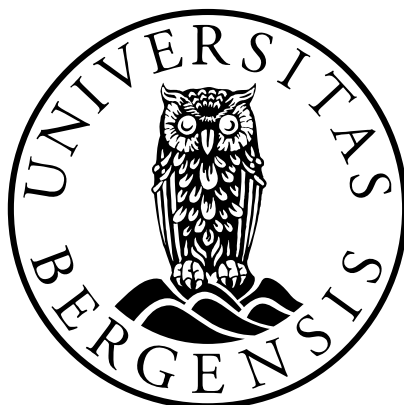


Avtaleregulering av databaser uten vern

*En analyse av adgangen i norsk rett til å
avtaleregulere sole source-databaser som faller
utenfor åndsverklovens rammer*

Kandidatnummer: 20

Antall ord: 14412



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Fremstillingen videre.....	5
1.3 Rettskildebildet – forholdet mellom avtaleretten og opphavsretten.....	6
1.4 Avgrensning.....	7
2 Definisjoner og begrepsavklaring	9
2.1 Databasebegrepet.....	9
2.2 Sui generis og opphavsrett.....	9
2.2.1 Sui generis-vern.....	10
2.2.2 Rekkevidden av sui generis-vernet	12
2.2.3 Opphavsrettslig vern	13
2.3 Sole source-databaser – innhold og historisk utvikling.....	14
2.4 Clickwrap- og browsewrap-avtaler	16
3 Sak C-30/14 <i>Ryanair</i>	18
3.1 Sakens forløp	18
3.1.1 EU-domstolens tolkning og avgjørelse	19
3.1.2 Rettskildebildet i lys av saken.....	20
3.1.3 Kritikk av dommen og spørsmål den aktualiserer for norsk avtalerett	21
4 Avtaler som regulerer sole source-databaser	23
4.1 Innledning.....	23
4.2 Sammenligning med andre lands rettspraksis	23
4.3 Avtalelovens regler om avtaleinngåelse – tilbud og aksept	27
4.4 Den konkrete vurderingen av om rettslig bindene avtale er inngått.....	28
4.4.1 Kunnskap om avtalevilkårene	28
4.4.2 Betydning av aksept	30
4.4.3 Avtalens innhold	32
4.4.4 Avtalen holdt opp mot åndsverklovens databaseregler.....	32
4.4.5 Oppsummering	33
5 Avtaleloven § 36 – kan avtalen lempes?.....	35

5.1	Innledning.....	35
5.1.1	Avtaleloven § 36	35
5.1.2	Forholdet mellom avtl. § 36 og sole source-databaser.....	36
5.1.3	Illustrasjon av scenarioer.....	38
5.2	Avtaler som begrenser bruk som ikke ville vært tillatt etter åndsverkloven.....	39
5.2.1	Avtalens innhold	39
5.2.2	Reelle hensyn	41
5.3	Avtaler som begrenser bruk som ville vært tillatt gjennom åndsverkloven	42
5.3.1	Avtalens innhold	42
5.3.2	Partenes stilling	43
5.3.3	Omstendighetene for øvrig.....	43
5.3.4	Norsk rettspraksis knyttet til databasevernet.....	44
5.3.5	Reelle hensyn og oppsummering	45
5.4	Avsluttende betraktninger.....	46
	Litteraturliste	48

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er avtaleregulering av sole source-databaser som ikke er vernet av åndsverkloven.¹

En database er en sammenstilling av data, verk eller annet materiale, stilt sammen på en metodisk eller systematisk måte. Databasens innhold må kunne konsulteres individuelt gjennom elektroniske eller andre midler.²

En sole source-database er en database som har et innhold som ikke kan oppnås fra andre kilder. Databasen er dermed unik i sin utforming eller ved sitt innhold.

Databaser oppnår vern etter åndsverkloven. Loven oppstiller to ulike systemer for databasevern: opphavsrettslig vern og sui generis-vern. Rettslig grunnlag for opphavsrettslig vern følger av § 2 og rettslig grunnlag for sui generis-vern er fastsatt i § 24. Åndsverklovens regler om databasevern er implementert i norsk rett etter EUs vedtakelse av databasedirektivet.³ I databasedirektivet reguleres sui generis-vernet av art. 7 og opphavsrettslig vern av art. 3 (1).

Når en database nyter opphavsrettslig eller sui generis-vern, har fremstilleren av databasen en *enerett* på bruk og utnyttelse av denne, jf. åvl. §§ 3 og 24 første og andre ledd. Eneretten er imidlertid ikke ubegrenset, og fremstilleren er pålagt å akseptere en viss form for bruk av databasen, jf. åvl. §§ 41 fjerde ledd og 24 første og andre ledd.⁴ Disse unntakene fra eneretten omtales som brukerens minimumsrettigheter. Fremstilleren sin enerett til databasen kan ikke

¹ Lov 15. Juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven – åvl.).

² Åndsverkloven inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet «database». En legaldefinisjon er inntatt i databasedirektivet art. 1 (2). Se også en tilsvarende definisjon i Prop. 104 L (2016–2017) s. 323.

³ Direktiv 96/9/EF om rettslig vern av databaser (databasedirektivet). Heretter skal direktivet henvises til på engelsk.

⁴ Minimumsrettighetene for brukeren er fastsatt i databasedirektivet art. 6 (1) for opphavsrett og art. 8 for sui generis.

utvides gjennom avtale i opphavsrettslige vernede databaser og offentliggjorte sui generis-vernede databaser, jf. åvl. §§ 41 femte ledd og 24 sjette ledd.⁵

Et sentralt utgangspunkt for oppgaven er EU-domstolens utvikling av vilkårene for sui generis og opphavsrettslig vern for databaser. I fire saker fra 2004 kom EU-domstolen til at en database vanskelig oppnår vern dersom databasens innhold er *skapt* og ikke hentet inn fra andre kilder.⁶ En konsekvens at denne utviklingen er at sole source-databaser ofte mangler rettslig databasevern. I de fleste tilfeller vil innholdet i en sole source-database være produsert av den eller de som fremstiller databasen.

Når en database ikke oppnår sui generis eller opphavsrettslig vern, faller den i utgangspunktet utenfor rammene til henholdsvis åndsverkloven og databasedirektivet. I kjølvannet av avgjørelsene fra 2004 har imidlertid flere uavklarte spørsmål knyttet til slike databaser oppstått. Det første spørsmålet har vært om databaser som omfattes av databasedefinisjonen i databasedirektivets art. 1 (2), men som mangler sui generis og opphavsrettslig vern, likevel må respektere de lovfestede minimumsrettighetene til brukeren av databasen.⁷ Det andre uavklarte spørsmålet har vært om databaser som mangler vern omfattes av databasedirektivets avtalebegrensning. I sak C-30/14 *Ryanair* kom EU-domstolen med en avklaring, og domstolen svarte kort og godt nei på de to foregående spørsmålene.⁸ Konklusjonen i dommen er at databaser uten vern kan beskyttes gjennom avtale.

Resultatet i C-30/14 *Ryanair* kan fremstå som et paradoks, og det er rettet sterk kritikk mot dommen fra ulike hold.⁹ Særlig hevdes det at EU-domstolens konklusjon i C-30/14 *Ryanair* i liten grad harmoniserer med EUs intensjon om å sørge for fri flyt av informasjon, fakta og rådata på Internett.¹⁰ Dette blir særlig aktuelt når informasjonen og rådataen befinner seg i én konkret, lukket kilde. Spesielt aktører som driver med e-handel vil kunne rammes av

⁵ Tilsvarende begrensning i avtalefriheten følger av databasedirektivet art. 15.

⁶ *Fixtures/OPAP* [GC] C-444/02, *Fixtures/Oy Veikkaus* [GC] C-46/02, *Fixtures/Svenska Spel* [GC] C-338/02 og *William Hill* [GC] C-203/02.

⁷ I punkt 2.1 utdyper jeg hvordan en «database» kan være underlagt definisjonen i art. 1(2), men fortsatt falle utenfor sui generis og opphavsrettslig vern.

⁸ *Ryanair* [C3] C-30/14.

⁹ Se blant annet Myska og Harasta (2016) og Borghi og Karapapa (2015).

¹⁰ Se blant annet Evaluation report on the Database Directive (2005) s. 24, der det ble understreket at: «[t]here is a long-standing principle that copyright should not be extended to cover basic information or ‘raw’ data».

potensielle begrensninger i avtaler knyttet til sole source-databaser. Mange aktører henter rutinemessig ut informasjon fra databaser som ligger tilgjengelig på nettsider for å sammenligne priser, varer og tjenester. I ytterste konsekvens kan avtaler som blokkerer bruk og tilgang til sole source-databaser som inneholder slik informasjon være hemmende for konkurranse og forhindre et åpent marked for informasjon på Internett.

1.2 Fremstillingen videre

EU-domstolens utvikling av databasevernet for sole source-databaser gjør det svært aktuelt å undersøke *hvordan* og *i hvilken grad* disse databasene kan vernes. Domstolen har i stor grad ekskludert sole source-databaser fra opphavsrettslig og sui generis-vern, og slått fast at disse kan vernes gjennom avtale. Formålet med oppgaven vil derfor være å undersøke hvordan en avtale knyttet til sole source-databaser vil stå seg i lys av norsk avtalerett.

Oppgaven er videre strukturert i 5 deler. I fremstillingens punkt 2 skal jeg gjøre rede for sentrale begreper for løsning av oppgavens problemstillinger. Her vil jeg gjennomgå det materielle innholdet i databasedefinisjonen, vilkårene for å oppnå opphavsrettslig og sui generis vern og eneretten dette vernet gir. Dette er nyttig for å forstå sole source-dabasenes særstilling under det lovfestede databasevernet. Under dette punktet skal jeg også presentere begrepet «sole source-database», og gjennomgå den historiske utviklingen til slike databaser. Til slutt skal jeg gjøre rede for to typer avtaler som typisk brukes for å verne innholdet i en sole source-database på en nettside. De tradisjonelle avtaleformene omtales som «clickwrap-avtaler» og «browsewrap-avtaler». I punkt 3 skal jeg gjennomgå sak C-30/14 *Ryanair*, og grunngi hvorfor dommen har skapt et viktig veiskille for databasevernet – både i norsk og internasjonal rett. I lys av den internasjonale rettsutviklingen, skal jeg i punkt 4 drøfte adgangen i norsk rett til å inngå rettslig bindende avtale knyttet til en sole source-database som mangler opphavsrettslig og sui generis-vern. Endelig skal jeg i punkt 5 vurdere om en slik avtale kan opprettholdes i norsk rett i lys av avtaleloven¹¹ § 36. I sistnevnte punkt vil det særlig være et spørsmål om løsningen kan bero på en delvis harmonisering mellom avtalerettslige og opphavsrettslige regler. Fremstillingen vil vise at det er gode grunner for

¹¹ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven – avtl.).

harmonisering, slik at det potensielle informasjonsmonopolet som sole source-databaser kan oppnå, blir avverget.

1.3 Rettskildebildet – forholdet mellom avtaleretten og opphavsretten

Oppgavens problemstilling er adgangen til å avtaleregulere sole source-databaser som faller utenfor åndsverkloven i norsk rett. Det vil derfor være den norske åndsverkloven og norsk avtalerett som danner rammene for vurderingen. Problemstillingen har imidlertid også en klar side til EU-domstolens praksis knyttet til utvikling av databasedirektivet. Norsk rett er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å tilpasse norsk regelverk for EØS-relevante rettsaker.¹² Forarbeidene til åndsverkloven legger også til grunn at databasevernet i norsk rett «må tolkes i lys av direktivet og praksis fra EU-domstolen».¹³ EU-domstolen har i sakene fra 2004 og i sak C-30/14 *Ryanair* avklart at sole source-databaser ofte faller utenfor databasedirektivets rammer, og at disse må kunne vernes gjennom avtale. Dette er en rettsstilstand norsk rett må følge. Det betyr at åndsverkloven som utgangspunkt ikke kan gi opphavsrettslig eller sui generis-vern til databaser der investeringen er knyttet til produksjon og ikke innhenting av data. Norsk rett må også følge EU-domstolen og akseptere at disse databasene kan vernes gjennom avtale.

Ved å utelukke sole source-databaser fra sui generis og opphavsrettslig vern, har EU-domstolen overført databasene til et rettsområde som ikke er harmonisert på tvers av EUs medlemsland – nemlig avtaleretten. Prinsippene for – og adgangen til – å avtaleregulere sole source-databaser, vil derfor ene og alene bero på nasjonal rett.¹⁴ For norsk retts vedkommende vil avtaleloven stå sentral i vurderingen av rekkevidden av slike avtaler.

¹² Se Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, 2. mai 1992 (i kraft 1. januar 1994) (EØS-avtalen), art. 1 som belyser homogenitetsprinsippet.

¹³ Prop. 104 L (2016–2017) s. 323.

¹⁴ Se *Ryanair* [C3] C-30/14, avsnitt 44: «as regards a database to which Directive 96/9 is not applicable, its author is not eligible for the system of legal protection instituted by that directive, so that he may claim protection for his database only on the basis of the applicable national law» (min kursivering).

Rekkevidden av avtaler knyttet til databaser som faller utenfor åndsverklovens rammer har foreløpig ikke blitt vurdert i norske domstoler. En sak knyttet til sui generis-vernet i åvl. § 24 kom imidlertid opp for Høyesterett i HR-2019-1725-A (Lovdata). Selv om problemstillingene som tas opp er ulike fra de som vurderes i denne oppgaven, viser dommen at databasevernet stadig får større aktualitet, også i Norge. Enkelte momenter og retningslinjer oppstilt av Høyesterett skal derfor brukes i vurderingen av om avtaler omfattet av oppgavens problemstilling kan lempes etter avtl. § 36. For øvrig vil vurderingen ta utgangspunkt i praksis fra EU-domstolen og norsk rett knyttet til inngåelse og lemping av avtaler.

