SCHJØDT

Borgarting lagmannsrett
Lastet opp i Aktørportalen

Oslo, 07. februar 2019
Ref.: #48613-501-6845122.1

ANKETILSVAR

til

HØYESTERETT

Sak nr.:	18-162009ASK-BORG/04
Ankende part 1:	Fredrik Ljone Elvebakken 26 5067 Bergen
Ankende part 2:	Håkon Wium Lie Enebakkveien 54 0657 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Halvor Manshaus Advokatfirmaet Schjødt AS Ruseløkkveien 14 P.b. 2444 Solli, 0201 Oslo
Ankemotpart:	Stiftelsen Lovdata v/styrets leder Org.nr.: 934 282 744 Postboks 2016 Vika 0125 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Jon Wessel-Aas Advokatfirmaet Lund & Co DA Postboks 30 0104 Oslo
Saken gjelder:	Midlertidig forføyning, tilgang til rettsavgjørelser fra Høyesterett

1. INNLEDNING

Det vises til anketilsvar og avledet anke forkynt 31. januar 2019, som her kort skal kommenteres. Ankende part i hovedanken omtales i det følgende som RP, som er en forkortelse for rettspraksis.no.

1.1 Hva saken gjelder

Lovdata anfører at saken ikke gjelder det materiale som er angitt i anken til Høyesterett, men et langt større materiale som omfatter over 40.000 avgjørelser fra årene 1836-2005 på DVD fra 2005.

Dette stemmer ikke. Umiddelbart forut for muntlig forhandling hos byfogden, erkjente Lovdata at vernetiden for CD-platen for 2002 var utløpt. Dette innebærer at avgjørelsene 1836-2002 er "sjekket" ut av saken, ved at det ikke foreligger noe rettsgrunnlag for å kreve dette fjernet.

DVD-platen fra 2005 er kun benyttet for å supplere med rettsavgjørelser for årene 2003-2005. Det øvrige materialet fra denne platen er slettet. Saken står her i samme stilling som for byfogd og lagmannsrett. Partene er enige om at det da i tillegg gjenstår de 740 avgjørelsene fra den private domsamlingen for årene 2006-2007 som er lastet opp fra en anonym person.

A årene 1836-2002 fra Lovdata CD-2002
B årene 2003-2005 fra Lovdata DVD-2005.
C årene 2006-2007 fra privat samling.

Dermed får vi tre kategorier avgjørelser, der ankesaken for Høyesterett kun berører B og C – årene 2003-2007, jfr anke til lagmannsretten side 7. Det vises også til lagmannsrettens kjennelse side 22, der det konstateres at tvisten gjelder RPs bruk av høyesterettsavgjørelser fra Lovdatas databaser for perioden 2003-2007, og konstaterer *"Videre har RP uttalt at de ønsker å benytte innholdet hentet fra DVD 2005 for den omtvistede perioden (som da vil si avgjørelser fra 2003-2005)."*

Det samme fremgår når lagmannsretten diskuterer spørsmålet om sakskostnader, side 38 i kjennelsen: *"Sammenholdt med den opprinnelige begjæringen, som altså gjaldt alle rettsavgjørelser fra alle instanser og for en ubegrenset tidsperiode, så gjelder forføyningen kun høyesterettsavgjørelser og kun for perioden mellom 2003 og 2007." (min utheving)*

Lovdatas anførsler knyttet til vernetid for 2005-DVD forut for 2002 har altså ingen plass i ankesaken, som er avgrenset til Høyesterettsavgjørelser fra 2003-2007.

2. LOVDATAS ROLLE

2.1 Anvendelsen av § 14 i forholdet mellom private parter

I anketilsvaret problematiseres det forhold at Lovdata er en privat stiftelse, og således feil rettssubjekt vurdert opp mot åndsverksloven § 14, EMK artikkel 10 og Grunnloven § 100.

