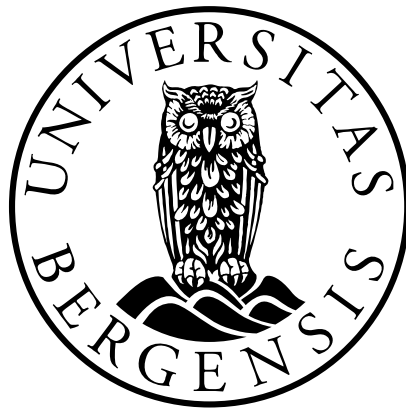


Sui generis-vern av databaser

En analyse av de rettskildemessige utfordringer

Kandidatnummer: 186055

Antall ord: 14758



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[10.12.14]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse 1

1. Innledning	3
1.1 Tema	3
1.2 Behovet for databasevern	4
1.3 Sui generis-vernet	5
1.4 Den videre fremstilling	7
2. Rettskildesituasjonen	8
2.1 Forholdet mellom norsk lov og databasedirektivet	8
2.2 Retningslinjer for tolkningen	9
2.3 Totalharmonisering eller minimumsvern	10
2.4 Rettskildeprinsipper i møte med EU-retten	12
3. Vilkår for vern	15
3.1 Introduksjon	15
3.2 Databasebegrepet	15
3.3 Opplysningsmengde eller investeringsnivå	18
3.3.1 Antallsvilkåret	18
3.3.2 Investeringskravet	19
3.3.3 Vesentlighetskravet	23
3.3.3.1 Innledende om vesentlighetskravet	23
3.3.3.2 Kvantitative vurderinger	24
3.3.3.3 Kvalitative vurderinger	24
3.3.3.4 Vesentlighetsbegrepet	25
3.3.4 Kollisjonen mellom antallsvilkåret og harmoniseringsmålsettingen	27
4. Eneretten	29

4.1 Oversikt	29
4.2 Innledende betraktninger	31
4.3 Enerettsbegrepet og handlingsrommet	32
4.4 Eksemplarframstilling	33
4.4.1 Innledning.....	33
4.4.2 Directmedia-avgjørelsen.....	34
4.5 Tilgjengeliggjøring for allmennheten.....	36
4.5.1 Tilgjengeliggjøringsbegrepet.....	36
4.5.2 Hyperlenker	37
4.5.2.1 Introduksjon.....	37
4.5.2.2 Gaspedaal-avgjørelsen.....	39
4.5.2.3 Retriever-avgjørelsen.....	40
4.5.3 Begrepskollisjonen	42
5. Avsluttende betraktninger	44
5.1 Oppsummering	44
5.1 Utsyn.....	45
Litteraturliste	47

1. Innledning

1.1 Tema

Norsk rett har store forpliktelser gjennom EØS-samarbeidet, ved å sikre at norsk rett er tilstrekkelig harmonisert med de deler av EU-retten vi er forpliktet av. Den videre fremstillingen omhandler et tilfelle der lovgiver ikke implementerte et EU-direktiv på korrekt måte, og i forlengelsen hvilke tolkningsutfordringer dette skaper i norsk rett av hensyn til våre EØS-rettslige forpliktelser.

Temaet for fremstillingen er de rettskildemessige utfordringer som har oppstått i kjølvannet av fusjonen mellom den gamle katalogregelen¹ og databasedirektivet², ved implementeringen av sistnevnte i norsk rett. I forarbeidene til endringsloven³ uttaler departementet følgende:

“Direktivet gir et opphavsrettslig vern såvel som et investeringsmessig begrunnet særskilt vern for databaser. Gjeldende norsk rett gir allerede et utstrakt immaterialrettslig vern for databaser. Databaser kan være vernet som åndsverk hvis de fyller krav til verkshøyde, og de kan vernes etter den såkalte katalogregelen i åndsverkloven dersom de inneholder et større antall opplysninger. *Direktivet gjør det derfor etter departementets syn ikke nødvendig med omfattende endringer i åndsverkloven*” (min kursivering).⁴

Uttalelsen i forarbeidene illustrerer kjernen i temaet. Etter departementets oppfatning var det ikke grunnlag for å foreta større endringer i åndsverkloven § 43⁵ da det ble lagt til grunn at databasedirektivet ville kunne eksistere i harmoni med den gamle katalogregelen.

Departementets forutsetning ved implementeringen har vist seg å være problematisk. Bakgrunnen er at departementet mente direktivet oppstilte et minimumskrav til vernnivå, og

¹ Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk (heretter åndsverkloven) § 43.

² Dir. 96/9/EF, heretter omtalt som direktivet eller databasedirektivet. Alle referanser til fortale eller artikler uten spesifisering av direktiv, gjelder databasedirektivet.

³ Lov 16. april 1999 nr. 19 om endring av åndsverkloven.

⁴ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 5.

⁵ Åndsverkloven § 43, etter implementeringen av databasedirektivet.

ikke et krav om totalharmonisering⁶. Som resultat innførte departementet et annet vern enn direktivet la opp til. I juridisk teori har det vært rettet kritikk mot implementeringen av databasedirektivet, da det er stor enighet om at direktivet krever totalharmonisering.⁷ Denne grad av harmonisering kan ikke realiseres dersom det er ulikt verneniå i medlemslandene.⁸ Ettersom åndsverkloven § 43 oppstiller andre vilkår og beføyelser enn direktivet, er risikoen for ulikt verneniå i aller høyeste grad en realitet.

Fremstillingen vil ved en gjennomgang på de problematiske punkter, undersøke i hvilken grad den norske implementeringen hindrer harmoniseringsmålsettingen. Dette vil oppnås ved en helhetlig tilnærming til rettskildet bildet for å vurdere i hvilken grad direktivkonforme tolkninger kan sikre harmoni mellom den norske bestemmelsen og direktivet. Dersom en ikke kan sikre denne harmoni, vil resultatet være at Norge har et annet verneniå enn de andre medlemslandene.

1.2 Behovet for databasevern

Gjennom det siste halve århundret har samfunnet gjennomgått en omfattende digital revolusjon. I kjølvannet av utviklingen oppstår juridiske problemstillinger på områder som ikke nødvendigvis var tiltenkt ved lovreguleringen.

Innen immaterialretten fordres dermed en stor lovgiveraktivitet, ettersom det til stadighet oppstår nye rettsområder som konsekvens av den teknologiske utvikling. Det er sjelden det kan sies at en rettslig regulering innen immaterialretten har vært forut for sin tid, men hva gjelder databasedirektivet er dette tilfellet. Allerede i 1988⁹ synes den spede begynnelse for databasedirektivet. Her forutses den store rollen databaser vil spille i den kommende digitale tidsalder, lenge før Internett blir tilgjengelig for allmennheten.¹⁰ Noen år senere, i 1996, blir

⁶ Omtales også generelt som homogenitetsmålsettingen innen EU/EØS-retten. I denne fremstillingen vil begrepet harmonisering brukes gjennomgående.

⁷ Se Lisa Vogt Lorentzen, "Sui generis-vern av sammenstillinger etter gjennomføringen av databasedirektivet i åndsverkloven § 43", i *Complex nr. 12/2002* s. 31-32. Se også Steinar Taubøll, "Vilkårene for databasevern i åndsverkloven § 43", i *Lov og Rett*, 2006 s. 531-548 (s. 543). Samt Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, s. 296-297.

⁸ Taubøll (2006) s. 543 og Lorentzen (2002) s. 31.

⁹ Comission of the European Communities, "*Green Paper on copyright and the challenge of technology*" (1988), se kapittel 6.

¹⁰ World Wide Web ble utviklet av Tim Berners- Lee i 1991, se Store norske leksikon https://snl.no/World_Wide_Web%2FIT (2014)

databasedirektivet vedtatt og på denne tiden var det et helt annet landskap på Internett enn det vi kjenner i dag.

Det har skjedd store endringer i de 18 årene som har gått siden vedtakelsen av databasedirektivet. For 15 år siden var det svært få som bestilte hotell på internett når de skulle ut og reise, den gjennomsnittlige borger benyttet seg isteden av reisebyråer. I dagens Norge vil knapt noen planlegge en ferietur med hotellopphold uten først å sjekke databaser som hotels.com eller booking.com. Stadig flere utfører trolig kryssjekking av de ulike databaser for å finne best mulig tilbud. For 14 år siden ble finn.no etablert¹¹ og ved hjelp av ulike suksessoppskrifter har denne nettbaserte databasen endret befolkningens forhold til kjøp og salg, enten det gjelder bolig, bil eller en velbrukt kaffe-trakter.

Som en ser av utviklingen og det økende antall databaser, ligger det store verdier i større informasjonssammenstillinger som tilrettelegger for brukeren slik at informasjon kan søkes og hentes effektivt og treffsikkert.¹² Samtidig ligger det stor gevinst i urettmessig utnyttelse, hvilket viser at databasevernet til stadighet har økende aktualitet. Det medfører at behovet for et ensartet og harmonisert databasevern i EU-regionen blir større. Det er i denne kontekst fremstillingen problematiserer hvorvidt en slik harmoni kan oppnås i lys av den problematiske implementeringen av direktivet i norsk rett.

1.3 Sui generis-vernet

Databasevern deles gjerne inn i to kategorier, opphavsrettslig vern og sui generis-vern.¹³ Det er sistnevnte som er gjenstand for fremstillingen. Sui generis betyr særegen eller spesiell beskyttelse.¹⁴

¹¹ <https://snl.no/Finn.no> (2014).

¹² Eksempler på dette er dedikerte databaser som norske [finn.no](#), [prisjakt.no](#) og store utenlandske aktører som [hotels.com](#), [booking.com](#) osv (2014).

¹³ Se kapittel 2.1.

¹⁴ Dette er ordbokens definisjon, se <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=2058> (2014), i engelsk oversettelse brukes ordene “one of a kind” og “unique”.

Sui generis-vernet ble innført i norsk rett ved EFs databasedirektiv fra 1996. Vernet var inspirert av den nordiske katalogregelen som ble foreslått i Københavnerutkastet¹⁵, og inntatt i de nordiske åndsverklover, i den norske lov i den fortsatt aktuelle åndsverkloven § 43.

Bestemmelsen angir at den som frembringer “et formular, en katalog, en tabell, et program, en database eller lignende arbeid som sammenstiller et større antall opplysninger, eller som er resultatet av en vesentlig investering, har enerett til å råde over hele eller vesentlige deler av arbeidets innhold ved å fremstille eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten.”

I åndsverkloven § 43 5. ledd avgrenses vernet mot de aktuelle bestemmelser i lovens kapittel 2. Denne avgrensningen markerer skillet mellom sui generis-vernet og opphavsretten, ved avgrensning mot eksempelvis ideelle rettigheter. Deler av denne avgrensning vil behandles i kapittel 4.3.

Vernetiden for databaser er etter loven 15 år fra arbeidet ble fremstilt og ytterligere 15 år fra offentliggjøringstidspunktet dersom tidspunktet faller innen 15 år fra fremstillingen. I teorien hersker det usikkerhet knyttet til vernetiden for såkalte rullerende databaser.¹⁶ Spørsmålet er uavklart og vil bero på de konkrete omstendigheter.¹⁷

Databasevernet har også en side mot markedsføringsloven¹⁸ særlig kapittel 1 og 6. Slik som i opphavsretten vil markedsføringsloven kunne gi et supplerende vern til databasevernet. Markedsføringsloven gir et vern for produktet og vern i forbindelse med næringsvirksomheten.¹⁹

¹⁵ Udkast til lov om opphavsretten til litterære og kunstneriske værker (Københavnerutkastet), 1951 s. 165, note 843 i Rognstad (2009), se også Rognstad (2009) s. 295.

¹⁶ Helset m.fl. “Immaterialrett”, 2009 s. 516 her påpekes problemstillingen ved at det er vanskelig å fastlå tidspunktet for når en ny versjon av et verk oppstår på grunn av stadig utskifting av innhold.

¹⁷ I Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 35, uttales: “Hvis det gjøres endringer, tilføyelser m.m i et eksisterende arbeid, kan dette tenkes å gi grunnlag for å konstatere at det foreligger et nytt arbeid som kvalifiserer til sin egen, selvstendige vernetid. Etter direktivet vil dette gjelde der det gjøres vesentlige endringer i databasen, når endringene i seg selv er resultatet av en vesentlig investering.”

¹⁸ Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (heretter markedsføringsloven).

¹⁹ Lorentzen (2002) s. 12, se note 17 i henvisningen.

Etter fortalen²⁰ er direktivets formål å fremme investeringer i datainformasjonslagring- og datainformasjonssøkingssystemer, som bidrar til utviklingen av informasjonsmarkedet. Målsettingen er å stimulere til vekst i antall databaser i Europa ved å gi databasefremstillere et vern for sine investeringer.²¹

1.4 Den videre fremstilling

Videre i fremstillingen vil det i kapittel 2 gis en gjennomgang av rettskildesituasjonen, og kritikken som er rettet mot implementeringen av databasedirektivet. Det vil også gis en oversikt over de EU-rettslige prinsipper av betydning for tolkningen av åndsverkloven § 43, hvilket vil danne et grunnlag og utgangspunkt for den videre drøftelse.

Kapittel 3 vil behandle vilkårsiden av bestemmelsen deriblant hva som utgjør en database og hvordan databasebegrepet skal forstås, samt tilleggsvilkårene for vern etter bestemmelsen. Her vil det bygges videre på det fundament som er lagt i kapittel 2 og det vil tas konkret stilling til om det særnordiske antallsvilkåret kan opprettholdes i norsk rett på tross av kollisjon med direktivet.

Kapittel 4 vil det redegjøres for beføyelsene ved oppnådd databasevern, nemlig eneretten til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Også her bygges det videre på fundamentet som er lagt i fremstillingens kapittel 2, og her er problemstillingen om den norske implementeringens bruk av andre begreper enn direktivet er problematisk. Det vil her trekkes linjer mellom vurderinger foretatt i norsk rett og vurderinger foretatt i EU-domstolen. Det vil søkes å kartlegge at begrepsbruken i åndsverkloven § 43 er egnet til å føre de rettslige vurderinger på feil spor.

²⁰ Se særlig punkt 9, 10 og 12.

²¹ DG Internal Market and Services Working Paper. First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases (2005) s. 19, viser at det var en nedgang i databaseproduksjon i Europa etter implementering av direktivet i medlemslandene. Det har ikke lyktes å finne oppdatert statistikk.

2. Rettskildesituasjonen

2.1 Forholdet mellom norsk lov og databasedirektivet

I dette kapittel vil det redegjøres for det rettskildemessige bakteppet for den videre drøftelsen. For å forstå konfliktene som behandles i de senere kapitler, vil det først gis et innblikk i bakgrunnen for konfliktene som har oppstått.

