

Land	Norge
Domstol	Borgarting lagmannsrett
Parter	One Call AS mod Easy Park AS
Dato for afgørelse	10. februar 2010
Afgørelsestype	Dom
Status	Retskraftig
Dato for publicering i domsdatabasen	10. juni 2020
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	s. 424
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik opsigelse af en driftsaftale. En virksomhed havde købt mere driftskapacitet hos en driftsleverandør, end virksomheden havde behov for, og videresolgte med leverandørens samtykke overskudskapaciteten til en anden virksomhed. Der blev indgået en driftsaftale direkte mellem den virksomhed, der havde købt for meget driftskapacitet, og den virksomhed som overskudskapaciteten blev solgt til. Førstnævnte virksomhed blev dermed driftsleverandør uden at have dette som sit egentlige virke, og sidstnævnte virksomhed var at betragte som kunden. Da kunden opsagde aftalen, hævdede leverandøren, at dette var i strid med aftalens opsigelsesbestemmelser. Kunden gjorde gældende, at opsigelsen allerede var ophørt efter sin egen ophørsregulering, og at parterne derfor havde videreført aftalen ud over den aftalte varighed med den konsekvens, at aftalen ikke regulerede opsigelsesadgangen. Retten tilsluttede sig kundens fortolkning af aftalen, og fastsatte ud fra rimelighedsbetragtninger et opsigelsesvarsel på 3 måneder.

Nøgleord: driftsaftale, ophørsassistance, opsigelsesvarsel, aftalefortolkning

Denne dom er hentet fra Lovdata med Lovdatas tilladelse.

Udnyttelse af afgørelser fra Lovdata til forlagsvirksomhed, distribution, drift af søgbare databaser eller til undervisningsvirksomhed kræver særskilt aftale med Lovdata. Lovdata afgør i tvivlstilfælde, hvorvidt der foreligger forlagsvirksomhed, distribution, drift af søgbare databaser eller undervisningsvirksomhed.

Videresalg af Lovdatas tjenester kræver særskilt aftale.



Borgarting lagmannsrett – Dom - LB-2009-82035

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2010-02-10
Publisert	LB-2009-82035
Stikkord	Kontraktsforhold. Åndsverkloven § 2, § 4, § 55.
Sammendrag	Twist om oppgjør etter driftsavtale og utvikling av dataprogram, krav om erstatning for økonomisk tap for rettstridig utnyttelse av dataprogram, stans av bruken av dataprogram og erstatning for urettmessig heving av avtale.
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2008-131018 – Borgarting lagmannsrett LB-2009-82035 (09-082035ASD-BORG/03). Rettskraftig.
Parter	One Call AS (Advokat Erlend Grunde Balsvik) mot Easy Park AS (Advokat Frank Åvar Almås). I Anke: Ankende part One Call AS (Advokat Erlend Grunde Balsvik) Ankemotpart Easy Park AS (Advokat Frank Åvar Almås). II Avledet anke: Ankemotpart Easy Park AS (Advokat Frank Åvar Almås). Ankende part One Call AS (Advokat Erlend Grunde Balsvik).
Forfatter	Lagdommere Sidsel B. Lindseth og Anne M. Samuelson, tingrettsdommer Erik Stillum

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett – Dom - LB-2009-82035.....	1
Innholdsfortegnelse.....	2

Saken gjelder tvist om oppgjør etter driftsavtale og utvikling av dataprogram, krav om erstatning for økonomisk tap for rettsstridig utnyttelse av dataprogram, stans av bruken av dataprogrammet og erstatning for urettmessig heving av avtale.

Easy Park AS (heretter Easy Park) ble stiftet i 1998, og er et firma som tilbyr tjenester som effektiviserer parkering, blant annet ved at kundene via mobiltelefon kan starte, stoppe og forlenge parkering. Regningen for parkeringen blir tilsendt kunden i etterkant eller belastes automatisk. Transaksjonen skjer mot et kundesystem med navnet «Network Parking System» (NPS). Det er Easy Park som har utviklet kundesystemet ved bruk av egne og innleide konsulenter.

