

Land	Norge
Domstol	Borgarting lagmannsrett
Parter	Mysoft AS mod Norske Kiropraktorer Servicekon- tor AS
Dato for afgørelse	14. december 2017
Afgørelsestype	Dom
Status	Retskraftig
Dato for publicering i domsdatabasen	10. juni 2020
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	s. 155, 233, 416
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik køb af udstyr og ydelser samt råderet over programmet. Systemet led af væsentlige mangler. Parterne var uenige om, hvorvidt forholdet skulle behandles efter reglerne om mangler, forsinkelser eller begge dele, da kunden ibrugtog en del af den samlede leverance inden godkendelsesprøven. Retten fandt, at forholdet skulle afgøres efter reglerne for mangler, hvorfor kunden ikke havde krav på bod for forsinkelse efter kontraktens bestemmelser herom. Parterne var også uenige om, hvorvidt leverandøren havde ret til at nægte at afhjælpe mangler og fjerne kundens adgang til systemerne under henvisning til, at kunden manglede at betale fremsendte fakturaer. Retten fandt, at leverandøren ikke havde krav på de fremsendte fakturaer, og nåede herefter til, at leverandøren forsætligt havde misligholdt sine forpligtelser. Kunden var derfor berettiget til at ophæve aftalen, samt kræve erstatning for påførte tab som følge af leverandørens misligholdelse.

Nøgleord: standpunktsrisiko, forsinkelse, mangler, betalingsforpligtelse, væsentlig misligholdelse, erstatning, leverandørens tilbageholdelsesret

Denne dom er hentet fra Lovdata med Lovdatas tilladelse.

Udnyttelse af afgørelser fra Lovdata til forlagsvirksomhed, distribution, drift af søgbare databaser eller til undervisningsvirksomhed kræver særskilt aftale med Lovdata. Lovdata afgør i tvivlstilfælde, hvorvidt der foreligger forlagsvirksomhed, distribution, drift af søgbare databaser eller undervisningsvirksomhed.

Videresalg af Lovdatas tjenester kræver særskilt aftale.



Borgarting lagmannsrett – Dom - LB-2016-136511-2

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2017-12-14
Publisert	LB-2016-136511-2
Stikkord	Avtalerett. IT-leveranse, kjøp av utstyr og tjenester. Programmmmer. Heving. Nach-frist. Erstatning. Sivilprosess. Tvisteloven.
Sammendrag	En forening hadde inngått avtale med en leverandør om kjøp av utstyr og tjenester og disposisjonsrett til programmer. Leverandøren ble forsinket med leveransen og nektet også å rette feil i den leverte programvaren. Det ble bl.a. anført at det ikke var feil ved den leverte programvaren og at feil var rettet. Det ble også anført at kunden ikke hadde betalt forfalte fakturaer og at selskapet derfor var berettiget til å stanse arbeidet. Når det gjaldt spørsmål om å ferdigstille det tekniske knyttet til nye hjemmesider ble det anført at kunden var forpliktet til å levere innhold til hjemmesidene som en forutsetning for at de kunne ferdigstilles. I likhet med tingretten kom lagmannsretten til at leverandøren forsettlig hadde brutt kontrakten og at det forelå et vesentlig mislighold som medførte at kunden var berettiget til å heve. Fakturene som leverandøren hadde vist til var uberettigede. Leverandøren hadde ikke innsigelser til hevingsoppgjøret. Reduksjon av salær til kundens prosessfullmektig.
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2015-94121 – Borgarting lagmannsrett LB-2016-136511-2 (16-136511ASD-BORG/03). (For kjennelse ang. bevistilgang, se Borgarting lagmannsrett LB-2016-136511-1)
Parter	Mysoft AS (advokat Kristian Johan Foss) mot Norske Kiropraktorer Servicekontor AS (advokat Jostein Ramse).
Forfatter	Lagdommer Lars Ole Evensen, lagdommer Vibeke Løvold og tingrettsdommer Vidar Toftøy-Lohne.

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett – Dom - LB-2016-136511-2.....	1
Innholdsfortegnelse.....	2
Sakens bakgrunn.....	3
Den ankende part, Mysoft AS, har i hovedtrekk anført:.....	5
Ankemotparten, Norske kiropraktorers servicekontor AS, har i hovedtrekk anført:.....	6
Lagmannsretten har kommet til samme resultat som tingretten, og bemerker:.....	7
Ad Faktura 105382.....	10
Ad Faktura 105383.....	10
Ad Faktura 105292.....	10
Oppsummering vedrørende utestående beløp.....	10
Hevingsoppgjøret.....	11
Sakskostnader.....	11
Salær og utgifter for tingretten.....	12
Omkostningsoppgaven fra Mysofts prosessfullmektig.....	14

Saken gjelder krav om heving av en kontrakt om kjøp av utstyr og tjenester samt disposisjonsrett til programmer. Saken gjelder også krav på erstatning som følge av hevingen, samt motkrav for ikke betalte vederlag dersom heving var uberettiget.

Sakens bakgrunn

Ankende part, Mysoft AS (Mysoft) leverer programvareløsninger. Selskapets målgruppe er foreninger og organisasjoner.

Ankemoparten, Norske kiropraktorers servicekontor AS (NKS) er sekretariat for Norsk kiropraktorforening. NKS' oppgaver er bl.a. å føre regnskap og medlemsregister og organisere kurs for foreningens medlemmer. NKS har også ansvaret for foreningens hjemmeside.

Kiropraktorforeningen besluttet i 2012 å anskaffe ny dataløsning til NKS. NKS og Mysoft inngikk avtale 12. desember 2012 benevnt «Avtale om kjøp av utstyr og tjenester, samt disposisjonsrett til programmer». Samme dag ble det også inngått «Avtale om kjøp av ASP-tjenester» (driftsavtale) samt «Avtale om vedlikehold og programservice». Avtalene var IKT NORGE standardavtaler, og det var Mysoft som presenterte avtalene for NKS og som gjorde tilpasninger av teksten før signering. All programvare og data tilhørende Norsk kiropraktorforening skulle i henhold til avtalen føres over fra lokal server hos NKS til ny server hos Mysoft.

Leveransen bestod av to hoveddeler, henholdsvis en hjemmesideløsning og en kjerneløsning. Sistnevnte var basert på Microsoft (MS) Dynamics CRM og bestod bl.a. av «Medlemsadministrasjon», «Kursadministrasjon», «Reskontro» og «Fakturering». Hjemmesideløsningen var basert på Microsoft Sharepoint. Her skulle det bl.a. etableres en «Min side»-løsning, kurskalender, kurspåmelder og en portal med navn «Finn kiropraktor». Hjemmesiden skulle ha en lukket side for registrerte medlemmer og en side som var åpen for publikum.

Oppstartsmøte var fastsatt til 21. desember 2012. Hjemmesiden skulle være i operativ drift senest 12. april 2013, og kjerneløsningen med selvbetjeningsfunksjoner senest 9. september 2013.

Prosjektet ble først påbegynt 9. januar 2013. Da NKS' regnskapsmedarbeider skulle gå av med pensjon i mai 2014 og det var ønskelig at NKS kunne bruke nytt faktureringssystem for regnskapsåret 2014, ble partene enige om å prioritere kjerneløsningen og å avvente noe med hjemmesiden. NKS aksepterte følgelig forsinket levering av hjemmesiden, men uten at endrede leveransetidspunkter ble formalisert.