Historisk sett var katalogregelen en særnordisk regulering, som ble utformet i forbindelse med Københavnerutkastet²² om en fellesnordisk regulering av opphavsretten. Dette resulterte i åndsverkloven i 1961. I forarbeidene til åndsverkloven ble katalogregelen begrunnet på følgende vis:

“§ 43 gir en ny bestemmelse om vern mot ettergjøring i 10 år av formularer, programmer, kataloger og liknende arbeider som ikke er gjenstand for opphavsrett. Grunnen er at grensen for hva som kan regnes for litterære og kunstneriske verk er svevende, og at det er behov for et visst vern også for arbeider som faller utenfor grensen; jfr. Knoph s. 68, 187, 555, 557.”²³

Slik det fremgår av den siterte uttalelse var formålet med reguleringen å fange opp de arbeider som falt utenfor det opphavsrettslige vern, men fortsatt hadde behov for en viss beskyttelse. I juridisk teori ble katalogregelen antatt å ha et “ganske vidtgående vern for sett eller grupper av data”, hvilket langt på vei ble ansett uforenlig med opphavsretten generelt.²⁴

Databasedirektivet²⁵ ble på sin side vedtatt i 1996 og gjennomført i norsk rett i 1999.

Direktivet legger opp til et tosporet system for beskyttelse av databaser. Dette innebærer at en database fortsatt kan oppnå opphavsrettslig vern²⁶, dersom de opphavsrettslige vernevilkår er

²² Se note 15 foran.

²³ Forarbeidene til åndsverkloven, ot.prp. nr. 26 (1959-1960), s. 97.

²⁴ Rogstad (2009), s. 296, med henvisning til Lassen (1969) s. 26. Tilsvarende uttalelser foreligger om *sui generis*-vernet. Estelle Derclaye, “*The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis*”, England (2008) s. 35 “... apart from the patents, the *sui generis* right is paradoxically the strongest intellectual property right with the most borderline and suspect object of protection”.

²⁵ Dir. 96/9/EF, databasedirektivet.

²⁶ Kapittel 2 i databasedirektivet.

innfridd. I tillegg ble sui generis-vernet for databaser innført, for å beskytte investeringer i databaser som ikke oppnår opphavsrettslig vern.²⁷

Direktivet ble gjennomført i norsk rett ved en fusjon av den gamle katalogregelen og databasedirektivet.²⁸ Etersom databasedirektivet var inspirert av den nordiske katalogregelen, kan en slik implementering ha fremstått hensiktsmessig. Likefullt er dette en problematisk implementering fordi direktivet oppstiller andre betingelser for vern enn det som ble resultatet av fusjonen mellom direktivet og katalogregelen. Dette vil behandles nærmere i det følgende, men også konkret overfor vilkårene i åndsverkloven § 43 i kapittel 3.2.

2.2 Retningslinjer for tolkningen

I norsk rett er lovteksten den overordnede rettskilde. Likefullt vil lovteksten normalt suppleres med andre rettskilder for å finne det nærmere innholdet av regelen. Forarbeider er en viktig kilde ved kartlegging av det nærmere innhold av ordlyden, men forarbeider har en litt annen funksjon ved implementering av EU-direktiv. Dette skyldes at formålet med forarbeider ved slik implementering i større grad er å forklare og tilpasse direktivet til norsk rett.²⁹ Imidlertid vil forarbeidene til åndsverkloven § 43 tillegges vekt i relasjon til sui generis-vernet, da det gis uttrykk for lovgivervilje som avviker fra direktivets regulering.

Etter EØS-avtalen³⁰ art. 7 har norske domstoler en plikt til å tolke åndsverkloven § 43 i lys av direktivets ordlyd og formål.³¹ I forlengelsen av dette vil avgjørelser truffet av EU-domstolen tillegges avgjørende betydning ved tolkning av EØS-avtalen³², slik som det fremgår av EØS-avtalen art. 6 samt den generelle harmoniseringsmålsettingen³³. På denne bakgrunn vil EU-domstolens praksis være relevante og tungtveiende argumenter ved løsning av tolkningsspørsmål EØS-avtalen gir grunnlag for.³⁴

²⁷ Kapittel 3 i databasedirektivet.

²⁸ Rognstad (2009) s. 296.

²⁹ Sejersted mfl. "EØS-Rett", 2. utgave, Oslo 2004 s. 193.

³⁰ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (heretter EØS-avtalen).

³¹ Lorentzen (2002) s. 32, Sejersted m.fl. (2004) s. 195 se note 289.

³² Arnesen og Stenvik, "Internasjonalisering og juridisk metode: særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett", Oslo 2009, s. 82.

³³ EØS-avtalen art. 1 og ODA avtalen art. 3 nr. 2.

³⁴ Sejersted mfl. (2004) s. 216.

I kapittel 2.4 vil det gis en nærmere gjennomgang og avklaring av de prinsipper som er styrende for tolkningen av åndsverkloven § 43, da særlig prinsippet om direktivkonform tolkning. Først må det imidlertid vurderes hvilke krav direktivet stiller til implementeringen. Det avgjørende er om det foreligger rom for statlig skjønnsmargin eller om direktivet fordrer totalharmonisering av vernevilkårene.

2.3 Totalharmonisering eller minimumsvern

Spørsmålet om hvorvidt direktivet oppstiller et minimumskrav til vern eller et krav om totalharmonisering er som tidligere nevnt grundig behandlet i juridisk teori.³⁵ På immaterialrettens område og særlig innen opphavsretten vil det normalt være en målsetting om harmonisering ved direktiver, nettopp av hensyn til et felles indre marked og like regler for immaterialrettslig vern.³⁶

I direktivets fortale er det holdepunkter for at direktivet tar sikte på totalharmonisering av vernereglene. Fortalen vil ha en sammenlignbar rettskildevekt som forarbeider i norsk rett, ettersom fortalen gir uttrykk for bakgrunnen og begrunnelsen for direktivet.³⁷ Fortalen vil også ha stor betydning som tolkningsmoment ved fastlegging av det nærmere innhold av direktivet.³⁸

Det fremgår av fortalen at all den tid det foreligger “forskelle i den rettlige beskyttelse” av databaser i medlemslandene, har dette “direkte negative indvirkninger på funksjonen af det indre marked for databaser”.³⁹ De negative innvirkninger er for databasefremstillere at de ikke kan stille sine produkter til rådighet på ensartede vilkår i hele EU. Denne innledende uttalelse i fortalen viser at harmonisering er en helt grunnleggende forutsetning for direktivet.

Videre fremgår det at formålet med direktivet er å “fastsette et hensiktsmessig og ensartet nivå” for databasevernet⁴⁰, samt at “uharmonisert immateriell eiendomsrett [kan] få den

³⁵ Se note 7.

³⁶ Helset m.fl. (2009) kapittel 1.4.6

³⁷ Lorentzen (2002) s. 25.

³⁸ Sejersted m.fl. (2004) s. 51: “[Fortalen] kan ha stor betydning som bakgrunn for tolkning, og fyller noe av den samme funksjonen som forarbeidene gjør i norsk rettskildelære”.

³⁹ Fortalens pkt. 2.

⁴⁰ Fortalens pkt. 48.

virkning at den hindrer fritt varebytte og den frie bevegeligheten for tjenester i Fellesskapet”.⁴¹ Slik en ser av uttalelsene tar de sikte på harmonisert og ensartet regulering av databasevern i EU-landene.

Fortalen gir imidlertid enkelte holdepunkter i motsatt retning. Det fremgår at bestående “forskelle, der ikke indvirker negativt på det indre markedes funktion eller på utviklingen af et informationsmarked i Fællesskabet” kan opprettholdes.⁴² Denne uttalelsen i fortalen kan i en viss grad tolkes som en adgang til å beholde elementer fra den gamle katalogregelen ved implementeringen av direktivet i norsk rett. Derimot innebærer uttalelsen også at forskjeller som virker uheldig inn må fjernes.⁴³

Det foreligger ingen avgjørelser fra EU-domstolen hvor det tas direkte stilling til spørsmålet om totalharmonisering overfor databasedirektivet. Imidlertid foreligger det andre avgjørelser fra EU-domstolen som kan gi veiledning ved vurderingen.

I Silhouette-avgjørelsen⁴⁴ var det spørsmål om EUs første varemerkedirektiv oppstilte krav om totalharmonisering. I avgjørelsen kom domstolen til at den tolkning som var best egnet til å sikre oppnåelsen av varemerkedirektivets formål, hvilket var å sikre det indre markedes funksjon, måtte legges til grunn.⁴⁵

Avgjørelsen synliggjør det samme poeng som i direktivets fortale punkt 2 og 3. Slik gjennomgangen av fortalen overfor viser, er et formål ved databasedirektivet å sikre det indre markedes funksjon. På denne bakgrunn må direktivet tolkes dithen at det foreligger en harmoniseringsmålsetting, som beskrevet tidligere foreligger det her enighet i juridisk teori.⁴⁶ Den nærmere vurdering beror på om Norge ved sin problematiske implementering har en negativ innvirkning på det indre markedes funksjon ved å gi et utvidet vern for databaser, jf. fortalens punkt 2.

⁴¹ Fortalens pkt. 4, se også Taubøll (2006) s. 543.

⁴² Fortalens pkt. 3.

⁴³ Lorentzen (2002) s. 27.

⁴⁴ C-355/96, Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH.

⁴⁵ Premiss 27.

⁴⁶ Se note 7.

Utover disse holdepunkter foreligger det også uttalelser fra EU som kritiserer den nordiske fusjonen av direktivet og katalogregelen. Generaladvokaten i EU har uttalt⁴⁷ at selvom direktivet har hentet inspirasjon fra de særnordiske katalogreglene så skal det “ikke forlede noen til at overføre de begreber, der har utviklet sig inden for teori og retspraksis vedrørende disse forløberordninger, til direktivet. Tværtimod skal direktivet være en målestok for fortolkningen af national ret, således at det også gælder for de medlemsstater, hvor der allerede før direktivet gjaldt lignende bestemmelser. Også disse medlemsstater var forpligtet til at tilpasse de nationale lovgivninger til direktivets bestemmelser”. Det kan også nevnes at advokatfirmaet Nauta Dutilh har konkludert i en rapport for EU-kommisjonen at de nordiske landenes gjennomføring av databasedirektivet ikke er en “adequate implementation”.⁴⁸

Dermed beror vurderingen på om implementeringen av direktivet medfører at vernenivået i Norge blir ulikt fra de øvrige medlemsland.⁴⁹ Dersom den mangelfulle implementering medfører et ulikt vern, vil det på bakgrunn av denne drøftelse ha en negativ innvirkning på det indre markeds funksjon eller på utviklingen av et informasjonsmarked i EU samt hindre harmonisering av vernenivået.

2.4 Rettskildeprinsipper i møte med EU-retten

Det er enkelte EU-rettslige tolkningsprinsipper som vil ha stor betydning ved den videre drøftelsen. Det vil her gis en introduksjon av disse.

Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp, hvilket innebærer at Norges folkerettslige forpliktelser ikke anses som en del av norsk intern rett.⁵⁰ Som konsekvens kan ikke folkerettslige kilder være primært rettsgrunnlag i Norge, men kan derimot være tolkningsbidrag ved fastleggingen av norsk intern rett.

⁴⁷ C-338/02 premiss 33 i generaladvokat Stix-Hackls uttalelse.

⁴⁸ Nauta Dutilh “The implementation and application of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases” (2002) s. 92 (Danmark). Det bemerkes at Norge som EØS land ikke var direkte omfattet av kritikken, men det er klart at kritikken indirekte rammer også Norge, se Rognstad (2009) s. 296.

⁴⁹ Vurderingen utledes av fortalens punkt 2 og 3. Både Taubøll (2006) s. 543 og Lorentzen (2002) s. 31, mener den norske implementeringen kan medføre et ulikt vernenivå. Lorentzen bruker eksempel med CD-rom som vil kunne oppnå vern i Norge men eksempelvis ikke i Storbritannia.

⁵⁰ Se bl.a. Hallvard Haukeland Fredriksen, “EU/EØS-rett i norske domstoler”, publisert i *Europautredningen* 2011 s. 39 (EURU-2011-3).

Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp som avhjelper eventuell motstrid mellom norske og folkerettslige kilder som kan oppstå ved det dualistiske prinsipp.

Presumsjonsprinsippet innebærer at norsk rett presumeres å være i samsvar med den del av folkeretten som Norge er bundet av. I dette ligger den praktiske konsekvens at norske lovregler skal tolkes så langt mulig i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser.⁵¹

Prinsippet om direktivkonform tolkning kan anses som en konkret variant av presumsjonsprinsippet ved tolkningen av Norges EU-rettslige forpliktelser gjennom direktiver. Det er dermed dette prinsippet som vil være avgjørende overfor databasedirektivet.

Etter EU-domstolens praksis er kjernen i prinsippet at nasjonal rett så langt som mulig skal tolkes i lys av EU-rettens ordlyd og formål.⁵² EU-domstolen har i flere avgjørelser lagt til grunn prinsippet.⁵³ Det er heller ikke tvilsomt at prinsippet er gjeldende i norsk rett gjennom EØS-avtalen.⁵⁴

I Finanger I-avgjørelsen⁵⁵ ble det lagt til grunn at prinsippet ikke har noen større rekkevidde enn presumsjonsprinsippet.⁵⁶ Presumsjonsprinsippet er antatt å ha sin yttergrense der anvendelsen av prinsippet vil føre til en tolkning *contra legem*⁵⁷, det samme må dermed gjelde prinsippet om direktivkonform tolkning.

⁵¹ Se for eksempel Rt-1994-1244 (s. 1250), Rt-1996-624 (s. 630), Rt-1997-580 (s. 593), Rt-2000-1811 (s. 1826), Rt-2001-1006 (s. 1015), henvisningen er hentet fra Christian Franklin, "Om innholdet og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning", *publisert i Jussens Venner* 2012 s. 269-317, se note 2 (JV-2012-269).

⁵² Se Arnesen og Stenvik (2009) s. 60.

⁵³ Sak C-106/89 *Marleasing* og sak C-91/92 *Dori*. Uttalelsen "as far as possible" gis i begge avgjørelsene for å beskrive hvor langt en kan strekke seg i tolkningen.

⁵⁴ Lagt til grunn at det eksisterer i Rt. 2000 s. 1811, samt at EFTA-domstolen har lagt til grunn prinsippet om EØS konform tolkning som tilsvarende prinsippet om direktivkonform tolkning, se E-1/07, straffesak mot A, EFTA Court Report 2007 s. 246, premiss 39. Henvisningen er hentet fra Arnesen og Stenvik (2009) se note 90.

⁵⁵ Rt. 2000 s. 1811.

⁵⁶ Rt. 2000 s. 1811, på s. 1829. Sitat fra avgjørelsen: "Jeg bemerker til slutt i denne sammenheng at det ikke er holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform fortolkning slik det er utviklet i EU-retten, går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett."

⁵⁷ Begrepet *contra legem* viser til de tilfeller en får et tolkningsresultat som ikke er forenlig med ordlyden. I dette tilfellet er det tale om de tilfeller der produktet av en tolkning ved presumsjonsprinsippet ender med et tolkningsresultat som ikke kan gjenfinnes i den opprinnelige lovtekst. Se også Franklin (2012) s. 269 (JV-2012-269).