De omtalte rettsregler får anvendelse også direkte i tvister mellom privatpersoner. Som omtalt i anken anvender domstolene EMK artikkel 10 i private tvister ved at konvensjonsbestemmelsen virker inn på tolkningen av rettsregelen i åndsverksloven § 14, og Grunnloven § 100 har som kjent trinnhøyde over § 14. En slik anvendelse er uttrykkelig og direkte forutsatt i forarbeidene til Åndsverksloven, jfr punkt 3 om Lovtolkning nedenfor

Det kan i denne forbindelse sondres mellom middelbar og umiddelbar tredjepartsvirkning av våre internasjonale traktatforpliktelser under EMK. Rettsanvendelsen beskrevet i avsnittet ovenfor utgjør middelbar tredjepartsvirkning. Der man direkte anvender rettsregelen som forplikter staten i forholdet mellom to sivile parter, benevnes dette som umiddelbar tredjepartsvirkning. I teorien betegnes ofte tredjepartsvirkningene som *Drittwirkung der Grundrichte* (tredjepartsvirkninger av fundamentale rettigheter), etter den tyske modellen som bar frem denne grensedragningen. I vår sak er ikke distinksjonen avgjørende, ved at det foreligger to rettsregler i den nasjonale rett som allerede får direkte anvendelse på forholdet *inter partes*, Åndsverksloven § 14 og 24. Ved anvendelsen av § 14 skal altså domstolen utfylle og supplere med de rettskilder som er anvist i ankeerklæringen, herunder EMK artikkel 10 og Grunnloven § 100.

Spørsmålet er altså ikke om RP kan påberope § 14 overfor Lovdata, det følger allerede av lovens ordlyd og system. § 24 henviser endog uttrykkelig til § 14. Spørsmålet er om bestemmelsen i § 14 foreskriver en snever anvendelse slik Lovdata påberoper, eller en slik helhetlig skjønnsmessig vurdering som forarbeidene gir anvisning på, der tolkningen må skje i lys av ytrings- og informasjonsfrihet - som beskrevet i anken.

2.2 Lovdata som privat eller offentlig part – avgivelsen av materiale til Lovdata

RP fastholder at spørsmålet ikke er om Lovdata er et offentlig organ eller ikke, men hvorvidt omstendighetene rundt avgivelsen av rettsavgjørelser til Lovdata får betydning ved anvendelsen av § 14 der Lovdata påberoper databasevernet i § 24 overfor RP.

Det avgjørende må være om det ligger rammer eller forutsetninger rundt avgivelsen fra Høyesterett til Lovdata som får betydning for anvendelsen av § 14 i forholdet mellom RP og Lovdata.

I denne sammenheng er det *relevant* å se hen til at Lovdata utad har agert som et offentlig organ, og at andre offentlige organer har behandlet Lovdata deretter. Det er på det rene at Lovdata har nytt godt av en rekke fordeler som ikke har tilflytt andre konkurrenter, slik som at Lovdata rent faktisk mottok avgjørelsene fra domstolene på eksklusiv basis, at andre aktører fikk blankt avslag, at andre aktører ble henvist til Lovdata, at det eksisterte en videreformidlingsordning (se nærmere nedenfor) osv. Videre må det ses hen til at Lovdata er tillagt flere oppgaver som i seg selv innebærer utøvelse av offentlig myndighet og et åpenbart konkurransefortrinn. Det vises for øvrig til ankeerklæringen på dette punkt.