One Call AS (opprinnelig Mobilfabrikken) ble startet i 2001. Firmaet tilbyr mobiltelefoni og bredbånd til forbrukermarkedet. Det er ikke omtvistet at selskapene ikke er konkurrerende virksomheter.

Easy Park har hatt en driftsavtale med EDB Business Partner Norge AS (tidligere Telenor Bedrift AS) fra 8. juni 2001, som regulerer drift av Easy Parks egne systemer. Under denne avtalen kjøpte Easy Park mer driftskapasitet enn det selskapet selv hadde bruk for. Selskapet, som var i en oppstartfase, så på mulighetene for å skaffe seg inntekter ved å få inn en samarbeidspartner som de kunne dele driftskapasiteten med – mot betaling av månedlig vederlag. Odd Arild Meling, som var CTO (teknisk direktør) i Easy Park fra 1998–2007, hadde tidligere jobbet sammen med Øistein Eriksen, som var administrerende direktør i One Call. Gjennom denne relasjonen ble partene enige om at One Call skulle inngå en driftsavtale med Easy Park og på denne måten utnytte den økte kapasiteten mot å betale Easy Park et månedlig vederlag. Avtalen ble inngått 7. november 2003. Driftsavtalen er utarbeidet av Odd Arild Meling/Øistein Eriksen og undertegnet av Øistein Eriksen (på vegne av One Call) og Morten Hansson (på vegne av Easy Park).

One Call var på tidspunktet for avtalens inngåelse i oppstartfasen, og hadde ikke noe eget kundesystem. Selskapet måtte få dette på plass. Dette ble løst ved at CTO i Easy Park, Odd Arild Meling, fikk ansvar for å utvikle dette. Meling hadde også ansvar for leveransen av tjenester til One Call under driftsavtalen. Det er omtvistet om Meling har tatt utgangspunkt i Easy Parks system når han har utviklet One Calls kundesystem.

Samarbeidet mellom Easy Park og One Call fungerte rimelig godt frem til høsten 2007. Utover høsten ble det imidlertid betydelige driftsproblemer med systemene, noe som skapte vanskeligheter både for Easy Park og One Call. Begge parter kundesystemer benytter samme databasesystem og de samme maskinene. Problemene toppet seg i perioden 8.-15. november 2007 ved at både tjenestene til Easy Park og One Call ble utilgjengelige. Dette skapte igjen store problemer for kundene. Det ble utvekslet en rekke e-poster mellom partene for å få løst problemet. Blant annet sendte Easy Park ved ny administrerende direktør, Roy Jacobsen, 8. november en e-post med varsel om endringer i driftstjenesten til One Call. Endringene ble varslet å tre i kraft 12. november kl. 12.00, og var basert på anbefalinger fra Easy Parks driftsleverandør, EDB Business Partner. Endringene innebar innstramninger i hvordan One Call kunne sette ny kildekode i drift på Easy Parks servere. Easy Park beholdt seg blant annet retten til å kvalitetssikre kildekoden, i tillegg til at Easy Park ikke lenger ville opprettholde One Calls direkte tilgang til Easy Parks maskinpark. Eriksen i One Call besvarte den nevnte e-post i e-post av 9. november. Han uttrykte velvilje i forhold til de skisserte tiltakene, men aksepterte ikke å miste den direkte tilgangen til servere og database. 11. november fikk Easy Park igjen store problemer, og tjenestene knyttet til webserveren var helt nede. Det er uenighet om hvor lenge tjenestene knyttet til webserveren var utilgjengelige, men at kundene ble rammet av dette, er klart. Dette gjaldt både kundene i Easy Park og One Call.

Høsten 2007 var det kommet ny ledelse i Easy Park. Administrerende direktør Roy Jacobsen i Easy Park begynte da å se nærmere på det arbeidet Meling hadde utført parallelt for One Call mens han var teknisk direktør i Easy Park. Det ble da oppdaget at Meling – som på vegne av Easy Park foretok faktureringen av One Call – hadde underfakturert One Call for driftstjenester. Videre ble det oppdaget at Meling – som hadde utviklet kundedatabasen hos One Call – angiveligvis skulle ha kopiert kildekode fra Easy Parks system. Dette ble opptakten til tvisten.

