

Land	Norge
Domstol	Borgating lagmannsrett
Parter	Tietoevry Norway AS mod Sparebank 1 Utvikling DA
Dato for afgørelse	2. juni 2025
Afgørelsestype	Dom
Status	Ukendt
Dato for publicering i domsdatabasen	7. juni 2025
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	Ikke omtalt
Gengivet fra	Lovdata

Resumé (gengivelse fra Lovdata)

Saken gjaldt tvist om en langvarig IT-kontrakt mellom en bank og leverandør. For lagmannsretten var det to hovedspørsmål – varigheten av IT-kontrakten opp mot en opsjonsklausul og spørsmål om vederlagsrevisjon av den årlige fastprisen. Lagmannsretten kom, i likhet med tingretten, til at banken har krav på forlengelse av avtalen tilsvarende forsinkelsen av et såkalt Kjernebankprosjekt. Avtaletolkning og konkrete vurderinger av den langvarige IT-kontraktens opsjonsklausul. Lagmannsretten fant videre at det var grunnlag for vederlagsjustering av den årlige fastprisen med grunnlag i avtaleloven § 36. Uttalelser om revisjonsterskelen mellom profesjonelle parter og betydningen av en «hardship»-klausul. Konkrete vurderinger av kostnadsfaktorer og deres utvikling. Ekstraordinær økt bruk fra banken og deres kunder medførte en urimelig skjevdeling i avtaleforholdet knyttet til fastprisen. Tale om en ekstraordinær utvikling som har påført leverandøren betydelige, uforutsette kostnader. Urimelighetsterskelen etter avtaleloven § 36 var etter en samlet helhetsvurdering overskredet. Konkrete vurderinger.

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.

Vidersalg af Lovdatas tjenester kræver særskilt aftale.



Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2024-49213

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2025-06-02
Publisert	LB-2024-49213
Stikkord	Avtalerett. IT-kontrakt. Avtaletolkning opsjonsforlengelse. Ugyldighet i avtaleforhold – prisrevisjon. Avtaleloven § 36.
Sammendrag	Saken gjaldt tvist om en langvarig IT-kontrakt mellom en bank og leverandør. For lagmannsretten var det to hovedspørsmål – varigheten av IT-kontrakten opp mot en opsjonsklausul og spørsmål om vederlagsrevisjon av den årlige fastprisen. Lagmannsretten kom, i likhet med tingretten, til at banken har krav på forlengelse av avtalen tilsvarende forsinkelsen av et såkalt Kjernebankprosjekt. Avtaletolkning og konkrete vurderinger av den langvarige IT-kontraktens opsjonsklausul. Lagmannsretten fant videre at det var grunnlag for vederlagsjustering av den årlige fastprisen med grunnlag i avtaleloven § 36. Uttalelser om revisjonsterskelen mellom profesjonelle parter og betydningen av en «hardship»-klausul. Konkrete vurderinger av kostnadsfaktorer og deres utvikling. Ekstraordinær økt bruk fra banken og deres kunder medførte en urimelig skjevdeling i avtaleforholdet knyttet til fastprisen. Tale om en ekstraordinær utvikling som har påført leverandøren betydelige, uforutsette kostnader. Urimeilighetsterskelen etter avtaleloven § 36 var etter en samlet helhetsvurdering overskredet. Konkrete vurderinger.
Saksgang	Oslo tingrett TOSL-2022-167984 – Borgarting lagmannsrett LB-2024-49213 (24-049213ASD-BORG/03).
Parter	Tietoevry Norway AS (advokat Halvor Andreas Holmboe Manshaus) mot Sparebank 1 Utvikling DA (advokat Henning Harborg).
Forfatter	Lagdommer Karl Otto Thorheim, lagdommer Johan Øverberg og ekstraordinær lagdommer Rolf Ytrehus.

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2024-49213	1
Innholdsfortegnelse	2
1. Sakens bakgrunn	4
2. Partenes påstandsgrunnlag og påstander	5
Den ankende part, Tietoevry Fintech Norway AS, har i hovedtrekk anført:	5
Ankemotparten, Sparebank 1 Utvikling DA, har i hovedtrekk anført:	8
3. Lagmannsrettens vurdering	10
3.1 Problemstilling. Innledning. Lagmannsrettens konklusjoner	10
3.2 Om SpareBank 1 Utvikling DA har krav på forlengelse av opsjonene tilsvarende forsinkelsen av kjernebankfornyelsen utover 31. desember 2022 – avtaletolkning av EA 44-2016 punkt 8 tredje ledd	11
3.2.1 Problemstillingen	11
3.2.2 Lagmannsrettens syn på innholdet av EA 44-2016 punkt 8 tredje ledd – om den stadig gjelder	11
Om EA 2016 punkt 8 tredje ledd ikke lenger kommer til anvendelse – er forsinkelsen allerede oppgjort ved Forlikavtalen?	11
3.2.3 Om EA 2016 punkt 8 tredje ledd er falt bort som følge av endringer i Kjernebankprosjektet – om «2016-planen» er forlatt slik at opsjonsrettigheten ikke lenger kan gjøres gjeldende	14
3.2.4 Lagmannsrettens syn på innholdet av EA 44-2016 punkt 8 tredje ledd – avtaletolkningen	16
Problemstillingen	16
Lagmannsrettens syn på avtaletolkningen	16
Om ordlyden	16
Om de forutgående forhandlingene	18
Om partenes etterfølgende opptreden	19
Øvrige avtaletolkningsmomenter	20
Om opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd er urimelig	20
3.2.5 Lagmannsrettens konklusjon	21
3.3 Om vederlagsrevisjonskravet	21
3.3.1 Problemstillingen. Bakgrunnen	21
3.3.2 Om Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g – gir den hjemmelsgrunnlag for revisjonskravet av den årlige fastprisen?	22
3.4 Om avtaleloven § 36 og revisjonskravet knyttet til den årlige fastprisen	27
3.4.1 Innledning. Problemstillingen	27
3.4.2 Om de rettslige utgangspunkter. Nærmere om terskelen etter avtaleloven § 36 i vår sak	27
3.4.3 Innledende presiseringer av vurderingstemaene	30
3.5 Om de enkelte anførte faktiske momenter for fastprisrevisjon – de ulike «kostnadsbasene»	31
3.5.1 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av vesentlige endringer i SB1s og kundenes bruk av TEs tjenester. «Mainframe» (stormaskin)	31
Innledning. Enkelte presiseringer	31
Om det har vært en vesentlig økning i SB1 og bankkundenes bruk av TEs tjenester siden inngåelsen av EA 2016	31
Om det er sannsynliggjort en vesentlig kostnadsøkning for TE som følge av den betydelige endringen i bruk. Særlig om KWC-rapporten. Om SB1s hovedinnvendinger mot KWC-rapporten	36
3.5.2 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av vesentlige endringer i IT-markedet	39
3.5.3 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av ekstraordinære tider i norsk og global økonomi	40
3.5.4 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av regulatoriske endringer	43

3.5.5 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av den pretenderte manglende aksept til «nearshoring» av SB1	44
3.5.6 Om øvrige forhold som er påberopt som grunnlag for prisrevisjon:	
Administrasjonskostnader, avskrivninger mv.....	46
3.5.7 Om det samlede påberopte underskuddet opp mot leveransens kostnad	46
3.6 Lagmannsrettens konkrete vurdering opp mot avtaleloven § 36	46
Innledende presiseringer for vurderingen	47
Nærmere om lagmannsrettens konkrete vurdering opp mot avtaleloven § 36.....	47
4 Sakskostnader.....	51

Saken gjelder tvist om varigheten av en IT-kontrakt og fastprisvederlaget for tjenestene. Det første spørsmålet er om kunden har krav på opsjonsforlengelse på grunn av forsinkelse av et kjernebankprosjekt. Derne er det spørsmål om leverandøren har krav på revisjon av avtalens årlige, faste vederlag grunnet senere inntrådte forhold.

Oslo tingrett avsa 18. januar 2024 dom med slik domsslutning:

1. SpareBank 1 Utvikling DA har rett til å utøve opsjoner på forlengelse av kontraktperioden etter 31. desember 2022 på samme betingelser som tidligere for tre nye toårsperioder og én ettårsperiode, til sammen til og med 31. desember 2029.
2. Dersom Tietoevry Norway AS' leveranser i kjernebankprogrammet etter EA 44-2016 blir forsinket utover 31. desember 2022, har SpareBank 1 Utvikling DA krav på at opsjonene på forlengelse av kontraktperioden etter slutningens pkt. 1 forlenges med en periode tilsvarende forsinkelsen utover 31. desember 2022.
3. SpareBank 1 Utvikling DA frifinnes for Tietoevry Norway AS' krav om prisrevisjon og erstatning.
4. Tietoevry Norway dømmes til å betale SpareBank 1 Utvikling DA kr 7 474 856 i saksomkostninger med tillegg av rettsgebyret på kr 35 467.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Tietoevry Fintech Norway AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 1. – 11. april 2025 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt 13 vitner, herunder to sakkyndige vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

1. Sakens bakgrunn

I tingrettens dom er saken bakgrunn skissert slik (dommen side 4-5):

Partene inngikk 1. november 2007 en langsiktig avtale om levering av betalingsformidlingstjenester og andre IT-tjenester. Avtalen ble inngått mellom Alliansesamarbeidet Sparebank 1 DA, nå Sparebank 1 Utvikling DA (heretter Kunden), og EDB Business Partner Norge AS, nå Tietoevry Norway AS (heretter Leverandøren). Avtalen omtales i det videre som Hovedavtalen.

Hovedavtalen hadde opprinnelig en varighet til 31. desember 2014, men inneholdt opsjoner for Kunden som ga rett til forlengelse av Hovedavtalen med inntil fire år. Varigheten av Hovedavtalen er senere blitt forlenget flere ganger ved endringsavtaler, senest ved endringsavtale av 28. oktober 2016 (heretter EA 2016). EA 2016 omtales av partene også som EA 44/2016. EA 2016 forlenget Hovedavtalen frem til 31. desember 2022, men inneholdt også opsjoner for Kunden til å forlenge Hovedavtalen ytterligere med inntil 7 år. EA 2016 inneholdt dertil regulering av hva som skulle skje med opsjonenes varighet dersom leveransen av de såkalte kjernebankløsningene ble forsinket ut over 31. desember 2022.

Det er ingen uenighet om at det inntrådte forsinkelser i utviklingen av de såkalte kjernebankløsningene, og på den bakgrunn ble det 30. november 2021 inngått en forliksavtale (heretter Forliksavtalen). Ved Forliksavtalen ble det blant annet avtalt kompensasjon for Kundens merkostnader som følge av Leverandørens forsinkelser. Det ble også avtalt at EA 2016 skulle erstattes av en ny avtale for kjernebankløsningene, samt at slik ny avtale skulle inngås innen 5 måneder etter inngåelsen av Forliksavtalen.

Partene har ikke lyktes med å inngå slik ny avtale for kjernebankløsningene og det har oppstått tvist mellom partene. Partene er uenige om hvorvidt Hovedavtalen fremdeles gjelder mellom partene, eller om den utløp 31. desember 2022 som følge av den manglende enigheten om ny avtale. Forutsatt at Hovedavtalen fremdeles gjelder, er partene også uenige om hvor lenge Hovedavtalen kan forlenges med grunnlag i opsjonene i EA 2016. Partene er dertil uenige om hvilket vederlag som skal betales for tjenestene som er levert etter 31. desember 2022, og som fremdeles leveres av Leverandøren. Disse

tvistepunktene er nært forbudet, i den forstand at Leverandøren ikke ville motsatt seg en forlengelse av Hovedavtalen dersom partene hadde evnet å bli enige om et endret vederlag.

Med bakgrunn i partenes tvist tok Kunden ut stevning for Oslo tingrett 18. november 2022. Det ble i stevningen i hovedsak nedlagt påstand om fastsettellesdom for at Kunden hadde rett til å forlenge Hovedavtalens varighet gjennom utøvelse av opsjonene i EA 2016, samt for at Leverandøren ikke hadde krav på endring av vederlaget. Leverandøren tok til motmæle ved tilsvær og motkrav av 6. januar 2023. Det ble her i hovedsak nedlagt påstand om at Kunden ikke hadde rett til å forlenge Hovedavtalen gjennom utøvelse av opsjonene i EA 2016, og om at Leverandøren hadde krav på høyere vederlag for tjenestene utført etter 31. desember 2022.

2. Partenes påstandsgrunnlag og påstander

Den ankende part, Tietoevry Fintech Norway AS, har i hovedtrekk anført:

EA 2016 punkt 8 tredje ledd gir ikke grunnlag for ytterligere forlengelse av avtaleforholdet.

SB1s krav om rett til forlengelse av avtaleforholdet utover 31. desember 2029, tilsvarende lengden på en påstått forsinkelse i Kjernebankprosjektet, kan ikke føre frem. Tingretten har i dommen foretatt en uriktig rettsanvendelse og bevisbedømmelse, jf. dommen punkt 3.3 og slutningen punkt 2.

Prinsipielt gjøres gjeldende at Forliksavtalen 2021 stenger for anvendelse av EA 2016 punkt 8 tredje ledd.

For det første avtalte partene ved Forliksavtalen et endelig oppgjør for alle konsekvenser av og krav som følge av forsinkelser varslet frem til 1. mai 2022. Ingen ny forsinkelse har oppstått etter dette. SB1 kan ikke nå på bakgrunn av den samme påståtte forsinkelsen kreve en ytterligere misligholdsbeføyelse etter EA 2016 punkt 8 tredje ledd.

Dernest har partene i Forliksavtalen forpliktet seg til å inngå ny avtale til erstatning for EA 2016. Det inkluderer en ny leveringsbeskrivelse og leveringsplan for nevnte Kjernebankprosjektet. SB1 brøt avtaleforhandlingene i 2022. Det medfører at leveringsbeskrivelsene, leveringsplanene mv. som gjaldt i 2016 da punkt 8 tredje ledd ble avtalt i EA 2016, ikke lenger er gjeldende og ikke lenger kan benyttes til å fastslå en forsinkelse. Videre er Kjernebankprosjektet i en rekke henseender endret siden EA 2016. SB1 er heller ikke klar for migrering over på ny løsning før tidligst i løpet av 2026.

Subsidiært – dersom EA 2016 punkt 8 tredje ledd stadig gjelder – gjøres gjeldende at den riktig fortolket uansett medfører at SB1s krav ikke kan føre frem. Tingretten har uriktig delt bestemmelsen «i to», og bortfortolket andre delsetning som et overflødig vedheng. Det er uriktig avtaletolkning. Bestemmelsen må tolkes i sin helhet. Når det henvises til «5 år av fastprisperioden med reduksjon i fastprisen», er det klart nok en referanse til rabatten på 100 millioner kroner som i utgangspunktet var fordelt over 5 år, jf. EA 2014. Tingretten var enig i dette. Et sentralt poeng er imidlertid at det ved EA 2016 ble bestemt at rabatten skulle bli virksom allerede fra 2017, selv om godkjenningen av Kjernebankprosjektet var forsinket. Ved dette ble rabatten gjort uavhengig av forsinkelser. Den reduserte fastprisen vil være utbetalt ved utløpet av 2026 – dermed er det ingen rabatt igjen å sikre etter EA 2016 punkt 8 tredje ledd i 2029. Tingretten har uriktig sett bort fra dette ved sin avtaletolkning. Også forhandlingshistorikken gir støtte for TEs avtaletolkning. Det gjør også partenes etterfølgende opptreden. Punkt 8 tredje ledd riktig fortolket medfører dermed at SB1s krav ikke kan føre frem.

Atter subsidiært gjøres gjeldende at forutsetningene for å eventuelt fastsette en slik ekstraforlengelse er klart endret, og det vil være urimelig overfor TE å fastsette en slik ekstraforlengelse uten at vederlaget justeres, jf. [avtaleloven § 36](#) og forholdene anført ovenfor.

Etter TEs syn er sakens hovedspørsmål kravet om vederlagsøkning i fastprisen.

Det vederlaget SB1 betaler i dag ligger langt under markedspris, og selv om en tar høyde for at SB1 har krav på storkundefordel og «beste pris», er nivået på fastpriselementet vesentlig for lavt. TE går hvert år med store tap fordi kostnadene helt uforutsett har økt i betydelig grad. Dette er ikke bærekraftig ved en slik langvarig og komplisert avtale. Prisrevisjonskravet er prinsipielt hjemlet i Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g direkte, eventuelt må kravet uansett gis medhold etter [avtaleloven § 36](#) eller læren om bristende forutsetninger. Videre er det av særlig betydning at prisrevisjonskravet nå for lagmannsretten er langt mer omfattende og grundig

dokumentert enn for tingretten, jf. KWC-rapporter mv. Tingretten har konkludert med at TE ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort hvilken kostnadsøkning som foreligger på grunn av de uventede forholdene. TE er uenig i tingrettens konklusjon og bevisvurderingen bærer preg av flere misforståelser. Uansett har lagmannsretten nå et helt annet og et mer klargjørende grunnlag for kvantifiseringen av TEs uforutsette kostnadsøkninger knyttet til fastprisdelen av avtalen med SB1.

TE gjør gjeldende at prisreguleringen skal skje direkte etter Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g. Tingretten var langt på vei enig med TE hva gjelder vilkårsiden av bestemmelsen, men kom uriktig til at domstolen ikke har kompetanse til å fastsette vederlaget for partene. Dette er TE uenig i.

Hva gjelder vilkårsiden i Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g anføres at det foreligger «vesentlige endringer i forutsetningene» og at disse på en «vesentlig måte forrykker balansen i grunnlaget for fastsettelsen av partenes ytelser». Det er intet grunnlag å innfortolke vilkår fra den ulovfestede læren om bristende forutsetninger i klausulen. Det må foretas en helhetsvurdering der alle aktuelle endringer skal hensyntas. Fastprisen må revideres med grunnlag i denne bestemmelsen.

Hva gjelder virkningssiden har tingretten uriktig lagt til grunn at domstolen ikke kan foreta en avtalerevisjon direkte i medhold av punkt 3.7 bokstav g. Domstolen har kompetanse til å fastsette økning av fastprisvederlaget i medhold av punkt 3.7 bokstav g: For det første er bestemmelsen ikke en generell reforhandlingsklausul og derfor ikke en generell «hardshipklausul». Den gir en spesifikk regulering av justering for fastprisdelen., jf. «skal reguleres». Den er en målrettet sikkerhetsventil, og var en «dealbreaker» for TE ved inngåelsen av avtalen. Dernest dersom spørsmålet ikke lar seg løse gjennom reforhandling, jf. også Hovedavtalen punkt 20.2, følger det av tvisteløsningsmekanismen i Hovedavtalen punkt 20.4 at domstolene kan avgjøre uenigheten «med endelig virkning». For det tredje må det vektlegges at partene har fremforhandlet en «skal»-plikt til å forhandle frem en justert fastpris. For TE var det en absolutt forutsetning at sikkerhetsventilen i punkt 3.7 bokstav g ble inntatt, og den var årsaken til KPI-frafall og at pris-degressivitet ble akseptert. Bestemmelsen vil bli virkningsløs dersom ikke domstolen anser å ha kompetanse til å håndheve bestemmelsen i et typetilfelle som det nærværende. Det har vært søkt forhandling i flere år, men SB1 har ikke vært villig til å forhandle. SB1 har også motsatt seg såkalt «benchmarking» av prisnivået, på tross av at avtalen fastslår at det skal skje.

Subsidiært nedlegges en subsidiær påstand om at retten fastsetter at vederlaget skal økes gjennom forhandling.

Dersom lagmannsretten ikke har kompetanse til å revidere fastprisvederlaget i medhold av Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g, vil uansett [avtaleloven § 36](#) komme til anvendelse. TE mener tingretten korrekt har lagt til grunn at terskelen i denne saken ligger lavere enn ellers mellom profesjonelle parter. Helt sentralt står også at det må oppstilles en forsterket lojalitetsplikt i et slikt langvarig og komplisert avtaleforhold. Ved vurderingen etter [avtaleloven § 36](#) må Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g hensyntas, slik at den også tilsier en senket terskel for rimelighetsvurderingen etter [avtaleloven § 36](#).

Det har vært store endringer av bankdriften siden 2007, samt siden inngåelsen av EA 2016. Langt mindre av bankens drift gjøres av mennesker i banken (kostnad for banken), og langt mer gjøres av TEs teknologiske leveranse (kostnad for TE). Bankkundene har nå fått tilgang til en rekke funksjoner og tjenester som skaper enorm datatrafikk med tilhørende økte kostnader for TE.

Det gjøres gjeldende følgende faktiske grunnlag og uforutsette kostnadsøkninger knytte til disse – som er relevante enten ved en vurdering opp mot Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g eller etter [avtaleloven § 36](#) – for kravet om vederlagssøkning av den årlige fastprisen:

For det første foreligger det en vesentlig endring i SB1s bruk av TEs tjenester. SB1s antall API-kall og MIPS er mangedoblet siden 2016. Økningen i API-kall/MIPS har ført til at kostnadene til «mainframe»/stormaskin har økt med 153 % fra 2017 til 2023. Dette har medført en voldsom økning i TEs kostnader. Motsatt har realbetalingen for tjenestene blitt lavere for hvert år, jf. pris-degressiviteten på 2,85 % hvert år. Dette er den viktigste faktoren til at det er umulig å oppnå kostnadsdekning under Hovedavtalen. Kostnadseffekten for TE av SB1s bruksendring er nå godt dokumentert, jf. især KWC-rapporten som med dens underlag gir dokumentasjon for mainframe-kostnadene. Isolert sett er det sannsynliggjort en kostnadsøkning på om lag 140 millioner i gjennomsnitt for årene 2023 til 2026.

For det annet har det vært vesentlige endringer i IT-markedet. Det har vært betydelige tekniske endringer i IT-markedet. Tradisjonelt har software og hardware blitt rimeligere for hvert år, men de siste årene har ikke dette vært tilfelle, jf. blant annet sakkyndig vitne Aasgaards forklaring og hans rapport. Samlet sett har dette medført en vesentlig økning i kostnadene til midrange. Videre har det vært betydelig økte lønnskostnader innenfor IT.

Det har medført økte personalkostnader for TE (FTE). Den konkrete fastsettingen av de økte kostnadene innenfor midrange og FTE fremkommer av KWC-rapporten.

For det tredje har ekstraordinær utvikling i norsk og global økonomi påført TE uforutsette kostnadsøkninger. Inflasjonen var ekstrem høy i 2022 og 2023, årsaker var covid-19 og Russlands angrepskrig på Ukraina. Euroen og USD har vært svært dyr. Disse makroøkonomiske endringene var så uvanlige at de utgjør vesentlig endrede forutsetninger, selv om TE i 2016 la til grunn at det ville være svingninger knyttet til inflasjon og valuta. Den usedvanlige inflasjonen har medført kostnadsøkning på «alt», mens valutasvingene særlig har hatt betydning for kostnadsøkning opp mot mainframe og midrange.

For det fjerde har det vært omfattende regulatoriske endringer som har påført TE betydelige, uforutsette kostnader. Det har vært en voldsom regulatorisk utvikling siden 2016. Noe av kostnadsøkningen har SB1 betalt gjennom enkeltstående avtaler, men det gjenstår betydelige kostnader som må medføre prisrevisjon av fastprisen.

For det femte har SB1 urettmessig avvist såkalt nearshoring (bruk av personell i nærliggende land hvor kostnadsnivået er lavere enn i Norge), på tross av at partene i EA 2016 (og ved en endringsavtale i 2014) fastsatte at dette er et «valid verktøy». Konkret gjaldt dette nearshoring til EU-landet Ungarn, herunder bruk av IBMs leveransesenter for stormaskin der. Tingretten har uriktig kommet til at SB1 ikke endelig avviste denne nearshoringen. SB1 ga ingen aksept på tross av lang tids forsøk og flere runder, og dermed falt muligheten bort etter hvert for TE. Det har påført TE betydelige kostnader, i størrelsesorden 12 til 18 millioner kroner for årene 2023 til 2026.

Endelig gjøres den manglende kostnadsdekningen under fastpriselementet gjeldende som grunnlag for prisreduksjonskravet. KWC-rapporten dokumenterer og underbygger et betydelig årlig tap samlet sett grunnet de ovenfor nevnte forhold.

Sammenfatningsvis anføres at disse forholdene hver for seg eller samlet sett kvalifiserer til en vesentlig endret forutsetning som vesentlig forrykker balansen i grunnlaget for det avtalte fastprisgrunnlaget, eventuelt kommer [avtaleloven § 36](#) til anvendelse og vilkårene der er også oppfylt.

Hva gjelder dokumentasjonen og underbyggingen av den manglende kostnadsdekningen, viser TE som nevnt til KWC-rapporten og sakkyndig vitne Holths forklaring. Denne rapporten gir også grunnlag og veiledning for rettens prisrevisjon på fastpriselementet. Tapskostnaden årlig for årene 2023 til 2026 ligger mellom 195-248 millioner kroner årlig. Ved utmålingen og fastsettelsen av prisreduksjonskravet er det naturlig å ta utgangspunkt i kostnadsnivået som fremkommer av KWC-rapporten og en rimelig margin. SB1 har for lagmannsretten anført en rekke forhold for å svekke bevisverdien av KWC-rapporten. TE gjør gjeldende at ingen av disse forhold medfører riktighet. Generelt henvises det til at KWC har utført et særlig grundig og dyptgripende arbeid for å sikre at de tall og analyser som fremkommer av rapporten er riktige. Videre er underlagsdokumentasjonen i rapporten dokumentasjon på tallenes korrekthet. TE gjør også gjeldende at det er riktig å inkludere økte administrasjonskostnader og avskrivninger ved fastsettelsen av den samlede årlige kostnadsøkningen, jf. KWC-rapporten. Det er også riktig å anvende en margin på 12 %, som er den laveste marginen og hensyntar at SB1 er den største kunden mv.

Det er nedlagt slik påstand:

Prinsipalt:

1. For perioden etter domstidspunktet, fastsetter retten etter rettens skjønn en økning i avtalens årlige, faste vederlag regulert av punkt 3.3 i avtalen.

Subsidiært, for det tilfelle at retten ikke gir medhold i påstandspunkt 1:

2. Vilklårene i avtalens 3.7 (g) for å reforhandle avtalens årlige, faste vederlag regulert av punkt 3.3 i avtalen er oppfylt, og partene plikter derfor å reforhandle nevnte vederlag.

I alle tilfeller:

3. For perioden fra og med 1. januar 2023 og frem til domstidspunktet, dømmes SpareBank 1 Utvikling DA til å betale til Tietoevry Fintech Norway AS et justert vederlag fastsatt etter rettens skjønn.
4. SpareBank 1 Utvikling DA har ikke krav på en forlengelse av opsjonene etter EA 44-2016 punkt 8 tredje ledd.

5. Tietoevry Fintech Norway AS tilkjennes sakskostnader for både tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, Sparebank 1 Utvikling DA, har i hovedtrekk anført:

SB1 har på grunnlag av EA 2016 punkt 8 tredje ledd krav på forlengelse av opsjonene tilsvarende forsinkelsen av kjernebankfornyelsen ut over 31. desember 2022.

Forliksavtalen stenger ikke for anvendelse av EA 2016 punkt 8 tredje ledd. Forliksavtalen medførte ikke at SB1s opsjoner på forlengelse av avtalen bortfalt.

For det første er det rettskraftig avgjort at opsjonene i punkt 8 annet ledd ikke bortfalt som følge av Forliksavtalen. Det er ingen grunn til at vurderingen skal bli annerledes for punkt 8 tredje ledd. SB1s opsjoner er ikke nevnt i Forliksavtalen. Den gjelder TEs forsinkelseskompensasjon til SB1 på totalt 72 millioner kroner, jf. merkostnader som SB1 «er påført som følge av forsinkelsen», jf. Forliksavtalen punkt 1.2 og 4.3. Den forståelse av Forliksavtalen som TE gir uttrykk for nå har heller ingen støtte i de forutgående forhandlinger eller partenes etterfølgende opptreden.

For det annet har ikke EA 2016 punkt 8 tredje ledd falt bort som følge av endringer i Kjernebankprosjektet. De nye anførselene som TE har fremmet for lagmannsretten vedrørende dette kan ikke føre frem.

Avtaleforpliktelsen i punkt 8 tredje ledd består inntil partene har avtalt noe annet. Det har de ikke gjort. Det er ikke inngått noen avtale om at SB1s opsjonsrettighet i punkt 8 tredje ledd skal bortfalle. Det er heller ikke inngått noen avtale om at endringer i Kjernebankprosjektet skal medføre bortfall av SB1s opsjoner.

For det tredje er det ikke punkt 8 tredje ledd en avtalt kompensasjon eller misligholdsbeføyelse. SB1 har uansett ikke misligholdt sine plikter etter Forliksavtalen. Det er forhold på TEs side som gjør at kjernebankfornyelsen fortsatt ikke er levert.

Ordlyden i EA 2016 punkt 8 tredje ledd angir klart i den første delen en entydig rettighet: Dersom forsinkelse utover et bestemt tidspunkt, så forlengelse tilsvarende forsinkelsen. Tillegget i andre del er ikke ett unntak fra rettigheten i første del, men utgjør en minsterettighet som ikke kan virke begrensende for den grunnleggende rettigheten. Det gir liten mening å forstå formuleringen i andre del som en referanse til kompensasjonen på 100 millioner kroner som TE skulle betale til SB1, jf. EA 2016 punkt 7. Avtaleforhandlingene gir også støtte for SB1s avtaletolkning. Det gjør også partenes etterfølgende opptreden. Formålet med punkt 8 tredje ledd er at SB1 kan nyttiggjøre seg de nye løsningene Kjernebankprosjektet innebærer på de eksisterende vilkår i en forutsigbar og avtalt periode. SB1 har investert og vil investere betydelige beløp og ressurser i Kjernebankprosjektet, og opsjonen skal nettopp sikre at SB1 ikke kommer i en posisjon der avtalen utløper kort tid etter at kjernebankfornyelsen endelig er levert.

Punkt 8 tredje ledd riktig fortolket medfører dermed at SBs krav må føre frem. Anken må forkastes på dette punkt.

SB1 gjør gjeldende at TE ikke har krav på vederlagsjustering av den årlige fastprisen.

