaster lys over den rekkevidde som med rimelighet kan innfortolkes i den utvidede disposisjonsretten etter avtalens punkt 4 annet ledd. Flertallet påpeker – under henvisningen til vurderingene nedenfor knyttet til intensjonsavtalen og dialogen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen – at bevisene i saken klart underbygger at Kongsberg Gruppen nettopp er tiltenkt å få overført og videreutvikle Hermod-systemet, inkludert programvaren. At den utvidede disposisjonsretten skal omfatte en slik mulighet for Forsvarsmateriell overfor en annen kommersiell aktør, står etter flertallets vurdering i hvert fall i et spenningsforhold til nevnte konkurransebegrensning i punkt 3.

Sammenfatningsvis finner lagmannsrettens flertall at ordlyden i 2020-avtalens punkt 4 annet ledd samlet sett gir en relativt vidtgående utvidet disposisjonsrett for Forsvarsmateriell. Kriteriet «tredjepart» åpner for benyttelse av disposisjonsretten både overfor offentlige og private aktører. Kriteriet «innenfor totalforsvaret» har ingen klar avgrensning, men slik det normalt forstås omfatter dette en rekke områder og instanser – både offentlige og private. Innholdet i den utvidede disposisjonsretten er også relativt vid, nærmere angitt ved kriteriene «bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle tilpasningene». Flertallet mener, ut fra en ren ordlydstolkning, at det ikke uten videre er klart at en industrialisering og kommersialisering av programvaren faller innunder dette. Ordlyden identifiserer i alle fall ikke dette positivt som en del av innholdet i den utvidede disposisjonsretten.

Flertallet konkluderer med at en ren ordlydstolkning vanskelig kan hjemle at Forsvarsmateriell benytter sin utvidede disposisjonsrett til å overdra – i den forstand at man gir tilgang til – 2020-programvaren til en kommersiell aktør når denne har til hensikt å foreta en fremtidig industrialisering og kommersialisering av produktet også utover «totalforsvaret». Etter flertallets vurdering, tilsier ordlydstolkningen også at den utvidede disposisjonsretten heller ikke omfatter en rettighet til industrialisering og kommersialisering «innenfor totalforsvaret».

Flertallet viser allerede nå til vurderingene nedenfor om hva bevismaterialet – dialogen og intensjonsavtalen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen – sannsynliggjør av planer for den videre utvikling av Hermod-systemet hvori 2020-programvaren inngår som en sentral komponent. Flertallet viser her nærmere til den rolle som flertallet finner sannsynliggjort at Kongsberg Gruppen er tiltenkt i «fase 2 og 3» – hvor Kongsberg Gruppen skal overta Forsvarsmateriells rolle og hvor det er skissert konkrete planer for industrialisering og kommersialisering av Hermod-systemet. Etter flertallets syn kan ikke en slik utnyttelse av disposisjonsretten i punkt 4 annet ledd hjemles i avtalens ordlyd, herunder at Forsvarsmateriell i et slikt tilfelle er berettiget under den utvidede disposisjonsretten til å overlevere kildekoder mv. til Kongsberg Gruppen. Flertallet er enig med Forsvarsmateriell i at man kan benytte den utvidede disposisjonsretten til å modifisere og videreutvikle 2020-programvaren så lenge dette skjer til bruk «innenfor totalforsvaret», og at man ved dette kan benytte Kongsberg Gruppen. Imidlertid går den sannsynliggjorte benyttelsen utover dette, ved at det er lagt planer for en «fase 2 og 3» hvorefter Kongsberg Gruppen skal industrialisere og kommersialisere Hermod-systemet, inkludert programvaren. Flertallet ser det videre slik at dersom Forsvarsmateriell ved den utvidede disposisjonsretten mente å ha en slik rettighet, måtte Forsvarsmateriell i større grad ha besørget at avtalen spesifikt regulerte en slik bruk av disposisjonsretten til også å omfatte industrialisering og kommersialisering, jf. her også nevnte instruks fra departementet ovenfor.

5.2.3 Nærmere om avtaleforhandlingene

Det er for byfogdembetet og lagmannsretten fremlagt en rekke dokumenter som viser hvordan avtaleforhandlingene mellom Forsvarsmateriell og Lividi forut for 2020-avtalen forløp. Disse tidsnære bevisene belyser partenes forutsetninger med avtalen, samt avtalens formål.

Partene hadde 8. januar 2020 et møte der de diskuterte ny avtale. Det fremgår av det omforente møtereferatet at det var enighet om at en løsning måtte oppnås nærmest umiddelbart, for å unngå at det ble et opphold mellom 2018-avtalen og ny avtale. Av møtereferatet fremkommer videre:

Lividi summerer opp sin erfaring med denne saken. Det har vært konstruktive møter mot slutten av 2019, men det er uklart hva partene kan få til. Lividi ønsker å bli en programvareleverandør som leverer Hermod-programvare til FMA, der FMA har utvidet bruksrett. De ønsker å kommersialisere produktet. P.t. kan ikke Lividi gjøre dette, da FMA eier rettighetene. Lividi ønsker derfor å overta disse. Lividi ønsker en langsiktig avtale, som gjør at de kan fokusere på videreutvikling, og som gjør firmaet i stand til å bl.a. rekruttere personell. Drift og forvaltning er også Lividis interesse.

Lividi kan og ønsker å levere alle ni hovedpunkter fra brev 30. oktober 2019 som vist i møtet (Kristine), hvor Lividi skriver at de ønsker å være en strategisk integrert partner til FMA / Forsvaret. I møtet sa Lividi at det er brukt mye tid på drift og vedlikehold, på bekostning av videreutvikling av ny funksjonalitet. Det understrekes at Lividi, som programvareleverandør, ønsker det formelle ansvaret for drift og vedlikehold, men at det fordrer en opptrapping av ressurstilgangen. Lividi tok i møtet opp bruk av SSA-V, i tillegg til SSA-T.

FMA er på sin side fornøyd med produktet, og ønsker å få på plass en avtale med Lividi på videreutvikling og oppdateringer av programvaren i produktet. FMA er ikke selv opptatt av industrialisering/kommersialisering, men ønsker å bidra til at produktet blir en eksportsuksess (ref Meld.St.9 (2015–2016)). Evt. vurdering rundt faktiske eksportmuligheter ligger hos UD. FMA må beholde styringen og få dekket sine behov, og ønsker utvidet disposisjonsrett innenfor forsvarssektoren. FMA vil også kunne nyte godt av en eventuell videreutvikling av softwaren der hvor dette skjer på oppdrag fra andre aktører, for eksempel i form av deling av kostnader.

FMA ønsker en langsiktig avtale, men dette vil ta tid å få på plass. Innholdet av en slik avtale må spesifiseres og forhandles, og med FMAs ressurstilstand vil dette kunne ta måneder.

Om den nærmere fremdrift med avtaleverket skisserte Forsvarsmateriell følgende:

FMA skisserer derfor følgende løsning med to faser:

Fase én, der det benyttes en endringsavtale som forlenger dagens bistandsavtale frem til en langsiktig avtale er formulert og forhandlet, og behandlet av KRK.

Fase to, når den langsiktige avtalen har trådt i kraft og har erstattet dagens bistandsavtale (fra fase én).

Om den konkrete endringsavtalens innhold fremholdt Forsvarsmateriell følgende under møtet:

FMA tilbyr å legge inn en klausul med intensjon om å få til en langsiktig avtale, samt en klausul som sier at andre kommersielle aktører ikke jobber med softwaren i Hermod i den perioden dialogen om en langsiktig avtale pågår med Lividi.

Videre legges det inn en klausul om eiendomsrett med utgangspunkt i den som er formulert i SSA-T, for den videreutviklingen av softwaren som skjer over endringsavtalen. Lividi ønsker også en sikkerhet for at avtalen skal bestå (med blant annet lengre oppsigelsestid, tilstrekkelig varighet og med opptrapping av økonomisk omfang), slik at de kan begynne å rekruttere ressurser. Kristine anser det svært lite sannsynlig at dette kan tas inn i avtalen, men skal undersøke hvorvidt det er mulig å inngå en endringsavtale uten oppsigelsesadgang for partene.

Lividi tilbyr seg å komme med utkast til langsiktig avtale. Dette er ønskelig for FMA. FMA ber om at Lividi i innspillet skal beskrive hvordan de ser for seg et industrialiseringsforløp og hvordan FMA kan hjelpe dem dit.

Det var videre enighet om at Lividi på denne bakgrunn skulle utarbeide et avtaleutkast.

Den 31. januar 2020 sendte Lividi ved Viktor Wold Eide (daglig leder i Lividi) en e-post til Forsvarsmateriell ved Kristine Müller (seniorrådgiver i kontraktsavdelingen/seksjon for programvareavtaler i Forsvarsmateriell, og kontaktpersonen til Lividi), med et forslag til avtaleutkast. I dette avtaleutkastet inngikk det et punkt 3 om «Industrialisering og kommersialisering» med følgende ordlyd:

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

I Lividis leserveiledning til utkastet og de aktuelle endringsforslagene, som også ble sendt på e-post 31. januar 2020, fremgikk det følgende om dette punktet:

Lividi har behov for å kunne påbegynne arbeidet med industrialisering og kommersialisering, og at dette eksplisitt uttrykkes i avtalen. Dette er særlig viktig gitt det faktum at tidligste estimat for godkjent Fase 2 avtale er årsskiftet 2020 / 2021. Lividi har også behov for å begynne å omtale, referere og markedsføre arbeidet med og for FMA / Forsvaret.

Videre foreslo Lividi i avtaleutkastets punkt 5 (jf. 2020-avtalens punkt 4) følgende regulering av partenenes opphavs- og eiendomsrettigheter:

Leverandørens rettigheter

Leverandøren beholder opphavsretten til programvare som utvikles spesielt for Kunden over denne endringsavtalen, med mindre annet avtales i det enkelte tilfellet.

Kundens rettigheter

Kunden får en tidsubegrenset, global, vederlagsfri og ikke-eksklusiv rett til å utnytte de enkelte deler av programvaren som utvikles eller tilpasses spesielt for Kunden (utvidet disposisjonsrett). Utvidet disposisjonsrett omfatter rett til å bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle tilpasningene, enten innen forsvarssektoren eller ved hjelp av tredjepart. Kunden har ~~rett til å gi tilsvarende utvidet disposisjonsrett til annen offentlig virksomhet~~ kun slik utvidet disposisjonsrett innenfor det norske forsvaret.

Kildekode med tilhørende spesifikasjoner og dokumentasjon av utvikling og tilpasning skal overleveres til Kunden innen 10 (ti) virkedager etter leveringsdag med mindre annet er avtalt i det enkelte tilfelle.

Leverandøren har ansvaret for at Kunden får den avtalte disposisjonsretten til programmene, og at den kan utnyttes uten hinder av andres opphavsrett eller andre rettigheter, med følgende begrensninger:

Systemet har siden starten benyttet open-source programvare, inkludert operativsystem, biblioteker og rammeverk. Kunden er kjent med og har forstått og akseptert de vilkår og begrensninger som følger av lisensene for den programvaren som hittil er benyttet. Leverandøren vil i samråd med kunden også fremover avklare beslutninger som omhandler lisenser for slik programvare [Lividis endringer er av lagmannsretten satt i kursiv].

Det fremgår videre av leserveiledningen til avtaleutkastet at Lividi i utgangspunktet ikke ønsket en «fase 1»-avtale. Da det etter hvert ble klart at en slik avtale ble nødvendig som følge av tidsaspektet og ifølge Forsvarsmateriell, kapasitet/ressursutfordringer hos deres kontraktsavdeling, ønsket Lividi at endringsavtalen skulle holdes kort.

Forsvarsmateriell ved Müller svarte Lividi i e-post 6. februar 2020 med revidert forslag til avtale. Punktet om industrialisering og kommersialisering var i dette avtaleutkastet strøket ut. Slik flertallet forstår e-posten gis det følgende begrunnelse for dette:

Etter en gjennomgang av innspillene fra Lividi er Forsvarsmateriell av den oppfatning at de i stor grad hører hjemme i den kommende fase 2. Som vi ble enige om i møtet 8. januar skulle vi i fase 1 ha en ren forlengelse av bistandsavtale FMA IKT 2018 K-001, men noen få mindre justeringer som ble konkret avtalt i møte. Hvis vi nå skal begynne å forhandle på pris, priselementer, oppsigelsestid etc vil tiden gå fra oss, da dette krevere nye avklaringer med flere aktører i forsvarssektoren.

Lagmannsrettens flertall konstaterer at Forsvarsmateriell begrunnet standpunktet om at endringsavtalen ikke skulle omfatte punktet om industrialisering og kommersialisering med at dette måtte reguleres i en «fase 2»-avtale. Videre konstaterer flertallet at det på dette tidspunktet fra Forsvarsmateriells side ikke ble gitt noen signaler om en strategisk parter og dens planlagte rolle inn mot videreutvikling, industrialisering og kommersialisering av Hermod-programvaren. Det ble heller ikke formidlet at Forsvarsmateriell eventuelt ønsket å holde åpen denne muligheten, ved å ikke innta en slik klausul for Lividi om industrialisering og kommersialisering. Ytterligere konstaterer flertallet at Forsvarsmateriell ikke opp mot utkastets klausul om utvidet disposisjonsrett ga til kjenne en slik mulig aktualitet i relasjon til en fremtidig strategisk partner – det ble i hvert fall ikke uttrykkelig kommunisert fra Forsvarsmateriells side. Det ble heller ikke kommunisert at når den aktuelle klausulen ble strøket, mente Forsvarsmateriell at retten til å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren inngikk i deres utvidede disposisjonsrett (for 2020-programvaren), som de da eventuelt kunne gi tilgang til en annen kommersiell aktør enn Lividi med fremtidig mål om industrialisering og kommersialisering.

Det som Forsvarsmateriell foreslo spesifikt av endringer i punkt 4 om opphavs- og eiendomsrett var følgende:

Kunden får en tidsbegrenset, global, vederlagsfri og ikke-eksklusiv rett til å utnytte de enkelte deler av programvaren som utvikles eller tilpasses spesielt for Kunden (utvidet disposisjonsrett). Utvidet disposisjonsrett omfatter rett til å bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle tilpasningene, enten innen forsvarssektoren eller ved hjelp av tredjepart. ~~Kunden har kun slik utvidet disposisjonsrett innenfor det norske forsvaret. Kunden har rett til å gi tilsvarende utvidet disposisjonsrett til annen offentlig virksomhet~~ [Forsvarsmateriells endringer er av lagmannsretten satt i kursiv].

Om bakgrunnen for Forsvarsmateriells utvidede disposisjonsrett skrev Müller følgende:

Vi kan også akseptere endringen i pkt. 4 og tilføysen i pkt. 5 om open source. I pkt. 4 ønsker vi en liten språklig endring, som ikke er ment å endre innholdet.
[...]

Bakgrunnen for at det i punkt 4 om utvidet disposisjonsrett ligger en mulighet for å overdra disposisjonsretten til annen offentlig virksomhet er den hyppige graden av omorganisering som er i offentlig virksomhet, og da særlig i forsvarssektoren. Pt er Forsvarsmateriell en egen etat, på siden av Forsvaret. Hvordan dette vil være fremover er umulig å forutse, da dette er politisk styrt. Vi må derfor sikre ivaretagelse av den utvidete disposisjonsretten også ved en evt. ny omorganisering.

For lagmannsrettens flertall er det noe uklart hva Müller her konkret sikter til, herunder om det er innholdet i den utvidete disposisjonsretten som sådan eller om det er begrenset til å gjelde hvem som kan utøve denne utvidete disposisjonsretten. Det er mest nærliggende å forstå at det er det sistnevnte som fremheves fra Müllers side. Uansett konstaterer flertallet at Forsvarsmateriell heller ikke på dette stadiet av avtaleforhandlingene synliggjorde sin forståelse av omfanget av den utvidete disposisjonsretten.

Den neste korrespondansen som er fremlagt i saken er en e-post fra Müller til Wold Eide 12. februar 2020. Forsvarsmateriell fremla i denne e-posten to alternativer til avtaletekst i punkt 4, hvorav det ene har den ordlyden som ble resultatet i den endelige 2020-avtalen. Det alternativet som ikke ble akseptert av Lividi lød slik:

Kunden får en ~~tidsbegrenset~~ ~~tidsbegrenset~~, global, vederlagsfri og ikke-eksklusiv ~~utvidet disposisjonsrett~~ til å utnytte de enkelte deler av programvaren som utvikles etter tilpasses spesielt for Kunden (~~utvidet disposisjonsrett~~). Utvidet disposisjonsrett omfatter rett til å bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle tilpasningene, enten innen forsvarssektoren eller ved hjelp av tredjepart. Kunden har kun slik utvidet disposisjonsrett innenfor ~~det norske forsvaret~~ ~~totalforsvaret~~. ~~Kunden har rett til å gi tilsvarende utvidet disposisjonsrett til annen offentlig virksomhet.~~ *Hvis partene ikke kommer til enighet om en etterfølgende avtale som omtalt i herværende pkt. 2, tilfeller opphavs- og eiendomsretten Kunden* [Forsvarsmateriells endringer er av lagmannsretten satt i kursiv].

Flertallet bemerker særskilt at alternativets siste punktum ville ha medført full tilbakeføring av opphavs- og eiendomsretten til programvaren utviklet under avtalen, dersom partene ikke ble enige om en «fase 2»-avtale.

Det fremgår av e-posten at de to alternativene utgjorde endelig tilbud for «fase 1» fra Forsvarsmateriells side, og videre at Forsvarsmateriell «ønsker at vi nå sammen kan fokusere på vårt felles mål om å etablere en fase 2-avtale, da vi har et ønske og intensjon om å få en slik avtale på plass snarest mulig.»

Lividi aksepterte det ene avtalealternativet i e-post 14. februar 2020. For ordens skyld bemerker lagmannsrettens flertall at partene ble enige om at den nye avtalen skulle anses inngått 28. januar 2020, slik at det ikke ble et tidsmessig opphold mellom 2018-avtalen og den nye avtalen.

Sammenfatningsvis vil lagmannsrettens flertall bemerke følgende i relasjon til avtaleforhandlingene:

For det første er det ingen tvil om at Lividi under avtaleforhandlingene tydelig formidlet sin forutsetning om at selskapet skulle være den parten som skulle industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren. Forsvarsmateriell aksepterte imidlertid ikke det foreslåtte punktet om dette, men da begrunnet i at dette måtte reguleres i «fase 2»-avtalen, som begge parter hadde et felles mål og intensjon om å få på plass snarest mulig, jf. også 2020-avtalens intensjonsklausul i punkt 2.

