

NOTAT

Oslo, 2. oktober 2006

Til: Samferdselsdepartementet

Kopi: Post og teletilsynet

Fra: Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA, ved advokat Mette Borchgrevink

VEDLEGG TIL HØRINGSBREV TIL SAMFERDSELSDEPARTEMENTET FORSLAG TIL ENDRING I EKOMFORSKRIFTEN § 6 TREDJE LEDD

1 Markedsføringsloven

Markedsføringsloven § 8 a. Etterlikning av annens produkt.)

"Det er forbudt i næringsvirksomhet å anvende etterliknede kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling" (Våre understrekninger).

Eniro Norges tilleggsoppføringer må betraktes som en slik "frambringelse". Dersom forskriften skulle pålegge Eniro Norge å utlevere disse opplysningene, vil dette gjøre det mulig for mottakerne å foreta en urimelig utnyttelse av en Eniro Norges innsats. Dette vil være i strid med markedsføringsloven § 8 a, og vil utløse straffansvar etter § 17.

Selv om den enkelte ekstraoppføring er offentlig kjent, kan man anse den samlede mengde ekstraoppføringer som en **bedriftshemmelighet**. Det er den samlede mengde som den foreslåtte utleveringsplikten omfatter. Bedriftshemmeligheter er beskyttet både av markedsføringsloven § 7 og straffeloven § 405 a. Sistnevnte straffer den som "på en urimelig måte skaffer seg eller søker å skaffe seg kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet."

Gyldendal rettsdata sier følgende om bedriftshemmeligheter i noten til markedsføringsloven § 7:

*"Det som skal beskyttes må for det første fylle **visse kvalitative krav** som gjør det beskyttelsesverdig. Vanligvis vil det dreie seg om forhold som er relativt nye og spesifikke for den aktuelle bedriften. Det er dog ikke noe krav om at det dreier seg om en oppfinnelse som er av en slik karakter at den kan patenteres. En viktig vurdering er om man kan si at det er av betydning for bedriftens konkurransevne at opplysningen/forholdet hemmeligholdes. Det som er allment kjent i bransjen er ikke beskyttet.*

"For det andre må bedriftens ledelse normalt ha vist en viss aktivitet for å bevare hemmeligheten - f.eks. ved taushetspliktsklausuler, stempeling av dokumenter (se eks. Rt. 1997 s. 199 på s. 223), kontrollforanstaltninger ved bedriften o.l. I alle fall vil det at slike foranstaltninger ikke er tatt, tas som et tegn på at opplysningen ikke er av en så viktig art at den bør beskyttes av loven."

Vi presiserer at man må skille med den enkelte ekstraoppføring, og den samlede mengde av 370 000 slike oppføringer, det er sistnevnte som er bedriftshemmeligheten.

Dette aktivumet er i en database som er sikret på alle mulige måter, nettopp for å beskytte Eniro Norges viktigste aktivum. Det er klart at dette har betydning for Eniro Norges konkurranseevne, og det er helt spesifikt for bedriften. Vilkårene for straffelovens vern er derfor til stede.

Dersom Eniro Norge skal pålegges å utlevere ekstraoppføringene til utenforstående, vil dette være et pålegg som gjør et vesentlig inngrep i et av Eniro Norges viktigste aktiva, som kan medføre ubotelig skade for Eniro Norges eksistens.

Et slikt pålegg kan selvsagt ikke hjemles i forskrift til ekomloven, og heller ikke pålegges uten kompensasjon.

2 Databasevernet

I tillegg til beskyttelsen i markedsføringsloven § 8, legalitetsprinsippet og Grunnloven § 105, er tilleggsoppføringene også beskyttet av databasevernet i åndsverkloven § 43. Dette vernet gir en konkurransemessig beskyttelse av verdier opparbeidet gjennom investeringer, og gir en enerett til utnyttelse av tilleggsoppføringene. (Det samme gjelder for den bearbejdede informasjon, for øvrig.)

§ 43 første ledd lyder:

"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."

Databasevernet i åndsverkloven § 43 beskytter både tilleggsoppføringene, samt alle bearbejdet informasjon.

Å § 43 verner databaser, uansett om disse har verkshøyde (og opphavsrettslig vern) eller ikke. § 43 kalles databasevernet, tidligere katalogregelen. Dette vernet er lovbestemt, og kan selvsagt ikke begrenses med hjemmel i en forskrift til ekomloven.

