

Land	Norge
Domstol	Borgarting lagmannsrett
Parter	Sparebank 1 Livsforsikring AS mod Capgemini Norge AS
Dato for afgørelse	9. juni 2008
Afgørelsestype	Dom
Status	Retskraftig
Dato for publicering i domsdatabasen	10. juni 2020
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	s. 115
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik, hvorvidt leverandøren havde forpligtet sig til at levere hele systemet til en fast pris. En leverandør havde på baggrund af en intentionsaftale om udvikling af et it-system angivet en pris på 79.544262 NOK. Trods det meget konkrete tal antog retten på baggrund af aftaledokumenternes ordlyd og parternes kommunikation mv., at der var tale om et pris-estimat, som leverandøren ikke var bundet af. Leverandøren havde rettet virksomhedens forkerte opfattelse, og der var ikke grundlag for erstatning for negativ kontraktinteresse. Sagen illustrerer, at professionelle forretningspartner under omfattende forhandlinger sædvanligvis kun kan anses for bundet, når der foreligger et endeligt kontraktdokument.

Nøgleord: prisestimat, aftalefortolkning, aftaleindgåelse

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-2007-29680

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2008-06-09
Publisert	LB-2007-29680
Stikkord	Kontraktsrett. Positiv og negativ kontraktsinteresse.
Sammendrag	En klausul i en avtale om et pilotprosjekt knyttet til levering av nye IT-løsninger til et forsikringsselskap kunne ikke forstås slik at leverandøren hadde forpliktet seg til å levere hele systemet til en fast pris. Leverandøren hadde korrigert selskapets uriktige oppfatning, og det var ikke grunnlag for erstatning for negativ kontraktsinteresse. Kontrakter mellom næringsdrivende må som utgangspunkt tolkes objektivt. Saken illustrerte det fornuftige i en hovedregel om at profesjonelle næringslivsparter under omfattende forhandlinger vanligvis først kan anses bundet når det foreligger et endelig kontraktsdokument.
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2005-185394 – Borgarting lagmannsrett LB-2007-29680 (07-029680ASI-BORG/02).
Parter	Sparebank 1 Livsforsikring AS (Advokat Magnus Hellesylt) mot Capgemini Norge AS (Advokat Stein Erik Hove).
Forfatter	Lagmann Anders Bøhn. Konstituert lagdommer Ragnar Eldøy. Ekstraordinær lagdommer Hilde Wiesener Haga.

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett – Dom - LB-2007-29680	1
Innholdsfortegnelse	2

Saken gjelder spørsmål om partene har inngått avtale om levering av IT-tjenester til en bestemt pris, om følgene av et eventuelt brudd på slik avtale og om det skal betales erstatning for negativ kontraktsinteresse m.v.

SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS startet på 2000-tallet arbeidet med å redusere sine utgifter knyttet til bruken av datasystemer (IT-løsninger) i forsikringsvirksomheten. Forsikringstjenestene ble administrert gjennom til sammen åtte forskjellige systemer av eldre dato, noe som ble ansett som uhensiktsmessig og unødig kostnadskrevende.

Forsikringsvirksomheten er senere slått sammen i ett selskap, SpareBank 1 Livsforsikring AS, heretter også omtalt som SpareBank 1 eller banken.

SpareBank 1 henvendte seg våren 2003 til utvalgte IT-leverandører med oppfordring om å gi tilbud på leveranse av nytt IT-system. Banken hadde utarbeidet et omfattende anbudsdokument med tilhørende aktuardokumentasjon. Det engelske selskapet Sherwood International, som i dag heter Sungard Sherwood, heretter også omtalt som Sherwood, utarbeidet i samarbeid med det norske konsultentselskapet Capgemini Ernst & Young AS (CE&YAS), et sverdokument med tilbud om levering av et system betegnet «Amarta». Sistnevnte selskap har senere endret navn til Capgemini Norge AS, heretter også Capgemini. Amartasystemet var tidligere levert til forsikringselskaper i andre land, bl.a. i Sveits. SpareBank 1 valgte å gå i forhandlinger med Sherwood og Capgemini. Som grunnlag for forhandlingen forelå ytterligere dokumenter med spørsmål fra SpareBank 1 og svar fra Sherwood. Om møtene og korrespondansen mellom partene vises til tingrettens grundige saksframstilling.

På et møte 27. november 2003, der alle tre parter var representert, ble spørsmålet om prisen for innføring av Amartaløsningen særskilt diskutert. Det er uenighet mellom partene om hvilke konklusjoner det var grunnlag for å trekke på bakgrunn av diskusjonen i møtet. Men det er enighet om at Sherwoods representant Philip Hodges vel en uke etter møtet, den 5. desember 2003, sendte en epost med overskriften «Agreed terms to develop Amarta» til lederen for IT-avdelingen i SpareBank 1, Marit Solem. E-posten inneholdt en forholdsvis omfattende talloppstilling der totale prosjektkostnader («total project cost») var angitt til 79 554 262 kroner.

Partene er uenige om denne eposten skulle forstås som et tilbud om levering av Amartaløsningen for en fast pris på 79 544 262 kroner, eller om den var et estimat som skulle være grunnlag for videre forhandlinger.

Samtalene og forhandlingene mellom SpareBank1 og Capgemini, der også Sherwood i et visst omfang deltok, fortsatte utover i 2004. Det er enighet om at de, i tillegg til spørsmålet om selve Amartaløsningen, gjaldt håndteringen av spørsmål om grensesnitt, det vil si tilpasning av Amarta til SpareBank 1's øvrige systemer og rutiner, og konvertering, det vil si overføring av eksisterende data til det nye IT-systemet. Partene gjorde 15. mars 2004 en intensjonsavtale om å gjennomføre et pilotprosjekt, det vil si en begrenset konkretisering og utprøving av Amartasystemet benyttet på visse deler av SpareBank 1's forsikringsvirksomhet. Slik Pilotavtale ble inngått 24. mars 2004. Avtalen inneholdt bestemmelser om at SpareBank 1 sto fritt til senere å fortsette forhandlingene med Capgemini med sikte på en full Amartaleveranse, og om Capgeminis forpliktelser i denne sammenhengen.

Parallelt med gjennomføringen av Pilotavtalen ble det opprettet et forhandlingsutvalg med representanter fra begge sider, og det ble holdt forhandlingsmøter i mai og et stykke ut i juni 2004. Deretter samarbeidet partene om et forprosjekt, der også Sherwood deltok, som ble startet i juni og avsluttet i oktober 2004.

I brev 28. oktober 2004 hevet SpareBank 1 alle avtaleforhold med Capgemini under henvisning til at Capgemini hadde gått fra det fastpristilbudet som etter bankens mening forelå for levering av Amartaløsningen, og anførte at Capgemini ville bli holdt erstatningsansvarlig. Partene kom etter dette ikke til enighet, og SpareBank 1 reiste søksmål mot Capgemini i desember 2005 med krav om erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse. Capgemini reiste motsøksmål på tilsvarende grunnlag.

SpareBank 1 hadde i mellomtiden innledet forhandlinger og inngått kontrakt direkte med Sherwood om levering av deler av Amartasystemet.

Oslo tingrett avsa 11. desember 2006 dom med slik domsslutning:

«Hovedsøksmålet:

1. Capgemini Norge AS frifinnes.
2. SpareBank 1 Livsforsikring AS og Spar[e]Bank 1 Fondsforsikring AS pålegges – en for begge og begge for en – å erstatte Capgemini Norge AS sakens omkostninger med kr 1 876 315 –

enmillionåttehundreogsyttisekstusentrehundreogfemten – kroner med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, fra oppfyllelsesfristen og til betaling skjer. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.

I motsøksmålet

1. SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS dømmes til som solidarisk ansvarlige, å betale til Capgemini Norge AS kr 2 326 439 – tomillionertrehundreogtjuesekstusenfirehundreogtrettini – kroner med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, fra den 09.01.2005 og til betaling skjer. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
2. SpareBank 1 Li[.]v[s]forsikring AS og Spar[e]Bank 1 Fondsforsikring AS frifinnes for Capgeminis krav på erstatning oppad begrenset til kr 5 718 697 under påstandens pkt. 2.
3. Hver av partene bærer egne saksomkostninger.»

Saksforholdet går fram av tingrettens dom.

SpareBank 1 Livsforsikring AS har anket tingrettens dom i sin helhet, bortsett fra punkt 2 i motsøksmålet. Anken gjelder bevisbedømmelsen og lovbruken. Selskapet gjør i hovedsak gjeldende:

Partene inngikk i 2004 en avtale om at Capgemini skulle levere IT-løsningen Amarta til en fast pris på vel 79,5 millioner kroner. Capgemini ga dette fastpristilbudet i møtet 27. november 2003, og det ble bekreftet i eposten 5. desember. Forpliktelsen ble så stadfestet i Pilotavtalen 24. mars 2004, som henviste til tidligere tilbud. E-posten 5. desember 2003 kan etter bankens mening ikke forstås på annen måte enn at den innebar et fastpristilbud, noe som understøttes av den senere utviklingen.

Banken bestrider tingrettens vurdering av at kravet til bevis for et fastpristilbud er skjerpet fordi prosjektet var lite egnet til fast pris. Det er for det første ikke objektive holdepunkter for at et prosjekt av denne typen er uegnet til fastpris. For det andre var rammene for utviklingsprosjektet tilstrekkelig definert. Og for det tredje var Capgemini av markedsmessige årsaker villig til å påta seg en kommersiell risiko ved å gi fastpris.

Den objektive forståelsen av tilbudet, både tolket etter sin ordlyd og i sin sammenheng, tilsier at tilbudet var en binding til fast pris. Partene hadde i hvert fall en felles subjektiv forståelse av at tilbudet representerte et fastpristilbud. Under enhver omstendighet hadde SpareBank 1 skjellig grunn for sin subjektive forståelse av at tilbudet var et fastpristilbud. Mens SpareBank 1 opptrådte aktivt for å avklare sin forståelse, gjorde Capgemini ikke noe for å korrigere partenes eventuelle avvikende forståelse. Capgemini må derfor under enhver omstendighet være bundet av SpareBank 1's forståelse ut fra den såkalte godtrostandarden.

Etterfølgende forhold indikerer sterkt at det var avgitt et fastpristilbud. Fastprisen er omtalt i en rekke dokumenter i perioden februar til september 2004. Tingretten har bare vurdert disse omstendighetene i forhold til SpareBank 1's subsidiære anførsel om konkludent atferd eller passivitet som selvstendig grunnlag for at Capgemini var bundet, og feilaktig latt være å ta hensyn til dem som et bevismoment ved vurderingen av om det i desember 2003 og mars 2004 ble avgitt et positivt tilsagn om fastpris. Pilotavtalens § 7 innebar en binding til fastpris for utvikling av Amarta, med begrensede forutsetninger som alle var oppfylt. Capgemini var ikke berettiget til å gå fra denne forpliktelsen.

Subsidiært anføres at Capgemini ble bundet på grunn av konkludent atferd eller passivitet. SpareBank 1's oppfatning av tilbudet var synbar for Capgemini. Dette går fram av epost 9. desember 2003 og referat fra forhandlingsmøter våren 2004, Capgeminis interne merknader i avtaleutkast 2. juni 2004, omforent forprosjektnotat 18. august 2004, styringsgruppemøte 20. august 2004 og omforent statusnotat 31. august 2004. Først 16. september 2004 reiste Capgemini innsigelser mot fastprisen, men dette gjaldt ikke eksistensen av den, bare spørsmålet om hensiktsmessigheten.

Regelen om avtalebinding gjennom konkludent atferd eller passivitet, det vil si lojalitetsplikten i kontraktsforhold, tilsier en umiddelbar reaksjon dersom man oppdager avvikende syn hos motparten med hensyn til avgjørende avtaleforutsetninger, jf. også prinsippene i agenturloven § 19. Capgemini ble derfor bundet til å utvikle Amarta til fast pris.

Fullmaktsspørsmål er uten betydning for saken. Pilotavtalen ble undertegnet av partenes administrerende direktører. Bankens hadde ingen grunn til å tro at de godkjennelsene som var nødvendige internt i Capgemini, ikke var ordnet da avtalen ble underskrevet.

Fastprisforpliktelsen var en opsjon for SpareBank1. Når Capgemini rettstridig gikk fra sin forpliktelse, forelå det et antesipert mislighold fra Capgeminis side, som ga banken rett til å anse ethvert avtaleforhold mellom partene som opphørt. SpareBank 1 krever erstatning slik at man stilles økonomisk som om Capgemini ikke hadde gått fra sin forpliktelse, det vil si erstatning for den positive kontraktsinteressen. Da Capgemini gikk fra denne forpliktelsen, ble det nødvendig for SpareBank 1 å kjøpe tilsvarende tjenester fra en annen leverandør. Valget falt på Capgeminis underleverandør Sungard Sherwood. Dette dekningskjøpet vil bli dyrere enn fastpristilbudet, men det hersker foreløpig uklarhet om differansens størrelse. SpareBank 1 krever derfor fastsettelsesdom for denne erstatningsposten.