For det annet har lagmannsrettens flertall merket seg at Forsvarsmateriell under avtaleforhandlingene ga klart uttrykk for at de ikke selv var «opptatt» av industrialisering og kommersialisering, jf. møtereferatet fra møtet 8. januar 2020. Dette utgangspunktet ble, så vidt flertallet kan se, ikke nyansert eller endret fra Forsvarsmateriells side verken under de senere forhandlingene eller i den endelige avtalen. Ikke minst gjelder dette inn mot hva

Forsvarsmateriell mente klausulen om den utvidede disposisjonsretten, og bruk av tredjepart i denne forbindelse, omfattet, jf. kriteriene «modifisere og videreutvikle tilpasningene».

For det tredje bemerker lagmannsrettens flertall at Forsvarsmateriell ikke på noe stadium av avtaleforhandlingene løftet frem muligheten for at andre enn Lividi skulle gis muligheten til å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren. Det er i alle fall ikke noe i det fremlagte bevismaterialet knyttet til avtaleforhandlingene som indikerer at Forsvarsmateriell overfor Lividi har tilkjennegitt at den utvidede disposisjonsretten i 2020-avtalens punkt 4 annet ledd skulle gi Forsvarsmateriell anledning til å sette en annen kommersiell aktør i en tilsvarende posisjon.

5.2.4 Formålet

Slik lagmannsrettens flertall ser det, var avtalens hovedformål å sikre en midlertidig og kortvarig avtale mellom partene, i påvente av en «fase 2»-avtale, der detaljene rundt industrialisering og kommersialisering av Hermod-programvaren skulle avtales i en mer langvarig avtale. Et slik formål om en «fase 2»-avtale fremgår tydelig av partenes korrespondanse, som materialiserte seg i intensjonsklausulen i 2020-avtalens punkt 2, jf. ovenfor. Lagmannsrettens flertall legger til grunn – i hvert fall som et utgangspunkt – at dette hovedformålet var omforent mellom avtalepartene. Flertallet peker imidlertid på at Forsvarsmateriell både forut for og umiddelbart etter avtaleinngåelsen, var i dialog med Kongsberg Gruppen om deres inntreden som strategisk partner, og – som flertallet snarlig kommer tilbake til – var det i denne dialogen lagt klare føringer om Kongsberg Gruppens rolle som etter flertallets vurdering i hvert fall til dels stod i motstrid til 2020-avtalens hovedformål.

Lagmannsrettens flertall viser videre til at 2020-avtalen hva gjelder opphavs- og eiendomsrett har to motpoler – henholdsvis at Lividi nå under 2020-avtalen gis opphavs- og eiendomsrett til programvare utviklet under den avtalen, og motsatsen til dette ved at Forsvarsmateriell sikret seg en utvidet disposisjonsrett, jf. 2020-avtalens punkt 4. Disse to motpolene gir 2020-avtalen en balanse opp mot partenes rettigheter i relasjon til opphavs- og eiendomsrett.

Flertallet finner at Forsvarsmateriell for sin del hadde et klart delformål knyttet til den utvidede disposisjonsretten i punkt 4 annet ledd, ved at man ved denne sikret seg den nødvendige handlefrihet fremover under tidsperioden for 2020-avtalen. Flertallet legger videre til grunn at dette delformålet om handlefrihet i hvert fall på et generelt grunnlag var synlig og oppfattet av Lividi. Dette gjelder i det minste at Forsvarsmateriell kunne dekke et behov for å innhente nødvendig ekstern bistand for fortsatt bruk av programvaren innenfor totalforsvaret dersom det skulle vise seg nødvendig, for eksempel dersom Lividi ikke leverte bistand i tråd med 2020-avtalens krav og desto mer i et tilfelle hvor Lividi eventuelt gikk konkurs.

Videre forelå det også et annet klart formidlet delformål fra Forsvarsmateriells side ved den utvidede disposisjonsretten: Som nevnt ovenfor ble det tydelig presisert fra Forsvarsmateriells side ved Müller at den utvidede disposisjonsretten også hadde et anvendelsesområde opp mot eventuelle fremtidige organisatoriske endringer innad i Forsvaret, jf. e-post 6. februar 2020 femte avsnitt (sitert ovenfor). Flertallet bemerker at disse mulige organisatoriske endringene fra Forsvarsmateriells side ble underbygget med politisk styrte prosesser i forsvarssektoren og at de måtte sikre seg mulighet til å overdra disposisjonsretten til annen offentlig virksomhet i et slikt typetilfelle. Samtidig er det på det rene at Forsvarsmateriell ikke i denne sammenheng under avtaleforhandlingene tydeliggjorde at dette delformålet av den utvidede disposisjonsretten også omfattet muligheten til å inngå en strategisk partneravtale med en kommersiell aktør. Flertallet legger imidlertid til grunn at Lividi på avtaletidspunktet hadde kunnskap om at Forsvarsmateriell var i en dialog med en annen kommersiell aktør om en mulig rolle som strategisk partner, og at det ikke var en overraskelse at dette var Kongsberg Gruppen, jf. transkripsjonen fra vitneforklaringen til Wold Eide for byfogdembetet. Omfanget, og at denne partnerrollen også skulle innebære en fremtidig rett til industrialisering og kommersialisering av Hermod-systemet, herunder Hermod-programvaren, finner flertallet at Lividi imidlertid ikke var klar over.

Sammenfatningsvis mener lagmannsrettens flertall at det er et klart spenningsforhold mellom det omforente hovedformålet med 2020-avtalen – om at det skulle inngås en «fase 2»-avtale hvorefter Lividis rettigheter til industrialisering og kommersialisering av Hermod-programvaren skulle reguleres – og en benyttelse av den utvidede disposisjonsretten fra Forsvarsmateriells side opp mot en strategisk partner hvor dette også innebærer at denne gis posisjonen til å fremtidig industrialisere og kommersialisere Hermod-systemet. Dette trekker klart i retning av at klausulen om utvidet disposisjonsrett i 2020-avtalen ikke kan tolkes så vidt at et slikt forhold omfattes.

5.2.5 Partenes forutsetninger

Innledning

Lagmannsrettens flertall går nå over til å vurdere nærmere hva partenes forutsetninger for 2020-avtalen var, og hvilken betydning dette skal tillegges i avtaletolkningen. Det må nærmere vurderes hva som var Lividis og Forsvarsmateriells forutsetninger, herunder hva som ble formidlet mellom partene om dette før avtaleinngåelsen. Dette har naturligvis nær sammenheng med vurderingen av avtalens formål som er foretatt ovenfor.

Lividis forutsetninger

Slik lagmannsrettens flertall ser det, har Lividi vært svært tydelig overfor Forsvarsmateriell, på hva deres forutsetning for 2020-avtalen var. Flertallet viser her til vurderingen av 2020-avtalens formål og de forutgående avtaleforhandlingene ovenfor, og bemerker videre følgende:

Lividis forutsetninger for 2020-avtalen fremkommer blant annet av det omforente møtereferatet fra 8. januar 2020, jf. det siterte ovenfor i punkt 5.2.3, og hvor det under punktet «Oppsummering» fremgår følgende:

Overføring av IPR for videreutviklingen til Lividi medfører at Lividi imøteser et forslag/utkast til en forlengelse av den nåværende bistandsavtalen. Lividi ønsker et utkast til endringsavtale som inneholder klausuler om overføring av rettigheter, samt intensjon om en langsiktig avtale for fase to [...].

Slik lagmannsrettens flertall ser det, var det altså en klar, synlig og motiverende forutsetning fra Lividis side, at de la til grunn at de skulle bli programvareleverandør for Hermod-programvaren i et langvarig perspektiv, herunder at de skulle kunne industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren. 2020-avtalens intensjonsklausul underbygger også dette.

Det er videre lagmannsrettens flertalls oppfatning at det var en forutsetning at Lividi skulle få overført rettighetene til Hermod-programvaren, for at de skulle gå med på en nokså forhastet «fase 1»-avtale med Forsvarsmateriell. Selv om det fremgår av møtereferatet at dersom det ikke ble oppnådd enighet med Lividi, måtte Forsvarsmateriell finne en alternativ løsning, fremstår ikke dette som et reelt alternativ for Forsvarsmateriell. Det var kun Lividi som på daværende tidspunktet hadde kompetansen og erfaringen til å bistå Forsvarsmateriell med programvaren til Hermod.

Forsvarsmateriells forutsetninger/tilbakemeldinger til Lividi

Videre mener lagmannsrettens flertall at Forsvarsmateriell var innforstått med de forutsetninger som Lividi bygde på, og trygget Lividi på at også Forsvarsmateriell ønsket Lividi med som programvareleverandør for Hermod-programvaren og at Lividi skulle gis rettighetene til å industrialisere og kommersialisere programvaren. Flertallet bemerker at det i dokumentene forut for inngåelsen av 2020-avtalen ikke kan sees spor av at Forsvarsmateriell signaliserte tvil om at Lividi kunne påta seg en slik rolle, eksempelvis under henvisning til Lividis kapasitet og størrelse.

At Forsvarsmateriell var klart innforstått med denne bærende forutsetningen for 2020-avtalen fra Lividis side, fremkommer blant annet av en e-post fra Müller internt i Forsvarsmateriell 12. oktober 2020 hvor hun skriver følgende:

Lividi har et ønske om å ha en hovedrolle i industrialiseringen av Hermod, som programvareleverandør. Videre drift og forvaltning av Hermod har vært diskutert mellom Lividi og IKT-kapasiteter det siste året. I forbindelse med FMAs ønske om å industrialisere Hermod har dette vært diskutert med Lividi, herunder IPR til Hermod. Lividi ønsker å få IPR slik at de kan videreutvikle og selge Hermod til andre kunder. På denne bakgrunn har Lividi blitt bedt om å komme med innspill til IPR-modell for Hermod.

Det er ingen grunn til å tro at denne kunnskapen ikke også forelå på avtaletidspunktet, jf. møtereferatet fra møtet 8. januar 2020.

Som nevnt ble det ved 2020-avtalen foretatt en vesentlig endring av reguleringen av opphavs- og eiendomsretten for Hermod-programvaren. Lividi fikk nå opphavs- og eierrettighetene til programvaren utviklet under 2020-avtalen. Flertallet bemerker at dette er en programvare som er fullfinansiert av

Forsvarsmateriell, og som Forsvarsmateriell i løpet av de rundt åtte årene prosjektet har pågått, har betalt omtrent 35 millioner kroner i utviklingskostnader kun for programvareutviklingen. Når da Forsvarsmateriell avtalerettslig aksepterer at Lividi ved 2020-avtalens punkt 4 første ledd fikk eierskap til programvaren utviklet under denne avtalen, ser flertallet dette klart i sammenheng med at Forsvarsmateriell ved dette ville imøtekomme de klare forutsetninger som Lividi hadde uttrykt for det videre samarbeidet.

Sammenfatningsvis legger flertallet til grunn at Lividi overfor Forsvarsmateriell tydelig hadde klargjort at 2020-avtalen ble inngått under forutsetning av at Lividi ved en «fase 2»-avtale skulle settes i posisjon til å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren. Flertallet er ikke i tvil om at denne forutsetningen fra Lividis side for Forsvarsmateriell, fremstod som klart motiverende og av vesentlig karakter for Lividi.

5.2.6 Sammenfatning av flertallets avtaletolkning – det nærmere innholdet av den utvidede disposisjonsretten

Ordlyden gir en relativt vid ramme for den utvidede disposisjonsretten. Imidlertid tilsier ordlyden ikke uten videre at denne utvidede disposisjonsretten kan benyttes for å industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren ved bruk av tredjepart. Sammenhengen med de øvrige avtaleklausuler, herunder intensjonsklausulen og konkurranseklausulen, tilsier også at ordlyden ikke kan forstås så vidt. De forutgående avtaleforhandlingene gir heller ingen støtte for at Forsvarsmateriell kan benytte den utvidede disposisjonsretten slik som her skissert, snarere tvert imot. I samme retning trekker klart avtalens formål – som flertallet i korthet mener var å sikre en midlertidig og kortvarig avtale mellom partene, i påvente av en «fase 2»-avtale, der detaljene rundt industrialisering og kommersialisering av Hermod-programvaren skulle avtales i en mer langvarig avtale. Lividis klare og synlige forutsetning om å kunne industrialisere og kommersialisere Hermod-programvaren, og Forsvarsmateriells imøtekommelse av denne, taler med styrke for at den utvidede disposisjonsretten ikke kan forstås slik at den gir Forsvarsmateriell avtalerettslig adgang, mens 2020-avtalen gjelder, til å sette en annen kommersiell aktør i en slik posisjon.

6 Flertallets bevisvurderingen knyttet til dialogen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen – utøvelsen av den utvidede disposisjonsretten og Kongsberg Gruppens rolle

Spørsmålet videre er om Forsvarsmateriells utøvelse av den utvidede disposisjonsretten er i strid med 2020-avtalen basert på den avtaletolkning som flertallet bygger på. I utgangspunktet er dette et bevismessig spørsmål: Hva er sannsynliggjort av innhold og omfang av den aktuelle utøvelsen av den utvidede disposisjonsretten fra Forsvarsmateriells side? Konkret er dette nærmere et spørsmål om hvilken rolle Kongsberg Gruppen skal innta, herunder vurderinger av innholdet i det som er karakterisert som «fase 1, 2 og 3» mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen. Partene er sterkt uenige om dette bevisspørsmålet.

Innledningsvis bemerker flertallet at Forsvarsmateriell allerede i 2017 utformet en såkalt «RFI», jf. omtalen av denne ovenfor under sakens bakgrunn i punkt 1. Om bakgrunnen for RFien ble det gitt følgende beskrivelse i punkt 2.1 «Innledning»:

Forsvarsmateriell ønsker med denne RFI informasjon fra norsk næringsliv om forretningsmodeller, kompetanse, kapasitet og erfaringer på forvaltning og videreutvikling av selvorganiserende nettverk. Dette kan danne grunnlaget for en etablering av en avtale om forvaltning og videreutvikling.

Målgruppen for forespørselen er både programvareleverandører og maskinvareleverandører.

Videre i RFien ble Forsvarsmateriells rolle under punkt 4 «Roller og modeller – mulige scenarier» beskrevet slik:

Forsvarsmateriell vil initielt styre utviklingen av Hermod, men vil lytte til industrien og industriens behov. Hovedformålet med dette er å sørge for at Hermod fortsatt utvikles som en sikker, selvorganiserende og desentralisert løsning for Forsvaret. En overføring av dette ansvaret til industrien vil vurderes over tid.

RFien ble imidlertid trukket før det ble inngitt formelle svar fra leverandører. Det er opplyst at bakgrunnen for dette var at RFien ikke nødvendigvis var i tråd med den ønskede ansvarsdelingen mellom industrien og

Forsvarsmateriell. Lagmannsrettens flertall mener imidlertid at det som er skissert i RFIen kaster lys over den senere dialog mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen, og peker her blant annet på at Kongsberg Gruppen var en av dem som meldte sin interesse. Det samme gjorde for øvrig Lividi. Videre viser flertallet til RFIens åpning for at ansvaret for Hermod til industrien ville vurderes «over tid», og flertallet mener dette må sees i sammenheng med de planer som foreligger mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen for «fase 2 og 3», jf. nedenfor.

Flertallet legger til grunn at det i juni 2019 ble det avholdt et møte mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen. I dette møtet fremla Kongsberg Gruppen en PowerPoint-presentasjon der de beskrev sine planer for et mulig samarbeid med Forsvarsmateriell, herunder utviklingen av Hermod-systemet. Flertallet bemerker at denne PowerPoint-presentasjonen fra juni 2019 i vesentlig grad ble benyttet og fremkommer av arbeidsdokumentene som ble utarbeidet i mars 2020 mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen, og viser til gjennomgangen av disse nedenfor. Konkret hva gjelder PowerPoint-presentasjonen fra juni 2019, vil flertallet fremheve følgende:

Allerede på dette tidspunkt ble det skissert planer om tre produktfaser, henholdsvis produktfase 1 (0-serie), produktfase 2 (industrialisering) og produktfase 3 (videreutvikling). For produktfase 1 fremkommer det at Kongsberg Gruppen skal «etablere[r] avtaleverk med dagens leverandørkjede» og at dette skal baseres på det som «foreligger mellom leverandøren og FMA i dag». Flertallet har videre merket seg at under overskriften «Mulig fremtidig organisering», er Lividi tegnet inn som en mulig underleverandør av software til Kongsberg Gruppen. Flertallet legger til grunn at denne organiseringsbeskrivelsen er ment relatert til produksjonsfase 1, ut fra sammenhengen i de senere arbeidsdokumentene fra mars 2020.

For produktfase 2 – «industrialisering» – er det skissert at «KONGSBERG og FMA avtaler med underleverandører hva som vil bli overført til KONGSBERG i denne prosessen», herunder «programvare». Det er videre skissert for produktfase 2 at «underleverandører gjennomfører opplæring av KONGSBERG personell på produktene» og at «KONGSBERG tar over vedlikehold av alt operativt utstyr». Flertallet peker også på at det under hovedbetegnelsen «KONGSBERG industrialiserer» er skissert at «KONGSBERG starter med industrialiseringsprosessen for å gå fra «pilot» til «produksjon».» Under hovedbetegnelsen «KONGSBERG produserer og leverer Hermod [...]» skisseres at «KONGSBERG produserer sammen med underleverandører den første industrialiserte versjonen av Hermod [...]».

I presentasjonens bilag 3 med overskriften «Hermod og TKN – Hvordan overføre og videreføre dagens løsning til KDA» fremgår at «KONGSBERG etablerer roadmap for hhv industrialisering og videreutvikling» og at dette skal gjøres «for å sikre nødvendig industrialisering samt videreutvikling av løsningene». I et senere bilag med overskriften «Produktfase 3 av Hermod og TKN – videreutvikling» fremgår det at «KONGSBERG starter produksjon av Hermod&TKN og leverer tjenestene til FMA og Forsvaret». Videre samme sted fremgår det under deloverskriften «KONGSBERG kan spre og skalere» følgende: «KONGSBERG kan med de nye tjenestene og løsningene skalere og spre innovasjonen til andre relevante aktører. Det kan f.eks. være nødetatene.»