1.4 Avgrensning

Omfanget av avtaler knyttet til sole source-databaser kan være stort. I denne oppgaven skal det derfor fokuseres på sole source-databaser som ligger tilgjengelig på en nettside på Internett. Når jeg skal vurdere rekkevidden av å avtaleregulere en sole source-database, vil det alltid være tale om en database som ikke oppnår det lovfestede databasevernet.

Avtaleregulering av sole source-databaser kan særlig ha konsekvenser for næringsdrivendes mulighet til å spre informasjon om priser, produkter og tjenester på Internett. Forbrukere har ikke slik kommersiell interesse i databasens innhold. Det betyr imidlertid ikke at det også overfor forbrukere kan være problematisk å avtaleregulere bruk og uttrekk fra sole source-databaser. Problemstillinger knyttet til dette faller imidlertid utenfor oppgavens rammer, og det vil kun være avtaler som står mellom to næringsdrivende parter som skal vurderes.

Øvrige problemstillinger knyttet til databaser som er vernet av opphavsrett eller sui generis, skal ikke behandles grundig i denne oppgaven. Dette gjelder blant annet de materielle vilkårene for opphavsrettslig eller sui generis-vern, databasers vernetid eller avtaleregulering av databaser som oppnår det lovfestede databasevernet.

Det er ikke en målsetning å angi en uttømmende oversikt over situasjoner der bruk og utnyttelse av sole source-databaser som ikke oppnår lovfestet databasevern kan skape problemer. Særlig vil konkurranseretten kunne komme til anvendelse for situasjoner det er spørsmål om å gi tilgang til informasjon som kun befinner seg i én konkret kilde. Nekting av tilgang til, og begrensninger i bruk og utnyttelse av data i en sole source database, kan

potensielt rammes av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11.¹⁵

Paragraf 11 i konkurranseloven regulerer imidlertid ikke ugyldighet av avtaler som er et resultat av en dominerende stilling. Selv om det er hevdet i juridisk teori at § 11 kan åpne for å ugyldiggjøre avtaler som er en følge av en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, anser jeg dette foreløpig som et uavklart spørsmål.¹⁶ En grundig analyse av denne problemstillingen vil overskride oppgavens ordgrense. Det er likevel klart at beskyttelse av sole source-databaser gjennom avtale har en klar side til konkurranseretten.¹⁷ For oppgavens vedkommende, kommer jeg imidlertid til å fokusere på avtaleregulering av sole source-databaser, og det vil være avtaleretten som står i fokus. Problemstillinger knyttet til konkurranseretten faller derfor utenfor oppgavens rammer.

¹⁵ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

¹⁶ Se bl.a. Bartnes (2007) s. 330–390.

¹⁷ Se for eksempel *Viaggiare s.r.l. v Ryanair Ltd*, Tribunale di Milano Sez. Imprese, Judgment n.7825 of 4 June 2013. I saken slo underrettsdomstolen i Milan fast at Ryanair ikke kunne nekte reisebyråer tilgang til flyselskapets database. Dette utgjorde en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i markedet for nedlastning og formidling av flybilletter.

2 Definisjoner og begrepsavklaring

2.1 Databasebegrepet

Åndsverkloven inneholder ingen databasedefinisjon. Forarbeidene til åndsverkloven definerer «database» som en «sammenstilling av verk, data og annet materiale, som er ordnet systematisk eller metodisk, og som kan konsulteres individuelt på elektronisk eller annen måte». ¹⁸ Databasedirektivet har en tilnærmet lik definisjon av begrepet «database» i art. 1 (2). I følge forarbeidene til åndsverkloven skal databasebegrepet i norsk rett tolkes i lys av definisjonen inntatt i databasedirektivet. ¹⁹

Verken åndsverkloven eller databasedirektivet sier noe om forholdet mellom databasedefinisjonen og vilkårene for sui generis og opphavsrettslig vern. Et viktig poeng for oppgaven er imidlertid skillet mellom definisjonen av en database *i seg selv* og databaser som oppnår enten opphavsrettslig vern eller sui generis-vern. I sak C-30/14 *Ryanair* avklarte EU-domstolen at en database kan være en «database» i databasedirektivets forstand, uten at dette genererer sui generis eller opphavsrettslig beskyttelse. ²⁰ Hvorvidt databasen oppnår vern, beror på om vilkårene for opphavsrett eller sui generis er oppfylt. Slikt sett kan en sammenstilling av data, verk eller annet materiale oppfylle databasedefinisjonen i art. 1 (2), uten at verken fremstillerens enerett eller brukernes minimumsrettigheter slår inn. Dette skillet er viktig for å illustrere oppgavens problemstilling. En rekke databaser – særlig sole source-databaser – oppfyller vilkårene for «database», men ikke vilkårene for sui generis eller opphavsrett. Disse databasene vil derfor ikke omfattes av de rettighetene og forpliktelsene sui generis og opphavsrettslig vern oppstiller.

2.2 Sui generis og opphavsrett

Denne oppgaven skal ikke gi en grundig gjennomgang av vilkårene for sui generis- og opphavsrettslig vern for databaser. Et overordnet kjennskap til databasevernet er imidlertid

¹⁸ Prop. 104 L (2016–2017) s. 323.

¹⁹ Ibid.

²⁰ *Ryanair* [C3] C-30/14, avsnitt 35.

nødvendig for å kunne forstå hvorfor enkelte databaser – særlig de som er sole source – sjelden oppfyller de materielle vilkårene for vern. En oversikt over eneretten det lovfestede databasevernet gir er også nødvendig for å forstå det problematiske med at sole source-databaser kan oppnå sterkere enerett enn det åndsverkloven åpner for.

2.2.1 Sui generis-vern

Sui generis-vern for databaser reguleres av åvl. § 24. Etter bestemmelsens første ledd oppnår en database sui generis-vern når «innsamling, kontroll eller presentasjon av innholdet innebærer en vesentlig investering».

Vilkåret «vesentlig investering» knytter seg til ulike måter å strukturere en database på – herunder ved innsamling, kontroll eller presentasjon. Ordlyden «investering» omfatter ikke bare investering i penger, men også i tid, energi og innsats. Dette bekreftes i fortalen til databasedirektivet punkt 40. Investeringsvilkåret skal videre leses sammen med ordlyden «vesentlig», som etter databasedirektivet art. 7 (1) vurderes ut fra et «qualitatively and/or quantitatively» perspektiv.

I de fire nevnte dommene fra 2004 klarla EU-domstolen innholdet i vilkåret «obtaining» (innsamling), og dommene har skapt et klart skille mellom *innhenting* og *produksjon* av data for å oppnå sui generis-vern.²¹

Fixtures-sakene gjaldt spørsmål om bettingselskaper, som trakk ut kampinformasjonen til Premier League for å publisere disse på egne nettsider, krenket rettighetshavers databasevern. EU-domstolen slo fast at terminlister med tid, sted, klokkeslett og kamper utgjorde en «database» etter databasedirektivet art. 1 (2).²² I tilknytning til sui generis-vernet, fastslo imidlertid EU-domstolen at investeringskravet i databasedirektivet art. 7 ikke var oppfylt, da skaperen av databasen ikke hadde *samlet* inn allerede eksisterende informasjon. EU-domstolen uttalte blant annet i sak C-444/02 *Fixtures/OPAP* at «the expression ‘investment in ... the obtaining ... of the contents’ of a database must, [...] be understood to refer to the resources used to seek out existing independent materials and collect them in the database,

²¹ *Fixtures/OPAP* [GC] C-444/02, *Fixtures/Oy Veikkaus* [GC] C-46/02, *Fixtures/Svenska Spel* [GC] C-338/02 og *William Hill* [GC] C-203/02.

²² Se for eksempel *Fixtures/OPAP* [GC] C-444/02, avsnitt 33–36.

and not to the resources used for the creation as such of independent materials» (min kursivering).²³ Fixtures-sakene legger derfor igjen klare retningslinjer for hvordan det materielle innholdet i sui generis-vernet skal tolkes: Investeringen må knytte seg til de ressursene som legges ned for å samle inn, kontrollere eller presentere allerede eksisterende data, ikke skapelse av nye data.

I sak C-203/02 *William Hill* var spørsmålet om bettingsselskapet William Hill hadde krenket databasevernet til British Horseracing Board (BHB) ved å hente ut informasjon om hesteveddeløp fra sistnevntes nettside. EU-domstolen påpekte at formålet med databasedirektivet ikke er å gi beskyttelse til individuelle elementer eller produksjon av data, men å «promote the establishment of storage and processing systems for *existing information and not the creation of materials capable of being collected subsequently in a database»*²⁴ (min kursivering). Som følge av dette kom EU-domstolen til at BHBs investeringer knyttet til navnene til hestene, banen de skulle løpe på og dato og tid for løpene knyttet seg til produksjon, ikke innhenting av data. Dette var derfor informasjon som ikke var «obtained», og som ikke kunne tas i betraktning i hvorvidt databasen var et resultat av en vesentlig investering.²⁵

I alle fire sakene pekte EU-domstolen på at investeringene knyttet til strukturering, samlingen og kontrollen av dataene i databasen *kunne* medføre at investeringskravet i art. 7 (1) ble oppfylt. I Fixtures-sakene bemerket imidlertid EU-domstolen at strukturering og samling av opplysninger om fotballkampene i Premier League, ikke var tilstrekkelig for å oppfylle investeringskravet i databasedirektivet art. 7 (1).²⁶ Tilsvarende påpekte EU-domstolen i sak C-23/02 *William Hill* at ressursene som ble brukt til å lage lister for hesteveddeløp også innebar en «investment in the creation of data and not in the verification on the contents of the database».²⁷ Synspunktene viser altså at enkelte sole source-databaser *kan* oppnå sui generis-vern, men at vurderingen av investeringen må henspille på andre handlinger enn selve produksjonen av databasens innhold.

²³ *Fixtures/OPAP* [GC] C-444/02, avsnitt 40.

²⁴ *William Hill* [GC] C-203/02, avsnitt 31.

²⁵ *William Hill* [GC] C-203/02, avsnitt 38.

²⁶ Se for eksempel *Fixtures/Svenska Spel* [GC] C-338/02, avsnitt 33.

²⁷ *William Hill* [GC] C-203/02, avsnitt 40.

Oppsummert viser praksis fra EU-domstolen at vesentlighetsvurderingen for sui generis-vern må skille skarpt mellom data som skapes og innhenting av allerede eksisterende data. Data som er skapt av fremstilleren, kan ikke tas med i vurderingen av om «innsamling» av data utgjør en «vesentlig investering», jf. åvl. § 24 første ledd. Den restriktive tilnærmingen til EU-domstolene i disse sakene viser at domstolen forsøker å opprettholde et åpent marked for data og informasjon som bare kan oppnås fra én konkret database. Sole source-databaser oppnår som hovedregel ikke databasevern, noe som i utgangspunktet innebærer at ingen skal kunne oppnå en dominerende posisjon for informasjon som ikke finnes andre steder.

2.2.2 Rekkevidden av sui generis-vernet

Dersom vilkårene for sui generis vern er oppfylt, har fremstilleren av databasen «enerett til å råde over hele eller vesentlige deler av databasens innhold ved uttrekk fra eller gjenbruk av databasen», jf. åvl. § 24 andre ledd. I sak C-203/02 *William Hill* påpekte EU-domstolen at det skal foretas en kvantitativ eller kvalitativ vurdering av hva som utgjør en vesentlig del av databasen. Den kvantitative vurderingen knytter seg til mengden data som trekkes ut fra databasen, og dette skal vurderes opp mot omfanget av databasens innhold.²⁸ Den kvalitative vurderingen knytter seg til investeringen som er foretatt ved utarbeidelse av databasen. Også mindre deler av databasen kan utgjøre en vesentlig del dersom investeringen foretatt i denne er et resultat av en vesentlig investering.²⁹

Eneretten strekker seg også til «gjentatt og systematisk uttrekk eller gjenbruk av uvesentlige deler» av databasen, men bare dersom dette utgjør «handlinger som skader den normale bruken av databasen eller urimelig tilsidesetter fremstillerens legitime interesser», jf. åvl. § 24 andre ledd. Andre ledd er ment å ramme de uttrekkene der hensikten er å gjenopprette hele eller vesentlige deler av databasen.³⁰

Rekkevidden av sui generis-vernet i åvl. § 24 første og andre ledd er som illustrert ikke ubegrenset. Det er adgang til å trekke ut og bruke databasens innhold innenfor visse rammer. Eneretten til databasens fremstiller kan som tidligere nevnt heller ikke utvides gjennom avtale i offentliggjorte sui generis-databaser, jf. åvl. § 24 sjette ledd. For sole source-databaser som ikke oppnår sui generis-vern, er det imidlertid en risiko for at fremstilleren gjennom avtale

²⁸ *William Hill* [GC] C-203/02, avsnitt 70.

²⁹ *Ibid*, avsnitt 72.

³⁰ *Ibid*, avsnitt 86–89. Se også Rognstad (2019) s. 400.

oppstiller en sterkere enerett enn det sui generis-vernede databaser oppnår. På samme måte kan avtalen gi brukeren mindre spillerom for bruk og uttrekk fra databasens innhold.

2.2.3 Opphavsrettslig vern

I tillegg til det særegne sui generis-vernet for databaser, kan en database også være et åndsverk etter åvl. § 2. Bestemmelsens andre ledd slår fast at et «åndsverk» forstås som «litterære eller kunstneriske verk av enhver art, som er uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsett».

Dersom en database oppnår opphavsrettslig vern, har fremstilleren enerett til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring av databasen for allmennheten, jf. åvl. § 3. Fremstilleren av en opphavsrettslig vernet database må imidlertid tillate at den som har rett til å bruke databasen «foreta[r] slike handlinger som er nødvendige for tilgang til databasens innhold» og «normal bruk av denne», jf. åvl. § 41 fjerde ledd.