At Capgemini i september 2004 tilbød å levere «et prosjekt» til 80 millioner kroner, er irrelevant i forhold til ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng. Et slikt tilbud, uten resultatansvar, har ikke samme risikoallokering som en leveranse til fast pris.

Capgeminis unnlatelse av å akseptere at det forelå bindende avtale og unnlatelse av å starte leveringen 1. november 2004, førte til at prosjektet etter leverandørskiftet først kunne settes i gang 1. april 2005. En forsinket prosjektstart på fem måneder påførte SpareBank 1 tapte besparelser knyttet til IT-drift og bemanning samt kostnader knyttet til forhandlinger med Sungard Sherwood. Det kreves fullbyrdsdom for disse tapspostene.

SpareBank 1 betalte Capgeminis faktura 13. desember 2004 for arbeid i forbindelse med pilotprosjektet, saneringsprosjektet, forprosjektet og bistand ved utarbeidelsen av såkalt «Business Case». SpareBank 1 krever dette beløpet tilbakebetalt som et ledd i det totale hevingssoppgjøret, likevel slik at det gjøres et berikelsesfradrag tilsvarende verdien av ytelsene for SpareBank 1.

Subsidiært, forutsatt at det ikke eksisterte et bindende fastpristilbud, verken gjennom dispositive utsagn eller konkludent atferd eller passivitet, krever banken den negative kontraktsinteressen dekket. Capgemini er ansvarlig for bankens negative kontraktsinteresse gjennom erstatningsbetingende opptreden under forhandlingene. Det foreligger «culpa in contrahendo» ved Capgeminis unnlatelse av å korrigere SpareBank 1's synbare og berettigede forutsetning med hensyn til fastpris. SpareBank 1's syn på tilbudet var etablert i god tro, jf. at tingretten skriver at det ikke kan ses bort fra at SpareBank 1 var blitt villedet av utsagn fra Capgemini i november og desember 2003. Capgeminis representanter forsto eller burde ha forstått at Sparebank 1 var av den oppfatningen at det forelå et fastpristilbud på levering av Amarta for 79,5 millioner kroner, og Capgemini har på erstatningsbetingende måte unnlatt å gjøre Sparebank 1 oppmerksom på at dette var uriktig. Subsidiært anføres at Capgemini på culpøs måte lot Sparebank 1 forstå at det var mulig å komme fram til et fastpristilbud på Amarta, mens selskapet var eller burde vært klar over at noe fast pristilbud på denne leveransen ikke kunne gis. Atter subsidiært anfører SpareBank 1 at dersom tilbudet fra desember 2003 er å anse som et estimat eller en prisantydning, var dette estimatet så lavt i forhold til hva det senere viste seg at Capgemini kunne levere for, at estimatet må anses som erstatningsbetingende

Når det gjelder Capgeminis kunnskap om SpareBank 1's syn på fastprisspørsmålet, har tingretten lagt til grunn at enhver henvisning til fastpris før 1. juni 2004 gjaldt et mulig framtidig fastpristilbud, og at SpareBank 1's oppfatning av at det allerede eksisterte et fastpristilbud, først ble synbar for Capgemini 1. juni 2004. Denne bevisvurderingen bestrides. Banken viser blant annet til referatene fra styringsgruppemøtene. Tingretten har lagt til grunn at Capgemini «avlivet» SpareBank 1's oppfatning om at det eksisterte et fastpristilbud i juni 2004. Også dette bestrides. De faktiske omstendighetene tingretten har lagt vekt på, er udokumenterte, og heller ikke reflektert i begivenhetsnære bevis. Det har for øvrig formodningen mot seg i sterk grad at en fragåelse av fastpristilbudet i juni 2004 ikke straks skulle føre til den samme reaksjon fra SpareBank 1 som den reaksjonen som kom senhøsten 2004.

Alternativt er det en ansvarsbetingende omstendighet at Capgemini i hvert fall lot SpareBank 1 tro at Capgemini kunne gi fastpris før prosjektstart. SpareBank 1 var berettiget til å tro at beløpet på 79,5 millioner kroner representerte et pålitelig estimat for en slik framtidig fastpris. Tingretten har ikke drøftet denne problemstillingen. Capgemini har erkjent, og tingretten har lagt til grunn, at Capgemini hele tiden hadde vært klar over at SpareBank1 ønsket fastpris. Men Capgemini har under saken gjort gjeldende at det ikke var mulig å binde seg til en fastpris før 16. september 2004, jf. prosesskriv 28. april 2006 fra Capgemini. De fasene som etter Capgeminis mening måtte gjennomføres før fastpris kunne gis, kunne først finne sted underveis i prosjektet, noe som betyr at Capgeminis syn utelukket fastprisavtale som en realistisk mulighet. Capgemini har derfor forledet SpareBank 1 til å gå inn i forhandlinger på uriktige premisser.

SpareBank 1 krever at banken stilles økonomisk som om man ikke var gått i forhandlinger med Capgemini. Det økonomiske tapet er en direkte følge av at de unødvendige forhandlingene medførte et tidstap. I mangel av andre holdepunkter legger SpareBank 1 til grunn samme tidstap som under det prinsipale ansvarsgrunnlaget.

Når det gjelder Capgeminis motsøksmål, påstås frifinnelse. SpareBank 1 er uenig i at selskapet hadde plikt til å betale Capgeminis faktura knyttet til forprosjektet. Det vises til forbehold 25. juni 2004 om at man, dersom partene ikke gikk videre med et hovedprosjekt, var innstilt på å diskutere om deler av arbeidet med forprosjektet skulle betales for. SpareBank1's prinsipale anførsel her er at det ikke er inngått noen avtale om betaling for forprosjektet i den situasjonen som oppsto. Subsidiært anføres at betalingsplikten bortfalt i og med at forprosjektet ble satt i gang under uriktige forutsetninger, både med hensyn til mulighet for kontraktsinngåelse til fast pris og med hensyn til påliteligheten av Capgeminis anslag.

Besparelsene knyttet til å ta i bruk Amarta, som altså ble forsinket på grunn av Capgeminis rettstridige forhold, anses noe mindre enn tidligere forespeilet, og det er tatt hensyn til dette ved anslaget over erstatningsbeløpet, slik det går fram av påstanden.

SpareBank 1 Livsforsikring AS har lagt ned slik endelig påstand:

«I hovedsøksmålet:

Prinsipalt:

1. Capgemini Norge AS er forpliktet til å erstatte det tap SpareBank 1 Livsforsikring AS lider som følge av at Capgemini Norge AS uberettiget trakk et tilbud om å utvikle IT-løsningen Amarta Nytt Liv til en fast pris kr 84,6 mill (etter korreksjon for forskyvning av Unit Link produkter). Erstatningsplikten er ikke begrenset til tapspostene i pkt. 2 nedenfor.
2. Capgemini Norge AS dømmes til å betale restitusjon og erstatning til SpareBank 1 Livsforsikring AS, fastsatt etter rettens skjønn og oppad begrenset som angitt nedenfor:
 - a. Erstatning for tapte besparelser knyttet til IT-drift kr 25 000 000
 - b. Erstatning for tapte besparelser knyttet til bemanning kr 10 000 000
 - c. Erstatning for kostnader knyttet til forhandlinger m.m. med Sungard Sherwood Systems Group Limited kr 1 000 000
 - d. Restitusjon av utbetalte vederlag kr 1 750 000

Subsidiært:

3. Capgemini Norge AS dømmes til å erstatte SpareBank 1 Livsforsikring AS' negative kontraktsinteresse, fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kr 38 000 000.

I begge tilfeller:

4. Capgemini Norge AS dekker SpareBank 1 Livsforsikring AS' saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten (herunder også SpareBank 1 Fondsforsikring AS' omkostninger for tingretten).

I motsøksmålet:

1. SpareBank 1 Livsforsikring AS frifinnes.
2. Capgemini Norge AS dekker SpareBank 1 Livsforsikring AS' saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten (herunder også SpareBank 1 Fondsforsikring AS' omkostninger for tingretten).

Ankemotparten, Capgemini Norge AS, gjør i hovedsak gjeldende:

Det foreligger ikke ansvarsgrunnlag for så vidt gjelder kravet om erstatning for den positive kontraktsinteressen. Det foreligger ikke noe dispositivt utsagn om fastpris fra Capgeminis side: Partene har ikke inngått en bindende avtale om levering av Amarta til en fast pris. Når det forhandles om en kontrakt, står begge parter fritt til å trekke seg uten at det oppstår ansvar for at de ikke er kommet til enighet, jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett (2002) s. 86 og Unidroit artikkel 2.15 (1). Det kreves i en slik sammenheng mye for at en profesjonell part skal kunne bygge på utsagn fra motparten, jf. Rt-1998-761.

SpareBank 1 har to alternativer for sitt prinsipale krav om erstatning, Pilotavtalen av 24. mars 2004 og konkludent atferd eller passivitet.

Pilotavtalens henvisning til tilbud kan ikke tolkes som en henvisning til en fastprisforpliktelse. For det første stammet prisene fra Sherwood. Hvis Capgemini skulle stå som hovedkontraktpartner, måtte det åpenbart

beregnes et risikopåslag. Dessuten sier Pilotavtalen ikke noe om fast pris for utvikling av Amarta, men henviser bare til partenes tidligere forhandlinger. Pilotavtalen forutsetter også, uavhengig av hva en legger i «tilbudshenvisningen», at partene er enige om avtalevilkår som anses rimelige. Henvisningen er dermed i beste fall en intensjonsavtale eller et intensjonspunkt om å bli enige om levering av prosjektet med utgangspunkt i estimat og timepriser i samsvar med tilbudet av mai 2003, forhandlingene i 2003, eposten 5. desember 2003 og de etterfølgende avklaringene fra Capgemini. Partene var ved forhandlingsbruddet i juni 2004 ikke enige om rimelige avtalevilkår. Leveringsomfang, eller «scope», var ikke avklart, og partene var derfor ikke enige om hva som skulle leveres, herunder i hvilken rekkefølge det skulle leveres.

Som en konsekvens av at man ikke ble enige om hva som skulle leveres, var det heller ikke enighet om hvilken eventuell fastpris Amartautviklingen skulle leveres til. Gjennom hele våren 2004 ble det henvist til fastpris i forhandlingsmøtene, men aldri til et bestemt beløp. Så sent som under hovedforhandlingen i tingretten endret SpareBank 1 størrelsen på det beløpet de mener var avtalt som fast pris.

Henvisningen til rimelige avtalevilkår må også ses i sammenheng med at partene etter inngåelsen av Pilotavtalen skulle forhandle om en helhetlig hovedavtale, der også levering av konvertering og grensesnitt var inkludert. Selv om retten skulle komme til at det var gitt et fastpristilbud for Amartautviklingen, kan ikke Capgemini være bundet av dette all den tid øvrige delavtaler ikke var på plass. Begge parter er profesjonelle, og det var en forutsetning i forhandlingene at partene ikke var bundet før hovedavtalen var signert av rette vedkommende. Capgemini hadde uttrykkelig gjort det klart allerede i februar 2004 at den endelige avtalen måtte godkjennes på nordisk konsernnivå i Capgemini. Ingen av dem som forhandlet for Capgemini våren 2004, hadde fullmakter til å inngå avtaler på det nivået det her er snakk om. Det går fram av dokumentasjonen at verken SpareBank 1 eller Capgemini så sent som i juni 2004 anså seg bundet, og det ble ikke forhandlet mellom partene etter juni 2004.

Tilbudshenvisningen i Pilotavtalen var, slik en rekke vitner har bekreftet, en henvisning blant annet til eposten fra Sherwood 5. desember 2003, som dermed måtte bekreftes/reetableres da Capgemini overtok som tiltenkt hovedleverandør våren 2004. Ut fra en tolking av ordlyden i eposten kan det ikke hevdes av Capgemini har avgitt noe tilbud om fast pris. E-posten er bare et prisanslag, «et estimat», på leveringen av Amartasystemet. Senere korrespondanse omtaler også dette tilbudet bare som et estimat.