Dersom databasevernet er krenket, gir åndsverkloven § 55 krav på erstatning, oppreisning samt krav på gjerningspersonens nettofortjeneste. Dersom forskriftsutkastet skulle bli vedtatt, vil dette bety at Eniro Norge pålegges å måtte finne seg i at databasevernet krenkes.

Åndsverkloven § 55 gir Eniro Norge krav på erstatning, oppreisning og nettofortjeneste, dvs den fortjeneste de får ved at mottakerne av ekstraoppføringene etc har sluppet kostnadene og investeringene som Eniro Norge har opparbejdet over mange år.

Fra Gyldendal Rettsdata siteres fra noten til § 43:

"Eneretten omfatter eksemplarfremstilling og å gjøre arbeidet tilgjengelig for allmennheten i sin helhet eller ved «vesentlige deler». Etter annet ledd utvides eneretten også til å omfatte «uvesentlige deler» dersom (1) dette skjer «gjentatt og systematisk», og (2) det «skader den normale utnyttelse av arbeidet eller urimelig tilsidesetter frembringerens legitime interesser»."

EU-direktiv 96/9, databasedirektivet, er gjennomført i norsk rett gjennom Å § 43. Dette EU-direktivet er derfor en meget viktig rettskilde ved tolkningen av § 43.

Det er Eniro Norge som er rettighetshaver etter Å § 43, jf.

Ot.prp. nr. 85(1997.98) kap. 9:

"Det er ikke foreslått endringer med hensyn til hvem som er rettighetshaver for eneretten etter §43. Frembringeren av arbeid etter §43 er den som står ansvarlig for produktets tilblivelse, hva enten dette er en fysisk eller juridisk person. For databaser er det i direktivet presisert at det er den som tar initiativet til og bærer risikoen for investeringen som er rettighetshaver."

Eniro Norge 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.", jf.

Åndsverkloven § 43. Det er kanskje ikke nødvendig å sitere dette på nytt, jf. ovenfor.

Eneretten etter åndsverkloven § 43 gjelder retten til å forføye over **hele eller vesentlige deler** av databasen. Eneretten beskytter ikke retten til å forføye over uvesentlige deler, men § 43 annet ledd beskytter likevel mot visse typer bruk av "uvesentlige deler"

"Eneretten etter første ledd gjelder tilsvarende ved gjentatt og systematisk eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten av uvesentlige deler av arbeid som nevnt, dersom dette utgjør handlinger som skader den normale utnyttelse av arbeidet eller urimelig tilsidesetter frembringerens legitime interesser."

Problemstillingen er om "vesentlige deler" må utleveres som følge av kravet om utlevering av tilleggsopplæringer. I så fall er eneretten krenket. Dette "vesentlighetskravet" er drøftet i Ot.prp. nr. 85 (1997-98) kapittel 9 I merknaden til § 43, og herfra hitsettes:

"Kravet om at det skal dreie seg om vesentlige deler av arbeidet, må gis et innhold som oppfyller formålet; nemlig å verne mot illojal utnyttning av andres investeringer, jf også direktivet artikkel 7 nr 5 og presiseringen i lovforslagets andre ledd. Visse databaser kan være små i omfang, men være desto mer kostbare og ressurskrevende å etablere. Vesentlighetskravet hva gjelder enerettens omfang, henger derfor også sammen med vesentlig investering som vilkår for vern. Som for dette kriteriet, vil spørsmålet om det forføytes over vesentlige deler av innholdet i et arbeid, i henhold til direktivet måtte vurderes kvantitativt (mengdemessig) eller kvalitativt. En antar at elektronisk tilgjengelige databaser ofte vil inneholde store mengder opplysninger, idet nettopp lagringskapasiteten muliggjør uttømmende kilder for informasjonssøking innen ulike nisjer, og at dette vil innebære en i hovedsak mengdemessig vurdering av

hva som er en vesentlig del av innholdet. Under enhver omstendighet vil en kvalitativ vurdering, der det for eksempel er snakk om en i omfang liten database, måtte prøves opp mot den underliggende forutsetning at vernet ikke skal dekke innholdet som sådant. ”(mine understrekninger)

Fra EU-direktiv om databasevern (96/9 art 7), som § 43 implementerer, hitsettes

”Medlemsstatene skal fastsette en rett for databaseprodusenten til å forby uttrekk og/eller viderebruk av hele eller vesentlige deler av databasens innhold, vurdert kvalitativt og/eller kvantitativt, når det fra et kvalitativt og/eller kvantitativt synspunkt har vært foretatt en betydelig investering i å skaffe, kontrollere eller presentere innholdet.” (Våre understrekninger).