For at en fremstilling skal få vern som åndsverk etter åvl. § 2, må den «være resultat av en individuelt preget skapende innsatt, og ved denne innsatt må det være frembrakt noe som fremstår som originalt».³¹ Opphavsrett til databaser forutsetter imidlertid at selve *sammenstillingen* av opplysninger er preget av individuell skapende virksomhet.³² Databasen kan derfor inneholde fremstillinger som i seg selv ikke oppnår opphavsrettslig vern. Dette ble bekreftet av EU-domstolen i sak C-604/10 *Football Dacato I*, som gjaldt spørsmål om opphavsrett til kampprogrammer i de engelske og skotske fotballigaene. EU-domstolen uttalte at originalitetskravet for opphavsrett ikke er knyttet til produksjon av databasens innhold, men «the selection and the arrangement of data, through which the author of the database gives the database its structure».³³

Retningslinjene oppstilt i sak C-604/10 *Football Dacato I* har betydning for oppgavens problemstilling. Dersom en sole source-database skal oppnå opphavsrettslig vern, må selve sammenstillingen, struktureringen eller utvelgelsen av dataene være et resultat av opphaverens selvstendige og kreative valg. I sak C-604/10 *Football Dacato I* kunne derfor

³¹ Rt. 2007 s. 1329 avsnitt 43.

³² Se for eksempel Rognstad (2019) s. 140.

³³ *Fotball Dacato I* [C3] C-604/10, avsnitt 32. Se også avsnitt 30.

ikke prosessen med å *skape* terminlistene for fotballkampene tas i betraktning i vurderingen av om opphavsrett skulle tilkjennes databasen. Et slikt vern kunne bare foreligge dersom sammenstillingen av disse opplysningene var et utslag av en individuell skapende åndsinnsetning.³⁴

På samme måte som for sui generis-vern, utelukkes skapelse av data i vurderingen av opphavsrett for databaser. Som et resultat av dette, faller sole source-databaser enkelt utenfor åndsverklovens rammer for opphavsrettslig vern i § 2. Sammenstillinger av produkter, tjenester, kampprogrammer o.l. i en database, vil sjelden oppnå kravene til originalitet etter åvl. § 2, da strukturen enten «sier seg selv» eller fordi det er lite rom for kreativ frihet ved opprettelsen av databasen.

2.3 Sole source-databaser – innhold og historisk utvikling

Oppgavens tema knytter seg til avtaleregulering av sole source-databaser som ikke oppnår det lovfestede databasevernet. En sole source-database kan kort defineres som en database som er den eneste kilden til en bestemt type informasjon. Som regel vil dette være «databases containing data generated solely by the producer of the database as by-product of his main activity»³⁵ – altså databaser som inneholder data som fremstilleren av databasen selv har skapt, og som vedkommende ikke har hentet inn fra andre kilder.

I en sole source-database kan fremstilleren raskt oppnå en dominerende posisjon i markedet for akkurat denne samlingen av data. Databasen vil som nevnt sjelden oppnå sui generis eller opphavsrettslig vern. Dersom nasjonal rett åpner for et sterkt vern for slike databaser gjennom avtale, kan dette resultere i en rettstilstand på tvers av formålet med databasedirektivet – nemlig at fremstilleren oppnår et «monopol» på den informasjonen databasen inneholder. Både databasedirektivets forarbeider og debatter fra prosessen med vedtakelse av direktivet viser at et slikt informasjonsmonopol i sole source-databaser var noe man søkte å unngå.

³⁴ *Fotball Dacato I* [C3] C-604/10, avsnitt 44–46.

³⁵ Myska og Harasta (2016) s. 174.

Forarbeidene til databasedirektivet slår fast at formålet med direktivet er «to create a climate in which investment in data processing can be stimulated and protected against misappropriation. It does not prevent the flow of information, nor does it create any rights in the information as such».³⁶ Hensikten med å harmonisere databasevernet på tvers av EUs medlemsland var derfor å regulere to balanserende rettigheter: den investeringen som er gjort ved utarbeidelsen av databasen og adgangen til å bruke og trekke ut informasjon fra denne. EU-lovgiver hadde imidlertid en klar intensjon om at ingen skal ha enerett på informasjon som ikke kan oppnås andre steder. Da databasedirektivet ble utarbeidet, ble det derfor fokusert på risikoen for informasjonsmonopol i sole source-databasene. I forslaget til direktivet ble det som en følge av dette foreslått å innføre et obligatorisk lisensregime for offentliggjorte sole source-databaser, og forslaget lød som følger:

«If the works or materials contained in a database which is made publicly available cannot be independently created, collected or obtained from any other source, the right to extract and re-utilise, in whole or substantial part, works or materials from that database for commercial purposes shall be licensed on fair and non-discriminatory terms.»³⁷

Det obligatoriske lisensregimet skulle ikke bare gjelde for databaser underlagt sui generis eller opphavsrett, men for *alle* databaser som faller under databasedefinisjonen i databasedirektivet art. 1 (2). På denne måten ville det ikke kunne oppnås informasjonsmonopol for databaser der informasjonen ikke kunne oppnås andre steder, uavhengig av om databasen var omfattet av sui generis eller opphavsrettslig vern.

Forslaget om et obligatorisk lisensregime for sole source-databaser ble til slutt ikke vedtatt. Begrunnelsen for dette var ifølge EU-kommisjonen at «the scope of [sui generis-retten] has been restricted to the whole of or a substantial part of the contents of the database». Eneretten i sui generis-vernet omfattet opprinnelig også uvesentlige deler av databasen. Denne innskrenkningen i eneretten, i tillegg til «the exceptions to [sui generis-retten] under Article 9»,³⁸ gjorde at Kommisjonen mente det forelå en tilstrekkelig balanse mellom rettighetene til

³⁶ First Proposal (1992), avsnitt 3.2.8.

³⁷ First Proposal (1992), art. 8 (1).

³⁸ Artikkel 9 bokstav a–c i databasedirektivet oppstiller enkelte innskrenkninger for eneretten til sui generis-vernet, blant annet der informasjonen er til privat bruk, læringsformål, offentlig sikkerhet eller administrativ eller juridisk saksgang.

fremstillere og brukere av sole source databaser.³⁹ Minimumsrettighetene til brukeren for offentliggjorde databaser kunne heller ikke snevres inn gjennom avtale, som ble ansett som «so fundamental that it must not be possible to derogate from them by contractual means».⁴⁰

Til tross for valget om å fjerne det obligatoriske lisensregimet, kommenterte EU-kommisjonen risikoen for dominerende stilling i enkelte databaser. Det ble uttalt at: «[EU-kommisjonen] nevertheless judged it useful to state that the sui generis right must not be exercised in such a way as to facilitate abuses of a dominant position and that competition rules continue to apply.»⁴¹ Som en konsekvens av denne bekymringen – eller kanskje som en erkjennelse av at sui generis-vernet for sole source-databaser likevel ga fremstilleren en sterk enerett – førte EU-domstolene sole source-databasene ut av databasedirektivets rammer i sakene fra 2004. Med sak C-30/14 *Ryanair* ble det åpnet for at disse databasene kunne vernes gjennom avtale, noe som med andre ord tilsier at sole source-databasene er ført tilbake til start. De er verken omfattet av et obligatorisk lisensregime, pålagt å respektere minimumsrettigheter for brukere eller underlagt begrensninger i avtalefriheten.

2.4 Clickwrap- og browswrap-avtaler

Fokuset i denne oppgaven er sole source-databaser utenfor det lovfestede databasevernet, og som er vernet av en clickwrap-avtale eller en browswrap-avtale på en nettside.

Clickwrap-avtaler er ensidige utarbeidede avtaler på nettsider, som personvernkommissjonen i forarbeidene knyttet til personvernreglene definerer som «en [...] plakat som vises fram før brukeren får tilgang på tjenesten, der brukeren eksplisitt må tilkjennegi at han eller hun samtykker ved å 'klikke' på en knapp på skjermen».⁴² Brukeren må i clickwrap-avtalene svare «ja», «jeg godtar» eller en lignende formulering for å få tilgang til tjenesten – i vårt tilfelle databasen. Ved clickwrap-avtaler får brukeren ingen papirkopi av selve avtalen, med mindre brukeren selv skriver den ut. En clickwrap-avtale dukker ofte opp i et popup-vindu som blokkerer tilgang til tjenesten før brukeren aksepterer. I noen clickwrap-avtaler blir brukeren instruert til å følge en angitt link som fører brukeren til en ny side hvor avtalevilkårene

³⁹ Common Position 20/95, avsnitt 15.

⁴⁰ Ibid, avsnitt 23.

⁴¹ Ibid, avsnitt 23.

⁴² NOU 2009: 1 s. 44.

befinner seg. Andre ganger må brukeren scrolle gjennom avtalevilkårene og akseptere vilkårene i bunnen av popup-vinduet. Dersom brukeren ikke ønsker å akseptere avtalevilkårene, kan han eller hun velge ikke å klikke på akseptknappen. En konsekvens av dette er imidlertid at brukeren ikke får tilgang til databasens innhold.

Broweswrap-avtaler skiller seg fra clickwrap-avtaler ved at de ikke pålegger noen form for aksept fra brukeren av nettsiden. Brukeren trenger altså ikke å trykke på en akseptknapp for at bindende avtale er inngått.⁴³ Avtalevilkårene i en broweswrap-avtale ligger tilgjengelig på nettsiden, og kan ofte nås ved å trykke på en hurtiglink. En broweswrap-avtale anses av fremstilleren av databasen som vedtatt allerede ved bruk av nettsiden. Som regel vil nettsiden ved inntreden gjøre brukeren oppmerksom på at bruk av siden – i vårt tilfelle databasen – innebærer en aksept av brukervilkårene som inngår i avtalen.

⁴³ Se for eksempel Boykin (2012) s. 257.

3 Sak C-30/14 *Ryanair*

3.1 Sakens forløp

I sak C-30/14 *Ryanair* sto tvisten mellom flyselskapet Ryanair og det nederlandske selskapet PR Aviation. PR Aviation drev et nettsted som sammenlignet flypriser for lavprisselskaper, blant annet Ryanair. Forbrukere kunne bruke siden til å sammenligne priser på flybilletter mot betaling av provisjon. For å hente ut Ryanair sin flyinformasjon, brukte PR Aviation automatiserte søk i en database som lå åpent tilgjengelig på Ryanair sine nettsider. Brukeren av denne databasen måtte imidlertid krysse av i en boks der man aksepterte Ryanair sine brukervilkår for å få tilgang til databasens innhold. I brukervilkårene het det blant annet:

«You are not permitted to use this website other than for the following, *private, non-commercial purposes*», og

«[t]he use of automated systems or software to extract data from this website or www.bookryanair.com for commercial purposes, ('screen scraping') is prohibited unless the third party has directly concluded a written licence agreement with Ryanair in which permits it access to Ryanair's price, flight and timetable information for the sole purpose of price comparison.»

Ryanair saksøkte PR Aviation med påstand om at PR Aviation hadde inngått en rettslig bindende avtale med Ryanair ved å akseptere brukervilkårene, og at bruken innebar et kontraktsbrudd. PR Aviation hevdet på sin side at de preseptoriske minimumsrettighetene i databasedirektivet art. 6 (1) og 8 ga foretaket rett til å få tilgang til og bruke databasens innhold. Videre anførte PR Aviation at direktivets art. 15 stengte for at Ryanair kunne snevre inn disse rettighetene.

Saken startet i Nederland. Førsteinstansen (Rechtbank Utrecht) og ankeinstansen (Gerechtshof te Amsterdam) slo fast at Ryanair sin database ikke var sui generis-vern etter art. 7 (1) i databasedirektivet. Avgjørelsene var basert på at investeringen i databasen knyttet seg til produksjon – ikke innhenting – av data. Den nederlandske Høyesterett (Hoge Raad) bekreftet at Ryanair sin database ikke var vernet av sui generis. Mer usikkert var det imidlertid om databasen var underlagt avtalebegrensningen i databasedirektivet art. 15 og om

PR Aviation kunne anvende seg av brukerens minimumsrettigheter i art. 6 (1) og 8. Høyesterett henviste derfor følgende prejudisielle spørsmål for EU-domstolen:

«Does the operation of [Directive 96/9] also extend to online databases which are not protected by copyright on the basis of Chapter II of [that directive], and also not by a sui generis right on the basis of Chapter III, in the sense that the freedom to use such databases through the (whether or not analogous) application of Article[s] 6(1) and 8 in conjunction with Article 15 [of Directive 96/9], may not be limited contractually?»⁴⁴

3.1.1 EU-domstolens tolkning og avgjørelse

EU-domstolen slo innledningsvis fast at Ryanair sin database oppfylte databasedefinisjonen i direktivet art. 1 (2), men påpekte at dette ikke automatisk genererer sui generis eller opphavsrettslig vern.⁴⁵ Videre uttalte EU-domstolen at formålet og strukturen med databasedirektivet tilsa at art. 6 (1) og 8, som oppstiller minimumsrettighetene for brukere av databaser, «are not applicable to a database which is not protected either by copyright or by the sui generis right [...], so that it does not prevent the adoption of contractual clauses concerning the conditions of use of such a database».⁴⁶ Følgelig konkluderte EU-domstolen med at art. 15, som sier at enhver avtale som begrenser minimumsrettighetene i art. 6 (1) og 8 ikke kan gjøres gjeldende, er «irrelevant with regard to a database whose author does not enjoy any of the abovementioned rights under Directive 96/9».⁴⁷

Konklusjonen til EU-domstolen på det prejudisielle spørsmålet var derfor at brukeres minimumsrettigheter nedfelt i databasedirektivet ikke kommer til anvendelse for databaser som mangler sui generis-vern eller opphavsrettslig vern. Artikkel 15 i databasedirektivet oppstiller heller ingen begrensninger i adgangen til å avtaleregulere bruk og tilgang til databaser som faller utenfor det lovfestede databasevernet.⁴⁸

⁴⁴ *Ryanair* [C3] C-30/14, avsnitt 28.

⁴⁵ *Ibid*, avsnitt 35.

⁴⁶ *Ibid*, avsnitt 39.