I juridisk teori er det relativt stor enighet⁵⁸ om at Høyesterett kom til riktig resultat i Finanger I-avgjørelsen. De fleste er av den oppfatning at prinsippet om direktivkonform tolkning ikke har en større rekkevidde enn presumsjonsprinsippet og møter veggen der det oppstår klar motstrid mellom nasjonal rett og EU-rett.⁵⁹

I Finanger I-avgjørelsen var en forutsetning for konklusjonen at det forelå et horisontalt rettsforhold, altså et rettsforhold mellom private parter. Bakgrunnen for denne avgrensning skyldes hensynet til forutberegnelighet og makt- og funksjonsfordelingen mellom lovgivende og dømmende myndighet. Private rettssubjekter skal kunne innrette seg etter norske lovbestemmelser. Sui generis-regelen regulerer kun forholdet mellom private parter, derfor kan ikke klar motstrid mellom åndsverkloven § 43 og direktivet tolkes vekk.⁶⁰

Prinsippet om direktivkonform tolkning vil være bakteppet for de vurderinger som foretas videre i fremstillingen. Det må vurderes om den norske ordlyden sett i sammenheng med de norske forarbeidene går i en annen retning enn direktivet. Forarbeidene vil i denne sammenheng ha en sentral betydning da de vil være indikative for lovgivers vilje og yttergrensen for en forsvarlig tolkning.⁶¹

Det sentrale spørsmålet er om det er mulig å tolke de norske vilkår og begrep i samsvar med direktivets vilkår og begrep, uten at dette medfører en fortolkning som er uforenlig med den norske ordlyden.

⁵⁸ Arnesen og Stenvik (2009), og Sejersted m.fl. (2004). I motsatt retning går Franklin (2012).

⁵⁹ Christian Franklin (2012), argumenterer i artikkelen for at prinsippet om direktivkonform tolkning må gis en videre anvendelse enn presumsjonsprinsippet slik at en i ytterste konsekvens må godta contra legem tolkninger. Denne oppfatningen står sterkt i strid med den tradisjonelle rettskildelære. Det er et interessant konsept, men vil ikke vies oppmerksomhet da det foreløpig er av mer teoretisk enn praktisk interesse.

⁶⁰ Lorentzen (2002) s. 36.

⁶¹ Lorentzen (2002) s. 32-37 der det foretas en lengre drøftelse av prinsippet om direktivkonform fortolkning i lys av norsk rettspraksis. Lorentzen kommer til tilsvarende utgangspunkt.

3. Vilkår for vern

3.1 Introduksjon

Åndsverkloven § 43 1. ledd verner “et formular, en katalog, en tabell, et program, en database eller lignende arbeid som sammenstiller et større antall opplysninger, eller som er resultatet av en vesentlig investering”. Bestemmelsen oppstiller således to kumulative vilkår for å oppnå vern.

Det første av de to kumulative vilkår for vern er at det må foreligge en database. Det andre vilkåret stiller krav til omfanget av- eller investeringen i databasen. Det andre vilkår består av to alternative vilkår, antallsvilkåret og investeringsvilkåret.

Det vil først tas stilling til inngangsvilkåret og i hvilken grad den norske lovreguleringen på dette punkt er problematisk overfor direktivet. Deretter vil det ses nærmere på de alternative tilleggsvilkår for å vurdere i hvilken grad det særnordiske antallsvilkåret kan opprettholdes overfor direktivet.

3.2 Databasebegrepet

I åndsverkloven § 43 1. ledd er direktivets begrep “database” likestilt med “et formular, en katalog, en tabell, et program ... eller lignende arbeid”. Ordlyden gir inntrykk av å gi en ikke uttømmende oppramsing av verk som er omfattet av vernet i bestemmelsen.

Begrepet database er ikke definert i lovteksten. I forarbeidene⁶² er en database definert som en “sammenstilling av opplysninger, systematisert for et bestemt formål, og utvalgt etter bestemte kriterier”. Definisjonen er riktignok av begrenset interesse da den også kan beskrive de andre begrep i lovteksten, slik som formular, katalog, tabell og program. I dette ligger en potensiell konflikt, ettersom direktivet kun benytter begrepet database. Derfor må det nærmere innhold av databasebegrepet kartlegges, for å vurdere om alternativene i den norske lovteksten gir et vern for verker som ikke er omfattet av databasedirektivet.

I direktivets art. 1 nr. 2 er databasebegrepet definert til å være en samling selvstendige verk, data eller annet materiale, arrangert på en systematisk eller metodisk måte og individuelt tilgjengelig ved elektroniske eller andre midler. Det er i art. 1 nr. 3 fastslått at direktivet ikke

⁶² Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 13.

har anvendelse på dataprogrammer, imidlertid kan en tenke seg situasjoner der elementer av en database består av slike dataprogrammer, og dette vil være omfattet.⁶³ Begrepet “program” er i denne sammenheng ikke problematisk, da det etter katalogregelen tok sikte på teaterprogram, kringkastingsprogrammer o.l.⁶⁴

Begrepet er beskrevet nærmere i fortalens punkt 17. Her fremgår at databasebegrepet bør forstås som omfattende samlinger av verk, enten det er tale om litterære, kunstneriske, musikalske eller av annen art eller materiale, slik som tekst, lyd, bilder, tall, fakta og data. Det bør omfatte samlinger av selvstendige verk, data eller annet materiale som er strukturert systematisk eller metodisk og som er individuelt tilgjengelig.

Definisjonen indikerer at begrepet “database” er ment å være et vidt begrep som kan omfatte mange ulike sammenstillinger. Det er heller ikke avgrenset mot sammenstillinger av data, men også samlinger av selvstendige verk og annet materiale kan danne innholdet i en database.

På tross av at direktivets definisjon av databasebegrepet favner vidt, har det vært en del usikkerhet knyttet til begrepets omfang. Gjennom en avgjørelse fra EU-domstolen har det nærmere innhold av begrepet blitt klarlagt.⁶⁵ Et av spørsmålene som ble forelagt domstolen i saken var om databasebegrepet omfatter kampprogram for fotballkamper.⁶⁶

I avgjørelsen fastslår domstolen at fellesskapslovgiver har ønsket at databasebegrepet skal tolkes vidt.⁶⁷ Domstolen mener videre at presiseringen av databasebegrepet som er fastsatt i fortalens punkt 17 ikke er til hinder for å anse data eller opplysninger knyttet til en sportsdisiplin som omfattet av begrepet.⁶⁸ Domstolens tolkning er neppe revolusjonerende i lys av fortalens vide definisjon. Likefullt er det viktig særlig i et norsk perspektiv at det her knesettes et bredt nedslagsfelt for begrepet “database”.

⁶³ Lorentzen (2002) s. 41.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 97.

⁶⁵ Fixtures Marketing Ltd (Fixtures) mot Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP) sak C-444/02.

⁶⁶ Saken var en av tre saker med Fixtures Marketing Ltd som saksøker, avgjørelsene vil bli behandlet også senere i fremstillingen.

⁶⁷ Premiss 20.

⁶⁸ Premiss 23.

Utgangspunktet som dermed er formulert av domstolen er at databasebegrepet kan omfatte de fleste typer data. I forlengelsen av dette er et sentralt trekk ved begrepet “database” at det utleder sin særart gjennom et funksjonelt kriterium.⁶⁹

Den første betingelsen for å kvalifisere som en “database” er at det foreligger en samling av selvstendig materiale⁷⁰, slik som beskrevet i fortalens punkt 17. Dette selvstendige materiale må bestå av bestanddeler som kan skilles fra hverandre, uten at verdien av deres informative, litterære, kunstneriske eller musikalske innhold eller innhold av annen art blir påvirket.

Den andre betingelsen for å kvalifisere som en “database” er at det selvstendige materiale som samlingen består av, er strukturert systematisk eller metodisk og kan konsulteres individuelt.⁷¹ Dette innebærer at databasen må være utstyrt med midler for å gjenfinne informasjon. Dette kan være en teknisk fremgangsmåte⁷², eller det kan være en annen fremgangsmåte slik som en indeks, innholdsfortegnelse eller lignende.⁷³

Tendensen i EU-avgjørelser er at databasebegrepet er uproblematisk i den forstand at de fleste sammenstillinger vil være å anse som en “database”. I teorien er det derfor hevdet at databasebegrepet langt på vei er blitt irrelevant, i den forstand at det knapt er sammenstillinger som faller utenfor definisjonen.⁷⁴

Rettsutviklingen ved EU-domstolen har gitt databasebegrepet et vidt nedslagsfelt. På denne bakgrunn fremstår det lite tvilsomt at angivelsen av vernede verker i åndsverkloven § 43, ikke kommer i konflikt med den EU-rettslige tolkningen av databasebegrepet. De angitte begrep i den norske lovtekst vil trolig uten problemer omfattes av databasebegrepet.

⁶⁹ Premiss 27.

⁷⁰ Premiss 29, den danske ”selvstændigt materiale”, engelske ”independent works” og den svenske versjonen ”självständiga element”.

⁷¹ Det stilles ikke krav til måten konsultasjonen må skje på.

⁷² Premiss 30, domstolen viser til tekniske fremgangsmåter som elektronisk, elektromagnetisk eller elektrooptisk prosess.

⁷³ EU-domstolen konkluderte i avgjørelsene med at kampprogram som inkluderer kamptidspunkter, kampdag, informasjon om de spillende lag m.m. er informasjon som kan utgjøre elementer i en database.

⁷⁴ Derclaye (2008) s. 62. Se for øvrig samme side for en omfattende oversikt over ulike sammenstillinger som er å anse som databaser.

Lovteknisk kan det argumenteres for at det ville vært en bedre løsning å eliminere de øvrige begrep fra den norske bestemmelsen slik at en kun opererte med databasebegrepet. Dette ville ikke hatt noen realitetsforskjell overfor vernet, og en kunne unngått uheldige koblinger til det tidligere katalogvernet. For å sikre harmoni med EU-retten vil det mest hensiktsmessige i norsk rett være å ta utgangspunkt i databasebegrepet, og heller anse de andre begreper som eksempler på hva som kan utgjøre en database.⁷⁵

3.3 Opplysningsmengde eller investeringsnivå

3.3.1 Antallsvilkåret

I denne delen av fremstillingen skal det ses nærmere på det omstridte tallsvilkåret, som er et av de to alternative vilkår for vern etter åndsverkloven § 43. I juridisk teori er det tidligere konkludert⁷⁶ med at tallsvilkåret strider mot direktivet, enkelte⁷⁷ har imidlertid valgt å holde døren åpen for muligheten til en direktivkonform tolkning. I dette kapittel vil det undersøkes om det er mulig å tolke tallsvilkåret i samsvar med investeringsvilkåret for å oppnå et harmonisert vern.

I den videre drøftelsen vil det gis redegjørelser for ulike sentrale aspekter ved investeringsvilkåret. Siktemålet er å kontinuerlig vurdere om tallsvilkåret kan tolkes i samsvar med investeringsvilkåret. Drøftelsen vil vise at avstanden mellom en naturlig fortolkning av tallsvilkåret og tolkningen av investeringsvilkåret i lys av direktivet og EU-rettspraksis, er for stor.

I forarbeidene er det flere uttalelser som viser at lovgivers vilje ved implementeringen var å beholde tallsvilkåret som et sidestilt vilkår for vern, for å bevare den nordiske rettstradisjon.

“Det kan imidlertid godt tenkes en database som har krevd vesentlige investeringer uten at den derved oppfyller någjeldende tallskrav. Departementet kan ikke se grunn til å oppheve det vern som i dag gis databaser som er store i omfang, men som ikke nødvendigvis vil oppfylle direktivets krav til investeringsgrad, og foreslår derfor at kravet om vesentlig investering innføres som et alternativt kriterium til det gjeldende tallskrav.”⁷⁸

⁷⁵ Tilsvarende oppfatning hos Rognstad (2009) s. 297.

⁷⁶ Se for eksempel Taubøll (2006) s. 545

⁷⁷ Se Lorentzen (2002) s. 37.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 33.

Videre uttales det i forarbeidene at “Inneholder sammenstillingen et større antall opplysninger, vil investeringsnivået ikke være avgjørende for vern”.⁷⁹ Departementets uttalelser understreker at antallsvilkåret er ment å gi et utvidet vern for databaser. Som beskrevet tidligere⁸⁰ vil slike uttalelser i forarbeidene komplisere forsøk på en direktivkonform tolkning, da det her uttales at lovgivers intensjon var å gi et ulikt vern i åndsverkloven § 43 kontra direktivet.

Det presiseres at det ved den videre drøftelsen ikke vil være relevant å se hen til praksis om antallsvilkåret ved den tidligere katalogregelen. Det skyldes at databasedirektivet er en nyregulering som søker å innføre et ensartet vern for databaser i EU gjennom harmoniseringsmålsettingen. Den tidligere katalogregelen er således irrelevant ved tolkningen, da det er denne rettstradisjon og praksis en må distansere seg fra for å etterstrebe direktivkonforme tolkninger.

3.3.2 Investeringskravet

Det andre alternative vilkåret om “vesentlig investering” har i motsetning til antallsvilkåret direkte opphav i direktivet. Ordlyden tilsier at det må ha vært en investering av en viss størrelse som typisk vil kunne være målbar gjennom arbeidstimer og utgifter til opprettelsen av databasen. Databasen må ha medført en viss kostnad for at rettighetshaver skal ha en beskyttelsesverdig interesse i vern.

En overfladisk ordlydstolkning vil dermed kunne samsvare med en tolkning av antallsvilkåret, da kvantitetskravet som ligger i antallsvilkåret normalt vil medføre en investering av en viss størrelse. Imidlertid ser en gjennom direktivets presiseringer og EU-domstolens praksis at dette utgangspunkt må nyanseres.

I den norske lovteksten er det formulert slik at databasen må være «resultat av en vesentlig investering». I forarbeidene⁸¹ er det presisert at denne formuleringen gjør det “tilstrekkelig klart at investeringen må være knyttet til det arbeid som skal til for å etablere databasen - det vil si innhenting og behandling av det materiale som sammenstilles”. Direktivet har imidlertid en mer spisset formulering av hva den vesentlige investeringen skal gå ut på. Det fremgår her

⁷⁹ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 40.

⁸⁰ Se kapittel 2.4 foran, særlig nest siste avsnitt.

⁸¹ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 33.

at det må være en vesentlig investering i å «skaffe, kontrollere eller presentere innholdet».⁸² Som følge av praksis fra EU-domstolen er det behov for å supplere den norske lovteksten og forarbeidene, slik at ordlyden “resultat av” må leses i sammenheng med direktivets presiseringer av hva investeringene skal relatere seg til.⁸³

Som en konsekvens av denne kontekstuelle tolkningen av den norske ordlyd, oppstår ulike nye tolkningssituasjoner i hva som ligger i begrepene skaffe, kontrollere eller presentere. Det foreligger på dette området en viss avklaring i rettspraksis fra EU-domstolen.

Hva gjelder vilkåret “skaffe”⁸⁴ i direktivet er det gjennom fire avgjørelser fra EU-domstolen, gitt en viss avklaring. Det er her tale om William Hill-avgjørelsen⁸⁵ og Fixtures-avgjørelsene⁸⁶.