Det foreligger ingen skriftlig aksept av det fastpristilbudet SpareBank 1 har innfortolket i denne eposten. Hvis fastprisen virkelig var avgjørende for SpareBank 1, måtte selskapet være nærmest til å dokumentere dette i et «Letter of Intent» eller i Pilotavtalen, eller på en annen måte få bekreftet dette før de inngikk i forhandlingene med Capgemini som ny forhandlingsmotpart. SpareBank 1 forhandlet i mars/april 2004 direkte med Sherwood om lisensavgiftene. Dette går også fram av lisensavtalen § 7. Dette gir ingen mening forutsatt at tilbudet av 5. desember 2003 skulle være et fastpristilbud, all den tid dette tilbudet inneholdt en post på 17,5 millioner kroner i lisenser, slik at disse avgiftene dermed skulle vært inkludert i en eventuell fastpris.

Partene hadde ingen felles forståelse av at det var inngått et fastpristilbud og at Pilotavtalen reetablerte dette. Intern korrespondanse i Capgemini viser at Capgemini var klar over bankens ønske om fastpris, men at Capgemini ikke hadde klarlagt hvilken prismodell som var aktuell. Det framstår som usannsynlig at Capgemini/Sherwood skulle ha gitt et slikt tilbud som SpareBank 1 anfører. Banken har vist en manglende forståelse for hva Amartaløsningen innebærer med tanke på at Amartasystemet ikke er standardmoduler, slik at SpareBank 1 var nødt til å delta aktivt i prosessen knyttet til fastleggelsen av hva systemet skulle yte. Det er heller ikke realistisk at en profesjonell aktør som Sherwood og senere Capgemini skulle ha forpliktet seg til å levere til en fast pris uten risikopåslag. Et slikt påslag er vanlig i IT-bransjen hvis det først gis fast pris. På det tidspunktet det angivelige fastpristilbudet ble gitt, var leveringsomfanget, «scope», ikke definert. Dette ble først definert 12. oktober 2004. Anbuds- og svardokumentene er ikke detaljerte nok til at en kan si at de beskriver innholdet i den ønskede leveransen i en slik grad at det kunne forventes at SpareBank 1 kunne få et bindende fastpristilbud. Bankens anbudsdokument anga bare de forretningsprosessene som skulle utvikles på nytt og hvilke behov banken hadde.

Capgemini kan ikke anses bundet på grunn av passivitet eller konkludent atferd. For å gi grunnlag for en forpliktelse må den konkludente atferden forekomme i en konkret situasjon der vedkommende hadde oppfordring til å ta forbehold hvis han ikke ville bli forpliktet. Løselige henvisninger til fastpris uten beløpsangivelse kan ikke ha ført til at Capgemini må anses å ha gitt et fastpristilbud eller inngått en kontrakt i størrelsesorden 80 millioner kroner ved konkludent atferd eller passivitet. Premissene for SpareBank 1's fastprisforutsetning var så uklare at listen må legges høyt for at det overhodet kan vurderes om det foreligger en

binding på slikt grunnlag. Capgemini forsto allerede fra starten av forhandlingene i februar 2004 at SpareBank 1 ønsket fastpris, men var ikke klar over at banken trodde den allerede hadde oppnådd dette. Opsjonen var for løs til å danne grunnlag for noen forpliktelse om fastpris. SpareBank 1 kunne ikke tiltre opsjonsavtalen før «scope» var definert. Dette skjedde først i oktober 2004, og banken valgte da å ikke tiltre opsjonen. Kontraktens innhold var ikke ferdigforhandlet.

Referatene fra forhandlingsmøtene i april til juni 2004 er uklare, og kan tolkes ulikt ut fra partenes ulike forutsetninger. Det er også avholdt en rekke møter som det ikke er referat fra. Henvisningene til fast pris er hele tiden generelle, og beløp nevnes ikke. De involverte fra Capgemini forsto først i juni 2004 at banken trodde den hadde oppnådd fastpris, og sa da fra om at dette var en misforståelse. I denne perioden og fra disse møtene finnes det nesten ikke referater, men de faktiske omstendighetene støtter opp om Capgeminis syn, jf. også den eposten som er lagt fram under ankeforhandlingen, og som bekrefter at Philip Hodges i Sherwood avkreftet fastpristilbudet overfor banken i juni 2004.

Subsidiært anfører Capgemini at dersom selskapet skulle anses for å være bundet til et fastpristilbud, enten gjennom Pilotavtalen eller gjennom konkludent atferd eller passivitet, må en slik forpliktelse anses for å være utløpt uten aksept eller avslått. Forutsetningen er at retten kommer til at § 7 i Pilotavtalen var en ensidig opsjon for SpareBank 1 til å takke ja til et fastpristilbud. I tilbudet 5. desember 2003 var det satt en akseptfrist til 29. februar 2004 av hensyn til Sherwoods/Capgeminis behov for ressursallokering. Opsjonen/Pilotavtalen var ikke tidsbegrenset, men var forutsatt å skulle gjøres gjeldende innen 30. juni 2004. Kontraktsforhandlingene ble brutt i juni 2004, og aldri senere tatt opp igjen. SpareBank 1 har aldri muntlig eller skriftlig akseptert fastpristilbudet, men tvert i mot så sent som i slutten av juni 2004 kommet med utsagn som viser at avtale ikke kunne sies å være inngått. Det forelå derfor ikke noe avtaleforhold på det tidspunktet motparten «hevet» kontrakten. Det har alltid vært en forutsetning at det skulle inngås egen kontrakt om hovedprosjektet. Også forut for forprosjektet ble det tatt eksplisitt forbehold for det tilfellet at avtalen om hovedprosjekt ikke skulle komme i stand.

Atter subsidiært anfører Capgemini at SpareBank 1's heving er utrettmessig og mangelfull. Det rettslige utgangspunktet for vurderingen av om en kan heve, er at det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd. Ikke et hvilket som helst mislighold er tilstrekkelig. Capgeminis oppfatning av fastprisspørsmålet ble tilkjennegitt ved flere anledninger, herunder skriftlig i avtaleutkast oversendt banken 7. juni og 28. juni 2004. Reklamasjon skal skje senest tre måneder etter at erstatningsgrunnlaget er oppdaget, noe som var mulig ved avsluttet pilotprosjekt. En benektelse av fastpristilbudets eksistens utgjorde ikke et vesentlig mislighold, når Capgemini samtidig og i det etterfølgende tilbød å levere Amarta for 80 millioner kroner. Det var illojalt av SpareBank 1 å heve partenes pretenderte samlede avtaleforhold når Capgemini reparerte eventuelt mislighold ved å tilby levering for dette beløpet. SpareBank 1 varslet ikke om at de mente det eventuelt forelå antasipert mislighold før de hevet. Det forelå ikke slikt antasipert mislighold, ettersom det ikke er tvilsomt at Capgemini hadde evne og vilje til å levere prosjektet.

Videre anføres at det ikke foreligger ansvarsgrunnlag for så vidt gjelder krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse. Capgemini har ikke opptrådt culpøst i kontraktsforhandlingene. Det er få eksempler i rettspraksis på at en part er blitt tilkjent erstatning for «culpa in contrahendo». Det rettslige utgangspunktet kan blant annet finnes i Rt-1998-761, og er utdypet i juridisk teori. Utgangspunktet er at det kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene, for eksempel illojalitet, uredelighet, forledelse eller lignende.

Capgemini viser her til sine anførsler ovenfor. I den grad noen av SpareBank 1's representanter var av den oppfatningen at Capgemini hadde gitt et tilbud om fast pris, oppklarte Capgemini denne misforståelsen så snart man ble klar over at den forelå. Capgemini har heller ikke generelt gitt SpareBank 1 uriktige opplysninger eller forventninger om muligheten for å komme fram til et fastpristilbud. Capgemini kunne og ville gi en fast pris på prosjektet så snart partene ble enige om hva som skulle leveres under Amartautviklingen. Dette kunne først skje etter utarbeidelse av et «scope» som var godt nok før prosjektstart. Dette var også forutsatt i bilag 1 til hovedavtalen, «grunnlagsdokumenter».

Etter bruddet i kontraktsforhandlingene i juni 2004 valgte partene å gjennomføre forprosjektet til tross for at Capgemini hadde avklart sin holdning til SpareBank 1's påstand om et bindende fastpristilbud i møter i juni 2004. Ett av resultatene av forprosjektet var et «scope» som kunne benyttes som grunnlag for å gi en fastpris. Det var på denne bakgrunnen Capgemini ved Ola Furu høsten 2004 kunne tilby å levere Amarta for 80 millioner kroner. Dette tilbudet må forstås slik at det innebar at banken kunne skru av sine eksisterende

systemer, slik at Capgeminis tilbud om levering høsten 2004 dermed innebar et ansvar for resultatet. Det «scope» som ble utarbeidet i forbindelse med forprosjektet, viser at Sherwoods estimat og beløpet som Capgemini senere forholdt seg til som et estimat og et mål for en fastpriskontrakt, var et pålitelig estimat.

Det foreligger heller ikke årsakssammenheng mellom det påberopte hevingss grunnlaget og det påståtte tapet. Forsinkelsen for banken var uavhengig av om det forelå noe fastpristilbud. Situasjonen på hevingstidspunktet ville vært den samme for banken dersom man tenker seg Capgeminis påståtte dispositive utsagn eller konkludente atferd/passivitet borte. Det datagrunnlaget Capgemini presenterte, brøt på ingen måte med SpareBank 1's opprinnelige prisforventning.

Forsinkelsen er primært skapt av SpareBank 1, som selv forsinket avtalen og prosjektstarten. Banken klarte i bestillerfasen ikke, og ville heller ikke, ta stilling til hva som skulle leveres og i hvilken rekkefølge. E-postutveksling mellom partene viser at rekkefølgen på utviklingen av Amarta for de forskjellige forsikringsproduktene så sent som i juni 2004 fortsatt ikke var klar. Videre anføres at banken ikke har slutført forhandlingene om dekningskjøp med Sherwood så raskt som mulig. Uansett var SpareBank 1 selv ikke i stand til å starte prosjektet i oktober 2004. De hadde ikke bygget opp sin prosjektorganisasjon, og hadde store problemer med prosjektledelsen. SpareBank 1 brukte de fem månedene før ny avtale med Sherwood ble inngått til å strukturere sin bestillerorganisasjon.

Påstått økonomisk tap må avkortes på grunn av SpareBank 1's medvirkning eller lempes på grunn av bankens eget forhold, jf. skadeserstatningsloven § 5-1 og § 5-2 og alminnelige obligasjonsrettlige prinsipper. Capgemini kunne levere prosjektet, og har aldri trukket seg fra det. Banken kunne ha fullført prosjektet med Capgemini og senere tatt opp den juridiske kampen om hvem som eventuelt skulle dekke de overskytende kostnadene. Banken har videre ikke sannsynliggjort at den ved dekningskjøpet har fått levert det samme som den ville fått levert av Capgemini. Beparelser ved forsinket implementering bygger på foreldete modeller fra desember 2003, og banken har ikke oppfylt sin bevisbyrde. Verken starttidspunktet for tapsberegningen eller sluttidspunktet er sannsynliggjort. Beregningen av månedlig tap er udokumentert. Capgemini kan for eksempel ikke holdes ansvarlig for om banken faktisk ville ha valgt å si opp de ansatte når systemet var ferdig implementert. Det er videre ikke lagt fram spesifikasjoner for det nye systemet slik at Capgemini kan vite om det som ble levert, er identisk med det Capgemini ville ha levert.

Når det gjelder motsøksmålet, er Capgeminis krav i samsvar med forfalt faktura for forprosjektet. SpareBank 1 har påtatt seg en forpliktelse til å betale fakturaen ved konkludent atferd/passivitet. Capgemini hadde grunnlag for å innrette seg i tråd med at partene sannsynlig ville inngå en avtale om hovedprosjektet høste 2004, slik at Capgemini uansett ville fått betalt. Det er ikke påvist mangler ved Capgeminis arbeid, og det er SpareBank 1 som illojalt har brutt forhandlingene. Capgemini krever derfor erstattet det arbeidet som ble nedlagt i forbindelse med forprosjektet. Capgemini slutters eg her til tingsrettens begrunnelse. For det tilfellet at retten skulle komme til at hevingen var berettiget og at erstatning skal betales, må fakturaen komme til fradrag. Hvis bruddet var uberettiget, er SpareBank 1 i kreditormora og må betale med tillegg av forsinkelsesrenter.

Capgemini Norge AS har lagt ned slik endelig påstand:

1. Oslo tingretts dom i hovedsøksmålet og motsøksmålet stadfestes så langt den er anket.
2. SpareBank 1 Livsforsikring AS skal erstatte Capgemini Norge AS saksomkostninger for lagmannsretten i hoved- og motsøksmålet med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall og fram til betaling skjer.

Lagmannsretten er kommet til samme resultat som tingretten. Det er dissens i retten på ett punkt.