Overordnet gjøres gjeldende at verken Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g eller [avtaleloven § 36](#) gir grunnlag for noen prisrevisjon. Samtlige av de pretenderte kostnadsfaktorene er ikke uforutsette, og de er uansett TEs risiko – en risiko TE har tatt med åpne øyne i 2016. Det hefter også betydelig usikkerhet ved de pretenderte kostnadsøkningene, og KWC-rapporten endrer ikke bevisbildet i særlig grad her. TE anmoder lagmannsretten om å skjønnsmessig oppjustere vederlaget for fastprisen – som bare er en avgrenset del av SB1s samlede årlige vederlag til TE – og det anføres intet mindre enn en dobling av fastprisvederlaget, om lag 250 millioner hvert år. Dette står i skarp kontrast til at TE så sent som i 2022 hadde positivt dekningsbidrag fra kontrakten med SB1 på 14 %, om lag 60 millioner. Dette var også nivået de seks foregående årene. Den plutselige kostnadsøkning fra 2022 til 2023 og videre fremover er ikke troverdig, den er udokumentert og står i motstrid til den mengden av enkeltstående endringsavtaler som hittil har justert fastprisvederlaget. Nå oppfordres lagmannsretten til å fastsette en samlet prisrevisjon nærmest på «slumpskjønn». Etter SB1s vurdering foreligger det verken rettslig eller faktisk grunnlag for revisjonskravet.

Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g hjemler en reforhandlingsplikt dersom nærmere vesentlighetskriterier er oppfylt. Domstolen kan ikke i medhold av denne bestemmelsen revidere fastprisdelen, og tingretten har korrekt avvist TEs anførsel om dette. Bestemmelsen er en såkalt «hardshipklausul», den gir ikke selv grunnlag for

revisjon av avtalevilkår og gir selvsagt heller ikke TE krav på et bestemt vederlag. Uansett dersom lagmannsretten mot formodning skulle komme til motsatt resultat av tingretten, er ikke vilkårene i punkt 3.7 bokstav g oppfylt. Dette gjelder også opp mot TEs subsidiære påstand om fastsettelsesdom på reforhandlingsplikt. Terskelen for revisjon etter punkt 3.7 bokstav g må som følge av de strenge vilkårene anses å være omtrent som etter bakgrunnsretten, jf. [avtaleloven § 36](#) og læren om bristende forutsetninger. Sentralt står den avtalte risikofordelingen i avtalen. Videre avtalte partene at fastprisen ikke skulle underlegges KPI-regulering, tvert imot skulle den være degressiv. TEs argumentasjon om at SB1 har brutt sine plikter til å reforhandle kan klart ikke føre frem. SB1 har ikke opptrådt illojalt. SB har vært villig til å forhandle dersom TE kan dokumentere forutsetningsbrist, men det har ikke TE gjort hittil.

[Avtaleloven § 36](#) eller den ulovfestede læren om bristende forutsetninger gir heller ikke TE krav på en vederlagsøkning. Terskelen for å anvende [avtaleloven § 36](#) mellom profesjonelle parter er svært høy, ikke minst når det som her påberopes forventede kostnadsøkninger. TE har ikke presisert hvilke konkrete, motiverende og synbare forutsetninger som skal ha bristet, hvordan disse har bristet og hvilke virkninger det har hatt for TE. Hovedavtalen inneholder detaljerte bestemmelser om SB1s vederlag, vilkår for reforhandling og justering av vederlaget. Gjenstanden for revisjonskravet – fastpriselementet – er summen av prisene i mange hundre enkeltavtaler. Disse og den samlede årlige fastprisen de til sammen gir, kan ikke revideres under ett. Terskelen etter [avtaleloven § 36](#) er klart nok ikke nådd. Det er uansett ikke nok, slik som TE tilsynelatende synes å gjøre gjeldende, at TE har eller i fremtiden vil ha et negativt dekningsbidrag i kontrakten med SB1. De mange vekslende beregninger fra TE viser videre at tallene er høyst usikre og basert på skjønsmessige fordelingsnøkler som TE selv har valgt ut. For vurderingen etter [avtaleloven § 36](#) er det også sentralt at alle de faktiske pretenderte kostnadsbaser og økningen for disse, gjelder omstendigheter eller utvikling som TE må bære risikoen for. Videre er det helt sentralt at i den grad det eventuelt er et misforhold mellom TEs kostnader og inntjening på SB1-kontrakten, er dette i stor grad en konsekvens av at TE ikke har oppnådd de forventede besparelser ved kjernebankfornyelsen. Årsaken til dette er TEs egne forsinkelser i Kjernebankprosjektet. Risikoen for dette kan ikke «veltes over» på SB1 gjennom et revisjonskrav av fastprisen.

Hva gjelder de pretenderte kostnadsdriverne som TE har vist til, anfører SB1 generelt at disse fremstår som usikre beregninger, de er udokumenterte og har vært gjenstand for større endringer og dreininger underveis.

For den påberopte endringen knyttet til økning i bruk avviser SB1 at dette kan gi grunnlag for revisjon av fastprisen. Økninger i volum kan etter avtalen begrunne regulering av fastprisen, men bare hvis økning i et sett med vektete, avtalte parametere overstiger en avtalt terskel på 6 % årlig (akkumulert), jf. vedlegg 4.1 punkt 2.7. Reguleringen er helt bevisst, men får ikke anvendelse her. Volumveksten har i kontraktsperioden ikke vært høy nok til at den avtalte årlige terskelen har blitt overskredet. Økninger i annen bruk, trafikk, kall, MIPS mv. som verken er volumpriset eller omfattes av punkt 2.7, er TEs risiko. Samarbeidet om å redusere antallet kall og MIPS-forbruket har dessuten vært svært vellykket. MIPS-toppene drives nå av TEs batch-kjøringer, som TE rår over. I lagmannsretten har TE nå dreid argumentasjonen knyttet til mainframe over mot underleverandørers priser som den store kostnadsdriveren, og det er en klar endring fra tingretten. De nye opplysningene som er fremkommet om Kyndryl-avtalen – herunder at prisene var degressive frem til 2022, men opphørte i 2023 – underbygger og forklarer det betydelige «hoppet» i TEs kostnader for 2023. Men dette er TEs risiko, og avtaleforhold som SB1 verken har innsikt i eller kan påvirke. Hva gjelder økt bruk, som ligger utenfor de avtalte volumvekstparametere i avtalen, har SB1 i betydelig grad medvirket til at disse nå er tilbake på samme nivå som sommeren 2021. Subsidiært – dersom lagmannsretten kommer til at endringene ved økt bruk gir grunnlag for prisøkning – kan det kun være tale om et mindre tillegg.

Hva gjelder de påberopte kostnadsendringene for IT-markedet, gir disse ikke grunnlag for revisjon. Det gjelder både økte kostnader til underleverandører (midrange), og økte kostnader til ansatte og konsulenter. SB1 gjør gjeldende at det kontraktsrettslige utgangspunktet om risikofordeling må anvendes også her: Økte kostnader til underleverandører og ansatte er TEs risiko. Subsidiært kan ikke disse kostnadsøkningene gi grunnlag for store tillegg.

For den påberopte endring knyttet til makroøkonomiske forhold, anfører SB1 at verken inflasjon eller valutaendringer kan gi grunnlag for prisrevisjon. Disse forhold er TEs risiko. TE har bevisst tatt en risiko ved blant annet å ikke kreve KPI-regulering. Terskelen for revisjon er uansett ikke oversteget, idet TE må forvente en betydelig fluktuasjon gjennom en avtaleperiode som går over en del år. I fravær av særskilt avtaleregulering er valutaendringer partenes egen risiko. Valutautviklingen har uansett ikke vært ekstraordinær.

TEs argumentasjon knyttet til kostnadsøkninger som følge av regulatoriske endringer, kan klart nok ikke medføre prisrevisjon. Tingrettens vurdering her er riktig. Kjernen er at partenes avtaleverk gir detaljerte materielle og prosessuelle regler for håndteringen av og risikofordelingen ved regulatoriske endringer. Det innebærer at revisjon er utelukket.

SB1 avviser også at den påberopte endringen knyttet til nearshoring kan føre til prisrevisjon. For det første er den påberopte endringen et misligholdskrav som ikke ble gjort gjeldende i tide. Derneft har SB1 – som tingretten korrekt kom til – ikke urettmessig nektet TE å utkontraktere driftsoppgaver til Ungarn.

Sammenfatningsvis anføres det at de pretenderte kostnadsøkningene verken isolert eller samlet sett, oppfyller terskelen for revisjon etter [avtaleloven § 36](#).

SB1 har også en rekke innvendinger til tallgrunnlaget og den metodikk som KWC-rapporten anvender. Svakheterne ved metodikken er den samme som tidligere forsøk på å underbygge prisrevisjonskravet. Det viser en klar usikkerhet at kostnadsøkningene TE skal ha hatt i perioden 2023 til 2026, har økt dramatisk fra januar 2023 til nå sist KWC-rapport nr. 2, nærmere 800 millioner kroner i forskjell. KWC-rapporten inneholder ingen dokumentasjon for kostnadene som TE hevder å ha ved å levere til SB1. Underlagene er ikke bevis i egentlig forstand, og de er fremlagt helt uten forklaring. Mest sentralt er likevel at en vesentlig del av kostnadene – og dermed KWCs tallmateriale – er fra underleverandører. Ingen slike avtaler er fremlagt, og vitner har kun forklart seg vagt og fragmentert om disse avtalene. Videre er det en viktig innvending at øvelsen i KWC-rapporten ikke er forenelig med avtalen mellom partene – prisrevisjonskravet beregnes som om avtalen er en «kostpluss»-avtale, hvilket strider mot hva som faktisk er avtalt. Øvelsen i KWC-rapporten er også uforenelig med kontraktsrettslige revisjonsregler: Det er ekstraordinære kostnadsøkninger som eventuelt kan nå terskelen etter [avtaleloven § 36](#), mens KWC i sin rapport legger opp til revisjon på grunnlag av enhver kostnadsøkning. Samlet sett medfører disse innvendingene at retten må anvende KWC-rapporten med betydelig varsomhet.

Det er nedlagt slik påstand:

Til anken over tingrettens dom:

Anken forkastes.

Til det nye kravet om at partene plikter å reforhandle vederlaget:

SpareBank 1 Utvikling DA frifinnes.

For alle tilfeller:

SpareBank 1 Utvikling DA tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

3. Lagmannsrettens vurdering

3.1 Problemstilling. Innledning. Lagmannsrettens konklusjoner

For lagmannsretten gjelder saken nå to hovedspørsmål:

For det første om SB1 etter EA 2016 punkt 8 tredje ledd har krav på forlengelse av opsjonene tilsvarende forsinkelsen av Kjernebankprosjektet utover 31. desember 2022. Tingretten besvarte dette bekreftende, jf. domsslutningen punkt 2. De springende punkter her er om bestemmelsen i punkt 8 tredje ledd stadig gjelder, og – dersom dette svares bekreftende – hvordan bestemmelsen skal forstås. Det siste vil bero på en avtaletolkning.

Lagmannsrettens konklusjon på dette punkt er at anken fra TE over tingrettens domsslutning punkt 2 forkastes.

For det annet reiser saken spørsmål om TE har krav på vederlagsjustering av fastpriselementet i EA 2016, enten med grunnlag i avtalen direkte (Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g) eller med grunnlag i [avtaleloven § 36](#) eller læren om bristende forutsetninger. De springende punkter ved denne vurderingen vil være hvilket grunnlag revisjonskravet skal vurderes ut fra, herunder om domstolen har kompetanse til å revidere fastprisvederlaget med hjemmel i avtalens reforhandlingsklausul og om vilkårene eventuelt er oppfylt. Uansett blir det eventuelt spørsmål om [avtaleloven § 36](#)/læren om bristende forutsetninger gir grunnlag for TEs krav på vederlagsøkning. Sentralt vil her stå vurderingene av om TEs kostnader har hatt en slik uventet utvikling og er av et slikt omfang at terskelen for avtalerevisjon er nådd.

Lagmannsrettens konklusjoner på dette punkt er at domstolen ikke har kompetanse til å revidere avtalens årlige, faste vederlag i medhold av Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g. Lagmannsretten har derfor vurdert TEs revisjonskrav opp mot [avtaleloven § 36](#). Lagmannsretten har kommet til at urimelighetsterskelen etter [avtaleloven § 36](#) er overskredet, knyttet til de ekstraordinære endringene i bruk opp mot mainframe og midrange og de vesentlige kostnadsøkninger disse har medført for TE. Etter en helhetsvurdering er det årlige, faste vederlaget fastsatt å økes med 100 millioner kroner for 2026. For årene 2023 frem til domstidspunktet og for den gjenværende perioden av 2025 er det fastsatt at SB1 må betale TE henholdsvis 260 millioner kroner og 50 millioner kroner.

Lagmannsretten er kommet til at hver av partene må bære sine sakskostnader for tingretten og lagmannsretten. Ingen av partene har vunnet saken fullt ut eller i det vesentligste, men begge partene har fått medhold av betydning.

3.2 Om SpareBank 1 Utvikling DA har krav på forlengelse av opsjonene tilsvarende forsinkelsen av kjernebankfornyelsen utover 31. desember 2022 – avtaletolkning av EA 44-2016 punkt 8 tredje ledd

3.2.1 Problemstillingen

Lagmannsretten ser nå på spørsmålet om SB1 har krav på forlengelse av opsjonene tilsvarende forsinkelsen av Kjernebankprosjektet utover 31. desember 2022.

Lagmannsretten ser først på spørsmålet om EA 2016 punkt 8 tredje ledd stadig kommer til anvendelse, eller om det er slik at bestemmelsen nå ikke lenger gjelder.

3.2.2 Lagmannsrettens syn på innholdet av EA 44-2016 punkt 8 tredje ledd – om den stadig gjelder

Om EA 2016 punkt 8 tredje ledd ikke lenger kommer til anvendelse – er forsinkelsen allerede oppgjort ved Forliksavtalen?

Innledningsvis bemerker lagmannsretten at tingretten rettskraftig har avgjort at EA 2016 punkt 8 annet ledd – som hjemler SB1s opsjoner på forlengelse av Hovedavtalen til 31. desember 2029 – stadig gjelder, jf. domsslutningen punkt 1 og tingrettens drøftelse i dommen side 14 til 21. Tingretten sammenfattet vurderingen slik (dommen side 21 øverste avsnitt):

Retten er etter dette kommet til at Kunden rettmessig kunne forlenge Hovedavtalen med grunnlag i opsjonene i EA 2016, og at Hovedavtalen fremdeles gjelder mellom partene. Både Forliksavtalens formål og innhold, dens forhistorie, sammenhengen med EA 41-2021, partenes oppfølging av Forliksavtalen og reelle hensyn taler etter rettens syn entydig mot saksøktens forståelse av Forliksavtalens betydning. For retten har spørsmålet ikke frembudt tvil.

TE har nå for lagmannsretten anført at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ikke kommer til anvendelse, fordi forsinkelsen allerede er oppgjort ved Forliksavtalen.

Den omstridte bestemmelsen i EA 2016 punkt 8 tredje ledd har følgende ordlyd:

Dersom endelig godkjennelse av Leveransen blir forsinket ut over 31.12.2022, forlenges opsjonene tilsvarende forsinkelsen, slik at Kunden uansett som et minimum får realisert 5 år av fastprisperioden med reduksjon i fastprisen etter endelig godkjennelse av leveransen.

Forliksavtalen ble inngått 30. november 2021. Hva som er «bakgrunnen» for forliksavtalen skisseres slik i Forliksavtalens punkt 1.2:

Som følge av allerede påløpt og varslet fremtidig forsinkelse av kjernebankprogrammet har partene diskutert og blitt enige om denne Forliksavtalen som er et oppgjør for de merkostnader Sparebank 1 er påført som følge av forsinkelsen.

Lagmannsretten konstaterer at det er intet i beskrivelsen av formålet med Forliksavtalen som indikerer eller identifiserer at den også skal omfatte opsjonene knesatt i EA 2016 punkt 8, herunder punkt 8 tredje ledd. Ordlyden «oppgjør for merkostnader» som er blitt «påført som følge av forsinkelsen», lar seg vanskelig forene med at dette også skulle omfatte at EA 2016s opsjon i punkt 8 tredje ledd bortfalt. Det partene derimot ble enige om ved Forliksavtalen var at SB1 skulle få en kompensasjon på 72 millioner kroner. Dette ble fordelt med 10 millioner kroner i Forliksavtalen (jf. dens punkt 2.3 annet punktum) og 62 millioner kroner på den separate endringsavtalen EA-41-2021, jf. henvisningen til denne i Forliksavtalen punkt 2.3 første punktum (om rabattert pris på nytt testmiljø). At Forliksavtalen ikke innbar noen regulering av EA 2016 punkt 8 tredje ledd kommer desto tydeligere frem i Forliksavtalen punkt 4.3:

Partene er enige om at oppgjøret beskrevet i denne Forliksavtalen er fullt og endelig oppgjør knyttet til forsinkelsen av Kjernebankprogrammet frem til ny avtale er signert (ref. pkt. 4) dog senest 1.5.2022, og at ingen av Partene kan gjøre krav gjeldende knyttet til de forhold som er oppgjort i denne Forliksavtalen.

Lagmannsretten kan ikke se at Forliksavtalen punkt 4.3 heller identifiserer eller indikerer at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ved dette skulle bortfalle, i stedet er det en klar angivelse av et «fullt og endelig oppgjør knyttet til forsinkelsen av Kjernebankprogrammet» som klart henspiller på de 72 millioner kroner som skulle dekke SB1s tap og merkostnader. Lagmannsretten kan ikke se at det er noe grunnlag i ordlyden for å tolke denne slik at alle krav og konsekvenser – herunder opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd – ved dette var oppgjort. De krav som ble oppgjort ved Forliksavtalen var de «merkostnader» SB1 hadde hatt. Etter en naturlig språklig forståelse er det nettopp dette henvisningen avslutningsvis i Forliksavtalen punkt 4.3 retter seg mot. Rent ordlydmessig gir det også liten mening å anvende betegnelsen «oppgjør» i relasjon til opsjonsbestemmelsen i EA 2016 punkt 8 tredje ledd, som vanskelig kan betegnes som en kompensasjonsbestemmelse, jf. også nedenfor. Oppgjøret gjelder etter ordlyden frem til 1. mai 2022, og ikke noe etter dette tidspunkt.

Lagmannsretten tilføyer at selv om Forliksavtalens formål, jf. dens punkt 1.2, var begrenset til å kompensere merkostnadene som var påløpt for SB1 som følge av Kjernebankprosjektet, så omfatter Forliksavtalen også en regulering ut over dette knyttet til at det skulle inngås en ny avtale for kjernebankfornyelsen, jf. Forliksavtalen punkt 2.2 og 3. Lagmannsretten kan ikke se at dette rokker ved den ordlydstolkning som lagmannsretten har redegjort for ovenfor, jf. også nedenfor.

Lagmannsretten viser her også til at opsjonene på forlengelse i EA 2016 punkt 8 tredje ledd etter avtaleverket gjelder med mindre det av en endringsavtale mv. «uttrykkelig fremgår» hva som blir avveket eller hva som kommer i tillegg. Partene har selv i avtaleverket definert et slikt klarhetskrav for endringer. Lagmannsretten viser først til Hovedavtalen punkt 1.4 annet ledd:

Senere endringer eller tillegg til Avtalen kan kun gjøres gjeldende dersom det uttrykkelig fremgår av endringen/tillegget hvilket punkt eller bestemmelse i Avtalen dette avviker fra eller kommer i tillegg til.

Videre følges dette klarhetskravet opp i selve EA 2016 punkt 1 første ledd:

Avvik fra Avtalen med senere revisjoner, kan kun gjøres gjeldende dersom det uttrykkelig fremgår av denne Endringsavtalen hvilket punkt eller bestemmelse i Avtalen dette avviker fra eller kommer i tillegg til.

Lagmannsretten påpeker først det selvsagte – Forliksavtalen er ikke utformet som noen endringsavtale. Derneft så er ikke ordlyden i Forliksavtalen – samlet sett – i nærheten av å identifisere eller indikere at den er ment å avvikle opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd.

Lagmannsretten kan heller ikke se at TEs anførsel på dette punkt har noen støtte i de forutgående forhandlingene om selve Forliksavtalen. Etter lagmannsrettens vurdering gir de tidsnære bevis her et entydig bilde på at bortfall av SB1s opsjoner – herunder EA 2016 punkt 8 tredje ledd – ikke var et tema. Eksempelvis viser TEs presentasjon til forhandlingsmøte mellom SB1 og TE den 17. juni 2021 dette klart. Under overskriften «TE er enige om reforhandling med tre deler» skisseres følgende: (1) Kompensering av merkostnader, (2) Enes om ny samarbeidsmodell og tidsplan og (3) Inngå ny avtale [...]. Videre sendte TE

første utkast til forliksavtale 4. juli 2021, hvor forholdet mellom Forliksavtalen og de øvrige temaene ble skissert slik:

Partene er enige om å endre leveranseplan og leveransemetodikk og tilknyttet betalingsplan. Nærmere beskrivelse av leveranseplan, leveransemetodikk og tilknyttet betalingsplan vil foretas i dialog mellom partene. Dette skal reguleres i særskilt avtale.

Slik endret leveranseplan, leveransemetodikk og betalingsplan erstatter de deler av EA44-2016 som omhandler dette. For øvrig skal EA44-2016 gjelde.

Formuleringene her etterlater ingen tvil om at det gjenstående temaene, som altså skulle reguleres i en særskilt avtale, var avgrensede og viktigst – opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd var intet tema. Det ble avholdt en rekke møter og utvekslet en rekke utkast til forlik i perioden 5. juli 2021 til 29. november 2021, men som nevnt kan ikke lagmannsretten se at SB1s opsjonsrettighet i EA 2016 punkt 8 tredje ledd adresseres i noen av utkastene.

Lagmannsretten kan heller ikke se at partenes etterfølgende opptreden underbygger TEs anførsel om at EA 2016 punkt 8 tredje ledd bortfalt og ble oppgjort som følge av Forliksavtalen. Tvert om gir TE kort tid etter uttrykk for følgende – hvor punkt 8 tredje ledd ble strøket med følgende kommentar i utkast til ny avtale av 16. mars 2022:

Prisreduksjonen startet i 2017. Det betyr at reduksjonen vil gis med 5 år – uavhengig av tidspunkt for migrering.

Lagmannsretten påpeker at dette står i kontrast til at opsjonen allerede hadde bortfalt som følge av Forliksavtalen inngått høsten 2021. Under et forhandlingsmøte 27. april 2022 følger TE dette opp med følgende utsagn (presentasjonens side 4 siste punkt):

Punkt i kap 8 om forlengelse for å oppnå 5 års reduksjon i fastpris etter godkjent leveranse er uklar og ikke lenger relevant i forhold til vilkår i kap 7.1 i EA44 og den prisreduksjon som allerede gjennomføres. Dette punktet bør derfor utgå i ny endringsavtale.

Heller ikke dette er forenlig med at punkt 8 tredje ledd allerede var bortfalt som følge av Forliksavtalen. Tvert om gis det uttrykk for at bestemmelsen ikke bør videreføres i ny avtale. SB1 ga for øvrig klart uttrykk for at selskapet ikke delte TEs vurderinger på dette punkt, jf. brev 9. mai 2022:

Punkt 8 i avtalen regulerer generelt «varighet og oppsigelse». Sparebank 1 oppfatter ikke at det er uklarhet rundt regulering av opsjoner, i det ordlyden er tydelig på at det i tilfeller av forsinkelser ut over 2022 vil være slik at opsjonene forlenges med tilsvarende lengde som forsinkelsen. Dette gjelder generelt og ble fremforhandlet for å sikre at Sparebank 1 har forutsigbarhet fremover i tid å samme betingelser (herunder prismodell og nivå) etter at kjernebankfornyelsen er «endelig godkjent».

Det er på denne bakgrunn Sparebank 1s klare oppfatning at opsjonene forskyves med like lang tid som forsinkelsen, slik det fremgår av punkt 8, tredje ledd.

Det var først etter dette brevet fra SB1 at TE i brev 11. mai 2022 tok til ordet for at retten til forlengelse utover 2029 var bortfalt og «gjort opp» ved Forliksavtalen, mao. mer enn fem måneder etter inngåelsen av Forliksavtalen 30. november 2021.

Lagmannsretten er heller ikke enige med TE at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ikke kommer til anvendelse fordi ingen ny forsinkelse er oppstått. Kjernebankprosjektet er stadig ikke levert. Ved inngåelsen av Forliksavtalen i november 2021 var det uansett klart at forsinkelsen av Kjernebankprosjektet ville være vesentlig lengre enn 2022 og at tilleggsopsjonen derfor ville bli aktualisert. Det har klart formodningen mot seg at SB1 i en slik situasjon – slik som TE nå hevder – ville bytte bort denne opsjonen mot en engangskompensasjon på 72 millioner kroner. Det er heller ikke slik at opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd kontraktsrettslig kan anses som en type misligholdsforføyelse som må anses uttømt ved Forliksavtalen. Lagmannsretten finner det tilstrekkelig å bemerke at en opsjonsrettighet er en kontraktsrettighet som gir rettighetshaveren SB1 en rett, men ikke plikt, til å kjøpe videre tjenesteleveransene fra TE på forhåndsbestemte vilkår i en tidsperiode videre. Verken ordlyden, avtaleforhandlingene eller partenes etterfølgende opptreden underbygger dermed TEs synspunkt her.

Lagmannsretten kan videre langt på vei være enig med SBIs argumentasjon om at det ikke er noen grunn til å vurdere opsjonsrettigheten i EA 2016 tredje ledd annerledes opp mot Forliksavtalen enn opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 annet ledd, som altså er rettskraftig avgjort av tingretten.

Tingretten har sammenfattet sin vurdering på dette punkt slik (dommen side 23 annet avsnitt):

At partene er blitt enige om et økonomisk oppgjør knyttet til Leverandørens kjente forsinkelser ved en angitt dato, gir imidlertid ikke holdepunkter for at partene også er blitt enige om at Kundens rettighet i EA 2016 punkt 8 tredje ledd skal opphøre eller at Kunden ensidig har gitt avkall på denne rettigheten. Det er ingen motsetning mellom et endelig oppgjør av de økonomiske konsekvensene av forsinkelse, og at Kundens rett til å forlenge avtalens varighet tilsvarende forsinkelsen fremdeles består. Det siste utgjør en betydningsfull rettighet for Kunden og et avkall på denne rettigheten krever klare holdepunkter. Slike holdepunkter foreligger ikke.

Lagmannsretten slutter seg til disse vurderingene.

Etter dette konkluderer lagmannsretten med at Forliksavtalen ikke stenger for anvendelse av EA 2016 punkt 8 tredje ledd, idet det ikke er slik at forsinkelsen kan anses oppgjort ved Forliksavtalen. Opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd besto etter inngåelsen av Forliksavtalen.

3.2.3 Om EA 2016 punkt 8 tredje ledd er falt bort som følge av endringer i Kjernebankprosjektet – om «2016-planen» er forlatt slik at opsjonsrettigheten ikke lenger kan gjøres gjeldende

Innledningsvis bemerker lagmannsretten at TEs påstandsgrunnlag på dette punkt – slik lagmannsretten forstår det – er nye for lagmannsretten.

Kjernen i argumentasjonen fra TE er at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ikke lenger kommer til anvendelse på grunn av endringer i Kjernebankprosjektet, i det «2016-planen er forlatt» og at det derfor ikke lenger er mulig å levere «endelig godkjent» etter EA 2016-avtalen.

Det første spørsmålet er om det er inngått noen avtaler som medfører at opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd er bortfalt. Lagmannsretten tar utgangspunkt i at en avtaleforpliktelse består såfremt partene ikke har regulært seg bort fra den. I tillegg viser lagmannsretten til at partene i nærværende avtaleverk har oppstilt et skjerpet klarhetskrav for slike endringer, jf. ovenfor om Hovedavtalen punkt 1.4 annet ledd og EA 2016 punkt 1 første ledd.

Lagmannsretten konstaterer at det ikke foreligger noen slik særskilt endringsavtale som medfører at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ikke lenger skal gjelde. Det er heller ikke slik, ut fra den samlede bevisførsel, at partene har blitt enige om endringer i Kjernebankprosjektet som er forutsatt å medføre bortfall av SBIs opsjonsrettighet i punkt 8 tredje ledd.

Lagmannsretten peker særskilt på behandlingen av Forliksavtalen ovenfor, og hvor lagmannsretten har konkludert med at Forliksavtalen klart ikke medfører at EA 2016 punkt 8 tredje ledd er bortfalt. Lagmannsretten kan heller ikke se at det i Forliksavtalen eller under de forutgående avtaleforhandlingene, foreligger dispositive forhold som kan underbygge TEs anførsel om at EA 2016 punkt 8 tredje ledd skal ha bortfalt som følge av endringer i Kjernebankprosjektet. Tvert om uttrykkes det følgende i Forliksavtalen punkt 2.1:

Kjernebankprogrammet er et strategisk viktig program for TietoEVERY Financial Services Solutions (FSS) for å modernisere FSS' totale portefølje av løsninger til banker. TietoEVERY FSS forplikter seg til å ferdigstille Kjernebankprogrammet med funksjonalitet som beskrevet i EA 44/2016.

I Forliksavtalen hjemles dermed stadig Kjernebankprosjektet og dets funksjonalitet i beskrivelsen og planen i EA 2016.

TE har særlig vist til Forliksavtalens regulering av at partene skulle inngå en ny avtale for Kjernebankprosjektet. Det følger av Forliksavtalen punkt 2.2 og 3.1 at:

2.2 Partene er enige om at EA 44/2016 skal erstattes av en ny avtale for Kjernebankfornyelsen. Rammen for ny avtale for Kjernebankfornyelsen er beskrevet i punkt 3 i denne Forliksavtalen.

[...]

3.1 Partene er enige om å starte arbeidet med å utarbeide en ny avtale i Q4 2021, som innebærer omforente endringer i leveranseplan, leveransemetodikk, oppdatert leveransebeskrivelse samt tilknyttet betalingsplan med tilhørende bonus/malus kompensasjonsregime. Endringer i ny avtale skal ikke omfatte reduksjon i funksjonalitet. Dette vil reguleres i ny avtale for Kjernebankfornyelse. Slik ny avtale skal lages på grunnlag av EA 44/2016, som partene har som intensjon å ferdigstille senest innen 5 måneder fra signering av Forliksavtalen.

Det har ikke lyktes partene å bli enige om en slik ny plan for Kjernebankprosjektet. TE argumenterer for at det uten en slik ny avtale – som omfatter en ny leverings- og utrullingsplan – kan ikke TE levere Kjernebankprosjektet og SB1 vil heller ikke kunne være i stand til å motta kjernebankfornyelsen. Derfor kan det ikke løpe noen forsinkelse målt opp mot EA 2016 punkt 8 tredje ledd.