I en rekke saker med Fixtures Marketing Ltd. ble innholdet av investeringskravet nærmere belyst. Sakene gjaldt krav fra Fixtures om at aktiviteten til OPAP⁸⁷, Oy Veikkaus AB⁸⁸ og Svenska Spel AB⁸⁹ krenket databasevernet. Fixtures er et firma som representerer innehaverne av de intellektuelle rettigheter knyttet til de profesjonelle fotballmesterskap i England og Skottland, ved å forvalte utnyttelsen av kampprogrammer til mesterskapene. Firmaene som var påstått å ha krenket databasevernet til Fixtures hadde alle benyttet opplysninger fra Fixtures database om kamper og kampoppsett i sin virksomhet.

I samtlige av avgjørelsene var det den samme databasen til Fixtures som var hevdet gjenstand for krenkelse. Domstolen mente det klart forelå en database, men det sentrale spørsmålet var om databasen var resultat av en vesentlig investering.

⁸² Direktivets artikkel 7 nr. 1 og Rognstad (2009) s. 301. På dansk “indsamling, kontrol eller præsentation”.

⁸³ Rognstad (2009) s. 301.

⁸⁴ Direktivet benytter det engelske ordet “obtaining”.

⁸⁵ Sak C-203/02, The British Horseracing Board Ltd. (BHB) mot William Hill Organization Ltd.

⁸⁶ Tre saker med Fixtures Marketing Ltd. som saksøker, se note 87, 88 og 89.

⁸⁷ C-444/02.

⁸⁸ C-46/02.

⁸⁹ C-338/02.

Domstolen kom til at investeringer knyttet til produksjon og innsamling av de opplysninger som databasen består av, i dette tilfellet de aktuelle kampprogrammene, var en investering knyttet til utviklingen av kampene. Det var dermed tale om en investering knyttet til produksjon av opplysningene som databasen bestod av.

“... begrebet investering, der er forbundet med innsamling af indholdet til en database, i direktivets artikel 7, stk. 1, skal forstås således, at det betegner de midler der anvendes til fremskaffelsen af eksisterende materiale og til samlingen heraf i den nævnte database. *Det omfatter ikke midler, der anvendes til frembringelse af de bestanddele, der udgør en databases indhold*” (min kursivering).⁹⁰

I alle de tre avgjørelsene⁹¹ var den eneste vesentlige investering knyttet til produksjonen av opplysningene. Slik det fremgår av utdraget kan ikke investeringer knyttet til produksjon av opplysninger eller innholdet i en database tas i betraktning ved vurderingen av om det foreligger en vesentlig investering. Investeringer som er aktuelle ved denne vurderingen er midler som brukes til fremskaffelsen av eksisterende materiale og investeringer knyttet til sammenstillingen av dette materialet i en database. Fixtures hadde i dette tilfellet svært lave utgifter knyttet til kontroll av dataene slik at investeringskravet heller ikke her var oppfylt.

På denne bakgrunn oppstår det utfordringer allerede ved tolkningen av investeringsvilkåret i åndsverkloven § 43. Som beskrevet over må den norske formuleringen “resultat av” leses i sammenheng med direktivets presiseringer av hva investeringen må knytte seg til, altså ved å skaffe, kontrollere eller presentere innholdet. Det er likefullt uproblematisk å foreta en slik innskrenkende tolkning av ordlyden i tråd med EU-rettspraksis, ettersom forbeidene viser til en slik vurdering.⁹²

Det blir umiddelbart mer problematisk når en skal tolke antallsvilkåret i lys av investeringsvilkåret. I utgangspunktet kunne antallsvilkåret vært tolket dithen at en sammenstilling av et større antall opplysninger normalt vil kreve en vesentlig investering.⁹³ I forlengelsen av dette kunne en kanskje innfortolket begrepene skaffe, kontrollere eller presentere dersom de fremgikk av den norske ordlyden. Slik bestemmelsen er formulert er det

⁹⁰ Fra premiss 37 i sak C-338/02, Svenska spel.

⁹¹ Se note 86.

⁹² Se note 81.

⁹³ Dette kan imidlertid ikke legges ukritisk til grunn, en kan tenke seg slike sammenstillinger som ikke har fordret en vesentlig investering. Se eksempelvis Lorentzen (2002) s. 31, som mener en CD-rom vil kunne oppnå vern i Norge etter antallsvilkåret men ikke etter investeringsvilkåret.

ingen angivelse av investeringens relasjon. Dette gjør det langt mer komplisert å innfortolke en klart avgrenset relasjon for investeringen.

Fixtures-avgjørelsene viser at vurderingen av investeringsvilkåret blir en helt annen enn antallsvilkåret. I Fixtures-avgjørelsene var det en sammenstilling av et betydelig antall opplysninger, men all den tid det ikke forelå “vesentlig investering” i å skaffe, kontrollere eller presentere innholdet så var ikke databasen vernet. Om en isteden hadde anvendt antallsvilkåret i Fixtures-avgjørelsene ser en at databasen kunne oppnådd vern ettersom det ikke er et krav om investeringens relasjon.

Som en eksemplifisering av resultatet i Fixtures-avgjørelsene kan en ta utgangspunkt i den norske databasen Finn.no.⁹⁴ Finn.no har knapt utgifter knyttet til produksjon av annonser og øvrig innhold, da dette er brukergenerert. Finns utgifter knytter seg til opprettelse, vedlikehold og oppgradering av infrastrukturen i databasen, samt utgifter til driften av databasen. Eksempelvis vil kontroll av annonser i databasen til Finn medføre betydelige kostnader, ved å avdekke forsøk på svindel og øvrig innholdskontroll. Dermed er det investeringer ved å skaffe, kontrollere eller presentere innholdet i databasen, hvilket medfører at investeringskravet er oppfylt.

Til sammenligning vil det enkelte eiendomsmeglerfirma sin sammenstilling av salgsobjekter vanskeligere kunne sies å være en vernet database. Dette skyldes at produksjon av annonsene og innholdet i disse er en nødvendig konsekvens av driften, på samme måte som i Fixtures-avgjørelsene. Sammenstilling av annonser på deres webside kan da ikke ta i beregning utgiftene til produksjonen av annonsene og innhenting av opplysninger om salgsobjektet, da dette er utenfor den investeringsrelasjon Fixtures-avgjørelsene presiserer. For å oppnå databasevern må slike firma i tillegg ha vesentlige investeringer knyttet til driften av selve databasen, et vilkår som kan bli vanskeligere å oppnå.

Hvis en isteden hadde anvendt antallsvilkåret på sistnevnte eksempel så ville presumptivt eiendomsmeglerfirmaet oppnådd vern all den tid det var et større antall opplysninger som ble samlet på deres websider. Dette viser den helt sentrale avgrensning av investeringskravets rekkevidde som ligger i kravet til investeringens relasjon. Uten en slik avgrensning av antallsvilkåret vil resultatet trolig bli at antallsvilkåret medfører et utvidet vern.

Fixtures-avgjørelsene presiserer viktigheten av investeringens relasjon, slik det er skissert i de foregående avsnitt. Dette relasjonskravet ved investeringen strider mot en naturlig fortolkning

⁹⁴ finn.no (2014).

av antallsvilkåret, og kompliserer forsøk på å tolke antallsvilkåret i samsvar med investeringsvilkåret.

I det følgende skal det påvises ytterligere utfordringer ved et forsøk på å tolke antallsvilkåret i samsvar med investeringsvilkåret. Det neste underkapittel omhandler terskelen for investering ved vesentlighetskravet. En sentral innvending mot antallsvilkåret er at det oppstiller en langt lavere terskel for sui generis-vern enn vesentlighetskravet. Det vil i det kommende kapittel undersøkes i hvilken grad vesentlighetsterskelen kan innfortolkes i antallsvilkåret ved forsøk på å oppnå et mest mulig harmonisert vern.

3.3.3 Vesentlighetskravet

3.3.3.1 Innledende om vesentlighetskravet

Vesentlighetskravet er en gjenganger i åndsverkloven § 43. Det er krav om en “vesentlig investering”⁹⁵ for at en database skal være underlagt vern, eneretten er avgrenset til kun å gjelde “hele eller vesentlige deler av arbeidets innhold”, og i bestemmelsens 2. ledd fremgår avgrensningen mot “uvesentlige deler”.

Det er presisert i direktivets fortale⁹⁶ at begrepet “vesentlig investering” ikke bare tar sikte på bruk/investering av penger i en database, men også bruk av tid, innsats og energi. En slik forståelse vil i en viss grad være i tråd med en alminnelig ordlydstolkning av det norske vilkåret, da investeringskravet ikke presiseres til en monetær eller økonomisk målbar enhet.

I direktivet fremgår videre at vesentlighetsvurderingen beror på en kvalitativ og/eller kvantitativ vurdering.⁹⁷ Denne presiseringen er sentral da den fremhever at vesentlighetsvurderingen ikke kun beror på en mengdevurdering, men også kvaliteten av investeringen kan ha betydning. I forlengelsen av dette må kvaliteten av investeringen kunne ha betydning uavhengig av hvor kostbar eller tidkrevende det er (kvantitet). I teorien er det trukket frem som eksempel at en ved utarbeidelsen av en ordbok konsulterer en person med

⁹⁵ Se kapittel 3.3.2 i fremstillingen, hvor det er redegjort for investeringskravet.

⁹⁶ Punkt 40.

⁹⁷ Direktivets artikkel 7 nr. 1 og ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 41.

spisskompetanse i å plukke ut nøkkelord for ordboken.⁹⁸ En slik kvalitativ vurdering kan være vanskelig å forene med antallsvilkåret, hvilket vil illustreres i det følgende.

3.3.3.2 Kvantitative vurderinger

Den kvantitative vurderingen tar sikte på rene mengdevurderinger. Det kan være kvantitet målt i et høyt antall arbeidstimer eller store kostnader. Normalt vil den kvantitative vurdering ta sikte på den rent økonomiske investering, eksempelvis vil et høyt antall arbeidstimer medføre store kostnader. Imidlertid kan en også tenke seg scenario hvor arbeidstimene har vært ulønnet i forbindelse med gründervirksomhet. Likefullt vil det også i slike tilfeller være mulig å angi en økonomisk verdi på timene, dersom det først er den kvantitative vurdering som blir rådende.

I utgangspunktet synes en kvantitativ vurdering forenlig med antallsvilkåret. Vurderingen av om en sammenstilling inneholder et større antall opplysninger beror i all hovedsak på kvantitet. Imidlertid har en her igjen en kollisjon da den kvantitative vurdering etter antallsvilkåret ikke vil ta hensyn til investeringens relasjon.⁹⁹

3.3.3.3 Kvalitative vurderinger

Det har vært hevdet i teorien at det ville vært tilstrekkelig å oppstille et krav om finansiell investering, hvilket ville eliminert behovet for den kvalitative vurdering.¹⁰⁰ Imidlertid må den særskilte presisering i direktivet av flere ulike investeringer utover de rent finansielle, anses som et ønske om å inkludere også de rene ikke- finansielle investeringer. På denne bakgrunn må investeringskravet tolkes bredt¹⁰¹, også investeringer som ikke kan kvantifiseres i monetær form skal likevel kunne oppnå vern.¹⁰²

På samme måte som den kvantitative vurderingen ikke tar sikte på antall opplysninger eller elementer i databasen, så tar den kvalitative vurderingen ikke sikte på kvaliteten av

⁹⁸ Rognstad (2009) s. 300 med henvisning i note 869.

⁹⁹ Se kapittel 3.3.2 foran

¹⁰⁰ Det har vært hevdet at utelukkende et krav om finansiell investering ville vært tilstrekkelig, se Derclay (2008) s. 65 med henvisninger i note 189.

¹⁰¹ Derclay (2008) s. 66.

¹⁰² Dette kommer også til uttrykk i sak C-338/02 (Svenska spel) premiss 28, C-444/02 (OPAP) premiss 43 og C-46/02 (Oy Veikkaus) premiss 38.

opplysningene eller elementene i databasen.¹⁰³ Eksempler på kvalitative investeringer kan være investeringer i kompetanse, teknisk kreativitet eller psykologiske investeringer.¹⁰⁴

Spørsmålet blir dermed om det kan innfortolkes en kvalitativ vurdering i antallsvilkåret. I forarbeidene til endringsloven er det en uttalelse som gir holdepunkter for en kvalitativ vurdering ved antallsvilkåret.

“I vurderingen av hvorvidt en katalog inneholder et «større antall opplysninger» har *omfanget* av den innsats som er nedlagt i samlingen av disse betydning. Det er likevel ikke alene tilstrekkelig at det er nedlagt mye arbeid og kostnader med etableringen av katalogen, hvis antall opplysninger ikke er et «større antall»” (min kursivering).¹⁰⁵

Her synes forarbeidene å åpne for en kvalitativ vurdering ved antallsvilkåret ved at det kan tas hensyn til “omfanget” av innsatsen. Imidlertid kan ikke denne uttalelsen anses å gi adgang til fullverdige kvalitative vurderinger. Ettersom det uansett må foreligge et “større antall” opplysninger, innebærer dette at kvantitetskravet kan reduseres utfra kvalitative betraktninger. Det sentrale er dermed at kvantitetskravet ikke kan tolkes vekk.

Det kan innvendes at det er uproblematisk at antallsvilkåret ikke åpner for fullverdige kvalitative vurderinger slik som investeringsvilkåret. Et slikt synspunkt kan begrunnes i vilkårenes alternative natur. Likefullt kan ikke et slikt synspunkt anses særlig vidtrekkende. Skillet mellom de kvantitative og kvalitative vurderinger viser en nyanse i vurderingen av investeringsvilkåret som det er vanskelig å gjenfinne i antallsvilkåret. Videre er det igjen et sentralt poeng at den kvantitative vurdering etter antallsvilkåret ikke tar hensyn til investeringens relasjon.

3.3.3.4 Vesentlighetsbegrepet

Direktivet har ingen uttrykkelig definisjon på innholdet av vesentlighetsbegrepet¹⁰⁶. Likefullt kan en finne visse retningslinjer i direktivets fortale. I fortalens punkt 17 og 19 fremgår det at en musikk-CD faller utenfor.

I teorien har det vært argumentert for at anvisningen i fortalen kan gi mer konkrete holdepunkter for vesentlighetsvurderingen. Det er hevdet at ettersom en CD normalt ikke

¹⁰³ Enkelte teoretikere har tidligere hevdet denne tolkning, se Derclaye (2008) s. 83 med henvisning i note 275.

¹⁰⁴ Derclaye (2008) s. 65 med henvisning i note 188.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 21.

¹⁰⁶ På engelsk brukes begrepet “substantial”, på dansk begrepet “væsentlig”.

medfører en vesentlig investering, så kan en legge til grunn at en vesentlig investering må ligge over en gjennomsnittlig investering i en musikk CD.¹⁰⁷ Imidlertid fører denne argumentasjonsrekken ikke veldig mye lenger enn det som nå er beskrevet. En har fortsatt ingen holdepunkter for hvor vesentlighetsterskelen ligger i forhold til en CD, imidlertid kan en få definert en viss veiledning i hvor vesentlighetsterskelen ligger.