Lagmannsrettens flertall finner at denne PowerPoint-presentasjonen, fremlagt av Kongsberg Gruppen, tydelig viser hvordan Kongsberg Gruppen ser for seg et løp for å overta Forsvarsmateriells rolle som systemintegrator, med ansvar for Hermod-systemet. Imidlertid viser PowerPoint-presentasjonen også en annen planlagt sentral dimensjon ved Kongsberg Gruppens rolle og posisjon, nærmere bestemt at det er lagt en plan for en «fase 2» og ikke minst en «fase 3» hvor Kongsberg Gruppen skal være den aktør som industrialiserer og kommersialiserer Hermod-systemet, herunder Hermod-programvaren. Etter flertallet syn er denne skisserte og planlagte posisjonen noe ganske annet enn det «strategisk partner innhold» som Forsvarsmateriell nå anfører at skal være intensjonen med samarbeidet med Kongsberg Gruppen. Videre er det vanskelig å se at ikke de her skisserte planer står i motstrid til den senere inngåtte intensjonsklausulen i 2020-avtalens punkt 2, og dette gjelder især den planlagte produktfase 3. Kongsberg Gruppen har plan om å «spre og skalere [...] innovasjon til andre relevante aktører», eksemplifisert med nødetatene, men ikke begrenset til det som naturlig faller innunder «totalforsvaret».

Flertallet bemerker at Forsvarsmateriell forut for avtaleinngåelsen 28. januar 2020 overfor Lividi ikke kommuniserte noe om dialogen med Kongsberg Gruppen. Lividi var på dette tidspunktet kjent med at Forsvarsmateriell ønsket å kytte til seg en strategisk partner, men flertallet legger som nevnt til grunn at de konkrete planene om Kongsberg Gruppens industrialisering og kommersialisering av Hermod-systemet var ukjente for Lividi, jf. også nedenfor om møtet 17. desember 2020.

Flertallet legger til grunn som bevist at Forsvarsmateriell rett etter avtaleinngåelsen med Lividi 28. januar 2020 hadde en relativt intensiv dialog med Kongsberg Gruppen, herunder møter. Det ble i mars 2020 utarbeidet flere arbeidsdokumenter. Disse bygger som nevnt på Powerpoint-presentasjon fra juni 2019. Flertallet har for øvrige merket seg at disse arbeidsdokumentene først ble fremlagt nå for lagmannsretten, sammen med møtereferatet fra møtet 17. desember 2020 mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen. Utover disse arbeidsdokumentene fra mars 2020 belyser også e-postkorrespondanse internt i Forsvarsmateriell planene til Forsvarsmateriell. Også disse er nye bevis for lagmannsretten. På denne bakgrunn ser flertallet nærmere på hva som kan utledes bevismessig av nevnte dokumentasjon for dette aktuelle tidsrommet.

Flertallet ser først på de arbeidsdokumenter som ble utformet i mars 2020 – med overskriften «Hermod og TKN fase-0 – arbeidsdokument for arbeidsgruppe Hermod og TKN». Det bemerkes at det for lagmannsretten er fremlagt tre versjoner av dette arbeidsdokumentet, henholdsvis ett datert 17. mars 2020 (benevnt PA5) og to datert 27. mars 2020 (benevnt PA1 og PA2). Flertallet forholder seg i det følgende til sistnevnte versjon (PA2), og bemerker at de to tidligere versjoner i det vesentlige synes å ha samme innhold.

I punkt 1.1 under overskriften «Hensikt og formål» fremkommer følgende:

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

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

I punkt 1.2 med overskriften «Roller strategisk partner» skisseres følgende:

Strategisk partnerskap i Mime er i prinsippet en allianse mellom forsvarssektoren og nasjonalt næringsliv for å forbedre og utvikle en bærekraftig nasjonal forsvarsevne. Det er viktig at norsk forsvarsindustri fortsetter å styrke sin internasjonale konkurransekraft. Utvikling går i retning av at næringslivet får en større og mer betydningsfull rolle i å understøtte forsvarssektorens materiell gjennom hele levetiden til materiellet. Satsing på kompetanse, innovasjon, teknologi, samarbeids- og omstillingsevne og en kostnadseffektiv produksjon er avgjørende for en fremtidig sterk norsk forsvarsindustri.

Det er først og fremst industriens eget ansvar å arbeide målbevisst for å gjøre ressurser tilgjengelig for å møte etterspørsel fra forsvarssektoren og kontinuerlig styrke kompetansen innenfor de teknologiske kompetanseområdene. Produkter i program Mime skal dekke Forsvarets operative behov og krav, og i mulig samarbeid med KONGSBERG gi muligheter for attraktive produkter og systemløsninger for det internasjonale markedet.

Utover den generelle skisseringen av innholdet i strategisk partnerskap i første avsnitt her, er det etter flertallet syn av interesse når det i annet avsnitt skisseres mulighetene for attraktive produkter og «systemløsninger for det internasjonale markedet». Det sistnevnte står i hvert fall i et klart spenningsforhold til begrensningen «innenfor totalforsvaret» i 2020-avtalens punkt 4 annet ledd.

Forsvarets behov er videre definert slik i punkt 2.1 i arbeidsdokumentet:

[...] FMA ønsker at KONGSBERG overtar ansvaret for Hermod og TKN light, og gjennom denne overtagelsen blir KONGSBERG totalleverandør for produktet. Dette medfører at KONGSBERG får overført og videreutvikler Forsvarets nettverksoperativsystem (NOS) Hermod og blir en maskinvareleverandør med Hermod integrert på produktene. I tillegg ønsker FMA at KONGSBERG får overført, produserer og videreutvikler TKN-porteføljen og blir produktleverandør av TKN.

Ved det her skisserte skal Kongsberg Gruppen etter «overtakelsen» bli en «totalleverandør for produktet» og overta «ansvaret for Hermod». Dette spesifiseres videre til at Kongsberg Gruppen «får overført og videreutvikler» Hermod-systemet. Denne overføringen er nærmere beskrevet i punkt 2.2 «Overføringsprosessen»:

I forbindelse med overføring av produkter fra en leverandør til en annen så medfører dette en rekke spørsmål som må avklares. I dette tilfelle må KONGSBERG få en forståelse av blant annet følgende: [...]

- Rettigheter til produktet

I samme punkt er det skissert at «overføringsprosessen deles opp i flere produktfaser» og at «[p]roduktfase 1 er kort sikt, produktfase 2 er mellomlang sikt, og produktfase 3 er lang sikt». Det er videre presisert at de to siste fasene «innebærer vesentlig større omfang og mer usikkerhet» samt at «videre identifisering og planlegging er nødvendig». Videre skisseres at det skal skje en overføring av produkter fra «en leverandør til en annen» og behovet for rettighetsavklaring i den forbindelse, hvilket flertallet setter i klar sammenheng med det som skisseres opp mot Kongsberg Gruppens posisjon og rolle ved industrialisering og kommersialisering av Hermod-systemet særlig i produktfase 3.

I punkt 3.1 «Produktfase 1 – 0 serie» fremkommer det følgende:

KONGSBERG overtar ansvaret for Hermod og Taktiske Kommunikasjons Noder (TKN), og gjennom denne overtagelsen blir KONGSBERG totalleverandør for de produktene. Dette medfører at KONGSBERG får overført leverandøransvaret for Forsvarets nettverksoperativsystem (NOS) Hermod og blir maskinvareleverandør av TKN.

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

Flertallet påpeker at det for denne produktfasen er lagt til grunn at Kongsberg Gruppen overtar leverandørkjeden, og at produksjonskjeden fortsetter slik som det nå gjøres med Forsvarsmateriell. Dette fremkommer også ved at Lividi er tegnet inn som underleverandør under punkt 3.1 i arbeidsdokumentet, figur 2, som viser til produktfase 1.

I punkt 3.2 «Produktfase 2 – industrialisering» heter det blant annet følgende:

KONGSBERG har produsert første 0-serie av Hermod og TKN og skal nå industrialisere produktene. Dette vil skje i samarbeid med FMA, underleverandørene og brukerne. Det vil være viktig å skape en god forståelse for hva dette vil innebære for alle aktørene.

[...]

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

Flertallet påpeker at det her klart skisseres at Kongsberg Gruppen ved industrialiseringen i produktfase 2 skal ha en tett dialog og samarbeid med leverandørene og søke og finne «riktig samarbeidsmodell» med underleverandørene. Dette gir etter flertallet syn uttrykk for at både Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen har intensjon om at underleverandørene, herunder Lividi, skal ha en rolle i denne produktfasen. Imidlertid er det sentrale opp mot avtaletolkningen at det er Kongsberg Gruppen som skal innta industrialiseringsposisjonen for Hermod-systemet, hvilket etter flertallets syn nødvendigvis vil stå i motstrid med formålet og de klare forutsetninger for 2020-avtalen mellom Forsvarsmateriell og Lividi.

I punkt 3.3 «Produktfase 3 – Videreutvikling» skisseres følgende:

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

For at Hermod og TKN fortsatt skal være relevant og oppfylle de operative behovene så planlegges det at produktene må revurderes i lys av teknologiutviklingen spesielt innenfor telekommunikasjonsbransjen og videreutvikles og moderniseres i tråd med læring og funn i

innovasjonen. Teknologiske endringer skjer i et høyt tempo, og det er viktig at produktene tar del i den reisen.

Flertallet bemerker til dette at også her for produktfase 3, slik som i PowerPoint-presentasjonen fra juni 2019, ikke er omtalt noe om underleverandørenes eventuelle rolle i denne fasen. Det er vanskelig å vurdere dette annerledes enn at Kongsberg Gruppen i denne «fase 3» – i motsetning til i «fase 1 og 2» – skal kunne «spre og skalere» Hermod-systemet uavhengig av underleverandører, herunder Lividi.

Om Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppens felles ambisjoner med samarbeidet, heter det videre i samme dokument punkt 3.3.5 «Potensielle muligheter»:

Hermod og TKN er innovative produkter som har fylt et behov som markedet ikke kunne levere. Ved å bruke eksisterende produkter og deretter videreutvikle i lys av teknologiske utvikling, har det åpnet seg et nytt markedsområde for KONGSBERG. Det er viktig at KONGSBERG sammen med andre i næringslivet tar del i denne muligheten og sonde andre relevante kunder. Ved å finne andre kunder kan de også ta del i videreutvikling av produktene, som igjen kan skape synergieffekter for Forsvaret ved at f.eks. andre aktører betaler utvikling av flere tjenester. Relevante aktører kan f.eks. være nødetatene og/eller eksport til andre militære systemer.

Flertallet merker seg her særskilt fremhevingen av «nytt markedsområde» for Kongsberg Gruppen. Videre er det igjen, slik flertallet ser det, et spenningsforhold mellom det som nå betegnes som «eksport til andre militære systemer» og nevnte begrensning «innenfor totalforsvaret». Flertallet legger til grunn at selv om «totalforsvaret» er et vidt begrep rommer det i hvert fall ikke andre lands militære systemer, jf. her ovenfor om «systemløsninger for det internasjonale markedet». Flertallet viser også til e-post 18. mars 2020 fra Maagerud, gjengitt nedenfor, hvor det internt i Forsvarsmateriell tilsynelatende ikke er slik at man er fokusert på begrensningen «innenfor totalforsvaret», jf. benevnelsen «videresalg (sektoren, utenfor sektoren, utenfor landet)».

I punkt 4.2 om «Lisenser og eierskap» heter det følgende:

KONGSBERG ønsker å understreke at det er meget viktig å identifisere juridiske rettigheter, avtaleforhold, varighet og kostnader rundt eierskap og lisenser tilknyttet produktene – både hardware og software:

- Hvordan ser dagens forvaltningskontrakter ut med underleverandører?
- Må alle nødvendige lisenser kjøpes inn eller vil de overføres sammen med produktene?
- Garantiordninger
- Supportavtaler
- Klarhet i eierskap
- Klarhet til lisenser
- Hvilke restriksjoner ligger i videresalg for KONGSBERG

Etter flertallet syn viser dette punktet at Kongsberg Gruppen er klar over at de gjeldende avtaleforhold og rettigheter som utledes av disse, må identifiseres og avklares. Det skisserte i punkt 4.2, og for øvrig i arbeidsdokumentet, gir ingen holdepunkter for å legge til grunn at Kongsberg Gruppen ikke vil foreta den nødvendige avklaringen av rettighetsforhold før den videre industrialisering og kommersialisering. Det er etter flertallets syn imidlertid ikke avgjørende: Slik flertallet ser det, er kjernen her at Kongsberg Gruppen ved å få overført rettighetene til Hermod-systemet, herunder Hermod-programvaren, slik disse innehas av Forsvarsmateriell på overføringstidspunktet, gis en unik mulighet til å få innsyn i funksjonaliteten og oppbygningen av Hermod-programvaren, herunder de anvendte kildekoder. Flertallet viser her især til arbeidsdokumentets punkt 4.3 «Programvare og filer» som lyder:

Det er viktig å utveksle nødvendig informasjon, utviklingsprogramvare, kildekode og filer slik at KONGSBERG kan være i stand til å kompilere og/eller installere nødvendig programvare på produktene. Dette kan være relevant i forbindelse med testing og verifikasjon av produktene.

Flertallet minner i denne sammenheng om det som er planlagt knyttet til «opplæring» av Kongsberg Gruppens personell på produktene, herunder Hermod-programvaren, jf. ovenfor om PowerPoint-presentasjonen fra juni 2019. Dette er videreutviklet i arbeidsdokumentets punkt 4.6 «Trening og opplæring» hvor det heter:

Hermod og TKN vil bli en ny produktfamilie for KONGSBERG og det må planlegges med nødvendig opplæring og gjennomgang av produktene for de forskjellige berørte avdelingene. Det kan være:

- Innkjøp- og kontraktsavdelingen
- Utvikling- og systemavdelingen
- Kvalitet- og konfigurasjonsstyringsavdelingen
- Prosjektlederavdelingen
- Logistikkavdelingen
- Kurs- og dokumentasjonsavdelingen

Totaliteten i det her planlagte vil etter flertallets syn gi Kongsberg Gruppen vesentlig innsikt i og forståelse av Hermod-programvaren, inkludert den utviklede programvaren under 2020-avtalen med tilhørende kildekoder. Flertallet peker også på at Kongsberg Gruppen lyste ut stillinger som softwareingeniør i desember 2021, hvor selskapet i utlysningen selv fronter seg som et av Norges største softwaremiljøer. Det fremstår derfor som åpenbart at selskapet besitter kompetanse til å etablere et nytt produkt i sin egen produktsportefølge basert på den programvareteknologien de vil få innsyn i gjennom de planer som er etablert med Forsvarsmateriell opp mot Hermod-systemet. Flertallet mener på denne bakgrunn at dersom ikke forhandlingene mellom Kongsberg Gruppen og Lividi om opphavs- og eierrettighetene til Hermod-programvaren utviklet under 2020-avtalen fører frem, er det sannsynlig at Kongsberg Gruppen gjennom denne omfattende innsikten komme i posisjon til å på egen hånd kunne produsere en lignende programvare som vil kunne fylle samme funksjonalitet for Hermod-systemet.

Etter flertallets syn underbygger også den nå fremlagte e-postkorrespondansen internt i Forsvaret det nærmere innholdet i dialogen og planene mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen.

Flertallet viser først til e-post 17. mars 2020 fra Bernhard Fog til andre adressater i Forsvaret, hvor han knytter følgende merknad til arbeidsdokumentet datert 17. mars 2020:

Datarespons og Lividi nevnes, men jeg får ikke i dette dokumentet inntrykk av at de skal bygges opp gjennom denne casen, snarere bli utnyttet av K. Litt for lite St.meld.nr.9. mao.

Videre vises det til e-post 18. mars 2020 fra Trygve Wilhelm Jordan:

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

Ytterligere vises det til e-post samme dag fra Henning Maagerud:

Hvilken rolle de egentlig tenker seg for Lividi fremover, etter fase 1? (vet de om overgangsavtalen FMA inngikk/skal inngå med Lividi?).

[...]

Muligheter for videresalg (sektoren, utenfor sektoren, utenfor landet).

Slik flertallet ser det, underbygger de synspunkter som fremkommer av disse interne e-postene klart den bevisvurdering som flertallet har tilkjennegitt ovenfor. Til tross for disse relativt klare advarslene internt, kan ikke lagmannsrettens flertall se at disse innvendingene i særlig grad er reflektert i de to etterfølgende arbeidsdokumentene datert 27. mars 2020.

Etter flertallet syn underbygger også en e-post 13. mai 2020 fra Müller internt i Forsvarsmateriell, med løpende inntatte tilbakemeldinger fra Harald Slettemark, denne bevisvurderingen. I e-posten skisseres to ulike tilnærmeringer til videre forvaltning av Hermod hos industrien, og som alternativ 1 skisseres:

- 1) Det inngås kontrakt med Lividi hvor de får mulighet til å videreutvikle softwaren i Hermod, tilgang til Hermods kildekode og rettigheter til å selge Hermod til andre kunder HS: rettigheter til å selge til andre kunder: Mulig det er akseptabelt. Men i tilfelle bør det vurderes å kreve at leveranser/utvikling som bestilles av FMA eller vår partner skal prioriteres. Lividi vil få opphavsrett til videreutviklingen («deltaen»), og det må i tilfelle være akseptabelt for oss og reguleres i kontrakten.. Lividi vil da få ansvar for å levere software til Hermod i tråd med Forsvarets behov, i tett samarbeide med FMA. FMA skal på vegne av brukerne styre/kunne styre

hva som prioriteres utviklet. aktører, for eksempel partnere av FMA, enten ved at partner trer inn i FMAs sted, eller ved at partneren får ansvaret for å forvalte avtalen på vegne av FMA (herunder foreta bestillinger, følge opp og motta leveranser, motta fakturaene etc).