Hovedtvisten i saken gjelder om Capgemini gjennom Pilotavtalen 24. mars 2004 forpliktet seg til å levere Amartasystemet til en fast pris på 79,5 millioner kroner dersom SpareBank 1 ønsket det, altså om det forelå en opsjon for banken. SpareBank 1's anførsel er at et slikt fastpristilbud ble satt fram allerede i et møte 27. november 2003, at det ble gjentatt i epost fra Philip Hodges til Marit Solem 5. desember 2003 og at det senere ble bekreftet gjennom Pilotavtalen. Både i tiden før og etter Pilotavtalen var begge parter etter bankens mening innforstått med at Capgemini hadde påtatt seg en slik forpliktelse. Capgemini anfører på sin side at bankens oppfatning var uriktig, og at selskapets representanter var ukjent med bankens fastprisforutsetning.

Det er enighet om at dersom det forelå et fastpristilbud, var det avgitt med forbehold for at det bare gjaldt de forsikringsprodukttypene som var aktuelle på tilbudstiden, og at det ikke ville gjelde i den grad nye forretningsmessige behov, ny lovgivning eller lignende skulle medføre endringer i SpareBank 1's

produktstruktur. Det er videre enighet om at tilbudet ikke i noe fall gjaldt tjenester knyttet til grensesnitt og konvertering.

De prismodellene som kunne være aktuelle for Capgemini's tjenester, som i alt vesentlig besto av konsulenttjenester (konsulenttimer), kan grovt inndeles i tre: Arbeid etter regning («time and material»), målpris, det vil si en prisberegning bygget på et anslag over omfanget av arbeidet med bestemmelser om kostnadsdeling hvis det tok lengre tid, eller levering til fast pris.

Lagmannsretten bemerker at tvister mellom næringsdrivende om kontraktsforpliktelser normalt vil bestå i uenighet om hvordan ett eller flere kontraktsdokumenter skal forstås og hvilke rettigheter og plikter kontrakten legger på partene. Men uenigheten kan også gjelde om partene i forbindelse med omfattende og kompliserte kontraktsforhandlinger har nådd til et punkt hvor det i realiteten er oppnådd enighet, selv om noe ferdig, fullstendig kontraktsdokument ikke foreligger. Eksempler på dette har vært oppe i Høyesteretts praksis i blant annet Rt-1998-946. I en mellomstilling står spørsmålet om hvilke rettslige forpliktelser som kan knyttes til såkalte «intensjonsavtaler» eller andre avtaler av mer foreløpig art. I denne sammenheng forekommer også avtaler om «plikt til å forhandle». Saken her kan sies å ligge i grenseland mellom disse problemstillingene, og det har vært omfattende bevisførsel og prosedyre knyttet til alle alternativene.

Selv om det som nevnt er eksempler på at man kan bli bundet også i løpet av større kontraktsforhandlinger uten at et endelig, undertegnet avtaledokument foreligger, er det etter lagmannsrettens mening naturlig å ta det utgangspunktet som er formulert av Viggo Hagstrøm i en artikkel i Lov og Rett 1995 side 595: Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold. Sammendraget er slik:

«I norsk avtalerett er det formulert en teori om «suksessiv bundethet» gjennom forhandlinger. Modellen kan ikke overføres til komplekse kommersielle avtaler der det ikke er bakgrunnsrett som kan nyttes til utfylling. I forretningslivet er det behov for å kunne gjennomføre forhandlinger om denne type avtaler uten at det oppstår bundethet underveis. Partene må ha anledning til å se det samlede forhandlingsresultat og da ta endelig standpunkt til om det kan godtas. En rekke vilkår må holdes opp mot hverandre og vurderes i sammenheng. Verken de lege ferenda eller de lege lata er det grunnlag for at domstolene skal dekretere bundethet når avtalene ikke er iverksatt og partene ikke er kommet til enighet.»

Forpliktelsen fulgte som nevnt etter SpareBank 1's mening av § 7 i Pilotavtalen 24. mars 2004. Lagmannsretten bemerker at kontraktsbestemmelsen på vanlig måte må tolkes ut fra øvrige dokumenter i saken, særlig eposten fra Philip Hodges 5. desember 2003, og ut fra bevisførselen ellers. Også dokumenter og opplysninger fra tiden etter at Pilotavtalen ble inngått, kan kaste lys over hva som ble avtalt.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i prinsippene for tolking av avtaler mellom næringsdrivende slik de er kommet til uttrykk blant annet i Rt-2005-268 (avsnitt 43) og Rt-2002-1155. Slike kontrakter bør som utgangspunkt tolkes objektivt, slik at kontraktens ordlyd tillegges stor vekt, se Rt-1994-581 som et eksempel på at Høyesterett la betydelig vekt på ordlyden. Den som hevder en forståelse i strid med kontraktens naturlige ordforståelse, har bevisbyrden for at partene hadde en annen felles forståelse på avtaletiden.

Pilotavtalen ble inngått mellom SpareBank 1 og Capgemini. Som det går fram av betegnelsen, var avtalen et slags prøveprosjekt, og ingen avtale om levering av Amartasystemet. Oppdraget Capgemini påtok seg etter avtalen, var angitt i § 1:

«Partene har avtalt å samarbeide om en pilotleveranse, blant annet for å verifisere at Amartarammeverket kan benyttes til å løse SBILFs behov for eksisterende og nye/strategiske forsikringsløsninger som ivaretar kundenes, distributørenes og sakbehandler[.]nes behov. Denne pilotavtale regulerer oppdragets utførelse, som er nærmere beskrevet i bilag 2.»

Avtalens § 7, betegnet «Øvrige vilkår», hadde i første avsnitt en bestemmelse om at SpareBank 1 skulle inngå lisensavtaler om bruk av Amarta direkte med Sherwood. I paragrafens andre avsnitt sto det:

«Etter pilotprosjektets avslutning er det SBILFs frie valg å beslutte å gå for full implementering i et påfølgende hovedprosjekt eller å skrinlegge arbeidet med Amartaløsningene fullstendig for en kortere eller lengre periode. Dersom SBILF velger å forhandle med CGE & Y om å gå videre med hovedprosjektet direkte etter pilotprosjektets avslutning, er CGE & Y forpliktet til å inngå slik avtale i tråd med tilbud, forutsatt at partene enes om avtalevilkår som anses som rimelige for den type prosjekt som skal gjennomføres.»

Pilotavtalen er altså primært en avtale, med en rekke kontraktsdokumenter som underlagsmateriale, om levering av en del- eller prøveleveranse av Amartasystemet. Men Sparebank 1's anførsel innebærer at § 7 andre avsnitt i avtalen innebar noe langt mer, nemlig en opsjon for banken til å få levert en meget stor IT-leveranse til en bestemt fast pris.

Lagmannsretten bemerker at formuleringene i § 7 framstår som ubestemte og vage, særlig sett i forhold til Amartaleveransens («hovedprosjektets») betydelige omfang og verdi. Det går riktignok fram at Capgemini er «forpliktet» til å inngå avtale om hovedprosjektet, men forpliktelsen gjelder avtale «i tråd med tilbud». Formuleringen «i tråd med» er ubestemt og bringer tankene i retning av foreliggende tilbud som et grunnlag for videre forhandlinger. Og formuleringen «forutsatt at partene enes om avtalevilkår som anses som rimelig for den type prosjekt som skal gjennomføres», understreker ytterligere bestemmelsenes karakter av intensjonsavtale.

Det er enighet om at uttrykket «i tråd med tilbud» blant annet viser til eposten fra

Sherwoods Philip Hodges 5. desember 2003. Den lød slik:

«Agreed terms to develop Amarta.

«Terms and figures presented to SB1 L&F Thursday 27th November in location of SB1. Summarized figures from the spread sheet are (NOK):

Estimated project cost for Amarta SB1LF»

Deretter inneholdt meldingen, slik det er redegjort for i tingrettens dom, en omfattende oppstilling av enkeltbeløp fordelt på tre faser, med angivelse av hvilke beløp som gjaldt Capgemini og hvilke beløp som gjaldt Sherwood med en nærmere spesifikasjon av typen virksomhet for hvert av selskapene, angitte beløp for «Offshore», det vil si kjøp av datatjenester fra andre verdensdeler som ledd i leveransen m.v. Nederst i oppstillingen var totale prosjektkostnader («Total project cost») angitt til 26 582 582 kroner for fase 1, 29 198 854 kroner for fase 2, 23 772 826 kroner for fase 3, totalt 79 554 262 kroner. Videre i meldingen sto det:

«The figures were presented based on following assumptions:

- Decision to be made before end of year
- Heavily discounted rates
- Develop individual life functionality to switch off Dakapo and PLIS
- Reuse functionality from Prolife as a[n] integrated part of Amarta

After negotiations the following has been agreed for the purpose of submission for SB1LF business case.

- Estimated cost of Phase 1 NOK 26 582 582

Phase 1 total cost of 17 MNOK

Exit fee and delivery fee are MNOK 9.5 to be paid after end of Phase 1. In addition will interest be paid MNOK 0.500.

Handling of expenses will be agreed separately with the intention to do it as cheap as possible in close corporation with SB1.

- Assumed project start 1st of March 2004
- Start of Phase 2 when Phase 1 is delivered to acceptance test, but no later than March 2005
- Estimated cost of total Amarta project is NOK 79.554.262

The above criteria are now agreed between Sherwood, CGEY and SB1 as terms valid until 29th February 2004.»

Heller ikke denne eposten er etter sin ordlyd egnet til å etablere en forpliktelse til å levere Amartasystemet til en bestemt fast pris. Uttrykket fast pris eller «fixed price» er overhodet ikke benyttet, derimot er uttrykket «estimated [project] cost» benyttet tre ganger. Ordlyden peker nokså klart i retning av at eposten var ment å gi en prisantydning eller et kostnadsoverslag.

SpareBank 1 har pekt på at oppsettet inneholder meget detaljerte priser, at det har overskriften «Agreed terms» og at det av siste setning går fram at det nå er enighet mellom Sherwood, Capgemini og Sparebank 1 om

ovenstående «criteria» som gjeldende eller gyldige betingelser («terms valid») til 29. februar 2004. Banken har anført at formuleringene viser at man her har ment å gi et bindende tilbud, og at det ikke foreligger holdbare tolkingsalternativer til den forståelsen at eposten er et tilbud om levering til fast pris.

Lagmannsretten er ikke enig i dette. E-posten ble sendt etter et møte 27. november 2003 der representanter for Sherwood la fram tilsvarende synspunkter og beregninger for SpareBank 1's hovedrepresentanter i forhandlingene, Marit Solem og Yngvar Rund, og der også salgsdirektør Jan-Fredrik Seeberg fra Capgemini var til stede. En hovedoppgave for SpareBank 1's representanter i denne perioden var å utarbeide et såkalt «business case» til styret i SpareBank 1, det vil si et saksframlegg om eventuell Amartakontrahering til bruk for styrets vurdering av om et slikt prosjekt burde gjennomføres. Det går fram av eposten at man etter forhandlinger var kommet fram til en del omforente punkter som kunne legges til grunn ved denne styrepresentasjonen, jf. uttrykket «. . the following has been agreed for the purpose of submission for SBILF business case.». Her var som nevnt angitt «estimerte» priser, og angitt at tallene blant annet bygget på en forutsetning (assumption) om sterkt reduserte (time-) priser («heavily discounted rates»). SpareBank 1 har anført at eposten ikke kan oppfattes som et tilbud om levering etter medgått tid bygget på bestemte lave timepriser, ettersom timeprisene ikke er angitt og heller ikke ble lagt fram i møtet 27. november 2003. Det er riktig at det synes bekreftet at Hodges ikke presenterte konkrete timepriser i møtet 27. november. Men lagmannsretten er likevel ikke enig i bankens argumentasjon her. Etter sin ordlyd peker eposten klart i retning av at Sherwood (og Capgemini) ga en prisantydning på hele prosjektet under en forutsetning, det vil si et løfte, om at timeprisene i hvert fall delvis eller i visse faser skulle være sterkt rabatterte. Videre inneholder eposten en rekke andre forutsetninger både for tallestimatene og de senere forhandlingene. Uttrykket «fast pris» er som nevnt ikke benyttet noe sted. Etter lagmannsrettens mening peker eposten forholdsvis klart i retning av at den ikke var ment som noe mer enn et grunnlag for videre forhandlinger om full levering av Amarta.