Partene er enige om at det ble gjennomført to mislykkede konverteringsforsøk av kjerneløsningen i desember 2013. Dette resulterte i at NKS mistet en del data, herunder tre uker med e-post som aldri ble gjenopprettet. E-postene gjaldt blant annet påmeldinger til kurs.

Styreformann i NKS, Jakob Lothe, tilskrev Mysoft 24. januar 2014 og uttrykte at han var bekymret for fremdriften og ba om at saken ble gitt høyeste prioritet.

NKS tok i bruk deler av kjerneløsningen, fakturering og medlemsadministrasjon, 19. mars 2014. Første fakturering, som gjaldt medlemskontingent for 1. kvartal 2014, ble imidlertid mislykket og fakturaene måtte sendes ut på nytt med assistanse fra Mysoft. NKS behøvde også assistanse fra Mysoft ved faktureringen av 2. kvartal 2014. Faktureringen gikk bedre i 3. kvartal og var mer eller mindre feilfri i 4. kvartal 2014.

Arbeidet med hjemmesiden ble ledet av Jarle Palm i Mysoft. Partene hadde et møte i januar/februar 2013 hvor de bl.a. diskuterte design. Det var et nytt møte 2-3 uker senere hvor Jarle Palm presenterte et designforslag som NKS mente var gammeldags. NKS mente også at strukturen var svak. Det var enighet om at NKS skulle overlate designet til andre. Designet kom på plass våren 2013. Mysoft ønsket at NKS skulle undertegne på en verifiseringsprotokoll for hjemmesiden. Protokollen ble undertegnet 31. mai 2013, til tross for at NKS' ansatte mente at arbeidet med hjemmesiden på dette tidspunkt var kommet for kort til at verifiseringsprotokoll burde vært undertegnet.

Det ble etter dette tidspunkt arbeidet lite med hjemmesiden. NKS ønsket å presentere den nye hjemmesiden på foreningens fagkurs høsten 2013, men hjemmesiden var da ikke klar for presentasjon.

Daglig leder i Norsk Kiropraktorforening Jakob Lothe skrev en lengre e-post til Mysoft 2. april 2014 hvor han ga uttrykk for stor bekymring vedrørende status for leveransen som helhet.

E-posten ble besvart av Mysoft 15. april 2014. Her ble gjort gjeldende at selskapet, for å kunne arbeide videre med hjemmesiden, var avhengig av at NKS leverte innhold til den. Mysoft ønsket også å oppgradere «Microsoft Sharepoint» til en ny versjonen.

Et forslag til ny fremdriftsplan ble fremmet av Mysoft ved e-post 14. mai 2014. Her ble det også påpekt behov for konsulenttjenester for å bistå NKS for bl.a. å legge inn innhold. Dette ble besvart av NKS i e-post 23. mai 2014. Her bestilte NKS 8 dagers konsulentbistand, med en del forbehold.

Den 12. juni 2014 opplyste Mysoft v/Jarle Palm at han hadde benyttet noen av konsulenttimene til å bygge om strukturen i programmet. NKS reagerte på opplysningen og medelte i e-post samme dag at Mysoft skulle stanse konsulentarbeidet inntil videre.

Problemene kulminerte foreløpig med en e-post fra NKS til Mysoft av 27. juni 2014. NKS avbestilte da 8 dagers konsulentbistand. De ba om at «prosessen med utforming av hjemmesider legges på is inntil videre» og om at begge parter konsentrerte seg om å «ferdigstille den del av kontrakten som ligger utenfor hjemmesidens arbeidsområde».

E-posten ble besvart ved brev fra Mysoft til NKS 1. juli 2014 med overskriften «Antesipert mislighold av kontrakt». Her ble e-posten fra NKS referert som en informasjon fra NKS om at «prosjektet skal stanses for godt». NKS ble også varslet om at innvilget rabatt bortfalt og det ble opplyst at «Status for den leverte medlemsløsning er pr. d.d. at den er i full operativ drift». Mysoft opplyste videre at selskapet ikke ville yte videre tjenester «utover feilretting av innrapporterte verifiserte feil i løsningen og endelig at «Tilgang til ny hjemmesideløsning bygget/ utviklet av Mysoft i Microsoft SharePoint er med virkning fra dd. gjort utilgjengelig for Kiropraktorforeningen, men tilgang åpnes ved opphør av mislighold».

NKS besvarte brevet 4. juli 2014. Det ble presisert at e-posten av 27. juni 2014 var blitt misforstått av Mysoft og at det ikke hadde vært NKS' hensikt å avbryte kontraktsforholdet. NKS ba om et møte rett etter ferien. Mysoft gjenopprettet deretter tilgangen til hjemmesiden.

NKS engasjerte sommeren 2014 en prosjektleder, Jarle Nilsen, som utarbeidet flere rapporter om feil i de tekniske løsningene.

NKS mottok ingen informasjon fra Mysoft om at selskapet foretok rettelser utover i januar eller februar 2015. Derimot sendte Mysoft v/administrerende direktør Johannes Palm et brev 4. februar 2015 hvor selskapet viste til ubetalte fakturaer og anførte at det forelå betalingsmislighold fra NKS' side. Avslutningsvis i brevet heter det:

Mysoft vil således ikke lenger gi NKS brukertilgang til medlems- og kursløsningen. Tilgang vil bli avsluttet umiddelbart, og gjenopprettes når betalingsmislighold er opphørt. Vi vil i tillegg motregne innbetalt beløp for driftsavtale og vedlikeholdsavtale, og anser dette beløp, totalt kr 168.903 ekskl. mva, som foretatt betaling av oppgjørsfaktura og delbetaling av øvrige fakturaer.

Vi vil i tillegg informere Microsoft om at leieavtale for Microsoft Dynamics CRM skal avsluttes umiddelbart, siden NKS har misligholdt sine leveranseforpliktelser samt betalingsforpliktelser for medlems- og kursløsning basert på Dynamics CRM.

Brevet førte til at NKS begjærte midlertidig forføyning for Oslo byfogdembete, som uten å varsle Mysoft, påla selskapet ved kjennelse 10. februar 2015 å åpne «den løsning som Mysoft AS drifter for Norske Kiropraktors Servicekontor AS og å gjenoppta og fortsette tjenesteleveransen for øvrig i henhold til avtale om kjøp av ASP-tjenester, datert 12.12.2012».

NKS erklærte heving av avtalen 12. mars 2015. Hevingen ble bestridt av Mysoft ved e-post av 13. mars 2015.

Advokat Fosse sendte på vegne av NKS 31. mars 2015 en e-post til Mysoft med kravoppstilling, samlet på 1 268 362 kroner i erstatningskrav. Mysoft responderte ikke på e-posten. NKS gikk deretter til anskaffelse av nødvendige dataløsninger ved bruk av andre leverandører.

NKS reiste sak mot Mysoft for Oslo tingrett 3. juni 2015 med krav om tilbakebetaling av vederlaget som var betalt etter kontraktene, samt krav om dagbot med 35 469 kroner. Mysoft innga tilsvaret og påsto seg frifunnet. Samtidig ble det fremmet stevning i motsøksmål med krav om betaling av diverse vederlag knyttet til kontrakten med samlet 277 994 kroner.