Når det gjelder samarbeidet under driftsavtalen, er det på det rene at One Call allerede i september 2007 henvendte seg til andre driftsleverandører, som Basefarm, EDB Business Partner og Hafslund IT. Easy Park ble ikke orientert om dette. I brev av 1. november 2007 fra advokat Balsvik på vegne av One Call til Easy Park ble Easy Park orientert om at One Call ønsket å si opp driftsavtalen, og ba om at partene ble enige om en utfasing av driftsløsningen med Easy Park fra november og ut kalenderåret. 6. november 2007 inngikk One Call avtale med en annen driftsleverandør, Hafslund IT, uten å informere Easy Park om dette. Kundedatabasen ble flyttet

over til Hafslund IT 26. november 2007. I brev av 14. desember 2007 ble Easy Park orientert om at One Call hadde «eksportert sine data fra EP sin driftsløsning» og ba om aksept for terminering av driftsavtalen.

Easy Park tok 1. september 2008 ut stevning mot One Call for Oslo tingrett med krav om betaling for utvikling og tilpasning av kundesystem, betaling for leverte driftstjenester, erstatning for urettmessig heving av driftsavtalen, erstatning på grunn av ulovlig kopiering av kildekode og krav om stansing av bruken av kundesystemet som baserte seg direkte på Easy Parks kundesystem.

Oslo tingrett avsa 4. mars 2009 dom med slik domsslutning:

1. One Call AS dømmes til å betale 450.000 – firehundreogfemtitten – kroner til Easy Park AS for utvikling og tilpassing av kundesystem, med tillegg av renter fastsatt etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
2. One Call AS dømmes til å betale 200.000 – tohundretusen – kroner til Easy Park AS for leverte driftstjenester i perioden februar 2007 til november 2007, med tillegg av renter fastsatt etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
3. One Call AS dømmes til å betale vederlag på 150.000 – etthundreogfemtitten – kroner til Easy Park AS som kompensasjon i en utfasingsperiode for en uryddig/illojal avvikling av driftsavtalen, med tillegg av renter fastsatt etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
4. One Call AS dømmes til å betale erstatning på 2.050.000 – tomillionerogfemtitten – kroner til Easy Park AS for ulovlig eksemplarframstilling av Easy Parks kildekode, med tillegg av renter fastsatt etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
5. One Call AS plikter å stanse bruken av kundesystemet som baserer seg direkte på Easy Parks kundesystem.
6. Hver av partene bærer sine sakskostnader.

One Call AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett når det gjelder domsslutningen punkt 1, 4, 5 og 6. Easy Park AS har tatt til motmæle og erklært avledet anke over tingrettens domsslutning punkt 1, 2, 3 og 4. For punkt 1, 2 og 4 gjelder den avledede anken størrelsen av de tilkjente beløp.

Lagmannsretten oppnevnte 4. september 2009 sivilingeniør Håkon Styri som sakkyndig for å foreta en sammenligning på teknisk nivå av kundesystemene for Easy Park og One Call i de versjoner som var gjennomgått i rapport 23. desember 2008 av Svein Willassen/Jon Bing, som var engasjert som private sakkyndig av Easy Park ved tingrettens behandling. Styri har avgitt skriftlig rapport til lagmannsretten.

Ankeforhandling er holdt 8-11. desember 2009 i Borgarting lagmannsretts hus. For One Call AS møtte Øistein Eriksen og ga forklaring. For Easy Park AS møtte administrerende direktør Roy Jacobsen og ga forklaring. Den rettsoppnevnte sakkyndige var til stede 9. desember 2009 og ga forklaring. Det ble til sammen avhørt 14 vitner, hvorav fem sakkyndige vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Ankende part og ankemotpart i den avledede anke, One Call AS, har i hovedtrekk anført:

Tingretten har foretatt en uriktig bevisvurdering når det gjelder Easy Parks krav om betaling for utvikling/tilpasning av kundesystem – tingrettens domsslutning punkt 1.