Lagmannsretten er ikke enig i dette.

For det første er det ikke satt noen slik rettsvirkning av at partene ikke har lyktes med å inngå en ny avtale om Kjernebankprosjektet i Forliksavtalen. Dermed er det avtalerettslig på det rene at EA 2016 punkt 8 tredje ledd stadig gjelder.

Dernest peker lagmannsretten på at leveransen av Kjernebankprosjektet nå er godt i gang, jf. blant annet forklaringen til vitnet Storsul fra TE. Det kan legges til grunn at Kjernebankprosjektet nå i 2025 leveres etter fornyede kriterier både hva gjelder metodikk, funksjonalitet og selve plattformsløsningen. Vitnet Brænd fra SB1 har forklart at det er riktig at det foreligger oppdaterte planer, herunder at planer for rapportering har vært endret flere ganger siden 2016. For lagmannsretten er det imidlertid ikke avgjørende at TE – til en viss grad i samspill med SB1 – har endret metodikken, funksjonalitet og plattformsløsningen siden 2016. Avgjørende avtalerettslig må være at de avtalte krav til sluttleveranse ikke er endret og heller ikke leveringsfristene. Til en viss grad tar avtaleverket nettopp høyde for endringer i innhold uten at leveransetidspunktene fravikes, når det i EA 2016 punkt 6 tredje ledd slås fast at:

Core prosjektet leverer etter agile metoder. Det betyr at leveransetidspunktene står fast, selv om det planlagte innholdet kan endres mellom releaser.

Lagmannsretten kan derfor ikke se at TE's anførsel på dette punkt kan nå frem.

Lagmannsretten bemerker at TE også har argumentert med at SB1 ikke aktivt har utført sine forpliktelser under Forliksavtalen – ved å bryte avtaleforhandlingene – og heller ikke sine forpliktelser under Kjernebankprosjektet. Sammenfatningsvis er det en argumentasjon som ligger nær opp til at SB1 er i en form for kreditormora. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for et slikt synspunkt. Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å gjennomgå hele historikken mellom partene hva gjelder utviklingen etter Forliksavtalen i november 2021, og konstaterer at partene har høyst ulike oppfatninger om skyldfordeling for hvorfor det ikke har lyktes å komme til enighet. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det samlede bevisbildet gir noen holdepunkter for at SB1 ikke i tilstrekkelig grad lojalt har bidratt til å få på plass en ny leverings- og utrullingsplan. Bevisførselen gir blant annet grunnlag for å konstatere at SB1 selv har lagt betydelige midler og ressurser inn mot Kjernebankprosjektet fra sin side. Det er nok slik at samarbeidsklimaet har blitt preget av uenighetene knyttet til opsjonsrettighetene og kravet om vederlagsøkning fra TE, men bevisene i saken gir ikke grunnlag for å konstatere noen form for kreditormora opp mot SB1s bidrag til å få på plass en ny leverings- og utrullingsplan. Lagmannsretten viser videre til at TE for tingretten anførte at SB1 kontraktsstridig nektet å reforhandle vederlaget, men tingretten avviste argumentasjonen om kreditormora også i denne relasjonen. Lagmannsretten viser her til tingrettens vurdering (dommen side 27 siste avsnitt):

En slikt syn er det etter rettens syn klart ikke grunnlag for. Forhandlingene mellom partene har siden sommeren 2022 vært sammensatte. Som ledd i forhandlingene har Leverandøren på klart urettmessig grunnlag motsatt seg Kundens opsjonsutøvelse, og har urettmessig fastholdt at det i stedet skal inngås ny avtale. Som ledd i forhandlingene har Leverandøren også urettmessig motsatt seg en forlengelse av opsjonene tilsvarende Leverandørens forsinkelse. I tillegg har Leverandøren fremsatt kravet om forhandling av vederlaget dels med grunnlag i en uriktig forståelse av hva som skal forhandles med grunnlag i Forliksavtalen. At kravet også er fremsatt med grunnlag i Hovedavtalens reforhandlingsklausul kommer retten tilbake til nedenfor. Leverandøren har selv risikoen for egen uriktig forståelse av partenes avtaleverk, og etter rettens syn har disse urettmessige posisjonene fra Leverandørens side vært sterkt medvirkende til at partenes dialog har strandet. Retten kan derfor ikke

se at det er holdepunkter for mislighold fra Kundens side som anført. I tillegg kommer at det ikke er ført bevis for at det er reklamert over Kundens angivelige mislighold i samsvar med Hovedavtalens punkt 12.3. Det er heller ikke ført bevis for årsakssammenheng mellom det angivelige misligholdet og Leverandørens forsinkelse som påkrevd i henhold til Hovedavtalens punkt 12.13. For retten er det derfor klart at denne anførselen ikke kan føre frem.

Lagmannsretten er enig i disse vurderingene, og de har til en viss grad overføringsverdi til misligholdsargumentasjonen opp mot manglende bidrag fra SB1s side hva gjelder å få på plass en ny leverings- og utrullingsplan for Kjernebankprosjektet. Uansett finner lagmannsretten det klart at det, i hvert fall i det vesentligste, er forhold på TEs side som har medført at Kjernebankprosjektet stadig ikke har blitt levert. Dette gjelder selv om SB1 nå eventuelt ikke er klar for at ta imot ny kjernebankløsning før tidligst 2026, hvilket må ses på grunnlag av TEs informasjonsgivning og tilrettelegging overfor SB1.

Lagmannsretten konkluderer derfor med at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ikke har bortfalt som følge av endringer i Kjernebankprosjektet, og at det ikke er slik at «2016-planen» avtalerettslig er forlatt.

3.2.4 Lagmannsrettens syn på innholdet av EA 44-2016 punkt 8 tredje ledd – avtaletolkningen

Problemstillingen

Lagmannsretten går videre til å vurdere hvordan EA 2016 punkt 8 tredje ledd må forstås.

TE har anført at bestemmelsen kun gir rett på ekstraforlengelse dersom dette er nødvendig for å sikre at SB1 får hele den omtalte «reduksjonen i fastprisen», og at dette knytter seg til rabatten på om lag 100 millioner kroner som SB1 har fått periodisert over flere år. Rabatten vil SB1 ha mottatt i sin helhet i løpet av 2026, og dermed er det intet lenger grunnlag for anvendelse av opsjonsrettigheten. Det den skal sikre er allerede oppnådd i 2029.

Det springende punkt i avtaletolkningen er om EA 2016 punkt 8 tredje ledd skal forstås som en opsjonsrettighet direkte knyttet til rabatten på 100 millioner kroner inngått ved EA 2014, eller om bestemmelsen er en opsjonsrettighet som skal sikre at SB1 – etter at Kjernebankprosjektet er endelig godtatt – får en opsjon på å forlenge avtalen for å sikre seg en ytterligere periode tilsvarende forsinkelsen med redusert fastpris i form av pris degressivitet under Kjernebankfornyelsen.

Utgangspunktet for avtaletolkningen er ordlyden. Også øvrige momenter – som de forutgående avtaleforhandlinger, partenes etterfølgende opptreden og formålsbetraktninger – vil være relevante i avtaletolkningen.

Lagmannsrettens syn på avtaletolkningen

Om ordlyden

Ordlyden i EA 2016 punkt 8 tredje ledd er som nevnt slik:

Dersom endelig godkjennelse av Leveransen blir forsinket ut over 31.12.2022, forlenges opsjonene tilsvarende forsinkelsen, slik at Kunden uansett som et minimum får realisert 5 år av fastprisperioden med reduksjon i fastprisen etter endelig godkjennelse av leveransen.

Etter en naturlig forståelse av ordlyden i første del av bestemmelsen gis det en utvetydig rett på en forlengelse av opsjonene svarende til den tidsperiode forsinkelsen utgjør ut over 31. desember 2022.

Ordlyden definerer klart vilkårssiden ved kriteriet «endelig godkjennelse blir forsinket ut over 31.12.2022».

Ordlyden definerer klart virkningssiden ved kriteriet om at opsjonene «forlenges [...] tilsvarende forsinkelsen». Lagmannsretten viser videre til at leveransen er definert i punkt 1, mens endelig godkjennelse er definert i punkt 6.

Det er heller ikke slik at ordlyden i punkt 8 tredje ledd isolert sett fastslår noe unntak fra denne avtalefestede opsjonsrettigheten på forlengelse ved forsinkelse av Kjernebankprosjektet, i hvert fall intet unntak som kan leses direkte ut av bestemmelsens ordlyd.

Ordlyden i bestemmelsens «annen del» etter kommaet angir et minimumsinnhold av opsjonsrettigheten i første del – eller om man vil en form for minsterettighet i opsjonsrettigheten. SB1 skal etter ordlyden «uansett som et minimum» få et slikt innhold ved utøvelsen av opsjonsrettigheten. Minimumsinnholdet er beskrevet ved kriteriene «får realisert 5 år av fastprisreduksjonen med reduksjon i fastprisen etter endelig godkjenning av leveransen». Ordlyden tilsier at det her gis en presisering av hva opsjonsrettighetene i første del i hvert fall skal medføre.

Det er ikke uten videre gitt ut fra ordlyden hva kriteriet «fastprisperioden med reduksjon i fastprisen» direkte sikter til. Ordlyden angir ikke direkte at dette kriteriet i angivelsen av minsterettigheten sikter til den avtalte rabatten på 100 millioner kroner, som skulle utbetales periodisert over flere år slik at SB1 etter at denne rabatten er oppnådd ikke lenger har noe krav på forlengelse som følge av forsinkelse ved Kjernebankprosjektet. Tilsvarende viser ikke ordlyden entydig at det her siktes til reduksjonen i fastpris som følge av den avtalte årlige pris-degressiviteten. Uansett mener lagmannsretten at ordlyden – når første og andre del ses i sammenheng – mest naturlig trekker i retning av at punkt 8 tredje ledd gir en rettighet på opsjonsforlengelse ved forsinkelse ved Kjernebankprosjektet. Det er etter lagmannsretten en anstrengt ordlydstolkning – slik TE gjør gjeldende – at andre del av bestemmelsen skal slå i hjel en klart angitt rettighet i første del, uten at dette er klarere angitt. Som nevnt gir ikke ordlyden isolert sett noen klar anvisning på at andre del relaterer seg til 100 millioners rabatten og derved at hele bestemmelsen er innholdsløs når denne rabatten er utbetalt fullt ut, hvilket er angitt til å være i løpet av 2026. Tvert om kan ordlyden i andre del oppfattes som et forsøk på en presisering og forklaring av hvorfor SB1 gis en slik forlengelsesopsjon som angitt i første del, i form av å sikre SB1 redusert fastpris ved årlig pris-degressivitet i minst 5 år etter at Kjernebankprosjektet er levert og godtatt.

Lagmannsretten bemerker at tingretten (i dommen side 24 fjerde avsnitt) har uttalt at den anser det «klart» at TEs forståelse av fastprisreduksjonen i bestemmelsens andre del er riktig. I dommen side 25 femte avsnitt er dette noe mer nedtonet fra tingrettens side, jf. «[s]elv om retten slik tenderer til å dele Leverandørens forståelse av opprinnelsen til formålsangivelsen formulering i andre del [...]». Lagmannsretten er ikke enig i at dette fremstår som klart ut fra ordlyden isolert sett, det må eventuelt bero på øvrige avtaletolkningsmomenter for å fastslå dette.

Slik lagmannsretten ser det, åpner derfor ordlyden isolert sett for flere tolkningsalternativer.

Lagmannsretten heller likevel mot at ordlyden samlet sett av flere grunner medfører at det gir liten mening i å tolke andre del av punkt 8 tredje ledd som en henvisning til kompensasjonen på 100 millioner kroner som TE skulle utbetale til SB1.

For det første henviser andre del også til «endelig godkjenning av leveransen», hvilket rent ordlydmessig er irrelevant som et skjæringspunkt for utbetalingen av de 100 millioner kroner. Dette kan ses i sammenheng med at EA 2016 punkt 7 første ledd nr. 2 iverksetter motregningene av de 100 millioner kroner ved «produksjonsdag» og ikke ved «endelig godkjenning av leveransen». Dette tilsier ut fra ordlyden at bestemmelsen har et annet siktemål enn å sikre den hele utbetalingen av de 100 millioner kroner som var avtalt i rabatt i EA 2014 punkt 8.1 og hvor reguleringene ved EA 2016 ble endret på flere punkter.

For det annet kommer dette klarere frem når en inndrar reguleringen i EA 2016 punkt 7 sjette ledd:

Forsinket leveranse fra Leverandøren utløser uansett reduksjon i Fastpris fra planlagt konverterings-tidspunkt og volum for de deler som er forsinket i henhold til Leveranseplan.

Etter ordlyden har dermed SB1 krav på delbetalinger av de 100 millioner kroner fra og med de planlagte tidspunktene for «Produksjonsdag», og ikke de faktiske tidspunktene for «produksjonsdag», jf. også den tabellariske fremstillingen i EA 2016 punkt 7.1. Som nevnt vil disse 100 millioner kroner være ferdig motregnet ved utløpet av 2026, men på det tidspunkt vil det stadig gjenstå tre år av opsjonsrettighetsperioden i EA 2016 punkt 8 annet ledd. En ren ordlydsbetraktning, når en ser punkt 8 tredje ledd andre del i sammenheng med reguleringen her angitt i punkt 7, medfører at det er vanskelig å forene dette med at intensjonen bak punkt 8 tredje ledd var å sikre SB1 den fulle rabatten på 100 millioner kroner ved at avtalen skulle løpe lenge nok. Det ville vært tilstrekkelig innenfor regimet for opsjonsforlengelse som punkt 8 annet ledd fastsetter.

For det tredje vil kriteriet «uansett som et minimum» i punkt 8 tredje ledd andre del, kun gi mening dersom dette relaterer seg til at SB1 skulle sikres opsjonene i annet ledd etter levering av Kjernebankprosjektet. Det kunne bare oppnås ved at SB1 ble gitt en slik tilleggsopsjon som angitt i 8 tredje ledd – lik lengden på forsinkelsen av Kjernebankprosjektet.

For det fjerde viser lagmannsretten til at SB1s krav på 100 millioner kroner er et rent pengekrav. Det er vanskelig å forene med ordlyden i opsjonsrettighetsbestemmelsen at den skulle sikre oppgjør i tråd med en avtalt betalingsplan for disse 100 millioner kroner. Det naturlig i en slik sammenheng ville vært en avtalebestemmelse som regulerte at SB1 kunne kreve det gjenstående ved utløpet av avtaleforholdet eventuelt.

For det femte viser lagmannsretten til tingrettens sammenfatning av sin ordlydstolkning (dommen side 25 siste avsnitt og 26 første avsnitt):

Som ovenfor gjennomgått er det, uavhengig av om tredje ledd ses i sammenheng med kompensasjonsregimet i EA 2016 eller EA-34-2014, ingen sammenheng mellom perioden med redusert fastpris og opsjonsperioden. En forlengelse av opsjonsperioden gir derfor liten eller ingen mening for å sikre 5 år med redusert fastpris, da Kunden under begge endringsavtaler har opsjoner på forlengelse ut 2029. En slik forlengelse gir derimot god mening under både EA 2016 og EA-34-2014, dersom formålet er å sikre Kunden et visst antall år med drift på den nye kjernebankløsningen uavhengig av leverandørens forsinkelse. Selv om den uttalte formålsangivelsen i andre del av reguleringen kan ha blitt hengende igjen fra en tidligere regulering ved en «glipp», gjelder det samme derfor ikke uten videre for rettigheten i første del av reguleringen. Denne reguleringen fremstår klar og fullverdig, herunder med et implisitt formål som ovenfor angitt, også uten den kompliserende og avvikende formålsreguleringen i siste del av reguleringen. I dette ligger også at i den grad det er holdepunkter for at noe er blitt hengende igjen ved en «glipp», og derfor er overflødig og bør anses uvirksomt, så begrenser dette seg til formålsangivelsen i siste del av reguleringen.

Lagmannsretten er enig med tingretten i at det ut fra en samlet ordlydstolkning av punkt 8 tredje ledd gir mest mening at bestemmelsen skal sikre SB1 et visst antall år med drift på den nye kjernebankløsningen uavhengig av TEs forsinkelse. Dette innebærer ingen «sensur» av andre del – slik som TE anfører – men er en samlet ordlydstolkning hvoretter en angivelse av en minsterettighet, med noe uklart innhold ordlydmessig, ikke kan medføre at en utvetydig opsjonsforlengelsesrettighet i første del av punkt 8 tredje ledd bortfaller.

Endelig viser lagmannsretten til at kriteriet i punkt 8 tredje ledd andre del om «fastprisperioden med reduksjon i fastprisen» også naturlig kan forstås som en henvisning til pris-degressiviteten for den årlige fastprisen. Om lag tilsvarende ordlyd er anvendt med en slik forståelse i EA 2016 punkt 7.1 første strekpunkt og annet strekpunkt. Samtidig er det også slik at den tilsvarende betegnelsen andre steder i avtalen benyttes om rabatten på 100 millioner kroner.

Samlet sett konkluderer lagmannsretten med at ordlyden EA 2016 punkt 8 tredje ledd mest naturlig kan forstås slik at SB1 gis en utvetydig tilleggsopsjon på forlengelse tilsvarende forsinkelsen av leveransen av Kjernebankprosjektet (første del), og at andre del – om enn under noe tvil ut fra en ren ordlydstolkning – naturlig må forstås slik at det som et minimum skal sikre SB1 5 år med degressiv fastpris etter at Kjernebankprosjektet er endelig godkjent.

Denne ordlydstolkningen har etter lagmannsrettens syn adskillig støtte i det som fremgikk under avtaleforhandlingene og opp mot partenes etterfølgende opptreden.

Om de forutgående forhandlingene

Innledningsvis bemerker lagmannsretten at bakgrunnen for forhandlingene knyttet til EA 2016 var de betydelige forsinkelsene i Kjernebankprosjektet. I henhold til EA 2014 skulle prosjektet vært levert «Q4 2016». Det synes også uomtvistet at Kjernebankprosjektet for begge parter ville innebære større investeringer. Etter det opplyste kom avtaleforhandlingene i gang i januar 2016.

Lagmannsretten presiserer videre at det står sentralt at etter EA 2016 ville SB1 oppnå den avtalte rabatten på 100 millioner kroner fullt ut uavhengig av tilleggsopsjonen i EA 2016 punkt 8 tredje ledd. Det følger som nevnt av EA 2016 punkt 7 siste ledd. Som videre nevnt anfører TE at kriteriet «reduksjon i fastprisen» i punkt 8 tredje ledd andre del er en henvisning til rabatten på 100 millioner kroner. Det har som konsekvens at punkt 8 tredje ledd – slik TEs argumentasjon må forstås – reelt sett er overflødig, og at det i så fall må bero på en feil eller

glipp at denne ble stående i den endelige EA 2016. På denne bakgrunn er det da av interesse å se nærmere på avtaleforhandlingene forut for inngåelsen av EA 2016 – og om det gjennom disse avtaleforhandlingene fremkommer noe som gir grunnlag for å konkludere med at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ble stående ved en feil.

I møte 1. april 2016 fremmet TE forslag om at «SB1 får reduksjon i årlig pris uavhengig av forsinkelse i forliggende plan». SB1 ga tilbakemeldinger på forslagene i møte 3. juni 2016, hvor det blant annet ble foreslått at; «[d]ersom endelig godkjenning for leveransene for dekning av 100 % av kontomassen skjer etter utløp av eksisterende avtaleperiode, forlenges opsjonene slik at Sparebank 1 får realisert 5 år redusert fastprisperiode etter dette». Intet ved dette knyttet denne opsjonsrettigheten til rabatten på 100 millioner kroner slik lagmannsretten vurderer det. Etter dette utarbeidet SB1 6. juni 2016 et første utkast til EA 1016. I utkastets punkt 8.1 er det skissert at kompensasjonen trer i kraft ved godkjente leveranser, mens opsjonsforlengelse ble foreslått i punkt 9 tredje ledd med slik ordlyd:

Dersom endelig godkjenning av Leveranse av Kjernebankprogrammet for dekning av 100% av kontomassen blir forsinket ut over 31.12.2022, forlenges sistnevnte opsjon tilsvarende forsinkelsen, slik at Kunden uansett som et minimum får realisert 5 år av fastprisperioden etter at endelig godkjenning av hele leveransen.

Etter dette ble det avholdt møter mv. SB1 utarbeidet et oppdatert annet avtaleutkast 16. juni 2016. Her ble det blant annet lagt inn et nytt punkt 8 siste ledd (som ble punkt 7 i den endelige EA 2016):

Forsinket leveranse fra Leverandøren utløser uansett kostnadsreduksjon fra planlagt konverterings-/migrerings-tidspunkt og volum for de deler som er forsinket i henhold til omforent plan pr 1.7.2016.

Denne bestemmelsen om kompensasjon til SB1 uavhengig av forsinkelser i prosjektet kom altså inn fire måneder før avtalen ble signert i november 2016. Dette er vanskelig å forene med TEs argumentasjon om at bestemmelsen kom inn sent i forhandlingene, og at punkt 8 tredje ledd derved ble stående igjen ved en «glipp».

TEs forhandlingsleder, Andersen, gjorde flere ordlydsendringer i begge bestemmelsene ved oversendelser 28. juni og 1. juli 2016. Det ble også inntatt en ny tabell som viste fordelingen av de 100 millioner kroner – fra 2017 til 2026. Utkastene til TE viser at TE, i hvert fall på dette tidspunkt, mente at begge bestemmelsene hadde en selvstendig betydning.

Etter dette ble det avholdt en rekke møter. Det ble også utvekslet flere avtaleutkast. Bestemmelsen om reduksjon av fastpris uavhengig av forsinkelser mot leveranseplanen (jf. EA 2016 punkt 7 siste ledd) forble uendret frem til endelig avtale ble inngått, mens det ble gjort enkelte mindre endringer i bestemmelsen om opsjonsforlengelsen (EA 2016 punkt 8 tredje ledd).

I styresak 7. september 2016 presenteres oppsummeringen av forhandlingsresultatet for SB1s styre. Her angis blant annet den forståelse at «[e]ventuelle nye forsinkelser fra EVRYs side medfører ytterligere reduserte priser og forlengende opsjoner». Samlet sett vurderer lagmannsretten presentasjonen slik at SB1s forståelse av avtalen på tidspunktet for avtaleinngåelsen var at SB1 hadde krav på forlengede opsjoner ut over 2029 ved ytterligere forsinkelser av Kjernebankprosjektet, og det selv om SB1 på det tidspunktet allerede skulle ha mottatt den samlede rabatten på 100 millioner kroner.

Slik lagmannsretten ser det tilsier de forutgående avtaleforhandlingene samlet sett at EA 2016 punkt 8 tredje ledd ble fremforhandlet som en selvstendig regel med krav på forlengelse av opsjonene ved forsinket leveranse. Dette ved siden av regelen i EA 2016 punkt 7 siste ledd om at SB1 hadde krav på rabatten på 100 millioner kroner uavhengig av forsinkelse. De forutgående avtaleforhandlingene gir i mindre grad støtte for TEs tolkning av 8 tredje ledd – og ikke minst at disse i liten grad underbygger at henvisningen til redusert fastpris relaterer seg til kompensasjonen på 100 millioner kroner.

Om partenes etterfølgende opptreden

Den ordlydstolkningen lagmannsretten har lagt til grunn støttes også av partenes etterfølgende opptreden.

Partene forut for Forliksavtalen forhandlinger om kompensasjon for merkostnader og ny leveranseplan for Kjernebankprosjektet. SB1 sendte allerede 22. oktober 2018 et brev om «Ytterligere forsinkelser på Kjernebankprogrammet». Lagmannsretten viser her til følgende fra tingrettens behandling (dommen side 26):

For det andre finner retten støtte i partenes etterfølgende opptreden for at en slik forståelse gir uttrykk for partenes mening. Som ovenfor omtalt startet partene høsten 2019 arbeidet med å forhandle frem en oppdatert EA 2016 som bedre styringsmiddel for prosjektet. I versjonen som ble oversendt 25. februar 2020 tok Leverandøren ved Stein Arthur Andersen inn følgende kommentar til punkt 8 tredje ledd:

SB1 Har foreslått å erstatte dette avsnittet med følgende tekst: «Opsjonen vil forskyves med den tidsperiode som tilsvarer differansen mellom Leveringsdag og 31.12 2022». TE kan ikke se at der er noe realitetsforskjell mellom dette forslag og eksisterende tekst.

I neste versjon som ble utvekslet tilføyde Kunden ved Solveig Brænd følgende kommentar:

Vi mener dette er tydeligere og enklere enn opprinnelig tekst. Har endret forskyvet til forlenges.

Dette ble svart opp av Leverandøren ved Stein Arthur Andersen på følgende vis: «ok».

Denne dialogen gir etter rettens syn klart uttrykk for at begge parter har ansett formålsangivelsen i andre del av reguleringen som overflødig og har ansett første del av reguleringen som bærer av partenes mening.

Lagmannsretten slutter seg til denne vurderingen av partenes etterfølgende opptreden. Denne tidsnære dokumentasjonen viser med tydelighet at TE på dette tidspunktet ikke mente at opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd var begrenset til kun å sikre betaling av kompensasjonen på 100 millioner kroner.

Øvrige avtaletolkningsmomenter

Lagmannsretten finner også at reelle hensyn og formålsbetraktninger støtter den ordlydstolkningen som lagmannsretten har kommet til.

For det første gir dette en fornuftig og rimelig løsning. Det at SB1s opsjon forlenges tilsvarende TEs forsinkede leveranse på Kjernebankprosjektet, medfører at SB1s opsjonsrettigheter ikke blir spist opp av TEs forsinkelser. En annen løsning ville medført at SB1s opsjon ble verdiløs som følge av TEs forsinkelse.

Videre viser lagmannsretten til tingrettens vekting av effektivitets- og operativhensyn (dommen side 26 siste avsnitt):

For det tredje taler effektivitets- eller operativitetshensyn mot å anse hele punkt 8 tredje ledd som uvirksomt når det foreligger et mindre inngripende tolkningsalternativ, og dette tolkningsalternativet står seg godt. Dette hensynet gjør seg særlig gjeldende i kommersielle kontrakter med profesjonelle parter, slik som i Hovedavtalen og EA 2016. Det kan for så vidt vises til Høgberg, Kontraktstolkning punkt 4.5.5.2 [...].

Lagmannsretten er enig i dette, men bemerker at lagmannsretten har et annet syn en tingretten på hva EA 2016 punkt 8 tredje ledd andre del faktisk henviser til. Poenget her er at selv om TEs tolkning av punkt 8 tredje ledd andre del – som en henvisning til kompensasjonen på 100 millioner kroner – skulle legges til grunn, er lagmannsretten enig med SB1 – og tingretten – at det ikke kan innebære at hele punkt 8 tredje ledd skal bortfortolkes. Som påpekt fremstår uansett reguleringen av opsjonsrettigheten i punkt 8 tredje ledd første del som helt utvetydig og klar både på vilkårs- og virkningssiden, slik at tolkningsresultatet ikke kunne blitt slik som TE har anført.

Om opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd er urimelig

TE har for lagmannsretten fremsatt et nytt påstandsgrunnlag om at det vil være urimelig etter [avtaleloven § 36](#) å fastsette en slik ekstraforlengelse, især uten at vederlaget justeres.

Lagmannsretten finner det klart at det ikke er grunnlag for revisjon etter [avtaleloven § 36](#) hva gjelder opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd isolert sett. Det er ikke slik at SB1 har utvist manglende lojalitet i avtaleforholdet i relasjon til delaktigheten i Kjernebankprosjektet. Det har heller ikke vesentlig betydning at Kjernebankprosjektet i dag er et noe annet enn i 2016, eller at partene ikke har lyktes med å fremforhandle ny avtale slik som forutsatt i Forliksavtalen.

Lagmannsretten har derimot kommet til at det er grunnlag for en vederlagsjustering av fastprisdelen av avtalen, jf. nedenfor. I den vurderingen har lagmannsretten blant annet vektlagt langvarigheten av avtalen, og her også bygget på muligheten for opsjonsutøvelse etter EA 2016 punkt 8 tredje ledd i 2029 – slik at avtaleforholdet varer i flere år etter 2029 også

3.2.5 Lagmannsrettens konklusjon

Lagmannsretten konkluderer på denne bakgrunn med at opsjonsrettigheten i EA 2016 punkt 8 tredje ledd gjelder – slik at opsjonen forlenges tilsvarende TE's forsinkelse ut over 31. desember 2022. Det betyr at anken forkastes hva gjelder tingrettens domsslutning punkt 2.

3.3 Om vederlagsrevisjonskravet

3.3.1 Problemstillingen. Bakgrunnen

TE har gjort gjeldende et krav om revisjon av det årlige avtalte fastprisvederlaget.

TE har anført flere hjemmelsgrunnlag for en slik revisjon av den årlige fastprisen. For det første er det anført at revisjonen skal skje med grunnlag i Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g. Dernest – subsidiært – er det anført at [avtaleloven § 36](#) eller læren om bristende forutsetninger gir grunnlag for prisrevisjon. SB1 har avvist dette.

Tingretten har skissert bakgrunnen for revisjonskravet i korthet slik (dommen side 30):

Etter inngåelsen av Forliksavtalen 30. november 2021 startet partene forhandlingene om en avtale som skulle lukke øvrige utestående punkter i forlengelsen av Forliksavtalen.

Som ledd i disse forhandlingene introduserte Leverandøren 9. juni 2022 også et krav om reforhandling av den årlig fastprisen i henhold til Hovedavtalens punkt 3.7 (g). Det ble gjort gjeldende at en forlengelse av avtaleforholdet uten endring av vederlaget ville lede til et negativt dekningsbidrag på om lag en halv milliard kroner for Leverandøren i perioden 2022-2029.

Ved brev av 20. juni 2022 ga Kunden en redegjørelse for hvorfor Kunden mente at vilkårene for reforhandling av vederlaget ikke var oppfylt. Kunden ga blant annet uttrykk for at Hovedavtalen punkt 3.7 (g) kun innebar en avtalefesting av den ulovfestede læren om bristende forutsetninger, og at det ikke var sannsynliggjort at vilkårene i denne læren var oppfylt.

De videre forhandlingene mellom partene ble svært krevende. Det hadde også sammenheng med partenes uenighet om Kundens rett til opsjonsutøvelse og betydningen av Leverandørens forsinkelse for opsjonsperiodenes varighet. Partenes uenighet på disse punktene – og vanskelighetene med å løse denne uenigheten – er omtalt ovenfor.