Oslo tingrett avsa 15. april 2016 dom med slik slutning:

1. Innen 2 – to – uker betaler Mysoft AS til Norske Kiropraktors Servicekontor AS et samlet beløp på kr 1.197.919,- – kroner en million to hundre og nittisj tusen ni hundre og nitten 0/100 –, tillagt lovens rente av kr 553.885,- fra 12. april 2015, av kr 622.710,- fra 31. april 2015 og av kr 21.324,- fra 03. juli 2015 inntil betaling skjer.
2. Norske Kiropraktors Servicekontor AS frifinnes for motkravet.
3. Innen 2 – to – uker betaler Mysoft AS til Norske Kiropraktors Servicekontor AS i sakskostnader et beløp stort kr 549.533,- – kroner fem hundre og førti tusen fem hundre og trettitre 0/100.

Mysoft AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling ble holdt 31. oktober 2017 – 3. november 2017 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt 9 vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken. Dommen er ikke avsagt innen lovens frist på grunn av sykdom og stor arbeidsmengde i lagmannsretten.

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

Mysoft har ikke vesentlig misligholdt avtalen med NKS.

Partene kom aldri frem til en endelig leveranse, slik at saken må vurderes etter forsinkelsesreglene. Levering skjedde ikke 3. oktober 2014, slik NKS har anført. Leveranse skjer etter avtalen gjennom en strengt formell prosess.

Det foreligger heller ikke forsinkelse, idet NKS selv var ansvarlig for tidsforløpet og avvik fra fristene i avtalen uansett var omforent. Hjemmesideløsningen var i hovedsak klargjort, men kunne ikke sluttføres uten innhold fra NKS. En basisversjon var levert allerede i juni 2013. NKS' prosjektleder unnlot å legge inn innhold som avtalt, men fokuserte i stedet på å gjennomføre prematur testing, uten nærmere avtale. NKS reklamerte ikke på at hjemmesiden var vanskelig å bruke.

NKS medvirket ikke til leveransen slik selskapet var forpliktet til. Unnlatelsen var langvarig og forsettlig.

NKS' fagkyndige konsulent Nilsen har manglende kjennskap til den tekniske plattformen. De forhold som fra NKS' side ble anført å utgjøre mangler skyldtes blant annet endringsønsker fra NKS, at innhold ikke var lagt inn av NKS og at den rollebaserte rettighetsstyringen i sikkerhetsløsningen ikke var aktivert, samt problemer i e-posttjenesten Microsoft Exchange server.

NKS betalte ikke forfalte fakturaer. I henhold til prinsippet om ytelse mot ytelse medførte det at Mysoft heller ikke hadde plikt til å yte. Det vises til kjøpsavtalen punkt 15.3.2.c. Mysoft fikk da stansningsrett.

Misligholdsbeføyelser som følge av forsinkelse kan ikke gjøres gjeldende mot Mysoft, da årsaken til at prosjektet ikke ble levert til avtalt tid, var NKS' vedvarende og forsettlige unnlatelse av å medvirke.

For det tilfelle at leveransen var forsinket, skulle avtalens regel om at heving ikke kan skje før dagmulktperioden på 100 dager er utløpt vært fulgt, jf. avtalens punkt 15.2.1 bokstav b.

Det forelå ikke grunnlag for antasert mislighold. Mysoft hadde åpenbart leveranseevne, noe som vises ved at selskapet i samme periode leverte til to andre kunder basert på samme plattform. Mysoft hadde også vilje til å rette feil og var innstilt på å slutføre kontrakten. Mysoft har ikke misligholdt plikten etter avtalen til å rette faktiske feil.

NKS' medvirkningsplikt følger direkte av avtalen, senere spesifikk avtale under prosjektet om at NKS skulle legge inn innhold i hjemmesiden, samt partenes generelle lojalitets- og medvirkningsplikt i kontraktsforhold.

Under enhver omstendighet anføres det at leveransen ikke led av vesentlige mangler per 12. mars 2015. Hoveddelen av leveransen, kjerneløsningen, var tatt i bruk, og hadde på hevingstidspunktet vært i bruk i omkring 14 måneder. Den siste perioden fungerte systemet uten feil av særlig betydning.

Det foreligger under enhver omstendighet ikke hevingsgrunnlag. Det gjelder et skjerpet krav ved heving av tilvirkningskontrakter.

Motkravene rettet mot NKS har sin bakgrunn i kontrakten. Når det ikke var grunnlag for heving og heller ikke forelå antasert mislighold, kunne NKS ikke la være å betale fakturaene. NKS hadde ikke lenger krav på rabatt når prosjektet ikke ble ferdigstilt.

Det er nedlagt slik påstand:

I hovedsøksmålet:

1. Mysoft AS frifinnes.
2. Norske kiropraktorers servicekontor AS dømmes til å erstatte Mysoft AS' saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett.

I motsøksmålet:

1. Norske kiropraktorers servicekontor AS dømmes til å betale Mysoft AS restoppgjør med kr 277.994.
2. Norske kiropraktorers servicekontor AS dømmes til å betale Mysoft AS forsinkelsesrenter etter loven på beløpet kr 277.994 fra 23. oktober 2014 frem til betaling skjer.
3. Norske kiropraktorers servicekontor AS dømmes til å erstatte Mysoft AS' saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett.

Ankemotparten, Norske kiropraktorers servicekontor AS, har i hovedtrekk anført:

På hevingstidspunktet var løsningen som Mysoft skulle levere, ikke ferdigstilt. Den inneholdt også en rekke feil som hadde vesentlig betydning for NKS' bruk av løsningen og som heller ikke oppfylte kjøpsavtalen og rammebeskrivelsen av hvilken funksjonalitet løsningen skulle inneholde.

Mysoft var den sterke part i avtaleforholdet, og gjennom avtalen ble NKS avhengig av Mysoft.

Det må anses bevist at det forelå store problemer med den del av kjerneløsningen som var tatt i bruk i hele 2014. Det må legges til grunn at kjerneløsningen ble installert 2. oktober 2014.

NKS hadde ingen kontraktsfestet plikt til å levere informasjon til hjemmesiden. NKS har heller ikke etter avtaleinngåelsen påtatt seg plikt dette.

Mysoft må anses for å ha erkjent at løsningen ikke var ferdigstilt på hevingstidspunktet. Mysoft har stanset feiloppretting etter at Nilsens rapport ble fremlagt. Dette ble gjort i påvente av at NKS skulle betale fakturaer.

Det er ingen faktiske forhold som tilsier at Mysoft var avhengig av innhold på hjemmesiden for å ferdigstille den tekniske løsningen. Heller ikke fremdriftsplanen har noen forutsetning om slik levering av innhold. Likevel har Mysoft nektet å ferdigstille hjemmesiden.

Mysoft hadde ikke anledning til å bruke de ubetalte fakturaene som grunn til å ikke ferdigstille løsningen og å rette opp de feilene som Nilsen påpekte i sin rapport. Fakturaene som ble påberopt var uberettigede.

Påberopelsen av de uberettigede fakturaene som grunnlag for å stanse arbeidene utgjør i seg selv et antasipert mislighold. Dessuten gir dette hevingsadgang også på grunn av at Mysoft har handlet grovt uaktsomt, forsettlig og klanderverdig.