Vesentlighetsbegrepet er vagt og som vist er det begrenset veiledning i direktivet. Det er tale om en rettslig standard som er gjenstand for avklaring gjennom praksis, da særlig fra EU-domstolen.

Det foreligger en del avgjørelser fra EU-domstolen hvor vesentlighetskravet utvilsomt er oppfylt. Et eksempel er William Hill-avgjørelsen¹⁰⁸, her hadde BHB utgifter tilsvarende omtrent 4 millioner pund årlig, i forbindelse med innsamling, kontroll og presentasjon av dataene. I tillegg hadde BHB 80 ansatte som jobbet med driften av databasen.¹⁰⁹

Det er ikke problematisk å konkludere med at databaser som har krevd investeringer i millionklassen er resultat av en vesentlig investering, og normalt vil disse også ha en sammenstilling av et større antall opplysninger. Det interessante ligger derimot i de saker som befinner seg i andre enden av spekteret, der det er tale om relativt små investeringer som likefullt anses å oppfylle vesentlighetsterskelen. Det er ingen avgjørelser fra EU-domstolen som setter dette på spissen, imidlertid foreligger det rettspraksis fra medlemsland som kan være av interesse, på tross av potensiell liten rettskildemessig verdi i Norge.¹¹⁰

To franske avgjørelser illustrerer den nedre del av spekteret. I Newsinvest-avgjørelsen¹¹¹ gjaldt det et firma ved navn PR Line som samlet presseoppslag knyttet til ulike firmaer i tillegg til finansielle rapporter og verifiserte og samlet disse i en database. Innholdet i databasen ble oppdatert hvert 30 minutt hvilket krevde noen timers arbeid. I Sonacotra-avgjørelsen¹¹² var den aktuelle database kun en liste over 1650 e-post adresser. Begge

¹⁰⁷ Derclaye (2008) s. 67.

¹⁰⁸ Se note 85 foran.

¹⁰⁹ Tall hentet fra Derclaye (2008) s. 69.

¹¹⁰ Slike avgjørelser kan ha en viss interesse i lys av målsettingen om totalharmonisering innen EU, se kapittel 2.2 foran.

¹¹¹ PR Line v Newsinvest, T. com. Nanterre, 16 mai 2002.

¹¹² Sonacotra v. Syndicat Sud Sonacotra, TGI Paris, 25 april 2003.

avgjørelsene viser at kun noen timers arbeid kan kvalifisere til vesentlighetsterskelen.¹¹³ Det er vanskelig å si noe helt konkret om hvor terskelen går, ihvertfall frem til en får en avgjørelse fra EU-domstolen som setter den nedre grense for vesentlighetsterskelen på spissen.

Det er sentralt for harmonisering av vilkårene i åndsverkloven § 43 at terskelen for vern ved antallsvilkåret tilsvarer terskelen ved investeringsvilkåret. I utgangspunktet er det naturlig å anta at terskelen ved disse alternative vilkår kan harmoniseres. Imidlertid er det klare utfordringer ved dette i lys av den tidligere drøftelsen.

Slik det er beskrevet tidligere i dette kapittel vil investeringsrelasjonen og vurderingsalternativet, kvantitativ eller kvalitativ, legge premissene for vurderingen av vesentlighetsterskelen. Vesentlighetsvurderingen blir dermed svært skjønnsmessig og knyttet til konkrete vurderinger. Om terskelen ved antallsvilkåret og investeringsvilkåret skal harmoniseres, vil resultatet trolig stride mot en naturlig ordlydstolkning av antallsvilkåret. Dermed havner en igjen i en situasjon hvor en prøver å bortfortolke det norske antallsvilkåret. Dette er som tidligere beskrevet ikke en rettskildemessig adekvat løsning.

3.3.4 Kollisjonen mellom antallsvilkåret og harmoniseringsmålsettingen

Det fremgår av gjennomgangen i dette kapittel at den klare presiseringen av investeringens relasjon gjennom Fixtures-avgjørelsene skaper de største problemene for det norske antallsvilkåret. I utgangspunktet kunne antallsvilkåret vært forenlig med en kvantitativ vurdering etter investeringsvilkåret. Imidlertid understreker Fixtures-avgjørelsene direktivets presisering av investeringens relasjon. På denne bakgrunn kan ikke en kvantitativ vurdering av investeringsvilkåret ta utgangspunkt i antall opplysninger som er sammenstilt.

Situasjonen kompliseres ytterligere av den kvalitative vurdering. Den kvalitative vurdering er vanskelig å forene med antallsvilkåret og viser de nyanser som ligger i vurderingen etter investeringsvilkåret. Det fremstår svært vanskelig å innfortolke disse nyanser i antallsvilkåret på grunn av ordlydens begrensninger.

Som beskrevet er terskelen for vern ved vesentlighetskriteriet tett knyttet opp mot investeringsrelasjonen. Dette medfører at vurderingen blir konkret og skjønnsmessig knyttet til den aktuelle investeringsrelasjon, med mulighet for både kvantitative og kvalitative

¹¹³ Derclaye (2008) omtaler disse avgjørelsene på s. 71-73, se note 226 i boken. Det presiseres at det ikke angis pengebruken i Sonacotra-avgjørelsen, men at investeringen fortsatt må anses relativt sett minimal.

perspektiv. Derfor blir det problematisk å harmonisere terskelen ved antallsvilkåret med terskelen ved investeringsvilkåret.

Den avgjørende spiker i kisten for antallsvilkåret er uttalelsene i forarbeidene som ble gjengitt i kapittel 3.3 foran. Gjennomgangen viser at det er svært vanskelig å oppnå harmoni mellom antallsvilkåret og investeringsvilkåret. At forarbeidene presiserer at slik harmoni ikke er tiltenkt må da tillegges avgjørende betydning.

Konsekvensen er dermed at en database kan oppnå vern ved antallsvilkåret selv om investeringsvilkåret ikke er innfridd. Slik beskrevet tidligere i kapittel 2.3 og 2.4 taler det dualistiske prinsipp, forutberegnelighetsprinsippet og maktfordelingsprinsippet for at ordlyden i slike tilfeller må gis gjennomslag. Det er disse prinsipp som begrunner yttergrensen for en direktivkonform tolkning, der en tolkning fører til et resultat *contra legem*.¹¹⁴ Det foreligger da en situasjon hvor den norske ordlyden ikke kan tolkes i samsvar med EU-retten.

På denne bakgrunn foreligger en inkorrekt implementering av databasedirektivet i norsk rett, hvilket har ført til en rettskildekonflikt som ikke kan løses ved konvensjonelle metoder, hverken av rettsanvendere eller domstolene. Konflikten må i utgangspunktet løses av lovgiver.

¹¹⁴ Se kapittel 2.4.

4. Eneretten

4.1 Oversikt

I dette kapitlet vil det ses nærmere på eneretten ved de to beføyelsene. Etter åndsverkloven § 43 1. ledd har databasefrembringer “*enerett* til å råde over hele eller vesentlige deler av arbeidets innhold ved å *fremstille eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten*” (min kursivering).¹¹⁵

Beføyelsene er formulert som en enerett til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten, hvilket er de samme begrep som brukes i opphavsretten. Direktivet har derimot distansert seg fra de tradisjonelle opphavsrettslige begrepene, i motsetning til åndsverkloven § 43. Direktivet benytter isteden begrepene “*extraction*” og “*re-utilization*”, som på norsk kan oversettes med begrepene uttrekk og gjenbruk.¹¹⁶ Det er denne spenningen mellom direktivet og åndsverkloven § 43 som er tema i dette kapitlet.

På bakgrunn av sui generis-vernets rettslige plassering hadde departementet oppfordring til å benytte enhver anledning til å markere avstand og ulikheter fra det opphavsrettslige vern, særlig i lys av det tosporede system for vern av databaser som direktivet legger opp til.¹¹⁷ Direktivets tekst er på dette punkt svært konsekvent ved å markere avstand til det opphavsrettslige vern og presisere ulikheter.

Under lovforberedelsen drøftet departementet problemstillingen i forarbeidene og begrunnet valget med et ønske fra samtlige nordiske land om “å bevare gjeldende terminologi så langt som mulig”¹¹⁸. Det synliggjøres her en begrunnelse som tilsvarer begrunnelsen for å opprettholde antallsvilkåret, å bevare nordisk rettstradisjon ved katalogregelen. Det har vært rettet kritikk mot valget av de opphavsrettslige begrep i bestemmelsen.¹¹⁹ Kritikken bunner ut i at direktivets valg av andre begrep enn opphavsrettens tradisjonelle begrep var helt bevisst, for å understreke forskjellen mellom det opphavsrettslige vern og sui generis-vern.

¹¹⁵ Åndsverkloven § 43 1. ledd.

¹¹⁶ Tilsvarende oversettelse i Rognstad (2009) s. 306 og ot.prp. nr. 85 (1997-1998).

¹¹⁷ Se kapittel 2.1.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 34.

¹¹⁹ Rognstad (2009) s. 306 og Lorentzen (2002) s. 75-77.

På dette punkt i den norske implementeringen er det en sentral forskjell fra den konflikt som ble behandlet i kapittel 3. Ved denne konflikten har departementet presisert og drøftet konfliktpunktene grundig og dermed tatt høyde for en potensiell konflikt. I forarbeidene uttales det:

“I direktivet benyttes betegnelsene «uttrekk» og «gjenbruk» av en database. For alle praktiske formål vil dette tilsvare eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten.”¹²⁰

Den siterte uttalelse viser at departementet er oppmerksom på ulikheten, og at hensikten er at begrepene i åndsverkloven § 43 skal ha det samme innhold som direktivets begreper. I lys av de utgangspunkt som ble formet i kapittel 2.4, vil dette ha sentral betydning for adgangen til å foreta direktivkonform fortolkning av de norske begrepene “fremstille eksemplar” og “tilgjengeliggjøring for allmennheten”.

Imidlertid er det litt mer komplisert hva gjelder begrepet “tilgjengeliggjøring for allmennheten”. Det er uttalelser i forarbeidene¹²¹ om at inntakelsen av tilgjengeliggjøringsbegrepet kan medføre et videre vern enn direktivets begrep “gjenbruk”.

På denne bakgrunn kan det oppstå tilfeller hvor en får motstrid mellom tilgjengeliggjøringsbegrepet og direktivets begrep “gjenbruk”. Likefullt er denne uttalelsen av en annen karakter enn uttalelsen vedrørende antallsvilkåret. Ved tilgjengeliggjøringsbegrepet holdes muligheten åpen for at det kan medføre et videre vern, den grunnleggende forutsetning er fortsatt at begrepene skal være overlappende. Dermed vil en kunne strekke seg lenger i forsøket på direktivkonforme fortolkninger enn tilfellet var ved antallsvilkåret.

Den oversikt som er gitt så langt i dette kapittel vil i det følgende utdypes nærmere. Det er allerede påvist at det foreligger en retts teknisk uheldig implementering av direktivet også på dette punkt, men avstanden mellom direktivet og åndsverkloven § 43 er så langt ikke så stor at konflikten ikke kan løses, særlig i lys av forarbeidene. Videre i dette kapitlet vil det skisseres hvor stor avstand det er mellom de norske begreper og direktivets begreper, hvilket vil illustrere eventuelle komplikasjoner som kan oppstå ved forsøk på direktivkonforme tolkninger.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 40.

¹²¹ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 34 uttales: “Selv om det derved gis et vern av noe større omfang enn det direktivet krever...”.

4.2 Innledende betraktninger

Den gamle katalogregelen før implementeringen av databasedirektivet ga et vern mot “ettergjøring”. I forarbeidene er ettergjøring definert til at “opplysninger i en database er kopiert i samme struktur og samme rekkefølge/arrangement, og i et slikt omfang at den kopierte delen i seg selv kan sies å fylle kriteriene for et katalogvern”.¹²²

I forarbeidene¹²³ er det også lagt til grunn at direktivets vern er mer omfattende enn det dagjeldende ettergjøringsvernet. I lys av denne uttalelse, samt det faktum at en står overfor en helt ny utforming av eneretten enn i den tidligere katalogregelen, samt tatt i betraktning målsettingen om totalharmonisering, må det legges til grunn at tidligere rettspraksis om ettergjøringsvernet ikke har betydning ved fastleggingen av rekkevidden av vernet etter den nye åndsverkloven § 43.¹²⁴

Ved inntakelsen av begreper som “innhold”, “fremstille eksemplar” og “tilgjengeliggjøring for allmennheten” i endringsloven oppstod det kritikk fra høringsinstansene. Det ble hevdet at en ren henvisning til eksemplarframstilling ville bli misvisende, ettersom en ikke kan legge til grunn den eksemplarframstilling som er definert i loven.¹²⁵ Dette medførte at departementet inntok en presisering i lovteksten om at eneretten ikke omfattet uvesentlige deler av databasen. Den helt sentrale forskjell mellom begrepene slik de er brukt i § 43 kontra ellers i loven er at begrepene må leses i sammenheng med de reservasjoner som er inntatt i lovteksten, nemlig sontringen mellom “vesentlige” og “uvesentlige deler”.¹²⁶

Hva gjelder innholdsbegrepet er det sentralt at åndsverkloven § 43 ikke skal gi et rent innholdsvern¹²⁷, i den betydning at de enkelte elementer og opplysninger i databasen ikke i seg selv er vernet.¹²⁸ Innholdsvernet tar sikte på det arbeid som ligger i sammenstillingen og struktureringen av databasen. For å illustrere dette kan en ta utgangspunkt i en database bestående av musikk, slik som Spotify. Da er det struktureringen og organiseringen av

¹²² Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 21.

¹²³ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 33.

¹²⁴ Lorentzen (2002) s. 87 (note 277) og Taubøll (2006) s. 545.

¹²⁵ Åndsverkloven § 2.

¹²⁶ Taubøll (2006) s. 546, se også begrensningene i åndsverkloven § 43 2. ledd.

¹²⁷ Rognstad (2009) s. 303, direktivet bruker formuleringen “contents of the database”.

¹²⁸ Direktivets fortale punkt 45 og 46, Lorentzen s. 80, ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 41 og Rognstad (2009) s. 303.

elementene i databasen som nyter vern, en kan ikke få vern for de musikkverker som utgjør elementene i databasen, de vil normalt allerede være undergitt opphavsrett.

Innholdsbegrepet vil her ikke bli viet mye plass, men et par korte betraktninger vil likefullt knyttes til dette begrep. Slik en ser av forklaringen i avsnittet overfor kan innholdsbegrepet illustrere spenningen mellom antallsvilkåret og investeringsvilkåret som er behandlet i de tidligere kapitler.