Partene lyktes ikke å løse tvistepunktene i minnelighet, og Kunden gikk derfor til søksmål ved stevning av 18. november 2022. Denne ble fulgt opp av Leverandøren med tilsvaret og motkrav av 6. januar 2023. Vedlagt tilsvaret fulgte en lønnsomhetskalkyle som viste at avtaleforholdet uten endring av vederlaget ville lede til et negativt dekningsbidrag for Leverandøren på 1,88 milliarder for perioden 2023-2034.

Med bakgrunn i partenes ulike tvistepunkter, har Leverandøren fra 1. januar 2023 utfakturert et tilleggsvederlag på MNOK 20 per måned, totalt MNOK 240 per år. Utfaktureringen er omtvistet partene imellom og tilleggsfakturaene er ikke betalt av Kunden. Kunden har derimot betalt alle ordinære fakturaer, på tilsvarende vis som tidligere [...].

Lagmannsretten ser først på spørsmålet om revisjon av fastprisen med grunnlag i Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g.

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at det utvilsomt er slik at [avtaleloven § 36](#) eller læren om bristende forutsetninger, vil – dersom vilkårene er oppfylt – kunne anvendes av domstolen som hjemmelsgrunnlag for en vederlagsjustering av fastprisen. Det spørsmålet som lagmannsretten her først tar stilling til har derfor kun rettslig betydning dersom enten terskelen etter Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g er lavere enn terskelen for

revisjon etter bakgrunnsretten, eventuelt at Hovedavtalen punkt 3.7 g gir anvisning på en annen revisjonsutmåling enn det bakgrunnsretten eventuelt medfører.

3.3.2 Om Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g – gir den hjemmelsgrunnlag for revisjonskravet av den årlige fastprisen?

Bestemmelsen i Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g lyder slik:

Vederlaget i Avtalen skal kun reguleres der det er eksplisitt beskrevet i Avtalen, herunder ved følgende:

[...]

- g. Vesentlige endringer i forutsetningene for avtalen med Kunden som på en vesentlig måte forrykker balansen i grunnlaget for fastsettelsen av partenes ytelser, hvorefter årlig pris skal reforhandles.

Spørsmålet er om denne bestemmelsen gir domstolen et hjemmelsgrunnlag for å kunne foreta en revisjon av den årlige fastprisen etter avtalen. Det vil bero på avtaletolkning.

Etter ordlyden oppstilles det for det første et vesentlighetskrav knyttet til det faktiske grunnlaget – endring i forutsetningene. Kvalitativt avkrever ordlyden at endringen i forutsetningene for avtalen må være av betydelige karakter. Det er ikke tilstrekkelig med endringer av en viss vekt – endringene må oppfylle vesentlighetskravet.

Dernest oppstiller ordlyden et annet vesentlighetskrav – de aktuelle vesentlige endringene i forutsetningene må ha hatt en meget signifikant betydning for balansen i avtaleforholdets grunnlag for den årlige fastprisen, jf. «vesentlig måte forrykker balansen».

Samlet sett målbærer disse to vesentlighetsvilkårene en egen kontraktsrettslig terskel for reforhandlingsplikten. Lagmannsretten kommer nærmere tilbake til denne vilkårs siden avslutningsvis.

Hva gjelder virkningssiden er ordlyden klar – dersom disse vesentlighetsvilkårene er oppfylt er konsekvensen at «årlig pris skal reforhandles». Ordlyden begrenser virkeområdet til den «årlige pris», hvilket klart nok er en henvisning til den årlige fastprisdelen av avtalen. Ordlyden gir imidlertid ingen holdepunkter for hva løsningen på reforhandlingen skal bli, den setter ingen vilkår eller retningslinjer for forhandlingenes resultat eller utfall.

Lagmannsretten kan vanskelig se dette annerledes at det her er tale om en såkalt «reforhandlingsklausul», ofte omtalt som «hardship»-klausul. Ut fra ordlyden plikter partene – dersom vilkårene er oppfylt – å delta i en reforhandling av fastprisen. Lagmannsretten kan ikke se at bestemmelsens klare ordlyd knyttet til virkningssiden, det at partene skal reforhandle, blir noe annerledes fordi at kriteriene for at en slik reforhandlingsplikt skal inntre er de to nevnte vesentlighetsvilkårene. Selv om bestemmelsen ved dette ikke er en helt åpen reforhandlingsregel, fastslår den heller ikke mer på virkningssiden enn at det «skal» reforhandles. Den gir en presis anvisning på virkningssiden knyttet til reforhandlingskravet, men ut over dette gir den som nevnt ingen anvisninger. Lagmannsretten kan derfor ikke se det slik at punkt 3.7 bokstav g gir noe grunnlag for domstolen til å fastsette et spesifikk beløpstall ved en anvendelse av bestemmelsen – det den gir domstolen kompetanse til ut fra ordlyden er begrenset til å eventuelt avsi en fastsettelsesdom for at en slik reforhandlingsplikt foreligger, jf. TEs subsidiære påstand.

TE har tatt til orde for at punkt 3.7 bokstav g er en målrettet sikkerhetsventil. Lagmannsretten er enig i dette så langt at bestemmelsen angir to vesentlighetskriterier for at det skal foretas reforhandling, i så måte er det naturlig å karakterisere kriteriene som målrettede og spesifikke. På den annen side kan ikke bestemmelsen karakteriseres som en målrettet sikkerhetsventil på virkningssiden, ved at den ikke angir konsekvenser ut over en generell reforhandlingsplikt knyttet til den årlige fastprisen. Lagmannsretten viser her til tingrettens vurdering og konklusjon (dommen side 36femte avsnitt):

Det sentrale for retten er likevel at klausulens virkningsside ikke gir retten hjemmel til å revidere vederlaget. Hovedavtalens punkt 3.7 (g) foreskriver reforhandling som eneste rettsvirkning når vilkårene er oppfylt. Retten bedriver imidlertid ikke reforhandling av avtaler, det forbeholdes partene. Når bestemmelsen ikke tillegger retten en subsidiær revideringskompetanse dersom partene ikke kommer til enighet, har retten derfor vanskelig for å se at retten har hjemmel i bestemmelsen for å tre i partenes sted.

Lagmannsretten slutter seg til dette.

Lagmannsretten kan ikke se at øvrige avtaletolkningsmomenter rokker ved den klare ordlyden.

Avtaleforhandlingene gir ikke grunnlag for å fravike ordlyden og virkningssiden av denne. Lagmannsretten har merket seg at SB1 oversendte et avtaleutkast hvor bestemmelsen ikke var medtatt, og at bestemmelsen likevel ble tatt inn igjen med «skal»-kravet til reforhandling. Ut over dette gir, etter det lagmannsretten kan se, ikke avtaleforhandlingene og de tidsnære dokumentbevis uttrykk for noe som tilsier at bestemmelsens ordlyd ikke er dekkende for partenes forståelse.

Lagmannsretten har videre merket seg vitnene Urdahl, Rangnes og Kverne – alle fra TE – og deres forklaringer om viktigheten av denne sikkerhetsventilen og at den var en «dealbreaker» for inngåelsen av avtalen på de aktuelle vilkår, blant annet uten KPI-regulering. Det er også forklart at for styret i TE var det viktig at bestemmelsen ga en sterk reguleringsmulighet, jf. vitnet Aamodts forklaring. Det er anført at for TE var det en absolutt forutsetning at sikkerhetsventilen i punkt 3.7 bokstav g ble inntatt, og den var årsaken til KPI-frafall og at pris-degressivitet ble akseptert. Som nevnt kan ikke lagmannsretten se at det er fremlagt tidsnære bevis som underbygger disse forklaringene eller denne anførselen. Lagmannsretten finner det også noe merkverdig at TE – som en profesjonell aktør – ved inngåelsen av en slik langsiktig og vidtgående avtale la vesentlig vekt på en bestemmelse som etter sin ordlyd gir reforhandlingsrett på strenge vilkår. Uansett er nettopp ordlyden det sentrale ved avtaletolkningen, og den gir som nevnt ikke rom for tolkningstvil på virkningssiden. Dersom TE hadde den forståelse av bestemmelsen at den ga selskapet krav på et bestemt oppjustert beløp på fastprisen, eventuelt at domstolen skulle kunne idømme en slik oppjustert fastpris på grunnlag av bestemmelsen, måtte TE på en helt annen måte tydeliggjort dette overfor SB1 og ikke minst sørget for at ordlyden var i samsvar med en slik klar forutsetning ved inngåelse av avtale mellom to svært profesjonelle parter.

Heller ikke partenes etterfølgende opptreden gir grunnlag for å innfortolke en annen rettsvirkning enn reforhandlingskrav. Det er også først i 2022 – etter at partenes dialog hadde blitt noe mer spisset – at TE fremførte et krav om reforhandling etter punkt 3.7 bokstav g.

Lagmannsretten har videre tatt hensyn til at partene inngikk en langvarig og samarbeidspreget avtale. Det fremgår også utvetydig av formålsbestemmelsen i Hovedavtalen punkt 1.1.2:

Avtalen inngås for å sikre Partenes ønske om langsiktig samarbeid. Avtalen skal sikre gjennomføringsevne, forutsigbarhet og verdiskapning til Kundens og Leverandørens beste, og på sikt redusere Kundens kostnader og risiko slik definert i Avtalen, samt bidra til å gå Kunden den nødvendige tyngde og fleksibilitet til å møte fremtidige krav relatert til Kundens virksomhet.

Lagmannsretten er enig med TE – og for så vidt tingretten (dommen side 36 annet og tredje avsnitt) – at det har adskillig vekt ved avtaletolkningen at en her står overfor en avtale med en slik varighet og hvor partene selv sterkt betoner viktigheten av «langsiktig samarbeid». Lagmannsretten viser til at avtalen opprinnelig gjaldt fra 2007 til 2014, og deretter er blitt forlenget ved EA 2016 – og nå slik at tingretten rettskraftig har avgjort at SB1 har rett til å forlenge frem til 2029 samt at lagmannsretten, som tingretten, har kommet til at det ytterligere gjelder opsjonsrettigheter ved forsinkelse av Kjernebankprosjektet. I dette tidsperspektivet må det også ses hen til at tingretten kom til at TE ikke har rett til å si opp Hovedavtalen innenfor denne perioden. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at dette kan rokke ved tolkningen av punkt 3.7 bokstav g og dens klare ordlyd hva gjelder virkningssiden, men mener derimot at disse momentene er av betydelig vekt hva gjelder tolkningen av vilkårskriteriene (vesentlighetskravene) og – som lagmannsretten kommer tilbake til – ved fastsettelsen av revisjonsterskelen etter [avtaleloven § 36](#). Lagmannsretten er enig med TE at det i et slikt avtaleforhold må gjelde en sterkt lojalitetsplikt.

Lagmannsretten kan ikke se at dette spørsmålet – hvorvidt en slik reforhandlingsklausul (subsidiært) gir domstolen kompetanse til å foreta en avtalerevisjon – har vært særlig vurdert av Høyesterett. Det nærmeste man kommer er en obiter dictum uttalelse i [Rt-1994-1](#) (Tinfos), hvor det uttales på [side 13](#) til [14](#):

Kontrakten har i § 12 pkt 2 en bestemmelse om reforhandling dersom forholdene skulle endre seg slik at kontraktens bestemmelser finnes 'åpenbart urimelige'. Reforhandling kunne bare finne sted hvert femte år og bare med virkning fremover, dvs med virkning fra 1 januar 1979, 1 januar 1985 osv. Kontrakten er med hjemmel i denne bestemmelse blitt reforhandlet med virkning fra 1 januar 1989 og da slik at prisen vil gi VAE dekning for selskapets kostnader. VAE har som en subsidiær anførsel fremholdt at selskapet med utgangspunkt i reforhandlingsklausulen må kunne kreve en pris som dekker kostnadene fra 1 januar 1979 eller i alle fall fra 1 januar 1984.

[...]

Jeg nevner at det kan være tvilsomt i hvilken utstrekning en slik reforhandlingsklausul gir vedkommende kontraktspart noe egentlig krav på endringer i kontrakten. Jeg går ikke nærmere inn på dette. Det materielle innhold i bestemmelsen kan ikke i noe tilfelle gå lengre enn til å gi parten krav på å få rettet på åpen bare urimeligheter.

Ut over å påpeke at Høyesterett kun tilkjenner at «det kan være tvilsomt» om slik reforhandlingsklausul gir parten noe «egentlig krav» på endring av kontrakten, bemerker lagmannsretten at selv kontraktsbestemmelsen heller ikke er gjengitt i avgjørelsen, hvilket vanskeliggjør noen ytterligere vektlegging av avgjørelsen på dette punkt. Videre viser lagmannsretten til [Rt-1998-1683](#) (Østfold Energi) hvor spørsmålet også ble berørt. Hva gjaldt forholdet mellom den aktuelle revisjonsklausulen og [avtaleloven § 36](#), la Høyesteretts flertall til grunn at en revisjon av kontrakten i det aktuelle tilfellet måtte bygges på kontraktens egen revisjonsklausul. Flertallet uttaler blant annet følgende (side 1697):

Jeg bemerker først at det etter mitt syn ikke er grunnlag for å anvende [avtaleloven § 36](#) ved en eventuell revisjon i retning av den prinsipale påstand. Bedømmes elverkskontrakten som en helhet, må en også ta i betraktning at denne inneholder en revisjonsklausul i § 10 som gir partene et redskap til å råde bot på slik urimelighet og ubalanse som [§ 36](#) skal rette opp. På denne bakgrunn finner jeg at det i spørsmålet om revisjon av elverkskontrakten må bygges på kontraktens egen revisjonsklausul i § 10.

Lagmannsretten oppfatter flertallet slik at den aktuelle reforhandlingsklausulen regulerte de samme muligheter for lemping som følger av [avtaleloven § 36](#), og det var derfor intet behov for noe anvendelse av [avtaleloven § 36](#). Videre – og viktigst – den aktuelle klausulen hadde en håndhevingsbestemmelse for det tilfellet at enighet ikke ble oppnådd (jf. «[b]lir partene ikke enige om en slik revisjon, blir revisjonskravene å henvisе til voldgift i henhold til § 11»). Det adskiller klausulen fra vår reforhandlingsklausul som etter sin ordlyd kun gir krav på reforhandling dersom de to vesentlighetsvilkår er oppfylt, og ikke har noen mekanisme for håndheving dersom enighet ikke oppnås. I [Rt-1998-1683](#) synes det heller ikke å være omtvistet at retten hadde kompetanse til å revidere vederlaget.

Det er flere lagmannsrettsavgjørelser hvor det aktuelle spørsmålet om en reforhandlingsklausul har kommet opp. I [LA-2003-17461](#) var et av spørsmålene om den langvarige kontraktsreguleringen i en kraftleveranseavtale skulle anses for en prisreguleringsbestemmelse eller en reforhandlingsklausul. Lagmannsretten kom til det siste, og uttalte blant annet følgende:

Uansett hvorledes den omstridte klausul slik sett er å forstå er det på det rene at verken hoved- eller tilleggsavtalen sier noe om hva som skal skje dersom partene ikke blir enige om en ny pris. Avtalen inneholder feks intet om at prisen i så fall skal fastsettes ved voldgift eller av tredjemann på annen måte. Avtalen kan ikke utlegges slik at den gir en part lovlig adgang til, mot den annens protest, ensidig å endre prisen til et nivå vedkommende part selv mener er korrekt.

[...]

Bransjen har åpenbart sett hensiktsmessigheten av slike klausuler, selv om de ikke gir noen av partene materiell rett til å få fastsatt en ny pris.

Det Agder lagmannsrett her legger til grunn på generelt grunnlag, selv om klausulen i den saken har en annen ordlyd, er i hovedsak i overensstemmelse med det denne lagmannsretten har lagt til grunn. Videre viser lagmannsretten til [LG-2023-49015](#) hvor det – i en sak om lisensavtale var bortfalt grunnet den ene partens død – også ble tatt stilling til om retten kunne anvende en reforhandlingsklausul direkte eller om retten måtte anvende [avtaleloven § 36](#). Etter at Gulating lagmannsrett hadde vurdert uttalelsen til flertallet i [Rt-1998-1683](#), uttaler lagmannsretten følgende (dommen [side 15](#)):

Tilsvarende beskyttelse gir ikke revisjonsklausulene i vår sak. Disse fastsetter bare en rett til å kreve reforhandlinger og ingen mekanisme som håndhever at partene ikke kommer til enighet. Lagmannsretten finner det derfor klart at reforhandlingsklausulene i 2004-avtalen ikke utelukker anvendelsen av [avtaleloven § 36](#).

[...]

Når situasjonen videre er slik at partene, uavhengig av årsak, ikke har klart å lande en ny reforhandlet avtale etter kontraktens egne bestemmelser, og avtalen ikke selv tilbyr noen «operativ» løsning som kan avhjelpe urimelige utslag av avtalen, bør konsekvensen være at [avtaleloven § 36](#) kommer til anvendelse.

Gulating lagmannsrett benyttet derfor [avtaleloven § 36](#) som hjemmelsgrunnlag for den avtalerevisjonen som ble fastsatt i saken. Denne lagmannsrett kan ikke se at dommen fra Gulating lagmannsrett gir anvisning på en annen vurdering enn det lagmannsretten har kommet til i denne saken.

Lagmannsretten finner adskillig støtte for denne vurderingen av Hovedavtalen punkt 3.7 g i Bruserud, Hardshipklausuler, punkt 16.7.2, hvor han blant annet fremholder følgende:

Slike klausuler fremstår som noe «tannløse», i hvert fall løsrevet fra den rettslige kontekst de står i. Det samme gjelder for klausuler som lar spørsmålet stå uregulert, det vil si klausuler som kun fastsetter at partene har en reforhandlingsplikt uten å si noe om konsekvensene av at partene ikke kommer til enighet. Det er neppe grunnlag for å innfortolke verken noen direkte kompetanse for den rammede part til å kreve endringer i kontrakten, noen termineringskompetanse, eller å tillegge et tvisteløsningsorgan noen endringskompetanse med klausulen som eneste hjemmelsgrunnlag.

[...]

Dette betyr i realiteten at det eneste disse klausulene fastsetter, er en forpliktelse til å reforhandle, uten det reforhandlingspress som ligger i en subsidiær termineringsadgang eller tvisteløsningsmekanisme. Isolert vil disse klausulene trolig være nokså ineffektive som selvstendig fleksibilitetsgrunnlag, da vi ovenfor har sett at det er liten grunn til å tro at det vil utøves noen særlig intensiv prøving av partenes avbruddsgrunner.

TE har også vist til Hovedavtalens tvisteløsningsmekanisme i punkt 20. Det er anført at punkt 3.7 bokstav g blir «virkningsløs» dersom ikke domstolene skal ha kompetanse til å foreta en revisjon av fastprisen dersom partenes reforhandling ikke medfører enighet. Hovedavtalen punkt 20 har overskriften «Tvister og lovvalg», og i punkt 20.2 fastslås følgende:

20.2 Forhandlinger

Dersom det oppstår tvist mellom partene om tolkningen eller rettsvirkningene av Avtalen, skal tvisten søkes løst ved forhandlinger.

Fører slike forhandlinger ikke frem innen ti virkedager, eller en annen periode partene blir enige om, kan partene bli enige om at tvisten blir behandlet ved hjelp av en uavhengig ekspert.

Deretter gir Hovedavtalen punkt 20.3 nærmere regler for den såkalte «uavhengige ekspert», før punkt 20.4 regulerer følgende:

20.4 Domstols- eller voldgiftsbehandling

Dersom en tvist ikke blir løst ved forhandlinger eller uavhengig ekspert, kan hver av partene forlange tvisten avgjort med endelig virkning ved norske domstoler.

[...].

Lagmannsretten kan ikke se at denne bestemmelsen underbygger at retten har kompetanse til å foreta en avtalerevisjon av fastprisen etter punkt 3.7 bokstav g. Punkt 20.2 fastslår at partene skal forsøke å løse tvister ved forhandlinger. Punkt 20.4 fastslår at tvisten deretter kan bringes inn for domstolene. Opp mot punkt 3.7 bokstav g betyr det at retten kan ta stilling til en tvist om det foreligger reforhandlingsplikt eller ikke, men den generelle regelen i punkt 20.4 medfører ikke at det kan innfortolkes en revisjonskompetanse for domstolen i medhold av punkt 3.7 bokstav g. Det sentrale her er at punkt 3.7 bokstav g – som nevnt – ikke tilkjenner noe ut på virkningssiden ut over at den fastslår en reforhandlingsplikt dersom de to vesentlighetsvilkårene er oppfylt. En generell tvisteløsningsregel kan da ikke medføre at domstolen får en materiell kompetanse til slik revisjonsadgang. Lagmannsretten viser her til tingrettens vurdering av dette (dommen side 37 femte avsnitt):

Når partene ikke har tillagt retten en subsidiær revideringskompetanse i reforhandlingsklausulen, og heller ikke er enige om at den slik kompetanse tilkommer retten på annet grunnlag, er det tvist om rettens kompetanse til å revidere vederlaget. Denne tvisten kan retten ta stilling til i medhold av Hovedavtalens punkt 20.3. Retten kan imidlertid ikke se at samme bestemmelse også kan utgjøre et kompetansegrunnlag for retten til å revidere vederlaget. Hovedavtalens punkt 20.3 utgjør en regulering av rettens prosessuelle kompetanse, ikke også av rettens materielle kompetanse.

Lagmannsretten er enig i disse vurderingene.

Lagmannsretten kan for øvrig heller ikke se at øvrige bestemmelser i Hovedavtalen, verken isolert sett eller samlet sett, gir domstolen hjemmel for å foreta en revisjon av den årlige fastprisen. Lagmannsretten viser for så vidt til tingrettens vurderinger her på side 31 til 34, som den også slutter seg til.

TE har endelig anført at SB1 ikke har anerkjent at Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g har en selvstendig funksjon ut over læren om bristende forutsetninger eller [avtaleloven § 36](#), og at SB1 uansett har avvist å ta del i forhandlinger – i hvert fall ikke med virkning før fra 2029. SB1 har dermed misligholdt «skal-plikten» i punkt 3.7 bokstav g, og TE må dermed kunne håndheve bestemmelsen for domstolen med krav om prisjustering av fastprisen. Lagmannsretten bemerker at TE nå for lagmannsretten har nedlagt en subsidiær fastsettelsespåstand om at det foreligger slik reforhandlingsplikt etter Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g. Lagmannsretten har imidlertid, i motsetning til tingretten, som nevnt innledningsvis kommet til at den årlige fastprisen må vederlagsjusteres i medhold av [avtaleloven § 36](#), jf. vurderingene nedenfor. Lagmannsretten finner det derfor ikke nødvendig å ta stilling til TE's subsidiære påstand. TE's anførsel om at SB1's pretenderte mislighold av reforhandlingsplikten utløser kompetanse for domstolen til å revidere fastprisen med grunnlag i punkt 3.7 bokstav g må lagmannsretten ta stilling til.

Lagmannsretten er enig med TE i at Hovedavtalen punkt 3.7 g ikke er en reforhandlingsklausul som har en terskel som er omtrent tilsvarende som bakgrunnsretten. Lagmannsretten kan her fullt ut slutte seg til tingrettens vurdering på dette punkt (dommen side 35):

Partene er uenige om vilkårene for slik reforhandling er oppfylt eller ikke, og det er derfor ikke gjennomført reforhandling. Uten at retten ser behov for å ta stilling til om vilkårene er oppfylt eller ikke, vil retten først knytte noen bemerkninger til forståelsen av vilkårssiden i klausulen før retten går over til virkningssiden.

Kunden er av den oppfatning at reforhandlingsklausulen kun innebærer en avtaleregulering av den ulovfestede læren om bristende forutsetninger, og at vilkårene i denne læren ikke er oppfylt. Retten er ikke enig i dette.

De vilkår som følger av forutsetningslæren er oppsummert på følgende vis av Høyesterett i [Rt-2010-1345](#) (Oslo Vei):

For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling, jf. [Rt-1999-922 på side 931](#).

Dette er andre vilkår enn de som følger av Hovedavtalens punkt 3.7 (g). Hovedavtalens punkt 3.7 (g) oppstiller to vilkår for at reforhandlingsplikt skal inntre, hvor begge er knyttet til et vesentlighetskriterium. Det første vesentlighetskriteriet gjelder det faktiske grunnlaget som påberopes; det må foreligge en vesentlig endring i forutsetningene for Hovedavtalen. Det andre vesentlighetskriteriet gjelder virkningene av forutsetningssvikten; balansen i partenes ytelser må være vesentlig forrykket. Dette er de eneste vilkårene som oppstilles. Det stilles ikke krav om synbarhet og motivasjon, på tilsvarende vis som i forutsetningslæren. Den helhetsvurdering som forutsetningslæren foreskriver, er dertil erstattet av de to nevnte vesentlighetskriteriene. Dette er mer presise og skarpere avgrensede kriterier enn hva forutsetningslæren oppstiller.

Retten er derfor av den oppfatning at Hovedavtalens punkt 3.7 (g) ikke utgjør en avtaleregulering av den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Klausulen utgjør en selvstendig reforhandlingsklausul som avviker både på vilkårssiden og virkningssiden fra den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Retten kan derfor ikke se at det er grunnlag for å innfortolke vilkår fra den ulovfestede læren om bristende forutsetninger i klausulen [...].

Lagmannsretten mener – som nevnt – at den særskilte vilkårsreguleringen i punkt 3.7 bokstav g må ha adskillig vekt når terskelen for revisjon etter [avtaleloven § 36](#) skal fastsettes, jf. nedenfor.

Lagmannsretten er derimot ikke enig i at SB1s unnlatelse av å inngå i forhandlinger etter punkt 3.7 bokstav g medfører at domstolen derigjennom får en materiell kompetanse til å foreta en revisjon av den årlige fastprisen med hjemmel i punkt 3.7 bokstav g. Det lagmannsretten eventuelt kan gjøre rettslig – dersom dette premisset om «mislighold» fra SB1 side er riktig – er å avsi fastsettelsesdom for reforhandlingsplikt såfremt vesentlighetsvilkårene anses oppfylt. Lagmannsretten finner ikke grunn til å ta endelig stilling til om SB1 har opptrådt illojalt, men vil ikke unnlate å påpeke at SB1s stillingstaken må ses som klart forankret i at TE selv hevdet – med urette – at opsjonene på forlengelse ikke lenger gjaldt. Tilsvarende gjelder TEs argumentasjon opp mot unnlatt «benchmarking» fra SB1s side.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g ikke gir hjemmelsgrunnlag for domstolen til å revidere den årlige fastprisen.

3.4 Om avtaleloven § 36 og revisjonskravet knyttet til den årlige fastprisen

3.4.1 Innledning. Problemstillingen

TE har videre gjort gjeldende at den årlige fastprisen må økes i medhold av [avtaleloven § 36](#) eller læren om bristende forutsetninger. Det er gjort gjeldende en rekke faktiske forhold hvor TE anfører at det foreligger vesentlige endringer knyttet til disse, som isolert sett eller i hvert fall samlet sett, medfører et krav på revisjon av fastprisen. SB1 har avvist at det foreligger grunnlag for revisjon, og at det eventuelt subsidiært kun kan bli tale om en mindre justering av den årlige fastprisen.

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at [avtaleloven § 36](#) har et mye videre nedslagsfelt enn den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Ordlyden i [avtaleloven § 36](#) opptar i seg situasjoner som også kan vurderes ut fra læren om bristende forutsetninger. Høyesterettspraksis viser like fullt at læren om bristende forutsetninger stadig anvendes som et selvstendig rettsgrunnlag ved siden av [avtaleloven § 36](#), jf. blant annet [HR-2021-2364-A](#). Tingretten konkluderte med å anvende [avtaleloven § 36](#), og lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurderinger her, jf. dommen side 38. Lagmannsretten understreker – i likhet med tingretten – at den ikke kan se at det rettslige utfallet av vurderingen av revisjonskravet blir annerledes uansett hvilket rettsgrunnlag vurderingen knyttes an mot. Heller ikke partene har for lagmannsretten problematisert en slik eventuell forskjell i nevneverdig grad.

3.4.2 Om de rettslige utgangspunkter. Nærmere om terskelen etter avtaleloven § 36 i vår sak

Lagmannsretten ser først på de rettslige utgangspunkter for vurderingen av TEs revisjonskrav av den årlige fastprisen. TE gjør gjeldende at terskelen må være lavere enn hva den ellers er i kontraktsforhold mellom profesjonelle parter, mens SB1 anfører at terskelen må være høyere på grunn av på grunn av at det her – hevdes det – påberopes utelukkende forventede kostnadsøkninger.

[Avtaleloven § 36](#) gir domstolene hjemmel til å sette en kontrakt helt eller delvis til side «for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende». Det skal gjøres en konkret helhetsvurdering, og vurderingsmomentene er angitt i paragrafens annet ledd:

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

I denne saken er det især momentet «senere inntrådte forhold» som står sentralt. Kjernen i TEs argumentasjon er at det – for flere kostnadsfaktorer i kontraktsforholdet opp mot fastpriselementet – foreligger en irregulær utvikling som tilsier at det må foretas en vederlagsøkning.

Denne saken gjelder en langvarig avtale knyttet til IT-leveranser av virksomhetskritiske betalingsformidlingstjenester og andre IT-tjenester til SB1, og derved til bankene som utgjør SB1-alliansen. Det er således tale om en kommersiell kontrakt, inngått mellom det lagmannsretten mener er noenlunde likeverdige parter.

Betydningen av at det her er tale om en kommersiell kontrakt, medfører at «hensynet til forutberegnelighet i forretningslivet, og det at hver part må bære risikoen for egne forretningsmessige vurderinger og valg, ofte veie mot revisjon etter § 36», jf. [Ot.prp. nr. 5 \(1982–1983\) side 29](#), jf. [HR-2025-251-A avsnitt 73](#). Høyesterett viser her til den grunnleggende regelen i norsk rett om at hver part bærer risikoen for sine egne forutsetninger. Utgangspunktet er dermed at det er kontraktspartens egen risiko – her TE – at deres forutsetninger og forventninger knyttet til den fremtidige kostnadsutviklingen under Hovedavtalen holder stikk, jf. [Ot.prp. nr. 5 \(1982–1983\) side 34-35](#). Dette uttrykkes slik av Høyesterett i nevnte [HR-2025-251-A avsnitt 75](#):

Når en avtalepart har påtatt seg en kalkulert risiko, kan [§ 36](#) ikke anvendes for å avhjelpe at risikoen materialiserer seg, jf. [Rt-2013-388](#) Røeggen [avsnitt 55](#). En illustrerende dom er [Rt-2010-1345](#) Oslo Vei. Risikoen for den uforutsette utviklingen var i kontrakten «bevisst plassert» hos entreprenøren, og Høyesterett mente det var klart at det ikke var grunnlag for revisjon etter [§ 36](#), se [avsnitt 46](#).