Ved vurderingen av hvorvidt manglende levering utgjorde et vesentlig mislighold, må det også legges vekt på at Mysoft, istedenfor å foreta utbedring og ferdigstillelse, forsettlig stengte NKS ute fra de deler av dataløsningen som NKS trengte til sin daglige drift.

NKS har ikke mottatt noen verdi som kan benyttes videre av selskapet. NKS har derfor, slik som tingretten har lagt til grunn, vært berettiget til å kreve alle betalte beløp tilbakebetalt.

NKS har også krav på at Mysoft erstatter NKS' tap i form av utgifter til å engasjere eksterne konsulenter og advokat som ble nødvendig på grunn av Mysofts mislighold. Det forelå forsettlig mislighold fra Mysofts side, slik at skillet mellom direkte og indirekte tap uansett ikke får betydning.

Mysofts krav på et økonomisk etteroppgjør på 277 994 kroner bestrides. NKS hadde rett til å heve avtalen ex tunc, og det foreligger da ingen betalingsforpliktelse.

Uansett er kravene uberettiget etter kjøpsavtalen som følge av at fakturaene som kreves betalt ikke har noen hjemmel i avtalen og fordi leveransen ikke ble utbedret eller ferdigstilt.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Mysoft AS tilpliktet å betale Norske kiropraktorers servicekontor AS' saksomkostninger for lagmannsretten.

Lagmannsretten har kommet til samme resultat som tingretten, og bemerk:

Spørsmålet lagmannsretten skal ta stilling til er om det forelå et vesentlig kontraktsbrudd fra Mysofts side som ga NKS rett til å heve avtalen av 12. desember 2012, og hvilke misligholdsbeføyelser som i tilfelle kan gjøres gjeldende.

Når det gjelder innholdet av vesentlighetskravet er det en forutsetning at misligholdet er av en slik art og/eller et slikt omfang at det gir parten «rimelig grunn for å si seg løst fra kontrakten», jf. *Hagstrøm*: Obligasjonsrett, 2. utgave 2011 side 428 øverst med videre henvisninger. Misligholdet må vurderes ut fra situasjonen på hevingstidspunktet.

Hevningserklæringen ble fremsatt av advokat Fosse 12. mars 2015 med følgende begrunnelse:

Mysoft har siden 18.2.2014 ikke tatt noen steg for å rette resterende feil i løsningen. Mysoft har heller ikke svart eller gitt noe annen respons på NKS' brev av 18.2.2015. (...) I vurderingen av misligholdets vesentlighet vektlegger NKS ikke bare at Mysoft i lang tid har unnlatt å oppfylle sine forpliktelser til å levere funksjonalitet og rette resterende feil. NKS legger også vekt på Mysofts gjentatte trusler om å stenge tilgangen til systemet, at Mysoft to ganger faktisk har tatt bort deler av og hele tilgangen til løsningen som Mysoft drifter på vegne av NKS og at Mysoft har overfakturert for tjenester under kjøpsavtalen. Vi viser til tidligere korrespondanse om dette.

Slik lagmannsretten oppfatter det, har partene under ankeforhandlingen hatt noe ulike syn på om det er riktig å vurdere misligholdet etter forsinkelsesreglene eller etter mangelsreglene. Ankemotparten oppfattes å mene at begge grunnlag er relevante, og at det uansett forelå antasipert mislighold.

Lagmannsretten bemerker at på hevingstidspunktet var Mysoft kjent med rapporten fra Nilsen der det var påberopt flere tekniske feil ved løsningen. Mysoft var i prinsippet villig til å rette en del av feilene, og oppfattes ikke å være uenig i at systemet ikke var teknisk ferdigstilt på hevingstidspunktet. Når retting ikke skjedde, var det fordi Mysoft mente seg uforpliktet til å rette feil og/eller ferdigstille systemet før NKS betalte fakturaer som Mysoft mente NKS var pliktig å betale. I denne situasjonen er det etter lagmannsrettens syn mest nærliggende å vurdere misligholdet som et spørsmål om det forelå en *mangelfull* leveranse. Dette innebærer etter lagmannsrettens syn at kontraktens bestemmelser om dagbot ikke er anvendelige. Ved mangler følger det av avtalen punkt 15.2.2.c at det foreligger hevingsrett dersom «manglende utbedring er av vesentlig betydning for Kunden». I en situasjon hvor manglende utbedring fra leverandørens side er begrunnet i forhold på motpartens side, og ikke i at utbedring er teknisk vanskelig, uoverkommelig e.l., kan lagmannsretten ikke se at det er grunnlag for et skjerpet «vesentlighetskrav» under henvisning til at saken gjelder en tilvirkningskontrakt.

NKS har anført at det forelå et antasipert mislighold. Lagmannsretten er imidlertid av den oppfatning at det forelå et aktuelt mislighold på hevingstidspunktet. Mysoft hadde i mars 2015 gjort det klart at selskapet ikke ville foreta rettelser eller ferdigstille hjemmesidene. I den situasjonen hadde ikke NKS noen grunn til å tro at Mysoft ville ferdigstille leveransen.

Den del av leveransen som gjaldt hjemmesiden, ble aldri ferdigstilt fra Mysofts side. Mysoft har påberopt at dette skyldtes at NKS hadde en forpliktelse til å levere innhold til hjemmesiden (tekst og eventuelt bilder), og at NKS ikke overholdt denne plikten til tross for gjentatte forespørsler.

NKS' sakkyndige vitne, Frode Stenstrøm, opplyste at det ved etablering av hjemmesideløsninger er vanlig at leverandøren legger inn sider/stoff som er uforståelig («testsider»), men som gjør det mulig for leverandøren å slutføre det tekniske arbeidet. Når hjemmesiden er teknisk klar og overlevert, kan kunden legge inn egen tekst og bilder mv.. Jarle Palm, som hadde ansvaret for hjemmesiden fra Mysofts side, kunne i sin vitneforklaring ikke huske noe skriftlig grunnlag for at NKS var forpliktet til å bidra, men mente partene hadde sendt e-poster om dette og snakket om det i møter. Slik lagmannsretten oppfattet Palms forklaring, mente han at han ikke kunne lage ferdig strukturen på hjemmesiden før han hadde noe innhold å legge inn. Lagmannsretten finner det

mest sannsynlig at det ville vært mulig, slik Stenstrøm har redegjort for, å teknisk ferdigstille hjemmesideløsningen uten at innholdet var klart.

Lagmannsretten finner ikke at kontrakten mellom partene kan forstås slik at den påla NKS plikt til å levere innhold til hjemmesiden. Det er ingen punkter i kontraktsdokumentene som nevner dette, og den etterfølgende korrespondansen mellom partene kan etter lagmannsrettens syn ikke forstås slik at avtalen er endret på dette punkt.

I e-post 2. april 2014 fra Jacob Lothe, der flere problemer med Mysofts leveranse tas opp, skriver han at «Vi... vil bistå Mysoft i oppbyggingen av sidene med forespeilet ferdigstilling 2. juni 2014. Dette forutsetter klare instruksjoner fra Mysoft slik at riktig informasjon blir lagt inn i riktig rekkefølge. Vi minner for øvrig om at det fortsatt gjenstår noe arbeid i forbindelse med design og funksjonalitet.»