Lagmannsretten er heller ikke enig med SpareBank 1 i at det bare er tolkingsalternativet fastpristilbud som er forenlig med opplysningene ellers i saken. Som nevnt er det et sterkt argument mot en slik forståelse at uttrykket fast pris ikke er benyttet. Etter lagmannsrettens mening gir en naturlig lesning av meldingen ikke grunnlag for å konstatere noen motstrid mellom uttrykk som «agreed terms» og «terms valid until 29th February 2004» og det forholdet at meldingen oppfattes som et estimat, eller et prisoverslag, uten at avgiver binder seg til noen fast pris. Det er naturlig å forstå meldingen slik at estimatene bygger på flere forutsetninger: På at SpareBank 1 skal få vesentlig rabatterte timepriser («heavily discounted rates»), selv om konkrete timepriser ikke er nevnt, og på en forskyving av deler av betalingen for fase 1 til senere, betegnet som vederlag for levering, alternativt for å trekke seg fra videre avtale («exit fee and delivery fee»). Videre var det en forutsetning om bestemte tidspunkter for prosjektstart og start for fase 2 m.v. Etter lagmannsrettens mening er det naturlig å lese eposten som et tilbud om at visse betingelser aksepteres fra Sherwoods/Capgeminis side som grunnlag for forhandlinger om en endelig kontrakt.

Lagmannsretten finner videre at denne forståelsen av eposten ikke endres gjennom de vage og uforpliktende formuleringene som er brukt i § 7 i Pilotavtalen. E-posten og § 7 i Pilotavtalen må sees som en redegjørelse for partenes posisjon med sikte på endelig kontrakt om Amartaprojektet.

Bevisførselen knyttet til hvordan Pilotavtalens § 7 ble til, styrker en slik forståelse. Formuleringene i selve pilotavtaledokumentet ble utarbeidet i samarbeid mellom Capgeminis Ingar Rønning, som hadde ansvaret for kvalitetssikring av Capgeminis kontrakter, og SpareBank 1's konsernjurist Trond Kiplesund. I en epost til Kiplesund 10. mars 2004 skrev Rønning:

«Glemte å legge inn i pilotavtalen forslag til forpliktelse på fortsettelsen etter pilot. For ordens skyld; både denne eller eventuelt andre formuleringer vi kommer frem til som tjener hensikten vil jeg gjøre en intern ledelsesgodkjenning på siden det forplikter selskapet i stort omfang over en lang periode.»

Det går klart fram at Rønning her sikter til at det skal tas inn en forpliktelse for Capgemini til å stille seg villig til å stå ansvarlig for å levere Amartaprojektet etter gjennomføringen av pilotprosjektet, men at det skal være SpareBank 1's frie valg om banken ønsker å fortsette samarbeidet. Rønning formulerte dette kontraktsforslaget slik i samme epost:

«Etter pilotprosjektets avslutning er det SBILFs frie valg å beslutte å gå for full implementering i et påfølgende hovedprosjekt eller å skrinlegge Amartaløsningene fullstendig eller for en kortere eller lenger periode. Dersom SBILF velger å gå videre med hovedprosjektet er CGE&Y forpliktet til å inngå slik avtale i tråd med tilbud forutsatt at partene enes om avtalevilkår som an[s]es som rimelige for den type prosjekt som skal gjennomføres.»

De vage formuleringene som SpareBank 1 hevder innebar at banken sikret seg en bekreftelse på et tidligere fastpristilbud der akseptfristen formelt var gått ut 29. februar 2004, er altså ikke kommet inn etter initiativ fra SpareBank 1, men fra Capgemini.

Rønning har forklart at han på dette tidspunktet var ukjent med at det skulle foreligge et fastpristilbud på Amarta eller at SpareBank 1 var av en slik oppfatning, og det er etter rettens mening ikke grunn til å tvile på denne forklaringen, jf. nedenfor. Måten de aktuelle formuleringene i § 7 kom inn på, indikerer at de ikke var ment som noen bekreftelse på et fastpristilbud, men som et tilbud fra Capgemini, og for så vidt også klart i Capgeminis egen interesse, om å forplikte seg til å stille nødvendig ressurser til disposisjon med sikte på å påta seg full Amartalevering dersom SpareBank 1 ønsket dette etter gjennomføring av pilotprosjektet. Slik sett gir formuleringen klart uttrykk for en «intensjon» fra Capgeminis side, men den hadde åpenbart også praktiske konsekvenser for selskapet, ettersom det i sin interne planlegging måtte være forberedt på innenfor visse tidsrammer å stille til disposisjon nødvendig konsulentkapasitet til å kunne betjene Sparebank 1 dersom banken ville gå videre med prosjektet. Som det går fram av Rønnings epost, ville et slikt løfte om å stå til rådighet ha såpass stor betydning for selskapets interne ressursplanlegging, at det måtte godkjennes på nordisk nivå i virksomheten.

Kiplesunds svar på denne eposten bekrefter etter lagmannsrettens mening at den aktuelle formuleringen ikke kan forstås som en henvisning til et fastpristilbud. Her nevnes ikke noe om fast pris. Kiplesund svarte 15. mars blant annet slik:

«Hei Ingar,

Fin forklaring mht. begrepsbruk.

Jeg har sett litt nærmere på de alminnelige vilkår. Jeg ser nå at det kan bli vanskelig å ha de samme vilkårene både for pilotavtalen og for hovedprosjektet. Pilotprosjektet er jo et fastsatt og avgrenset opplegg, der jeg har forstått at det ikke skal være anledning til endringer. Hovedprosjektet er mer omfattende og innehar også større behov for endringer underveis. Jeg har imidlertid ikke fått helt klarhet i hvordan hovedprosjektet vil for[]løpe og hvor mange usikkerheter /uklarheter det er som knytter seg til det. Det er klart at hvis man ikke vet hvor man skal, hva man skal lage og hvordan man skal lage det, så er det nødvendig å dele dette opp. Vi kan på tirsdag forsøke å finne ut mer om det, for dermed lettere å kunne vurdere det innholdsmessige i avtalen.»

Endelig utforming av § 7 ble i samsvar med Rønnings forslag, bortsett fra at det ble tatt inn den, sett fra bankens side, mindre forpliktende formuleringen «velger å forhandle med CGE&Y om å gå videre med hovedprosjektet» enn den opprinnelige «velger å gå videre med hovedprosjektet», og at Capgeminis forpliktelse til å stå klar med de nødvendige ressurser ble tidsmessig presisert til å være «direkte etter pilotprosjektets avslutning». Her er ikke spor av noen fastprisforpliktelse.

Partene hadde 3. mars 2004 inngått en intensjonsavtale om et pilotprosjekt. Intensjonsavtalen var i store trekk lik den endelige Pilotavtalen, men de påberopte passasjene i § 7 var ikke med. Heller ikke i intensjonsavtalen var det noen henvisning til fast pris for hovedprosjektet.

Både Solem og Kiplesund hadde god anledning til å sørge for at § 7 ble formulert slik at det gikk klart fram at tilbudet gikk ut på å levere til en fast pris og hvilken pris dette skulle være. Prinsippet om at en avtale bør tolkes mot den som hadde grunn til å uttrykke seg klarere, kommer inn med tyngde her. Reelle hensyn taler etter lagmannsrettens mening mot at man i så kortfattede og upresise formuleringer, med henvisninger til tilbud der prisene i det skriftlige grunnlaget er omtalt som estimer, skal kunne få lagt inn en forståelse som går ut på at den andre parten er forpliktet til å levere så omfattende og kompliserte tjenester til en så høy pris som nesten 80 millioner kroner. Etter lagmannsrettens mening kan SpareBank 1 ikke få lagt til grunn som en avtaleforutsetning vilkår som banken ikke ville fått inn som en klausul i en skriftlig avtale, jf. her også Rt-1984-624.

Pilotavtalen ble undertegnet av administrerende direktør i Capgemini Jan Erik Karlsson og konsernsjef i SpareBank 1-gruppen Ole-Wilhelm Meyer. Det er ikke holdepunkter for at disse har hatt noen annen forståelse av Pilotavtalens § 7 enn det som går fram av ordlyden.

SpareBank 1 har med tyngde gjort gjeldende at Pilotavtalen og eposten fra desember 2003 må oppfattes som en fastprisforpliktelse når man ser dem i sammenheng med dokumentene og opplysningene ellers i saken, og at ikke minst dokumenter og uttalelser fra tiden etter Pilotavtalen viser at det var en fastprisforpliktelse som var

avtalt. Banken anfører at det er en feil at tingretten bare har vurdert etterfølgende opplysninger i forhold til spørsmålet om konkludent atferd eller passivitet fra Capgemini side, og ikke som viktige bevismomenter til støtte for selve avtaleforståelsen.

Lagmannsretten er som alt nevnt enig i at man ved vurderingen av om partene hadde en felles forståelse om at Pilotavtalen inneholdt et fastpristilbud, eller om Capgemini er bundet av en slik forståelse fordi man unnlot å korrigere SpareBank 1's avtaleforståelse, også må se på etterfølgende dokumenter og opplysninger. Men saken illustrerer det fornuftige i en hovedregel om at profesjonelle næringslivsparter under omfattende forhandlinger vanligvis først kan anses bundet når det foreligger et endelig kontraktsdokument. Ved at alle involverte er klar over at man på et visst tidspunkt går over fra det uforpliktende til det forpliktende, sikres nødvendig oppmerksomhet rundt de kontraktsformuleringene som skal avgjøre hva som skal leveres og under hvilke betingelser. Pilotavtalen inneholder slik lagmannsretten ser det «intensjonsforpliktelser» om å forhandle og stille nødvendige ressurser til disposisjon dersom motparten ønsker det, og mangler karakteren av å være en slik definitiv og bestemt forpliktelsesbekreftelse. Det er under ankeforhandlingen, som tok 18 rettsdager, lagt fram og gjennomgått en lang rekke dokumenter i tillegg til at det har vært omfattende vitneførsel. Søksmålet fra SpareBank 1 innebærer at lagmannsretten, til støtte for at Pilotavtalens § 7 skal være et avtaledokument som fastlegger en omfattende og komplisert forpliktelse på 80 millioner kroner, innbys til å vurdere og tolke en rekke eposter, møtereferater, personlige møteforberedelsesnotater og mer og mindre endrede avtaleutkastversjoner m.v. Dette er dokumenter som i utgangspunktet verken er skrevet eller blitt lest med sikte på å fastslå bindende kontraktsforpliktelser, og som partene derfor ikke har hatt noen sterk oppfordring til å legge spesielt mye arbeid i eller oppmerksomhet rundt. Som det går fram nedenfor, legger lagmannsretten til grunn at Capgemini representanter fram til juni 2004 var ukjent med SpareBank 1's anførsel om fastpristilbud, og at de oppfattet situasjonen slik at man i denne perioden var i forhandlinger om flere forhold: et totalprosjekt for Amartaløsningen, et pilotprosjekt, kontrakter om grensesnitt og konvertering og senere et forprosjekt. For Capgemini representanter gjaldt diskusjon og omtale av begrepet «fast pris» spørsmålet om å komme fram til den faste prisen man forsto at SpareBank 1 ønsket å oppnå, og som man skulle arbeide fram mot.

Lagmannsretten kan ikke se at dokumentene og forklaringene ellers i saken innebærer at SpareBank 1's syn på avtalen må legges til grunn.

Yngvar Rund har forklart både for tingretten og lagmannsretten at han oppfattet møtet 27. november 2003 slik at Philip Hodges ga et fastpristilbud på vegne av Sherwood og Capgemini. Rund reagerte derfor på eposten 5. desember fordi den inneholdt begrepet «estimates», og ikke noe om fast pris. Han har forklart at han foreslo for Marit Solem å klargjøre dette. Solem sendte 9. desember 2003 en epost til Jan-Fredrik Seeberg i Capgemini, med kopi til Rund:

«Jan-Fredrik,

Ref tlf. så det ikke skal være noen tvil:

Philip sier 'fixes scope'. Dette er det samme som fast pris. I møter med sherwood/Cap er det gitt uttrykk for at kun fundamentale endringer (eks. helt nye produktstrukturer) medfører endring av scope, og således fastprisen.

M.»

Noen svarmelding fra Seeberg eller andre i Capgemini foreligger ikke, og det er uklart hva som senere ble sagt mellom partene i forbindelse med denne eposten. E-posten er et eksempel, og det er mange av dem i saken, på upresise formuleringer som er lite egnet til å etablere et vesentlig utvidende innhold av Pilotavtalens § 7 i forhold til ordlyden. Uttrykket «fixes scope» er antakelig skrivefeil for «fixed scope», uten at man kan være helt sikker på dette. Utsagnet «Dette er det samme som fast pris», er uklart og ikke nødvendigvis riktig. At det foreligger et «fixed scope», det vil si en bestemt beskrivelse av hva leveringen skal bestå i, betyr ikke nødvendigvis at denne leveringen skal skje til fast pris. Om meldingen gjelder et avgitt fastpristilbud, eller en framtidig fastpris det skal forhandles om, går heller ikke direkte fram.