Flertallet bemerker at dette i hovedsak synes å være i tråd med Lividis forutsetninger for 2020-avtalen og dens formål, herunder avtalens intensjonsklausul om en «fase 2»-avtale. Motsatt er følgende skissert som alternativ 2:

- 2) Det inngås kontrakt med KDA, som strategisk partner i MIME, om videre forvaltning av Hermod. Her gis KDA mulighet til å videreutvikle Hermod, samt tilgang til kildekode og mulighet til å selge Hermod videre. KDA får da et totalansvar for å levere Hermod (inkl. hardware? HS: Ja, avtalen med KDA bør i alle fall åpne for en helhetlig leveranse som omfatte hardware. Lurer på om ikke FMA allerede har en hardwareleverandør på Hermod som bør underlegges leveranser til- og styring fra KDA) som et fungerende hele ut fra Forsvarets funksjonelle krav. Om de ønsker/må knytte til seg for eksempel Lividi som underleverandør for å oppfylle Forsvarets behov står de fritt til det. Dette vil ikke FMA legge seg opp i, og er et forhold mellom KDA og Lividi. HS: Vi kan evt tilby oss overfor begge parter å delta i innledende diskusjoner med de to partene □ skal FMA ved en slik avtale fremdeles styre/kunne styre utviklingen ut fra brukeres prioriteringer? HS: Ja, det må vi kunne gjøre hvis vi ønsker

Etter flertallets syn gis ved dette alternativet uttrykk for det som flertallet har funnet at den forutgående dialogen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen har hatt som innhold, i hvert fall i de skisserte planene for «fase 2» og ikke minst for «fase 3», jf. vurderingene ovenfor knyttet til PowerPoint-presentasjonen fra juni 2019 og de oppfølgende arbeidsdokumenter fra mars 2020. Flertallet fremhever særskilt at det som her internt legges til grunn av innhold og omfang for overføringen til Kongsberg Gruppen, står i skarp kontrast til det Forsvarsmateriell nå for lagmannsretten forfekter at skal være rollen til den «strategiske partner». Flertallet bemerker videre at det i denne e-posten også gis uttrykk for at verken intensjonsklausulen eller konkurranseklausulen i 2020-avtalen er til hinder for alternativ 2.

Dialogen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen vinteren/våren 2020 resulterte i inngåelse av en intensjonsavtale den 20. mai 2020. Avtalen har overskriften «**Intensjonsavtale** om mulig samarbeid om rolle som partner i program Mime i fred, krise, konflikt og krig» og fra avtalen gjengis følgende:

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

Partene vil etablere en styringsgruppe som vil styre utviklingen av dette samarbeidet.

Denne avtalen er ikke-eksklusiv og kan fritt sies opp av partene.

Oppsigelse skal skje skriftlig.

Flertallet bemerker for det første at dette kun er en intensjonsavtale. Derneft er den innholdsmessig holdt på et meget overordnet nivå. Flertallet ser imidlertid inngåelsen av intensjonsavtalen klart i sammenheng med de langt mer utførlige arbeidsdokumentene utarbeidet i mars 2020, jf. ovenfor.

Flertallet viser videre til en e-post 4. juni 2020 fra Müller, der hun blant annet skriver at dagens møte med Lividi «gikk bedre enn fryktet», men at hun regnet med at Lividi ville trenge noe tid til å la informasjonen synke og at hun antok at reaksjonene kunne komme fremover. Flertallet legger til grunn at det som her omtales er et møte hvor Lividi er orientert om intensjonsavtalen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen noen få dager tidligere. Selv om en tar høyde for at dette er en intern e-post og derfor naturlig nok er noe uformell i språkbruken, finner flertallet likevel at den forventede reaksjonen som beskrives fra Forsvarsmateriells side opp mot Lividi, som direkte oppsiktsvekkende dersom Forsvarsmateriell selv mente at de i dialogen og planene med Kongsberg Gruppen opptrådte klart innenfor den utvidede disposisjonsretten etter 2020-avtalen med Lividi. Flertallet har merket seg at det fra Müllers side uttrykkes at «[i] tillegg var vi på vår side, naturlig nok siden det ikke er landet, noe vage når det gjelder kontraktstrukturen, noe som også kan trigge reaksjoner når denne blir landet og formidlet». Flertallet bemerker også at Müller refererer til at «Lividi [er] bekymret for konkurransesituasjonen, og frykter en unfair konkurranse når FMA etter hvert knytter seg til KDA som SP2», og at Lividi «lurer også på hvilke tiltak FMA vil bruke for å ivareta de små aktørene opp mot store KDA».

Videre viser flertallet til e-post fra Müller 9. juni 2020 hvor hun har vedlagt et Excelark som karakteriseres som et «enkelt beslutningsgrunnlag». Som argumenter for/mot en avtale mellom Kongsberg Gruppen og Lividi skisseres blant annet følgende:

FOR

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

De to kontraktsforhandlingsløpene vil gå tilnærmet parallelt. Det vil derfor være vanskelig å forutse hvilken påvirkning strat sam-avtalen med KDA vil få for Hermod-avtalen, og slik få korrekt innretning i avtalen Lividi-FMA Lividi ønsker å være med å påvirke innretningen/styringsmekanismene i avtalen med KDA. Det antas at dette best gjøres ved en direkte dialog Lividi-FMA FMA kan pålegge KDA å ta med seg Lividi som SW-leverandør i Hermod for en kortere eller lengre periode

MOT

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

I januar-februar 2020 ble Lividi forespeilet en avtale med FMA, samt ansvar for SW i Hermod

Det er fare for at kvaliteten på Hermod vil gå ned da KDA ikke har nødvendig ekspertise for å ivareta den

Videre skisseres følgende argumenter for/mot en avtale mellom Forsvarsmateriell og Lividi:

FOR

Lividi er spesialister på SW i Hermod. Tas ikke de med i videre utvikling forventes det at Hermod vil få en dipp på ca 1,5 år når det gjelder videreutvikling Lividi ønsker å ekspandere og bli en solid leverandør til FMA/Forsvaret på SW-siden. Ved å inngå avtale med dem kan FMA bidra til en slik vekst, og på sikt få en leverandør som har vokst seg større og med svært god faglig innsikt i Hermod

Det er viktig for FMA å beholde den faglige styringen av leveransene. Det antas at dette enklest ivaretar med direkte styringslinjer FMA-SW leverandør

MOT

Avtalen med KDA vil uansett påvirke avtalen med Lividi og gjennomføringen av denne

Ekstremt sårbart for Forsvaret å være avhengig av en så liten leverandør som Lividi på et så viktig system som Hermod

Flertallet mener at det som her skisseres klart underbygger den bevisvurdering flertallet har gitt uttrykk for ovenfor. Det gis uttrykk for at Hermod uansett vil bli transportert til Kongsberg Gruppen og at dette vil påvirke Lividis avtaleforhold og gjennomføring av denne. I nær sammenheng med dette skisseres at det er en fare for at Lividi vil bli «slukt» av Kongsberg Gruppen og at Lividi i januar/februar 2020 er «forespeilet» en avtale med Forsvarsmateriell. Flertallet peker særlig på at det gis uttrykk for at dersom det ikke inngås avtale mellom Forsvarsmateriell og Lividi, innebærer dette at Lividi nødvendigvis ikke tas med i «videre utvikling» av Hermod og at en da kan forvente «en dipp på ca 1,5 år når det gjelder videreutvikling».

I forlengelsen av dette viser flertallet til e-post 9. november 2020 fra Müller internt i Forsvarsmateriell, hvor det er vedlagt en «introduksjon» som ble utarbeidet i september 2020. Under overskriften «Alternativer til drøfting» skisseres følgende:

1. Vi fortsetter med en bistandsavtale med Lividi (as is). Omfanget og eiendomsretten overlates til KDA, KDA står fritt til å bruke Lividi (eller andre)
2. Vi fremforhandler en vedlikeholdsavtale med Lividi. I denne avtalen må det legges inn en klausul som åpner for at avtalen kan tiltransporteres SP2 i MIME på sikt.
3. Vi «instruerer» KDA til å fremforhandle en avtale med Lividi som softwareleverandør.

Under overskriften «Risiko» er det uttalt følgende:

1. Lividi har i dag en bistandsavtale med Forsvaret hvor det ligger en intensjon om at partene skal etablere en egen kontrakt for Hermod. Iht denne planen vil Forsvaret bryte den intensjonen, og det blir opp til KDA ift inngåelse av kontrakt med Lividi.
 - Lividi har eiendomsrett til alt som blir utviklet (SW) på Hermod etter 01.02.20, mao liten risiko for at KDA ikke vil etablere kontrakt.

Etter flertallet syn, underbygger også dette at det er planlagt en teknologioverføring til Kongsberg Gruppen, og at Kongsberg Gruppen ikke er tiltenkt kun å videreføre den rollen Forsvarsmateriell har hatt hittil når det gjelder Hermod-systemet. Det gis etter flertallet syn klart uttrykk for at Forsvarsmateriell vil opptre i strid med forutsetningen for 2020-avtalen og at det etter overføringen til Kongsberg Gruppen vil være opp til dette selskapet om det vil benytte seg av Lividi som underleverandør. Det er derfor ikke avgjørende at *Forsvarsmateriell* ønsker Lividi med videre som programvareleverandør, så lenge dette ikke lenger skal være opp til dem, men Kongsberg Gruppen.

Flertallet har videre lagt adskillig vekt på det som fremgår av to møtereferater fra 17. desember 2020. Denne dagen avholdes det to møter, det første mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen og det andre mellom Forsvarsmateriell og Lividi. Av møtereferatet mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen, som er fremlagt nå for lagmannsretten, fremgår det at «partene er enige om en tilnærming med en overordnet avtale om strategisk samarbeid». Videre fremgår følgende under punktet «Leveranseavtale»:

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

Møtereferatet 17. desember 2020 mellom Forsvarsmateriell og Lividi belyser i adskillig grad hvilke planer som foreligger mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen. Det bemerkes at møtereferatet ikke er omforent, og at Forsvarsmateriell har tatt et generelt «forbehold» knyttet til dette. Imidlertid kan ikke flertallet se at Forsvarsmateriell for lagmannsretten har kunnet påvise hvilke deler av referatet som eventuelt bestrides, og flertallet kan heller ikke se at de fremlagte vitneforklaringer fra byfogdembetet identifiserer punkter som ikke i det vesentlige er gjengitt korrekt. Flertallet legger til grunn at Lividi initierte møtet på bakgrunn av misnøye med fremdriften av «fase 2»-avtalen. Under overskriften «Hovedpunkter» fra møtet fremgår at Forsvarsmateriell ved Ole-Kristian Hansen informerte Lividi om følgende:

- FMA ved OKH beklager at de ikke har besvart Lividis ønsker om møte og informasjon tidligere. Dette ble begrunnet i at forståelsen for avtaleverket og prosessene for FMAs del har vært en «modningsprosess».
- OKH sier at de nå arbeider ut fra en målsetting om en produktoverføring og overføring av rettigheter til Kongsberg (KDA) for industrialisering av Hermod-systemet.
- OKH presiserte at det pt. kun foreligger en intensjonsavtale med KDA, og at det ikke er gjort formelle beslutninger.
- I lys av Lividis eier-rettigheter til det som er utviklet gjennom 2020 mv. ser FMA at en forutsetning for at en overføring fra FMA til KDA skal være vellykket for alle parter, og ikke medføre tidstop eller annet tap, særlig for Forsvarets operative bruk, er det nødvendig med en avtale også mellom KDA og Lividi.
- FMA ved OKH ser for seg at Lividi skal involveres i FMAs dialog med KDA, i lys av Lividis nøkkelrolle. FMA ser det også som naturlig at Lividi etablerer en direkte dialog med KDA, og at det blir inngått en avtale mellom KDA og Lividi.
- FMA ved OKH orienterer om at FMA ikke kommer til å etablere noen fase2-avtale med Lividi, det vil si Lividi vil måtte ha KDA, ikke FMA, som kunde.
- FMA ved OKH sier at FMA forventer at Lividi leverer iht avtalen for fase1 frem til sommeren 2022.

Etter flertallet syn formidles det på dette tidspunkt et klart innhold i planene mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen: Det skal foretas «en produktoverføring og overføring av rettigheter til Kongsberg (KDA) for industrialisering av Hermod-systemet». Det fremgår videre at Forsvarsmateriell på den bakgrunn ikke

«kommer til å etablere noen fase2-avtale med Lividi». Flertallet finner at dette klart viser at den forutgående dialogen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen, herunder de ovenfor gjennomgåtte dokumenter, også har hatt dette som plan og siktemål. Flertallet finner det klart at Forsvarsmateriell ikke kan foreta en slik teknologioverføring til Kongsberg Gruppen med industrialisering og kommersialisering for øye med grunnlag i den utvidede disposisjonsretten i 2020-avtalen. Det er etter flertallets vurdering en utnyttelse av disposisjonsretten som går utover den avtalerettslige rammen, slik flertallet etter en samlet vurdering har tolket 2020-avtalen på dette punktet.

Videre fremgår følgende respons fra Lividi på denne informasjonen fra Forsvarsmateriells side:

- Informasjonen ovenfor fra FMA er helt ny og er i konflikt med tidligere enighet mellom FMA og Lividi, hva gjelder Lividis rolle som programvareleverandør og i industrialiseringen av Hermod-systemet.
- FMA ser ut til å gå bort fra sin tidligere beskrivelse av etableringen av strategisk partner (SPX), som skulle være integrator av teknologier, og ikke eier av systemer som konkurrerer direkte med underleverandører. For Lividi er dette både nytt, overraskende og anses som en negativ utvikling. [...]

Lagmannsrettens flertall bemerker at denne responsen fra Lividis side underbygger at selskapet oppfattet informasjonen fra Forsvarsmateriell til å være i klar motstrid med det som var formålet og partenes forutsetninger for 2020-avtalen. Flertallet er enig i dette. Flertallet er også enig med Lividi i at det her skisserte innholdet i det strategiske partnerskapet for Kongsberg Gruppen er et ganske annet og langt mer omfattende enn den rollen Forsvarsmateriell hittil hadde inntatt overfor Lividi, og som Forsvarsmateriell frem til dette tidspunkt overfor Lividi hadde kommunisert av tiltenkt rolle for eventuell strategisk partner. Videre gjengis følgende ytterligere påpekninger fra Lividis side inntatt i møtereferatet:

- Hvis rettighetene til Hermod overføres til strategisk partner / KDA, fremfor Lividi, uten at Lividi er sikret en sentral rolle i videreutviklingen av Hermod, må FMA vite at dette vil representere et stort tilbakeslag for FMA / Forsvarets utviklingsløp for Hermod. Risikoen for en slik negativ utvikling ligger hos FMA.
- Lividi påpeker at det vil være svært vanskelig for KDA å ta over arbeidsoppgavene etter Lividi og at det trolig vil sette Forsvaret flere år tilbake, om det i det hele tatt går.
- Hvis rettighetene til Hermod overføres til strategisk partner (SPX) fremfor Lividi, blir det svært vanskelig for Lividi å etablere seg som samarbeidspartner til SPX og programvareleverandør til Hermod. Lividi ved CB ber derfor FMA revurdere det at KDA får rettighetene, og oppfordrer til at FMA heller overfører dem til Lividi, som allerede har slike rettigheter.
- Lividi ved RS påpeker at Lividi allerede har eierskap til sentral programvare og advarer FMA om at FMA og strategisk partner KDA har et potensielt stort problem om FMA velger å inngå en avtale, i forhold til Hermod og Hermod-programvaren, med KDA uten at Lividi er med i avtaleprosessen og avtalen, da Lividi er nøkkelen til fortsatt suksess med Hermod. FMA delte dette synet og bekreftet at Lividi vil bli invitert med i dialogene og forhandlingene med KDA snarest mulig i 2021. FMA bekreftet at de noterte seg innspillet og oppfordringen om at FMA heller overfører rettighetene til Lividi, slik at Lividi også i fortsettelsen kan stå som programvareutvikler.

Dette underbygger etter flertallets syn det motstridsforhold som foreligger mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppens planer opp mot de klare forutsetningene som lå til grunn for 2020-avtalen mellom Lividi og Forsvarsmateriell.

På bakgrunn av flertallets bevisvurdering går flertallet nå over til å sammenfatte sin vurdering av hvorvidt Lividis hovedkrav er sannsynliggjort.

7 Sammenfatning av flertallets vurdering av hovedkravet – om Lividi har sannsynliggjort sitt hovedkrav

Flertallet har funnet det sannsynliggjort at det mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen er planlagt en teknologioverføring av Hermod-systemet, inkludert Hermod-programvaren. Videre har flertallet også funnet det sannsynliggjort at planene innebærer, i det som er kategorisert som «fase 2 og 3», at Kongsberg Gruppen

skal gis posisjon til å kunne industrialisere og kommersialisere Hermod-systemet, herunder at Kongsberg Gruppen i fremtiden skal bli en software-leverandør til Hermod. Flertallet kan ikke se at det er grunnlag for å bygge på at Kongsberg Gruppen mest sannsynlig kun er tiltenkt en rolle som strategisk partner i betydningen av en mer rendyrket systemintegratorrolle, slik som Forsvarsmateriell hittil har hatt knyttet til Hermod-systemet. Flertallet vurderer det slik at 2020-avtalen punkt 4 annet ledd om utvidet disposisjonsrett ikke hjemler at Forsvarsmateriell gir Kongsberg Gruppen tilgang til materiale som er underlagt eiendoms- og/eller opphavsrett for Lividi fordi det er sannsynliggjort en nærliggende fare for at slikt materiale vil kunne bli brukt i strid med Lividis rettigheter. Kjernen i flertallets syn er følgende:

Selv om flertallet i den avtalerettslige tolkningen av den utvidede disposisjonsretten har lagt til grunn at den gir Forsvarsmateriell en relativt vid adgang til å benytte seg av en tredjepart, inkludert en kommersiell aktør, for å videreutvikle Hermod-programvaren, mener flertallet at det er sannsynliggjort en planlagt teknologioverføring til Kongsberg Gruppen med fremtidig industrialisering og kommersialisering som siktemål. Dette ligger klart utenfor rammen av den utvidede disposisjonsretten. Denne begrensningen finner lagmannsrettens flertall ligger i klausulens ordlyd – «modifisere og videreutvikle» – som ikke kan forstås å omfatte benyttelse av disposisjonsretten for å sette en tredjepart i posisjon til å industrialisere og kommersialisere 2020-programvaren.

Etter flertallets syn må denne begrensningen desto mer følge av at det forut for avtaleinngåelsen fra Lividis side overfor Forsvarsmateriell i klartekst ble løftet frem som en bærende forutsetning for avtalen at Lividi skulle settes i posisjon til å industrialisere og kommersialisere programvaren. Flertallet ser det slik at dersom Forsvarsmateriell la til grunn at den utvidede disposisjonsretten også omfattet den her planlagte rettighets- og teknologioverføring med industrialisering og kommersialisering som målsetning for Kongsberg Gruppen, må Forsvarsmateriell bære risikoen for den avtalerettslige uklarheten. Dels var det etter flertallets syn all grunn til å klargjøre overfor Lividi at en slik mulig bruk av den utvidede disposisjonsretten kunne være aktuell. Dette kan etter flertallets syn forankres i alminnelige lojalitetsbetraktninger knyttet til avtaleinngåelsen. Dels var det etter flertallets syn et klart grunnlag for Forsvarsmateriell til å få særskilt spesifisert at det innunder den utvidede disposisjonsretten også skulle ligge en adgang til å trekke inn tredjepart i arbeidet med industrialisering og kommersialisering. Flertallet legger til grunn at Lividi ikke ville inngått 2020-avtalen dersom Forsvarsmateriell hadde vært åpen om denne mulige benyttelsen av disposisjonsretten.