⁴⁷ *Ibid*, avsnitt 40.

⁴⁸ *Ibid*, avsnitt 46.

3.1.2 Rettskildebildet i lys av saken

I kjølevannet av C-30/14 *Ryanair* har EU-kommisjonen uttrykt sin bekymring for de potensielle konsekvensene dommen kan ha for fri flyt av informasjon på Internett. I sin rapport knyttet til databasedirektivet i 2018 uttales det blant annet: «With respect to databases, in the light of Ryanair, it is all the more important that users' rights be secured even where databases do not reach the threshold of protection, or where protection has lapsed. Otherwise there is a danger that contractual terms will operate e.g. to prevent data-mining and other socially valuable reuses of lawfully accessible materials.»⁴⁹

Kommisjonens bekymring er ikke ubegrunnet. Med sak C-30/14 *Ryanair* har rettskildebildet for databaser som ikke oppnår vern, ytterligere komplisert seg. Etter de nevnte dommene fra EU-domstolen i 2004, ble det klart at enkelte databaser, særlig sole source-databaser, sjelden oppnår et lovfestet databasevern. Hensikten bak disse avgjørelsene har klart nok vært å avverge informasjonsmonopol i sole source-databaser. I et brukerperspektiv kan dette være både positivt, konkurransefremmende. De sørger for at databaser som inneholder unik informasjon ikke blir underlagt den omfattende eneretten som databaser omfattet av det lovfestede databasevernet har. For databasens fremstillere er det naturligvis lite heldig at databasen står uten rettslig vern. Med C-30/14 *Ryanair* åpnes det imidlertid ikke bare for at sole source-databaser likevel kan beskyttes; de kan pålegges en sterkere beskyttelse gjennom avtale enn databaser som vernes av databasedirektivet og åndsverkloven. Slik sett er det ikke overraskende at dommen har blitt møtt med sterk kritikk i internasjonal juridisk teori. Blant annet har det blitt uttalt at dommen etterlater «the Directive just 'out of the matter' whereas it effectively negates its whole existence and subtracts from it any meaning at all».⁵⁰

Det andre interessante momentet med C-30/14 *Ryanair* er at den i realiteten ikke handler om opphavsrett eller sui generis, men om avtalerett. Dette til tross for at databasen til Ryanair utgjorde en «database» etter databasedirektivet art. 1 (2). EU-domstolen forholdt seg lojalt til doktrinen om at sole source-databaser skal utelukkes fra vern, men førte imidlertid disse databasene over til et nytt rettssystem – avtaleretten. Bottis påpeker den noe paradoksale konklusjonen til EU-domstolen ved å skrive at «as if William Hill/British Horseracing Board

⁴⁹ Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC (2018) s. 81.

⁵⁰ Bottis (2015) s. 173.

and Football DataCo had never existed, it [EU-domstolen] ‘threw’ the whole case out of the intellectual property rules of databases and confined it into another field: contract». ⁵¹

Det tredje momentet med C-30/14 *Ryanair* som fortjener oppmerksomhet, er at EU-domstolen ikke sier noe om *hvordan* en avtale som regulerer en sole source-databaser skal vurderes i nasjonal rett. EU-domstolen nøyer seg med å påpeke at så lenge databasen ikke er sui generis eller opphavsrettslig vernet, er den ikke underlagt rettighetene og forpliktelsene oppstilt i databasedirektivet. Hvorvidt en avtaleregulert sole source-database er eller bør være underlagt full avtalefrihet i nasjonal rett, er EU-domstolen taus om. Dette kan etterlate bred rettslig usikkerhet, da kontraktsretten i all hovedsak ikke er harmonisert på tvers av medlemslandene. I lys av EU-domstolens konklusjon i C-30/14 *Ryanair*, blir det like fullt opp til medlemslandene å forsøke å harmonisere avgjørelsen opp mot de allerede eksisterende retningslinjene for databasevern. Fremstillingen videre viser imidlertid at nasjonale domstoler har vurdert rekkevidden av avtaler knyttet til sole source-databaser på nettsider ulikt.

3.1.3 Kritikk av dommen og spørsmål den aktualiserer for norsk avtalerett

Databasevernet er harmonisert på tvers av alle EUs medlemsland. Det er imidlertid ikke tvil om at EU-domstolens utvikling av databasevernet for sole source-databaser har rokket ved et godt etablert og harmonisert system. Vilkårene for opphavsrett og sui generis-vern har blitt ytterligere kompliserte gjennom doktrinen om at produserte data skal trekkes fra vurderingen av om vern skal tilkjennes. I tillegg medfører innblanding av avtaleretten at intensjonen om et harmonisert databasevern på tvers av alle EUs medlemsland vanskeligere blir oppfylt. Rettstilstanden slik den er, må imidlertid følges – uavhengig av hvor kritisk man stiller seg til EU-domstolens noe paradoksale utvikling av databasevernet.

Mange som har rettet kritikk mot sak C-30/14 *Ryanair*, hevder at EU-domstolen kunne avgjort saken innenfor rammene av databasedirektivet. ⁵² Med dette menes at EU-domstolen kunne slått fast at avtalebegrensningen i art. 15 og brukeres minimumsrettigheter i art. 8 (1) og 6 gjelder for *alle* databaser som omfattes av databasedefinisjonen i databasedirektivet art. 1 (2). En slik konklusjon ville bidratt til at det potensielle informasjonsmonopolet i sole source-

⁵¹ Bottis (2015) s. 173.

⁵² Se for eksempel Borghi og Karapapa (2015) s. 10.

databaser hadde blitt vanskeligere å oppnå. EU-domstolen ville også opprettholdt et harmonisert og oversiktlig databasevern, uavhengig av om databasen oppnår sui generis eller opphavsrettslig vern.

På den andre siden finnes det en viss logikk i EU-domstolens avgjørelse. Den illustrerte alternative konklusjonen ville gjort at sole source-databaser utelukkende ville fått ulempene med databasevernet. De hadde måttet respektere minimumsrettighetene for brukere, men ville ikke vært omfattet av eneretten både sui generis og opphavsretten for databaser gir. Slikt sett kan EU-domstolens slutning delvis forsvares. Det betyr imidlertid ikke at avgjørelsen er uproblematisk. Som allerede vist, etterlater dommen en rekke kompliserte spørsmål for nasjonale domstoler å avgjøre. I internasjonal rettspraksis har avtaler knyttet til sole source-databaser blitt avvist fordi de ikke har blitt ansett som rettslig bindende.⁵³ Dette illustrerer behovet for klare rammer for når og hvordan en bruker av en database inngår i et avtaleforhold med databasens fremstiller. Er avtalen rettslig bindende, melder en rekke andre spørsmål seg: Hvor sterk avtalebeskyttelse kan pålegges en sole source-database? Er det hensiktsmessig å la slike avtaler være underlagt full avtalefrihet? Og kan opphavsretten i det hele tatt danne rettslige rammer for hvilke avtaler som kan og ikke kan aksepteres i norsk rett?

⁵³ Se punkt 4.2.

4 Avtaler som regulerer sole source-databaser

4.1 Innledning

Så langt i fremstillingen har jeg hovedsakelig hatt blikk på forholdet mellom EU-retten og åndsverklovens regler om databasevern. I dette punktet skal jeg løfte blikket over til norsk avtalerett, hvor jeg skal vurdere hvordan avtaler som regulerer bruk og utnyttelse av sole source-databaser vil stille seg i norsk rett.

I det følgende er situasjonen at det er skapt en database, men fordi investeringen i utformingen av databasen ligger i den *skapende virksomheten*, oppnår den ikke vern etter åvl. §§ 24 første ledd eller 2 andre ledd. Det er altså tale om en sole source-database, der informasjonen databasen inneholder ikke kan oppnås fra andre kilder.

Kjerneområdet for vurderingen i denne oppgaven er sole source-databaser som ligger tilgjengelig på en nettside på Internett. I prinsippet kan enhver skaffe seg tilgang til databasens innhold, og informasjonen i databasen kan hentes ut, spres og deles med andre. Sole source-databasen reguleres imidlertid av en brukeravtale. Bruk av slike avtaler aktualiserer to spørsmål i norsk avtalerett: Den første spørsmålet er om en brukeravtale på en nettside er bindende mellom fremstilleren og brukeren av databasen. Dette skal vurderes i punkt 4.4. Den andre problemstillingen er om en slik avtale, forutsatt at den er rettslig bindende, kan anses som gyldig i lys av avtl. § 36. Sistnevnte spørsmål skal vurderes i punkt 5.

4.2 Sammenligning med andre lands rettspraksis

Norske domstoler har foreløpig ikke vurdert rekkevidden av avtaler knyttet til sole source-databaser som ikke oppnår det lovfestede databasevernet. Før jeg går inn på den konkrete vurderingen om rettslig bindende avtale er inngått, og om en slik avtale kan lempes, er det hensiktsmessig å se hvordan andre lands domstoler har løst tilsvarende problemstillinger. Kontraktsretten på tvers av EUs medlemsland er ikke harmonisert, og det blir opp til hvert

enkelt land hvordan slike avtaler stiller seg.⁵⁴ Praksisen kan imidlertid gi verdifulle retningslinjer for hvordan avtaler som regulerer bruk og uttrekk fra sole source-databaser skal vurderes i norsk rett.

I Spania oppsto det tvist mellom selskapet Atrápolo og Ryanair. Atrápolo hadde trukket ut informasjon om flyavganger og priser fra Ryanair sin database gjennom automatiserte søkemekanismer. Ryanair hevdet prinsipielt at databasen var sui generis-vernet, og at Atrápolo hadde krenket flyselskapets databasevern. Subsidiært anførte Ryanair at Atrápolo hadde handlet i strid med brukervilkårene knyttet til databasen. Det ble hevdet at den som går inn på en nettside for å hente ut informasjon om flyavganger, priser o.l., automatisk aksepterte brukervilkårene fastsatt i browsewrap-avtalen.

Med henvisning til Fixtures-sakene og sak C-203/02 *William Hill*, slo den spanske Høyesterett (Tribunal Supremo) fast at Ryanair sin database ikke var sui generis-vernet.⁵⁵ Investeringen i databasen var hovedsakelig knyttet til produksjon av databasens innhold, og vilkårene til sui generis var derfor ikke oppfylt.⁵⁶

Videre fastslo den spanske Høyesterett at Atrápolo ikke hadde inngått en rettslig bindende avtale med flyselskapet. Det ble påpekt at både en browsewrap- og en clickwrap-avtale kunne være egnet til å etablere en rettslig bindende avtale mellom fremstilleren og brukeren av databasen. I den konkrete saken var det imidlertid ikke påvist at Atrápolo hadde akseptert brukervilkårene på Ryanair sin nettside. Domstolen påpekte også det ikke forelå et implisitt eller stilltiende samtykke til browsewrap-avtalen fra Atrápolo sin side. Atrápolo sine handlinger sto i direkte *motstrid* med Ryanair sine brukervilkår, og Høyesterett mente et slikt stilltiende eller implisitt samtykke bare kunne foreligge dersom brukeren hadde opptrådt i tråd med avtalen.⁵⁷ I kjølevannet av saken er det påpekt at Ryanair antageligvis hadde hatt større sjanse til å vinne frem mot aktører som bruker automatiserte søkemekanismer i databasen dersom en clickwrap-avtale hadde forutsatt en aksept før tilgang til databasen ble gitt.⁵⁸

⁵⁴ Se for eksempel Matej og Harasta (2016) s. 189: «(I)t will depend on the national law whether the contract (or its parts) would stand in court and deemed enforceable or regarded as unfair and thus null and void».

⁵⁵ *Fixtures/OPAP* [GC] C-444/02, *Fixtures/Oy Veikkaus* [GC] C-46/02 og *Fixtures/Svenska Spel* [GC] C-338/02.

⁵⁶ *Ryanair Ltd v Atrapalo SL*, Tribunal Supremo, Sentencia n. 572/2012, avsnitt 45–52.

⁵⁷ *Ibid*, avsnitt 30.

⁵⁸ NOlegaltech (2017).

I en dom fra irsk Høyesterett (Irish High Court) sto tvisten mellom Ryanair og Billigfluege.de. Sistnevnte drev en nettside som sammenlignet priser på flyavganger, og hadde gjennom automatiserte søkemekanismer hentet ut informasjon fra Ryanair sin database – en bruk som sto i strid med brukervilkårene på nettsiden databasen lå på.⁵⁹

Det avgjørende spørsmålet i saken var ikke om Ryanair sin database var sui generis-vernet, men om brukervilkårene på nettsiden etablerte en rettslig bindende avtale med brukeren. Dette hadde betydning for jurisdiksjonsklausulen i brukervilkårene art. 7, som slo fast at enhver juridisk disputt skulle føres for irske domstoler. Billigfluege, som er et tysk selskap, hevdet at avtalen ikke var bindende. Selskapet skulle derfor med utgangspunkt i brusselordningen art. 2 blitt saksøkt i Tyskland.⁶⁰ Dersom avtalen var rettslig bindende, ville imidlertid jurisdiksjonsklausulen gå foran utgangspunktet i brusselordningen art. 2 om at saksøkte skal saksøkes i sitt hjemland. Før konsekvensene av et eventuelt avtalebrudd mellom Billigfluege og Ryanair kunne vurderes, måtte jurisdiksjonsspørsmålet avklares. Dommen er like fullt illustrerende for spørsmålet om en rettslig bindende avtale på en nettside er inngått.