Den særskilte ordningen med Lovdata innebærer at det kun er denne kilden som kan gi tilgang til avgjørelser fra Høyesterett for perioden 2003-2007 som RP mangler. RP har henvendt seg til Høyesterett og begjært innsyn og avgivelse for den aktuelle perioden. Høyesterett har imidlertid måttet gi delvis avslag på begjæringen, under henvisning til blant annet 5 års-unntaket etter straffeprosessloven § 28 tredje ledd. Generelt gjør kravene til identifikasjon av enkeltsaker det umulig å samle inn et større antall avgjørelser slik RP ønsker. Det vises her til hvordan begjæring om innsyn blir praktisert hos domstolene, ved at det kreves henvist til en konkret sak, ref https://www.domstol.no/no/elektronisk-pressemappe/offentlighet-i-rettspleien/. Avgivelsen til Lovdata over mange år har følgelig skjedd som en meroffentlig avgivelse, utover lovens krav til offentlighet. Høyesterett har som kjent gitt avslag til alle andre som har bedt om tilsvarende ordning med direkte avgivelse, til tross for at andre tilsvarende aktører skulle hatt krav på identisk ordning som Lovdata.

Det vises i denne forbindelse til Ot prp nr 102 (2004-5) side 123, der det konstateres at alle aktører har krav på samme grad og form av meroffentlighet, når dette først er praktisert overfor en sammenlignbar aktør: *"Bestemmelsen i første ledd første punktum vil imidlertid være til hinder for at sammenlignbare innsynskrav forskjellsbehandles når det utøves meroffentlighet. Det vil si at hvis det først er utøvd meroffentlighet en gang, så må det også utøves meroffentlighet i forhold til sammenlignbare innsynskrav. Også i dag vil det følge av ulovfestede prinsipper at det ikke er adgang til å praktisere meroffentlighet ulikt i forhold til forskjellige aktører."*

En slik avgivelse som har skjedd i forholdet mellom Lovdata og Høyesterett er i strid med nåværende offentlighetslov § 6, som for den aktuelle perioden fulgte av det forvaltningsrettslige prinsipp om ikke-diskriminering og Grunnlovens § 98 slik den lyder i dag. Offentlighetsloven § 6 annet ledd åpner for at det kan inngås avtaler om enerett der dette er nødvendig for å levere en tjeneste i allmenhetens interesse. Lovdatas tjeneste og ordningen om videreformidling som er omtalt under punkt 2.3 nedenfor, faller inn under dette vilkåret. Loven forutsetter imidlertid at slike avtaler skal være offentlige. Det kan heller ikke gjøres slike avtaler om enerett som gjelder informasjon som allmenheten har krav på å få innsyn i.

Lovdatas enerett kan utelukkende forklares ved at avgivelsen har skjedd under forutsetning av at andre aktører skal få tilsvarende tilgang ved videreformidling fra Lovdata. Lovdata har uansett ikke grunnlag for å hevde noen berettiget forventning om at avgjørelsene skulle tilfalle Lovdata og deretter underlegges et databasevern for perioden frem til 2008. De samme forarbeidene er klare på dette: *"Også i tilfeller hvor det til tross for en unntaksadgang gis innsyn etter en meroffentlighetsvurdering, vil ulovfestede prinsipper i stor utstrekning være til hinder for at noen gis enerett til tilgang til dokumenter. Bestemmelsen bidrar imidlertid til å klargjøre dette. Videre vil den være til hinder for at utvalgte aktører får inngå avtaler om en særlig dokumenttilgang utover det som følger av offentlighetsloven eller annen lovgivning, for eksempel avtaler om fortløpende oversendelse av en viss type dokumenter uten at det er nødvendig å fremsette innsynskrav i det enkelte tilfelle. Hvis det skal ytes slik merservice, skal alle aktører stilles likt"*.

I vår sak har Lovdata ikke kunne gjøre rede for det nærmere innholdet i den muntlige avtalen med Høyesterett, og det må legges til grunn at det har blitt stilt vilkår og forbehold om at allmenheten skal ha tilgang, og på samme vilkår som Lovdata. I en slik situasjon må det begrunnes hvorfor § 14 eventuelt ikke skulle få anvendelse, da vi her er i kjernen av bestemmelsens virkeområde. Dette gjelder enten Lovdata anses som et offentlig, semi-offentlig eller privat rettssubjekt, og får fullt gjennomslag i forholdet *inter partes* i vår sak.