På bakgrunn av Forsvarsmateriells anførsler for lagmannsretten understreker flertallet at det her ikke er tale om å legge til grunn at Forsvarsmateriell eller Kongsberg Gruppen har til hensikt å krenke Lividis opphavs- og eierrettigheter under 2020-avtalen gjennom straks å starte en industrialisering og kommersialisering av Hermod-systemet. Det flertallet imidlertid mener ligger utenfor den utvidede disposisjonsretten, er å gi Kongsberg Gruppen muligheten til å tilegne seg kunnskap om løsningene som er nedfelt i kildekode og virkemåten til Lividis 2020-programvare, slik at Kongsberg Gruppen settes i stand til å innta en rolle knyttet til fremtidig kommersialisering og industrialisering som Kongsberg Gruppen ellers ikke ville inneha. Flertallet mener at dette i seg selv innebærer en overføring av kunnskap som ikke kan hjemles i den utvidede disposisjonsretten, og at det er tale om en kunnskapsoverføring som i alle fall utgjør en nærliggende fare for at Lividis opphavs- og eierrettigheter vil kunne krenkes, i tillegg til at den forretningsmessige posisjonen som Lividi har opparbeidet knyttet til Hermod-systemet vil kunne forrykkes.

Lagmannsrettens flertall mener som nevnt at det er Forsvarsmateriell som må bære risikoen for ikke å ha vært tydelig nok, dersom man ønsket å gi fra seg ansvaret for Hermod-programvaren til en annen kommersiell aktør – som innbefattet teknologioverføring og muligheten for industrialisering og kommersialisering – og at dette skulle omfattes av den utvidede disposisjonsretten. Flertallet er enig med Forsvarsmateriell om at det på tidspunktet for avtaleinngåelsen med Lividi (28. januar 2020), ikke var inngått noen bindende avtale med Kongsberg Gruppen, ei heller at det var nært forestående. Flertallet er imidlertid ikke enig med Forsvarsmateriell i at det kun var foretatt mer løse sonderinger opp mot Kongsberg Gruppen som en strategisk partner i en rolle som rendyrket systemintegrator. Etter flertallets syn viser det samlede bevisene et annet bilde. Flertallet fremhever særlig de relativt konkrete planer som ble skissert allerede i juni 2019. Disse ga samlet sett uttrykk for en konkretisering av Kongsberg Gruppens tiltenkte rolle og posisjon. Dette gjelder ikke minst for det som i de skisserte planene er kategorisert som produktfase 2 og 3. Flertallet fremhever videre at det nærmest umiddelbart etter avtaleinngåelsen med Lividi i januar 2020 er tett dialog og møtevirkomhet mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen som klart underbygger at det har vært en fortsatt dialog og utvikling mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen etter sommeren 2019. Det er videre også en nærhet i tid mellom intensjonsavtalen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen i mai 2020 og 2020-avtalen fra

januar. Det er med dette som bakgrunn at flertallet mener at Forsvarsmateriell hadde en klar foranledning til å løfte frem for Lividi den aktualitet og det innholdet drøftelsene med Kongsberg Gruppen hadde.

Flertallet bemerker at Forsvarsmateriell nå hevder at det kun var tale om «sonderingsmøter» med Kongsberg Gruppen og at Hermod kun ble brukt til illustrasjon i denne sammenheng på hvordan den overordnende ansvarsfordelingen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen kunne se ut i en strategisk partneravtale. Flertallet peker på at dette har en klar side til hvorvidt det foreligger sikringsgrunn, jf. nedenfor, men vil her allerede bemerke at det ut fra møtereferatene fra 17. desember 2020 synes klart at veivalget fra Forsvarsmateriells side er tatt: Overfor Kongsberg Gruppen skal det foretas en teknologioverføring av Hermod-systemet, inkludert 2020-programvaren, og selskapet skal settes i posisjon til å fremtidig industrialisere og kommersialisere Hermod-systemet.

Selv om lagmannsrettens flertall i utgangspunktet er enig med Forsvarsmateriell i at ansvaret som en totalleverandør ikke nødvendigvis innebærer at Kongsberg Gruppen også skal bli programvareleverandør, vil en slik rettighetsoverføring til Kongsberg Gruppen, hvoretter Lividis eventuelle fremtidige rolle er avhengig av en avtale mellom Lividi og Kongsberg Gruppen, klart stride mot partenes forutsetninger med 2020-avtalen. Flertallet viser her også til bevisvurderingen ovenfor hvor det er lagt til grunn som sannsynliggjort at Lividi ikke skal ha noen rolle i den tiltenkte produksjonsfase 3. Flertallet bemerker at Forsvarsmateriell har anført at de fremdeles ønsker Lividi med som programvareleverandør, men at en slik avtale nå må avtales mellom Lividi og Kongsberg Gruppen direkte. Slik lagmannsrettens flertall ser det som nevnt, er dette ikke i tråd med partenes synlige forutsetninger ved avtaleinngåelsen. Selv om det legges til grunn at Forsvarsmateriell fremdeles ønsker Lividi som en underleverandør av programvaren til Hermod, er det ikke lenger Forsvarsmateriell som har myndighet til å bestemme dette når Kongsberg Gruppen har blitt valgt som en strategisk partner og skal overta Forsvarsmateriells rolle inn mot Lividi.

Flertallet tilføyer videre – uten at det har vært avgjørende for resultatet – at begrensningen i den utvidede disposisjonsretten hva gjelder «innenfor totalforsvaret» ikke uten videre synes opprettholdt i de planer som foreligger mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen. Flertallet viser her til at det flere steder er vist til det internasjonale markedet, andre militære systemer mv.

I det avsluttende innlegget har Forsvarsmateriell anført at det ikke er sannsynliggjort at Lividi under 2020-avtalen har utviklet programvare som gir opphavsrettigheter eller kan anses som forretningshemmeligheter på Lividis hånd, herunder at det ikke er sannsynliggjort at Lividi har skrevet kildekode som oppfyller kravene til verkshøyde i åndsverksloven § 2, og dermed har opphavsrettslig vern. Lagmannsrettens flertall er ikke enig i dette. Flertallet finner det tilstrekkelig å vise til Lividis prosesskriv 15. november 2021 punkt 14, herunder fremleggelsen av bilag 2 til bilag 5, som etter flertallet vurdering samlet sett sannsynliggjør at Lividi under 2020-avtalen har utviklet programvare med opphavsrettslig vern, herunder ny programvare i form av å skrive nye kodelinjer under 2020-avtalen. Flertallet bemerker for øvrig at den beskrivelse og konkretisering av utviklingen av programvaren som er frembragt av Lividi under 2020-avtalen, ikke kan sees å være bestridt av Forsvarsmateriell i det etterfølgende prosesskrivet 29. november 2021.

På denne bakgrunn finner lagmannsrettens flertall at Lividi har sannsynliggjort sitt hovedkrav.

8 Spørsmålet om det foreligger sikringsgrunn. Flertallets vurdering

Twisteloven § 34-1 første ledd lyder:

Midlertidig forføyning kan besluttes:

- a) når saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller
- b) 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.

Som det fremgår, oppstiller bestemmelsen to alternative vilkår – sikringsalternativet i bokstav a) og ordningsalternativet i bokstav b). Grensen mellom disse to sikringsgrunnene er flytende, og det eksisterer utvilsomt et kjerneområde som vil være dekket av begge alternativene, se Flock, Midlertidig sikring, (2011) side 95.

Flertallets konklusjon er at vilkårene i tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b) er oppfylt.

Det er langvarig rettspraksis for at en midlertidig forføyning som foregriper fullbyrdelsen av hovedkravet, må forankres i tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b, jf. Rt-2009-154 avsnitt 16 med videre henvisninger. Etter denne bestemmelsen kan midlertidig forføyning blant annet besluttes «når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe».

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i Rt-2002-108 i tilknytning til den tidligere bestemmelsen i tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 første ledd bokstav b), som tilsvarende tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b), at 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, saksøktens adferd m.v.» Det er videre lagt til grunn i rettspraksis og teori at det ikke utelukker midlertidig forføyning at den skade som kan oppstå, er av økonomisk art og vil utløse et erstatningskrav. Dette er likevel ikke til hinder for at erstatningsmuligheten er ett av flere momenter i den samlede vurdering som må foretas ved spørsmålet om det foreligger sikringsgrunn, jf. Rt-1996-1625.

I Prop.81 L (2012–2013), som omhandler lovendringer for å styrke håndhevsreglene på immaterialrettsområdet, punkt 9.5 er det uttalt følgende:

Når det begjæres midlertidig forføyning ved inngrep, og ved forestående inngrep i industrielle rettigheter, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i sikringsgrunnen i tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a. Kravet som begjæres sikret vil være selve den industrielle rettigheten, f.eks. et patent eller en designrett. Begjæringen vil gå ut på at det skal iverksettes tiltak for å sikre at rettigheten blir respektert. Det kan f.eks. gjelde nedleggelse av forbud mot visse handlemåter som utgjør inngrep i rettigheten og beslaglegging av gjenstander som utgjør inngrep. Slike tiltak er noe annet enn kravet som skal sikres. Vilkåret om at en forføyning som besluttes i medhold av sikringsgrunnen i tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a ikke kan innebære en foregrepet fullbyrdelse av kravet, er dermed ikke til hinder for at det besluttes forføyninger som går ut på slike tiltak ved inngrep og forestående inngrep i industrielle rettigheter, jf. Høyesteretts kjæremålsutvalg kjennelse 11. september 2003 (Rt-2003-1165).

Departementet legger til grunn at det som regel vil foreligge sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a når det er sannsynliggjort at inngrep pågår eller har funnet sted. Ved forestående inngrep vil det i hvert fall foreligge sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a dersom vilkårene for å fastsette forbud mot forestående inngrep ved fullbyrdelsesdom er oppfylt. Også sikringsgrunnen i tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b kan etter omstendighetene gi grunnlag for å beslutte midlertidig forføyning ved inngrep og forestående inngrep i industrielle rettigheter.

Flertallet viser til at det er funnet sannsynliggjort at det foreligger konkrete planer mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen om en teknologioverføring til Kongsberg Gruppen av Hermod-systemet, herunder Hermod-programvaren. Videre har flertallet funnet det sannsynliggjort at det skal skje en påfølgende industrialisering og kommersialisering fra Kongsberg Gruppens side. Det vises her til bevisvurderingen ovenfor i punkt 6. Ut fra det samlede bevismaterialet er det sannsynliggjort risiko for at disse planene og derved gjennomføringen er nært forestående. På denne bakgrunn finner flertallet at det er nødvendig med en midlertidig ordning av Lividis krav for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b). Flertallet peker her på at en slik teknologioverføring til Kongsberg Gruppen vil medføre at selskapet gis mulighet til å tilegne seg innsikt og kunnskap om de spesifikke teknologiløsninger Hermod-programvaren bygger på – inkludert kildekode og virkemåte til programvare. Flertallet er enig med Lividi i at den skaden som ved dette vil påføres er irreversibel, og flertallet mener at en slik skade anses «vesentlig». I denne sammenheng vises det til LB-2018-4746 hvor følgende uttales:

Der 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. Det vises til Rt-1996-1625, Rt-1999-1220 og LB-2008-183125. Men 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. Flokk side 103 med henvisninger til rettspraksis. 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.

Flertallet viser her særskilt til vurderingene ovenfor om den mulighet en teknologioverføring vil kunne gi Kongsberg Gruppen til å gjenskape eller etterligne en lignende løsning selv og derigjennom kunne tilby et tilsvarende produkt, herunder etablere en egen og ny kildekode for Hermod-programvaren.

Flertallet viser til at Forsvarsmateriell nå for lagmannsretten har opplyst at Hermod-løsningen per i dag er tatt ut av dialogen med Kongsberg Gruppen. Flertallet er imidlertid enig med Lividi i at dette ikke kan ha avgjørende betydning. Slik flertallet oppfatter Forsvarsmateriells argumentasjon anser en seg fremdeles berettiget til å gjennomføre den aktuelle teknologioverføringen mv. Videre oppfatter flertallet det slik at det nettopp er den nærværende sak og partenes uenighet om rettighetsspørsmålene som er bakgrunnen for at de omtalte planene ikke er satt ut i live. Etter flertallets syn underbygger nettopp dette at det foreligger sikringsgrunn.

Flertallet bemerker at det sentrale ved sikringsgrunnen i vår sak ikke nødvendigvis er det rent økonomiske aspektet, men vel så sentralt står skadevirkninger som de facto i vesentlig grad vil svekke Lividis rettslige posisjon, herunder posisjonen i den videre avtaleforhandling mv.

Forsvarsmateriell har særlig anført i relasjon til bokstav b) at det ikke er sannsynliggjort at Lividi blir «frarøvet sitt konkurransefortrinn» dersom Kongsberg Gruppen får tilgang til kildekode. Flertallet bemerker at det har funnet det sannsynliggjort at Lividi under 2020-avtalen har opparbeidet seg opphavs- og eierrettigheter til den 2020-programvaren som anses utviklet under avtalen, jf. ovenfor punkt 7. Det er disse opphavs- og eierrettigheter flertallet anser at kravene til sikringsgrunn er oppfylt for. Det rokker ikke ved flertallets konklusjon at det reelt sett for Hermod-programvaren foreligger et slags sameie knyttet til den totale programvaren, idet flertallet som nevnt i lys av byfogdembetets avgjørelse legger til grunn at Forsvarsmateriell innehar opphavs- og eierrettighetene til programvare utviklet før 2020-avtalen. Like fullt mener flertallet at Lividi har sannsynliggjort behovet for en midlertidig forføyning, herunder at det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i dette omtvistede rettsforhold mellom Lividi og Forsvarsmateriell for å avverge en vesentlig skade eller ulempe på Lividis hånd.

På denne bakgrunn har flertallet funnet at sikringsgrunn er sannsynliggjort.

Interesseavveiningen

Twisteloven § 34-1 annet ledd knesetter også et krav om at den midlertidige forføyningen må være forholdsmessig:

Midlertidig forføyning kan ikke beslutes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet.

Bestemmelsen tydeliggjør at det gjelder en grunnsetning om proporsjonalitet hvor det tas hensyn til samtlige interesser som er inne i bildet.

Flertallet finner det klart at forholdsmessighetskravet er oppfylt i denne saken. Flertallet mener at det er tungtveiende interesser – på Lividis side – som underbygger behovet for en midlertidig forføyning. Som nevnt vil den sannsynliggjorte, planlagte teknologioverføringen fra Forsvarsmateriell til Kongsberg Gruppen gi sistnevnte en slik innsikt og kunnskap i 2020-programvaren at det utløser en fare for etterfølgende gjenbruk mv. Allerede selve overføringen vil dermed kunne gi en irreversibel skade på Lividis hånd. På den annen side er hovedkravet nå begrenset uttrykkelig til 2020-programvaren og Lividis opphavs- og eierrettigheter knyttet til denne. Videre er det de konkrete planer mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen om teknologioverføring med siktemål om industrialisering og kommersialisering av Hermod-programvaren som sådan, som den midlertidige forføyningen er rettet mot. På Forsvarsmateriells hånd er det dermed isolert sett kun dette denne midlertidige forføyningen vil ha et nedslagsfelt mot. Flertallet kan ikke se at denne begrensningen for Forsvarsmateriell er uforholdsmessig holdt opp mot den interessen som foreligger på Lividis hånd. Flertallet bemerker her at Forsvarsmateriell selvsagt fortsatt vil kunne anvende og bruke Hermod-systemet, og også benytte seg av en «tredjepart» til å foreta eventuelle nødvendige modifiseringer og videreutviklinger «innenfor totalforsvaret». Det som medfører at Kongsberg Gruppen etter denne midlertidige forføyningen ikke kan være en slik tredjepart, er de konkrete planer om industrialisering og kommersialisering i forlengelse av modifisering og videreutvikling.

Lagmannsrettens flertall finner etter dette at twisteloven § 34-1 annet ledd ikke er til hinder for at det beslutes midlertidig forføyning i denne saken.

9 Mindretallets bemerkninger

Lagmannsrettens mindretall har kommet til at verken Lividis hovedkrav eller sikringsgrunn er sannsynliggjort.

Når det gjelder hovedkravet ser mindretallet først i punkt 9.2 på avtalene partene har inngått, herunder sammenhengen mellom 2018-avtalen og 2020-avtalen, og den nærmere tolkningen av 2020-avtalen, som er tvistetema i forføyningssaken slik den nå står for lagmannsretten. I punkt 9.3 foretar mindretallet sin bevisvurdering knyttet til dialogen mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen, herunder Forsvarsmateriells utøvelse av sin utvidede disposisjonsrett. I punkt 9.4 vurderer mindretallet om det er sannsynliggjort noen sikringsgrunn i saken.

9.1 Innledning

Etter mindretallets tolkning av 2020-avtalen gir den Forsvarsmateriell en utvidet disposisjonsrett til 2020-programvaren, herunder til å kunne bruke og videreutvikle kildekoden selv eller ved hjelp av tredjepart, så lenge dette er avgrenset til bruk innenfor totalforsvaret. Det er ikke grunnlag for en slik innskrenkende tolkning som flertallet har lagt til grunn, som innebærer at det relativt bredt og generelt legges til grunn at den utvidede disposisjonsretten ikke hjemler bruk for å «industrialisere og kommersialisere» Hermod-programvaren ved bruk av tredjepart, og at denne begrensingen også gjelder «innenfor totalforsvaret». En slik innskrenkende tolkning av ordlyden i 2020-avtalen – som i punkt 4 andre ledd gir Forsvarsmateriell en utvidet disposisjonsrett til å «bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle tilpasningene», selv eller ved hjelp av tredje part, «innenfor totalforsvaret», er det etter mindretallets syn ikke grunnlag for.

Etter mindretallets syn kan det ikke uten videre settes likhetstegn mellom «industrialisering» og generell «kommersialisering» og bruk innenfor og utenfor «totalforsvaret», slik flertallet i realiteten gjør. Mindretallet er enig i at avtalen ikke hjemler rett til bruk og videreutvikling av 2020-programvaren ved hjelp av en tredjepart utenfor totalforsvaret, og at en kommersialisering i betydningen salg til kunder i markedet utenfor totalforsvaret, vil kreve avtale med Lividi på grunn av Lividis opphavs- og eierrettigheter etter 2020-avtalen. Videreutvikling av 2020-programvaren, eventuelt også med sikte på industrialisering, ved hjelp av tredjepart til bruk innenfor totalforsvaret, vil derimot ikke være i strid med Forsvarsmateriells utvidede disposisjonsrett etter avtalen. For å kunne videreutvikle programvaren som er tilpasset eller utviklet under 2020-avtalen må Forsvarsmateriell også kunne gi tredjepart adgang til programvaren/kildekoden for å forestå utviklingen. Den sentrale begrensingen ligger i at formålet med den videreutviklede programvaren er at den skal benyttes innenfor totalforsvaret.