Det forhold at en part har «gjort en dårlig forretning, kan isolert sett heller ikke være argument for revisjon etter [§ 36](#)», jf. [HR-2025-251-A avsnitt 76](#).

Det klare utgangspunktet etter gjeldende rett er at terskelen for revisjon av kommersielle kontrakter mellom profesjonelle parter, som på grunn av endrede forhold blir urimelige for den ene kontraktsparten, er høy. I [HR-2025-251-a avsnitt \[74\]](#)¹ utlegges terskelen slik:

Høyesterett har i flere saker lagt til grunn at det gjelder en høy terskel for revisjon av kontrakter mellom profesjonelle parter når den på grunn av endrede forhold er blitt urimelig for en part. I [Rt-2003-1132](#) Norrønafl [avsnitt 46](#) heter det at det kreves «svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter». Førstvoterende bruker karakteristikken «kvalifisert urimelig» for å angi grensen. [Rt-2012-1537](#) Smestad gjaldt «en langsiktig og kommersiell kontrakt», se [avsnitt 47](#). I [avsnitt 46](#) fremholdes det at «det er de helt klare urimeligheter som rammes», og at det for kontrakter mellom næringsdrivende «kreves spesielt mye».

Lagmannsretten peker for ordens skyld – under henvisning til behandlingen av læren om bristende forutsetninger ovenfor – at terskelen for revisjon etter den læren også er høy, blant annet uttrykkes i [Rt-2014-866 \(side 88\)](#) vurderingstemaet slik; «[...] om omstendighetene i saken er så vidt ekstraordinære at de gir grunnlag for å fravike det alminnelige utgangspunkt at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger. Det må foretas en helhetsvurdering».

I den nevnte [Rt-2003-1132](#) (Norrønafl) – som gjaldt senere inntrådte forhold i en kontrakt mellom profesjonell parter – ble vurderingstemaet skissert slik:

[Avtaleloven § 36](#) gir domstolene myndighet til helt eller delvis å sette til side en avtale når den på grunn av endrede forhold er blitt urimelig for en part og til å endre avtalen for å avbøte fortsatt urimelighet. Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter, jf. eksempelvis [Rt-1999-922](#) flertallet på [side 932](#) og [Rt-2000-806 på side 816](#). [...] Ved bedømmelsen av om ett eller flere avtalte vilkår eller hele avtalen er kvalifisert urimelig, vil irregulær utvikling, endrede forutsetninger og de økonomiske virkninger for partene når krav om endring settes fram, være sentrale momenter i helhetsvurderingen.

Videre må de forskjellige kontraktsforhold og den enkelte kontrakt bedømmes ut fra sine særtrekk, herunder dens langvarighet, jf. blant annet [Rt-1990-500](#) (Periscopos).

Lagmannsretten mener at det rettslig er grunnlag i denne saken – med denne kontraktstypen og den konkrete Hovedavtalen – å legge til grunn en noe lavere terskel for hva som vil oppfylle urimelighetsterskelen enn den svært høye terskelen som det er redegjort for ovenfor. Det er flere grunner til dette.

For det første må reforhandlingsklausulen i Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g medføre at terskelen for urimelighetsvurderingen etter [avtaleloven § 36](#) senkes. Det behov for forutberegnelighet og sikkerhet i kommersielle forhold – som er en del av den bærende begrunnelsen for utgangspunktet om en svært høy terskel – gjør seg ikke gjeldende med samme tyngde hvor TE og SB1 i Hovedavtalen nettopp har forutsatt at vesentlige endringer skal medføre en reforhandlingsplikt for fastprisen. Klausulen i 3.7 bokstav g identifiserer og gir en klar forankring om at partene må være forberedt på at avtalens fastpris på visse vilkår skal reforhandles og dermed endres.

For det annet er Hovedavtalen – med dens senere forlengelser og potensielle forlengelser, herunder grunnet forsinkelse – av en slik langvarighet at det bør hensyntas ved fastsettelsen av terskelen. Ikke minst gjør det seg

gjeldende med tyngde når det i avtalen er forutsatt et samarbeidspreget forhold, jf. formålsangivelsen gjengitt ovenfor, og avtalen omhandler leveranser av IT-tjenester på et svært dynamisk livs- og forretningsområde. Hertil kommer som nevnt at avtaleforholdet er uten oppsigelsesadgang for TE.

Lagmannsretten finner adskillig støtte for i rettspraksis og juridisk teori at det i et tilfelle som det nærværende må urimelighetsterskelen etter [avtaleloven § 36](#) senkes. Lagmannsretten viser blant annet til [LG-2023-49015](#), Hagstrøm, Obligasjonsrett, 3. utgave (2021) punkt 2.5 og Meidell, Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling, [LOR 2002, side 498](#) (506-507). Den mest inngående analysen har Bruserud i Hardshipklausuler, punkt 18.2.4.2, hvor det heter at:

Et element ved en hardshipklausul, som kan være egnet til å påvirke urimelighetsterskelen, er det man kan kalle dens forventnings- og signalfunksjoner. Det at partene har inntatt en slik klausul i kontrakten, kan være egnet til å skape forventninger hos partene om at det skal være et større rom for fleksibilitet i kontraktsforholdet enn ellers. Mye av poenget med klausulen kan sies å ligge nettopp i dette. En måte å beskytte slike forventninger på vil være å la klausulene øve innvirkning på urimelighetsterskelen. En slik argumentasjonslinje vil kunne få ytterligere styrke gjennom andre forhold som trekker i samme retning. Typisk kan man tenke seg at elementer som gjerne fremheves som egnet til i alminnelighet å senke terskelen etter [avtl. § 36](#), slik som generell samarbeidsorientering i kontraktsforholdet, langvarighet, behovet for tillit osv., kan gi ytterligere styrke til en slik argumentasjon. Dette er nettopp forhold som relativt ofte vil være til stede i kontraktsforhold hvor en hardshipklausul er inntatt. Slik sett kan det antas at hardshipklausuler vil kunne virke sammen med andre konkrete elementer i retning av å senke den kvantitative terskelen etter bestemmelsen.

En annen side ved en hardshipklausul som vil kunne virke i samme retning, er at den kan være egnet til å svekke styrken i den argumentasjon som ofte føres som grunnlag for å unnlate å gjennomføre lemping etter bestemmelsen. Generelle argumenter som knytter seg til «omsetningens sikkerhet», «tilliten til kontrakter» og lignende, vil kunne komme i et annet lys når partene har inntatt en hardshipklausul i kontrakten. Det kan argumenteres for at partene allerede gjennom inkorporeringen av hardshipklausulen har signalisert at forventningene knyttet til en strikt gjennomføring av det opprinnelige kontraktsregimet konkret er mindre i et slikt kontraktsforhold enn ellers. Dermed vil heller ikke en lempeligere terskel etter [avtl. § 36](#) i det konkrete tilfellet nødvendigvis ha konsekvenser utover det enkelte tilfellet.

Etter dette er det grunn til å tro at eksistensen av en hardshipklausul som kun statuerer en reforhandlingsplikt for partene, uten å si noe om konsekvensene av at partene ikke blir enige, kan være egnet til å ha en viss påvirkning på den kvantitative terskelen etter [avtl. § 36](#). Hvor stor denne påvirkningen vil være, er det vanskelig å ha en sikker oppfatning om. Typisk vil klausulen virke sammen med andre elementer som også er egnet til å senke den kvantitative terskelen etter [avtl. § 36](#). Det vil derfor være vanskelig å identifisere den isolerte virkningen av klausulene.

Lagmannsretten kan videre slutte seg til tingrettens sammenfatning her (i dommen side 61 annet avsnitt):

Retten legger derfor til grunn at terskelen for urimelighet er noe lavere i denne saken enn hva som typisk vil være tilfelle i kommersielle kontraktsforhold mellom profesjonelle parter, hvor det altså skal «svært meget» til. I dette ligger likevel ikke at terskelen for revisjon etter [avtaleloven § 36](#) vil være sammenfallende med terskelen for reforhandling i Hovedavtalens punkt 3.7 (g). Kriteriene er andre og revisjon etter [avtalelovens § 36](#) er «begrenset til det som er nødvendig for å avbøte den kvalifiserte urimeligheten», jf. [Rt-2012-1537](#) (Smestad Nye Handelshus) [avsnitt 46](#). Reforhandlingsklausulen er uten subsidiær tvisteløsningsmekanisme og det er ikke enighet om rettens revisjonskompetanse. Det er betydelig forskjell på at partene selv kommer til enighet om en endring, noe som forutsetter tilslutning fra begge sider, og at domstolene griper inn og påtvinger i det minste den ene part en endring mot partens vilje. Annerledes vil dette kunne stille seg dersom den ene parten ikke lojalt medvirker til å finne en løsning dersom vilkårene for reforhandling er inntrådt. Det er imidlertid ikke holdepunkter for slik illojalitet fra Kundens side i saken.

3.4.3 Innledende presiseringer av vurderingstemaene

Som påpekt er det i denne saken særlig spørsmål om TE har krav på vederlagsjustering av fastprisen grunnet «senere inntrådte forhold». Her som ellers ved [avtaleloven § 36](#) må det foretas en helhetsvurdering. Imidlertid må det foretas noen innledende presiseringer av vurderingstemaene ved vurderingen opp mot [avtaleloven § 36](#).

Lagmannsretten slutter seg til tingrettens presiseringer av vurderingstemaene (dommen side 39-40):

For det første, når det skal tas stilling til om oppfyllelsesbyrden er økt må det også avklares hva som utgjør sammenligningsgrunnlaget eller målestokken for vurderingen. I utgangspunktet er dette den opprinnelige avtalebalansen, men dette må etter rettens syn modifiseres i vår sak. Grunnen til dette er at selv om Hovedavtalen ble inngått tilbake i 2007, er den senere blitt endret en rekke ganger gjennom endringsavtaler. I EA 2016 ble fastprisen – som revisjonskravet retter seg mot – gjenstand for ny regulering i EA 2016 punkt 7. Eventuelle endringer i Leverandørens oppfyllelsesbyrde før denne datoen var kjent for partene ved inngåelsen av EA 2016, uten at dette ledet til endringer i fastprisen ut over hva som fremgår. I konsekvens må dette innebære at en eventuell økt oppfyllelsesbyrde før dette tidspunktet må anses innbakt i prisene slik disse fremgår av EA 2016. Etter rettens syn innebærer dette at det er avtalebalansen per 28. oktober 2016 som utgjør relevant sammenligningsgrunnlag eller målestokk for vurderingen.

For det andre følger det av [avtaleloven § 36](#) at vurderingen av om Leverandørens eventuelle økte oppfyllelsesbyrde er urimelig skal knyttes til tidspunktet avtalen gjøres gjeldende. Det kan være noe uklart hvordan dette skal forstås i en langvarig avtaleforhold som det foreliggende. Riktignok utløper avtaleforholdet uten forlengelse 31. desember 2024, men retten legger til grunn at Kunden vil utøve sine avtalefestede opsjoner ut 2029. I tillegg kommer en forskyvning av opsjonsperioden tilsvarende Leverandørens forsinkelser. Leverandøren har utarbeidet prognoser for hvordan Leverandørens kostnadsutvikling vil kunne bli ut 2034. Det hefter naturligvis betydelig usikkerhet ved slike prognoser.

Spørsmålet blir derfor hva det nærmere innebærer at urimelighetsvurderingen skal knyttes til tidspunktet avtalen gjøres gjeldende i et slikt perspektiv. Så vidt retten kan se er spørsmålet i juridisk teori kun behandlet for det tilfelle at oppfyllestidspunktet ligger forut for domstidspunktet og det skjer en endring mellom de to tidspunktene. Juridisk teori om spørsmålet er sammenfattat på følgende vis i Hauge, Ugyldighet ved formuesrettslige disposisjoner, punkt 6.3.4.2:

Det kan være noe usikkert om oppfyllelsesstadiet eller domstidspunktet skal være avgjørende ved urimelighetsvurderingen. Hov/Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 397-398, legger til grunn at urimelighetsbedømmelsen skal skje «med utgangspunkt i situasjonen på det tidspunkt da kravet om oppfyllelse fremsettes». Også Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 278-279 og Selvig i Knophs oversikt s. 262 synes å legge til grunn at vurderingen skal ta utgangspunkt i oppfyllelsesstadiet. Huser, Avtalesensur s. 24, legger til grunn rettsanvendelsestidspunktet, men uten å problematisere dette nærmere. Nygaard, Rettsgrunnlag s. 398 bygger på domstidspunktet. Muligens kan det ikke gis noe kategorisk svar på spørsmålet. Ordlyden «ville virke urimelig (...) å gjøre gjeldende» synes i utgangspunktet å tale for oppfyllesstadiet. Selv om oppfyllelsesstadiet er utgangspunktet, synes det likevel ikke å være grunn til prinsipielt å utelukke at også forhold som har inntrådt på et senere tidspunkt kan få betydning, i favør eller disfavør av den beskyttede part.

I vår sak er det imidlertid tale om et langvarig kontraktsforhold hvor oppfyllelsen skjer kontinuerlig, og hvor saksøkte i stor grad anfører fremtidige konsekvenser som grunnlag for urimelighet.

Det mest sentrale i et slikt tilfelle er etter retten syn at de «senere inntrådte forhold» som påberopes som grunnlag for urimeligheten må ha «inntrådt» på domstidspunktet. Det følger direkte av ordlyden. Det utelukker likevel ikke urimelighet først på et senere oppfyllestidspunkt, men slik urimelighet må følge av allerede inntrådte forhold. I et langvarig kontraktsforhold som det foreliggende, hvor det skjer løpende endringer både på kostnads- og inntektssiden, må dette etter rettens syn innebære at det er kostnads- og inntektssituasjonen på domstidspunktet som må danne utgangspunktet for urimelighetsvurderingen. Retten kan således ikke konkludere med urimelighet basert på prognoser knyttet til en fremtidig utvikling, dersom slik urimelighet ikke allerede foreligger på domstidspunktet eller vil følge av forhold som er inntrådt på domstidspunktet og som vil gjøre seg tilsvarende gjeldende på et senere oppfyllestidspunkt.

Sammenfatningsvis legger lagmannsretten til grunn at det er avtalebalansen ved inngåelsen av EA 2016 som utgjør sammenligningsgrunnlaget eller målestokken for urimelighetsvurderingen. De aktuelle faktiske forhold må ha inntrådt etter dette tidspunkt. Videre må det, i et langvarig kontraktsforhold som dette, være kostnadssituasjonen (og inntektssituasjonen) på domstidspunktet som må danne utgangspunktet for vurderingen – og om eventuell urimelighet etter [avtaleloven § 36](#) har inntrådt nå.

3.5 Om de enkelte anførte faktiske momenter for fastprisrevisjon – de ulike «kostnadsbasene»

3.5.1 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av vesentlige endringer i SB1s og kundenes bruk av TEs tjenester. «Mainframe» (stormaskin)

Innledning. Enkelte presiseringer

Lagmannsretten ser nå videre på om de påberopte merkostnader som følge av vesentlige endringer i SB1 og dets kunders bruk av TEs tjenester, medfører at TE har krav på revisjon av den årlige fastprisen – enten isolert sett eller som en av flere kostnadsfaktorer i en samlet vurdering av om urimelighetsterskelen etter [avtaleloven § 36](#) er nådd.

Kjernen i TEs anførsel her er at SB1-bankenes bruk – og deres sluttkunder – av tjenestene har endret seg på en irregulær måte som ikke kunne forutses ved avtaleforlengelsen i 2016. Økt bruk fra bankkundernes side – utløst gjennom en rekke nye funksjoner og tjenester – har skapt en enorm datatrafikk på stormaskinen med tilhørende økte kostnader for TE. Tjenestene blir også brukt på en annen måte. Det har vært mangedobling av såkalte API-kall og MIPS. SB1 avviser at kostnadene har økt ut over det TE måtte forvente, og uansett er denne kostnadsøkningen TEs risiko i avtaleforholdet.

Innledningsvis bemerker lagmannsretten at bruken av stormaskin betegnes som «mainframe». Dette er etter det opplyste store og kraftige maskiner utformet for å håndtere et stort antall datatransaksjoner, samt lagring av store mengder data. Disse stormaskinene er dyre i drift. De har en ekstremt høy regnekraft og kan håndtere store mengder data samtidig (batch-kjøring). Kostnadene til «mainframe» medgår dermed til drift av stormaskiner og tilhørende systemsoftware. TEs underleverandør her er hovedsakelig selskapet Kyndryl samt Broadcom (på software).

Senere vil lagmannsretten vurdere endringene i IT-markedet, herunder kostnader knyttet til såkalt «midrange». Dette er etter det opplyste mindre og enklere enheter, hvor skalering kan skje horisontalt eller vertikalt, og hvor integrering mot skyløsninger er enklere og hvor programvaren er mer oppdatert. Dette avkrever god arkitektur for å ha en noenlunde driftsstabilitet som hos mainframe. Kostnadene til midrange medgår til drift av servere, disketter og softwarelisenser. TEs underleverandører her er i hovedsak Oracle og Broadcom.

Om det har vært en vesentlig økning i SB1 og bankkundernes bruk av TEs tjenester siden inngåelsen av EA 2016

Lagmannsretten vurderer først om det er sannsynliggjort en ekstraordinær økning i SB1 og bankkundernes bruk av TEs tjenester siden inngåelsen av EA 2016.

Lagmannsretten bemerker at Hovedavtalen har egne bestemmelser som regulerer volumvekst og fastpris, jf. punkt 3.7 bokstav e som viser til «bilag 4 – Vederlag». I bilag 4, dets punkt 2.7.1 «Prisjustering» heter det at:

2.7.1 Fastpris og vekst i volum

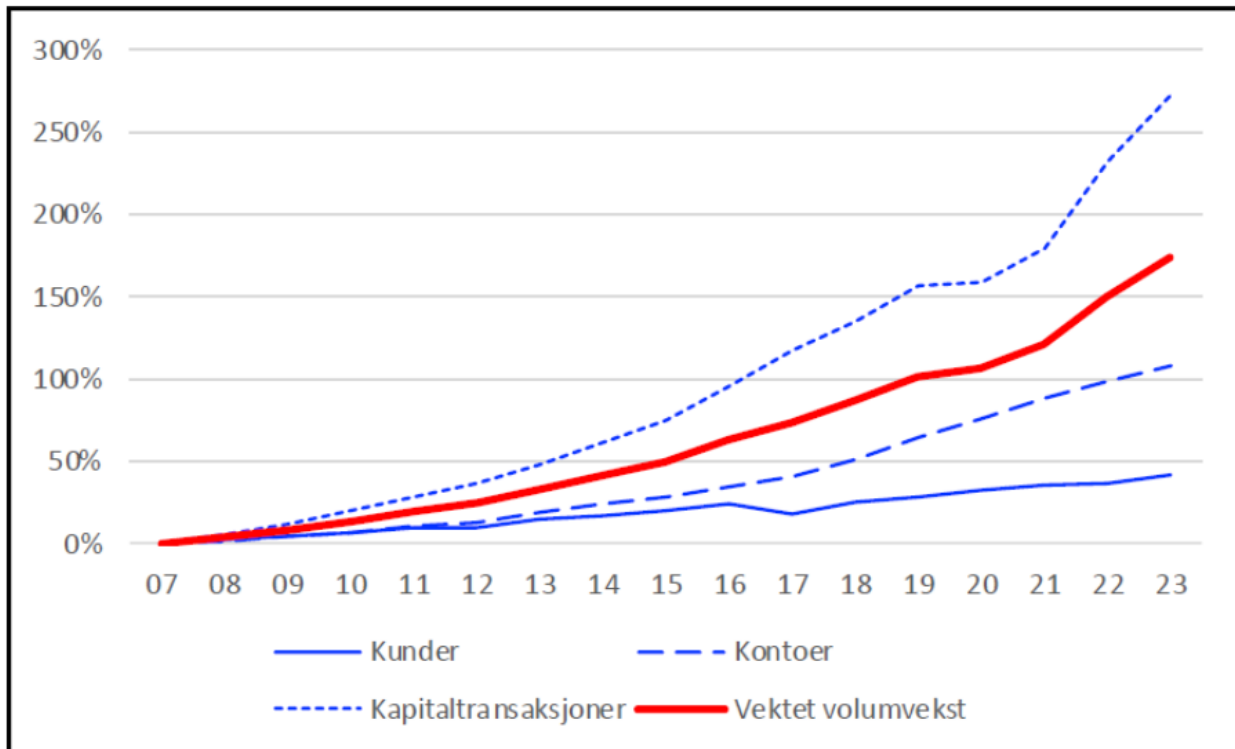
Kundens Fastpris, jf. pkt. 2.3.1 «Fastpris årlig» i perioden er prisregulert ut over en organisk vekst på 6 % årlig (akkumulert volumvekst) for forretningsparametere i perioden 2009 til 2022. Volumvekst beregnes etter følgende vekting:

- 25 % på antall kunder
- 25 % på antall konti

- 50% på antall kapitaltransaksjoner

Bestemmelsen fastslår en regulering av fastpris ved akkumulert volumvekst ut over 6 % årlig.

Volumvekstreguleringen knytter seg kun til tre avtalte forhold: Antall kunder (25 %), antall konti (25 %) og antall kapitaltransaksjoner (50 %). I sakkyndig vitne Aasgaards rapport er den akkumulerte veksten i denne prisreguleringsmekanismen fremstilt slik (figur 1, side 18):



Av figuren fremgår at volumveksten siden Hovedavtalen ble inngått har vært betydelig innenfor kategorien antall kunder, konti og kapitaltransaksjoner. På tross av den aktuelle økningen har den likevel ikke oversteget terskelen for prisregulering på 6% akkumulert per år. Veksten har slik sett ligget innenfor hva det ble tatt høyde for ved Hovedavtalens inngåelse, og mekanismen i Hovedavtalens punkt 3 har ikke ledet til prisregulering i perioden.

TEs anførsel er imidlertid at den økte volumveksten – den økte bruken – ligger utenfor hva som reguleres av Hovedavtalens volumvekstregulering. Dette skisseres slik av tingretten (dommen side 41 nederst):

Bakgrunnen for dette er at Hovedavtalens punkt 3 baserer seg på at det er korrelasjon mellom endringer i antallet kunder, kontorer og kapitaltransaksjoner, på den ene siden, og belastningen på Leverandørens systemer, på den andre siden. Det har det historisk også i stor grad vært, men den betydelige økningen som har vært i selvbetjente løsninger de siste årene har satt denne sammenhengen under press. Hver kunde genererer nå et langt større antall forespørsler enn tidligere, og disse forespørlene er i mindre grad enn tidligere knyttet til kapitaltransaksjoner. Disse forespørlene, og belastningene disse leder til for Leverandørens systemer, faller derfor utenfor mekanismen i Hovedavtalens punkt 3.

Lagmannsretten forstår TE slik at den vesentlige endringen som anføres – og som utgjør et hovedgrunnlag for revisjonskravet av fastprisen etter [avtaleloven § 36](#) – er at bruken av tjenestene har utviklet seg ekstraordinært og reelt sett blitt styrende for kostnadene til TE. Kjernen er at hver kunde – ikke antall kunder – nå bruker tjenestene mer direkte, hyppigere, bredere og mer samtidig. Etter lagmannsrettens syn er det klart at Hovedavtalens prisregulering ved volumvekst innenfor de nevnte kategorier ikke tar høyde for den pretenderte økningen i bruken av tjenestene som TE anfører foreligger. Isolert sett mener lagmannsretten derfor at TEs revisjonskrav grunnet i økt bruk av tjenestene ikke kan avvises ved utelukkende å konstatere at Hovedavtalens volumvekstregulering ikke er oppfylt. En slik avtaleforståelse ville også gjort Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g innholdsløs mellom partene hva gjelder vesentlige endringer i den type volumvekst som her påberopes. Lagmannsretten kan heller ikke se at det etter [avtaleloven § 36](#) ikke vil være relevant å vurdere denne type

volumvekst, som ligger på siden av Hovedavtalens regulering, og om en eventuelt ekstraordinært økning i bruk har ført til at fastprisvederlaget er urimelig lavt grunnet de vesentlig endrede kostnader for TE.

Denne bruken av tjenestene som her er omtalt er normalt sett målt i såkalte API-kall (Application Programming Interface) og MIPS (Million Instructions Per second).

Lagmannsretten viser til følgende skissering av tingretten hva gjelder API-kall og utviklingen av antall API-kall i perioden 2016 til 2023 (dommen side 42 første og annet avsnitt):

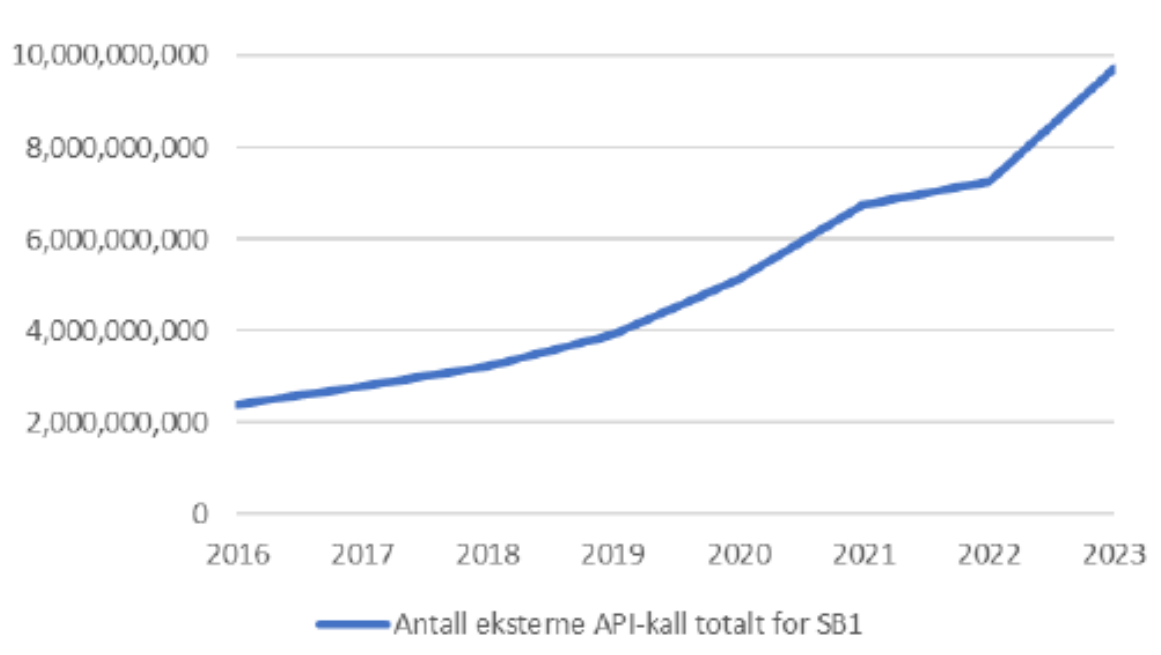
Leverandøren måler denne utviklingen gjennom antallet såkalte API-kall. Når Kundens systemer gjør forespørsler mot Leverandørens systemer, gjør Kundens systemer tekniske «kall» mot Leverandørens systemer. Disse fungerer i korte trekk slik:

- Kundens system som trenger data eller ønsker handlinger utført, sender en pakke med strukturerte data som beskriver oppgaven til Leverandørens relevante system.
- Leverandørens system utfører oppgaven og sender en pakke med relevante data tilbake, evt. en tilbakemelding om at handlingen kunne utføres.

Gjennomføringen av en forespørsel kan kreve et eller flere slike «kall» mot Leverandørens systemer. Slike kall benevnes også API-kall, hvor API står for «Application Programming Interface». Fordi pakken med data som følger det enkelte API-kall vil variere, vil også belastningen på Leverandørens systemer som følge av det enkelte API-kall variere.

Av Figur 2 nedenfor fremgår veksten i antallet API-kall i perioden 2016-2023.

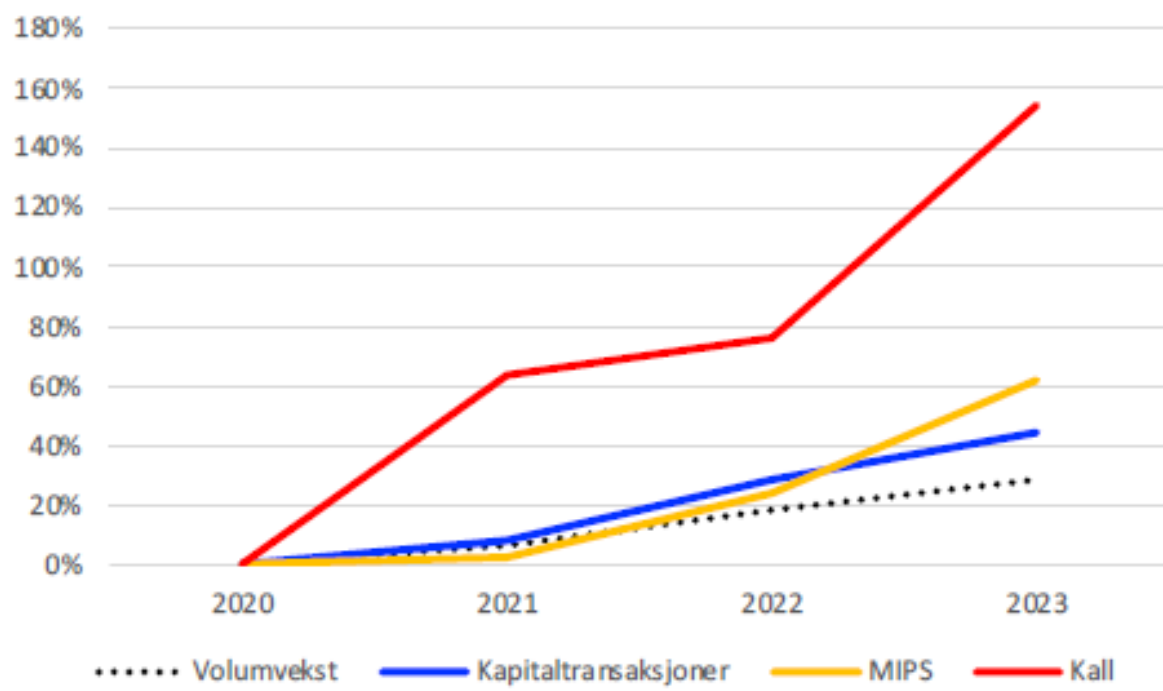
Figur 2: Antall årlige API-kall fra Kunden totalt (kilde: Hjelpedokumentet «API og kostnader» side 2 anvendt under vitneforklaringen til Lars Gaustad, Head of Business Development Tietoevry):



Som det fremgår er veksten i antallet API-kall betydelig i perioden 2016 – 2023 [...].