I kontrast til avgjørelsen fra Spania, slo den irske Høyesterett fast at brukervilkårene til Ryanair etablerte en rettslig bindende avtale mellom Ryanair fremstiller og Billigfluege. Billigfluege hevdet at aktøren aldri hadde akseptert brukervilkårene, og at det derfor ikke eksisterte en rettslig bindende avtale mellom partene. Domstolen avviste dette, og uttalte: «In my view, the provision of information as to flights and prices of flights by Ryanair on their site, subject at all times to their Terms and Conditions, constitutes *a sufficient act of consideration for the purposes of making the contract legally binding*» (min kursivering). Domstolen påpekte videre at så lenge brukervilkårene var tilstrekkelig synlige og tilgjengelige på nettsiden, kunne ikke det faktum at Billigfluege ikke hadde akseptert brukervilkårene være avgjørende.⁶¹

Dommene som er illustrert har ikke rettskildemessig tyngde for spørsmålene oppgaven reiser. De kan likevel anvendes som retningslinjer for hvordan problemstillingen kan og bør løses i tråd med norsk avtalerett. Gjennomgangen viser at de respektive nasjonale domstolene har ulikt syn på om det å bruke nettsiden, uavhengig om avtalen er akseptert, innebærer at avtalen

⁵⁹ Ryanair Ltd v Billigfluege.de GmbH [2010] IEHC 47.

⁶⁰ 44/2001/EU: Brusselordningen.

⁶¹ Ryanair Ltd v Billigfluege.de GmbH [2010] IEHC 47.

er rettslig bindende. Verken i Spania eller Irland hadde aktøren som hentet ut informasjon fra databasen akseptert brukervilkårene på nettsiden. Det virker imidlertid som at begge domstolene forutsetter at det å trykke på akseptknappen i en clickwrap-avtale utgjør en aksept i avtalerettslig forstand. Forskjellen i resultatene ligger imidlertid i om det å besøke nettsiden og å regelmessig hente ut informasjon innebærer at brukervilkårene aksepteres, enten implisitt eller ved konkludent atferd.

Rettsavgjørelsene viser også at det så langt ikke er noen avgjørelser der domstolen har vurdert om selve *innholdet* i avtalen kan opprettholdes. I de nevnte sakene har vurderingen til domstolen vært om brukeravtalen er rettslig bindende. Dersom saken kommer opp for norske domstoler, er det derfor ikke utenkelig at retten først og fremst vurderer om brukervilkårene etablerer en rettslig bindende avtale mellom partene. Som vi har sett i saken fra Irland, er det like fullt mulig at en slik bindende avtale anses som inngått. I denne oppgaven er det derfor viktig å avklare alle sider av slike avtaler, enten om de kan avvises på grunn av manglende rettslig virkning mellom partene, eller fordi de etter sitt innhold ikke kan anses som gyldige. Woxholth påpeker også denne todelte vurderingen i tilknytning til problemstillingen, og han skriver:

«I konkrete tilfellet kan det [...] ikke utelukkes at en domstol vil komme til at slike vilkår ikke kan anses vedtatt, alternativt at vilkårene tolkes innskrenkende eller lempes, jfr avtaleloven § 36.»⁶²

⁶² Woxholth (2014) s. 155. Woxholth vurderer primært clickwrap- og shrinkwrap-avtaler. Browserwrap-avtaler er imidlertid i samme kategori, og uttalelsen vil også gjelde for disse.

4.3 Avtalelovens regler om avtaleinngåelse – tilbud og aksept

Utgangspunktet i norsk rett er det ulovfestede prinsippet om avtalefrihet. Enhver har mulighet til å inngå avtaler med hvem man vil, om hva man vil og når man vil. I lys av avtalefriheten er derfor hovedregelen at det er adgang til å inngå avtaler som regulerer bruk av sole source-databaser. Avtalefriheten rekker imidlertid ikke så langt at enhver avtale står seg, uavhengig av hvordan den er inngått eller hvilket innhold den har. Avtaleloven oppstiller regler for både avtaleinngåelse og for avtaler som etter sitt innhold er så urimelige at de må erkjennes ugyldige.

Avtalelovens forutsetning for at det er inngått en rettslig bindende avtale, er at det skjer en utveksling av sammenfallende tilbud og aksept. Modellen i avtaleloven for avtaleinngåelse bygger på at part A fremsetter et tilbud til part B, og tilbudet binder part A når det er kommet frem til B sin kunnskap og akseptfristen er ute, jf. avtl. §§ 7 og 2. For at bindende avtale skal være inngått, må B sin aksept sammenfalle med A sitt tilbud, jf. avtl. §§ 2 og 6. B kan naturligvis velge ikke å akseptere tilbudet, med den virkning at bindende avtale ikke inngås. Utover disse retningslinjene, er avtaleloven taus omkring hva som utgjør et tilbud eller en aksept i lovens forstand. Dette beror på ulovfestet rett.

I den tradisjonelle avtaleretten vil et tilbud ofte presenteres enten skriftlig eller muntlig, og aksepten består av en uttrykkelig viljeserklæring, enten i form av signatur eller håndtrykk. Aksept kan også formidles gjennom ord, handling eller konkludent atferd. Brukeravtaler på nettsider som regulerer bruk av databaser faller derfor utenfor de tradisjonelle situasjonene lovgiver hadde i tankene da avtaleloven ble uformet. Likevel kan de samme prinsippene som presenteres i avtalelovens kapittel 1 om avtaleinngåelse anvendes på brukeravtaler tilknyttet sole source-databaser. En brukeravtale tilbys av fremstilleren av databasen, og brukeren må på en eller annen måte akseptere avtalen dersom bindende avtale skal være inngått.

I denne sammenheng er det like fullt utfordrende å avklare hva som kontraktmessig vedtatt i tilknytning til sole source-databaser som er plassert på en nettside. Dette kan illustreres som en tilsvarende situasjon som i sak C-30/14 *Ryanair*, der adgangen til Ryanair sin database forutsatte at den besøkende aksepterte Ryanair sine brukervilkår ved å krysse av en boks. Avtalen forbød bruken som PR Aviation foretok – nemlig uttrekk gjennom automatiserte søk i databasen med kommersielle formål. Hvorvidt det å krysse av i en boks utgjør en aksept,

beror på om nasjonal rett anerkjenner denne mekanismen som gyldig for å inngå rettslig bindende avtale. Kielland kommenterer imidlertid i sin artikkel om C-30/14 *Ryanair*, at det er «vanskelig å se at en slik utveksling av tilbud og aksept [i norsk avtalerett] ikke skal anses kontraktsmessig vedtatt», i hvert fall for de tilfeller hvor brukeren uttrykkelig har akseptert brukervilkårene på nettsiden databasen befinner seg på.⁶³

4.4 Den konkrete vurderingen av om rettslig bindene avtale er inngått

Som vist, vil en sole source-database på en nettside ofte reguleres av enten en clickwrap- eller en browsewrap-avtale. I tillegg til avtalens modell om tilbud og aksept, kan en rekke andre omstendigheter være avgjørende for vurderingen av om disse avtalene etablerer en rettslig bindende avtale mellom fremstilleren og brukeren av databasen. Det vil særlig være avgjørende om avtalen er akseptert og om brukeren har hatt tilstrekkelig kunnskap om avtalevilkårene. Også avtalens innhold og åndsverklovens databaseregler kan spille inn på spørsmålet om det foreligger en bindende avtale.

4.4.1 Kunnskap om avtalevilkårene

Et utgangspunkt for at clickwrap- og browsewrap-avtaler skal inngås gyldig, er at avtalens betingelser presenteres for brukeren forut for avtaleinngåelsen. Når en aktør benytter seg av en sole source-database på en nettside, er det naturlig å forvente at vedkommende har undersøkt og lest avtalevilkårene, uavhengig om avtalen fremstår i form av clickwrap eller browsewrap. Det er likevel ikke slik at enhver avtale mellom profesjonelle vil være bindende i norsk avtalerett. I Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne) slo Høyesterett fast at det ikke var inngått rettslig bindende avtale mellom to profesjonelle aktører. Begrunnelsen var blant annet at deler av avtalen ikke i tilstrekkelig grad hadde blitt presentert for kjøperen før avtalen ble inngått.

I dommen ble en agurkprodusent påført et tap etter at bambussplittpinnene han hadde kjøpt smittet agurkene med en plantesykdom. Selgeren hadde inntatt en begrensning for selgers erstatningsansvar i standardavtalen som satt kjøperen i en svært dårlig stilling. Høyesterett anså ikke vilkåret som vedtatt av kjøperen, da det ikke var «gitt noen fremtredende plass, men

⁶³ Kielland (2015).

er tatt inn i sluttsedlene mellom bestemmelser om salgspant, morarenter, forbehold om prisendringer på grunn av valutaendringer og reklamasjonsfrister». Samtidig ble det påpekt at vilkåret «ikke har vært omtalt i forhandlingene mellom partene».⁶⁴

Dommens vurderingstema skiller seg fra det som drøftes i denne oppgaven. Høyesteretts standpunkt har imidlertid overføringsverdi for vurderingen av om gyldig avtale er inngått mellom profesjonelle parter – også når avtalen er i form av clickwrap eller browwrap. Dersom avtalevilkårene ikke er gitt en «fremtredende plass» i avtalen mellom partene, kan dette være et moment som taler for at motparten ikke har akseptert disse. Overført til gjeldende problemstilling vil det for eksempel være avgjørende om vilkårene for bruk og uttrekk fra databasen kommer klart frem av avtaleteksten, og at det er enkelt for brukeren å få kjennskap til disse i forkant av avtaleinngåelsen.

I forarbeidene til markedsføringsloven⁶⁵ påpekes det at «[m]ed hensyn til de nærmere krav måten standardvilkårene må være presentert for motparten på, mener utvalget at det som utgangspunkt er klart at det ikke kan oppstilles noe vilkår om at motparten faktisk har lest dem eller på annen måte gjort seg kjent med innholdet. Vanligvis vil det være tilstrekkelig at det er gjort en uttrykkelig eller på en annen måte tydelig henvisning til standardvilkårene». Videre kommenteres det at «det [vil] være av betydning om vilkårene finnes tilgjengelig på en slik måte at motparten uten vansker vil kunne sette seg inn i dem før endelig avtale inngås».⁶⁶

Både Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne) og forarbeidene til markedsføringsloven viser at det skal *relativt* mye til for at en avtale mellom to næringsdrivende ikke anses om inngått. Det var for eksempel et vesentlig moment i Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne) at de problematiske avtalevilkårene var presentert i sluttsedlene som fulgte fraktbrevet. Vilråene hadde heller ikke vært omtalt i forhandlingene mellom partene. Kjøperen hadde derfor ikke hatt forutsetning til å ha kjennskap til vilråene før avtaleinngåelsen, og vilråene fremsto som både uforutsette og overraskende.

Den nevnte omstendighetene kan skille seg betraktelig fra browwrap- og clickwrap-avtalene. Når clickwrap-avtalen forutsetter aksept for at tilgang til databasen gis, vil det være

⁶⁴ Rt. 2004 s. 675 avsnitt 73.

⁶⁵ Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

⁶⁶ Ot.prp. nr. 38 (1979–1980) s. 11–12.

vanskelig for brukeren å påberope seg manglende kjennskap til avtalevilkårene. På dette punktet kan norsk rett i stor grad harmoniseres med synspunktene i dommen fra den irske Høyesterett. Én av anførselene til Billigfluge var at aktøren ikke hadde lest brukervilkårene, og at det derfor ikke var blitt inngått bindende avtale. Domstolen avviste anførselen, og påpekte at «it is a well established general principle of law that parties to a contract cannot be bound by terms which they have not had an opportunity of reading prior to making the contract. That is *not to say that a party will not be bound because they have not read the terms* – they will only escape being bound *if they can show they were not afforded a reasonable opportunity to read the term in question before entering into the contract*» (min kursivering).⁶⁷

Forarbeidsuttalelsen om at det er «tilstrekkelig at det er gjort en uttrykkelig eller på en annen måte tydelig henvisning til standardvilkårene», kan særlig overføres til browesewrap-tilfellene. Dersom det på nettsiden er gjort en klar henvisning til avtalevilkårene, kan dette tilsi at brukeren har fått tilstrekkelig kunnskap om avtalens vilkår. Hva forarbeidene legger i formuleringen «uttrykkelig» og «tydelig» er imidlertid usikkert. Vilkår som er uklart formulert, som har liten skrift eller som er plassert på et lite synlig sted, kan normalt ikke anses vedtatt.⁶⁸ Det må være åpenbart for brukeren at databasen reguleres av en avtale, og en tydelig henvisning på nettsiden til avtalen må være en forutsetning for at avtalen kan være rettslig bindende.

4.4.2 Betydning av aksept

Som vi har sett i punkt 4.3, forutsetter avtaleloven at det foreligger et aksept av tilbudet for at rettslig bindende avtale er inngått, jf. avtl. §§ 2 og 6.

Det vil særlig for clickwrap-avtaler være vanskelig å hevde at en rettslig bindende avtale ikke er inngått dersom brukeren av databasen bevisst har klikket på akseptknappen i avtalen.⁶⁹ Clickwrap-avtaler kan som nevnt være utformet på ulike måter. Enkelte avtaler forutsetter at

⁶⁷ Ryanair Ltd v Billigfluege.de GmbH [2010] IEHC 47.

⁶⁸ Se Woxholth (2014) s. 150.