Easy Park ved daglig ledelse var kjent med og aksepterte at Odd Meling hadde et engasjement i One Call. Ansettelsesavtalen mellom Easy Park og Meling tillater også et engasjement ved siden av ansettelsesforholdet, dog slik at samtykke skulle vært innhentet fra styret. Styret kunne imidlertid ikke nekte et slikt engasjement uten saklig grunn, og saklig grunn for å nekte Melings engasjement hos One Call forelå ikke.

Det at arbeidstakeren Meling overså en slik bestemmelse i ansettelsesavtalen, kan ikke føre til at all verdiskapning gjort på fritiden av Meling, blir tilhørende Easy Park. Heller ikke styremedlemmene eller daglig leder kjente til bestemmelsen.

Driftsavtalen av 7. november 2003 gir uttrykk for en intensjon om samarbeid mellom partene, mens vederlagsbestemmelsen i samme avtale kun er relatert til tilrettelegging av en driftsløsning i Easy Parks system. Tingretten har tolket vederlagsbestemmelsen i avtalen for vidt. Hovedtyngden av det arbeid Meling har utført

for One Call, er systemutvikling, som i datateknisk terminologi er noe annet enn tilrettelegging for en driftsløsning hos Easy Park.

Det er ikke hevdet fra Easy Parks side og det er heller ikke grunnlag for å hevde at Melings engasjement for One Call gikk ut over hans forpliktelser i Easy Park.

One Call har gitt økonomisk kompensasjon direkte til Meling for hans engasjement og har hatt all grunn til å tro at Melings forhold var avklart. One Call hadde full åpenhet om Melings engasjement. Eventuell manglende avklaring er et anliggende mellom Easy Park og Odd Meling.

Det er imidlertid rimelig å fastsette et visst vederlag til Easy Park for det arbeid Meling har utført, begrenset oppad til kr 150.000.

Når det gjelder Easy Parks krav om betaling for leverte driftstjenester, har tingrettens kommet til riktig resultat – tingrettens domsslutning punkt 2.

Partenes motiv bak samarbeidet var at One Call skulle gi et bidrag til Easy Parks driftskostnader overfor driftsleverandøren ved å utnytte overskuddet på Easy Parks driftskapasitet. One Call kunne klart seg med andre og rimeligere løsninger.

Driftsavtalen av 7. november 2003 regulerer ikke priser ut over et kundevolum på 30.000 kunder, og dette har aldri vært partenes intensjon. Tvert imot fremgår det av avtalens ordlyd at den skal reforhandles dersom Easy Park må oppgradere sine systemer som en konsekvens av oppdragsvolumene fra One Call.

One Call har ikke senere gitt uttrykk for en annen avtaleforståelse, men søkt å finne forretningsmessige løsninger under nærmere angitte forutsetninger. Tingretten har tatt tilbørlig hensyn til en rimelig tilleggskompensasjon for den drift som ble utført i perioden og for de økte kundevolumer. Ankemotpartens krav om utfylling av driftsavtalen mangler markedsmessig forankring og er urimelig. Markedsmessig pris for den aktuelle type driftstjeneste er kr 20.000 til 30.000 pr. mnd.

For kravet om erstatning for urettmessig heving av avtalen har tingretten også kommet til riktig resultat. Driftsavtalen løp ut etter sitt eget innhold 7. november 2007. Når partene videreførte samarbeidet en kort periode etter dette, baserte det seg på at man var i forhandlingssituasjon om videreføring og utfasing over tid.

One Call hadde under alle omstendigheter anledning til å redusere sine volumer under avtalen dersom dette var ønskelig.

Subsidiært anføres at One Call på grunn av utestegning fra sitt eget kundesystem hadde adgang til å heve avtalen og kreve erstatning for driftsavbrudd som motkrav. Det nye priskravet som ble presentert av Easy Park i september 2007 samt tiltagende problemer med driftsløsningen, satte One Call i en kritisk situasjon, som gjorde at man var tvunget til å se seg om etter alternative løsninger samtidig som man søkte å få til en minnelig ordning med Easy Park.

Atter subsidiært anføres at den avtaleforståelse Easy Park gjør gjeldende er sterkt urimelig, og må sensureres etter avtaleloven § 36.