I vurderingen må det også sees hen til at databasevernet er et investeringsvern som forutsetter en fri konkurransesituasjon. Aktøren som tilgodesees av det offentlige med en rekke særordninger og unntak fra krav som ellers pålegges andre, vil kunne falle inn under avgrensningene som følger av § 14 etter en konkret vurdering. Lovdata hadde eksempelvis ikke lovlig konsesjon for behandling av ikke-anomymiserte avgjørelser med tilhørende personopplysninger, som er utenkelig for en alminnelig aktør i dette markedet. Lovdata har i realiteten mottatt avgjørelsene på en rettsstridig måte, og har manglet lovlig behandlingsgrunnlag for sin behandling.

2.3 Særskilt om videreformidling

Ankende part har lagt til grunn at hele situasjonen knyttet til avgivelse fra Høyesterett til Lovdata forutsatte et direkte eller implisitt krav til vederlagsfri videreformidling av avgjørelsene. Lagmannsretten oppsummerer dette slik på side 4 i kjennelsen: *"Fram til 2004 stod Lovdata for en videreformidlingstjeneste. Dette innebar at Lovdata videreformidlet avgjørelser herunder fra Høyesterett til andre aktører."*

Lovdata skriver om dette i anketilsvaret: *"Noe senere ble lndexData (senere Gyldendal Rettsdata) etablert og de var også interessert i dommer. De fikk da dommene videresendt i originalt Word-format fra Lovdata uten betaling til Lovdata. Senere ønsket de oversendelse i Lovdatas bokus-format og betalte da for den merverdien som kodingen medførte. Dette pågikk frem til aktører som Rettsdata i 2008 kunne motta avgjørelser direkte fra Domstolsadministrasjonen."*

RP har hentet sine data ved å åpne opp dataplate, velge Høyesterettsavgjørelser og velge "eksporter". Dette har generert en eneste stor tekstfil, uten noen form for formatering. Man har altså ikke mottatt noen merverdi i koding eller aktive koblinger. Derfra har RP selv måtte bygge opp sin egen oversikt over avgjørelsene. RP har med andre ord ikke lastet ned en databasestruktur, men fått en eneste lang remse med avgjørelser.

Det sentrale her er at Lovdata selv viser til at det var en forutsetning at andre aktører skulle få gratis tilgang til avgjørelsene. Ordningen varte ikke frem til 2008 slik Lovdata skriver, men til 2004 slik det fremgår av kjennelsen fra lagmannsretten. Gyldendal Rettsdata anså seg da berettiget til selv å laste ned avgjørelsene fra Høyesterett direkte fra Lovdata, og hentet disse selv direkte uten noe samtykke fra Lovdata. Dette er bekreftet av Lovdata i vår sak, og de to partene kom til en enighet rundt det praktiske ved tilgang til avgjørelsene først i 2007 eller i 2008.

Alle offentlige aktører som har kjent til ordningen har henvist til Lovdata - som har stått for videreformidlingen av avgjørelsene, jfr henvisninger til eksempler inntatt i faktisk utdrag:

FU 260	Domstolsadministrasjonen har henvist Gyldendal Rettsdata til Lovdatas videreformidlingstjeneste, da dette var enklere for domstolene
FU 264	2005: Domstolsadministrasjonen henviser EasyFind til Lovdata for kildetilgang
FU 266	2006: Høyesterett avslår forespørsel fra CaseLex om å få samme tilgang som Lovdata
FU 321-2	2007: Høyesterett avslår forespørsel, henviser til Lovdata

3. LOVTOLKNING

Lovdata skriver i tilsvaret: *"Forholdet til ytringsfriheten er relevant, men det er hensyntatt både av EU og Stortinget, når de relevante bestemmelsene i henholdsvis direktivet og åndsverkloven har blitt utformet."*

I vår sak er det spørsmål om å gjøre inngrep i retten etter åndsverksloven § 14 om tilgang til rettsavgjørelser, som samtidig innebærer et inngrep i ytrings- og informasjonsfriheten. Lagmannsretten har fulgt anvisningene fra Lovdata, og dermed unnlatt å gjøre den konkrete vurderingen som § 14 foreskriver. Dette utgjør feil lovtolkning.