Et annet eksempel på problemet med flertydige formuleringer som ikke er skrevet med sikte på at de skal inngå i kontraktsdokumenter, er epost 16. april 2004 fra Trond Kiplesund til Ingar Rønning. På denne tiden var forhandlingene om endelige Amartaavtaledokumenter i gang mellom partene, og det ble holdt flere formelle forhandlingsmøter med representanter for begge parter til stede, deriblant L'orange og Seeberg fra Capgemini og Solem og Rund fra SpareBank 1. I eposten gjorde Kiplesund seg en del tanker om hvordan avtalestrukturen skulle være, med blant annet en overliggende hovedavtale etter samme lest som Pilotavtalen. Som bilag til

hovedavtalen foreslo han selvstendige «Områdeavtaler». Kiplesund skrev at han så for seg behovet for tre områdeavtaler:

- «- Områdeavtale Utvikling Amarta
- Områdeavtale Grensesnitt
- Områdeavtale Konvertering»

Han skrev videre:

- «For hver Områdeavtale må det være egne bilag, så som
- Kravspesifikasjon / Oppdragsbeskrivelse
- Prosjektorganisasjon
- Fremdriftsplan
- Krav til Kunden
- Vederlag og betalingsplan

[...]«

Fra Capgeminis side anføres at det her tydelig er angitt at det gjenstår å lage kravspesifikasjon og bestemme vederlag og betalingsplan for samtlige tre områdeavtaler, altså også for Amartautviklingen. SpareBank 1 anfører at en del av bilagene bare er ment å skulle utarbeides til de to andre områdeavtalene, grensesnitt og konvertering, der pris og levering ikke var fastlagt. Etter lagmannsrettens syn er Capgeminis forståelse her rent språklig den som framtrer som mest naturlig, men dokumentet må under enhver omstendighet anses lite egnet til å gi de vage formuleringene i Pilotavtalens § 7 et langt mer forpliktende innhold enn ordlyden tilsier. Et kompliserende moment er også at de forskjellige aktørene på begge sider kan ha hatt forskjellig kunnskap om og oppfatning av hvor langt man var kommet i forhandlingene, og hvilke forpliktelser som måtte anses for å foreligge, og deres oppfatning kan også ha endret seg over tid, uten at deres uttalelser, bygget på usikkert grunnlag, vil være egnet til å etablere forpliktelser for noen av partene. Retten innbys også til å ta standpunkt til usikre spørsmål om hvem av de forskjellige selskapsrepresentantene som har sett hvilke dokumenter til enhver tid. Saken illustrerer behovet for en felles forståelse i slike kontraktsforhandlinger om betydningen av konkrete avtaledokumenter.

SpareBank 1 har i stor grad forsøkt å dokumentere hvor avklart omfanget av Amartaleveringen var, for å underbygge at det er sannsynlig at fastpris var tilbudt, mens Capgemini på sin side har søkt å påvise hvor mye som etter deres mening gjensto av leveringsbeskrivelser og -forutsetninger, det vil si at det ikke forelå noe «fixed scope», slik at avtalt fast pris på dette tidspunktet hadde formodningen mot seg. Dette vil som utgangspunkt være viktige tolkingsmomenter i en tvist om endelig avtale er inngått. For lagmannsretten er det gjennomgått en rekke prosjektmandater, forslag til avtalevilkår, eposter, møtereferater, løsrevne forberedelsesnotater, powerpointpresentasjoner og dagsordendokumenter m.v., som begge parter bruker som argumentasjon for sin forståelse av i hvor stor grad omfanget av Amartaleveringen var fastlagt. En kompliserende faktor ved denne vurderingen er at det er enighet om at konvertering og grensesnitt under enhver omstendighet ikke ble omfattet av noe fastpristilbud, og at det her gjensto atskillig å forhandle om. Dette gir partene spillerom for å tolke dokumentene i samsvar med sitt syn, og på diametralt motsatt måte, enten til å gjelde Amartaleveringen eller til å gjelde leveringer som ikke var fastlagt. Lagmannsretten bemerker at et velkjent grunnlag for konflikt i «tilvirkingsleveranser» som dette er om en tjeneste skal anses som en endringsbestilling eller -levering, eller om den omfattes av den opprinnelige kontrakten, noe som i seg selv tilsier at det som skal leveres ved denne typen kontrakter, er nøye beskrevet. Men lagmannsretten ser ellers ikke grunn til å gå mer inn på denne problemstillingen, selv om partene har viet den mye tid. E-posten fra desember 2003 og Pilotavtalens § 7 gir under enhver omstendighet i seg selv liten støtte for SpareBank 1's syn på kontrakten. Opplysningene om hvor langt man var kommet i prosjektbeskrivelsen og hvilken detaljeringsgrad partene anså som tilstrekkelig til å avtale en fast pris, spriker, og tolkingsmomentet er av liten betydning slik saken ligger an.

Heller ikke dokumentene og opplysningene ellers gir grunnlag for å etablere en fastprisforpliktelse. I bilag 2 til Pilotavtalen, prosjektmandatet, også betegnet som «en evaluering av Amartarammeverket som ny strategisk systemplattform», og skrevet av Lars Kr. Smebye fra Capgemini og Marit Solem, er det et eget punkt om avtalens bakgrunn/strategiske grunnlag. Her står det blant annet:

«Det er tidligere foretatt en kartlegging av mulige leverandører og systemer. Resultatet av denne «screeningprosessen» forelå som sluttrapport pr. juni 2003. Denne konkluderte med at SBILF skulle foreta referansebesøk og forstudie, samt utarbeide et business case basert på SGSSs rammeverk Amarta. Dette ble gjort i perioden august 2003-desember 2003. Vurderingen forelå i en omfattende rapport: «Strategisk valg av systemplattform». Saken ble forelagt Styret i SBILF 4. februar 2004. Styret ga Administrasjonen fullmakt til å gå videre med et pilotprosjekt knyttet til SGSSs Amarta med en øvre økonomisk ramme på 8.5 MNOK.»

Her er ingen henvisninger til noe fastpristilbud eller til prisene i eposten fra 5. desember 2003.

SpareBank 1 har vist til en del dagsordendokumenter og møtereferater fra april 2004 og senere og anført at uttrykket «fastpris» er benyttet her på en måte som viser at SpareBank 1's syn på avtalen er riktig. Capgemini har anført at det som omtales, er den fastprisen partene forutsetningsvis skulle forhandle seg fram til. Et eksempel som er påberopt, er agenda for det andre kontraktsforhandlingsmøtet, som fant sted 23. april 2004 i SpareBank 1's lokaler. Her står det:

«Avtalestruktur

- Rammeverk / selve avtalestrukturen ITR/TK
- Hvilke dok er bilag alle
- Avtaleområder JFS/MF
 - Amarta, konv, grsnitt, drift., ??
- Grenseoppgang – hva ligger innenfor fastpris alle
- Målpris – hva er/fordeler/noe for oss JFS

- Materiell som danner utgangspunkt for kontraktsforhandlingene?»

Uttrykket «hva ligger innenfor fastpris» kan både gjelde et foreliggende fastpristilbud og henvise til fastlegging av hva som skal ligge innenfor et fastpristilbud man skal komme fram til senere. Posten målpris kan oppfattes slik at den omfatter Amartaavtaleområdet, men den kan også forstås slik at den bare gjelder grensesnitt og konvertering. Referatet fra møtet (23. april) gjør ikke forståelsen klarere. Eksempler som dette er det mange av. Lagmannsretten nevner også at administrerende direktør Jan Erik Karlsson i epost 23. april 2004 til SpareBank1's Ole-Wilhelm Meyer viser til et «meget givende møte dagen før» og gir uttrykk for glede over samarbeidet og tro på at prosjektet vil bli framgangsrikt. I meldingen står det videre at prosjektet er komplekst og grovt kan sammenfattes i seks deler, angitt som IT-prosjektet Amarta, utdanning og trening, endringsledelse («change management»), konvertering, nye grensesnitt til omkringliggende systemer og drift og forvaltning. E-posten inneholder ikke noe om at det allerede er avtalt en fast pris for Amartautviklingen.

Enkelte dokumenter støtter Capgemini's syn på saken. I en epost internt i Capgemini 11. februar 2004 fra L'orange om fordeler og ulemper ved Capgemini som kontraktspartner for SpareBank1, er det angitt at første del av en avtale med Sparebank 1 består av en del med Amarta med pris angitt til «– ca. 80 millioner (50-50 Sherwood/CGE&Y)». I epost til Marit Solem dagen etter til oppfølging av dette redegjorde L'orange for fordeler ved at Capgemini skulle være kontraktspartner. Under overskriften Fordel/Ulempe skrev han:

«Omfanget av større kontrakter krever godkjenning av nordisk ledelse. Dette for gjennomgang/forankring av de forpliktelser som inngås lokalt. Normalt sett er det formalia ved at økonomi, planer etc gjennomgås og godkjennes, men det kan også føre til justeringer av visse vilkår.»

Ulempe:

Dersom CGE&Y skal være ansvarlig for en underleverandør har vi konsernbestemmelser om visse marginer på det vi gjennomfakturerer. Prisen kan derfor bli noe høyere enn ved direkte avtaleinngåelse med underleverandøren. Dette for å dekke inn noe av den risiko vi påtar oss på vegne av kunden»

E-postens henvisning til påslag var etter lagmannsrettens mening egnet til å gjøre Marit Solem oppmerksom på at noen fast pris ikke var avtalt med Capgemini som hovedleverandør.

Det møtereferatet som taler sterkest i favør av SpareBank 1's syn, er datert 13. mai 2004, og gjelder det tredje forhandlingsmøtet mellom partene, holdt to dager tidligere. Det er skrevet av Yngvar Rund. Her står det blant annet:

«Det var behov for en grundig drøfting av de ulike aspekter ved Nytt Liv -prosjektet, siden ikke alle deltakerne i møtet hadde fulgt prosessen fra starten. For SBILF er det grunnleggende at de løsninger som utvikles gjør selskapet i stand til å terminere gjeldende fagsystemer og drive livs- og fondsforsikringsvirksomhet i henhold til krav fra myndigheter og marked. Dette skal gjøres innenfor en tilbudt fast pris og innenfor en gitt tidsperiode for delprosjektet Amartautviklingen. Møtet stadfestet dette på nytt.»

Også dette kan tolkes både som en avtalt fastpris og som en framtidig fastpris. Men lenger ut i referatet står det:

«Ansvarsforholdet i disse delprosjektene vil bli identifisert i forbindelse med den detaljert[e] kartlegging som nå [...] er i gang og som vil danne grunnlaget for delavtalene på disse områdene. En del av konverteringen og grensesnittene er omfattet av det fastpristilbud som er gitt for Amartautviklingen.

Begge parter vil identifisere omfanget av konvertering og grensesnitt i fastpristilbudet.»

Denne delen av referatet, særlig uttrykket «fastpristilbud som er gitt for Amartautviklingen», peker klart i retning av SpareBank 1's forståelse, selv om det ikke er direkte angitt om det er Sherwood eller Capgemini som har avgitt tilbudet eller står ansvarlig for det. Det kunne vært grunn for Capgeminis representanter til å få denne delen av referatet korrigert dersom de mente dette var uriktig, men møtoreferatet ble godkjent i nytt forhandlingsmøte 1. juni. Også i referatet fra sistnevnte forhandlingsmøte er det formuleringer som kan indikere at det foreligger et fastpristilbud fra Sherwood/ Capgemini. Men selv om de sees i sammenheng med bevisituasjonen ellers, kan slike enkeltstående referatdeler verken medføre at det foreligger tilstrekkelig bevis for at partene hadde en felles forståelse av at det forelå et fastpristilbud fra Capgemini, eller at Capgemini må bli bundet av en slik forståelse ut fra godtrostandarden. Ikke lenge etter, i begynnelsen av juni 2004, fikk SpareBank 1 oversendt en epost fra Capgemini med utkast til avtaledokument om priser. Her var opprinnelig angitt at «fast pris for Amarta utvikling» er avtalt til NOK XX 000.000», hvilket indikerer at prisen ikke var fastsatt. I tillegg gikk det fram av meldingen at Ingar Rønning hadde tilføyd: «Prisen for Amartautvikling er netto estimat uten tillegg for verken risikotillegg (normalt 20 %) eller tillegg for garantiarbeid». I kommentarboksen til dette punktet, som kunne leses av motparten, hadde Rønning skrevet: «Vi bør diskutere pris ut fra at vår pris var et netto estimat, mens de har tatt det til seg som en fastpris- altså inklusive normale risikopåslag og garanti- men slik er det jo ikke.» Også her har SpareBank 1's representanter fått en klar indikasjon på at noe fastpristilbud fra Capgemini ikke forelå, og at Capgemini vil måtte forhandle fram en pris med et risikopåslag dersom selskapet skulle stå som hovedleverandør med Sherwood som underleverandør.