Når det gjelder Easy Parks krav om erstatning for ulovlig kopiering av kildekode, anføres at tingretten har foretatt feil bevisbedømmelse og rettsanvendelse.

Prinsipalt anføres at det forelå samtykke til bruk og videreutvikling av Easy Parks kundesystem. Samtykket følger av driftavtalens samarbeidsbestemmelse og er senere uttrykt av daværende daglig ledelse i Easy Park. Partene hadde stadig dialog om samarbeid. Det fremlagte utkast til avtale om SMS viser at det var naturlig for partene å dele kode og grensesnitt for behandling av SMS.

Etter omstendighetene har One Call også hatt anledning til å overføre sitt kundesystem til en annen driftsløsning. Dette er det avtalemessige utgangspunkt når man først har en bruksrett.

Tingretten har her feilaktig tillagt spesialitetsprinsippet betydning ved vurderingen av dette spørsmål. Det dreier seg her om bruksretten til et eksemplar, ikke overdragelse av opphavsrettigheter. Det følger av prinsippet i åndsverkloven § 39 h at den som har rett til å bruke et datamaskinprogram, kan gjøre de funksjonelle tilpasninger som er nødvendige for å få brukt programmet i samsvar med bruksrettens formål, herunder flytte det over til en annen driftsplattform. Det vises til statens standardavtaler hvor det heter at disposisjonsretten ikke er begrenset til bruk på en bestemt utstyrsenhet. Dette anføres å være normalløsningen i slike forretningsforhold.

Subsidiært anføres at det vesentligste av de elementer Meling benyttet i forbindelse med utviklingen av One Calls system, er av så fragmentarisk art at disse ikke nyter opphavsrettslig vern.

For det tilfellet at kildekodeelementer benyttet av Meling i One Calls system, skulle ha selvstendig verkshøyde anføres at One Calls eksisterende dataprogram utgjør et selvstendig verk, jf. åndsverkloven § 4 første ledd. Vernet for de kopierte kodelinjene vil være meget smalt. I den utstrekning kodeelementene er blitt benyttet, har den videreutvikling som Meling har gjort, resultert i et nytt selvstendig verk. Dette hadde allerede skjedd da One Call byttet driftsleverandør i november 2007, og er i enda sterkere grad tilfelle for dagens kundesystem.

Det er ankemotparten som må bevise at urettmessig kopiering har funnet sted. De tekniske bevis som er ført, har kun avdekket ubetydelige mengder lik kildekode, hvorav en del likheter med nødvendighet vil oppstå i to likeartede systemer skrevet i samme programmeringsspråk.

Som atter subsidiær anførsel hevdes at tingretten har utmålt altfor høy erstatning. Det vises til professor Jørgensens vurdering som tilsier at erstatning utgjør i størrelsesorden kr 45.000, noe som er kompensert for i ankende parts påstand i anken.

Atter atter subsidiært har tingretten foretatt en uriktig beregning ved ikke å ta hensyn til domsslutningen punkt 5 hvor det ble idømt stansing i bruk av systemet. Utgangspunktet for erstatningen er nettofortjenesten ved den ulovlige eksemplarframstillingen. Dersom tingrettens domsslutning punkt 5 skulle bli stående, er verdien av One Calls utnyttelse svært begrenset. Antatte utviklingskostnader er ikke relevante når man skal beregne nettofortjenesten ved et system man kun får utnytte i underkant av ett år. Uansett må det ses hen til hva som faktisk er benyttet av rettighetsbeskyttet kildekode.

Når det gjelder Easy Parks krav om å stanse bruken av systemet som direkte baserer seg på Easy Parks kundesystem, har tingretten foretatt feil bevisbedømmelse og feil rettsanvendelse. Tingrettens resultat er i strid med gjeldende norsk opphavsrett.

Dersom det er tilfelle at One Calls kundesystem virkelig baserer seg direkte på Easy Parks kundesystem, ville det i seg selv ikke medføre en opphavsrettslig krenkelse, da det er fullt ut lovlig å ta utgangspunkt i et åndsverk for så å utvikle et eget selvstendig verk, jf. åndsverksloven § 4.