Som det videre fremgår av Figur 3 nedenfor har veksten i det totale antallet API-kall vært betydelig større enn veksten i kapitaltransaksjoner.

Figur 3: Vekst i Kundens bruk av Leverandørens tjenester (kilde: Hjelpedokument anvendt under forklaringen til sakkyndig vitne Rune Aasgaard):



Figur 3 ovenfor er begrenset til perioden 2020-2023 og det er ikke fremlagt tilsvarende for perioden 2016-2020, eller for tiden forut for dette. Grafen dekker likevel perioden som er mest sentral for saksøktes anførsler. Den stiplede linjen viser den vektete volumveksten som ligger til grunn for prisjusteringsmekanismen i Hovedavtalens punkt 3.

Retten legger etter dette til grunn at det har vært en vesentlig økning i antallet API-kall i perioden 2016-2023, og at denne utviklingen kun i begrenset grad fanges opp av mekanismen i Hovedavtalens punkt 3. Retten legger også til grunn at denne økningen i det vesentligste må tilskrives økt bruk av Kundens selvbetjente løsninger, særlig mobilbank.

Lagmannsretten slutter seg til disse vurderingene. Lagmannsretten viser videre til fremlagt tabell fra TE – som viser API-trafikk og volum fra SB1s egne løsninger. Av denne fremkommer at det fra 2016 til 2024 har vært 341 % økning, hvilket gir en årlig vekst på om lag 4,4 ganger vekst på åtte år. Antallet API-kall har økt fra ca. 2,38 milliarder i 2016 til 10,49 milliarder i 2024. Den sterkeste veksten har vært fra 2020 og fremover.

Sakkyndig vitne Aasgaard forklarte for lagmannsretten at det har vært «enorme endringer». I sin rapport har Aasgaard konkludert slik (rapporten side 17 nederst):

Spørsmålet er om det har skjedd vesentlige endringer i ytelsene som TE leverer til SB1 sammenlignet med situasjonen i både 2007 (da Hovedavtalen ble inngått) og 2016 (da EA 44-2016 ble inngått).

Min overordnede vurdering er at svaret på dette er ja. Det er ingen tvil om at TE i dag leverer en betydelig utvidet tjeneste til SB1. Det har vært en kraftig vekst i volum og en betydelig endring i bruksmønster.

Lagmannsretten konkluderer med at det har vært en ekstraordinær økning i antallet API-kall i perioden 2016 til 2024.

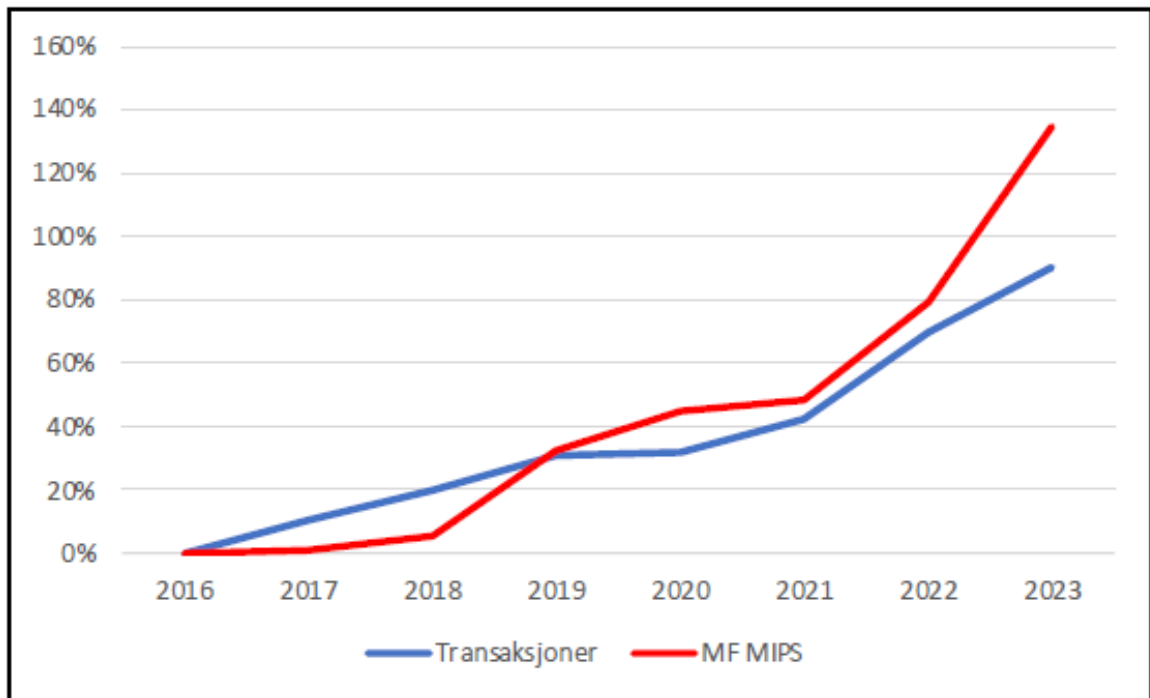
Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn, jf. forklaringene til vitnene Kverne og Espeland samt sakkyndig vitne Aasgaard, at det har vært en rekke årsaker til denne vesentlige økningen. Stikkordsmessig nevner lagmannsretten her at det nærmest er «slutt på kontanter» slik at alle betalinger skjer digitalt, voldsom økning i bruk av mobilbank, mange flere funksjoner og informasjonsmuligheter på en flate mv. SB1 har vist til at allerede i 2013 hadde SB1s mobilbank over en million innlogginger hver måned, men det viser etter lagmannsrettens syn kun utviklingen når tallet for mars 2024 er økt til 40 millioner.

Som nevnt ovenfor benyttes MIPS-belastningen som en annen indikator for belastningen på TEs systemer. Om dette uttaler tingretten følgende (dommen side 43 til 44):

Antallet API-kall som sådan er likevel ikke alene avgjørende for belastningen på Leverandørens systemer, da denne belastningen også beror på hvordan kallene fordeler seg gjennom døgnet og hvor store datapakker som må håndteres ved hvert kall.

Hvordan kallene fordeler seg gjennom døgnet – eller mer spesifikt i hvilken grad kallene sammenfaller i tid – fremgår gjennom målinger av antall kall som håndteres samtidig av Leverandørens systemer. Disse målingene omtales gjerne som MIPS, hvor MIPS står for «Million Instructions Per Second». Utviklingen i MIPS for perioden 2016-2023 fremgår av Figur 4 nedenfor, og fremgår også av Figur 3 ovenfor for perioden 2020-2023.

Figur 4: Vekst i Kundens bruk av Leverandørens tjenester (kilde: Hjelpedokument anvendt under forklaringen til sakkyndig vitne Rune Aasgaard):



Som det fremgår er den prosentvise utviklingen i MIPS ikke like betydelig som for API-kall i perioden 2016 – 2023. Veksten er likevel på 135 %, mot 308 % for API-kall. Tallene er imidlertid ikke helt sammenlignbare, da veksten i MIPS er for samtlige kunder mens veksten i API-kall er begrenset til Kunden. Økningen i MIPS har ikke bare sammenheng med det økende antallet API-kall, men skyldes også at stadig flere API-kall skjer fra selvbetjente løsninger i sanntid. Det gjør at forespørslene ikke kan «batches» og fordeles gjennom døgnet på tilsvarende vis som tidligere.

Lagmannsretten slutter seg til disse vurderingene, men påpeker at det nå er fremlagt 2024 tall for API-kall, hvorefter økningen der er 341 % (mens tingretten kun hadde 2023 tall og økning på 308 %).

I KWC-rapporten side 17 er det inntatt en tabell som viser mainframe-kostnader pr. MIPS. Den viser blant annet en økning i antall MIPS fra 173 180 (MIPS-forbruk for alle banker) i 2017 til 386 153 i 2023. Det er en økning på om lag 123 % i MIPS-forbruk på disse seks årene. Det er særlig fra 2021 til 2023 at økningen har vært mest markant – her skjedde det en økning på 128 154 på kun to år. Årsaksfaktorene for denne utviklingen er fremhevet av lagmannsretten ovenfor. Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at SB1s «onlinebruk» overtok som styrende for kostnadene fra medio 2019. Dette representerte noe nytt. Sommeren 2024 falt «onlinebruken» i en periode under TE's batch, men i flere av de siste månedene har «onlinebruken» igjen vært styrende. Lagmannsretten bemerker at dette har betydning for vurderingen, idet TE ved dette «mister» kontroll over kostnadene – disse blir styrt av SB1 og dets kunder.

Fra 2023 til 2024 har det deretter vært en viss nedgang igjen i MIPS-forbruket. Etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at dette har flere årsaksfaktorer, herunder optimaliseringsprosjektet som har medført at mer har blitt styrt mot midrange eller trafikken helt er fjernet. Det vises til vitnet Brænds forklaring her, som også ble utfyllt av vitnet Kjølberg. Videre viser lagmannsretten til TE's egen omtale på sitt intranett av nedgangen fra juni 2023 til august 2024, hvor det blant annet fremheves at SB1 har redusert sitt MIPS-forbruk

med om lag 42 %. MIPS-belastningen er dermed nå nede på om lag 2021-nivået. Ut fra bevisførselen, herunder blant annet vitnet Espeland fra TE, legger lagmannsretten også til grunn at en del av helhetsbildet her for reduksjonen i det onlinedrevne MIPS-forbruket også knytter seg til TEs egen investering i Oracles løsning «Golden Gate».

Lagmannsretten konkluderer på denne bakgrunn med at også MIPS-bruken har økt vesentlig fra 2017 til 2023, men at det igjen har vært en betydelig nedgang fra 2023 til 2024.

Samlet sett konkluderer lagmannsretten med at det har vært en vesentlig økning i SB1s og kundenes bruk av TEs tjenester i perioden 2016 til 2024.

Om det er sannsynliggjort en vesentlig kostnadsøkning for TE som følge av den betydelige endringen i bruk. Særlig om KWC-rapporten. Om SB1s hovedinnvendinger mot KWC-rapporten

Spørsmålet videre er om denne betydelige endringen i SB1 og kundenes bruk av TEs tjenester har medført vesentlig økte kostnader for TE – og om denne kostnadsøkningen eventuelt gir grunnlag for revisjon av den årlige fastprisen etter [avtaleloven § 36](#).

Innledningsvis bemerker lagmannsretten at tingretten også konkluderte med en vesentlig endring i SB1 og kundenes bruk av TEs tjenester. Tingretten kom imidlertid til at det «hefter betydelig usikkerhet ved kostnadskonsekvensen» for TE, jf. dommen side 49 annet avsnitt. Som nevnt er det for lagmannsretten nå fremlagt sakkyndig rapport fra KWC, hvilket etter lagmannsrettens vurdering endrer bevisbildet under denne kostnadskonsekvensvurderingen i betydelig grad.

KWC har fremlagt to rapporter. Den første ble fremlagt 28. august 2024, mens den andre ble fremlagt 7. mars 2025. Sistnevnte rapport har en oppdatert tapsberegning med faktiske tall for 2024 og oppdaterte budsjetter for 2025 og 2026. I det følgende vil lagmannsretten omtale dette som rapporten, og da anvende den siste oppdaterte.

Sakkyndig vitne Holth – manager i KWC og medansvarlig for rapporten – avga også forklaring for lagmannsretten hvor hun utdypet vurderingene og vurderingsgrunnlaget for rapportene. Lagmannsretten bemerker innledningsvis at den mener at KWC ved disse rapportene har gjort en svært grundig og analytisk tilnærming til hvilke økte kostnader TE er påført.

I mandatet er det angitt at TE som oppdragsgiver har behov for en «ekstern vurdering av kostnadene forbundet med leveransen til SB1U, og dermed også hvilket økonomisk tap Tietoevry forventes å lide dersom vederlaget ikke oppjusteres». Om informasjonsgrunnlaget for vurderingene til KWC heter det i rapporten side 5:

Våre vurderinger er i sin helhet gjennomført basert på informasjon og dokumentasjon mottatt fra Oppdragsgiver, offentlig tilgjengelig informasjon, informasjon vi har innhentet fra våre databasetilganger, samt våre egne erfaringer.

PR og KWC har gjennomgått en rekke dokumenter og hatt løpende møter med administrasjonen i Tietoevry og har fått tilgang til den etterspurte dokumentasjonen vi har bedt om i den grad informasjonen foreligger. Den mottatte informasjonen er ikke revidert av oss. Vi har imidlertid gjennomgått kilder, stilt oppfølgingsspørsmål og gjort stikkprøver. Det er avholdt mange møter med administrasjonen med gjennomgang og avklaring av grunnlag. Vi har ikke opplevd begrensninger i tilgang i forespurte dokumenter eller informasjon. For ordens skyld presiseres også at det er skjønnsmessige vurderinger knyttet til beregningene i rapporten.

Holth opplyste at det var avholdt om lag 60 møter. KWC har videre etter det opplyste hatt tilgang til «alt», herunder også opp mot underleverandørene, blant annet Kyndryl. Ved tapsberegningen har KWC lagt til grunn et «differanseprinsipp», som forklares slik (rapporten side 7):

Det økonomiske tapet er basert på et differanseprinsipp, hvor Tietoevrys tap under kontrakten utgjør SB1s betalte vederlag minus SB1s forholdsmessige andel av relevante kostnader i TE Banking. For å finne et naturlig utgangspunkt for et reforhandlet vederlag, må også en rimelig margin hensyntas. Nærmere detaljer fremgår blant annet av rapportens punkt 3.5. Det økonomiske tapet er beregnet basert på årene 2023 – 2026.

Lagmannsretten bemerker at det dermed ved tapsvurderingen tas utgangspunkt i hva et «reforhandlet vederlag» vil måtte bli, og inkluderer i dette også en «rimelig margin» på 12 %.

Ved allokeringen av hvilke kostnader som er relatert til de tjenester som SB1 benytter er det benyttet «fordelingsnøkler» som er nærmere beskrevet og redegjort for i rapportens kapittel 5 og 6. Eksempelvis er fordelingsnøkkelen for mainframe for 2023 fastsatt til 52,2 % av de totale kostnadene TE har til mainframe, hvilket medfører at det av 550 millioner kroner i totalkostnader henføres 278 millioner kroner til SB1 (se rapporten side 32). Det er presisert i rapporten at dette er gjort etter et skjønn – «vært basert på en beste fordeling på forbruket av de enkelte innsatsfaktorer», jf. rapporten side 32. På side 36 er det nærmere forklart at eksempelvis fordelingsnøkkelen for 2023 for mainframe er basert på MIPS-forbruk i november og desember 2023, mens fordelingsnøkkelen for 2024 er basert på MIPS-forbruk i perioden januar til desember 2024.

Videre er tapsberegningen inndelt i kostnadsbaser – slik som «mainframe», «midrange», «FTE» mv.

For «mainframe» er det økonomiske tapet vurdert slik: 278,2 millioner kroner (2023), 225,1 millioner kroner (2024), 228,3 millioner kroner (2025) og 225,3 millioner kroner (2026), se rapporten side 29. Totalt for alle banker har mainframe-kostnaden økt fra 217 millioner kroner i 2017 til 550 millioner kroner i 2023. Økningen for SB1s andel – med anvendelse av nevnte fordelingsnøkler – er dermed fra 90 millioner kroner i 2017 til 278 millioner kroner i 2023, jf. rapporten side 15. Det gir på disse seks årene en økning på om lag 209 %.

I rapporten gis det også en redegjørelse av MIPS, «variable» kostnader og «faste» kostnader knyttet til mainframe-kostnader, jf. side 34. Om betydningen opp mot de variable og faste kostnadene uttales følgende (side 36):

- MIPS er driveren for både de faste og de variable Mainframe-kostnadene. Vi har således analysert SB1-bankene sin andel av det totale MIPS-forbruket knyttet til online-bruk i TE Banking, basert på rådata fra Kyndryl. Rådataene for online-bruken ble først rapportert på månedlig basis fra og med november 2023. Kyndryl rapporterer ikke MIPS-forbruk fra batchkjøringene. Fordelingsnøkkelen for 2023 er basert på MIPS-forbruk i november og desember for 2023, mens fordelingsnøkkelen for 2024 er basert på MIPS-forbruk i perioden januar til desember 2024.
- Ved økt MIPS-forbruk vil den variable kostnaden økes tilsvarende økningen i forbruk pr. måned. Denne økningen faktureres umiddelbart. De faste kostnadene økes også som følge av et høyere forbruk, men ikke før året etter økningen. Enkelte softwarekostnader økes midlertidig som følge av overforbruk og faktureres etter siste kvartals forbruk.
- Basert på vår gjennomgang av Tietoevrys egne analyser for 2023 og 2024 anser vi andel av MIPS som den mest hensiktsmessige metoden for å allokere SB1 sin andel av de totale Mainframe-kostnadene.
- SB1-bankene sin andel av totale MIPS har gått noe ned fra 2023 til 2024. Dette er hovedsakelig knyttet til optimaliseringsprosjekter (ref. kapittel 5.6). Imidlertid har andre banker også optimalisert sitt MIPS-forbruk slik at det totale MIPS-forbruket har gått betydelig ned.

Lagmannsretten fremhever her at KWC har hatt tilgang til rådataene fra Kyndryl, og i rapporten angis også som kilde uttrekk fra Kyndryls rapportering av SB1s MIPS-forbruk. Sakkyndig vitne Holth understreket i sin forklaring at KWC hadde hatt et fyldestgjørende underlag – fakturaer og fakturalinjer – som underbygger den mainframe-kostnaden som KWC har vurdert å foreligge.

Lagmannsretten har etter en samlet bevisvurdering funnet det sannsynliggjort at TE lider betydelige tap utløst ved store merkostnader som følge av den vesentlige økningen i bruk fra SB1 og deres kunder. Etter lagmannsrettens vurdering gir KWC-rapportens analyser og konklusjoner et forsvarlig utgangspunkt for vurderingene som må foretas. Her må det imidlertid gjøres enkelte helt sentrale presiseringer hva gjelder vurderingen opp mot [avtaleloven § 36](#), og lagmannsretten behandler disse i den samlede vurderingen nedenfor.

Lagmannsretten bemerker at tingretten la vekt på at det må sondres mellom faste og variable kostnader, og at dette ikke var gjort i det bevismaterialet som tingretten fikk foreholdt seg (dommen side 46 nest siste avsnitt). Lagmannsretten påpeker at dette er nå er nærmere redegjort for i KWC-rapporten (se særlig side 35 og 36), og lagmannsretten legger til grunn at det vesentligste av mainframe-kostnaden øker når MIPS-forbruket øker, jf. blant annet vitnet Espeland som la til grunn 95 %. Dette er derfor ikke lenger en vesentlig innvending mot beregningsgrunnlaget. Videre vektla tingretten at tallene for 2021, 2022 og 2023 «verken var revisorkontrollerte eller underbygget gjennom annen bevisførsel». Lagmannsretten påpeker nå at to ulike tredjeparter har bekreftet at TE's kostnadstall for mainframe stemmer med regnskapet, herunder statsautorisert

revisor Schjerven fra Deloitte (årene 2022 og 2023) og nevnte sakkyndig vitne Holth (og KWC) for hele 2022, 2023 og 2024, samt ettergått estimater for 2025 til 2026. Heller ikke denne innvendingen har dermed lenger relevans. Videre har lagmannsretten vurdert inflasjon og valutaendring – og hvor vidt dette inngår i kostnadsøkningen for mainframe – noe annerledes enn tingretten (se dommen side 47 tredje avsnitt), jf. vurderingen nedenfor om dette.

SB1 har gjort gjeldende en rekke forhold som etter deres syn medfører at KWC-rapporten og dens vurderinger i liten grad bidrar til sakens opplysning om den (eventuelt) økte bruken har påført TE økte kostnader i en slik størrelsesorden som angis. Lagmannsretten vil nå vurdere de mest sentrale av SB1s innvendinger opp mot KWC-rapporten.

Generelt gjør SB1 gjeldende at KWC anvender den «samme metoden» som de tidligere redegjørelsene fra TE hva gjelder kostnader som man hevder å ha ved leveransen til SB1, herunder anvendes kostnadsbaser som ikke defineres nærmere og at fordelingsnøkklene er fastsatt av TE selv uten at det hensynstas at SB1 er vesentlig større enn de andre bankene.

Lagmannsretten kan ikke se at disse innvendingene rokker vesentlig ved vurderingene til KWC. De angitte kostnadsbaser er etter lagmannsretten vurdering tilstrekkelig presist arrondert fra KWCs – og TEs – side. Det må etter lagmannsrettens syn hensynstas kompleksiteten i den multibankløsning som TE leverer til SB1, herunder i hvilken grad det er praktisk mulig å skille ut alle kostnadsdriverne fra hverandre og i hvilken grad det er mulig å allokere hver av disse driverne til hver enkelt kunde/bank som mottar multibankløsningen. Ved fastsettelsen av fordelingsnøkkelene må det nødvendigvis inngå et skjønn, og lagmannsretten har – ut fra den samlede bevisføringen i saken – ikke grunnlag for å tilsidesette den vurdering som fremkommer av KWC-rapporten og fra TE side her. Det må imidlertid hensynstas ved den nærmere vurderingen opp mot [avtaleloven § 36](#) at det her er utøvd et skjønn, og det trekkes etter lagmannsrettens syn i retning av at tallgrunnlaget må anvendes med en viss forsiktighet. På den annen side mener lagmannsretten at det ikke kan rettes vesentlige innvendinger mot metoden KWC har anvendt, og mener at disse vurderingene underbygger og sannsynliggjør betydelige årlige tap knyttet til mainframe-kostnaden for TE opp mot SB1.

Videre har SB1 innvendt at det ikke er fremlagt underleverandøravtaler – især Kyndryl – og at kostnadsbasene også inneholder kostnader fra flere selskaper innen TE Banking uten at man vet hvilke.

Lagmannsretten bemerker at tingretten også vektla at TE ikke har fremlagt avtalen med Kyndryl, se dommen side 48 fjerde avsnitt. Lagmannsretten er i utgangspunktet enig i at dette er en innvending mot TEs argumentasjon, og da her også KWC-rapporten. Lagmannsretten viker likevel tilbake for å vektlegge dette i avgjørende retning i bevisvurderingen, idet lagmannsretten mener at det for lagmannsretten i større grad har fremkommet de sentrale linjer i de aktuelle avtaleforhold. Konkret hva gjelder avtalen mellom Tietoevry Tech Services og Kyndryl er det nå opplyst at dette er en avtale fra 2015, som i 2020 ble forlenget til 2030. Avtalen hadde degressive priser frem til og med 2022, hvilket lagmannsretten legger til grunn at også SB1 har dratt nytte av. Videre er det fremlagt en oppsummering fra Tech Services av kontrakten, samt Kyndryls prisbok. Flere av vitnene i saken har også kommet med forklaringer knyttet til dette avtaleforholdet. Samlet sett kan ikke lagmannsretten derfor se at denne innvendingen kan få avgjørende betydning. Lagmannsretten påpeker at kontrakten mellom Tech Services og TE er fremlagt, med bilag om viderefaktureringen. Det fremgår at det her er ingen mark-up i de aktuelle årene, og KWC har heller ikke medregnet noen slik i sin rapport. Også kontrakten mellom Tech services og Broadcom (software under mainframe) har blitt belyst under bevisførselen, herunder at en avtale løp frem til 1. april 2025 og at ny avtale er inngått, med økte enhetspriser til følge.

En annen sentral innvending fra SB1 er at KWC-rapporten ikke inneholder «dokumentasjon» for kostnadene som TE hevder å ha. Underlagene er ikke bevis i egentlig forstand, og de er også fremlagt nærmest en bloc uten noen forklaring. Lagmannsretten er ikke enig i dette, og mener rapporten og sakkyndig vitne Holths forklaring opp mot underlagene samlet må anses å sannsynliggjøre i hvert fall vesentlige deler av kostnadsøkningen knyttet til mainframe. Samtlige fakturaer og fakturalinjer er fremlagt som underlag og grundig ettergått av KWC, og lagmannsretten kan ikke se at det er en avgjørende innvending at mye av dette er uttrekk fra TEs systemer gjort av TE selv. Lagmannsretten er heller ikke kjent med at SB1 har etterspurt ytterligere dokumentasjon under saksforberedelsen for lagmannsretten.

Endelig er lagmannsretten enig med SB1 at de anførte tapskostnadene har fluktuert, og at de samlede anslag har hatt en betydelig økning. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at dette rokker ved soliditeten i det arbeidet KWC nå har utført, og de tapskostnader som der er definert og analysert.

Lagmannsrettens hovedkonklusjon er på denne bakgrunn at det er sannsynliggjort vesentlig økte kostnader for TE som følge av vesentlig endret bruk fra SB1 og dets kunder opp mot mainframe (stormaskin). Etter lagmannsrettens vurdering medfører dette at urimelighetsterskelen etter [avtaleloven § 36](#) er overskredet, og at det er grunnlag for en vederlagsjustering av den årlige fastprisen. Lagmannsretten viser til vurderingene nedenfor i den samlede, konkrete vurderingen opp mot [avtaleloven § 36](#).

3.5.2 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av vesentlige endringer i IT-markedet

Lagmannsretten ser nå videre på om de påberopte merkostnader som følge av vesentlige endringer i IT-markedet medfører at TE har krav på revisjon av den årlige fastprisen – enten isolert sett eller som en av flere kostnadsfaktorer i en samlet vurdering av om urimelighetsterskelen etter [avtaleloven § 36](#) er nådd.

Slik lagmannsretten har oppfattet TE, er det gjort gjeldende to kostnadsbaser hvor det anføres vesentlige endringer i TEs kostnadsbilde. For det første er det økte kostnader til underleverandører (midrange) – teknologiprodukter (hardware og software), eksempelvis fra leverandørene Broadcom og Oracle. Dernest er det gjort gjeldende betydelige økte kostnader til ansatte og konsulenter (personalkostnader/FTE).

Lagmannsretten ser først på om det foreligger slike vesentlige endringer i kostnader til ansatte og konsulenter at dette – enten isolert sett eller i en samlet vurdering – kvalifiserer for prisjustering etter [avtaleloven § 36](#).

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at det ut fra kontraktsreguleringen mellom TE og SB1 er slik at økte kostnader til ansatte og konsulenter er TEs egen risiko.

Videre mener lagmannsretten at tingrettens vurdering om økningen i lønnsveksten innenfor IT-markedet stadig er dekkende etter bevisførselen for lagmannsretten (dommen side 50 femte avsnitt):

Leverandøren har dokumentert at det er et underskudd på IKT-utdannede i Norge, og at dette skyldes en kombinasjon av økende behov, utilstrekkelig IKT-utdanning og utilstrekkelig innvandring av arbeidskraft med IKT-kompetanse. Misforholdet mellom tilbud og etterspørsel har ledet til en lønnsvekst for IKT-utdannende som er høyere enn den generelle lønnsveksten i Norge. Det er vist til tall fra SSB som viser at lønnsøkningen for «Brukerstøtte, IKT» var på 11,3 % fra 2021 til 2022, mens tilsvarende tall for den generelle lønnsveksten i Norge var på 4,4 %.

Retten legger til grunn at det har vært en lønnsvekst de senere årene for IKT-utdannede som overstiger den generelle lønnsveksten i Norge.

Lagmannsretten slutter seg til dette.

Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at denne økte kostnadsutviklingen for personalkostnader har en slik karakter at den – ut fra et 2016-perspektiv – kan anses ekstraordinær eller at den er av en slik uforutsett karakter at den kan anses å falle utenfor det som må anses å være TEs risiko under avtaleforholdet. Lagmannsretten har merket seg KWCs tallgrunnlag og anslag over betydelig økte kostnader til kostnadsbasen FTE, men kan ikke se at dette gir grunnlag for i en vurdering opp mot [avtaleloven § 36](#) å hensynta denne kostnadsøkningen for egne ansatte og konsulenter.

Lagmannsretten ser videre på om det foreligger slike vesentlige endringer i kostnader til underleverandører (midrange, software og hardware) – enten isolert sett eller i en samlet vurdering – at disse kvalifiserer for prisjustering etter [avtaleloven § 36](#).

Lagmannsretten tar også her utgangspunkt i at det ut fra kontraktsreguleringen mellom TE og SB1 er slik at økte kostnader til underleverandører/midrange er TEs egen risiko.

TE har generelt vist til at det lenge var slik at økt datakraft ikke medførte økt kostnad – og at teknologiprodukter ble billigere år for år («Moore's lov»). Dette har endret seg vesentlig. I Aasgaards rapport omtales utviklingen slik (rapporten side 32):

IT-bransjen har siden tidenes morgen opplevd en trend med stadig nedadgående priser for den samme mengden datakraft. Utfordringen er at det etter 2016 har vært en betydelig økning i kostnader til drift av stormaskin, og at stormaskin står for rundt 60% av TEs kostnader til datakraft.

Kostnadsøkningen for maskinvare er drevet av en rekke forhold. Det er for eksempel kjent at Covid-pandemien førte til forstyrrelse i globale leveransekjeder, ustabilitet i globale råvarepriser, og lav kapasitet i chip-fabrikker.

Kostnadsøkningen for programvare (verktøy som TE er avhengige av for å kjøre løsningene sine på stormaskin) er i hovedsak drevet av at det har skjedd en konsolidering av bransjen i regi av store investeringsselskap. Det er færre og større aktører enn tidligere.

TE har pekt på at dette medfører en type skvis for selskapet – underleverandørene krever høyere, ny pris, mens SB1 har krav på degressiv fastpris hvert år. Dette gir samlet sett økte kostnader, især for kostnadsbasen midrange. Aasgaard oppsummerer i sin rapport med at «spørsmålet er om det har skjedd store endringer i IT-markedet som påvirker TEs kostnadsbilde i negativ retning. Min overordnede vurdering er at det er tilfelle». Aasgaard utdypet også dette i sin forklaring for lagmannsretten, herunder ved å fremheve at disse endringene i priser på IT-markedet har medført en ubalanse. I sin partsforklaring fremhevet også Kverne fra TE at det er tale om sterkt økte kostnader til underleverandører, og dette bekreftet også vitnene Urdahl og Rangnes fra TE.