Partene har hatt en del anførsler rundt spørsmålet om det under forhandlingene ble satt fram krav om endring av rekkefølgen for innføring av de forskjellige forsikringsproduktene i det nye IT-systemet, og betydningen av dette for avtaleforståelsen. Lagmannsretten ser ikke grunn til å gå nærmere inn på dette, som ikke kan ses å ha særlig betydning for saken.

Som tingretten konkluderer lagmannsretten etter dette med at de påberopte avtaledokumentene ikke gir grunnlag for SpareBank 1's fastpriskrav, heller ikke sett i sammenheng med dokumentene og opplysningene ellers i saken. Noen felles forståelse om fastpristilbud kan ikke etableres, og det er heller ikke grunnlag for anførselen om at Capgemini må være bundet til en slik forståelse ut fra den såkalte godtrostandarden fordi selskapets representanter lot være, forsettlig eller uaktsomt, å korrigere Sparebank 1's oppfatning. Ikke noe tyder på at Capgeminis representanter var klar over denne oppfatningen før omkring mai/juni 2004, og de kan heller ikke bebreides for ikke å ha vært klar over den, sett på bakgrunn av den uforpliktende formen avtaledokumentene hadde og opplysningene ellers. Ved vurderingen må det tas hensyn til at SpareBank 1's representanter etter lagmannsrettens mening manglet tilstrekkelig grunnlag for sin oppfatning om spørsmålet. Bankens oppfatning ble korrigert i tide, jf. nedenfor, og noe grunnlag for bankens krav bygget på konkludent atferd eller passivitet fra Capgeminis side er det da ikke. SpareBank 1 får derfor ikke medhold i sitt krav om dekning av den positive kontraktsinteressen bygget på et stående tilbud fra Capgemini om levering av Amartaløsningen til en fast pris på 79,5 millioner kroner. Lagmannsretten viser til saken i Rt-1995-543.

Subsidiært gjør SpareBank 1 gjeldende at det foreligger et uaktsomt forhold i kontraktsituasjonen fra Capgeminis side som gjør SpareBank 1 berettiget til å få erstattet sin negative kontraktsinteresse. Først og fremst er dette bygget på anførselen om at Capgemini var klar over, eller burde vært klar over, at SpareBank 1 var av den oppfatningen at det forelå et fastpristilbud.

I avgjørelsen i Rt-1998-761 pekte Høyesterett på sammenhengen mellom spørsmålet om en part skal anses for bundet, og om han kommer i ansvar etter reglene om «culpa in contrahendo» på grunn av erstatningsbetingende opptreden under forhandlingene. Høyesterett sa:

«Hvilken rettslig norm dette hendelsesforløpet her skal vurderes opp mot, er noe uavklart i norsk rett; det er en sparsom rettspraksis og ikke noen helt entydig juridisk teori når det gjelder vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse. Men utgangspunktet må være at det kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene – illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende.»

I saken førte en anførsel om at en bank på culpagrunnlag måtte anses erstatningsansvarlig for tap knyttet til motpartens forventning om lånefinansiering, ikke fram.

Når det gjelder spørsmålet om hvordan Capgeminis representanter hadde grunn til å oppfatte situasjonen og de forskjellige dokumentene, styreferatene m.v. ut over våren 2004, viser lagmannsretten til drøftelsen ovenfor.

Lagmannsretten kan ikke se at bankens anførsel kan før fram. Det er, som ovenfor gjort rede for, ikke noen grunn til å oppfatte situasjonen slik at Seeberg eller L'orange eller andre Capgemini-representanter subjektivt var klar over SpareBank 1's påståtte fastprisforutsetning, eller at de kan bebreides i denne forbindelse. Videre må det etter bevisførselen for lagmannsretten legges til grunn at SpareBank 1's representanter ble orientert om Capgeminis syn så snart Capgemini hadde grunn til å oppfatte misforståelsen og avklare den. Capgeminis representanter har under saken hele tiden hevdet at Philip Hodges i et forhandlingsmøte i juni 2004 gjorde rede for Sherwoods standpunkt, som var at eposten fra desember 2003 ikke var ment som noe fastpristilbud. SpareBank 1's representanter har hevdet at noen slik avklaring ikke skjedde før etter sommerferien 2004. Noen klar dokumentasjon omkring dette spørsmålet har vært vanskelig å påvise. Mest sannsynlig var det i forhandlingsmøtet 9. juni 2004 at Hodges ga en slik redegjørelse. Det er riktig som anført av SpareBank 1 at referatet fra dette møtet ikke gir noen klar indikasjon på at fastprisspørsmålet ble avklart. Men referatet utelukker det heller ikke. Det er særskilt nevnt i referatet at Capgemini skal komme tilbake med en oppsummering i forbindelse med Sherwoods deltakelse på møtet. At selve fastprisspørsmålet ikke er omtalt, kan ha sammenheng med at SpareBank 1, som sto for referatet, anså det som var kommet fram som så viktig eller kontroversielt at man ønsket en særskilt redegjørelse. Referatet er derfor ikke uforenlig med Capgeminis versjon av hva som skjedde.

Etter lagmannsrettens mening er det under enhver omstendighet ikke grunn til å tvile på Philip Hodges' forklaring under ankeforhandlingen om at han klart besvarte spørsmålet om fast pris negativt i et møte med SpareBank 1 i begynnelsen av juni. For lagmannsretten er det lagt fram et nytt bevis i form av en epost datert 11. juni 2004 fra Hodges til L'orange som gjelder mulige tidspunkter for et møte mellom Sherwoods og Capgeminis administrerende direktører. Her står det blant annet:

«I stood firm this week that Barney [Quinn, Sherwood] did not say our offer was fixed price and Sparebank 1 agreed that none of my communication indicates fixed price. As we heard at the meeting, even Trond [Kiplesund] recognized the factors out of our control that make fixed price non feasible. I also said at the meeting that Gavin/SunGard [Gavin Lavelle, Sherwood] would not go forward on a fixed price basis.

I spoke at some length with Gavin today who affirmed the position of no fixed price deal.»

Det må etter lagmannsrettens mening legges vesentlig bevismessig vekt på denne eposten. Den er et tidsnært bevis, og man kan se bort fra muligheten av at den er uriktig eller sendt med sikte på en eller annen form for posisjonering i en konflikt. Ut fra Hodges' forklaring for retten og uttrykksmåten og opplysningene i eposten kan man etter lagmannsrettens mening se bort fra at Hodges har uttalt seg så uklart på møtet om spørsmålet om fast pris at SpareBank 1's representanter ikke oppfattet standpunktet. Også Capgeminis standpunkt til fastprisspørsmålet må anses avklart på møtet, selv om deres påståtte fastprisforpliktelse etter bankens mening fulgte av Pilotavtalen. Pilotavtalen er for øvrig etter det lagmannsretten kan se ikke nevnt som noen hjemmel eller begrunnelse for fastpristilbudet av noen av partene i den dokumentasjonen som er lagt fram, før SpareBank 1 hevet avtaleforholdet mellom partene høsten 2004.

Mot at Philip Hodges skal ha klargjort fastprisspørsmålet på møtet i begynnelsen av juni, har SpareBank 1 anført at dette er uforenlig med referat fra et møte 20. august 2004 i styringsgruppen for forprosjektet. Følgende er referert fra møtet, et referat som ble skrevet av Capgeminis representant Leif Sætermoen:

«Det ble reist spørsmål fra Eivind Gjerdal [SpareBank 1] om hvor partene står i forhold til fastpristilbudet. Ola Furu svarte da at fastpristilbudet er relatert til Amarta utviklingen, slik den var beskrevet i det

opprinnelige tilbudet fra Sungard Sherwood. Det vil bli gitt en nærmere orientering om dette på neste styringsgruppemøte.»

SpareBank 1 anfører at dette innebærer at fastprisspørsmålet ikke var avklart på dette tidspunktet, og at Ola Furu svar viser at Capgemini heller ikke nå klargjorde sitt standpunkt. Lagmannsretten viser til tingrettens gjengivelse av forholdene rundt dette møtet. Også her spriker forklaringene fra de involverte. Ola Furu har forklart at fastprisspørsmålet var fullstendig avklart gjennom Hodges' framstilling i juni, slik at spørsmålet fra Gjerdal, som ikke hadde vært til stede på møtet i juni, kom overraskende og kunne tyde på manglende intern kommunikasjon i SpareBank 1. Han oppfattet det slik at spørsmålet først og fremst var rettet til Marit Solem, som Furu mente var vel kjent med situasjonen, og at Furu ikke så noen grunn til å sette henne i forlegenhet og derfor med vilje uttalte seg noe svevende. Solem og SpareBank 1's øvrige representanter har holdt fast ved at Furu fastholdt fastpristilbudet i møtet. Det er også uenighet mellom partene om Capgeminis syn også ble gjort klart for Marit Solem av L'orange i en samtale rundt 14. juni, og om Marit Solems epost til Capgemini denne dagen om videreføring av «diskusjonen knyttet til dagens urimeligheter», er en bekreftelse på et slikt møte med L'orange. Ut fra lagmannsrettens vurdering av Philip Hodges' redegjørelse noen dager tidligere, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på disse forholdene.

Som subsidiært grunnlag for sin anførsel om erstatning for negativ kontraktsinteresse anfører SpareBank 1 at Capgemini har ført banken bak lyset ved å foregi at selskapet var villig til å gi et fastpristilbud for Amarta-utviklingen, mens selskapet i virkeligheten anså leveransen for å være av en slik art at levering til fast pris ikke kunne gjennomføres. Det er etter lagmannsrettens mening ikke grunnlag for anførselen. Også i en forholdsvis komplisert tilvirkningsavtale eller avtale om fortløpende oppdragsrelatert konsulentbistand som den foreliggende vil det være mulig å gi en fast pris på leveransen. Spørsmålet om fastpristilbud skal gis, og hvor høy prisen i så fall skal være, avhenger blant annet av graden av spesifisert leveringsbeskrivelse, noe som nettopp har vært et betydelig tvistepunkt i denne saken. Som påpekt av Capgeminis representanter vil det prinsipielt være mulig å gi en fast pris også på en leveranse som dette, ettersom dette er et spørsmål om hvor stor usikkerhet som er knyttet til samlede kostnader ved leveringen, og dermed hvor stort risikopåslag man skal beregne seg. Usikkerheten knyttet til levering kan være så stor at risikopåslaget får en størrelse som gjør samlet fast pris uakseptabel for motparten, men fast pris kan gis. Ola Furu har forklart at Capgemini tidligere har gjennomført store prosjekter som fastprisprosjekter, og at Capgemini prinsipielt ønsker dette. Etter lagmannsrettens mening er det ikke grunnlag for anførselen om at Capgemini kan bebreides for å ha gitt Sparebank 1 uholdbare forhåpninger om at Amarta kunne leveres til en fast pris. At Philip Hodges i juni 2004 ga uttrykk for at det var uaktuelt for Sherwood å tilby en fast pris for prosjektet, kan ikke være avgjørende.

Atter subsidiært anfører Sparebank 1 som erstatningsgrunnlag at i den grad eposten fra desember 2003 representerte en prisantydning, var dette estimatet erstatningsbetingende lavt: Sparebank 1 ble på rettstridig måte forledet til å tro at Capgemini kunne levere Amartasystemet til erstatning for eksisterende IT-systemer, bortsett fra grensesnitt og konvertering, for et beløp i størrelsesorden 80 millioner kroner. Heller ikke denne anførselen kan føre fram. Det er korrekt når SpareBank 1 påpeker at pristilbudet var satt fram på bakgrunn av et omfattende prosjektmateriale fra banken i forbindelse med anbudsrunden, og at Sherwood/Capgemini som svar på dette skrev at man hadde mottatt «detaljert informasjon» og at Amarta var egnet til å løse SpareBank 1's behov uten større tilpasninger. Det er på det rene at Capgemini var sterkt interessert i å oppnå kontrakt med SpareBank 1 om levering av Amarta. Det vil alltid være en risiko for at en selger legger opprinnelige prisantydninger lavt for å komme i forhandlingsposisjon, og det kan tenkes tilfeller hvor man må se det slik at motparten innbys til å gjennomføre forsinkende forhandlinger på falske premisser. Et «billig innsalg» ville i dette tilfellet også kunne være fristende fordi det var håp om fortjeneste på betydelige tjenester som ikke ble omfattet av Amartalevering, nemlig grensesnitt- og konverteringstjenester. Men noen slik ansvarsbetingende opptreden er ikke påvist i dette tilfellet. Som nevnt dreier saken seg om en meget stor leveranse av IT-tjenester, og pristilbudet fra desember 2003 bygde på en rekke forutsetninger. Uenigheten har vært stor mellom partene om i hvilken grad beskrivelsen av Amartaleveringen var avklart. Det er under enhver omstendighet på det rene at partene forutsatte, og også gjennomførte, en lang forhandlingsperiode med en rekke forhandlingsmøter, og at slike forhold som valg av prismodell, fordeling av oppgaver mellom leverandørens og mottakerens IT-apparat, omfanget av kjøp av tjenester i andre land («outsourcing») m.v. ikke var fullt avklart. Noen uaktsom eller rettsstridig opptreden fra Capgeminis side i forbindelse med de opprinnelige estimatene kan ikke sees å foreligge.