⁶⁹ Slik også forutsatt i Arendt (1999). I sin gjennomgang av gyldigheten av clickwrap-avtaler skriver han at «[k]unden må følge en link eller kan lese lisensvilkårene på skjermen før han eller hun aksepterer vilkårene. Dersom kunden ikke aksepterer vilkårene, bør han eller hun ikke trykke 'ja' og heller ikke ta programmet i bruk.» Se også Woxholth (2014) s. 155, der han skriver at «[d]ette [vedtakelse av clickwrap-avtaler] er isolert sett ikke mer oppsiktsvekkende enn at avtaler kan komme i stand ved faktisk handling».

brukeren scroller gjennom avtalevilkårene før aksept kan gis. Andre avtaler legger ved en link brukeren må trykke på for å bli ført til avtaleteksten. Sistnevnte situasjon kom opp for EU-domstolen i sak C-322/14 *Majdoub*.⁷⁰ Problemstilling var om Brusselforordningen art. 25 (2) og ordlyden «communication by electronic means» omfattet det å trykke på akseptknappen i clickwrap-avtaler. Det var også spørsmål om aksept gjorde at rettslig bindende avtale forelå. Kjøperen mente vilkårene for avtaleinngåelse ikke var oppfylt når kjøperen selv måtte trykke på linken som førte til siden avtaleteksten befant seg på. EU-domstolen påpekte at så lenge det var mulig for brukeren å skrive ut og lagre avtaleteksten, selv om vedkommende måtte trykke på en link som åpnet avtaleteksten i en ny side, utgjorde det å trykke på akseptknappen i clickwrap-avtalen en aksept av avtalen.⁷¹

Dommen viser at en aksept av en clickwrap-avtale som hovedregel må medføre at rettslig bindende avtale er inngått. For browserwrap-avtaler kompliserer situasjonen seg noe, da avtalen ikke forutsetter en aksept fra brukeren. Forarbeidene til markedsføringsloven og førstvoterendes vurdering av standardvilkårene i Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne) viser imidlertid at samtykke til avtalevilkårene ikke nødvendigvis er en forutsetning for at rettslig bindende avtale inngås. Disse synspunktene står i kontrast med den nevnte dommen fra Spania. For den spanske Høyesterett var det avgjørende momentet for at rettslig bindende avtale ikke forelå at Atrápalo ikke hadde *akseptert* brukervilkårene plassert i form av en browserwrap-avtale på Ryanair sine nettsider.⁷² Sammenlignet med de nevnte retningslinjene for avtaleinngåelse i norsk rett, kan en slik løsning fremstå som noe «enkel». Det kan likevel heller ikke være slik at enhver form for surfing på en nettsiden innebærer at rettslig bindende avtale er inngått, som konkludert i saken fra Irland.⁷³ I tillegg til de nevnte retningslinjene overfor, oppstiller norsk avtalerett ytterligere momenter som kan trekkes inn i vurderingen. Særlig avtalens innhold, hvor rimelig den fremstår og om den fraviker fra deklarasjonslov kan være avgjørende.

⁷⁰ *Majdoub* [C3] C-322/14.

⁷¹ *Ibid*, avsnitt 40.

⁷² *Ryanair Ltd v Atrapalo SL*, Tribunal Supremo, Sentencia n. 572/2012, avsnitt 30.

⁷³ *Ryanair Ltd v Billigfluege.de GmbH* [2010] IEHC 47.

4.4.3 Avtalens innhold

I tillegg til at avtalevilkårene knyttet til databasen må være tilstrekkelig tilgjengelige, synlige og klart formulert, utgjør innholdet i avtalen også et viktig moment når det skal vurderes om rettslig bindende avtale er inngått. I Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne) var ikke bare det faktum at avtalevilkårene ikke hadde vært drøftet mellom partene i forkant av levering avgjørende. Også det at avtalevilkårene satt kjøperen i en svært uheldig posisjon bidro til at avtalen ikke ble ansett som inngått. Woxholth påpeker også avtalens innhold som et viktig moment i vurderingen om en avtale er rettslig bindende. Han skriver blant annet at det ikke bare er overraskelsesmomentet i avtalevilkårene som kan føre til at vilkårene ikke er vedtatt. Avtalevilkår som fremstår som lite rimelige for motparten, eller som skiller seg vesentlig fra deklarasjonsrett, kan utgjøre momenter som taler for at rettslig bindende avtale ikke er inngått.⁷⁴

4.4.4 Avtalen holdt opp mot åndsverklovens databaseregler

Dersom en avtale på en nettside inneholder vilkår som både er rimelige, vanlige i bransjen og som brukeren har grunn til å forvente, virker det lite hensiktsmessig å avvise avtalen som rettslig bindende. Der brukeren også har gitt sitt samtykke ved å trykke på akseptknappen i en clickwrap-avtale, er det mye som taler for at avtalen forplikter partene. Det samme bør imidlertid også gjelde for browsewrap-avtaler som motparten ikke har samtykket til. Vanlige avtalevilkår som verken skiller seg fra deklarasjonslov eller som ikke fremstår som uventede eller overraskende, bør ikke stille for strenge krav til samtykke fra motparten. En avtale knyttet til en sole source-database som inneholder vilkår som i stor grad samsvarer med åndsverklovens databaseregler, har brukeren grunn til å forvente. Det bør være opplagt for brukeren at avtalen som regulerer databasen ikke åpner for omfattende uttrekk, og at fremstilleren ønsker å verne om databasens innhold. Saken kan imidlertid stille seg annerledes dersom brukervilkårene har et innhold som avviker fra det normale.⁷⁵

⁷⁴ Woxholth (2014) s. 194.

⁷⁵ Se for eksempel Jarbekk og Foss (2001) s. 39, der det påpekes at: «vilkårene må være enda mer synlige dersom vilkårene fraviker hva man normalt ville vente for den type vare eller tjeneste det er snakk om. Årsaken til dette er nettopp at man sjelden har en garanti for at kunden faktisk leser avtalevilkårene. Det er en fare for at 'uvanlige' og ensidige vilkår til ulempe for kunden vil bli satt til side av en domstol».

En brukeravtale som samsvarer med de lovestede reglene for databasevern, vil normalt ikke by på problemer om hvorvidt avtalen er rettslig bindende mellom partene. Mer problematisk er det imidlertid dersom avtalen snevrer inn brukerens handlefrihet. Situasjonen kan for eksempel være at brukeren er en aktør som henter ut informasjon fra et stort omfang databaser. Aktøren er kjent med åndsverklovens regler om bruk og utnyttelse av sui generis-vernede databaser i § 24 første og andre ledd, og opererer i tråd med disse. Dersom aktøren plutselig kommer over en database som ikke er vernet av åndsverklovens regler, og der databasens rettighetshaver har oppstilt strengere brukervilkår enn det som følger av åndsverkloven, vil bruken raskt innebære brudd på avtalen. Er avtalen kun plassert på nettsiden uten at det kreves at brukeren godtar avtalevilkårene, kan det tale for at avtalen ikke er rettslig bindende dersom den inneholder slike overraskende og uventede vilkår.

4.4.5 Oppsummering

Oppsummert viser gjennomgangen at en avtale – uavhengig av om den fremgår som clickwrap eller browsewrap – må underlegges en konkret vurdering av om den er rettslig bindende mellom partene. Det er ikke utelukkende et spørsmål om brukeren av databasen har samtykket til databasens avtalevilkår. I norsk avtalerett vil også andre omstendigheter avgjøre om det foreligger en rettslig bindende avtale mellom databasens fremstiller og brukeren. Avtalens *innhold* kan som vist spille avgjørende vekt for vurderingen av om rettslig bindende avtale er inngått. For oppgavens problemstilling er det særlig avtalevilkår som oppstiller strengere begrensninger for bruk enn åndsverklovens databasevern som kan åpne for at rettslig bindende avtale avvises. Dersom avtalen mangler et uttrykkelig samtykke fra brukeren, i tillegg til at avtalevilkårene står i kontrast med det lovfestede databasevernet, kan hensynet til informasjonsflyt, konkurranse og prisgjennomsiktighet begrunne at rettslig bindende avtale ikke er inngått.

I internasjonal praksis er det så langt bare Irland som har åpnet for at Ryanair kan berøpe seg brukeravtalen som grunnlag for å nekte aktører å hente ut informasjon fra flyselskapets database. Hvilken konklusjon en norsk domstol hadde kommet frem til for en tilsvarende problemstilling, er usikkert. At avtalen må underlegges en grundig vurdering av omstendighetene rundt avtaleinngåelsen, avtalens innhold og hensyn for øvrig er det imidlertid ikke tvil om. Disse momentene kan særlig være aktuelle der databasen er sole

source, og å avvise slike brukeravtaler allerede ved avtaleinngåelsen vil hindre at avtalen må vurderes opp mot den høye lempingsterskelen etter avtl. § 36.

5 Avtaleloven § 36 – kan avtalen lempes?

5.1 Innledning

I det følgende forutsettes det at det foreligger en rettslig bindende avtale mellom fremstilleren og brukeren av en sole source-database på en nettside. Spørsmålet er om denne avtalen kan anses som gyldig.

Avtalens gyldighet skal vurderes opp mot lempningsregelen i avtl. § 36. Avtl. § 36 regulerer hel eller delvis tilsidesettelse eller endring av urimelige avtaler. Innledningsvis skal jeg derfor gi en oversikt over bestemmelsen og hvilke momenter som tilsier at lemping kan finne sted. Videre skal jeg forsvare hvorfor det egner seg å anvende avtl. § 36 på avtaler knyttet til en sole source-database, til tross for at EU-domstolen har akseptert at slike databaser kan reguleres av avtale.⁷⁶ Med bakgrunn i dette, skal jeg argumentere for at avtl. § 36 vil stille seg ulikt avhengig av hvordan avtalen som regulerer sole source-databasen er utformet. Argumentasjonen vil vise at det er gode grunner til å anvende databasevernet nedfelt i åndsverkloven som rammer for lempningsvurderingen i avtl. § 36. Vurderingen av om lemping av avtalen kan foretas skal videre ta utgangspunkt i to illustrerte situasjoner.

5.1.1 Avtaleloven § 36

Det følger av avtl. § 36 første ledd at «[e]n avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende». Av bestemmelsens andre ledd følger det at «avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse» samt «senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig» er momenter i lempingsvurderingen.

Ordlyden i avtl. § 36 gir uttrykk for en konkret rimelighetsvurdering av avtalens gyldighet, og formuleringen «urimelig» åpner for en bred skjønnsmessig vurdering.

⁷⁶ *Ryanair* [C3] C-30/14.

Urimelighetsvurderingen skal ta utgangspunkt i momentene listet opp i bestemmelsens andre ledd, men formuleringen «omstendighetene for øvrig» viser at listen ikke er uttømmende.

Det er alminnelig lagt til grunn i norsk rett at terskelen for å tilsidesette en avtale gjennom avtl. § 36 er høy – særlig for avtaler mellom næringsdrivende. I Rt. 2000 s. 806 ble det fremholdt at det kreves «sterke grunner» for å tilsidesette en avtale inngått mellom profesjonelle parter.⁷⁷ En tilsvarende formulering fremgår av Rt. 2012 s. 1537, der det uttales at «[t]erskelen for lemping er høy – det er de helt klare urimeligheter som rammes. For avtaler mellom næringsdrivende kreves spesielt mye».⁷⁸

Rettspraksis viser at dersom en rettslig bindende avtale knyttet til sole source-databaser er inngått, skal det mye til for at en domstol setter avtalen til side i lys av avtl. § 36. Som jeg likevel skal argumentere for videre, kan åndsverklovens databaseregler oppstille retningslinjer for lempingsvurderingen. Terskelen for lemping vil da kunne variere avhengig av hvordan avtalen er utformet.

5.1.2 Forholdet mellom avtl. § 36 og sole source-databaser

Avtaleretten og opphavsretten er to ulike og hovedsakelig adskilte regelsett. Hvorvidt det egner seg å anvende åndsverklovens databasevern som rammer for lempingsvurderingen i avtl. § 36, må derfor forsvares.

EU-domstolen har bevisst ført de fleste sole source-databaser utenfor databasedirektivets rammer. I tillegg er domstolen klar i C-30/14 *Ryanair* på at databaser uten vern kan beskyttes gjennom avtale. Å underlegge slike avtaler en for streng lempningsvurdering i norsk rett, vil i liten grad harmonisere med EU-domstolens utvikling av databasevernet på dette området.

Som vi også har sett tidligere, vil enkelte avtaler knyttet til offentliggjorte sui generis-databaser og opphavsrettslig vernede databaser erkjennes ugyldige. Avtalen er ugyldig dersom den oppstiller sterkere enerett for fremstilleren av databasen med tilsvarende svakere brukerrettigheter enn det åndsverkloven tilkjenner, jf. åvl. §§ 41 femte ledd og 24 sjette ledd. Sui generis-vernede databaser som ikke er offentliggjorte er ikke underlagt denne avtalebegrensningen. Slike databaser kan reguleres av avtaler som oppstiller en sterkere

⁷⁷ Rt. 2000 s. 806 på s. 815.

⁷⁸ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 46.

enerett for fremstilleren enn det åndsverkloven åpner for.⁷⁹ En naturlig slutning i forlengelse av dette, er at databaser som faller helt utenfor åndsverklovens rammer også bør være underlagt full avtalefrihet. Åndsverklovens databaseregler skal som hovedregel ikke ha noen innvirkning på avtaler knyttet til databaser som faller utenfor loven.

På den andre siden stiller situasjonen for offentlig tilgjengelige sole source-databaser seg annerledes enn for ikke-offentliggjorte database med sui generis-vern. En sole source-database er for det første ofte ansett som en «database» i lovens forstand, jf. databasedirektivet art. 1 (2). For det andre står hensynet til informasjonsflyt på Internett langt sterkere enn hensynet til å sørge for informasjonsflyt fra private databaser. EU-kommisjonen har senest i 2018, uttrykkelig påpekt faren for at avtalevilkår forhindrer verdifull gjenbruk av tilgjengelig materiale på Internett. Uttalelsen om at «[w]ith respect to databases, in the light of Ryanair, it is all the more important that users' rights be secured», viser at Kommisjonen mener at ikke *alle* avtaler knyttet til en offentliggjort sole source-database kan stå seg.⁸⁰ Kommisjonens holdning til EU-domstolens utvikling av sole source-databaser, og det faktum at sole source-databaser på samme tid befinner seg på *utsiden* og på *innsiden* av åndsverklovens regler for databasevern, forsvarer derfor å underkaste disse en vurdering i lys av avtl. § 36.

På bakgrunn av de nevnte argumentene må følgende legges til grunn: Selv om avtaleregulering av sole source-databaser i utgangspunktet er et anliggende for avtaleretten, bør det lovfestede databasevernet fortsatt være styrende for hvilke avtaler som kan aksepteres i norsk rett. Når gyldigheten av avtaler som beskytter sole source-databaser skal vurderes, vil det derfor være hensiktsmessig å vurdere avtalen opp mot enkelte aspekter ved databasevernet slik det er nedfelt i åndsverkloven. I denne sammenheng kan særlig eneretten til databasens fremstiller og brukerens minimumsrettigheter for bruk av databaser som oppnår vern i åvl. §§ 24 første og andre ledd og 41 fjerde ledd, gi retningslinjer for hvilke avtaler som kan aksepteres.