Lagmannsretten bemerker at den ikke har fått fremlagt kontraktene med underleverandørene, men at disse har vært omtalt på et mer overordnet plan under bevisførselen. KWC har i sin rapport ettergått tallmaterialet, og estimert den økte kostnaden innenfor midrange. Lagmannsretten kommer tilbake til disse vurderingene nedenfor, men mener at det samlede bevisbildet for lagmannsretten gir grunnlag for å konkludere med at kostnadene innenfor midrange har økt betydelig i perioden, og da også for årene 2023 frem til nå. Kostnadskonsekvensen for TE for kostnadsbasen midrange er dermed belyst – især gjennom KWC-rapporten – på en annen måte og bedre måte enn for tingretten.

Samlet sett er lagmannsretten av den vurdering at deler av de betydelige økte kostnadene innenfor midrange, medfører at det er grunnlag for en prisjustering etter [avtaleloven § 36](#), når disse ses i sammenheng med økningen innenfor mainframe. Lagmannsretten mener imidlertid at TE i betydelig grad selv må ta risikoen for de økte kostnadene innenfor midrange, gitt at TE selv gjennom avtaleforholdet har tatt kostnadsutviklingen – prisøkninger fra underleverandører mv. – som en del av sin «markedsrisiko» ved forlengelsen av avtaleforholdet i 2016. En slik eksponering for prisøkninger fra underleverandører må det – når forholdet skal vurderes opp mot [avtaleloven § 36](#) – forventes at TE i stor grad håndterer gjennom kontroll på kostnadene på kostnadsfaktorene inn mot midrange. Det er i så måte – ut fra et 2016-perspektiv – tale om kostnadsøkninger som i hvert fall i en viss grad må kunne anses å være forventet. Lagmannsretten finner på den annen side at utviklingen av kostnadsbildet innenfor midrange, især belyst ved KWC-rapporten og vitneforklaringene for lagmannsretten, har en slik irregulær karakter at deler av dette kostnadsbildet er relevant å innta ved vurderingen etter [avtaleloven § 36](#). Det er for denne delen av kostnadsbildet tale om en totalitet – når dette ses i sammenheng med kostnadsøkningen innenfor mainframe – som etter lagmannsretten overskrider rimelighetsterskelen etter [avtaleloven § 36](#), ikke minst i et langvarig avtaleforhold som dette. Lagmannsretten viser til den samlede, konkrete vurderingen nedenfor.

3.5.3 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av ekstraordinære tider i norsk og global økonomi

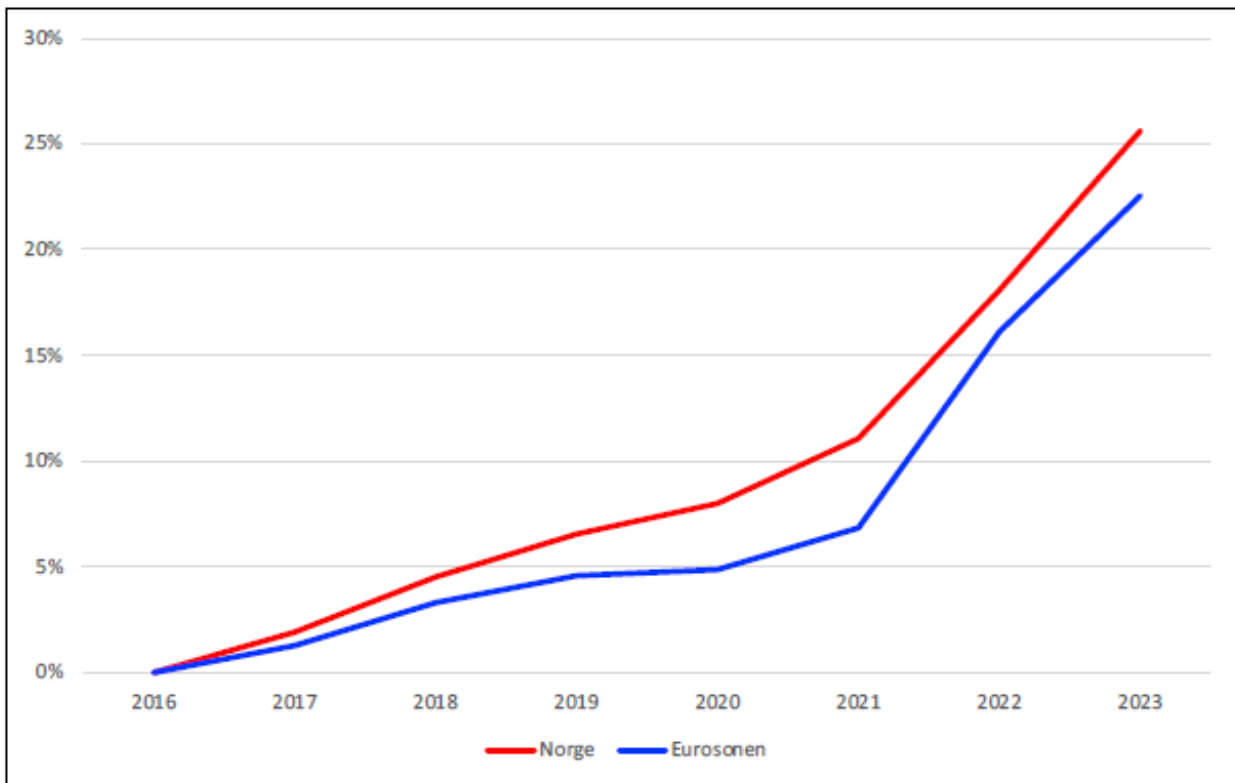
Lagmannsretten ser nå videre på om de påberopte merkostnader som følge av vesentlige makroøkonomiske endringer i norsk og global økonomi, medfører at TE har krav på revisjon av den årlige fastprisen – enten isolert sett eller som en av flere kostnadsfaktorer i en samlet vurdering av om urimelighetsterskelen etter [avtaleloven § 36](#) er nådd.

Lagmannsretten vurderer først utviklingen i inflasjon etter 2016.

Innledningsvis bemerker lagmannsretten at den ved vurderingen tar utgangspunkt i at partene har avtalt at fastprisen ikke skal KPI-reguleres. Tvert om er det avtalt at den skal være degressiv. Avtalemessig er det derfor klart at TE ved dette har tatt en risiko for inflasjonssvingninger, herunder at en høyere inflasjon enn forutsett som et utgangspunkt klart må ligge inn under TEs risikosfære i avtaleforholdet og kan ikke danne grunnlag for en prisrevisjon etter [avtaleloven § 36](#). Lagmannsretten legger derfor til grunn for vurderingen at det i alle fall må være tale om en helt ekstraordinær inflasjon for at terskelen etter [avtaleloven § 36](#) er nådd. Ved denne vurderingen må det naturligvis legges til grunn at det ikke kan forventes – heller ikke i 2016 – at inflasjonen vil være stabil over en slik tidsperiode som denne avtalen gjelder. I dette ligger det at det må være en forutsetning

at inflasjonen fluktuerer – til dels betydelig – innenfor avtaleforholdets varighet i et tilfelle som det nærværende. Heller ikke valutaendringer er underlagt særskilt avtaleregulering mellom partene. Valutaendringer må derfor også som det klare utgangspunktet være TEs risiko.

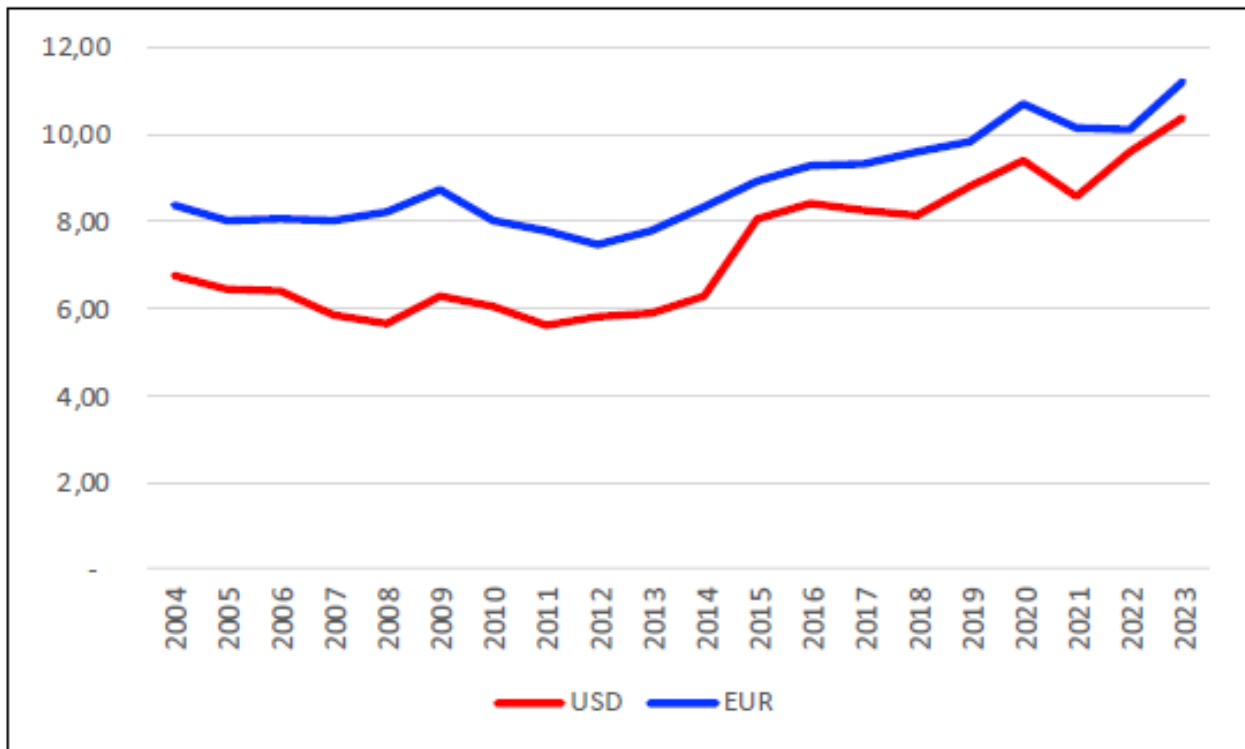
I sakkyndig vitne Rune Aasgaards rapport – avgitt 25. september 2023- skisseres følgende årlige prisvekst i Norge i tidsperspektivet 2016 til 2023 (figur 9 side 37 i rapporten):



På side 36 i Aasgaards rapport fremkommer at prisveksten i Norge var relativt stabil i området 0-4 % i perioden 1992-2021, med et gjennomsnitt på 2,1 %. De siste to årene, det vil si 2022 og 2023, har prisveksten til sammenligning vært uvanlig stor, henholdsvis 6,3 % og 6,4 %. I tillegg kommer at TE har en stor del av utgiftene sine i euro-sonen. Mens prisveksten i eurosonen var på 1,4 % i snitt i perioden 2007-2021, var den på 8,6 % i 2022 og 5,5 % i 2023. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at den faktiske inflasjonen særlig i 2022 og 2023 var svært betydelig. Ut fra bevisførselen finner lagmannsretten det godtgjort at de sentrale – og uventede – driverne var covid-19 og Russlands angrepskrig mot Ukraina.

Av en fremlagt artikkel fra E24, 10. oktober 2022, fremgår det at «prisveksten er høyere enn ventet» og at KPI er 9,9 % dersom en borttar strømstøtten. I en artikkel fra Eurostat, 31. oktober 2022, heter det at «euro area annual inflation up to 10,7 %». Videre konstaterer EU-kommisjonen i en uttalelse 11. november 2022 at «shocks unleashed by Russia's war of aggression». SSB konkluderer i en artikkel fra 11. januar 2023 med at det har vært et «ekstraordinært år for prisveksten i 2022» og at «en kraftigere årsvekst i KPI er ikke målt siden 1988». Lagmannsretten legger videre til grunn at det stadig er en relativt høy inflasjon, selv om den har gått noe ned (3,6 % KPI per mars 2025, medregnet strømstøtte).

Hva gjelder utviklingen for den norske kronen – mot USD og euro – er denne fremstilt slik av Aasgaard (rapportens figur 10, side 38):



Av rapporten side 37 fremgår at valutakurser er relevante fordi rundt 55 % av TEs utgifter er i utenlandsk valuta, typisk i amerikanske dollar (USD) eller euro (EUR). Vitnet Espeland fra TE forklarte også at over 50 % av TEs kostnader er i utenlandsk valuta – euro eller USD, især kostnadene opp mot leverandørene Kyndryl, Broadcom og Oracle. Av rapporten fremgår ytterligere at både USD og euro har styrket seg betydelig mot norske kroner siden 2014, henholdsvis 65 % og 35 %, og at økningen også siden 2016 har vært markant, henholdsvis 24 % og 21 %.

Sammenfatningsvis konkluderer lagmannsretten – som tingretten (dommen side 52 nest siste avsnitt) – at det har vært en betydelig inflasjon i Norge og eurosoneen i 2022 og 2023, langt utover det som kan betegnes som et normalområde. Hertil kommer at den norske kronen også har svekket seg.

Spørsmålet er om dette medfører – enten isolert sett eller i en samlet vurdering – et krav om prisjustering etter [avtaleloven § 36](#).

Lagmannsretten mener at det foreligger så uvanlige endringer makroøkonomisk – grunnet ekstraordinære forhold som blant annet covid-19 og krigen i Ukraina – at terskelen etter [avtaleloven § 36](#) må anses overskredet for perioden 2023 til 2024. Dette gjelder selv om fluktueringen knyttet til inflasjon og valuta som det klare utgangspunktet må anses å være TEs egen risiko. Lagmannsretten presiserer at den ikke finner at disse makroøkonomiske endringene isolert sett kvalifiserer til prisjustering etter [avtaleloven § 36](#), men at de for årene 2023 til 2024 er relevant å medta ved den samlede fastsettelsen av prisjusteringen for de aktuelle årene, jf. TEs påstand punkt 3.

Dette er forhold som partene, og da især TE, ved avtaleinngåelsen – avtaleforlengelsen i 2016 – ikke med rimelighet kunne forutsette. Det kan ikke forventes at TE ved avtaleinngåelsen gjennomførte risiko- og usikkerhetsberegninger som omfattet slike variasjoner og høyder gjennom avtaleperioden til og med 2029, og nå også noen år lengre grunnet forsinkelsen med Kjernebankprosjektet.

Lagmannsretten legger til grunn som sannsynliggjort at disse ekstraordinære endringene i inflasjon og valuta, har hatt en signifikant kostnadsdrivende effekt for TE opp mot kostnadsbasene mainframe og til dels midrange for perioden 2023 til 2024. Lagmannsretten viser også til sontringen som nå er gjort i KWC-rapporten mellom effektene av økte enhetspriser (som innbefatter inflasjon og valuta) og økt bruk, rapporten side 17.

Lagmannsretten har vektlagt mest betydningen av den ekstraordinære inflasjonen i den aktuelle perioden.

Lagmannsretten har her ikke hensyntatt inflasjon og kostnadsøkning opp mot Kyndryl, men inflasjon på andre typer produkter og tjenester enn de Kyndryl leverer til SB1, jf. ovenfor. Inflasjon som kostnadsdriver er dermed ikke hensyntatt to ganger.

Selv om lagmannsretten er enig med tingretten at det hefter en usikkerhet ved hvilken kostnadseffekt den ekstraordinære inflasjonen har hatt for TEs oppfyllelsesbyrde, mener lagmannsretten at det samlede bevisbildet sannsynliggjør at TE i årene 2023 og 2024 – som TEs påstand punkt 3 relaterer seg til – har hatt ekstraordinære kostnadseffekter som følge av den eksepsjonelle inflasjonen i disse årene. Lagmannsretten mener derfor at det ved vurderingen opp mot [avtaleloven § 36](#) og dens urimelighetsterskel må gjøres et påslag for disse årene, men ikke for TEs påstand punkt 1. Lagmannsretten finner det klart at det ikke nå kan konstateres med overveiende sannsynlighet at det fremover vil foreligge slik ekstraordinær inflasjon som må avkreves for at dette kan være relevant for urimelighetsvurderingen og prisjusteringen fremover. Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å kvantifisere beløpet pr år for 2023 og 2024 eksakt, men finner det tilstrekkelig å anslå at det er sannsynliggjort økte kostnader for disse årene – som anses ekstraordinære og helt uforutsette – med om lag 10 millioner kroner. For øvrig viser lagmannsretten til den samlede vurderingen nedenfor.

3.5.4 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av regulatoriske endringer

Lagmannsretten går nå over til å vurdere om de påberopte merkostnader som følge av regulatoriske endringer medfører at TE har krav på revisjon av den årlige fastprisen – enten isolert sett eller som en av flere kostnadsfaktorer i en samlet vurdering av om urimelighetsterskelen er nådd.

Lagmannsretten tar, som tingretten, utgangspunkt i at partenes avtaleverk gir detaljerte materielle og prosessuelle regler for håndteringen av og risikofordelingen ved regulatoriske endringer.

For det første gir Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav c, med sin henvisning til punkt 8 om materielle og prosessuelle endringer, det generelle utgangspunkt i avtalen for risiko- og kostnadsfordeling. Dernest fastslår Hovedavtalen punkt 16 at TE er ansvarlig for at TEs tjenester og leveranser til enhver tid overholder gjeldende offentligrettslig regulering. Konsekvensene av slike regulatoriske endringer er nærmere regulert i Hovedavtalen bilag 3.2 under punkt 2 bokstav c med overskriften «Systemvedlikehold og forvaltning» (sist revidert i 2015). Punkt 2 bokstav c har følgende ordlyd:

EVRY har ansvar for at løsningene ivaretar myndighetspålagte krav og tvungne bransjestandarder som bransjeorganisasjonen pålegger Kunden å følge. Dog er partene enige om at begge parter skal gi hverandre innspill om aktuelle myndighetspålagte krav og tvungne bransjestandarder som den enkelte part blir kjent med.

Ved endringer i myndighetspålagte krav i norske lover og/eller forskrifter eller ved endringer i tvungne bransjestandarder som aktuelle bransjeorganisasjonen pålegger Kunden å følge, som forutsetter utviklingskostnader i EVRY' applikasjoner utover kr 100.000,-, utarbeider EVRY endringsavtale(r) /tilbud, på de systemendringer som er nødvendige for å oppfylle kravene. Endringsavtalen/ tilbudet som beskriver nødvendige endringer. Endringsforslaget sendes banken for godkjenning i henhold til vanlige prosedyrer.

Kostnadene ved slike endringsavtaler dekkes av EVRY for et beløp opp til 5 % av årlig systemvedlikehold /forvaltning i fastprisen iht. bilag 4.1 pkt.2.3.1 Fastpris årlig i henhold til avtale av 1.11.07 samt 5 % av årlig avtalt systemvedlikehold/forvaltning for selskaper som ikke omfattes av fastprisen, herunder BN Bank. SB 1 Boligkreditt, SB 1 Næringskreditt og Argo Securities, begrenset oppad til kr 500.000,- pr år.

Ut fra ordlyden skal partene inngå endringsavtaler med priser og leveransebeskrivelser, ved regulatoriske endringer som innebærer utviklingskostnader for TE på mer enn 100 000 kroner. Som nevnt suppleres dette konkrete systemet også av det generelle endringssystemet i Hovedavtalen punkt 8.

Lagmannsretten legger til grunn at det etter 2016 har vært til dels omfattende endringer i regulatoriske forhold. Det viser også det faktum at partene har inngått en rekke endringsavtaler for å håndtere konsekvensene av disse regulatoriske endringene. Lagmannsretten viser her eksempelvis til EA 06-2018 (knyttet til endringer i regelverket om hvitvasking og terrorfinansiering), hvor engangsbeløpet var om lag 10,6 millioner kroner og om lag 209 000 kroner i månedlig betaling for drift og forvaltning mv. Etter det opplyste er det inngått ytterligere 17 endringsavtaler knyttet til håndteringen av hvitvaskingsregelverket. Dernest kan det vises til EA 2022-2018 (endringer i personregelverk – [GDPR](#)), EA 48-2018 (endringer på grunn av EUs betalingstjenestedirektiv). Endelig EA 50-2020 og EA 11-2023 knyttet til ny [finansavtalelov](#).

TE har gjort gjeldende at de samlede regulatoriske krav fører til økte tredjepartskostnader innenfor «midrange». Dette er også belyst gjennom KWC-rapporten. I tillegg noe økte «mainframe»-kostnader. De konkrete tilleggsarbeider – endringsordkravene – er dekket gjennom de enkeltstående endringsavtalene, men det gjenstår betydelige udekkede kostnader som må medføre prisrevisjon av fastprisen. Det er også vist til sakkyndig vitne Aasgaards oppsummering om at «[TE] ikke har blitt kompensert for alt av dette».

Lagmannsretten kan ikke se at de økte kostnader som følge av regulatoriske endringer gir grunnlag for revisjon etter [avtaleloven § 36](#). Lagmannsretten legger betydelig vekt på at for slike endringer og kostnader knyttet til disse, har partene inngått et særlig detaljert regelverk for å håndtere dette – og hvilken betydning dette skal få på fastprisen. Innenfor et slikt særskilt regulert kontraktsregime for regulatoriske endringer, mener lagmannsretten at det mellom profesjonelle parter må være svært lite rom for en etterfølgende omfordeling av risiko og ansvar basert på [avtaleloven § 36](#). Hertil kommer at de pretenderte kostnadseffektene fremstår uspesifiserte og nærmest som sideeffekter av de inngått endringsavtalene, som nettopp skal håndtere dette kostnadsbildet. KWC-rapporten gir på dette punkt ikke grunnlag for en annen konklusjon her. Lagmannsretten viser videre til tingrettens sammenfatning (dommen side 54 tredje avsnitt):

Retten kan ikke se at det er ført tilstrekkelig bevis for kostnadskonsekvenser av betydning som ikke er hensyntatt i inngåtte endringsavtaler. Slik retten oppfatter det, har dette heller ikke vært et tema mellom partene før rettstvisten. Etter rettens syn kan slike konsekvenser uansett vanskelig danne grunnlag for revisjon i medhold av [avtaleloven § 36](#). Partene har i Hovedavtalen avtalt et system for hvordan endringer i offentligrettslig regelverk skal håndteres. Dette systemet er også blitt praktisert mellom partene. Endringssystemet er fleksibelt og skal etter sin art kunne ta høyde for konsekvensene som måtte inntre av regulatoriske endringer. Dersom Leverandøren ikke har evnet å anvende dette systemet slik at alle kostnader er blitt dekket inn eller nå lar seg dekke inn, må Leverandøren i utgangspunktet ta dette på sin egen kappe. Retten kan ikke se at det er rom for anvendelse av [avtaleloven § 36](#) i en slik forbindelse, i det minste ikke så lenge det ikke er påvist konkrete svakheter ved det avtalte systemet med inngripende konsekvenser for Leverandøren. Det er ikke gjort.

Lagmannsretten er enig i dette.

På denne bakgrunn konkluderer lagmannsretten med at de påberopte merkostnader knyttet til regulatoriske endringer ikke kan danne grunnlag for avtalerevisjon etter [avtaleloven § 36](#).

3.5.5 Om påberopt vesentlig økning av kostnader for TE som følge av den pretenderte manglende aksept til «nearshoring» av SB1

Lagmannsretten går nå over til å vurdere om de påberopte merkostnader som følge av at TE anfører at SBI urettmessig har nektet TE såkalt «nearshoring» – enten isolert sett eller som en av flere kostnadsfaktorer i en samlet vurdering av om urimelighetsterskelen er nådd. Konkret gjøres det fra TE's side gjeldende at SB1 i 2018 nektet TE å flytte deler av driften av stormaskin fra Norge til lavkostnadslandet Ungarn. Lagmannsretten har forstått «nearshoring» slik at det omhandler bruk av personell i nærliggende land hvor kostnadsnivået er lavere enn i Norge.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i kontraktsreguleringen av såkalt «nearshoring». EA 34-2014 punkt 8.1 «Priser» angir følgende:

Når det gjelder bruk av offshore ressurser er partene enige om følgende:

Avtalen stiller store krav til intern kostnadseffektivisering i EVRY og partene er enige om at bruk av offshoreressurser (global sourcing) er et valid verktøy for EVRY å benytte for dette under følgende forutsetninger:[...].

Av ordlyden følger det at bruk av IT-personell utenfor Norge er et «valid verktøy» under visse forutsetninger. Tilsvarende materielle regulering ble fulgt opp i EA 44-2016 punkt. 7.2.

Det er opplyst at TE i oktober 2015 inngikk et samarbeid med IBM (nå Kyndryl). Dette ble presentert for SB1 den 15. oktober 2015. Dette innebar bruk av IBM som underleverandør, herunder spesifikt i Ungarn. SB1 samtykket til TE's bruk av IBM som underleverandør i Norge for drift av basis driftstjenester i Norge etter en prosess i 2015. I brevet fra SB1 22. oktober 2015 til TE (da EVRY Norge AS) fremgikk følgende:

Vi viser til deres brev av 30.9.2015 og 12.10.2015 med ref SAA og samtykker herved til at EVRY kan benytte IBM Services AS som underleverandør i Norge for drift av basis driftstjenester for de spesifiserte tjenestene som inngår i leveranser til SpareBank 1, slik det fremgår i disse brevene.

SpareBank1 presiserer at samtykket ikke innebærer samtykke til utvidet near- eller offshoring (herunder fjernaksess) og registrerer at EVRY bekrefter at SpareBank 1s data vil forbli på EVRYs datasentre i Norge.

På dette tidspunkt forelå det dermed ingen signaler om aksept av utkontrahering til Ungarn. Partene hadde videre en relativt langvarig dialog om slik utkontrahering til Ungarn, i perioden 2017 til 2018, med særlig fokus på risikovurderinger og det som ble betegnet som «røde lamper» knyttet til utkontrahering av driftsoppgaver. Dialogen endte med følgende e-poster henholdsvis 21. september og 25. september 2018 mellom TE og SB1. I SB1s e-post ble følgende skissert:

Hei Stein Arthur,

Fagmiljøene i SpareBank 1 opplever at EVRY i sitt materiale har god fokus på risiko knyttet til kompetanse, men at vurdering vår er at det vil ta mange år for IBM Ungarn å bygge opp kompetansen EVRY har hatt eller burde ha i Norge.

Slik det ligger nå ser det ut til at arbeidsgruppens konklusjon blir at EVRY må sikre tilgang til kompetanse i Norge og at et eventuell fremtidig samtykke til bruk av Ungarn i tillegg til Norge først vil kunne gis når SpareBank 1 er komfortable med EVRYs fremtidige tilgang til kompetanse i Norge.

Neste møte i arbeidsgruppen er planlagt 15.11. Dersom konklusjonen i møtet blir slik som jeg indikerer over vil saken fremmes Kunderåd IT. Da vil det trolig ikke være nødvendig med styrebehandling med mindre Kunderåd IT likevel ønsker å samtykke til nearshoringen.

Jeg vil oppdaterer deg rett etter møtet 15.11.

Vennlig hilsen
Lars Bustgaard

Dette ble besvart slik av TE i e-post 25. september 2018:

Hei Lars,

Takk for tilbakemeldingen!

Vi noterer oss SB1 sine foreløpige standpunkt i saken. Basert på dette vil vi da vurdere vår operasjonelle risiko, og det økonomiske konsekvensbildet med utgangspunktet i denne inputen. Deretter vil vi komme tilbake til situasjonen basert på konklusjonene på disse området.

La oss holde tett kontakt. Har du spørsmål så ring meg.

Mvh
SAA

Lagmannsretten bemerker at det etter dette ikke er fremlagt noen tidsnære bevis om den videre oppfølgingen.

TE anfører at SB1 ut fra dette nektet «nearshoring» til Ungarn – i strid med den nevnte avtalereguleringen ovenfor. Det er pretendert årlige tap i størrelsesorden 18 millioner i 2023, og noe mindre beløp for årene 2024 til 2026. Vitnet Espeland fra TE har forklart at muligheten falt bort da SB1 etter tre år stadig ikke hadde godkjent. Vitnet Bustgaard fra SB1 har i sin forklaring vært tydelig på at SB1 ikke sa nei.

Lagmannsretten har – i likhet med tingretten – kommet til at påberopte kostnader knyttet til manglende «nearshoring» ikke kan danne basis for et revisjonskrav etter [avtaleloven § 36](#). Lagmannsretten viser til tingrettens vurderinger (dommen side 56 første og annet avsnitt):

Retten kan ikke se at det er ført bevis for at Leverandøren er blitt nektet såkalt nearshoring i strid med det avtalte. Av e-postene gjengitt ovenfor kan det ikke utledes at Kunden har nektet Leverandøren nearshoring til Ungarn. Snarere fremstår Kundens e-post som en foreløpig tilbakemelding, hvor det tas høyde for at et såkalt kunderåd «likevel ønsker å samtykke til nearshoringen» og hvor det også tas høyde for «et eventuelt fremtidig samtykke». Svaret fra Leverandøren av 25. september 2018 viser også at tilbakemeldingen ikke ble oppfattet som noe annet enn nettopp et «foreløpig standpunkt».

Dersom Kunden likevel skulle ha kommunisert et endelig avslag til Leverandøren på et senere tidspunkt, noe det altså ikke er holdepunkter for i saken, vil dette kunne utgjøre et kontraktsbrudd forutsatt at avslaget var urettmessig. Kontraktsbruddet må da i tilfelle følges opp som nettopp et kontraktsbrudd, og retten kan i utgangspunktet ikke se at det er rom for anvendelse også av [avtaleloven § 36](#) i en slik forbindelse. Alternativt måtte det følges opp som et brudd på forutsetningene for avtalen i medhold av Hovedavtalens punkt 3.7 (g). Slik oppfølging har ikke funnet sted, og retten kan i det hele tatt ikke se at nearshoring til Ungarn igjen har vært et team før i rettstvisten. Dette må i seg selv innebære at Leverandøren nå er forhindret fra å gjøre krav gjeldende i den forbindelse, all den tid konsekvensene har fått bygge seg opp over lengre tid uten Kundens kjennskap og uten foranledning for Kunden til å ta grep.

Lagmannsretten slutter seg til disse vurderingene.

Etter dette konkluderer lagmannsretten med at TE ikke har krav på revisjon av fastprisen knyttet til manglende aksept av «nearshoring».