Forarbeidene til åndsverksloven understreker gjentatte ganger at loven må og skal utfylles med nettopp ytringsfriheten og prinsipper om informasjonstilgang. Dette er faktisk et så

gjennomgående tema i Ot prp 104L (2016-17) at det er inntatt et eget kapittel 2.7 med tittelen *"Overordnede merknader til vernet av opphavsretten og andre grunnleggende interesser, særlig ytringsfriheten" (min understreking).* Her vises det innledningsvis til at flere høringsinstanser har vært skeptiske til blant annet ivaretakelse av ytringsfriheten sett opp mot bestemmelsene om offentlige dokumenter (side 19). Departementet viser i denne sammenheng til at spørsmål om tiltak og sanksjoner vil behandles av domstolene, og at *"Domstolene vil i sine avgjørelser her som på andre områder tolke lovbestemmelsene i lys av Grunnloven og folkerettslige forpliktelser som er gitt forrang, som EMK, jf. menneskerettsloven § 3."* Forarbeidene understreker altså den oppgave som tillegges domstolene, at åndsverkslovens bestemmelser, herunder § 14, skal tolkes opp mot nettopp de rettskilder som RP har anført i vår sak. Dette har ikke lagmannsretten gjort.

På side 20 i proposisjonen omtales Ytringsfrihetskommisjonens uttalelser i St. meld. nr. 42 (1999-2000) punkt 6.3, hvorfra det er sitert følgende: *"Kommisjonen uttaler at det på denne bakgrunn vil være uforenlig med forslaget å bruke opphavsretten som et redskap til å motvirke en informert offentlig debatt. Derimot vil opphavsretten stå sterkt hvis andres motiv for å angripe den, først og fremst er egen økonomisk vinning."* Dette går rett inn i vår sak, der det er spørsmål om tilgang til rettsavgjørelser som er gjort tilgjengelig på idealistisk grunnlag – uten noen form for økonomiske motiver. Siste avsnitt i samme kapittel (side 22) pålegger i realiteten domstolene å gjøre den konkrete vurdering som lagmannsretten ikke har foretatt i vår sak: *"En rimelig balanse som nevnt, ivaretas også ved at det i siste instans er domstolene som ut fra den enkelte avgrensningsbestemmelse og konkrete forhold i den enkelte sak avgjør lovligheten av en bruk, og også avgjør saker om tiltak".*

Forarbeidene omtaler også på side 21 den margin som tillates de nasjonale domstoler der det foreligger kolliderende rettsregler. Databasevernet er en svakere rett, et rent investeringsvern, som har lavere trinnhøyde enn de hensyn og rettskilder som er knyttet opp mot § 14 i vår sak. I forarbeidene (side 21) fremheves at det er få anvisninger på avveiningen i kollisjonstilfellene, *"Ut over å angi at skjønnsmarginen vil være snevrere i saker av allmenn interesse og i politisk debatt og diskusjon enn der formålet er kommersielt mv[…]"*. Vår sak skal altså ikke underkastes en snever anvendelse av ytrings- og informasjonsfrihet.

Lagmannsretten og Lovdata legger med andre ord til grunn en alt for snever forståelse av lovens system og rekkevidden av § 14. Denne metodebristen utgjør i seg selv en konvensjonskrenkelse opp mot EMK artikkel 10 annet ledd, da det ikke er drøftet om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn.