Når eneretten og brukerens minimumsrettigheter i åndsverkloven gir retningslinjer for rekkevidden av avtaler knyttet til sole source-databaser, må det skilles mellom to typetilfeller: Avtaler som forbyr bruk som *ikke* ville vært tillatt etter åndsverklovens regler, og avtaler som

⁷⁹ Se ot.prp. nr. 85 (1997–1998) s. 43.

⁸⁰ Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC (2018) s. 81.

forbyr bruk som *ville* vært tillatt i lys av åndsverklovens databaseregler. Dersom avtalen forbyr bruk av databasen som brukeren *uansett* ikke ville hatt lov til å foreta seg hadde avtalen vært sui generis eller opphavsrettslig vernet, er det lite grunn for lemping etter avtl. § 36. Motsatt bør det være en lavere terskel for lemping av avtaler som utvider fremstilleren av databasens enerett i så stor grad at selv små uttrekk fra databasen forbys. Som vi skal se nedenfor, bør det like fullt foretas en konkret rimelighetsvurdering av hver enkelt avtale, der ulike momenter kan trekkes inn. Dersom avtalen oppstiller snevrere brukerrettigheter enn åndsverklovens databaseregler, vil særlig avtalens innhold, partenes stilling og omstendighetene for øvrig være momenter som kan tale for lemping. Også enkelte retningslinjer fra norsk rettspraksis – herunder HR-2019-1725-A (Lovdata) – gir argumenter for en slik konklusjon. De nevnte momentene vil i mindre grad aktualisere lemping dersom avtalen legger seg på samme linjer som åndsverklovens regler om databasevern.

5.1.3 Illustrasjon av scenarioer

Før den konkrete lempingsvurderingen skal foretas, skal jeg oppstille to ulike situasjoner der en sole source-database beskyttes gjennom avtale. Scenarioene bygger på reelle hendelser, der adgangen til å avtaleregulere sole source-databaser og rekkevidden av disse avtalene har blitt vurdert.

Situasjon 1 er en tilsvarende situasjon som i C-30/14 *Ryanair*. Et flyselskap har en nettside der flybilletter og andre tjenester kan kjøpes. Databasen på nettsiden faller utenfor sui generis-vernet i åvl. § 24 da investeringen hovedsakelig knytter seg til produksjon av databasens innhold. Manglende individuell originalitet ved sammenstilling av databasens innhold innebærer også at vilkårene for opphavsrettslig vern ikke er oppfylt, jf. åvl. § 2 andre ledd. Flyselskapet skriver i brukervilkårene at det ikke er tillatt å bruke informasjonen på nettsiden til kommersielle formål, kopiere til annet enn privat bruk eller anvende automatiserte søkemekanismer for å trekke ut informasjon på nettsiden.

Situasjon 2 omhandler en aktør som har skapt en database med x antall resultater på psykologiske tester. Av samme grunn som i situasjon 1, er verken vilkårene til sui generis

eller opphavsrettslig vern oppfylt. I brukervilkårene på nettsiden står det at det ikke er tillatt noen form for kopiering eller duplikat uten aktørens tillatelse.⁸¹

I begge scenarioene forutsettes det at rettslig bindende avtale er inngått. Spørsmålet er om avtalene kan lempes helt eller delvis i lys av avtl. § 36.

5.2 Avtaler som begrenser bruk som ikke ville vært tillatt etter åndsverkloven

Som jeg har argumentert for tidligere, bør ikke avtl. § 36 ramme avtaler knyttet til sole source-databaser som legger seg på samme nivå som åndsverklovens databaseregler. Dette skal illustreres med en gjennomgang av momentet «avtalens innhold» og reelle hensyn, jf. avtl. § 36 andre ledd.

5.2.1 Avtalens innhold

Når avtalens rimelighet skal vurderes, står «avtalens innhold» sentralt, jf. avtl. § 36 andre ledd. Ordlyden tar sikte på å ramme eventuelle innholdsmangler ved avtalen. Det er særlig usedvanlig byrdefulle standardvilkår som ikke er vanlig i bransjen, som kan føre til at innholdet i avtalen er så urimelig at avtalen må lempes.⁸²

Dersom avtalen begrenser bruk som uansett ikke ville vært tillatt i en database vernet av åndsverkloven, vil det verken være tale om urimelige byrdefulle standardvilkår eller vilkår som ikke er vanlige i bransjen. Situasjon 1 kan være illustrerende. Avtalen forbyr at brukeren anvender automatiserte søkemekanismer på databasen, der store mengder data og informasjon potensielt trekkes ut. Ved bruk av slike automatiserte søkemekanismer, kan man for eksempel fort komme i en situasjon der uttrekket omfatter «gjentatt og systematisk uttrekk» fra

⁸¹ Eksempelet er hentet fra en dom fra Nederland, *Pearson v Bär Software*. Dommen finnes bare på originalspråket, men en gjennomgang av saken kan leses her: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/01/31/pearson-v-bar-software-use-unprotected-databases/> (lest 9. desember 2019).

⁸² Woxholth (2014) s. 330.

databasen som «utgjør handlinger som skader den normale bruken av databasen eller urimelig tilsidesetter fremstillerens legitime interesser», jf. åvl. § 24 andre ledd.

Formålet med å anvende automatiserte søkemekanismer på en database er ofte å trekke ut store mengder data, gjerne med kommersiell hensikt. En avtale som begrenser at aktører med kommersielle interesser «tapper» databasen for data og informasjon, bør ikke rammes av den høye lempningsterskelen i avtl. § 36. Rettighetshaver til en sole source-database har tilsvarende interesser som rettighetshaver til en database som omfattes av det lovfestede databasevernet, herunder i å verne databasens innhold. EU-domstolen har riktignok påpekt at sole source-databaser ikke nyter det samme investeringsvernet som databaser underlagt lovfestet databasevern, da det ikke er foretatt den samme investeringen i innhenting av data. Dette betyr imidlertid ikke at enhver avtale som begrenser omfattende uttrekk fra en sole source-database bør tilsidesettes gjennom avtl. § 36.

Situasjon 1, som er den samme situasjonen som i C-30/14 *Ryanair*, viser at rettighetshaver til en sole source-database også har et visst behov for vern. En aktør som tilbyr flybilletter eller andre produkter på sin nettside, ønsker naturligvis ikke at sine data skal spres på andre aktørers nettsider. Heller ikke ønsker rettighetshaver at andre aktører skal oppnå økonomiske fordeler ved å hente ut «gratis» informasjon fra databasen. For lavprisflyselskaper som Ryanair er det ikke bare ved salg av flybilletter selskapet oppnår profitt. Også salg av tilleggsprodukter selskapet tilbyr, gir stor økonomisk gevinst. Det er kun ved brukerens inntreden på den opprinnelige nettsiden at disse tilleggsproduktene kan kjøpes, noe som gjør at Ryanair og tilsvarende aktører foretrekker salg fra sin egen nettside. Å verne om den økonomiske interessen til fremstilleren av sole source-databasen må derfor også være et hensyn som står sentralt når en avtale skal vurderes opp mot avtl. § 36. Det er derfor gode grunner for å akseptere de avtalene med et innhold som legger seg på samme beskyttelsesnivå som de lovfestede rammene for databasevern.

På den andre siden er problemet med avtaler illustrert i situasjon 1 at *all* bruk av automatiserte søkemekanismer er forbudt. For avtaler illustrert i situasjon 2 utgjør enhver kopiering av avtalens innhold et avtalebrudd. Dette innebærer at til og med uvesentlige uttrekk av databasen kan rammes, uavhengig om dette «skader den normale bruken av databasen» eller «urimelig tilsidesetter fremstillerens legitime interesser», jf. åvl. § 24 andre ledd. Avtalen blokkerer i realiteten enhver form for uttrekk, noe som raskt medfører at sole source-databasen oppnår et sterkere vern enn det åndsverkloven åpner for. En løsning på dette er

imidlertid å la vurderingen av om avtalen er urimelig etter avl. § 36 avhenge av om hvordan avtalen er formulert. Dette beror igjen på en tolkning av avtalen opp mot eneretten for fremstilleren og minimumsrettigheter for brukeren i databaser som oppnår vern etter åndsverkloven.

Dersom avtalen legger seg på linje med åndsverklovens regler, vil både hensynet til databasens fremstiller og brukeren ivaretas i tilstrekkelig grad. Er formuleringen i avtalevilkårene for eksempel at bruk av automatiserte søkemekanismer er forbudt i den grad uttrekket enten innebærer at «hele eller deler av databasen» gjenopprettes eller en tilsvarende formulering som i avl. § 24 andre ledd, bør ikke «avtalens innhold» gi grunnlag for lemping, jf. avl. § 36 andre ledd. Dette underbygges ytterligere med den høye terskelen til avl. § 36 for lemping av slike avtaler, og det er neppe realistisk at en domstol vil tilsidesette en avtale som forbyr bruk som ikke ville vært tillatt gjennom åndsverkloven.

5.2.2 Reelle hensyn

Det er flere hensyn som taler for å la avtaler som oppstiller tilsvarende begrensninger for bruk av databasen som åndsverklovens databaseregler, gå klar av avl. § 36. En slik løsning vil harmonisere databasevernet med avtaleretten på området for sole source-databaser. Samtidig vil rettstilstanden etter sak C-30/14 *Ryanair* opprettholdes og respekteres, noe som skaper forutberegnelighet for både bruker og fremstiller av sole source-databasen. Avtaler som regulerer sole source-databaser vil også oppfylle en funksjon som lovgiver ikke tok hensyn til ved utforming av databasevernet, nemlig at det er en rekke databaser som blir stående uten vern. Ønsker rettighetshaver å oppnå samme beskyttelsesnivå som opphavsretten eller sui generis-vernet gjennom avtale, er det gode grunner for i å hvert fall akseptere de avtalene som ikke oppstiller et sterkere vern enn det åndsverkloven åpner for.

5.3 Avtaler som begrenser bruk som ville vært tillatt gjennom åndsverkloven

Som vi har sett i punkt 5.1.2, kan det være problematisk å etablere for sterke bindinger til åndsverklovens databaseregler, særlig når EU-domstolen uttrykkelig har fristilt sole source-databaser fra databasedirektivets rammer. På den andre siden har jeg vist at det fortsatt er gode grunner til å la enkelte sider ved det lovfestede databasevernet være styrende for hvilke avtaler som kan aksepteres i norsk rett.

Både situasjon 1 og 2 illustrerer avtaler som kan oppstille strengere begrensninger for bruk av databasen enn det åvl. §§ 24 andre ledd og 41 fjerde ledd åpner for. I situasjon 1 forbys alle uttrekk gjennom blant annet automatiserte søkemekanismer på nettsiden der bruken har kommersielle formål. Situasjon 2 forbyr all form for kopiering og uttrekk fra databasen. Under dette punktet skal det derfor vurderes om et slikt spenn mellom de lovfestede minimumsrettighetene for bruk av databasen og avtalens innhold kan gi grunnlag for lemping etter avtl. § 36

5.3.1 Avtalens innhold

I denne vurderingen er det også naturlig å spørre om «avtalens innhold» gir grunnlag for lemping av hele eller deler av avtalen, jf. avtl. § 36 andre ledd. Woxholth påpeker at «avtaler som har til formål å omgå ufravikelig (preseptorisk) lov [vil] etter forholdene kunne rammes av § 36».⁸³ På den ene siden kan dette gi en indikasjon på at en avtale knyttet til databaser illustrert i situasjon 1 og 2, og som gir mindre spillerom for brukeren enn det åndsverkloven åpner for, lettere kan anses som urimelige. På den andre siden er det viktig å ha i bakhodet at forutsetningen for vurderingen er at databasen overhodet ikke omfattes av åndsverklovens regler, nettopp fordi den ikke oppnår opphavsrettslig eller sui generis-vern. Det blir derfor ikke tale om å «omgå ufravikelig ... lov» på den måten Woxholth belyser. Samtidig befinner vi oss i et grensetilfelle, da det ofte er tale om en «database» i lovens forstand som på grunn av ulike omstendigheter ikke oppnår vern. Det bør derfor være et moment i vurderingen av

⁸³ Woxholth (2006) s. 354.

avtalens rimelighet om avtalen knyttet til sole source-databasen oppstiller sterkere begrensninger for bruk enn åndsverklovens databaseregler.

5.3.2 Partenes stilling

En brukeravtale som illustrert i situasjon 1 og 2 kan være egnet til å gi databasens fremstiller en dominerende posisjon i markedet for en type informasjon eller samling av informasjon. I denne sammenheng kan «partenes stilling» i avtalen komme inn som et viktig moment i helhetsvurderingen av avtalens gyldighet, jf. avtl. § 36 andre ledd. Ordlyden tilsier at en avtale kan anses som urimelig dersom avtalen medfører at den ene parten opplever en særlig ulempe på grunn av avtalens innhold, eller som Woxholth kommenterer, «der den ene avtalepart står i en underlegen stilling».⁸⁴

Den illustrerte situasjon 2 er et eksempel på en avtale som enkelt kan sette partene i en skjevstilling. Avtalen begrenser alle uttrekk og all form for kopiering fra databasen. Den personen som tar i bruk databasen, vil lett begå avtalebrudd ved ethvert uttrekk eller enhver kopiering vedkommende foretar. I tillegg fører avtalen til at det blir pålagt strengere begrensninger for bruk enn det åndsverkloven ville gitt dersom databasen var vernet etter loven. Dette er forhold som er egnet til å sette den ene parten i en underlegen stilling ovenfor rettighetshaveren av databasen, og som kan være et moment i retning av lemping av avtalen etter avtl. § 36.