Anførselen om erstatning for negativ kontraktsinteresse kan etter dette ikke føre fram, og det er heller ikke grunnlag for kravet om tilbakebetaling av beløp som er betalt, jf. bankens påstand punkt 2 d i hovedsøksmålet.

Lagmannsretten har delt seg i synet på motsøksmålet fra Capgemini, som gjelder krav om betaling for tjenester knyttet til det forprosjektet som ble satt i gang i juni og gjennomført høsten 2004.

Flertallet, dommerne Bøhn og Haga, er i det vesentlige enige i tingrettens vurdering. Det er noe uenighet mellom partene om bakgrunnen for at forprosjektet ble gjennomført. Flertallet legger til grunn at det i stor utstrekning hadde sammenheng med at SpareBank 1 var i tvil om Capgemini hadde ressurser til å stå for Amartaleveringen, og at Ola Furu på Capgeminis vegne til en viss grad innrømmet at det var ønskelig med en større prioritering av oppdraget og klargjøring av egen kompetanse fra Capgeminis side. Men Furu har anført at forprosjektet også skulle avklare omfanget av Amartaleveransen med sikte på å komme fram til en endelig kontrakt, en omfangsavklaring Furu mente var kommet vesentlig for kort før forprosjektet startet. Flertallet går ikke nærmere inn på dette, men legger til grunn at det i stor grad var i Capgeminis interesse å vise gjennom forprosjektet at selskapet kunne gjennomføre hele Amartaleveransen, inkludert konvertering og grensesnitt. Det synes å være enighet om, og ble også forklart av Furu under ankeforhandlingen, at dette var et «spleiselag» fra bankens, Sherwoods og Capgeminis side. I prosjektmandatet for forprosjektet står det under punkt 4.1 Kostnad:

«CG, CGSS og SBILF dekker egne kostnader knyttet til gjennomføringen av forprosjektet. I den grad det i forprosjektet utarbeides beskrivelser som uansett måtte ha blitt tatt frem i hovedprosjektet, vil dette inkluderes i det prisestimat/tilbud CG gir SBILF på konvertering/grensesnitt. Dersom det mot formodning skulle bli slik at partene ikke inngår avtale for Hovedprosjektet, er SBILF innstilt på å diskutere hvorvidt deler av det arbeidet som CG har utført under forprosjektet kan være av en slik art at SBILF skal betale vederlag for det.»

Capgeminis anførsel er at en del av selskapets utgifter til forprosjektet, representert ved fakturaen på vel 2,3 millioner kroner, utgjorde arbeid som er kommet til nytte for SpareBank 1 i forbindelse med leveransen fra Sherwood, og at dette er utgifter som ville blitt dekket etter avtalens punkt 4.1 under konvertering og grensesnitt dersom partene hadde inngått avtale om hovedprosjektet.

Når slik hovedprosjektavtale ikke ble inngått, følger det som utgangspunkt av punkt 4.1 at SpareBank 1 var forpliktet til å «diskutere» om deler av det arbeidet Capgemini hadde utført, skulle honoreres. Formuleringen er vag, men peker etter flertallets mening i retning av en forpliktelse for banken til å godta å betale vederlag for arbeid som senere skulle vise seg å komme til nytte, riktignok med en viss diskresjonær rett for banken til selv å bestemme i hvilket omfang dette var rimelig. Etter flertallets mening må avtalen på dette punktet forstås slik at Capgemini kunne ha en rimelig forventning om at arbeid partene kunne bli enige om ville være til nytte senere, skulle honoreres. Partene inngikk forprosjektet under forutsetning av at det skulle inngås en hovedavtale, jf. formuleringen «mot formodning» i punkt 4.1. SpareBank 1 var på dette tidspunktet klar over uenigheten knyttet til fastpristilbudet, men valgte likevel å gjennomføre forprosjektet. Heving og påberopelse av bindende fastpristilbud som grunnlag for millionkrav i erstatning skjedde først i brev fra SpareBank 1's prosessfullmektig 28. oktober 2004, etter at forprosjektet var gjennomført. Det framstår for flertallet som klart at Capgemini ikke ville deltatt i forprosjektet eller påtatt seg utgifter til dette med en så usikker mulighet for senere honorering dersom man hadde vært klar over det standpunktet SpareBank 1 meddelte i slutten av oktober. Flertallet legger videre til grunn ut fra vitneførselen at en del av arbeidet i forprosjektet er kommet til nytte i de senere forhandlingene og i avtalen mellom SpareBank 1 og Sherwood, uten at det har vært noen omfattende bevisførsel om omfanget av dette. Selv om SpareBank 1 rettslig sett sto fritt i spørsmålet om de ville fortsette samarbeidet med Capgemini etter forprosjektet, må dette få betydning sett i sammenheng med at banken har terminert avtaleforholdet mellom partene på et grunnlag lagmannsretten har funnet uholdbart, og med at banken i denne sammenheng har risikoen og ansvaret for egen rettsvillfarelse. SpareBank 1 har ikke hatt konkrete innvendinger mot fakturaen, og flertallet mener banken etter omstendighetene må dekke den. Etter dette stadfester flertallet her tingrettens avgjørelse. Capgemini må ut fra flertallets standpunkt tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten i motsøksmålet. Capgemini har akseptert tingrettens saksomkostningsavgjørelse i motsøksmålet, der tingretten fant at saken var dels vunnet og dels tapt for begge parter.

Mindretallet, dommer Eldøy, har kommet til at SpareBank 1 må frifinnes for motsøksmålet fra Capgemini. Som nevnt foran, gjelder kravet betaling for en andel av det arbeid Capgemini har lagt ned i det såkalte «forprosjektet». Dette forprosjektet ble startet i juni 2004 etter at kontraktsforhandlingene mellom partene hadde kjørt seg fast. Hovedtyngden av arbeidet ble utført i august og september 2004, før prosjektet ble sluttført i oktober 2004. Arbeidet involverte ikke bare ansatte i Capgemini, men også ressurser fra SpareBank 1 og Sherwood.

Slik mindretallet ser det, var det i hovedsak to forhold som medførte at partene igangsatte dette arbeidet. For det første var SpareBank 1 kommet i tvil om Capgemini hadde tilstrekkelige ressurser til å gjennomføre totalprosjektet, jf. flertallets merknader foran. For det andre legger mindretallet til grunn at uenigheten om det allerede var gitt en bindende fastpris, var avdekket. Samtidig hadde imidlertid Capgemini uttalt at de var villig til å gi fastpris på Amartautviklingen når de nødvendige forutsetninger for dette var avklart; en avklaring som blant annet forprosjektet var med på å gi.

Fra Capgeminis side må arbeidet med forprosjektet i lys av dette dels sees som en «redningsaksjon» for å berge tillitsforholdet til en viktig kunde og dermed en kontrakt som, inkludert Amartautvikling, grensesnitt og konvertering, var meget betydelig. Dels skjedde også arbeidet for å avklare det fastpristilbud som de var innstilt på å gi på Amartautviklingen, og som begge parter nok håpet at skulle medføre at den avdekkede uenigheten ikke kom på spissen.

Videre er det sentralt hva som på forhånd var avtalt om betaling for det arbeidet som ble utført. Som nevnt involverte arbeidet ansatte både i Capgemini, SpareBank 1 og Sherwood. Forprosjektet ble i lys av dette sett på som et «spleiselag» hvor de involverte firmaene i utgangspunktet skulle dekke sine egne kostnader, jf. forklaringen til Ola Furu som er referert i flertallets merknader. Det samme fremgår av prosjektmandatets pkt. 4.1, hvor det innledningsvis heter at «CG, CGSS og SBILF dekker egne kostnader knyttet til gjennomføring av forprosjektet».

Videre gjorde SpareBank 1 det tidlig klart at det var begrenset hva de var villig til å betale for arbeidet i forprosjektet dersom avtale om hovedprosjektet ikke kom i stand. Mindretallet viser til epost 25. juni 2004 fra konsernjurist Kiplesund i SpareBank 1 til Ola Furu i Capgemini. Her heter det blant annet:

«Dersom det mot formodning skulle bli slik at partene ikke inngår avtale for Hovedprosjektet, er SpareBank 1 innstilt på å diskutere hvorvidt deler av det arbeid som Capgemini har utført under forprosjektet kan være av en slik art at SpareBank 1 skal betale vederlag for det.»

Den samme formulering ble senere tatt inn i det omforente prosjektmandatet. Bestemmelsen uttrykker en vilje fra SpareBank 1 til å *vurdere* hvorvidt deler av arbeidet er av en slik art at de skal betale for det, men den er så vag og uforpliktende at den ikke kan sies å etablere en betalingsplikt. Når bestemmelsen likevel ble akseptert av Capgemini, må dette sees i lys av at de gjennom en tross alt begrenset innsats i forprosjektet hadde muligheter til å komme i mål med en avtale for det totale hovedprosjektet.

Det som forutsetningsvis kunne gi grunnlag for vederlag, må antas å ha vært arbeid som SpareBank 1 har hatt nytte av i ettertid. I den grad dette er tilfelle, er mindretallet enig i at *rimelighet* tilsier at det ytes vederlag. Noen betalingsforpliktelse kan imidlertid ikke sies å ha blitt etablert. Capgemini har også som profesjonell part i et avtaleforhold selv valgt å akseptere vilkår med et så uforpliktende innhold. Endelig er det uklart i hvilken grad forprosjektet faktisk har kommet til nytte i det videre arbeidet, og også om den eventuelle nytte står i rimelig forhold til betalingskravet fra Capgemini.

Etter dette avsies det dom i motsøksmålet i samsvar med flertallets syn. Anken både over avgjørelsen i hovedsøksmålet og motsøksmålet har dermed vært forgjeves, og SpareBank 1 må betale Capgeminis saksomkostninger for lagmannsretten i begge søksmål i samsvar med hovedregelen i tvistemålsloven § 180 første ledd. Det er ikke grunn til å benytte unntaksbestemmelsen samme sted. Advokat Hove har på vegne av Capgemini Norge AS krevd samlede saksomkostninger for lagmannsretten med 1 281 949 kroner. Av dette er ca. 32 000 kroner utgifter, mens resten er salær uten merverdiavgift. Oppgaven legges til grunn for avgjørelsen. Advokat Hove har anslått andelen av utgiftene knyttet til motsøksmålet til å være 40 000 kroner, og lagmannsretten har ikke innvendinger mot denne fordelingen. I tingretten ble Capgemini tilkjent fulle saksomkostninger i hovedsøksmålet, mens partene bar egne omkostninger i motsøksmålet. Lagmannsretten er enig i tingrettens saksomkostningsavgjørelser.

Domsslutning:

1. Tingrettens domsslutning punkt 1 og 2 i hovedsøksmålet stadfestes.
2. Tingrettens domsslutning punkt 1 og 3 i motsøksmålet stadfestes.
3. I saksomkostninger for lagmannsretten i hovedsøksmålet betaler SpareBank 1 Livsforsikring AS 1.241.949 – enmilliontohundreogførtientusennihundreogførtini – kroner til Capgemini Norge AS senest to uker etter forkynnelsen av denne dommen, med tillegg av renter etter den rentesatsen som gjelder til enhver tid etter

lov om renter ved forsinket betaling § 3 første ledd første punktum, fra forfall til beløpet betales.

4. *I saksomkostninger for lagmannsretten i motsøksmålet betaler SpareBank 1 Livsforsikring AS 40.000 – førtitusen – kroner til Capgemini Norge AS senest to uker etter forkynnelsen av denne dommen, med tillegg av renter etter den rentesatsen som gjelder til enhver tid etter lov om renter ved forsinket betaling § 3 første ledd første punktum, fra forfall til beløpet betales.*