Den 27. juni 2014 sendte Joachim Andersen på vegne av NKS en e-post til Mysoft der han ga uttrykk for at foreningen ønsket at prosessen med hjemmesiden ble lagt på is inntil videre, og at partene heller skulle konsentrere seg om ferdigstillingen av de øvrige delene av kontrakten. Denne e-posten ble av Mysoft 1. juli 2014 benyttet som begrunnelse for at rabatten etter avtalen falt bort, og at Mysoft ville kreve tilleggsbetaling for arbeidet med overføring fra Sharepoint 2011 til Sharepoint 2013. Etter møte mellom partene skrev Lothe 23. august 2014 at NKS ville revidere teksten og innholdet på hjemmesidene, og at mye innhold fantes i Word-format «som raskt og enkelt kan publiseres når løsningen er installert». Samtidig ble det bestridt at det forelå antespert mislighold fra NKS' side.

Lagmannsretten finner ikke at den nevnte korrespondanse innebærer at NKS har påtatt seg en avtaleforpliktelse til å levere innhold på hjemmesiden som forutsetning for at Mysoft skulle levere den tekniske løsningen for hjemmesiden. En så viktig avtaleforpliktelse som avviker fra kontraktsdokumentene, måtte vært vedtatt i tydeligere former. Levering av innhold kan heller ikke, som Stenstrøm har forklart, ha vært nødvendig for at Mysoft teknisk kunne ferdigstille hjemmesideløsningen. Lagmannsretten finner på dette grunnlag at den manglende tekniske ferdigstillingen av hjemmesiden var Mysofts ansvar.

Etter avtalen skulle kjerneløsningen og hjemmesiden kobles sammen. At hjemmesiden ikke var ferdigstilt, medførte at kjerneløsningen heller ikke kunne brukes fullt ut som forutsatt.

Fra NKS' side er det ført vitner og dokumentbevis som viser at det var betydelige problemer med faktureringen i de første kvartalene av 2014. Det er også på det rene at NKS mistet all e-post for en treukers periode ved årsskiftet 2013–2014. Som det fremgår av Lothes e-post til Mysoft 2. april 2014, hadde de ansatte på NKS' kontor på det tidspunktet i flere måneder opplevd tekniske problemer, noe som hadde lagt beslag på store deler av deres arbeidskapasitet.

NKS engasjerte datakonsulent Jarle Nilsen i juni 2014. Han skulle fungere som prosjektleder for NKS, bl.a. med å hjelpe NKS i forholdet til Mysoft. På dette tidspunkt var det fortsatt problemer med den del av kjerneløsningen som var levert.

Nilsen påbegynte testing av programvaren som var levert av Mysoft i september 2014. I «Testrapport nr 1 status pr 18.9» redegjorde Nilsen for at testene var gjennomført på løsningen «slik den er installert pr 12. september» dog med unntak for noen funksjonalitet som skulle installeres 24. september.

Feilene ble, som lagmannsretten forstår er vanlig i bransjen, rubrisert som A-feil, B-feil og C-feil. A-feil er «kritiske» og hindrer viktige funksjoner i løsningen. B-feil er også alvorlige feil, men man kan her finne midlertidige løsninger som gjør at systemet likevel kan fungere. C-feil er mindre alvorlige feil.

På hjemmesiden hadde Nilsen registret 5 B-feil i Testrapport nr 1. I test nr. 1 avdekket Nilsen bl.a. at det manglet en lisensoversikt. NKS hadde betalt for lisensene, men Mysoft hadde kjøpt disse i eget navn og leid dem ut til NKS. Dette førte til at Mysoft reduserte kontraktsverdien med 129 600 kroner eks. mva.

Nilsen gjennomførte en ny test 26. september 2014, benevnt «Testrapport nr 2». Han registrerte da 9 B-feil og én A-feil.

Det er ikke fremlagt dokumentasjon som viser på hvilken måte Mysoft umiddelbart forholdt seg til testrapportene, men det ble gitt en reaksjon til NKS i en e-post fra Mysoft v/rådgiver Bakke 1. oktober 2014, hvor Bakke skrev:

I forbindelse med installasjon av endringer ift. innspill i testrapport 1, så er også endringene beskrevet i oppdrag 2100 og 2148 installert.

Det gjenstår imidlertid verifikasjon av selve installasjonen.

E-posten ble fulgt opp av Nilsen 2. oktober hvor han skriver til Mysoft v/Bakke:

Verifikasjon av installasjon

- Hva betyr det, er det klart for akseptantstest?

Bakke besvarte e-posten samme dag og bekrefter at «Selvbetjeningsfunksjoner skal nå være klart for at dere kan teste».

Testrapport nr. 3 er ikke fremlagt i saken. Nilsen foretok en ny test pr. 24. oktober 2014, «Testrapport nr 4». Det er opplyst i rapporten at «Testen omfatter hele løsningen» og at den er gjennomført på løsningen slik den ble installert 12. september, også med selvbetjeningsfunksjonene «Finn kiropraktor» og «Min side». En samlet oversikt over hvilke feil som ble avdekket i denne testen er ikke dokumentert.

Det er også vist til testrapport nr 5 i korrespondansen mellom partene, og det foreligger en testrapport nr 6, datert 28. november 2014.

NKS har i forbindelse med ankeforhandlingen forholdt seg til en rapport benevnt «Status pr 30.1.2015». Lagmannsretten legger til grunn at denne rapporten, som har samme oppsett som tidligere testrapporter, er en oppsummering av de tidligere rapportene inkludert testrapport nr. 5 og nr. 6. Statusen konkluderer med 14 A-feil, 17 B-feil og 7 C-feil.

NKS mottok ingen informasjon fra Mysoft om at selskapet foretok rettelser utover i januar eller februar 2015. Som nevnt stanset Mysoft i februar NKS' tilgang til sine datasystemer, noe som ledet til den midlertidig forføyningen 10. februar 2015 hvor Mysoft ble pålagt å gi tilgang til løsningen.

Arne Fossheim var engasjert av Mysoft som sakkyndig og avga forklaring for lagmannsretten. Han utarbeidet en rapport 13. oktober 2017. Han opplyste at hans kunnskap om leveransen bygget på det som var skriftlig anført av partene og hva som ble vist ham av Mysoft. Han ga bl.a. uttrykk for at Nilsen hadde testet for tidlig, da alle funksjoner ikke var på plass i testperioden. Ved et bedre samarbeide med Mysoft kunne antall feil vært redusert til det halve etter Fossheims oppfatning. Han ga også uttrykk for at Nilsen ikke kjente løsningene.

NKS re-engasjerte Frode Stenstrøm som sakkyndig vitne for lagmannsretten. Hans rapport 26. januar 2016 bygger også på Nilsens observasjoner og konklusjoner samt sakens øvrige bevis. Han fulgte saken i tingretten og avga forklaring for lagmannsretten.

I oversendelsesbrevet til rapporten skriver Stenstrøm blant annet:

1. Løsningen har flere feil knyttet til informasjonssikkerhet herunder behandling av brukernavn og passord og informasjon generelt.
2. Løsningen tillater svindel, ved at systemet ikke er satt opp med rollestyring og dermed hvem som kan endre hva i løsningen.
3. Mysoft hevder at flere testpunkter er brukerfeil, men har ikke skapt den brukerdokumentasjon som er nødvendig for å unngå slike feil.