3.5.6 Om øvrige forhold som er påberopt som grunnlag for prisrevisjon: Administrasjonskostnader, avskrivninger mv.

TE har gjort gjeldende, dels gjennom henvisninger til KWC-rapporten, at kostnadsøkninger knyttet til administrasjonskostnader og avskrivninger også bør inngå som grunnlag for avtalerevisjon av fastprisen etter [avtaleloven § 36](#). Det er særlig vist til KWC-rapporten vurderinger av økningen for disse postene.

Lagmannsretten er ikke enig i at en eventuell økning i administrasjonskostnader etter 2016 gir grunnlag for prisrevisjon etter [avtaleloven § 36](#). Lagmannsretten har merket seg vurderingen i KWC-rapporten om økningen av slike kostnader, men kan ikke se at denne økningen er relevant for vurderingen etter [avtaleloven § 36](#). Lagmannsretten mener at denne økningen – i fravær av en særskilt avtaleregulering – uansett er av en slik karakter at den må falle inn under TEs risiko i avtaleforholdet. Økningen kan ikke anses som en vesentlig endring, og lagmannsretten kan ikke se at TE har underbygget at økningen er større enn det som kunne forventes pr. 2016.

Lagmannsretten er heller ikke enig i at avskrivninger som inngår i resultatregnskapet og dermed påvirker marginen, er relevante opp mot vurderingen etter [avtaleloven § 36](#). Lagmannsretten er enig med SB1 må kunne forvente at TE bærer kostnadene til investeringene som SB1 betaler for å ha tilgang til.

Lagmannsretten bemerker endelig at TE for tingretten også anførte at manglende sanering og utrulling fra SB1s side hadde påført TE en betydelig økt oppfyllelsesbyrde. Lagmannsretten har ikke forstått det slik at dette nå også er anført for lagmannsretten. Uansett slutter lagmannsretten seg fullt ut til tingrettens vurderinger og konklusjon på dette punkt, se dommen side 56 til 57.

3.5.7 Om det samlede påberopte underskuddet opp mot leveransens kostnad

Lagmannsretten vurderer endelig det TE har anført som en selvstendig vesentlig endring – nemlig at SB1s vederlag ikke er i nærheten av å dekke den faktiske kostnaden for TE under fastprisen. TE har her vist til de samlede anslag av tap under fastprisdelen i KWC-rapport.

Etter lagmannsrettens vurdering kan ikke denne argumentasjonen føre frem. Lagmannsretten har ovenfor gjennomgått og vurdert de enkelte faktiske forhold – kostnadsendringer – som er anført, og for en rekke av disse kommet til at de ikke er relevante ved vurderingen etter [avtaleloven § 36](#). Blant annet gjelder det kostnadsbasen FTE, som utgjør en betydelig andel av KWCs samlede tapsberegning for TE. En vurdering av den samlede manglende kostnadsdekningen kan derfor ikke føre frem.

3.6 Lagmannsrettens konkrete vurdering opp mot avtaleloven § 36

Innledende presiseringer for vurderingen

Lagmannsretten ser nå videre på den konkrete vurdering opp mot [avtaleloven § 36](#). Retten minner om hvilke rettslige utgangspunkter som legges til grunn for vurderingen, jf. ovenfor, men finner ikke grunn til å gjenta disse her.

For vurderingen opp mot [avtaleloven § 36](#) har lagmannsretten konkludert med at de betydelige økninger i kostnader som følge av SB1s og dets kunder økte bruk av TEs tjenester (mainframe), isolert sett danner grunnlag for og er relevante ved en vurdering opp mot [avtaleloven § 36](#). Videre har lagmannsretten konkludert med at deler av de betydelige økte kostnadene innenfor midrange, medfører at det er grunnlag for en prisjustering etter [avtaleloven § 36](#), når dette ses i sammenheng med økningen innenfor mainframe. Endelig har lagmannsretten kommet til at det samlede bevisbildet sannsynliggjør at TE i årene 2023 og 2024 – som TEs påstand punkt 3 relaterer seg til – har hatt ekstraordinære kostnadseffekter som følge av den eksepsjonelle inflasjonen i disse årene. Lagmannsretten mener derfor at det ved vurderingen opp mot [avtaleloven § 36](#) og dens urimelighetsterskel må gjøres et visst påslag for disse årene.

Lagmannsretten tar videre ved vurderingen utgangspunkt i at den årlige fastprisen i perioden 2017 til 2025 (forventet pris) har ligget i størrelsesorden mellom 200 til 240 millioner kroner.

For de øvrige påberopte forholdene har lagmannsretten kommet til at disse utgjør slike senere inntrådte forhold at de kan påberopes under [avtaleloven § 36](#).

Nærmere om lagmannsrettens konkrete vurdering opp mot avtaleloven § 36

Lagmannsretten ser først på den generelle anførselen fra SB1 om at den samlede årlige fastprisen ikke kan revideres under ett.

SB1 har vist til at Hovedavtalen har detaljerte bestemmelser om SB1s vederlag, jf. også bilag 2.1 som definerer hvilke tjenester som inngår i fastprisen, herunder en tabell over 92 sider med detaljert gjennomgang av de enkelte tjenester og hvilket prisformat som gjelder. Fastprisen er summen av mange hundrede enkeltavtaler.

Lagmannsretten er enig med SB1 at Hovedavtalen og dens kompleksitet knyttet til fastsettelsen av fastprisen, herunder de svært mange enkeltavtaler som er inngått på mange ulike tidspunkter, gir en klar utfordring ved en revisjon av fastprisen under ett. Lagmannsretten kan likevel ikke se det slik at dette medfører – som er den ytterste konsekvens av SB1s anførsel – at domstolene ikke kan anvende [avtaleloven § 36](#) som hjemmelsgrunnlag for en samlet revisjon av den årlige fastprisen. Dette har også støtte i Hovedavtalen punkt 3.7 bokstav g – hvor partene har avtalt en reforhandlingsplikt over fastprisen dersom det inntreffer vesentlige endringer som vesentlig forrykker balansen mellom partene. SB1s argumentasjon medfører jo nærmest at denne bestemmelsen er en nullitet mellom partene, hvilket det klart nok ikke er grunnlag for. Lagmannsretten har også merket seg at fastprisen, på tross av dens degressivitet (nå 2,85 % årlig), har gått fra 197 millioner kroner i 2015 til 235 millioner kroner (forventet) i 2025. Dette på grunn av at stadig nye endringsavtaler knyttet til fastprisen har kommet til, og dermed reelt sett medført en viss økning i fastprisen i denne perioden. Hertil kommer at mange endringsavtaler som inngikk i fastprisen i 2016, nå har falt bort. Tenker enn disse mange endringsavtalene bort, ville fastprisen i 2025 vært på om lag 162 millioner kroner som følge av prisdegressiviteten. Også dette elementet er med på å belyse kompleksiteten ved fastsettelsen av fastprisen, men lagmannsretten kan ikke se at dette rettslig har den konsekvens at avtalerevisjon etter [avtaleloven § 36](#) er utelukket. Imidlertid ligger det som nevnt en klar utfordring ved fastprisens kompleksitet, og det må hensyntas i den rettslige skjønnsutøvelsen ved fastsettelsen av den konkrete prisrevisjonen.

Videre bemerker lagmannsretten at den er enig med en annen hovedinnvending fra SB1 vedrørende i hvilken grad de tapskostnadsanalyser KWC har kommet frem til uten videre kan overføres som et fundament for vurderingen opp mot [avtaleloven § 36](#). Etter lagmannsrettens syn kan de ikke det. Mandatet til KWC har vært å finne frem til hvilket tap TE faktisk har under avtalen knyttet til vederlaget for fastpris og de faktisk påløpte og økte kostnadene (differanseprinsippet). Dette anvendes så av TE til en argumentasjon av hva en reforhandlet fastpris bør være – ut fra riktige forutsetninger og ut fra avtalens prisfastsettelseskriterier (beste pris) mv. samt med en rimelig margin for TE (12 %). Dette er ikke vurderingstemaet etter [avtaleloven § 36](#) – først må det vurderes om urimelighetsterskelen er overskredet, og deretter må det foretas en revisjon som er begrenset til det som er nødvendig for å avbøte den kvalifiserte urimeligheten.

Lagmannsretten mener at spørsmålet om revisjon etter [avtaleloven § 36](#) må bero på en helhetsvurdering, hvor det må utøves et skjønn, og hvor bakgrunnen for fastprisen og forutsetningene for den i 2016 må vurderes, partenes stilling som profesjonelle parter og deres relasjon, avtalens langvarighet, avtalens uttalte formålsangivelser om samarbeid (lojalitetsplikt) og hvilken ubalanse som nå på domstidspunktet kan konstateres på grunn av senere inntrådte forhold. Dersom det fastslås at urimelighetsterskelen er nådd, vil det måtte foretas en revisjon av det årlige fastprisvederlaget for å avbøte på den kvalifiserte urimeligheten.

Lagmannsretten ser først på den konkrete vurderingen av kostnadsøkningen for TE knyttet til økt bruk fra SB1 og dets kunder (mainframe).

Det vises til vurderingene ovenfor, som danner grunnlaget for lagmannsrettens videre vurdering her. Oppsummert er det lagmannsrettens syn at fastprisen er blitt urimelig grunnet de senere inntrådte forhold som denne vesentlige økningen i bruk representerer. Lagmannsretten mener at de senere inntrådte forhold her knyttet til den vesentlige økningen i TEs kostnader som er utløst av en langt mer omfattende bruk fra SB1 og dets kunder – i perioden 2016 frem til nå – har en slik ekstraordinær karakter at urimelighetsterskelen anses nådd gjennom den betydelige kostnadsøkningen dette har medført for TE. Avtalens langvarighet underbygger også med tyngde at urimelighetsterskelen er nådd i dette tilfellet, samt avtalens uttalte formålsangivelser om samarbeid og den sterke lojalitetsplikten som må ligge på partene ved en slik type avtale – som innebærer leveranser av samfunnskritisk karakter. Lagmannsretten mener også at den type ekstraordinær utvikling i bruk som det her er tale om, langt overskrider grensen for hva TE med rimelighet kunne forventes å forutse i 2016. Lagmannsretten vil i det følgende utdype disse vurderingene.

TE har i prosedyren argumentert med at det økte kostnadsgrunnlaget overfor SB1 utgjør 141 millioner kroner i gjennomsnitt for årene 2023 til 2026. I dette tallet er også nedgangen i MIPS-forbruket fra 2023 hensyntatt, samt at det ligger som en premiss at 95 % av mainframe-kostnaden påvirkes av økt bruk. Lagmannsretten mener at det er sannsynliggjort et faktisk tap i denne størrelsesorden, men som nevnt er vurderingstemaet opp mot [avtaleloven § 36](#) hva som avkreves for å avbøte på urimeligheten – ikke å finne hva et balansert reforhandlet vederlag vil utgjøre.

For det første mener lagmannsretten at det ved urimelighetsvurderingen må ses hen til hvilken utvikling innenfor bruk av mainframe som var synbar og påregnelig da EA 2016 ble inngått. Etter lagmannsrettens syn må det i 2016 ha vært påregnelig med en viss økning i bruken opp mot mainframe. Den utvikling som har eskalert helt ekstraordinært hva gjelder API-kall og MIPS-bruk, som har særlig betydning for mainframe-kostnadene, må i en ikke ubetydelig grad ligge inn under det som TE måtte forvente i 2016 eller uansett ligge under TEs risikofære. Lagmannsretten er dermed til en viss grad enig med SB1 at det må ligge innenfor TEs egen risikofære at kostnadene knyttet til mainframe har økt som følge av økt bruk, ut fra hvilken økning som kunne forventes i 2016 og fremover. Det sentrale for lagmannsretten er at de irregulære omstendighetene i kostnadsutviklingen innenfor mainframe på grunn av den vesentlige økte bruken, gir grunnlag for at denne risikobetraktningen i betydelig grad må fravikes. En helhetsvurdering av den aktuelle kostnadsutviklingen og dens årsaksfaktorer tilsier, etter lagmannsrettens syn, at denne kostnadsutviklingen ikke bør bæres av TE alene. Det vil medføre en slik ekstraordinær ubalanse i partenes ytelser at urimelighetsterskelen anses nådd. Lagmannsretten mener derfor at den økningen i bruk som faktisk har skjedd langt overstiger det TE innenfor rimelighetens grenser kunne forutse i 2016, og også overstiger det risikobildet som TE etter egne forretningsmessige vurderinger og valg i 2016 med rimelighet kan pålegges å bære alene i et slikt langvarig kontraktsforhold. Dette er etter lagmannsrettens syn kjernen i denne saken.

Dette understøttes også av partenes stilling og den lojalitetsplikt som klart kan forankres i avtalen, hva gjelder langsiktighet og samarbeid. Bakgrunnen for fastsettelsen av den årlige fastprisen – og premisset om at SB1 skal ha «beste pris» på grunn av at det er TEs største kunde, rokkes ikke ved denne vurderingen. Lagmannsretten viser her blant annet til benchmark-vurderingene fra KWC. Langsiktigheten av avtalen – ut 2029 – og med muligheter for forlengelse med flere år etter 2029 på grunn av forsinkelsene med Kjernebankprosjektet, jf. ovenfor, underbygger også i en helhetsvurdering at de ekstraordinære kostnadene som følge av økt bruk ikke kun kan anses som TEs risiko.

SB1 har med tyngde anført at det må være TEs risiko at underleverandørene – her især Kyndryl og til dels Broadcom – har økt sine priser overfor TE. Som et generelt kontraktsrettslig utgangspunkt er lagmannsretten enig i dette, men finner at dette også til dels må fravikes grunnet den økning i bruk som her foreligger samlet sett over den aktuelle perioden. Lagmannsretten har konkludert med at det er sannsynliggjort en ekstraordinær økning i SB1 og kundenes bruk av tjenestene som TE leverer. Denne MIPS-belastningen er etter

lagmannsretten en klar kostnadsdriver for TE. SB1 har innvendt at dette utelukkende avhenger av prisbestemmelsene i avtalen mellom TE og Kyndryl. Dette er lagmannsretten ikke enig i. Kjernen for hva TE må betale til Kyndryl utløses ikke i et tomrom – prisen knytter seg til flere sentrale faktorer – ikke minst omfanget av bruken av mainframe. Dette er en utvikling som TE ikke kan kontrollere alene, langt mindre kunne forutse i 2016. Det er nettopp dette fundamentet – at det har skjedd en ekstraordinær økning i bruk og den konsekvens det har hatt for TE opp mot hvilke priser underleverandørene avkrever – som er kjernen i det lagmannsretten mener er urimelighetsgrunnlaget opp mot [avtaleloven § 36](#). I helhetsvurderingen etter [avtaleloven § 36](#) blir det dermed en for snever synsvinkel at det er TEs risiko hva prisreguleringen opp mot underleverandørene medfører av økte kostnader. SB1 og dets kunder ekstraordinære økte bruk av mainframe er en vesentlig faktor her, som må tillegges betydelig vekt ved den samlede vurderingen etter [avtaleloven § 36](#).

Sentralt under ankeforhandlingen har også vært partenes argumentasjon opp mot utviklingen av mainframe-kostnadene mellom 2022 til 2023. Kjernen er her at fra 2022 til 2023 økte antallet MIPS fra 173 000 til 303 000, en økning på 27 %. De samlede kostnadene (for alle bankene uten fordeling til SB1) økte fra 303 millioner kroner i 2022 til hele 550 millioner kroner i 2023, en økning på 82 %. Enkelt forklart er det tale om et klart «hopp» i mainframe-kostnadene her.

SB1 har pekt på at dette kun kan forklares med en vesentlig økning i pris fra underleverandøren Kyndryl, herunder er det vist til at det nå er opplyst at degressiviteten i prisingen mellom TE og Kyndryl opphørte 2022. Lagmannsretten er enig med SB1 at økte priser fra Kyndryl nok har vært en kostnadsdriver, og en årsaksfaktor til økningen fra 2022 til 2023. Imidlertid er dette etter lagmannsrettens vurdering som nevnt ikke ut fra en isolert risikobetraktning noe TE bør bære det fulle ansvaret for – den økte bruken er et fundament for prisfastsettelsen. Den økte bruken utløser overforbruk som igjen prises inn senere, jf. vitnet Espelands forklaring om «baseline».

Videre mener lagmannsretten at årsaksfaktorene bak økningen fra 2022 til 2023 i mainframe-kostnader, er mer sammensatt: Lagmannsretten viser her blant annet til vitnet Espelands forklaring og sakkyndig vitne Holths forklaring på dette punkt. Lagmannsretten legger til grunn at økningen fra 2022 til 2023 dels også kan forklares ved at TE – og dermed SB1 – hadde nytt godt av at prisen fra Kyndryl ikke økte like mye som MIPS-forbruket i de foregående år, jf. det som er nevnt om degressiv-prising i Kyndryl-avtalen frem til 2022. Det må også legges til grunn at kundenes vaner og forbruk stadig var i en klart økende utvikling mellom 2022 til 2023, jf. KWC- rapporten side 17. Lagmannsretten har merket seg at TE frem til 2022, i henhold til sine egne lønnsomhetskalkyler, hadde en positiv margin på avtalen med SB1, om lag 14 %. Også i 2022, og frem til dette fra 2016, hadde det vært en betydelig utvikling knyttet til økt bruk, herunder var API-kall i 2022 på 7,25 milliarder. Lagmannsretten mener likevel ut den den samlede bevisførselen at det ikke er unaturlig at det for 2023 og fremover har blitt en vesentlig forverring i TEs totale kostnadsbilde innenfor mainframe, slik at flere årsaksfaktorer kumulerte og utløste betydelig økte kostnader. Lagmannsretten kan derfor ikke se at dette medfører at urimelighetsterskelen i [avtaleloven § 36](#) ikke anses oppfylt.

SB1 har videre gjort gjeldende at de økte kostnadene ved den økte mainframe-bruken i all hovedsak ville vært unngått dersom TE hadde levert Kjernebankprosjektet uten forsinkelse. Dette må være TEs egen risiko og kan ikke gi grunnlag for revisjon etter [avtaleloven § 36](#).

Lagmannsretten er delvis enig i dette, men har etter en samlet vurdering kommet til at terskelen for urimelighet etter [avtaleloven § 36](#) likevel anses oppfylt.

Først bemerker lagmannsretten at den etter bevisførselen legger til grunn at et sentralt formål ved Kjernebankprosjektet var og er at det vil gi kostnadsbesparelser. Kvantifiseringen av omfanget av kostnadsbesparelser gir bevisførselen ikke klare holdepunkter for, men lagmannsretten mener det er sannsynliggjort at besparelsen ikke vil være ubetydelig. Lagmannsretten viser her til sakkyndig vitne Aasgaards rapport, hvor det blant annet uttales at «[d]et understreker uansett hvor viktig Kjernebankprosjektet er for effektiviseringen av driften og pris-degressiviteten» (side 9) og videre at «[k]jernebankprogrammet er en integrert del av avtalen, og en av de viktigste forutsetningene for at TE skal oppnå kostnadsreduksjoner. Ettersom programmet fortsatt pågår, har TE ennå ikke oppnådd noen gevinster» (side 25). I sin forklaring for lagmannsretten understreket Aasgaard at Kjernebankprosjektet vil medføre en reduksjon av kostnader, men nyanserte dette samtidig med at det stadig vil ligge betydelig trafikk igjen på mainframe (stormaskinen). Videre påpekte Aasgaard at den nåværende trafikken på mainframe ikke blir borte, men vil delvis flyttes over på midrange og utløse kostnader der. Det vil bli noe rimeligere, men den samlede belastning blir ikke fjernet.

Vitnene Aas, Brænd og Kjølberg (SB1) understreket også en klar forventning om kostnadsbesparelser. Vitnet Storsul fra TE understreket imidlertid at Kjernebankprosjektet først og fremst er motivert ut fra risikobildet. Etter bevisførselen legger lagmannsretten videre til grunn at overføring til midrange og redusert trafikk etter felles tiltak (blant annet optimaliseringsprosjektet), er hensyntatt i de beregninger som fremkommer av KWC-rapporten.

Samlet sett finner lagmannsretten at det ved vurderingen etter [avtaleloven § 36](#) må hensynstas at TE ikke ennå har levert Kjernebankprosjektet, og at dette har medført at deler av det kostnadsbildet som nå avkreves som revisjonsgrunnlag stadig foreligger på TEs hånd. Imidlertid kan ikke lagmannsretten se at dette medfører at terskelen for urimelighet etter [avtaleloven § 36](#) ikke er nådd, all den tid deler av disse kostnadene nå kun flyttes over på midrange og økt bruk der. Konklusjonen er dermed her at TE må tåle et ikke ubetydelig fradrag i revisjonsgrunnlaget knyttet til mainframe på grunn av forsinkelsen knyttet til Kjernebankprosjektet.

Lagmannsretten bemerker videre at tingretten har fremhevet at TEs revisjonskrav «i det vesentligste er basert på fremtidig prognostisert utvikling» (dommen side 62 siste avsnitt). Denne usikkerheten har også SB1 med tyngde gjort gjeldende for lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker at det nå på domstidspunktet foreligger historiske tall for 2023 og 2024, som KWC har foretatt sine beregninger ut fra. Like fullt er det en klar utfordring, i en sak som denne, at det er tale om et kontraktsområde hvor utviklingen er betydelig og hvor det kan forventes dynamiske endringer også fremover. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at dette kan medføre at domstolen ikke skal kunne foreta revisjon etter [avtaleloven § 36](#) hvor de signifikante (senere) inntrådte forhold på domstidspunktet gir grunnlag for det, og hvor disse gir et adekvat og forsvarlig fundament for vurderingen av kostnadsutviklingen fremover. Samtidig finner lagmannsretten at dette dynamiske elementet i kontraktsforholdets karakter – og da her knyttet til bruken fra SB1 og dets kunder fremover og hvilke kostnadskonsekvenser den vil ha – tilsier at lagmannsretten ved skjønnsutøvelsen av revisjonsbeløpet må utvise en viss forsiktighet. Lagmannsretten viser her blant annet til at utviklingen av MIPS-bruk fra tingrettens dom og frem til lagmannsrettens dom nå, har undergått en signifikant endring.

Ved helhetsvurderingen av urimelighetsterskelen etter [avtaleloven § 36](#) har lagmannsretten også kommet til at deler av de ekstraordinære økte kostnadene innenfor midrange, medfører at det er grunnlag for en prisjustering etter [avtaleloven § 36](#), når dette ses i sammenheng med økningen innenfor mainframe. For årene 2023 til 2024 har TE dessuten hatt ekstraordinære kostnadseffekter som følge av den eksepsjonelle inflasjonen i disse årene, og lagmannsretten har funnet at dette bør inntas ved urimelighetsvurderingen for disse årene og hensyntas ved prisrevisjonen her.

Etter en samlet vurdering, og tatt i betraktning at lagmannsretten har lagt til en grunn en senket terskel for urimelighetsvurderingen, er lagmannsretten kommet til at den årlige fastprisen er blitt så urimelig for TE at det med hjemmel i [avtaleloven § 36](#) er grunnlag for å øke den årlige fastprisen vesentlig. Den bærende begrunnelsen for dette er at balansen i avtaleforholdet har blitt sterkt forfeilet og skjev grunnet den senere ekstraordinære økte bruken av TEs leveranser. Avtalens langsiktighet, dens formålsangivelser om nært samarbeid og dens forsterkede lojalitetsplikt, underbygger også urimeligheten.

Ved den konkrete prisrevisjonen tar lagmannsretten utgangspunkt i at terskelen er hvor mye fastprisen må økes for å avbøte den urimelige skjevheten som har oppstått. En prisrevisjon skal ikke beskytte en margin for TE. Lagmannsretten viser blant annet til [Rt-2012-1537 \(avsnitt 46\)](#) hvor det uttales at «[e]n eventuell revisjon skal dessuten være begrenset til det som er nødvendig for å avbøte den kvalifiserte urimeligheten – målet er altså ikke å oppnå et mest mulig balansert avtaleforhold».

Skjønsmessig finner lagmannsretten at den årlige fastprisen må økes med 100 millioner kroner.

Det vesentligste kostnadsgrunnlaget for denne revisjonen er de ekstraordinære økte kostnadene for mainframe. Lagmannsretten har sett hen til at KWCs rapport og at TE i sin prosedyre la til grunn en gjennomsnittlig økning på 140 millioner kroner i året på mainframe-kostnadene for 2023 til 2026. Det følger av lagmannsrettens drøftelse at det må foretas betydelige avskjæringer i dette beløpet grunnet risikobetraktninger og andre forhold som TE må bære ansvaret for, herunder forsinkelsen av Kjernebankprosjektet. Isolert – for å avbøte den urimelige skjevheten – mener lagmannsretten at mainframe-kostnaden tilsier en prisvederlagsrevisjon på om lag 70 millioner årlig.

For midrange er det i KWC-rapporten beregnet et faktisk tap for årene 2023 til 2026 på mellom om lag 70 til 110 millioner kroner. Lagmannsretten har kun funnet at deler av disse økte kostnadene er relevante opp mot

revisjonsutøvelsen, og finner at dette skjønnsmessig bør settes til om lag 30 millioner årlig isolert sett for å avbøte den urimelige skjevheten for midrange-kostnadene.

Samlet fastsetter derfor lagmannsretten vederlagsøkningen av den årlige fastprisen til 100 millioner kroner årlig. For årene 2023 og 2024 gir lagmannsretten et mindre skjønnsmessig påslag grunnet den eksepsjonelle inflasjonen i disse årene, skjønnsmessig fastsatt til samlet 10 millioner kroner.

Lagmannsretten har på denne bakgrunn kommet til at Hovedavtalens årlige, faste vederlag regulert i punkt 3.3, økes med 100 millioner kroner for 2026, jf. domsslutningens punkt 2.

Videre har lagmannsretten kommet til at SB1 skal betale TE et tilleggsvederlag for perioden fra 1. januar 2023 frem til domstidspunktet på 260 millioner kroner. Økningen for 2025 er satt til en halvpart av 100 millioner kroner, selv om dommen er avsagt noen dager etter 1. juni. Videre er det for årene 2023 og 2024 gitt et påslag for inflasjonen på 10 millioner totalt, fordelt med 5 millioner for 2023 (totalt 105 millioner) og for 2024 (totalt 105 millioner kroner). Samlet blir dette som nevnt da 260 millioner kroner, jf. domsslutningens punkt 3.

For den resterende periode av 2025 er beløpet satt til 50 millioner kroner, jf. domsslutningens punkt 4.

Ved vederlagsrevisjonen etter [avtaleloven § 36](#) har ikke lagmannsretten hensyntatt den avtalte degressivitet opp mot det årlige, faste vederlaget.

Lagmannsretten legger til grunn at degressiviteten i avtalen på fastprisen anvendes på pristillegget som er fastsatt i domsslutningens punkt 1 for 2026, slik at tillegget på 100 millioner kroner for 2026 inngår i den totale fastprisen for 2026 som det ut fra avtalens beregnes pris-degressivitet fra (på 2,85 %). Videre under avtalens varighet vil avtalens regulering av pris-degressivitet måtte komme til anvendelse. Det betyr reelt sett at den prisrevisjon lagmannsretten har fastslått i domsslutningens punkt 1, suksessivt vil reduseres som følge av den avtalte degressiviteteten. Ytterligere bemerker lagmannsretten særskilt at avtalens volummekanismer, jf. behandlingen ovenfor, fortsatt skal gjelde. Den prisrevisjon som lagmannsretten har fastsatt for den årlige fastprisen rokker naturligvis ikke ved denne reguleringen. Den volumøkning som har dannet grunnlaget for prisrevisjonen er som nevnt ikke omfattet av avtalens egne volumvekstbestemmelser.

4 Sakskostnader

Ut fra det resultat lagmannsretten er kommet til har ingen av partene fått fullt medhold eller medhold i det vesentlige jf. [tvisteloven § 20-2 første ledd](#), jf. [annet ledd](#). Begge parter må anses å ha fått medhold av betydning uten å vinne saken, jf. [tvisteloven § 20-3](#). SB1 har fått medhold i at anken over tingrettens domsslutning punkt 2 forkastes (kravet på opsjonsforlengelse ved forsinkelse av Kjernebankprosjektet). Dette har vært et sentralt punkt for SB1 ved det opprinnelige saksanlegget og nå for lagmannsretten, i tillegg til kravet om opsjonsforlengelse som ble rettskraftig avgjort ved tingrettens domsslutning punkt 1. TE har fått medhold av betydning ved at avtalens årlige, faste vederlag ble revidert opp etter [avtaleloven § 36](#).

Idet begge parter har fått medhold uten å vinne saken, beror det på de øvrige vilkår i [tvisteloven § 20-3](#) hvordan sakskostnadene skal fordeles. Lovens hovedregel er at sakskostnadene ikke tilkjennes noen av partene dersom ingen av dem har vunnet saken. Lagmannsretten har vurdert unntakene i [tvisteloven § 20-3](#), men finner at det i denne saken klart nok ikke foreligger tungtveiende grunner for å fravike hovedregelen.

Lagmannsretten skal legge sitt resultat til grunn hva gjelder sakskostnadene for tingretten, jf. [tvisteloven § 20-9 annet ledd](#). Lagmannsretten må i henhold til [tvisteloven § 20-2 annet ledd annet punktum](#) ta hensynet til utfallet i tingretten for krav som ikke er overprøvd av lagmannsretten, se også [Rt-2012-136 avsnitt 18](#). Selv om SB1 for tingretten som nevnt også vant frem med kravet om opsjonsforlengelse, jf. tingrettens domsslutning punkt 1 som er rettskraftig, rokker ikke dette etter lagmannsrettens syn om at hver av partene har fått medhold av betydning, jf. ovenfor. Etter dette må hver av partene også bære egne sakskostnader for tingretten.

Dommen er enstemmig. Den er ikke avsagt innen lovens frist. Det skyldes sakens omfang og kompleksitet.

DOMSSLUTNING

1. Tietoevry Fintech Norway AS sin anke over tingrettens domsslutnings punkt 2 forkastes.
2. Hovedavtalens årlige, faste vederlag regulert i punkt 3.3, økes med 100 000 000 – etthundremillioner – kroner for 2026.
3. Sparebank 1 Utvikling DA dømmes til, for perioden fra 1. januar 2023 til domstidspunktet, å betale

Tietoevry Fintech Norway AS 260 000 000 – tohundreogsekstimillioner – kroner innen to uker fra dommens forkynnelse.

4. Hovedavtalens årlige, faste vederlag regulert i punkt 3.3, økes med 50 000 000 – femtimillioner – kroner for gjenværende deler av 2025.
5. Hver av partene bærer egne sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

1 Tilføyd av Lovdata.