Den tolkning av § 14 som fremholdes av de ankende parter utledes for øvrig ikke kun fra lovens forarbeider. Selve lovens formål er angitt å være nettopp at det skal skje en avgrensning av rettighetene etter åndsverksloven, der hensynet til allmenhetens interesser og hensynet til informasjons- og ytringsfriheten er spesielt fremhevet, jfr Åvl § 1 litra b.

I tillegg til at dette er fremhevet i åndsverklovens forarbeider, følger plikten til å vektlegge meddelelseskrav direkte av Grunnloven § 100. Vi viser her til støtteskrivet fra Norsk Journalistlag og Norsk Redaktørforening, som redegjør for at "infrastrukturkravet" innebærer en plikt til å vektlegge dette ved statens "avveiningsprosesser". Henvisningen til slike prosesser må også omfatte domstolenes lovtolkning, uansett om staten som sådan er part i den aktuelle sak. Det kan således sies å foreligge en tolkningsfaktor av grunnlovs rang, og et uvanlig klart eksempel på – i det minste – "middelbar tredjepartsvirkning".

4. EU/EØS

Lovdata skriver i anketilsvaret *"Som korrekt påpekt av tidligere instanser, er tilsvarende bestemmelser innført i alle EU-/EØS-stater, som alle er forpliktet av EUs Charter om grunnleggende rettigheter og/eller EMK."*

Dette er ikke riktig. Lagmannsretten viser på side 25 i kjennelsen til et definert unntak for databasevernet for offentlige dokumenter i nederlandsk rett. Databasedirektivet åpner i artikkel 13 nettopp for å gjøre unntak for offentlige dokumenter:

"Artikkel 13: Fortsatt anvendelse av andre lovbestemmelser
Dette direktiv berører ikke bestemmelser som særlig gjelder […] innsyn i offentlige dokumenter og avtalerett."

Databasedirektivet sperrer med andre ord ikke for den lovforståelse som RP viser til, og det anføres at § 14 er nettopp et slikt unntak som artikkel 13 åpner for.

Det er ellers lovens system at kolliderende overnasjonale rettsregler kan medføre at den nasjonale stat får en videre margin for sine vurderinger. Dette forutsetter imidlertid at de kryssende hensyn veier like tungt, noe som ikke er tilfelle i vår sak. Departementet omtaler denne vurderingen slik i forarbeidene (proposisjon til ny åndsverkslov) på side 20: *"Og dersom tolkningen av åndsverklovens avgrensningsregler i en konkret sak ikke ivaretar vernet av ytringsfriheten i tilstrekkelig grad, slik at EMK artikkel 10 og Grunnloven § 100 tilsier at ytringsfriheten må gis forrang, legger departementet til grunn at nevnte regler vil kunne gripe inn som selvstendige avgrensninger av den opphavsrettslige enerett. Dette kan særlig være aktuelt dersom opphavsretten i realiteten brukes som middel for å motvirke en informert offentlig debatt."*

Det vises deretter til avveiningen opp mot *opphavsrettens* internasjonale forankring, som langt overstiger det vern og trinnhøyde som *databasevernet* nyter.

5. ANKETILSVAR – SAKSKOSTNADER

Lovdata har inngitt avledet anke over lagmannsrettens kjennelse, slutningens punkt 2 om sakskostnader for byfogden. Ankende part viser her til lagmannsrettens kjennelse på side 38, og tilføyer at Lovdata valgte å igangsette forføyningssak, og fikk den første kjennelsen på et sviktende faktisk grunnlag. Kravet om sletting av materiale fra 2002-CD platen ble først oppgitt umiddelbart før muntlig forhandling.

Det antas unødvendig å nedlegge særskilt påstand i forhold til den avledete anke, da ankende part har krevd fulle omkostninger for samtlige instanser og har anket særskilt over sakskostnadene. Det vises således til påstand nedlagt i ankeerklæringen.

– – –

Dette anketilsvaret er lastet opp i Aktørportalen.

ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS
Halvor Manshaus
Advokat