Pålegg om utlevering av tilleggsoppløpene vil uansett omfang være beskyttet av § 43, begge alternativer.

3 Tilleggsoppløpene: Vern etter legalitetsprinsippet og Grunnloven?

Legalitetsprinsippet krever at inngrep i borgernes rettigheter må hjemles i lov. Legalitetsprinsippet beskytter også private rettssubjekter som selskaper mot inngrep i deres rettigheter til immaterielle verdier. Vi kan heller ikke se at e-komloven slik den lyder i dag, kan hjemle en slik forskrift. Legalitetsprinsippet tilsier også derfor at verken e-komloven eller e-komforskriften kan hjemle en slik krenkelse av databasevernet.

Legalitetsprinsippet er et uskrevet prinsipp i norsk rett, som har samme rang som Grunnloven.

Forskrift til ekomloven er derfor ikke tilstrekkelig hjemmel.

Grunnloven § 105 lyder: *”Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen.”*

Tilsvarende beskyttelse har eier når det eksproprieres til fordel for privat part, jf oreigingsloven. Grunnloven setter opp et vern mot at privat eiendomsrett krenkes. Vernet er ikke avgrenset mot immaterielle rettigheter, selv om regelen i hovedsak tar sikte på å verne fast eiendom og løsøre mot krenkelse av eiendomsretten. Justisdepartementets Lovavdeling har lagt til grunn at Grunnloven § 105 også beskytter immaterielle rettigheter: *«nedskrivning av aksjekapitalen til 0 ved at aksjonærene utløses, må likestilles med ekspropriasjon»*.¹ Også tilsvarende regel i EMK beskytter immaterielle rettigheter, se pkt 4. nedenfor.

Det er derfor mulig at også grunnloven § 105 kan være et hinder mot den foreslåtte utleveringsplikten, i tillegg til legalitetsprinsippet og markedsføringsloven.

¹ Justisdepartementets lovavdeling har funnet *”bestemmelse om nedskrivning av en forretningsbanks aksjekapital kunne sees som ekspropriasjon vurdert i forbindelse med endring i lov 24. mai 1961 nr. 2 om forretningsbanker § 5 (forretningsbankloven eller fl.) og fbl. § 32, se lov 29. november 1991 nr. 78 om Statens Bankinvesteringsfond. Se betenkning fra JDs lovavdeling i Ot.prp. nr. 10 (1991-92) s. 3-5. Lovavdelingen mente bl.a. at en «nedskrivning av aksjekapitalen til 0 ved at aksjonærene utløses, må likestilles med ekspropriasjon».* Gyldendal rettsdata, kommentar til grl. § 105.

Tilsvarende må gjelde for en bestemmelse som pålegger Eniro Norge å utlevere immaterielle rettigheter som representerer store verdier for selskapet, når slik utleveringsplikt vil være ødeleggende for selskapets forretningsvirksomhet. Dersom man ønsker å gjennomføre en slik ekspropriasjon, må dette hjemles i lov (jf oreigingsloven) og det må ytes full erstatning, jf rettspraksis rundt ekspropriasjonsloven.

4 EMK: Den europeiske menneskerettighetserklæring

EMK beskytter også juridiske personer. Protokoll til konvensjonen, av 20.mars 1952, beskytter eiendom:

"Art 1. Vern om eiendom

Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper."

Vernet omfatter også immaterielle rettigheter og fordringer, da begrepet "eiendom"² tolkes vidt. Også EMK gir Eniro Norge beskyttelse mot en plikt til å utlevere tilleggsoppføringer, slik det er foreslått.

5 Oppsummering

Det er ingen tvil om at et pålegg om utlevering av alle ekstraoppføringer krenker Eniro Norges enerett, jf. åndsverkloven § 43 første ledd og annet ledd. Som følge at dette anbefaler vi at forslaget skrinlegges, da det også strider mot annen norsk lovgivning samt EMK.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA



Mette Borchgrevink
advokat

² Note 99 til EMK i Gyldendal rettsdata: "Begrepet eiendom («possessions») i første og annet punktum er vidt. Det omfatter f.eks. fast eiendom, løsøre, fordringer og immaterielle rettigheter."