Disse feilene er såpass graverende at det er lite sannsynlig at systemet noen sinne vil bli funksjonelt uten omfattende arbeidsinnsats. Det er langt mer krevende å innføre god informasjonssikkerhet i en løsning etter at den er skapt, enn å ta dette inn som et sentralt designpunkt når løsningen skapes. Det normale er at leverandøren setter informasjonssikkerhet i fokus i sine standard leveranser. Det har ikke skjedd her.

Mysoft har fremholdt at kjerneløsningen var levert og i full operativ drift fra begynnelsen av 2014. Under ankeforhandlingen kom det imidlertid frem at det gjenstod 15-20% før denne leveransen var komplett. Lagmannsretten finner det videre sannsynliggjort at NKS hadde store problemer med å fakturere, slik det tidligere er redegjort for.

Etter lagmannsrettens syn har forklaringen under ankeforhandling fra Mysofts sakkyndige ikke gitt grunnlag for at Nilsens feilrapportering og konklusjonene til Stenstrøm ikke kan legges til grunn. Ved bevisvurderingen legges det også vekt på vitneforklaringer fra ansatte i NKS og dokumentasjon som viser at det var betydelige tekniske problemer ved løsningene i 2013–2014. Dette innebærer at kjerneløsningen må anses for å ha vært beheftet med faktiske og kontraktsmessige mangler i januar 2015. Som nevnt nektet Mysoft å utbedre manglene under henvisning til at flere fakturaer ikke ble betalt. Dersom disse fakturaene var uberettigede, finner

lagmannsretten det klart, ut fra omfanget av manglene som Nilsen har beskrevet, at det forelå et vesentlig mislighold.

Lagmannsretten vil i det følgende vurdere om NKS var i mora pr. hevningsdato.

Mysoft har vist til at tre fakturaer var ubetalte, nemlig nr. 105292, nr. 105382 og nr. 105383.

Ad Faktura 105382

Fakturaen er knyttet til konvertering av ny hjemmesideløsning fra Microsoft Sharepoint versjon 2011 til versjon 2013. Dette skulle være vederlagsfritt i henhold til tilbudet fra Mysoft. Mysoft har anført at den vederlagsfrie konverteringen var betinget av at NKS skulle slutføre sitt arbeid med de faste informasjonssider i juni 2014.

Mysoft bekreftet i en e-post 15. april 2014 at konverteringen skulle skje vederlagsfritt. Det ble ikke tatt noe forbehold. NKS ble heller ikke varslet om betaling for konverteringen før fakturaen 14. november 2014.

Lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at det var avtalt at den vederlagsfrie konverteringen var betinget av at NKS sluttførte revisjonen av faste informasjonssider i den nye hjemmesideløsningen innen juni 2014, som anført i fakturaen. Som nevnt foran, finner lagmannsretten at kontrakten ikke påla NKS en slik medvirkningsplikt. Fakturaen var etter dette uberettiget.

Ad Faktura 105383

Denne fakturaen er benevnt «Bortfall av rabatt (kr 162800-redusert på pga av avbest.)» og med følgende utfyllende tekst: «Gjelder bortfall av rabatt som referansekode grunnet mislighold av NKF's forpliktelser vedr. ferdigstillelse av ny hjemmesideløsning innen avtalte tidspunkter».

Det fremgår ikke av kjøpekontrakten at rabatten var avhengig av at prosjektet ble gjennomført som forutsatt, selv om nok det var forutsatt fra Mysofts side. I Bilag 9 til kjøpekontrakten er rabatten benevnt: «Rabatt som samarbeidspartner (avtale innen 15.12.12), 20%». Rabatten forutsatte følgelig også en rask kontraktsinngåelse, med andre ord et godt tilbud fra leverandøren for å få avtalen undertegnet før årsskiftet. Som nevnt har lagmannsretten kommet til at NKS ikke hadde en forpliktelse etter avtalen til å medvirke til å levere innhold til hjemmesiden. Dette kunne heller ikke medføre bortfall av rabatten, og fakturaen er uberettiget.

Ad Faktura 105292

I Mysofts brev av 13. mars 2015 er fakturaen betegnet som» ... sluttoppgjør for leveransen». Fakturaen, som er datert 30. september 2014, har to omtvistede poster. Den ene posten gjelder et beløp på 27 000 kroner eks. mva. for konsulentbistand for gjenåpning av tilgangen til hjemmesiden i juni 2014 etter at Mysoft hadde stengt den noen tid tidligere under henvisning til antasert mislighold fra NKS' side. Lagmannsretten har som nevnt kommet til at NKS ikke har misligholdt sine forpliktelser etter avtalen. Det var derfor ikke grunnlag for å stenge hjemmesiden.

Den andre posten det er tvist om gjelder et beløp på 34 375 kroner eks. mva. for feilretting. Dette gjelder retting av feil ved Mysofts egen leveranse, som ikke kan faktureres særskilt.

Også denne fakturaen er dermed uberettiget.

Oppsummering vedrørende utestående beløp

Lagmannsretten finner det etter dette sannsynliggjort at det pr. hevningstidspunktet ikke eksisterte forfalte utestående krav som ga Mysoft rett til å stanse videre arbeider med leveransen.

Hensett til at hjemmesiden ikke var teknisk ferdigstilt og de feil som var avdekket med kjerneløsningen og Mysofts avvisende holdning til å rette feil, finner lagmannsretten at det forelå et mislighold fra Mysofts side av et slikt omfang at det ga NKS en rimelig grunn til å si seg løst fra kontrakten på hevingstidspunktet. NKS hadde dermed rett til å heve kontrakten.

Hevingsoppgjøret

Kjøpskontraktens punkt 15.4 regulerer i utgangspunktet erstatningsoppgjøret ved heving grunnet leverandørens mislighold.

Bestemmelsen inneholder ansvarsbegrensninger, jf. bokstav a og c. Disse gjelder imidlertid ikke dersom den misligholdende part har opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig, jf. punkt c andre avsnitt. Lagmannsretten finner det klart at Mysofts kontraktsbrudd var forsettlig. Selskapet var kjent med situasjonen og valgte bevisst ikke å ferdigstille hjemmesiden eller rette de feil som var påpekt av NKS ved kjerneløsningen.

NKS skal således ha dekket tap som fulgte av Mysofts mislighold så lenge tapene kan anses som adekvate.

NKS har krevd tilbakeført delbetalinger med til sammen 622 710 kroner. NKS har opplyst at det leverte ikke kunne benyttes av NKS ved etablering av alternativ løsning etter hevingen. Dette er ikke bestridt av Mysoft. Ved heving av kontrakt skal erlagte ytelser tilbakebetales. Det påløper i tillegg lovens forsinkelsesrente fra 30 dager etter påkrav 31. mars 2015, med andre ord fra 31. april 2015. Mysoft har ikke fremmet innsigelser til beløpets størrelse.

Videre har NKS krevd dekket 134 563 kroner som gjelder forskuddsbetalt vederlag etter drifts- og vedlikeholdsavtalen. Mysoft har ikke fremmet innsigelser til beløpets størrelse. Lagmannsretten legger til grunn at verdien av disse tjenester gikk tapt som følge av hevingen. I tillegg skal NKS betale lovens forsinkelsesrente fra 30 dager etter påkrav 12. mars 2015, det vil si fra 12. april 2015.