Uavhengig av avtaletolkningen, bemerker mindretallet at en uansett ikke er enig i flertallets bevisvurdering basert på det skriftlige bevismaterialet i saken. Flertallet har funnet det sannsynliggjort at det foreligger konkrete planer for den videre utvikling av Hermod-systemet som innebærer at Kongsberg Gruppen skal industrialisere og kommersialisere Hermod-systemet, inkludert 2020-programvaren, i en såkalt «fase 2 og 3» utenfor totalforsvaret og at kildekode mv. i den forbindelse vil bli overlevert til Kongsberg Gruppen. Slik saken er opplyst gjennom den skriftlige behandlingen, kan det etter mindretallets syn ikke anses sannsynliggjort at det foreligger slike konkrete planer om teknologioverføring med påfølgende industrialisering og generell kommersialisering av Hermod-programvaren, slik Lividi har anført og flertallet legger til grunn. Mindretallet kommer tilbake til dette nedenfor under punkt 9.3.

9.2 Tolkningen av avtalen

Når det gjelder tolkningen av avtalen tar mindretallet utgangspunkt i at partene i 2018 inngikk en avtale hvor Forsvarsmateriell kjøpte programmeringstjenester direkte av Lividi. Avtalen ga Forsvarsmateriell full opphavs- og eiendomsrett til all programvare utviklet frem til inngåelsen av 2020-avtalen. I 2020-avtalen fikk Lividi opphavsrett til programvareelementer som ble utviklet under 2020-avtalen, mens Forsvarsmateriell samtidig fikk en utvidet disposisjonsrett som ga Forsvarsmateriell en rett til å bruke nye programvareelementer innenfor «totalforsvaret», enten selv eller ved hjelp av tredjeparter.

Byfogdembetet kom i forføyningssaken til at det fulgte av avtaleforholdet, som var gjeldende frem til endringsavtalen av 20. februar 2020, at Forsvarsmateriell hadde fullt eierskap/opphavsrett til Hermod-

programvaren, herunder funksjonene som knytter seg til multi link og soft shutdown, og at det ikke var grunnlag for å innfortolke begrensninger i eierskapet og disposisjonsretten ut fra formålsbetraktninger. Byfogdembetet la til grunn at Forsvarsmateriell ikke hadde noen foranledning til å presisere at rettighetene også omfattet adgangen til å industrialisere/kommersialisere Hermod-programvaren når Forsvarsmateriell allerede hadde den fulle eiendomsretten og opphavsretten til programvaren. Forsvarsmateriell hadde etter dette rett til å disponere over Hermod-programvaren, slik den forelå pr. 28. januar 2020, og kunne videreutvikle og industrialisere og kommersialisere denne programvaren, også ved å overlate den til tredjeparter. Mindretallet slutter seg til dette og legger til grunn Lividi, iallfall i ankesaken for lagmannsretten, har frafalt tidligere anførsel om å ha eierskap til eldre versjoner av Hermod-programvaren. Tvistespørsmålet slik saken nå står gjelder omfanget av Forsvarsmateriells utvidede disposisjonsrett til 2020-programvaren, det vil si de deler av programvaren som er utviklet etter 28. januar 2020.

Mindretallet legger videre, som byfogdembetet, til grunn at Forsvarsmateriell vil kunne foreta videreutvikling av Hermod-systemet, også basert på programvare utviklet før 28. januar 2020. Selv om Lividi i kraft av 2020-avtalen har opphavs- og eiendomsrett til programvaren som utvikles under endringsavtalen, har Forsvarsmateriell derfor ikke tapt rettighetene til Hermod-programvaren. Det vises i den sammenheng til vitneforklaringen fra Viktor Wold Eide i Lividi for byfogdembetet, hvor det er lagt til grunn at det er mulig å gå tilbake til eldre versjoner av Hermod-programvaren og videreutvikle denne. Hermod-programvaren vil altså mest sannsynlig kunne fungere også der programvaren erstattes med tidligere versjoner som forelå per januar 2020.

Ved tolkningen av 2020-avtalen tar mindretallet videre utgangspunkt i at avtalen er inngått mellom profesjonelle parter med god innsikt i de forhold avtalen regulerer. Det må legges til grunn at partene har vært godt kjent med både rettighetsforhold, forhandlingsposisjoner og risikoaspekter ved inngåelsen av avtalen. Den klare hovedregel ved tolkningen av slike avtaler mellom profesjonelle parter er at avtalens objektive ordlyd skal legges til grunn.

Ordlyden i 2020-avtalen er åpen og generell; den utvidede disposisjonsretten i punkt 4 andre ledd gjelder generelt retten til å «bruke, kopiere, modifisere og videreutvikle tilpasningene», herunder ved «hjelp av tredjepart». Ordlyden angir ingen personelle eller saklige begrensninger utover at disposisjonsretten gjelder «innenfor totalforsvaret». Den naturlige forståelsen av ordlyden er at Forsvarsmateriell har rett til å engasjere en tredjepart, herunder en privat aktør, til både å drifte/bruke og videreutvikle 2020-programvaren så lenge dette skjer «innenfor totalforsvaret». Bestemmelsen gir uttrykkelig Forsvarsmateriell som kunde rett til å få kildekode med tilhørende spesifikasjon og dokumentasjon av tilpasninger og utvikling, og Lividi er som leverandør pliktig til å sørge for at Forsvarsmateriell får den avtalte disposisjonsretten til programmene, herunder at den «kan utnyttes uten hinder av andres opphavsrett eller andre rettigheter», med visse begrensninger knyttet lisenser for open-source programvare mv. Denne utvidede disposisjonsretten må etter ordlyden også gjelde i relasjon til Lividis egen opphavs- og eiendomsrett, og underbygger at Forsvarsmateriell i utgangspunktet fritt kan benytte 2020-programvaren innenfor totalforsvaret. Det er heller ikke gjort noen begrensninger eller foretatt noen forbehold knyttet til industrialisering eller kommersialisering som sådan, utover begrensningen som ligger i at disposisjonsretten gjelder «innenfor totalforsvaret».

Bestemmelsen er basert på en standardavtale (SSA-T), og begge parter var innforstått med den rettighetsreguleringen som ble valgt. Det fremgår av den fremlagte korrespondansen fra forhandlingene at Forsvarsmateriell til slutt ga et «endelig tilbud», med to alternative formuleringer av rettighetsbestemmelsen i punkt 4, som Lividi måtte velge mellom. Forsvarsmateriell ville ikke godta ytterligere begrensninger i handlefriheten som rettighetsbestemmelsen ga. Ordlyden i punkt 4 andre ledd slik den nå lyder ble akseptert uten forbehold, selv om Lividi på dette tidspunktet var kjent med at Forsvarsmateriell hadde uttrykt ønske om samarbeid med en strategisk partner og at Lividi ifølge vitneforklaringen til Viktor Wold Eide for byfogdembetet ikke var overrasket over at dette var Kongsberg Gruppen. I denne forbindelse nevner mindretallet også at Lividi i forbindelse med inngåelsen av 2020-avtalen, i forbindelse med ønsket om bli en programvareleverandør, uttrykte ambisjoner om å bli en «en strategisk integrert partner» til Forsvarsmateriell, jf. referat fra møte mellom partene 8. januar 2020.

Mindretallet kan heller ikke se at sammenhengen med avtalens formål og øvrige avtaleklausuler, som intensjonsbestemmelsen og konkurransebestemmelsen, gir grunnlag for en slik innskrenkende tolkning som flertallet har lagt til grunn.

I tillegg til det mer presserende og aktuelle behovet på avtaletidspunktet om å sikre fortsatt leveranse til Hermod-systemet gjennom 2020-avtalen, var et mer langsiktig mål å inngå en «fase 2»-avtale mellom partene, slik Lividi ønsket. Dette har kommet til syne i intensjonsklausulen i punkt 2 om å fremforhandle en avtale «om leveranser av programvare til Hermod med en lengre varighet enn herværende bistandsavtale, og med en annen kontraktsutforming enn bistand». Samtidig er det grunn til merke seg at et viktig formål for Forsvarsmateriell også var å sikre seg fleksibilitet og handlefrihet gjennom den utvidede disposisjonsretten – herunder ved å la seg bistå av tredjeparter ved bruk og videreutvikling av 2020-programvaren innenfor totalforsvaret. Muligheten til knytte til seg en strategisk partner som kunne bistå eller overta Forsvarsmateriells oppgaver må sees i lys av dette.

Intensjonsklausulen gir ingen avtalemessig binding til å inngå en «fase 2»-avtale som ville gi Lividi rett til å industrialisere programvaren i Hermod. Bestemmelsen gir uttrykk for en intensjon, men er ikke et bindende løfte. Hvordan et fremtidig samarbeid skulle være, herunder hvordan et industrialiserings- og kommersialiseringsløp skulle gjennomføres, var ikke avklart da 2020-avtalen ble inngått. Dette var en modningsprosess og det må ha fremstått som klart for partene – også for Lividi – at en eventuell «fase 2»-avtale ville kreve ytterligere forhandlinger og behov for en rekke avklaringer som ville ta tid blant annet med hensyn til hvilke rettigheter som eventuelt skulle overtas, herunder omfang, varighet og vederlag Lividi måtte betale for Forsvarsmateriells rettigheter, samt andre nødvendige avklaringer av avtalevilkår mv. blant annet med Forsvarsmateriells overordnede organer i Forsvaret. I denne sammenheng er det videre grunn til å merke seg at Lividis avtaleforslag knyttet til industrialisering og kommersialisering ble avslått av Forsvarsmateriell blant annet under henvisning til at forhandling om avtalevilkår mv. ville ta tid og kreve avklaringer, herunder «avklaringer med flere aktører i forsvarssektoren». Videre er Hermod-programvaren en militær applikasjon utviklet for militært bruk som etter det opplyste er underlagt regler for eksportkontroll som krever godkjenning av Utenriksdepartementet ved salg til tredjeparter. Mindretallet bemerker også at et industrialiserings- og kommersialiseringsløp slik Lividi ønsket, ville innebære en tidsbegrenset og eksklusiv (utvidet) disposisjonsrett også til den delen av programvaren som Forsvarsmateriell hadde eierskap til. En slik rettighetsavklaring var i realiteten en forutsetning for Lividis mulighet til en industrialisering av Hermod-systemet, jf. i denne sammenheng også Lividis eget notat til Forsvarsbygg 31. august 2020. At Lividi skulle oppnå en slik avtaleregulert rettighetsposisjon i samsvar med egne ønsker og mål, var langt fra sikkert.

At det var en klar forutsetning at en «fase 2»-avtale med Lividi *skulle* inngås, men at det ville ta noe tid – slik flertallet synes å legge til grunn – er det etter mindretallet syn ikke grunnlag for i det skriftlige bevismaterialet som er fremlagt. Det kan innvendes at Forsvarsmateriell burde vært tydeligere når det gjaldt usikkerhetsmomentene knyttet til muligheter og innhold i en «fase 2»-avtale, herunder om betydningen av kontakten med Kongsberg-gruppen om rollen som strategisk partner. Uansett må det for Lividi, med sin kunnskap og erfaring som profesjonell part på dette området, ha fremstått som rimelig klart at det var en klar risiko knyttet til om en «fase 2»-avtale, med de forutsetninger og vilkår om rettigheter som eneleverandør som Lividi ønsket, ville bli realisert.

I forlengelsen av det som er nevnt over, peker mindretallet på at den tidsnære dokumentasjonen tyder på at det var knyttet usikkerhet og uklarhet til det nærmere innhold og omfang av en eventuell industrialisering og kommersialisering Hermod-programvaren. Forholdet mellom Forsvarsmateriells ønske om å knytte til seg en strategisk partner, som Lividi var kjent med på avtaletidspunktet, og Livids ønske om å være en langsiktig programvareleverandør med industrialiseringsambisjoner, var verken på avtaletidspunktet eller nå klart. Det er ikke nødvendigvis noe motsetnings- eller konkurranseforhold mellom rollen som programvareleverandør og rollen som ansvarlig for levering av ferdige Hermod-produkter (med software og hardware), slik Kongsberg Gruppen er tiltenkt, hvor programvaren er en viktig delkomponent i den samlede leveransen.

Intensjonsklausulen må sees på bakgrunn av den usikre og uavklarte situasjonen som for forelå på avtaletidspunktet, som etter mindretallets oppfatning også var et synbart risikoelement for Lividi. I den forbindelse nevnes at da Forsvarsmateriell i møtet 8. januar 2020 opplyste at en eventuell langsiktig «fase 2»-avtale måtte avventes, ble det vist til at «forutsetningene for å få formalisert en langsiktig avtale nå er annerledes enn tidligere, men finansiering gjennom Mime-programmet». Et ønske fra Lividi om sikkerhet for at avtalen skulle bestå, med lengre oppsigelsestid, varighet og med opptrapping av økonomisk omfang slik at selskapet kunne begynne å rekruttere ressurser, ble heller ikke etterkommet i den forlengede leveranseavtalen.

I 2020-avtalen er det fastsatt at partene kan si opp avtalen uten grunn med seks måneders skriftlig varsel, jf. avtalen punkt 6. Betydningen av den utvidede disposisjonsretten må også sees i lys av dette.

Rettighetsbestemmelsen gir Forsvarsmateriell handlefrihet til å inngå avtaler med tredjepart om videreutvikling

av programvaren til bruk innenfor totalforsvaret dersom utviklingen viser at det ikke er grunnlag for å inngå noen langsiktig avtale med Lividi som programvareleverandør i et industrialiseringsløp.

Heller ikke konkurranseklausulen i 2020-avtalen gir grunnlag for noen innskrenkende fortolkning av den utvidede disposisjonsretten til Forsvarsmateriell. Også utformingen av konkurranseklausulen var gjenstand for forhandlinger mellom partene og bestemmelsen, slik den er formulert i avtalen, gir uttrykk for hvor langt Lividis status som eneleverandør strekker seg. Lividis eksklusivitetsstatus forutsetter at det i avtaleperioden er en «pågående dialog» mellom Forsvarsmateriell og Lividi «om en langsiktig avtale på leveranser av programvare til Hermod». Den pågående dialogen ble avsluttet da Lividi tok ut begjæring om midlertidig forføyning for byfogdembetet. Noen ytterligere begrensning ved en innskrenkende tolkning av den utvidede disposisjonsretten kan mindretallet ikke se at det er grunnlag for.

Som mindretallet kommer tilbake til nedenfor under bevisvurderingen, er det ikke sannsynliggjort at Forsvarsmateriell gjennom sin kontakt med Kongsberg Gruppen, herunder ved inngåelsen av intensjonsavtalen av 20. mai 2020, har opptrådt illojalt ved bevisst tilbakeholdelse av informasjon for å kunne gi Kongsberg Gruppen rett til å industrialisere og kommersialisere Hermod-systemet, inkludert programvaren, og slik sett krenke Lividis opphavs- og eiendomsrett til 2020-programvaren. Lividi var kjent med Forsvarsmateriells ønske om en strategisk partner, noe som ville kunne ha implikasjoner for hvordan industrialiseringen og kommersialiseringen av Hermod-løsningen – herunder programvaren – ville gjennomføres. Videre viser dokumentasjonen at Forsvarsmateriells ønske om modell og rammer for en slik industrialisering og kommersialisering ikke var avklart da 2020-avtalen ble inngått. I tillegg kommer at det ikke nødvendigvis er noen motsetning mellom Kongsberg Gruppens mulige rolle og Lividis ønske om en langsiktig rolle som programvareleverandør. I dialogen med Lividi har Forsvarsmateriell, som ledd i oppfølgingen av intensjonsklausulen, gitt uttrykk mulighetene for at Lividi kan inneha en rolle som programvareleverandør, først ved avtale direkte med Forsvarsmateriell og senere ved å oppfordre til samtaler om et avtaleforhold med Kongsberg Gruppen. Lividis kompetanse og erfaring med programvaren og eierrettighetene til 2020-programvaren gir i så måte Lividi en god forhandlingsposisjon.

Samlet legger mindretallet til grunn at 2020-avtalen gir Forsvarsmateriell en rett i kraft av den utvidede disposisjonsretten til å gi innsyn i eller overlevere kildekoden og virkemåten til programvaren til Kongsberg Gruppen så lenge dette skjer med det formål å bistå Forsvarsmateriell med bruk og videreutvikling av programvaren innenfor totalforsvaret. Noen generell begrensning mot enhver overlevering av kildekode mv. til Kongsberg Gruppen, er det ikke grunnlag for etter avtalen.

9.3 Bevisvurderingen

Flertallet har funnet det sannsynliggjort at det mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen er planlagt en «teknologioverføring» av Hermod-systemet, inkludert Hermod-programvaren. Med dette mener flertallet at det er sannsynliggjort at planene innebærer, i det som er kategorisert som «fase 2 og 3», at Kongsberg Gruppen skal gis posisjon til å kunne industrialisere og kommersialisere Hermod-systemet, herunder at Kongsberg Gruppen skal bli en software-leverandør til Hermod. Flertallet mener den planlagte teknologioverføringen med fremtidig industrialisering og kommersialisering som siktemål, ligger klart utenfor rammen av den utvidede disposisjonsretten idet dette setter en tredjepart i posisjon til å industrialisere og kommersialisere 2020-programvaren. Flertallet har særlig vist til at planene som ble skissert i juni 2019 er så vidt konkrete, også for den såkalte produktfase 2 og 3, at det er grunnlag for en slik konklusjon, og at møtereferatene fra 17. desember 2020 viser at «veivalget er tatt» fra Forsvarsmateriells side. I realiteten mener flertallet at den planlagte overføringen av Hermod-programvaren til Kongsberg-gruppen innebærer at Lividis opphavs- og eiendomsrett til 2020-programvaren nærmest blir illusorisk.