5.3.3 Omstendighetene for øvrig

Sekkeposten «omstendighetene for øvrig» viser at andre momenter enn de som er listet opp i avtl. § 36 andre ledd, kan være av betydning i lempingsvurderingen. Det har allerede blitt lagt til grunn at avtaler som regulerer sole source-databaser kan vurderes opp mot enkelte sider av åndsverklovens databaseregler. Det er ikke bare de lovfestede minimumsrettighetene i åndsverkloven som kan være styrende for vurderingen. Også begrensningen i avtalefriheten fastsatt i åvl. §§ 24 sjette ledd og 41 femte ledd kan gi retningslinjer for hva som kan aksepteres i lys av avtl. § 36.

⁸⁴ Woxholth (2014) s. 342.

Åndsverklovens innskrenkning av avtalefriheten innebærer at enkelte avtaler umiddelbart vil bli erklært ugyldige dersom avtalen omgår det preseptoriske databasevernet. Denne begrensningen i avtalefriheten uttrykker en motstand fra lovgivers side mot avtaler som gir et sterkere databasevern enn det åndsverkloven oppstiller. Dersom avtalebegrensningen i åvl. §§ 41 femte ledd og 24 sjette ledd tolkes utvidende til også å gjelde for avtaler som regulerer bruk av sole source-databaser, kan dette kompensere for de utfordringene som har oppstått i lys av C-30/14 *Ryanair*. En slik sammenhengende tolkning vil særlig være hensiktsmessig for avtaler som gir mindre brukerrettigheter enn det åndsverkloven gir for databaser omfattet av loven. Det forhindrer ikke at sole source-databaser *kan* vernes gjennom avtale, men det harmoniserer databasevernet både utenfor og innenfor åndsverkloven. I tillegg bidrar det til å hindre et potensielt informasjonsmonopol som kan oppstå dersom enhver avtale som oppstiller sterke begrensninger for bruk av databasen går klar av avtl. § 36.

På den andre siden vil en slik tolkning kunne hevdes å samsvare dårlig med EU-domstolens konklusjon i sak C-30/14 *Ryanair*. EU-domstolen gjorde det klart at art. 15 i databasedirektivet ikke kommer til anvendelse for databaser uten *sui generis* og opphavsrettslig vern. Den nevnte tolkningen av sole source-databaser opp mot åndsverklovens begrensning i avtalefriheten, må derfor gjøres med varsomhet. Likevel vil det ikke stå direkte i motstrid med EU-domstolens avgjørelse i C-30/14 *Ryanair* å anvende disse reglene som et *moment* i vurderingen av avtalens gyldighet etter avtl. § 36. EU-domstolen har kun påpekt at art. 15 i databasedirektivet er direkte knyttet til *sui generis*-vernet i direktivets art. 7 (1) og opphavsrettslig vern i art. 3. Det vil derfor ikke være i strid med EU-domstolens praksis å anvende de samme hensynene bak den lovfestede avtalebegrensningen på avtaler knyttet til sole source-databaser som faller utenfor åndsverkloven. Tvert imot – en slik løsning vil både fremstå som harmoniserende, forutberegnelig og ikke minst rimelig.

5.3.4 Norsk rettspraksis knyttet til databasevernet

Som nevnt, har ikke norsk rettspraksis vurdert rekkevidden av en avtale knyttet til en sole source-database som ikke omfattes av det lovfestede databasevernet. Enkelte momenter fra Høyesterett sin vurdering i HR-2019-1725-A (Lovdata) kan imidlertid anvendes på gjeldende problemstilling. Kort sagt viser dommen at hensynet til informasjonstilgang i visse tilfeller kan stå sterkere enn databasevernet. De samme hensynene Høyesterett viser til kan overføres til situasjoner der en database er vernet gjennom avtale, særlig der databasen er sole source.

Saken gjaldt en tvist mellom Lovdata og nettstedet Rettspraksis.no. Rettspraksis.no hentet ut høyesterettsavgjørelser fra Lovdata sine online-databaser og publiserte de på sine nettsider. Høyesterett var ikke tvil om at databasen var sui generis-vern og at Rettspraksis.no hadde krenket Lovdatas sui generis-vern etter avl. § 24. Interessant for gjeldende problemstilling var spørsmålet i dommen om databasevernet måtte vike fordi bruken var vernet av ytringsfriheten i GrL.⁸⁵ § 100 og EMK⁸⁶ art. 10.⁸⁷

I vurderingen av om retten til ytringsfrihet la begrensninger på databasevernet, la Høyesterett til grunn at inngrepet i Rettspraksis.no sin ytringsfrihet var «nødvendig i et demokratisk samfunn», blant annet fordi «saken ikke dreier seg om tilgang til informasjon som ikke ellers vil være tilgjengelig, eller adgang til å gjøre informasjon gjeldende for domstolene eller i samfunnsdebatten».⁸⁸ Dersom de samme hensynene skal overføres til gjeldende problemstilling, kan følgende momenter oppstilles: En database som er sole source, vil ofte inneholde informasjon og data som ikke ellers vil være tilgjengelige. Oppstiller avtalen omfattende begrensninger i adgangen til bruk og uttrekk av databasen, vil fremstilleren kunne oppnå et monopol for en spesifikk type data eller informasjon. En avtale som hindrer at informasjon deles og spres på Internett kan derfor tenkes å måtte vike på bakgrunn av de samme hensynene Høyesterett oppstiller. I stedet for å anvende retten til ytringsfrihet, kan avtl. § 36 sørge for at informasjon på Internett er åpent tilgjengelig og kan gjenbrukes i en viss grad. Det vil derfor være godt i tråd med Høyesteretts vektlegging av informasjonstilgang å bruke dette hensynet som et moment i vurderingen av om avtalen kan lempes i lys av avtl. § 36.

5.3.5 Reelle hensyn og oppsummering

Det er utvilsomt hensynet til informasjonstilgang og informasjonsflyt som i størst grad begrunner bruk av avtl. § 36 på avtaler knyttet til sole source-databaser på Internett. Ivaretagelse av disse hensynene vil særlig gjøre seg gjeldende der avtalen gir brukeren av databasen mindre spillerom enn det åndsverkloven ville gitt ved bruk av databaser omfattet av

⁸⁵ Lov 5. mai 1814 nr. 17 Kongeriket Norges Grunnlov (grl.).

⁸⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK).

⁸⁷ HR-2019-1725-A avsnitt 45.

⁸⁸ HR-2019-1725-A avsnitt 66.

det lovfestede databasevernet. Samtidig vil den illustrerte løsningen jeg har oppstilt, harmonisere databasevernet på innsiden og utsiden av åndsverkloven. Det er gode grunner til ikke å la sole source-databaser være underlagt full avtalefrihet. Samtidig er det verken hensiktsmessig eller i tråd med EU-domstolens praksis å underlegge disse avtalene en for streng vurdering. Å legge seg på en løsning der avtaler knyttet til sole source-databaser kan gå like langt, men ikke lenger enn åndsverklovens rammer, vil imidlertid skape harmoni i rettssystemet og forutberegnelighet for alle parter. Databasevernet i åndsverkloven vil kunne danne en form for «mal» for hvilke avtaler som kan aksepteres. Avtaleloven § 36 vil på sin side sørge for at sole source-databasene ikke lever sitt eget liv, helt på utsiden av det lovfestede databasevernet.

5.4 Avsluttende betraktninger

Fremstillingen har vist at rettskildebildet for sole source-databaser som ikke oppnår sui generis eller opphavsrettslig vern både er uoversiktlig og kronglete. Analysen illustrerer også den vanskelige balansegangen mellom hensynet til databasens fremstiller og hensynet til å la informasjon på Internett være fri og tilgjengelig for alle.

I oppgaven har jeg avdekket at ikke alle avtaler knyttet til sole source-databaser på nettsider vil være rettslig bindende mellom databasens fremstiller og brukeren. Jeg har også vist at avtl. § 36 i enkelte tilfeller kan anvendes på avtaler som regulerer disse databasene. Både under vurderingen av om bindende avtale er inngått og avtalens gyldighet, har jeg argumentert sterkt for å skille mellom to situasjoner: avtaler som forbyr bruk som heller ikke ville vært tillatt under åndsverklovens databaseregler, og avtaler som oppstiller snevrere brukerrettigheter enn dette regelsettet.

Løsningen om å anvende avtaleretten i lys av det lovfestede databasevernet i åndsverkloven kan fremstå som kontroversiell. For å opprettholde harmoni og forutberegnelighet på området for databasevern, bør likevel de etablerte nasjonale databasereglene være retningsgivende for hvilke avtaler som kan aksepteres. Sole source-databaser kan og vil i fremtiden reguleres av avtaler. Dersom avtaleretten på dette området holdes helt adskilt fra det lovfestede databasevernet, er det stor risiko for at vi ender opp med et todelt databasevern på innsiden og utsiden av åndsverklovens rammer. Dette er lite ønskelig, og en slik rettsstilstand vil både være usikker og lite konsistent. Å falle tilbake på løsningene jeg har oppstilt i denne oppgaven, vil

imidlertid gjøre at hensynet til fremstilleren av sole source-databasen ivaretas. Internett vil på samme tid fortsette å være en plattform der informasjon kan brukes, deles og spres videre – der avtaler knyttet til sole source-databaser og det lovfestede databasevernet eksisterer i harmoni med hverandre.

Litteraturliste

Norske rettskilder

Lovgivning

Grunnloven	Lov 5. mai 1814 nr. 17 Kongeriket Norges Grunnlov
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
Konkurranseloven	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
Markedsføringsloven	Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
Åndsverkloven	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 38 (1979–1980)	Om lov om endringer i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring (regler om regulering og kontroll av standardkontrakter)
NOU 1983: 35	Endringer i åndsverkloven
Ot.prp. nr. 85 (1997–1998)	Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser)
NOU 2009: 1	Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunnet
Prop. 104 L (2016–2017)	Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

Rettsavgjørelser

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2004 s. 675 Agurkpinne

Rt. 2007 s. 1329

Rt. 2012 s. 1537

HR-2019-1725-A Lovdata

Juridisk litteratur

Bøker

- Bartnes (2007) Bartnes, Catharina C., «Ugyldighet i konkurranseretten – Privatrettslig ugyldighet ved misbruk av dominerende stilling», i *Misbruk av dominerende stilling*, Olav Kolstad (red.), Universitetsforlaget 2007 s. 330–390
- Bottis (2015) Bottis, Maria, «How open data become proprietary in the Court of Justice of the European Union», i *E-democracy – Citizen Rihts in the World of the New Computing Paradigms*, Sokratis K. Katsikas og Alexander B. Sideridis (red.), Springer International Publishing 2015 s. 169–174
- Jarbekk og Foss (2001) Jarbekk, Eva I. E. og Foss, Morten, *e-handel, Internett og juss*, Gyldendal 2001
- Rognstad (2019) Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2019
- Woxholth (2006) Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 6. utg., Gyldendal 2006
- Woxholth (2014) Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9. utg., Gyldendal 2014

Artikler

- Arendt (1999) Arendt, Torstein, «Fortolkning av 'shrinkwrap'- og 'clickwrapavtaler' med eksempler fra amerikansk rettspraksis» *Tidsskrift for forretningsjus* 1999 nr. 3, s. 341–350
- Borghi og Karapapa (2015) Borghi, Maurizio og Karapapa, Stavroula, «Contractual restrictions on lawful use of information: sole-source databases protected by the back door?» *European intellectual property review* 2015 vol. 37 nr. 8, s. 505–514
- Boykin (2012) Boykin Davis, Deborah, «Survey of E-Contracting Cases: Browsewrap Clickwrap, and modified Clickwrap Agreements» *The Business Lawyer* 2012 No 1, s. 257–262
- Husovec (2014) Husovec, Martin, «BGH: Screen Scraping Does Not Constitute Unfair Competition» *Hut'ko's Technology Law Blog*, 30. april 2014, <http://www.husovec.eu/2014/04/bgh-screen-scraping-does-not-constitute.html> (lest 23. november 2019)
- Kielland (2015) Kielland, Torger, «C-30/14 Ryanair: Tilgang til databaser som ikke er beskyttet etter databasedirektivet kan begrenses gjennom avtale», *Immaterialrettstrollet*, 20. januar 2015, <http://www.iptrollet.no/2015/01/c-3014-ryanair-tilgang-til-databaser.html#comment-form> (lest 28. november 2019)
- Myska og Harasta (2016) Myska, Matej og Harasta, Jakub, «Less is more? Protecting databases in the EU after Ryanair» *Masaryk University Journal of Law and Technology* vol. 10:2 2016, s. 170–198
- NOlegaltech (2017) NOlegaltech, «La legalidad del web scraping: el caso Ryanair», 23. juni 2017, <https://www.nolegaltech.com/es-ES/blog/r/la-legalidad-del-web-scraping-el-caso-ryanair> (lest 20. november 2019)

Internasjonale kilder

Internasjonale traktater

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, 2. mai 1992 (i kraft 1. januar 1994)

EU-direktiver og forordninger

Databasedirektivet	Europaparlaments og Rådets direktiv 96/9/EF av 11. mars 1996 om rettslig vern av databaser
Brusselordningen	Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (opphevet)

EU-forarbeider

First Proposal (1992)	Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases, COM(92) 24 final – SYN 393, (Brussels, 13 May, 1992)
Common Position 20/95	Statement of the Council's Reasons – Common Position 20/95 with a view to adopting Directive 95//EC on the legal protection of databases (1995) OJ C288/14

Rettspraksis fra EU-domstolen

Dom av 9. november 2004 [GC], *Fixtures/OPAP*, C-444/02, EU:C:2004:697

Dom av 9. november 2004 [GC], *Fixtures/Oy Veikkaus*, C-46/02, EU:C:2004:694

Dom av 9. november 2004 [GC], *Fixtures/Svenska Spel*, C-338/02, EU:C:2004:696

Andre kilder

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/01/31/pearson-v-bar-software-use-unprotected-databases/> (lest 9. desember 2019)