NKS har videre krevd erstatning med til sammen 440 646 kroner. Beløpet omfatter utgifter/tap for NKS som følge av de problemer som var tilknyttet leveransen. Det gjelder honorar til Jarle Nilsen med 278 840 kroner, 140 482 kroner til advokatfirmaet Føyen og 21 324 kroner til Viken Regnskap. Alle postene anses av lagmannsretten som nødvendige og påregnelige følger av de problemer som oppsto.

NKS skal etter dette tilkjennes erstatning med 440 646 kroner. I tillegg påløper forsinkelsesrente fra 30 dager etter påkrav.

På denne bakgrunn forkastes anken.

Sakskostnader

Mysoft AS har tapt ankesaken og skal i medhold av tvisteloven § 20-2 erstatte NKS' sakskostnader for lagmannsretten. Lagmannsretten finner ikke at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å gjøre unntak fra sakskostnadsansvaret i medhold av § 20-2 tredje ledd.

Tvisteloven § 20-5 bestemmer at parten skal ha dekket alle partens nødvendige utgifter. Ved vurderingen av om kostnadene har vært nødvendige, legges det vekt på om det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem. Om denne vurderingen heter det i Ot.prp.nr.51 side 448 venstre spalte nest siste avsnitt:

De kostnadene det kreves erstatning for, må altså stå i rimelig forhold til sakens betydning. Partene og deres prosessfullmektiger oppfordres dermed til å tilpasse forberedelsen av saken i samsvar med dette.

Selv om loven krever at salær oppgaven skal inneholde opplysninger om medgått tid på tre stadier, jf. tvisteloven § 20-5 tredje ledd femte punktum, er det i forarbeide understreket at det er totalkravet som er avgjørende, jf. Ot.prp.nr.51 side 448 venstre spalte nest siste avsnitt siste punktum.

Advokat Ramse har fremmet et salærkrav for lagmannsretten stort 418 280 kroner inkl. mva. I tillegg er det fremmet krav om dekning av utgifter til vitnet Jarle Nilsen som fulgte forhandlingene med 79 405 kroner og til det sakkyndig vitnet, Frode Stenstrøm som også fulgte forhandlingene, med 117 238 kroner. Samtlige beløp inkludert 28,5% av 25% mva. som følge av at NKS kun får fradrag for 71,5% mva. Dette prinsipp er fulgt av lagmannsretten ved fastsettelse av merverdiavgiften på salær og kostnadsbeløp.

Det er ikke fremmet innsigelser mot kravets omfang fra motparten. Retten varslet ankemotparten ved ankeforhandlingens avslutning at retten vurderte å nedsette kravet av eget tiltak, jf. tvisteloven § 20-5 femte ledd.

For advokat Ramses arbeid er det lagt til grunn en timepris på 2 850 kroner eks. mva. (timeprisen er beregnet av lagmannsretten). Det er opplyst at det er brukt 16,5 timer frem til inngitt tilsvare og 72,25 timer frem til ankeforhandling. I tillegg er det brukt 15,75 timer på Mysofts begjæring om å få oppnevnt en sakkyndig og 9,25 timer på Mysofts begjæring om bevistilgang. For avholdt ankeforhandling er det beregnet 30 timer.

Lagmannsretten finner at salærkravet er for høyt, og da særlig knyttet til den tiden som er benyttet frem til ankeforhandlingen. Også tidsforbruket på begjæringen om bevistilgang er noe høyt. Salærkravet må også ses i sammenheng med det salær som ble tilkjent i tingretten. For tingretten fremmet ankemotpartens prosessfullmektig et salærkrav på 394 652 kroner. Sammenlagt med salæret som er krevet for lagmannsretten, utgjør dette omlag 68% av hovedkravet i saken (1 179 919 kroner). Sett i forhold til sakens betydning for parten, og at det også tilkommer øvrige sakskostnader, er et så høyt salærkrav etter lagmannsrettens syn uforholdsmessig.

Fra tilsvare og frem til ankeforhandlingen har retten mottatt to korte prosesskriv fra advokat Ramse knyttet til ankesaken. De øvrige prosesskrivene gjelder de to begjæringene fra advokat Foss. Tidsforbruket for dette arbeidet er særskilt angitt av advokat Ramse.

Advokat Ramse var prosessfullmektig i tingretten og kjente således saken godt. Saken stod tilnærmet i samme stilling for lagmannsretten som for tingretten, med unntak av at Mysoft engasjerte en sakkyndig for lagmannsretten som utarbeidet en ny rapport. Saken kan ikke sies å reise spesielt vanskelige juridiske spørsmål.

Hensyntatt at advokat Ramse hadde prosedert saken i tingretten og at antall prosesskriv i lagmannsretten har vært få, finner lagmannsretten at timetallet til forberedelse må reduseres skjønnsmessig til 50 timer. Nødvendig arbeid med begjæring om oppnevning av sakkyndig fastsettes skjønnsmessig til 10 timer.

Samlet antall timer som da skal honoreres er 115,75 timer à 2 850, som utgjør 329 887 kroner, avrundet til 330 000 kroner med tillegg av mva. (28,5% av 25) hvilket gir et samlet honorarkrav på 353 512 kroner.

I tillegg kommer direkte utlegg til Frode Stenstrøm og til Jarle Nilsen, til sammen 196 643 kroner inklusive mva. Det er ikke oppgitt antall timer de har arbeidet eller timepris.

Jarle Nilsen har krevd et honorar på 79 405 kroner. Han fulgte forhandlingene i lagmannsretten som varte i 30 timer. Nødvendige forberedelser til ankesaken, herunder samtaler med representanter for NKS og advokat Ramse, fastsettes skjønnsmessig til 10 timer. Han utførte det samme arbeidet for tingretten. Lagmannsretten legger til grunn en timepris på 1 100 kroner og med tillegg av mva. gir dette et samlet honorar, avrundet, til 47 000 kroner (40 timer x 1 100 kroner x 28,5% av 25%). Lagmannsretten finner etter dette at Nilsens faktura er noe høy, og nødvendige kostnader fastsettes skjønnsmessig til 50 000 kroner inkl. mva.

Det sakkyndige vitnet Frode Stenstrøm har fakturert NKS med 117 238 kroner. Han fulgte også forhandlingene i lagmannsretten. Dette er ikke uvanlig, og må i dette tilfellet aksepteres som adekvat tidsbruk. Om man benytter samme timepris som for Nilsen har Stenstrøm benyttet en god del mer tid til forberedelser. Bakgrunnen for dette er ikke opplyst. Hans rapport var utarbeidet i forbindelse med tingrettsbehandlingen og skulle nå ikke medføre meromkostninger. Han var således godt kjent med saken fra tingrettsbehandlingen. Lagmannsretten mener derfor at det ikke er noen grunn til at Stenstrøms faktura skal være så vidt høy og fastsetter nødvendige kostnader skjønnsmessig til 60 000 kroner inkl. mva.

Samlet krav som etter dette skal erstattes av Mysoft for lagmannsretten utgjør 463 512 kroner.