Innholdsbegrepet knytter seg konkret til sammenstillingen, som gjennom investeringsvilkåret er forutsetningen for vern gjennom den klare avgrensningen av investeringens relasjon, se Fixtures-avgjørelsene. Dersom en kan oppnå vern for en database kun ved å sammenstille et større antall opplysninger vil databaser lettere oppnå vern hvilket vil kunne resultere i en større grad av “innholdsvern” all den tid flere databaser er vernet. Som eksempel kan en se at i Fixtures-avgjørelsene ville Fixtures databasen trolig oppnådd vern ved antallsvilkåret, hvilket kunne resultert i krenkelse fra William Hill og de øvrige saksøkte i de tre avgjørelsene.¹²⁹

4.3 Enerettsbegrepet og handlingsrommet

I åndsverkloven § 43 er beføyelsene fremstilt som en enerett i form av en positivt avgrenset rett som tilkommer databasefrembringer. Dette tilsvarer den måten beføyelsene angis i norsk opphavsrett. I direktivet er derimot beføyelsene negativt avgrenset gjennom en rett til å forby.¹³⁰ På denne bakgrunn kan det problematiseres om den positivt avgrensede retten i bestemmelsen gir større handlingsrom for databasefrembringer enn direktivet gir støtte til.¹³¹

Den opphavsrettslige enerett er nærmere definert i åndsverkloven § 2 og § 3. Her fremgår at eneretten omfatter både ideelle rettigheter, beføyelsesrett over verket og rett til å forby andre. Det er ikke tvilsomt at eneretten ved sui generis-vernet etter § 43 ikke gir ideelle rettigheter. På den andre siden er det klart at databasefrembringer har en beføyelsesrett over eget verk slik som i opphavsretten.¹³²

Det potensielt problematiske aspekt ved den opphavsrettslige enerett er retten til å forby andre, henvisningen til begrepet “enerett” i § 43 kan medføre at databasefrembringer får en adgang til å forby flere handlinger enn direktivet legger opp til.¹³³ Problemet kan oppstå om en legger til grunn den adgang til å forby etterligninger i “endret” eller “bearbeide[t]” skikkelse som fremgår av åndsverkloven § 2 1. ledd.

¹²⁹ Det er mulig reservasjonen i åndsverkloven § 43 2. ledd kunne hindret et slikt utfall, men det vil ikke undergis en nærmere vurdering.

¹³⁰ I den tidligere katalogregelen hadde frembringer rett til å forby ettergjøring.

¹³¹ Dette er tidligere problematisert i Lorentzen (2002) kapittel 4.2.2.

¹³² Selvom dette ikke fremgår eksplisitt av direktivet, se Lorentzen (2002) s. 75.

¹³³ Lorentzen (2002) s. 75.

Imidlertid avhjelper § 43 5. ledd denne situasjonen ved at det henvises til “§ 2 andre til fjerde ledd”. Det er dermed tatt en eksplisitt avgrensning mot § 2 1. ledd. På denne bakgrunn kan ikke sui generis-vernets enerettsbegrep likestilles med det opphavsrettslige enerettsbegrep, men bør derimot betraktes som “summen av rettighetshavers beføyelser over databaser uten verkshøyde”¹³⁴.

Dermed oppstår ingen direkte konflikt mellom det positivt og negativt ladede begrep i henholdsvis åndsverkloven § 43 og direktivet.

4.4 Eksemplarframstilling

4.4.1 Innledning

Som beskrevet innledningsvis i dette kapittel¹³⁵ må de opphavsrettslige begrep som fremgår av § 43 tolkes annerledes enn ellers i opphavsretten. Hva gjelder eksemplarbegrepet er dette ordinært knyttet til verkshøydekravet. Det innebærer at dersom det opprinnelige verkets verkshøyde synliggjøres i plagiatproduktet vil en normalt tale om eksemplarframstilling.¹³⁶

Det kan naturligvis ikke opereres med et slikt utgangspunkt hva gjelder sui generis-vern, ettersom en her ikke har et krav om verkshøyde. Ved sui generis-vern bør det i stedet tas utgangspunkt i hvor stor eller hvilken del av databasen som er kopiert.¹³⁷ I forarbeidene fremheves også at det må foretas en kobling til investeringsvilkåret for å vurdere om det foreligger eksemplarframstilling.¹³⁸

I neste underkapittel vil det gis en kort gjennomgang av Directmedia avgjørelsen avsagt av EU-domstolen. Denne avgjørelsen gir avklaring knyttet til direktivets begrep “uttrekk”, og vil danne utgangspunkt for vurderingen av de potensielle utfordringer ved å tolke begrepet “framstille eksemplar” i samsvar med begrepet “uttrekk”.

¹³⁴ Sitat fra Lorentzen (2002) s. 75.

¹³⁵ Kapittel 4.1.

¹³⁶ Lorentzen s. 81.

¹³⁷ Størrelsen henviser til den kvantitative vurdering og hvilken del henviser til den kvalitative.

¹³⁸ Ot.prp.nr. 85 (1997-98) s 40-41.

4.4.2 Directmedia-avgjørelsen¹³⁹

Spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen var om det forelå “uttrekk” i direktivets forstand dersom overføringen fant sted på grunnlag av søking i databasen og en vurdering i hvert enkelt tilfelle, eller om direktivet krever en fysisk kopiering av data.¹⁴⁰

Domstolen viser til at det i direktivet¹⁴¹ fremgår at “uttrekk” omfatter “en hvilken som helst måte eller i en hvilken som helst form”, hvilket viser at begrepet er ment å ha en vid betydning.¹⁴² Videre underbygges tolkningen av direktivets formål ved innføringen av en sui generis-rett.¹⁴³ I lys av dette formål mente domstolen at begrepet “uttrekk” omfatter enhver urettmessig tilegnelse av hele eller en vesentlig del av databasens innhold.¹⁴⁴

I avgjørelsen kommer også domstolen til at begrepet “uttrekk” i likhet med databasebegrepet skal være fri for “formelle, tekniske eller fysiske kriterier”.¹⁴⁵ I denne saken innebar det fravær av krav om fysisk kopiering fra databasen til saksøker. Det hadde dermed ingen betydning for vurderingen av om det forelå “uttrekk” at diktene var hentet fra saksøktets eget digitale materiale.

Domstolen avfeier for øvrig en påstand fra saksøkte om at begrepet “uttrekk” kun omfatter handlinger som består i en mekanisk reproduksjon av en databases innhold eller en vesentlig del av en databases innhold.¹⁴⁶ Dette innebærer at omstrukturering av materialet fra den opprinnelige databasen ikke har

¹³⁹ Sak C-304/07, Directmedia Publishing GmbH (Directmedia) mot Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (ALUF). I avgjørelsen hadde firmaet Directmedia laget en cd-rom med 1000 dikt “som alle må ha”. Av disse 1000 diktene var 856 også en del av en større diktsamling på 20 000 dikt utarbeidet i regi av ALUF. Directmedia hadde latt seg inspirere av denne listen, og hadde foretatt en utvelgelsesprosess etter en kritisk gjennomgang av diktene.

¹⁴⁰ Premiss 22.

¹⁴¹ Artikkel 7 nr. 2, bokstav a.

¹⁴² Premiss 31.

¹⁴³ Se premiss 32 og 33. Kjernen her er at en ikke ville fått et effektivt vern for databaser om forståelsen av begrepet “uttrekk” var snever. For at direktivet skal oppnå sitt formål å sikre investeringer i databaser, må begrepet “uttrekk” ha et vidt anvendelsesområde.

¹⁴⁴ Premiss 34, med henvisning til William Hill-avgjørelsens premiss 51 og 67 (se note 85 foran).

¹⁴⁵ Premiss 38. På dansk “en fortolkning af begrebet udtræk, der – ligesom fortolkningen af begrebet database – er fri for formelle, tekniske eller fysiske kriterier.”

¹⁴⁶ Premiss 40.

betydning for vurderingen av om det foreligger “uttrekk”.¹⁴⁷ Det presiseres også at det ikke har betydning for vurderingen om formålet med uttrekket er å opprette en konkurrerende database.¹⁴⁸

Uttalelsene i avgjørelsen viser at direktivets begrep “uttrekk” er ment å ha et svært vidt nedslagsfelt. Dermed vil det sjelden oppstå en direkte konflikt mellom den norske begrepsbruken og direktivets begrep.

Ved en direktivkonform fortolkning av det norske eksemplarframstillingsbegrepet må det etterstrebtes at innholdet av uttrekksbegrepet gjennom direktivet og rettspraksis tilsvarer det norske eksemplarframstillingsbegrepet. Som beskrevet i kapittel 4.1 er denne spenningen mellom de norske begreper og direktivets begreper allerede adressert i forarbeidene til endringsloven.

Denne adresseringen av problemet i forarbeidene viser at det her *ikke* var tiltenkt å gi et annet vern enn direktivets, slik som tilfellet var ved antallsvilkåret. Avgrensningene mot den opphavsrettslige enerett bidrar til at eksemplarframstillingsbegrepet i § 43 ikke skal tolkes likt som eksemplarframstillingsbegrepet ellers i opphavsretten.

Likefullt foreligger det fortsatt enkelte utfordringer, primært av rettsteknisk art. Dette kan illustreres ved å overføre hovedproblemstillingen i Directmedia avgjørelsen til norsk rett. Det oppstår da en kronglete konstruksjon.

Hovedproblemstillingen i directmedia avgjørelsen gjaldt rekkevidden av begrepet “uttrekk”, mer presist om begrepet forutsetter en fysisk kopiering av hvert enkelt element som er trukket ut, eller om en individuell konsultasjon av hvert element var tilstrekkelig. Den tilsvarende problemstilling etter åndsverkloven § 43 blir om “en individuell konsultasjon som resulterer i en overføring av (de) enkelte data i en fremmed database kan sies å innebære eksemplarframstilling av databasens innhold”¹⁴⁹.

Dermed vil en i norsk rett måtte stille spørsmål om uttrekkshandlingen innebærer eksemplarframstilling. Dette er nødvendig for å knytte vurderingen opp mot lovens begreper.

¹⁴⁷ Premiss 39, med støtte i fortalens punkt 38 som på dansk lyder “med den stadig mere udbredte brug af digital teknologi udsættes databaseframstilleren for den risiko, at indholdet af hans database kopieres og uden hans tilladelse omordnes elektronisk, således at der fremstilles en database med identisk indhold, men som ikke krænker ophavsretten til struktureringen af den oprindelige databases indhold”.

¹⁴⁸ Premiss 47 i avgjørelsen, med henvisning til premiss 47 og 48 i William Hill-avgjørelsen (se note 85 foran).

¹⁴⁹ Sitatet er hentet fra Ole-Andreas Rognstad, “Databasevern. EF-domstolens dom i sak C-304/07”, publisert i *Nytt i Privatretten* nr. 4 2008 s. 14-15 (NIP-2008-4-14), der han påviser det samme problemet.

Ved en slik problemformulering ser en at innholdet av eksemplarbegrepet er uten selvstendig verdi. En norsk rettsanvender kan ikke foreta en vurdering av om en slik uttrekkshandling innebærer eksemplarframstilling, hvorpå det konkluderes med at dette ikke er eksemplarframstilling i lovens forstand. Dette skyldes at eksemplarframstilling skal tilsvare uttrekkshandlingen av hensyn til harmoniseringsmålsettingen. Resultatet er da en begrepsbruk i åndsverkloven § 43 uten selvstendig betydning for den rettslige vurdering. Dette er som sagt retts teknisk uheldig, men samtidig en løsbart konflikt.

Denne retts teknisk uheldige begrepsbruken kan likefullt få negative konsekvenser ved den praktiske rettsanvendelse. Det skyldes at den uheldige begrepsbruken fordrer en svært aktiv rolle hos både rettsanvender og domstol, for å sikre at begrepene gis det meningsinnhold de er ment å ha etter direktivet. Dette kan aktualisere prosessøkonomiske hensyn, men av størst betydning er hensynet til en materielt riktig avgjørelse.

I neste underkapittel vil det ses nærmere på tilgjengeliggjøringsbegrepet. Det er klare likhetstrekk mellom eksemplar- og tilgjengeliggjøringsbegrepet i den forstand at begge er begrep som ikke er hentet fra direktivet. Ved gjennomgangen i neste underkapittel vil det illustreres problemstillinger som også vil ha relevans for eksemplarbegrepet, i den grad det illustrerer hvordan den avvikende begrepsbruken kan by på rettskildemessige utfordringer. Særlig Supersøk avgjørelsen illustrer hvordan manglende fokus på de rettskildemessige spenninger i § 43 kan slå uheldig ut.

4.5 Tilgjengeliggjøring for allmennheten

4.5.1 Tilgjengeliggjøringsbegrepet

Begrepet “tilgjengeliggjøring for allmennheten” er ment å være i overrensstemmelse med begreps betydning ellers i opphavsretten.¹⁵⁰ I forarbeidene uttales det at et verk kan gjøres tilgjengelig “for allmennheten enten ved spredning av eksemplar, visning av eksemplar eller fremføring av verket utenfor det private området”.¹⁵¹ En ser dermed at

¹⁵⁰ Dette fremgår av lovteksten ved en henvisning til åndsverkloven § 2 3. ledd, i forarbeidene vises det også til åndsverkloven § 4, se ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 16.

¹⁵¹ Se ot.prp. nr. 85 (1997-1998) s. 16. I eldre forarbeider var begrepet definert til å omfatte “en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks. ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høyttaler”, se ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s 16.

tilgjengeliggjøringsbegrepet er forutsatt tolket likt som begrepet ellers i opphavsretten. Slik som beskrevet i kapittel 4.1 legger ikke forarbeidene opp til at tilgjengeliggjøringsbegrepet skal ha et annet innhold enn direktivets begrep “gjenbruk”. Derimot ble det antatt at begrepene ville være overlappende, men likefullt at tilgjengeliggjøringsbegrepet kan medføre et videre vern.¹⁵²

I dette underkapittel vil det påvises at direktivets begrep og det norske begrep ikke er overlappende. Denne delen vil konsentrere seg om hyperlenker da det foreligger ny og relevant rettspraksis fra EU-domstolen innenfor dette feltet. Hyperlenker er dessuten et særskilt aktuelt tema hva gjelder tilgjengeliggjøringsbegrepet overfor elektroniske databaser, da det her kan påvises ulike tolkningslinjer for det opphavsrettslige begrep og sui generis-begrepet.

4.5.2 Hyperlenker

4.5.2.1 Introduksjon

Innen opphavsretten har det de siste årene vært stor diskusjon knyttet til tilgjengeliggjøringsbegrepet, særlig overfor hyperlenker på internett. Den prinsipielle avgjørelsen i Napster.no-avgjørelsen¹⁵³ har vært gjenstand for debatt knyttet til hva som er innholdet av tilgjengeliggjøringsbegrepet overfor hyperlenker. Saken gjaldt utlegging av lenker på Internett til opphavsrettslig beskyttede musikkfiler. I avgjørelsen vek Høyesterett tilbake fra å anse linker til ulovlig utlagt materiale som en handling som innebærer tilgjengeliggjøring for allmennheten.¹⁵⁴

Avgjørelsen har vært kritisert i teorien fordi Høyesterett ikke tar et klart standpunkt hva gjelder tilgjengeliggjøringsspørsmålet. Enkelte hevder Høyesterett burde slått fast at tilgjengeliggjøring i nettverk må anses som fremføring.¹⁵⁵ Hvorvidt et slikt standpunkt ville vært rettslig holdbart utfra rettsgrunnlaget som forelå på domstidspunkt faller utenfor fremstillingens tema. Kjernen i denne sammenheng er at spørsmålet om hyperlenker og

¹⁵² Se note 120 foran.