Subsidiært anføres at dersom retten skulle komme til at det foreligger en opphavskrenkelse, må retten kunne gi tillatelse til fortsatt utnyttelse av det eksisterende eksemplaret for One Calls interne bruk, mot at det betales vederlag til Easy Park (tvangslisens). Dette følger av proporsjonalitetsprinsippet i åndsverkloven § 56 annet ledd. Denne bestemmelsen må tolkes i lys av lovens § 2 slik den lyder i dag og de teknologiske omstendigheter.

Det er nedlagt slik påstand:

I anken:

1. One Call AS frifinnes mot å betale til Easy Park AS et beløp fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til NOK 150.000.

I den avledede anken:

1. Den avledede anken forkastes.

I begge tilfeller:

2. Easy Park AS dømmes til å betale One Call AS' saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, og ankende part i den avledede anken, Easy Park AS, har i hovedtrekk anført:

Til One Calls anke gjøres det gjeldende at tingrettens dom er riktig.

I den avledede anken ankes det over de punkter i tingrettens dom hvor Easy Park ikke fikk fullt medhold:

- Krav om betaling for utvikling og tilpassing av kundesystem – tingrettens domsslutning punkt 1.
- Krav om betaling for leverte driftstjenester i perioden februar 2007 til november 2007 – tingrettens domsslutning punkt 2.
- Krav om erstatning for urettmessig heving av avtalen – tingrettens domsslutning punkt 3.
- Krav om erstatning for ulovlig kopiering – tingrettens domsslutning punkt 4.

Den avledede anken gjelder både bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. For så vidt gjelder domslutningen punkt 1, 2 og 4 gjelder anken størrelsen av beløpet. Når det gjelder domsslutningen punkt 3 anføres det at avtalen løp frem til 2009 og at den ble urettmessig hevet av One Call.

Tingretten har korrekt konkludert med at Meling i egenskap av å være ansatt i Easy Park og som ledd i oppfyllelsen av avtalen mellom One Call og Easy Park har utført tjenester for One Call. Tingretten har imidlertid gjort for stort fradrag for arbeid som Meling har gjort som privatperson. Alt arbeid Meling har foretatt av den karakter som er omhandlet i driftsavtalen, er på vegne av Easy Park.

Easy Parks krav på kr 700.000 har som utgangspunkt at Meling gjennomsnittlig har arbeidet 12,5 t timer i uka for One Call med en timepris på kr 500. Kr 300.000 er ettergitt.

Når det gjelder vederlag for leverte driftstjenesten i perioden februar 2007 til november 2007, har tingretten konkludert med at One Call skal betale kr 200.000.

Tingretten har lagt til grunn at Meling, som sto for faktureringen, underfakturerte One Call i denne perioden ved at han i strid med avtalen ikke fakturerte mer enn kr 30.000 i måneden uavhengig av det faktiske kundetallet. Vederlaget må beregnes på grunnlag av det faktiske kundetallet. Videre skal et kundetall over 30 000 beregnes i henhold til systematikken i vederlagstabellen i avtalen, slik at det skjer en økning på kr 8.000 pr. 5.000 kunder. Tingrettens utmåling knyttet til underfakturerings er også uriktig.

Prinsipalt anføres at One Call har akseptert avtalens prisstruktur ved advokat Balsviks brev av 1. november 2007. Subsidiært må retten utfylle avtalen med et slikt innhold.

Det kreves et beløp fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kr 570.000.

Når det gjelder Easy Parks krav om erstatning for urettmessig heving av avtalen, har tingretten uriktig konkludert med at avtalen opphørte av seg selv 7. november 2007. Avtaleforholdet ble utvilsomt ble videreført etter denne dato.

Avtalen løp frem til november 2009. Det erkjennes at avtalens ordlyd er noe uklar på dette punkt, men det må legges til grunn at partene hadde en felles forståelse av at avtalen løp til november 2009, og at den var uoppsigelig i denne perioden. Det fremgår bl.a. av Easy Parks brev av 13. september 2007 og advokat Balsviks brev av 1. november 2007.

Avtalen var ikke skalerbar, noe som i realiteten ville innebære en oppsigelsesadgang.