Etter mindretallets syn gir ikke det skriftlige bevismaterialet i saken grunnlag for en slik bevisvurdering. Når det gjelder de skisserte produktfasene 2 og 3, ligger en eventuell realisering frem tid og er på ingen måte konkretisert i en slik grad at det er grunnlag for å si at det foreligger reelle og konkrete planer om overføring av rettigheter. Det synes ikke diskutert, og det er iallfall ikke avklart eller besluttet noe konkret, om overføring av immaterielle rettigheter eller kildekode mv. til programvaren som sannsynliggjør at Lividis rettigheter til 2020-programvaren vil bli krenket. Det er ikke sannsynliggjort at samtalene med Kongsberg Gruppen, herunder det skriftlige materialet som er utarbeidet, knyttet til en formalisering av en avtale på strategisk partnernivå, har hatt et slikt detaljeringsnivå og konkret innhold at avklaring av fremtidige rettighetsforhold, herunder overføring av rettigheter og kildekode til programvare, har vært tema. Den fremtidige rettighetsavklaringen er

verken besluttet eller avklart, og det er ikke sannsynliggjort at det er bestemt at Kongsberg Gruppen skal inneha rollen som programvareleverandør og levere programvare utenfor totalforsvaret.

I den forbindelse viser mindretallet til at Powerpoint-presentasjonen utarbeidet av Kongsberg Gruppen i juni 2019, er et mulig forslag til hvordan dagens ordning, hvor Forsvarsmateriell har totalansvaret for Hermod-løsningen og kjøper hardware fra en annen leverandør og software fra Lividi, overføres til Kongsberg Gruppen. Både i en eventuell produktfase 1 og 2 forutsettes det fortsatt bruk av eksisterende underleverandører. I en tenkt fase 2 punkt 8.1 foreslås det at Kongsberg Gruppen viderefører avtaler med underleverandører og i punkt 8.2. at Kongsberg Gruppen produserer den første industrialiserte versjonen av Hermod og TKN «sammen med underleverandører». Bruk av uttrykk som «produsere» mv. må etter mindretallets syn forstås i relasjon til at Kongsberg Gruppen i en slik modell skal overta systemintegrasjonen fra Forsvarsmateriell. Kongsberg Gruppen skal ikke selv utføre alt arbeidet, men skal ha ansvaret for at dette blir gjennomført ved hjelp av underleverandørene, herunder leverandør av programvare (Lividi). Systemintegrator skal ikke selv produsere enkeltkomponentene som inngår i det fullstendige produktet.

Det er også grunn til å merke seg at det i Powerpoint-presentasjonen uttrykkelig er sagt at det må avtales med Forsvarsmateriell og underleverandører, altså blant annet Lividi, hva som eventuelt vil bli overført av programvarerettigheter mv. til Kongsberg Gruppen, jf. punkt 7.2. En eventuell «fase 3» ligger ytterligere frem i tid og avhenger blant annet av de rettighetsavklaringer og det industrialiseringsløp som gjøres i «fase 2». I presentasjonen er det vist til at fase 3 (Videreutvikling) er knyttet til fremtidens løsninger som skal ivareta Forsvarets behov på lang sikt. Dette vil nødvendigvis være preget av uklarhet og usikkerhet og er i enda mindre grad konkretisert og avklart. Det er i Powerpoint-presentasjonen vist til at fremtidig funksjonalitet og teknologiske løsninger er ukjent.

Mindretallet peker for øvrig også på at Lividi er lagt inn som programvareleverandør i Powerpoint-presentasjonen under «mulig fremtidig organisering» av leverandørkjeden.

Det fremlagte arbeidsdokumentet fra mars 2020 som flertallet har vist til foran, har i det alt vesentlige samme innhold og tanker om fremtidige produktfaser som Powerpoint-presentasjonen og medfører i realiteten ikke noe avgjørende nytt i relasjon til de sentrale spørsmål i forføyningssaken.

Arbeidsdokumentet, som er utarbeidet av én av flere arbeidsgrupper som har foretatt case-studier, gjelder spesifikt Hermod og TKN. Arbeidsgruppen har bestått av representanter for Mime-arbeidsgruppen i Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen, og arbeidet er i første rekke et forsøk på identifisere informasjon og dokumentasjon som er nødvendig for at Kongsberg Gruppen skal kunne overta «fase 1» (såkalt 0 serie). «Fase 1-0 serie» innebærer ifølge arbeidsdokumentet at Hermod produseres som i dag og at det ikke foretas noen funksjonelle eller andre endringer enn at Kongsberg Gruppen overtar Forsvarsmateriells rolle og at Forsvaret bestiller Hermod-løsningen gjennom Kongsberg Gruppen. Se i denne forbindelse også tittelen på arbeidsdokumentet – «Fase-0 – Arbeidsdokument for arbeidsgruppe Hermod og TKN» og arbeidsdokumentet side 7, hvor det heter:

Hensikten er å få oversikt over Hermod og TKN og hvordan forvalte produktene på kort- og lang sikt.

Dette dokumentet prøver å belyse den informasjonen som er nødvendig for å skaffe seg denne oversikten, blant annet gjennom underlagsdokumentasjon (datapakker). Overføringsprosessen deles opp i flere produktfaser og innholdet i dette dokumentet (Fase 0) prøver kun å identifisere behovet for denne dokumentasjon – noe som vil gi verdifull input for det videre løp og kommende faser.

Arbeidsdokumentet gir altså i liten grad noen konkretisering og detaljering av produktfase 2 og 3 utover det som følger av Powerpoint-presentasjonen fra juni 2019. I arbeidsdokumentet er det påpekt at det er «en rekke spørsmål som må avklares», herunder «rettigheter til produktet» og «kundens ønsker om videreutvikling». Det er også vist til at produktfase 2 og 3 «innebærer vesentlig større omfang og mer usikkerhet» og at «[v]idere identifisering og planlegging er nødvendig». Om produktfase 3 heter det blant annet at på side 8 i arbeidsdokumentet at denne omfatter «[f]remtidens løsning som ivaretar Forsvarets behov på lengre sikt. Hva denne løsningen inneholder av funksjonalitet og hvilken teknologisk løsning det blir er p.t. ikke kjent.»

På side 18 i arbeidsdokumentet, under punkt 4 om «Generelle betraktninger», er lisenser og eierskap kommentert i punkt 4.2, og følgende er påpekt:

KONGSBERG ønsker å understreke at det er meget viktig å identifisere juridiske rettigheter, avtaleforhold, varighet og kostnader rundt eierskap og lisenser tilknyttet produktene – både hardware

og software:
[...].

Videre fremgår det av presentasjonen for koordineringsgruppa fra arbeidsgruppen for Hermod og TKN av 30. mars 2020 side 12, at blant annet at «kontraktuelle aspekter eller økonomi har ikke vært tema i denne fasen», og at det ved eventuell overføring av Hermod og TKN til Kongsberg-gruppen er «kritisk at FMA [...] avklarer eierrettigheter og leverandørkjede».

Så langt mindretallet kan se, er det ikke tilstrekkelige holdepunkter verken i Powerpoint-presentasjonen eller arbeidsdokumentet for at det er avtalt eller bestemt at Kongsberg Gruppen skal overta rollen som programvareleverandør ved en eventuell industrialisering, og levere programvare utenfor totalforsvaret, på bekostning av Lividi. Dokumentene sannsynliggjør ikke at det foreligger konkrete planer om at Kongsberg Gruppen skal overta Lividis mulige rolle. Og – i relasjon til sikringsgrunn – bemerkes at det etter mindretallets syn iallfall ikke på noen måte er sannsynliggjort at dette er nært forestående.

Etter mindretallets syn underbygger også den interne e-postkorrespondansen i Forsvarsmateriell, som flertallet har vist til foran, sett i sammenheng med arbeidsdokumentet, at Lividi ikke var utelatt og var tiltenkt muligheten for en rolle i leverandørkjeden. Det vises til e-post 17. mars 2020 fra Fog, som viser til at Kongsberg Gruppen ikke «bygger opp» leverandørene Datarespons og Lividi «gjennom denne casen», og e-post 18. mars 2020 fra Jordan som slutter seg til Fogs kommentarer og gir uttrykk for at «[v]i trenger en leverandør på kort sikt som kan ta over et produktansvar og i så måte bør vi gå videre med K, men samtidig gjøre det klart at vi avgrenser samarbeidet til en industrialisering av produktene nå i første omgang» og at «dokumentet vitner om at K ikke forstår partnerrollen. Videre fremholder han at «nøkkelen» til å forstå partnerrollen «vil ligge i kombinasjonen: brukernær utvikling, utvikling preget av kommende kommersielle teknologier [...] og bruk av forsknings/standardiseringsmiljø og leverandørmarkedet for å videreutvikle».

At Kongsberg Gruppen ikke skulle overta Lividis rolle og at Lividi på avtaletidspunktet og i etterkant var tiltenkt en rolle og var ønsket med videre som programvareleverandør i et industrialiseringsløp, underbygges også av vitneforklaringen for byfogdembetet fra Gjellerud i Forsvarsmateriell, slik den skriftlig er gjengitt. Her heter det blant annet:

Adv. D: Men skal den andre aktøren også overta rollene? Er på en måte, må en strategisk partner bli programleverandør, bli hardwareleverandør?

Vitne: Nei, på.

Adv. D: Eller kan, kanskje kjøpe inn sånn som dere gjør i dag?

Vitne: Hele, hele poenget er jo at det skal den ikke, fordi at i det, i det oppdraget så er det jo å være nettopp det, en systemintegrator, som da, eh, jeg holdt på å si forvalter og videreutvikler et sett med underleverandører, og skal tvert imot ikke gjør alt selv. Man skal på en måte spille på, spille på de aktørene som gjør de relevante tingene best, rett og slett. Hvor, for, hele po, hele poenget med tilnærmingen er jo å stimulere og videreutviklet et bredt bilde av aktører, da, innenfor forsvarsindustri, og.

Adv. D: Kan du husker hva dere, på en måte hvor langt var de her planene kommet? Fantes de planene da dere inngikk februar 2020-avtalen?

Vitne: Da vi startet, da vi orienterte Lividi om disse tingene første gang med strategisk partnerskap, denne tredelte modellen, og, og innretningen på hvordan vi så for oss det med en systemintegrator og så videre, det var en gang på høsten 2019.

Den ovennevnte gjennomgangen viser etter mindretallets syn at det på dette tidspunktet *ikke forelå konkrete planer* om en kommersialisering utenfor totalforsvaret, eller en overføring av Hermod-systemet, inkludert 2020-programvaren, slik at Kongsberg Gruppen settes i posisjon til å fremtidig industrialisere og kommersialisere Hermod-systemet til skade for Lividis opphavs- og eiendomsrett, slik flertallet legger til grunn. Det sentrale og konkretiserte har vært planer om en industrialisering i den forstand at Kongsberg Gruppen skal overta Forsvarsmateriells produktansvar, det vil si det ansvaret Forsvarsmateriell har i dag til å levere et samlet/helhetlig produkt til Forsvaret, ikke at Kongsberg Gruppen som strategisk partner og systemintegrator selv skal produsere de ulike komponentene som inngår i produktet, herunder programvaren. I systemintegratorkollen ligger – slik mindretallet har forstått dette – blant annet ansvar for å få Hermod-produktet inn i et kvalitetsstyringssystem som gir Kongsberg Gruppen mulighet til raskere kunne identifisere feil og mangler i produktet og å sikre en leveransekjede som er dokumentert og kvalitetssikret innenfor rammen av en industrialisering.

Heller ikke den etterfølgende utviklingen, herunder møtereferatene fra 17. desember 2020 som flertallet synes å legge stor vekt på, endrer dette bevisbildet i noen avgjørende grad. Møtereferatet, som for øvrig ikke er omforent og skrevet av Lividi, gir ikke holdepunkter for at det er truffet avtale eller på annen måte bestemt at programvareleverandørrollen skal overføres fra Lividi til Kongsberg Gruppen. Slik mindretallet forstår det samlede bevisbildet, herunder vitneforklaringen fra Gjellerud referert ovenfor, siktes det med en overføring fra Forsvarsmateriell til Kongsberg Gruppen til en overføring av det overordnede systemansvaret for Hermod-løsningen som helhet. Møtereferatet viser for øvrig at Forsvarsmateriell, i desember 2020, fortsatt ønsker Lividi med som programvareleverandør i et langsiktig samarbeid om leveranser til Forsvaret, men med da med en avtale med Kongsberg Gruppen og ikke en «fase 2»-avtale direkte mellom Lividi og Forsvarsmateriell som kunde. I den forbindelse fremgår det at Forsvarsmateriell «ser for seg at Lividi skal involveres i FMAS dialog med KDA, i lys av Lividis nøkkelrolle», at Lividis «eier-rettigigheter til det som er utviklet gjennom 2020 mv, [...] er en forutsetning for at overføringen fra FMA til KDA skal være vellykket for alle parter [...], og at det er nødvendig med en avtale også mellom KDA og Lividi.» Det fremgår for øvrig av Lividis referat fra møtet at Forsvarsmateriell presiserte at det kun forelå en intensjonsavtale med Kongsberg Gruppen og at det fortsatt ikke er foretatt noen formelle beslutninger. Noen avklaring knyttet til overføring av immaterielle rettigheter, herunder overføring av eller innsyn i kildekode og andre elementer knyttet til programvaren, er det ikke grunnlag for på bakgrunn av dette møtereferatet.

Mindretallet viser videre til at referatet fra partens møte 19. januar 2021, herunder vedlagte Powerpoint-presentasjonen som ble gjennomgått i møtet, også underbygger denne bevisvurderingen. Også her gir Forsvarsmateriell uttrykk for et ønske om at Lividi er med videre som programleverandør og at deling eller overlevering av immaterielle rettigheter ikke har vært tema for samtaler med Kongsberg Gruppen. I møtet viste Lividi til sitt ønske om at Hermod-løsningen skulle industrialiseres og at Lividi så for seg å være «programvareleverandøren». Til dette svarte Forsvarsmateriell:

I de opplysninger som ligger presentasjonen er det ingen motstrid mellom FMAs strategi og den rollen Lividi nå gir uttrykk for å ville innta. Lividi er synliggjort som programvareleverandør. Valg av strategisk partner er på et annet nivå, og hvordan Lividis rolle bør utformes i tilknytning til strategisk partner er noe FMA er åpne for å diskutere – da under forutsetning av dialog holdes åpen mot Lividi og KDA.

Forsvarsmateriell bekreftet i det samme møtet at samtaler med Kongsberg Gruppen hadde vært på strategisk nivå, og at det vil ta tid å få en strategisk partneravtale på plass. Videre ble det – igjen – opplyst at immaterielle rettigheter ikke hadde vært en del av samtaler. I møtereferatet heter det:

Per i dag er det ikke delt eller overlevert kildekode til KDA. Det er ikke slik at FMA står klar for å signere på en avtale med KDA og overlevere rettigheter i morgen. Det fremheves fra FMA at tidsperspektivet Lividi synes å legge til grunn må nyanseres. Det er en langsiktig og pågående prosess hvor det nå forsøkes å formaliseres en avtale på strategisk partnernivå, og IPR har ikke vært en del av samtaler. Det er likevel viktig å få frem at for at en strategisk partner skal kunne ansvarliggjøres for hele systemet, må FMA på et tidspunkt kunne dele opplysninger om komponentene som inngår i systemintegratørrollen for den strategiske partneren [...].

Etter mindretallets syn kan det etter dette – slik saken er opplyst gjennom den skriftlige behandlingen – ikke legges til grunn at Forsvarsmateriell har lagt konkrete og detaljerte planer om industrialisering og kommersialisering av Hermod-programvaren. Konkretiserte avklaringer av fremtidige rettighetsforhold, herunder avklaringer knyttet til programvarens virkemåte, kildekode og annen funksjonalitet, er det ikke sannsynliggjort at har vært noe tema, utover at programvaren finnes, at den må fungere for å opprettholde eksisterende funksjonalitet for Hermod-løsningen og at det er nødvendig med avklaring av rettighetsforholdene. Slik mindretallet oppfatter saken, er det heller ikke nødvendigvis slik at Kongsberg Gruppen har behov for kildekode mv. for å kunne utføre integrasjonsansvaret, men dette forutsetter en avklart samhandling med Lividi som programvareleverandør.

I forlengelsen av dette nevnes også at Lividis forsøk på å innlede dialog med Kongsberg Gruppen i mai 2021, kan tyde på at Lividi reelt sett har oppfattet samtaler mellom Forsvarsmateriell som i det vesentlige å gjelde mulig overføring av systemansvaret som Forsvarsmateriell har i dag. E-post korrespondansen med Kongsberg Gruppen underbygger at det ikke forelå noen konkret og detaljert plan som innebærer at Kongsberg Gruppen skal overta som fremtidig programvareleverandør for Hermod. I e-post av 25. mai 2021 fra Wold Eide i Lividi, hvor det opplyst at «dersom og når KDA og FMA kommer til enighet» om Kongsberg Gruppens strategisk

partner/systemintegrator-rolle, så ønsket Lividi et samarbeid med Kongsberg Gruppen med mulighet for å «åpne en rekke markeder utover Forsvart/Totalforsvaret». Lividi viste i den sammenheng til at Forsvarsmateriell hadde «oppfordret Lividi til å søke dialog med KDA.» I e-posten heter det:

FMA er som kjent interessert i modeller der andre enn FMA står som strategisk partner / integrator for systemer til Forsvaret og det er i denne sammenheng vi forstår at KDA og FMA har funnet sammen.

Lividi er av FMA gjort kjent med et powerpoint-ark for MIME, som ble vist til KDA den 28. juni 2019 i et møte om KDAs muligheter for en rolle som strategisk partner (SP); «Mulighetsrom SP2». FMA har også gjort Lividi kjent med at KDA har utarbeidet powerpoint-presentasjoner som viser hvordan KDA ser for seg et løp for å overta FMAs nåværende rolle som systemintegrator, med ansvar for Hermod-systemet (i vid forstand); Hermod og TKN» og «Organisering av leverandørkjeden for TKN light». (Til orientering har Lividi mottatt kopier av de nevnte presentasjonene.) FMA har videre opplyst Lividi om at når FMA har omtalt temaet om KDAs systemintegratorrolle for taktiske kommunikasjonsnoder (TKN), har FMA uttalt til KDA at det i en slik rolle eksisterer et leverandørbilde per i dag for maskinvare og programvare (hhv. Datarespons og Lividi), og at dette bør videreføres. Vi legger til grunn at FMA har orientert KDA om at Lividi har rettigheter i Hermodprogramvaren som benyttes og utvikles i dag, og at FMA av denne grunn er underlagt begrensninger med hensyn til programvaren og bruk av denne. Vi antar at FMA også har opplyst at Lividi over lengre tid har ønsket både en videreutvikling og en industrialisering av programvaren. Dersom og når KDA og FMA kommer til enighet om KDAs rolle i det videre, kan et samarbeid mellom KDA og Lividi bli både samfunnsnyttig og verdiskapende for alle involverte parter, og vi tror også det kan åpne en rekke markeder utover Forsvaret/Totalforsvaret.