¹⁵³ Rt. 2005 s. 41.

¹⁵⁴ Se Ole-Andreas Rognstad, “*Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken*”, publisert i Nordiskt immateriellt rättsskydd, nr. 4 år 2005, s. 344-370, se s. 344 (NIR-2005-344).

¹⁵⁵ Rognstad (2005) s. 346 (NIR-2005-344).

tilgjengeliggjøring i opphavsrettslig kontekst, ikke kan anses helt avklart i norsk rett. Dette understrekes av den spesielle situasjonen som forelå i Napster.no-avgjørelsen og de sterke konsekvensbetraktninger som der gjorde seg gjeldende.¹⁵⁶

I en dom med Finn.no som saksøker¹⁵⁷, var det søksmål mot firmaet Supersøk¹⁵⁸ som var en metatjeneste som tillot søk i flere databaser. I denne saken refererte retten til en uttalelse fra Napster.no-avgjørelsen¹⁵⁹: “det er mulig det finnes lenker som er kodet slik at de må sies å stå i en særstilling i forhold til tilgjengelighetsbegrepet”.

I saken kom problemstillingen på spissen da Supersøk for å tilpasse seg Finn sine blokkeringer av deres forespørsler, hadde endret koden slik at kodingen av søket foregikk på en langt mer innfløkt måte. Tingretten var her i tvil om dette utgjorde en tilgjengeliggjøring i strid med § 43, men mente at all den tid det er brukeren som initierer søket så skjer den endelige eksemplarframstillingen hos brukeren, for brukeren vil således resultatet være det samme. Tingretten kom dermed til at det ikke forelå tilgjengeliggjøring og dermed krenkelse av databasevernet, men at det isteden forelå krenkelse etter markedsføringsloven § 1.¹⁶⁰

Et sentralt trekk ved Supersøk-avgjørelsen er at tingretten utelukkende vurderer tilgjengeliggjøringsbegrepet i lys av øvrig praksis innen opphavsretten, særlig Napster avgjørelsen. Retten tar ikke stilling til en eventuell ulikhet mellom det opphavsrettslige tilgjengeliggjøringsbegrep og direktivets gjenbruksbegrep.¹⁶¹

Slik departementet la til grunn i forarbeidene kan det være naturlig å anta at direktivets begrep ikke kan gå lenger enn det opphavsrettslige begrep, slik at en konklusjon på at det opphavsrettslige begrep ikke favner om tilfellet uansett må medføre at direktivets begrep ikke

¹⁵⁶ Se Hans M. Graasvold, “Høyesteretts avgjørelse i Napster.no - var gjerdet lavere på den andre siden?”, *Lov og Data 2005* (LoD-2005-82-10).

¹⁵⁷ Trondheim tingrett avgjørelse datert 17.03.06 (TTRON-2004-85946).

¹⁵⁸ Innehaver av den forhenværende nettsiden supersøk.no.

¹⁵⁹ En obiter dictum uttalelse i Rt. 2005 s. 41, avsnitt 47 i avgjørelsen.

¹⁶⁰ Avgjørelsen ble anket til Frostating lagmannsrett, se LF-2005-1480 inntatt i RG. 2005 s. 1089. Imidlertid valgte lagmannsretten ikke å gå inn på spørsmålet knyttet til § 43, men avgjorde spørsmålet på bakgrunn av markedsføringsloven og varemerkelovens regler.

¹⁶¹ På den annen side løser tingretten saken på bakgrunn av markedsføringsloven, men de velger likefullt å gå relativt grundig til verks ved drøftelsen av sui generis-vernet. På denne bakgrunn burde det her vært foretatt en grundigere rettskildemessig vurdering.

er oppfylt. Et slikt resonnement kan ha gode grunner for seg, på tross av at det opphavsrettslige begrep kan favne om tilfeller begrepet “gjenbruk” ikke omfatter. Det er likefullt en grunnleggende ulikhet mellom det opphavsrettslige vern og sui generis-vern. Som en konsekvens av dette kan de opphavsrettslige begrep være gjenstand for en annerledes tolkning på enkelte områder, og begrepet “gjenbruk” kan i lys av direktivets formål omfatte tilfeller som ikke er omfattet av det opphavsrettslige begrep. I lys av nyere praksis fra EU-domstolen synes sistnevnte å være tilfelle.

4.5.2.2 Gaspedaal-avgjørelsen¹⁶²

Avgjørelsen gjaldt selskapet Innoweb som gjennom sin nettside gaspedaal.nl, ga tilgang til nærmere 300 000 annonser på bruktbiler. Gaspedaal er en dedikert metasøketjeneste, hvilket innebærer at den bruker søkemaskiner fra andre websteder og videresender brukernes forespørsler til disse søkemaskiner. Begrepet dedikert viser til at søkene kun gjaldt bruktbiler.¹⁶³

En av søkemotorene som Gaspedaal tillot søk i var databasen Autotrack¹⁶⁴ som var eid av Wegener. Denne søkemotoren ga tilgang til mellom 190 000 - 200 000 bruktbilannonser som daglig ble ajourført, av disse annonsene befant ca. 40 000 seg på Autotracks egen side og de andre befant seg på andre websider. På bakgrunn av dette anla Autotrack søksmål mot Gaspedaal for at virksomheten skulle opphøre.

I avgjørelsen viser domstolen til at virksomheten til en dedikert metasøketjeneste ikke kun begrenser seg til å henvise brukerne til de databaser som innehar de opplysninger eller de annonser som er av interesse. I tillegg ga den aktuelle metasøketjenesten Gaspedaal brukerne adgang til opplysninger i “real time” slik at brukerne i mange tilfeller aldri vil gå videre til den database annonsen stammer fra.¹⁶⁵

Dette kan medføre at databasefremstilleren taper inntekter i form av reklame på hovedside eller i søkeformular.¹⁶⁶ En slik utvikling kan også føre til at annonsørene ikke lenger ser behovet for å benytte flere ulike databaser for annonsering, men derimot kun vil benytte

¹⁶² Sak C-202/12, Innoweb BV mot Wegener ICT Media BV og Wegener Mediaventions BV.

¹⁶³ I motsetning til eksempelvis Google som gir adgang til søk på absolutt alt.

¹⁶⁴ www.autotrack.nl (2014).

¹⁶⁵ Se premiss 39 og 40.

¹⁶⁶ Premiss 42.

metatjenesten til annonsering ettersom brukerne uansett vil ta i bruk denne. Dette vil igjen kunne føre til tapte inntekter for databasefremstillere.¹⁶⁷

Domstolen presiserer videre at denne risikoen for inntektstap for databasefremstilleren ikke elimineres ved at brukeren må følge en hyperlenke for å se hele annonsen på den opprinnelige databasen, nettopp fordi brukeren vil kunne gjøre de overfladiske vurderinger allerede på metasøketjenesten.¹⁶⁸ Resultatet vil trolig bli langt færre treff på nettsiden til databaseinnehaveren hvilket kan føre til inntektstap særlig ved reklame. Ved reklame vil antall treff langt på vei diktere kostnaden ved reklamering og dermed fremstillers inntekt ved reklamering. Avgjørelsen viser kjernen i databasevernet, hvilket er å beskytte databasefremstillers investering, ved å sikre investeringens avkastning.

Dette er et eksempel på en vurdering som kunne hatt relevans også i Supersøk avgjørelsen. En kan her se en nyanse mellom begrepene, i den forstand at ved det tradisjonelle opphavsrettslige begrep er målet for vurderingen hvorvidt det foreligger en krenkelse av den opphavsrettslige beskyttelse. En vurdering av begrepet “gjenbruk” har tilsynelatende flere nyanser i lys av direktivets målsetting om å verne investeringer i databaser.

Denne ulikheten mellom det opphavsrettslige tilgjengeliggjøringsbegrep og sui generis-vernets begrep “gjenbruk” settes på spissen ved en sammenligning av Gaspedaal-avgjørelsen og Retriever-avgjørelsen.¹⁶⁹

4.5.2.3 Retriever-avgjørelsen

Retriever Sverige administrerer en nettside som driver medieovervåking og sammenstiller omfattende mengder dagsaktuelle nyheter, som tilgjengeliggjøres gjennom linker til artikler på andre nettsider. Flere journalister i Göteborg-Posten valgte å gå til søksmål mot Retriever fordi de mente aktiviteten krenket journalistenes opphavsrettslig enerett til å tilgjengeliggjøre sine verker for allmennheten.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Premiss 43.

¹⁶⁸ Premiss 44 og 45.

¹⁶⁹ Sak C-466/12, Svensson m.fl. mot Retriever Sverige AB.

¹⁷⁰ Avgjørelsen gjaldt forståelsen av direktiv 2001/29/EF som i norsk rett er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XVII om opphavsrett. Avgjørelsen har dermed betydning for uttrykkene “tilgjengeliggjøring for allmennheten” og “offentlig fremføring” i åndsverkloven § 2. Se for øvrig Siri Kildahl Venemyr “Klikkbare lenker og opphavsrett”, *publisert i EuroRetts nr. 4 2014* (EUR-2014-4-7).

Domstolen konkluderer først med at det foreligger en tilgjengeliggjøring for allmennheten.¹⁷¹ Deretter går de inn på en vurdering av om denne tilgjengeliggjøringen retter seg mot et nytt publikum¹⁷² enn den opprinnelige tilgjengeliggjøringen foretatt av rettighetshaverne. Etter fast rettspraksis i EU-domstolen er dette et vilkår for at det skal foreligge “overføring til allmennheten” etter direktivets art. 3.¹⁷³ Domstolen kom til at tilgjengeliggjøringen ikke rettet seg mot et nytt publikum og på denne bakgrunn forelå det ikke krenkelse av opphavsretten ved Retrievers publisering av linkene.

4.5.2.4 Ulikhet mellom Gaspedaal-avgjørelsen og Retriever-avgjørelsen

Slik en ser av drøftelsen i underkapittel 4.5.2.1 og 4.5.2.2 er vilkåret om nytt publikum ikke et vilkår etter sui generis-vernets begrep “gjenbruk”. Om en overfører vilkåret til Gaspedaal-avgjørelsen vil en se at Gaspedaals virksomhet ikke gjør annonsene tilgjengelige for et nytt publikum, men derimot retter seg mot de samme brukerne som Autotrack.

På denne bakgrunn ville en opphavsrettslig vurdering av tilgjengeliggjøringsbegrepet i lys av opphavsrettsdirektivet medført at Gaspedaal ikke krenket opphavsretten til Autotracks database.¹⁷⁴ Publikumskriteriet viser dermed en helt grunnleggende forskjell mellom tilgjengeliggjøringsbegrepet og databasedirektivets gjenbruksbegrep, og viser at disse begrep er gjenstand for ulike tolkningslinjer i EU-domstolen. Den grunnleggende forskjell ligger her mellom opphavsretten og sui generis-vern som en nærstående rettighet.

Opphavsretten skal verne den kreative innsats i et verk ved å gi enerettigheter til frembringer. Sui generis-vern skal derimot verne den investering som er foretatt i opprettelsen av en database. De praktiske implikasjoner av den type tilgjengeliggjøring som er tilfelle i henholdsvis Gaspedaal-avgjørelsen og Retriever-avgjørelsen er ulike i dette aspekt. Såfremt

¹⁷¹ Premiss 14-23.

¹⁷² Premiss 24-31.

¹⁷³ Direktiv 2001/29/EF, se premiss 24 i avgjørelsen.

¹⁷⁴ Fremstillingen har ikke anledning til vurdere hvilke implikasjoner dette skillet mellom sui generis-vern og det opphavsrettslige vern vil ha på databaser som er undergitt opphavsrettslig vern. Imidlertid kan det bemerkes at dette trolig ikke er problematisk, begrunnet i at opphavsrettslig beskyttelse verner det kreative, og sui generis verner investeringen. Dette kan gi utslag i et ulikt behov for vern for rettighetshavere.

de publiserte artikler i Retriever-avgjørelsen ikke når et nytt publikum ved Retrievers linking, så skjer det ingen reell endring i tilgjengeligheten, all den tid rettighetshaver selv har gjort verket tilgjengelig på internett. Det skjer ingen krenkelse av den kreative innsats som er beskyttet ved opphavsretten.

I Gaspedaal-avgjørelsen krenkes Autotracks investering gjennom tilgjengeliggjøringen, ettersom Autotrack vil få et inntektstap hvilket kan gjøre inntjening av den beskyttede investering vanskelig. Det foreligger da en krenkelse av sui generis-vernet hvis formål er å beskytte investeringen til databasefremstiller.

Den forskjell som her er beskrevet mellom det opphavsrettslige begrep og databasedirektivets begrep er et eksempel på at begrepene er ment å ha et ulikt tolkningsinnhold, slik det implisitt fremgår av direktivets valg av begrepene. Kjernen i dette argument er å påvise at det er rettskildemessig uheldig at åndsverkloven § 43 bruker begrep som avviker fra direktivets og er gjenstand for en annen tolkningslinje ved andre kilder.

I utgangspunktet skal det ikke være problematisk da tilgjengeliggjøringsbegrepet i § 43 skal tolkes i tråd med databasedirektivet og ikke opphavsrettsdirektivet. Imidlertid viser avgjørelsen fra tingretten i Supersøk-avgjørelsen at begrepsbruken kan virke villedende.¹⁷⁵

4.5.3 Begrepskollisjonen

Ved de foregående drøftelser er det avklart at det opphavsrettslige tilgjengeliggjøringsbegrep og sui generis-vernets begrep “gjenbruk” er gjenstand for ulike tolkningslinjer. I Supersøk-avgjørelsen valgte tingretten å tolke tilgjengeliggjøringsbegrepet i åndsverkloven § 43 i lys av det opphavsrettslige tilgjengeliggjøringsbegrep.

Det er begrenset hvilken kritikk som her skal rettes mot tingretten i Supersøk-avgjørelsen. Dette skyldes at det fra departementet var antatt at begrepene for alle praktiske formål ville overlapse.¹⁷⁶ Spørsmålet har også lenge vært ansett uavklart frem til de senere års rettspraksis fra EU-domstolen om lenking i opphavsretten og sui generis-vernet.

¹⁷⁵ Det forfektes ikke at Supersøk avgjørelsen har en stor rettskildemessig verdi, men derimot at avgjørelsen tjener som eksempel på hvordan feiltolkninger kan oppstå på bakgrunn av begrepsbruken.

¹⁷⁶ Se Lorentzen (2002) s. 78 med henvisninger i note 249 og 250.

Kjernen i problemet sporer seg dermed tilbake til implementeringen av databasedirektivet. Slik det fremgår av de foregående kapitler angir direktivet et klart skille mellom det opphavsrettslige vern og sui generis-vernet, et skille som klart kommer til uttrykk ved direktivets bruk av begrepene “uttrekk” og “gjenbruk”. Departementets beslutning om å bevare den nordiske rettstradisjon ved å bruke velkjente begrep ved implementeringen har dermed medført en rettskildemessig konflikt. Begrepene som anvendes i åndsverkloven § 43 har langt på vei mistet sitt selvstendige meningsinnhold og må isteden tolkes fullstendig i tråd med direktivets begrep gjennom en direktivkonform fortolkning.