Salær og utgifter for tingretten

Twisteloven § 20-9 andre ledd bestemmer at ankedomstolen legger sitt resultat til grunn når den avgjør krav på sakskostnader for lavere instanser.

NKS har vunnet saken også for tingretten og skal derfor ha tilkjent erstatning for påløpte sakskostnader for tingretten. Tingretten aksepterte advokat Ramses omkostningsoppgave på til sammen 549 533 kroner inkl. mva. og kostnader. Av beløpet utgjorde salæret 394 652 kroner inkl. mva. Kostnadene innbefattet videre 56 710 kroner til Jarle Nilsen inkl. mva. og 89 336 kroner inkl. mva. til Frode Stenstrøm. I tillegg kommer et beløp på 7 865 kroner til utarbeidelse av et faktisk utdrag.

Når det gjelder salæret bemerker lagmannsretten at advokat Fosse, som hadde vært NKS' advokat fra sommeren 2014 og også sekretariatets prosessfullmektig, ikke fullførte saken som følge av at hun sluttet i advokatfirmaet.

Saksforberedelsen ble overtatt av advokat Siv Maanum i samme firma, jf prosesskriv 1. september 2015. Skiftet av prosessfullmektig må nødvendigvis ha medført ekstra kostnader idet Maanum måtte sette seg inn i saken. Meromkostningen ved dette er det ikke redegjort nærmere for, men kan uansett ikke kreves erstattet av motparten.

Ansvarlig advokat på saken, advokat Ramse, overtok prosessoppdraget ca. en uke før hovedforhandlingen som følge av at Maanum ikke kunne fortsette på grunn av «medisinske årsaker», jf. prosesskriv 9. februar 2016. Det ble ikke redegjort nærmere for sykdomsbildet. I litteraturen er det lagt til grunn at et skifte som følge av sykdom med herav økte omkostninger for parten, anses som nødvendige kostnader og kan kreves erstattet av motparten, jf. *Skoghøy*: Tvisteløsning, 2. utgave side 1295. Lagmannsretten legger dette prinsipp til grunn til tross for at retten har sparsomt med opplysninger om behovet for advokatskiftet.

Advokat Ramse har opplyst i omkostningsoppgaven til tingretten at det ble anvendt 53 timer frem til inngitt stevning. Lagmannsretten mener at dette tidsforbruket er vesentlig for høyt. Arbeidet ble utført av advokat Fosse som kjente saken meget godt og lagmannsretten kan ikke se noen grunn til det høye timeforbruket. Det reduseres derfor med 50% til avrundet, 26 timer.

Det er videre opplyst at det er anvendt 92,7 timer frem til hovedforhandling. Om dette tidsforbruket er følgende opplyst i omkostningsoppgaven:

Ekstra utgifter er påløpt på grunn av behovet for sakkyndig vitne som følge av saksøkerens [feilskrift for saksøkte] anklager mot Jarle Nilsen og behovet for skifte av prosessfullmektig som følge av medisinske årsaker.

Når det gjelder tidsforbruket for denne perioden aksepterer lagmannsretten at advokat Ramse måtte benytte ekstra tid som følge av advokatbytte rett før hovedforhandlingen. Han hadde dog vært ansvarlig partner på saken, og lagmannsretten finner det sannsynliggjort at han derfor kjente til hovedtrekkene i tvisten med Mysoft. Skjønnsmessig fastsetter lagmannsretten nødvendig ekstraarbeide til 15 timer.

Advokat Ramse har videre opplyst at det påløp ekstraarbeid som følge av at NKS engasjerte en sakkyndig. Dette tidsforbruket er heller ikke spesifisert. Lagmannsretten finner at det meste av arbeidet i forhold til den sakkyndige må ha blitt utført av Jarle Nilsen som var prosjektleder for NKS, men det var sannsynligvis også kontakt med advokat Ramse. Skjønnsmessig fastsetter lagmannsretten at advokat Ramse har benyttet 6 timer til dette arbeidet.

Det gjenstår etter dette, avrundet, 72 timer, for perioden frem til hovedforhandlingen, som lagmannsretten finner er for høyt. Saken var godt opplyst ved brev, møter og e-poster gjennom hele 2014 og frem til hevingstidspunktet i mars 2015. Advokat Fosse hadde også sendt grundige brev til Mysoft i 2015 hvor hun hadde redegjort for sakens faktiske og rettslige sider. Foreliggende korrespondanse burde være et godt utgangspunkt for den videre saksforberedelse.

Lagmannsretten reduserer nødvendig timeforbruk med 30 timer, til 42 timer. I tillegg kommer 21 timer merarbeid som følge av advokatskifte og engasjement av en sakkyndig. Samlet skal Mysoft erstatte 63 timer for arbeid med saken frem til hovedforhandlingen.

Advokat Fosses timer ble fakturert med 2 000 kroner timen. Lagmannsretten legger til grunn at samme timepris ble benyttet av advokat Maanum. Arbeidet som er utført av advokat Ramse er fakturert med 2 500 kroner pr. time (Timeprisene er beregnet av lagmannsretten.)

Advokat Fosse skal ha dekket 26 timer frem til inngitt stevning, hvilket utgjør 52 000 kroner. For perioden frem til hovedforhandling legger lagmannsretten til grunn at advokat Fosse og advokat Maanum samlet arbeidet 20 timer, hvilket utgjør 40 000 kroner. Advokat Ramse skal ha honorert de resterende timene, 43 timer, hvilket utgjør 107 500 kroner.

I tillegg skal advokat Ramse ha dekket 32 timer for gjennomført hovedforhandling, som utgjør 80 000 kroner. Erstatningsbeløp til prosessfullmektigene utgjør etter dette 279 500 kroner eks. mva. Med tillegg av mva. (28,5% av 25% mva.) utgjør beløpet 299 065 kroner, avrundet til 300 000 kroner.

I tillegg kommer utgifter som nevnt til Stenstrøm og Nilsen med et samlet beløp på 146 046 kroner og 7 865 kroner til faktisk utdrag. Lagmannsretten har ikke bemerkninger til disse utgiftene.

Samlet krav som etter skal erstattes av Mysoft for tingretten utgjør 453 911 kroner inkl. mva.

Tingretten har ikke beregnet rettsgebyr. NKS har imidlertid ikke bedt om retting av dommen eller anket sakskostnadsavgjørelsen. Det kan derfor ikke behandles av lagmannsretten.

Omkostningsoppgaven fra Mysofts prosessfullmektig

Lagmannsretten bemerker at denne er meget høy. Lagmannsretten gjør derfor Mysoft oppmerksom på bestemmelsen i tvisteloven § 3-8 første ledd hvor parten kan be om at retten fastsetter prosessfullmektigens godtgjøring. Fristen for en slik begjæring er én måned etter dommens forkynnelse, jf tvisteloven § 3-8 andre ledd.

Dommen er enstemmig.

Domsslutning:

- 1. Anken forkastes.*
- 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Mysoft AS 463 512 – firehundreogsekstiretusenfemhundreogtolv – kroner til Norske kiropraktorers servicekontor AS innen 2 uker fra dommens forkynnelse.*
- 3. I sakskostnader for tingretten betaler Mysoft AS 453 911 – firehundreogfemtire tusennihundreogelleve – kroner til Norske kiropraktorers servicekontor AS innen 2 uker fra dommens forkynnelse.*