FMA har oppfordret Lividi til å søke dialog med KDA. Vi tar med dette et initiativ til en innledende sondering om mulighetsrommet som kan ligge i et samarbeid og vi foreslår at KDA og Lividi snarlig finner sammen for et møte [...].

I Kongsberg Gruppens svar 27. mai 2021 ble dialog med Lividi ønsket velkommen, noe som kan tyde på at det iallfall ikke var uaktuelt med et samarbeid med Lividi om en mulig programvareleverandørrolle. At det ikke ble noen ytterligere dialog på dette stadiet skyldtes det den aktuelle forføyningssaken, jf. e-post fra Kongsberg Gruppen 9. juni 2021. I e-posten ble det også opplyst at når det gjaldt «Mime så er KDA sin deltakelse i programmet fortsatt gjenstand for forhandlinger med FMA.»

Avslutningsvis bemerker mindretallet at det ikke er sannsynliggjort at Forsvarsmateriell – gjennom sin dialog og kontakt med Kongsberg Gruppen – har bestemt eller planlagt at kildekoden mv. til programvaren skal overføres på en slik måte at Lividis opphavs- og eierrettigheter krenkes og Kongsberg Gruppen derigjennom gis posisjonen til å videreutvikle og kommersialisere Hermod-programvaren for salg utenfor totalforsvaret. Så vidt mindretallet kan se, har Forsvarsmateriell heller ikke på noe tidspunkt gitt uttrykk for å ha en rett til å kommersialisere 2020-programvaren uten Lividis samtykke.

Når det gjelder Lividis anførsler om ugyldighet, bemerker mindretallet kort at dette ikke kan føre frem verken prosessuelt eller materielt. Ugyldighetskravet, basert på avtaleloven § 33, § 36 og læren om bristende forutsetninger, må prosessuelt anses som nye krav som er fremsatt for sent, jf. tvisteloven § 29-4. Unntaksbestemmelsene i § 29-4 andre ledd eller fjerde ledd kommer etter mindretallets syn ikke til anvendelse i denne saken. Ugyldighetskravet kunne vært fremsatt vesentlig tidligere og det er etter mindretallet syn uansett ikke rimelig å tillate et slik krav fremsettes på dette stadiet av forføyningssaken. Videre bemerker mindretallet at ugyldighetskravet, som gjelder partiell ugyldighet knyttet til 2020-avtalens punkt 4 andre ledd, heller ikke på materielt grunnlag kan føre frem. Mindretallet viser her til gjennomgangen foran knyttet til avtaletolkningen og bevisvurderingen.

Til slutt under dette punktet bemerker mindretallet at avtalestrukturen partene har valgt, herunder forholdet mellom 2018-avtalen og 2020-avtalen, fremstår som lite konsekvent og gir utfordringer knyttet til rettighetsavklaring, kontroll og håndheving av de reguleringer og begrensninger som ligger i endringsavtalen. Som påpekt i byfogdembetets kjennelse er det uklart hvilken mulighet Lividi i realiteten har til å håndheve de begrensningene som ligger i endringsavtalen dersom Forsvarsmateriell på et fremtidig tidspunkt skulle velge å overlate programvaren til en tredjepart. Etter avtaleforholdet mellom partene er situasjonen at Forsvarsmateriell har full opphavs- og eiendomsrett til de versjoner av Hermod-programvaren som foreligger frem til januar/februar 2020, samtidig som Forsvarsmateriell har adgang til å overlate nyere programvare-versjoner til tredjeparter for videreutvikling så lenge det skjer innenfor rammen av totalforsvaret. I tillegg til denne

sameieliknende situasjonen, er det videre, som nevnt tidligere, slik at Forsvarsmateriell vil kunne foreta videreutvikling av Hermod-løsningen også basert på programvare utviklet før 28. januar 2020. Slik sett har Forsvarsmateriell derfor ikke tapt rettighetene til Hermod-programvaren fordi Lividi i 2020-avtalen er gitt opphavs- og eiendomsrett til programvaren som utvikles under endringsavtalen. Det er etter det opplyste mulig å gå tilbake til eldre versjoner av Hermod-programvaren og videreutvikle denne.

Også dette er forhold som tilsier at det ikke er grunnlag for å ta til følge Lividis forføyningskrav, ikke minst når det gjelder vurderingen av om sikringsgrunn er sannsynliggjort. I denne sammenheng bemerkes at avtaleforholdet er inngått mellom profesjonelle parter på et forretningsområde hvor begge parter har betydelig innsikt og hvor de må forventes å ha foretatt gjennomtenkte risikovurderinger basert på sine forhandlingsposisjoner.

9.4 Sikringsgrunn

Mindretallet bemerker videre at heller ikke kravet til sikringsgrunn er sannsynliggjort i saken – etter mindretallets syn heller ikke dersom flertallets vurdering av hovedkravet legges til grunn. Det foreligger ikke sikringsgrunn, verken etter bestemmelsen i tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a) eller b). Industrialiseringen av Hermod-systemet ligger et godt stykke frem i tid og det er etter mindretallets syn tilstrekkelig tid til å anlegge et alminnelig søksmål. Det er ikke sannsynliggjort at det pågår noen forhandlinger med Kongsberg Gruppen om leveranse av programvare til Hermod-systemet, eller at foreligger slike konkrete avklaringer at det er aktuelt med overlevering av kildekoder eller overføring av rettigheter til programvaren Hermod. Noen overhengende fare for en overtredeshandling eller krenkelse av Lividis opphavs- og eierrettigheter fra Forsvarsmateriells side kan etter mindretallets syn klart ikke anses sannsynliggjort. Det er ikke nødvendig med en midlertidig sikring av kravet «fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort», jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a).

Flertallet har lagt til grunn at det er nødvendig at det fastsettes en midlertidig ordning i det omtvistede rettsforholdet mellom Lividi og Forsvarsmateriell «for å avverge en vesentlig skade eller ulempe» på Lividis hånd, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b). Etter mindretallets syn er heller ikke vilkårene for dette oppfylt. Og videre – selv om det skulle anses sannsynliggjort at det foreligger planer om en «teknologioverføring» til Kongsberg Gruppen av Hermod-systemet inkludert Hermod-programvaren, herunder gjennomføring av en påfølgende industrialisering og kommersialisering fra Kongsberg Gruppens side, kan det uansett ikke anses sannsynliggjort at noe av dette er *nært forestående* slik flertallet legger til grunn.

Etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b) første alternativ, som etter flertallets syn er det alternativ som kommer til anvendelse, kreves det at forføyningen er egnet til å «avverge vesentlig skade eller ulempe», og videre er det et vilkår at den skade eller ulempe som skal avverges er aktuell eller iallfall nært forestående. Dersom dette ikke er tilfellet, er det ikke nødvendig å fastsette en midlertidig ordning i det omtvistede rettsforholdet. Formålet med forføyningen – avverge vesentlig skade eller ulempe – gjør seg da ikke i tilstrekkelig grad gjeldende og en ordning mellom partene kan gjennomføres på annen måte, blant annet ved å få avklart det kontraktuelle forholdet mellom partene gjennom et ordinært søksmål, herunder fremme krav om erstatning for eventuelt økonomisk tap.

Etter mindretallets syn er det flere grunner til at det ikke er sannsynliggjort at det foreligger tilstrekkelig sikringsgrunn.

For det første bemerkes at selv basert på flertallets vurdering om at det foreligger konkrete planer mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen om teknologioverføring til Kongsberg Gruppen av Hermod-systemet, herunder Hermod-programvaren, så kan mindretallet uansett ikke se at det er sannsynliggjort at «disse planene og derved gjennomføringen er nært forestående», slik flertallet har lagt til grunn. Noen overhengende fare for dette foreligger ikke slik saken er opplyst. Det vises til bemerkningene foran knyttet til bevisvurderingen. At Forsvarsmateriell har gitt uttrykk for at det ikke er aktuelt å gi avkall på retten til å kunne benytte Kongsberg Gruppen dersom dette *i fremtiden* skulle vise seg nødvendig for å forvalte og videreutvikle Hermod-løsningen for bruk innenfor totalforsvaret, endrer ikke vurderingen av om det foreligger sikringsgrunn.

For det andre har Forsvarsmateriell opplyst at Hermod-løsningen har blitt tatt ut av Mime-programmet hvor Hermod-løsningen har inngått, og at Hermod-løsningen per i dag ikke lenger er en del av dialogen med Kongsberg Gruppen. I denne forbindelse har Forsvarsmateriell også vist til den såkalte Gartner-rapporten, innhentet av Forsvarsmateriell i forbindelse med vurderingen av videre veivalg, som har påvist at det finnes

kommersielt tilgjengelige alternativer til Hermod-programvaren, herunder bruksområder og kapabiliteter som dekker funksjonelle krav lik de som finnes i Hermod-løsningen, og at det finnes tilbydere som har potensialet til å møte Forsvarsmateriells nåværende og fremtidige behov.

For det tredje vises det til Forsvarsmateriells anførsler knyttet til at Lividi ikke har gitt full informasjon om hvilke åpen kildekodebegrensninger som foreligger. Hvilke lisensvilkår som gjelder for de ulike åpne kildekode-elementene som er lagt inn i utviklingen av programvaren fra 2013 og frem til 2022, synes slik saken er opplyst ikke å være tilstrekkelig dokumentert. Dette medfører at Forsvarsmateriell ikke kan vite hvilke begrensninger rettighetene til tredjeparter setter for bruken og utviklingen av programvaren, noe som har betydning for vurderingen av om det er sannsynliggjort sikringsgrunn. Den manglende dokumentasjonen og kontroll med hvilke begrensninger i åpen kildekode-lisensene som er brukt i Hermod-programvaren, medfører manglede avklaring og rettslig usikkerhet som ifølge Forsvarsmateriell gjør det uforvarsvarlig å endre dagens bruk av Hermod-løsningen. Etter mindretallets syn taler mye for at Kongsberg Gruppen, uansett hvilket faktisk forhold som finnes sannsynliggjort, av denne grunn ikke kunne overtatt som programvareleverandør eller blitt satt i en slik posisjon at selskapet per i dag kan industrialisere og kommersialisere programvaren. Den manglende oversikten over hvilke begrensninger som gjelder for bruken av Hermod-programvaren, nåværende og tidligere versjoner, taler etter mindretallets syn for at det heller ikke av denne grunn foreligger tilstrekkelig sikringsgrunn.

Og i forlengelsen av det som er nevnt i avsnittet over – for det fjerde bemerkes at det ikke er sannsynliggjort at Lividi blir fratatt sitt konkurransefortrinn og rettighetsposisjon dersom Kongsberg Gruppen eventuelt skulle få tilgang til kildekode. Mindretallet viser til tidligere bemerkninger knyttet til rettighetsforholdene mellom partene, herunder at det foreligger et sameieliknende rettighetsforhold knyttet til den totale programvaren. Forsvarsmateriell innehar opphavs- og eierrettighetene til programvare utviklet før 2020-avtalen, samt adgang til å overlate nyere programvare-versjoner til tredjeparter for videreutvikling så lenge det skjer innenfor rammen av totalforsvaret, samtidig som Lividi har opphavs- og eierrettighetene til videreutviklet programvare under 2020-avtalen (2020-programvaren). Videre fremgår det klart av det skriftlige bevismaterialet at Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen hele veien har forholdt seg til at det på et fremtidig tidspunkt må foretas en rettighetsavklaring med Lividi knyttet til Lividis opphavs- og eierrettigheter til 2020-programvaren og at Lividis rettigheter naturligvis må respekteres. En avklaring av Lividis opphavs- og eierrettigheter til programvaren er en forutsetning for at en overføring av Forsvarsmateriells rolle og ansvar til Kongsberg Gruppen skal være vellykket og for et eventuelt senere industrialiseringsløp skal lykkes. Livid spiller her en nøkkelrolle og vil utvilsomt ha en viktig forhandlingsposisjon slik rettighetsforholdene mellom partene er regulert uavhengig av en midlertidig forføyning. Noen nødvendig grunn til å få en etablert en midlertidig ordning mellom Lividi og Forsvarsmateriell «for å avverge en vesentlig skade eller ulempe» for Lividi foreligger reelt sett ikke. Verken Lividis rettslige eller faktiske forhandlingsposisjon kan anses vesentlig svekket dersom forføyningskravet ikke tas til følge.

10 Utformingen av slutningen i kjennelsen. Særlig om Lividis påstand punkt 3

Under henvisning til Lividis påstand punkt 1 og 2, sist revidert ved prosesskriv 5. november 2021, bemerker lagmannsrettens flertall følgende: For det første er påstandens punkt 1 og 2 nå begrenset til å gjelde programvare eller kildekode som er utviklet av Lividi etter 28. januar 2020. Flertallet er enig i Forsvarsmateriells påpekning av at behovet for denne avgrensningen idet den opprinnelige påstanden fra Lividis side gikk lenger enn det hovedkravet gir grunnlag for. Ved Lividis etterfølgende revidering er dette nå hensyntatt.

Forsvarsmateriell har anført at Lividi knyttet til begrepene «direkte eller indirekte å gi» tilgang, samt «interne virkemåter» for programvaren, representerer en utvidelse av påstanden, jf. den tidligere påstanden for byfogdembetet. Flertallet er ikke enig i dette, og anser endringene som nødvendige presiseringer og konkretiseringer for å tydeliggjøre forføyningskravet. Flertallet finner også at begrepene har et tilstrekkelig presist innhold.

I Lividis påstand punkt 3 er det angitt at forbudene i punkt 1 og 2 også skal omfatte andre tredjeparter forutsatt et nærmere angitt forhold («så langt tilgangen eller innsynet slike tredjeparter gis helt eller delvis har annet formål enn bruk av Hermod-systemets programvare innenfor

totalforsvaret»). Flertallet finner at Livids påstand punkt 3 ikke kan føre frem. Flertallet peker på at begrunnelsen for at det gis midlertidig forføyning er fundert i de særlige forhold som kan utledes av de konkretiserte planer om teknologioverføring av Hermod-systemet, herunder programvaren, og siktemålet om industrialisering og kommersialisering på Kongsberg Gruppens hånd. Flertallet kan ikke se at dette utløser og berettiger tilsvarende forbud i relasjon til andre tredjeparter. Dette må i hvert fall gjelde slik som denne saken er anlagt og argumentert med fra Lividis side. For øvrig kan flertallet vanskelig se at påstandens punkt 3 tar opp i seg forhold som ikke allerede følger av 2020-avtalen.

På denne bakgrunn utformes den midlertidige forføyningen i tråd med Lividis påstand punkt 1 og 2.

11 Søksmålsfrist

Forsvarsmateriell har i sitt avsluttende innlegg anmodet lagmannsretten om å sette en kort søksmålsfrist dersom Lividi gis medhold. Livid har ikke motsatt seg dette.

Lagmannsrettens flertall er enig i at det bør settes en kort søksmålsfrist, og viser her til at det har gått omtrent ett år siden Lividi begjærte midlertidig forføyning i saken og at nærværende forføyning er forankret i Lividis opphavs- og eierrettigheter i 2020-programvaren. Det vises videre til at 2020-avtalen har en varighet til 30. juni 2022. For øvrig vises også til at den midlertidige forføyningssaken, i hvert fall nå for lagmannsretten, har vært meget omfattende og bredt anlagt og bør i stor grad kunne danne grunnlag for den videre behandling. Etter dette settes det en søksmålsfrist på én måned fra forkynnelse av lagmannsrettens kjennelse.

12 Sakskostnader

Lividi AS har etter dette «i det vesentlige» vunnet saken for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 annet ledd, og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på å få erstattet sine sakskostnader. Lagmannsretten har vurdert, men ikke funnet grunn til å anvende unntaksregelen i tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Det foreligger ikke tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta Forsvarsmateriell helt eller delvis for erstatningsansvaret.

Advokat Rieber-Mohn har inngitt sakskostnadsoppgave for lagmannsretten, der det er krevd dekket 1 125 172 kroner, som i sin helhet er salær, for 299,5 timers arbeid. Det er ikke krevd merverdiavgift, da Lividi har fradragsrett for merverdiavgift. Forsvarsmateriell har protestert på sakskostnadskravet. Det er anført at timebruken er for høy. Forsvarsmateriell har videre opprettholdt innsigelsene mot Lividis sakskostnadskrav for byfogdembetet.

Lagmannsretten mener sakskostnadskravet er noe for høyt.

Selv om saken også for lagmannsretten har vært omfattende, og det har blitt fremsatt ny dokumentasjon, har hovedtrekkene i saken i hvert fall til dels vært godt kjent for Lividi. Det vises her til at det også ble nedlagt et høyt timeantall under behandlingen i byfogdembetet. Det bemerkes imidlertid at sakens faktum på sentrale punkter har vært bedre belyst under lagmannsrettens behandling, herunder fremleggelsen av arbeidsdokumentene fra mars 2020, sentral e-postkorrespondanse internt i Forsvarsmateriell, møtereferatet fra møtet mellom Forsvarsmateriell og Kongsberg Gruppen 17. desember 2020 og Gartner-rapporten. Ankesaken for lagmannsretten har også innebåret en rettslig dreining av Lividis anførsler som nødvendigvis har medført behov for grundig argumentasjon og underbygning opp mot faktum. Lagmannsretten har i det vesentlige vært enig med Lividi hva gjelder sakens springende punkter. På den bakgrunn mener lagmannsretten at Lividis sakskostnadskrav i stor grad må anses nødvendige og forholdsmessige, men slik at det er grunnlag for en viss reduksjon. Lividis rimelige og nødvendige kostnader for lagmannsretten settes etter dette skjønnsmessig til 800 000 kroner, inkludert rettsgebyret for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 25-5 første ledd.

Lagmannsretten legger sitt resultat til grunn når den avgjør krav på sakskostnader for lavere instanser, jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd. I byfogdembetet ble det inngitt sakskostnadsoppgave der det ble krevd 526 988 kroner. Forsvarsmateriell har også anført at timeantallet for byfogdembetet var for høyt. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Som allerede nevnt har dette vært en omfattende sak. Kostnadene anses derfor som rimelige og nødvendige og tilkjennes, jf. tvisteloven § 20-5. I tillegg kommer rettsgebyret for byfogdembetet på 2 930 kroner.

Kjennelsen er avsagt med slik dissens som fremgår ovenfor.

SLUTNING

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