Hva gjelder begrepet eksemplarfremstilling fremstår lovreguleringen med en klarere avgrensning av begrepet overfor opphavsretten¹⁷⁷, enn hva som er tilfellet for tilgjengeliggjøringsbegrepet.¹⁷⁸ Imidlertid oppstår trolig ingen direkte motstrid overfor tilgjengeliggjøringsbegrepet da det ligger implisitt i både lov og forarbeider at begrepet er gjenstand for en annen tolkning enn det opphavsrettslige tilgjengeliggjøringsbegrep.

Likefullt åpner forarbeidene for at tilgjengeliggjøringsbegrepet kan medføre et videre vern, slik som beskrevet i kapittel 4.1.¹⁷⁹ På denne bakgrunn kan det oppstå tilfeller hvor en får motstrid mellom tilgjengeliggjøringsbegrepet og direktivets begrep “gjenbruk”. Riktignok kommer neppe denne potensielle kollisjon på spissen i Gaspedaal-avgjørelsen. Det er trolig mulig å foreta en direktivkonform fortolkning for å komme til tilsvarende resultat i norsk rett, såfremt en tolker begrepet i lys av databasedirektivet og ikke opphavsrettsdirektivet.

På bakgrunn av den foregående drøftelse kan den norske begrepsbruken medføre både et utvidet og innsnevret vern på grunn av bruken av de opphavsrettslige begrep i åndsverkloven § 43. Dermed foreligger det også her en situasjon hvor den norske reguleringen kan stride mot harmoniseringsmålsettingen som er beskrevet under kapittel 2.3. Derfor må det ved rettsanvendelsen etterstrebtes direktivkonforme tolkninger for å unngå at den norske begrepsbruken medfører et annet vern for databaser enn ellers i EU. Det legges her til grunn den oppfatning at en ved bruk av de norske begrepene kan strekke seg langt i direktivkonforme fortolkninger for å oppnå harmoniseringsmålsettingen.

¹⁷⁷ Ved fravær av henvisning til åvl. § 2 1. ledd.

¹⁷⁸ Se note 150 foran.

¹⁷⁹ Se note 121.

5. Avsluttende betraktninger

5.1 Oppsummering

Gjennomgangen har behandlet de sentrale rettskildemessige utfordringer ved bestemmelsen i åndsverkloven § 43. Det mest problematiske punkt i den norske reguleringen er antallsvilkåret. Det har blitt undersøkt om det er mulig innenfor sfæren av legitim rettsanvendelse og rettskildelære å fortolke antallsvilkåret i samsvar med investeringsvilkåret. Gjennomgangen har vist at et slikt forsøk på å tolke antallsvilkåret i samsvar med direktivet og rettspraksis fra EU-domstolen er svært vanskelig, og i ytterste konsekvens vil en slik fortolkning føre til en *contra legem* tolkning.

Som avklart i kapittel 2.4 møter prinsippet om direktivkonform tolkning sin yttergrense der det foreligger klar motstrid, og en fortolkning vil bli *contra legem*. Slik det er konkludert i kapittel 3 medfører det norske antallsvilkåret at den norske implementering av *sui generis*-vernet gir et videre vern enn direktivet har fastsatt. Dermed bryter den norske implementeringen av databasedirektivet med målsettingen om totalharmonisering av vernet for databaser i Europa.

Fremstillingen har også illustrert hvordan begrepsbruken ved beføyelsene i eneretten, er problematiske i den forstand de avviker fra direktivets begrep. Supersøk-avgjørelsen fra tingretten viser hvordan begrepsbruken kan få uheldige konsekvenser i det praktiske liv, ved at rettsanvendere og domstoler ikke er tilstrekkelig oppmerksomme på den iboende spenning mellom åndsverkloven § 43 og direktivet.

I praksis har Norge som oftest ved implementeringen av direktiv fra EU valgt å la direktivets begrep stå, istedenfor å oversette og forklare begrepsbruken.¹⁸⁰ I tråd med alminnelig rettskildelære må en ved tolkning av EØS basert lovgivning være aktpågivende for å sikre at begreper tolkes i samsvar med EU-retten. Slik en ser av denne gjennomgangen er valget av begrep i åndsverkloven § 43 uheldig, da det henviser til etablerte opphavsrettslige begrep både i Norge og EU. Dette kan skape forvirring knyttet til om begrepene skal tolkes i samsvar med det EU-rettslige innholdet av de opphavsrettslige begrepene, eller om de skal tolkes i samsvar med direktivets avvikende begrep.

Konsekvensen av denne begrepsbruken er at en norsk rettsanvender i møte med *sui generis*-regelen må foreta et omfattende arbeid for å sikre en forsvarlig tolkning av åndsverkloven §

¹⁸⁰ Sejersted m.fl. (2004) s. 193.

43 i lys av direktivet og praksis fra EU-domstolen. Det er ikke til å legge skjul på at de problematiske aspekter ved den norske reguleringen kan føre til rettsavgjørelser i Norge som går på tvers av EU-retten, og medfører at Norge ikke er i rettslig harmoni med EU.

5.1 Utsyn

Sui generis-vernet har møtt kritikk både i Norge og i Europa. I norsk juridisk teori har Rognstad tatt til orde for at databasedirektivet ikke har vært en “ubetinget suksess”¹⁸¹, på grunn av at utfordringer ved reguleringen ikke stimulerer til vekst i antall databaser i Europa.¹⁸² En grunnleggende innvending har i lang tid vært at det bør etterstrebes harmonisering med USA, da det er her mange av de større aktørene og største konkurrentene befinner seg.

I boken til Estelle Derclaye, som har vært sitert tidligere i fremstillingen, foretas en grundig gjennomgang av sui generis-vernet i EU-retten og det tilsvarende vern av databaser i USA. Hennes konklusjon er at ingen av reguleringene er tilfredsstillende, og at den beste løsningen er en grundig revisjon og endring av det nåværende direktivet.¹⁸³

Gjennomgangen under kapittel 4.5 viser likefullt at sui generis-vernet kan ha fått en økt aktualitet. Ulikheten mellom opphavsretten og sui generis-vernet i lys av publikumskriteriet viser at sui generis-vernet kan få en relevant rolle å spille gjennom muligheten til å helbrede enkelte “uheldige” konsekvenser publikumskriteriet kan få innen opphavsretten. En kan her trekke paralleller til regler om illojal konkurranse innen markedsføringsretten.¹⁸⁴

¹⁸¹ Rognstad (2009) s. 297.

¹⁸² DG Internal Market and Services Working Paper. First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases (2005) s. 19 (se note 21 foran). Derclaye (2008) s. 264, kritiserer imidlertid konklusjonene i rapporten, fordi de er basert på tall fra GDD (Gale Directory of Databases) hvilket hun mener er en for svak kilde til å trekke sikre konklusjoner.

¹⁸³ Derclaye (2008) s. 264 flg. Her lanseres en omfattende analyse av de endringer og tilpasninger som bør foretas i direktivet.

¹⁸⁴ Tanel Kerikmäe “Regulating ETechnologies in the European Union: Normative Realities and Trends” (2014), s. 116 (kapittel skrevet av Johan Axhamn).

Databasevernet er allikevel trolig modent for revisjon, særlig på bakgrunn av de funn som ble fremlagt i evalueringen av direktivet i 2005, hvor det ble konkludert med en nedgang i antall databaser i Europa siden implementeringen av sui generis-vernet i medlemsland.¹⁸⁵

Likefullt er Norge forpliktet av direktivet og harmoniseringsmålsettingen, all den tid en slik revisjon ikke er på agendaen i EU. På denne bakgrunn burde det i norsk rett foretas en revisjon av åndsverkloven § 43 for å sikre at bestemmelsen er harmonisert med EU-retten og ikke innbyr til tolkningstvil og motstrid slik tilfellet er i dag. En opprydning i rettskildesituasjonen fordrer trolig lovendring og et oppgjør med den nordiske rettstradisjon ved den gamle katalogregelen. Kun på denne måten vil Norge overholde sine forpliktelser gjennom EØS-samarbeidet, og bidra til et harmonisert vern av databaser i Europa.

Fremstillingen har vist at den norske implementeringen av databasedirektivet er i strid med direktivets målsetting både ved reguleringen og totalharmonisering. I et bredere perspektiv kan implementeringen av databasedirektivet i norsk rett tjene som en advarsel for fremtiden. Det illustrerer hva som kan gå galt ved implementering av EU-direktiv dersom en feiltolker målsettingen om minimumsvern eller totalharmonisering.

¹⁸⁵ DG Internal Market and Services Working Paper. First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases (2005) s. 19. Det har ikke vært mulig å finne oppdatert statistikk for bruk i fremstillingen.

Litteraturliste

Lover:

Åndsverkloven:	Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk
Endringsloven:	Lov 16. april 1999 nr. 19 om endring av åndsverkloven
Markedsføringsloven:	Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår

Lovforarbeider:

Odelstingsproposisjoner:	Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Ot.prp. nr. 85 (1997-1998)
Øvrige:	Udkast til lov om opphavsretten til litterære og kunstneriske værker (Københavnertkastet), 1951

Rettspraksis:

Norge:

Avgjørelser fra Høyesterett:	Rt. 2000 s. 1811 Rt. 2005 s. 41
<u>Avgjørelser fra Lagmannsretten:</u>	LF-2005-1480 (RG. 2005 s. 1089)
<u>Avgjørelser fra Tingretten:</u>	TTRON-2004-30 (RG. 2004 s. 513)

TTRON-2004-85946

Avgjørelser fra Frankrike:

PR Line v Newsinvest, T. com. Nanterre,
16 mai 2002

Sonacotra v. Syndicat Sud Sonacotra,
TGI Paris, 25 april 2003

Avgjørelser fra EFTA-domstolen:

E-1/07, straffesak mot A, EFTA Court
Report 2007 s. 246

Avgjørelser fra EU-domstolen:

C-106/89, Marleasing SA mot La
Comercial Internacional de Alimentacion
SA

C-91/92, Paola Faccini Dori mot Recreb
Srl

C-355/96, Silhouette International
Schmied GmbH & Co. KG mot Hartlauer
Handelsgesellschaft mbH.

C-444/02, Fixtures Marketing Ltd mot
Organismos prognostikon agonon
podosfairou AE

C-46/02, Fixtures Marketing Ltd mot Oy
Veikkaus Ab

C-338/02, Fixtures Marketing Ltd mot
Svenska spel AB

C-203/02, The British Horseracing Board
Ltd. (BHB) mot William Hill
Organization Ltd

C-304/07, Directmedia Publishing GmbH
mot Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Sak C-202/12, Innoweb BV mot Wegener
ICT Media BV og Wegener
Mediaventions BV

C-466/12, Svensson m.fl. mot Retriever
Sverige AB

EU-direktiver:

Databasedirektivet

Direktiv 1996/9/EF om rettslig vern av
databaser.

Opphavsrettsdirektivet

Direktiv 2001/29/EF om harmonisering av
enkelte aspekter av opphavsretten og
tilgrensende rettigheter i
informasjonssamfunnet.

Andre folkerettslige kilder:

EØS-avtalen:

Avtale om det europeiske økonomiske
samarbeidsområde.

ODA-avtalen:

Avtale mellom EFTA-statene om
opprettelse av et overvåkingsorgan og
EFTA-domstolen.

Litteratur:

Bøker:

- Arnesen og Stenvik Finn Arnesen og Are Stenvik:
Internasjonalisering og juridisk metode:
særlig om EØS-rettens betydning i norsk
rett, Oslo (2009)
- Derclaye Estelle Derclaye: The Legal Protection of
Databases: A Comparative Analysis,
England (2008)
- Helset m.fl. Per Helset, Felix Reimers, Torild
Melander Stene og Ragnar Vik:
“Immaterialrett”, Oslo (2009)
- Kerikmäe Tanel Kerikmäe “Regulating
ETechnologies in the European Union:
Normative Realities and Trends” (2014)
- Rognstad Ole- Andreas Rognstad: Opphavsrett i
samarbeid med Birger Stuevold Larsen,
Oslo (2009), 2. opplag (2012)
- Sejersted m.fl. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-
Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav
Kolstad: EØS-Rett, 2. utgave, Oslo (2004)

Artikler og publikasjoner:

- Franklin Christian N.K. Franklin: Om innholdet og
rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om
direktivkonform fortolkning (2012), publisert i
Jussens Venner 2012 s. 269-317 (JV-2012-269)

- Fredriksen Halvard Haukeland Fredriksen: EU/EØS rett i norske domstoler, Rapport for Europautredningen (2011), (EURU-2011-3)
- Grasvold Hans M. Grasvold: Høyesteretts avgjørelse i napster.no - var gjerdet lavere på den andre siden? Publisert i Lov og Data 2005 (LoD-2005-82-10).
- Lorentzen Lisa Vogt Lorentzen: Databasevern: Sui generis-vern av sammenstillinger etter gjennomføringen av databasedirektivet i åndsverkloven § 43, publisert i Complex nr. 12/2002
- Rognstad Ole-Andreas Rognstad: Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-avgjørelsen, publisert i Nordiskt immateriellt rättsskydd, nr. 4 år 2005, s. 344-370 (NIR-2005-344)
- Taubøll Steinar Taubøll: Vilkårene for databasevern i åndsverkloven § 43 - Har det norske antallsvilkåret selvstendig betydning etter nyere rettsutvikling i EU? Publisert i Lov og Rett 2006, s. 531-548 (LOR-2006-531).
- Venemyr Siri Kildahl Venemyr: Klikkbare lenker og opphavsrett. Publisert i EuroRett nr. 4 2014 (EUR-2014-4-7)

Kilder fra internett:

Evaluering av databasedirektivet DG Internal Market and Services Working
Paper. First Evaluation of Directive 96/9/
EC on the Legal Protection of Databases)

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf

Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11:27.

Green paper Comission of the European Communities, *Green
Paper on copyright and the challenge of
technology* (1988)

[http://ec.europa.eu/green-papers/pdf/green_paper_copyright_and_chanllenge_of_thecnology_com_\(88\)_172_final.pdf](http://ec.europa.eu/green-papers/pdf/green_paper_copyright_and_chanllenge_of_thecnology_com_(88)_172_final.pdf)

Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11:28.

Law dictionary <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=2058>

Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11:28.

Nauta Dutilh Nauta Dutilh (advokatfirma): The implementation
and application of Directive 96/9/EC on the legal
protection of databases (2002)

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2001b53001e72_en.pdf

Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11:26.

Store norske leksikon https://snl.no/World_Wide_Web%2FIT

Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11

<https://snl.no/Finn.no>

Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11:23.

Øvrige kilder fra internett:

www.booking.com (Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11:32)

www.finn.no (Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11:32)

www.hotels.com (Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11:32)

www.prisjakt.no (Sist besøkt 4. desember 2014 kl. 11:32)

www.supersok.no (ikke lenger aktiv)

www.autotrack.nl (Sist besøkt 9. desember 2014 kl. 11:10)

www.gaspedaal.nl (Sist besøkt 9. desember 2014 kl. 11:10)