Det forelå ikke mislighold fra Easy Parks side som gjorde at One Call hadde grunnlag for å heve avtalen. Den reelle årsaken til hevingen var den avtale One Call hadde inngått med Hafslund. Termineringen var dermed urettmessig.

Utmålingen av erstatningen må skje skjønnsmessig og med utgangspunkt i systematikken i vederlagstabellen hvor det for de tre siste intervallene skjer en økning i vederlaget på kr 8.000 pr. 5.000 kunder. Dersom man følger den lineære strukturen, skal det betales et månedlig beløp på kr 160.000. For 24 måneder blir dette kr 3 456.000. For å komme frem til Easy Parks økonomiske tap må det gjøres fradrag for sparte kostnader. Det kreves et beløp fastsatt etter rettens skjønn begrenset til kr 2.000.000.

Subsidiært anføres at dersom avtalen er tidsubestemt, er 3 måneders avvikling som tingretten har lagt til grunn, for kort tid. Det naturlige ville vært 6 måneder.

Når det gjelder kravet om erstatning for ulovlig kopiering, mener Easy Park at tingrettens dom er riktig når tingretten kommer til at det foreligger en opphavsrettslig krenkelse, men den tilkjente erstatningen er for lav. Erstatningen kreves i medhold av åndsverkloven § 55 annet ledd, og det kreves et beløp etter rettens skjønn begrenset oppad til kr 4 000 000. Vederlagssynspunktet er videreutviklet i praksis og skal også inneholde et allmennpreventivt element.

De funn som er gjort av de sakkyndige vitner og den rettsoppnevnte sakkyndige, bekrefter at det foreligger kopiering. Det er en lik oppbygging av systemene, betydelig innslag av unike kodelinjer, identiske kommentarer og kommentarhoder og et identisk delprogram på 400 kodelinjer. Delprogrammet har ingen sammenheng med SMS-avtalen som anføres av One Call. Uansett om delprogrammet er i bruk eller ikke, foreligger det en krenkelse. De sakkyndige har heller ikke gjort en fullstendig sammenligning. Rapporten til Styri, den rettsoppnevnte sakkyndige for lagmannsretten, indikerer at det er foretatt kopiering i større grad enn påvist. Meling har hatt full styring med systemene i begge selskaper.

Når det gjelder anførselen om at One Calls dataprogram er blitt et selvstendig eget verk, anføres at det tar lang tid før det opprinnelige verk er borte, noe som illustreres av RG-1999-330 (MOCS-dommen). Sakkyndig vitne, professor Jon Bing bekreftet at det kunne ta flere år.

One Call har for lagmannsretten kommet med en ny anførsel om at det er elementer i systemet som ikke har verkshøyde. Denne bestrides. Hele Easy Parks kundesystem (NPS-systemet) har verkshøyde. Etter åndsverkloven er det ikke krav om kvalitet eller at det skal være unikt for verkshøyde. Kriteriet er at det skal være resultat av en selvstendig skapende innsats.

One Call har anført at det er gjort endringer i kundesystemet til One Call i ettertid. Det foreligger imidlertid ikke skriftlig bevis for at krenkelsen er opphørt.

Meling var ansatt i Easy Park da han utviklet One Calls system. Opphavsrettighetene er derfor gått over til Easy Park. One Call har kun fått en simpel lisens som gjaldt så lenge systemet ble driftet av Easy Park og i avtalens løpetid.

Statens standardavtaler innebærer ingen normalløsning. Den avtalen som er fremlagt av One Call, må ses i en større sammenheng, og det foreligger dessuten en ny versjon for 2009. Spørsmålet om adgang til flytting av systemet må løses ved en avtale mellom partene. Det er ikke gitt samtykke til eksemplarframstilling ved flytting. Det foreligger ulovlig eksemplarframstilling og ulovlig bruk av systemet som gir rett til erstatning

Etter spesialitetsprinsippet må tvil her tolkes i favør av Easy Park. Dette prinsippet er et avtaletolkingsprinsipp som er slått fast i rettspraksis.

Stansing er et utsalg av eneretten. Tingretten har korrekt konkludert med at One Call plikter å stanse bruken av kundesystemet, og det vises til tingrettens premisser. Åndsverkloven § 56 annet ledd er ikke anvendelig i denne saken. Denne bestemmelse har hittil ikke blitt brukt i norsk rett og er mer myntet for varehandelen.

Det er nedlagt slik påstand:

I anken:

Anken forkastes.

I den avledede anken:

1. One Call AS dømmes til å betale et beløp oppad begrenset til kr 700.000 for utvikling og tilpassing av kundesystem.
2. One Call AS dømmes til å betale et beløp oppad begrenset til kr 570.000 for leverte driftstjenester i perioden februar 2007 til november 2007.
3. One Call AS dømmes til å betale erstatning oppad begrenset til kr 2.000.000 for urettmessig heving av avtalen med Easy Park.
4. One Call AS dømmes til å betale erstatning oppad begrenset til kr 4.000.000 for ulovlig kopiering av Easy Parks kildekode.

I begge tilfelle:

Easy Park AS tilkjennes saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsretten ser slik på saken:

Saken gjelder Easy Parks krav om betaling for utvikling og tilpasning av kundesystem, krav om betaling for leverte driftstjenester, krav om erstatning for ulovlig heving av driftsavtalen og for ulovlig kopiering av kildekode, samt krav om stansing av bruken av One Calls kundesystem som baserer seg direkte på Easy Parks kundesystem.

Lagmannsretten behandler først Easy Parks krav om betaling for leverte driftstjenester – tingrettens domsslutning punkt 2. Krav om betaling for utvikling og tilpasning av kundesystem vil bli behandlet i sammenheng med kravet om erstatning på grunn av ulovlig kopiering.

Kravet om betaling for leverte driftstjenester i perioden februar 2007 til november 2007 baserer seg dels på at det ikke ble fakturert med økende priser for kundevolumer ut over 30.000 kunder, og dels på at det ble fakturert lavere enn kr 40.000 pr måned når One Call hadde nådd 30.000 kunder.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i driftsavtalen av 7. november 2003.

Etter avtalen skal One Call betale for driftstjenestene i henhold til antall kunder og etter en bestemt struktur hvor prisen øker med antall kunder, i intervall på 5 000 kunder. Prisstrukturen i avtalen legger opp til en økning på 8.000 kroner for hver 5.000 kunder de siste fire intervallene i pristabellen (dvs. 15.000 – 20.000 kunder = 24.000 kroner, 20.000 – 25.000 kunder = 32.000 kroner, 25.000 – 30.000 kunder = 40.000 kroner). Avtalen regulerer ikke kundegrunnlag ut over 30.000.

Etter den bevisførsel som har vært for lagmannsretten legger retten til grunn at partene ved inngåelsen av avtalen ikke hadde tenkt seg at kundevolumet skulle bli så stort som det faktisk ble. Videre legger lagmannsretten til grunn at en sentral intensjon med avtalen var kostnadsdeling. Lagmannsretten viser til at Easy Park hadde kjøpt mer driftskapasitet enn selskapet hadde behov for, og driftsavtalen med One Call gjorde at man fikk utnyttet denne økte kapasiteten. Etter lagmannsrettens syn ville det vært naturlig med en reforhandling av avtalen om priser når kundetallet økte til over 30.000. Lagmannsretten viser her til vitneforklaringen fra Hansson, tidligere administrerende direktør i Easy Park, som undertegnet avtalen på vegne av Easy Park.

Lagmannsretten kan etter dette ikke se at partene ved avtalens inngåelse hadde noen felles oppfatning av at prisene skulle økes med kr 8.000 pr. 5.000 kunder utover de 30.000 kundene som er regulert i avtalen.

Lagmannsretten kan heller ikke se at det på et senere tidspunkt var en felles forståelse mellom partene om at denne prisstrukturen skulle legges til grunn for kundevolumer utover 30.000. Lagmannsretten tolker ikke brevet av 1. november 2007 fra advokat Balsvik på den måten. Den setningen som anføres til støtte for Easy Parks syn, må etter lagmannsrettens oppfatning ses i sammenheng med brevets øvrige innhold.

Easy Park har subsidiært anført at avtalen må utfylles slik at den lineære strukturen fortsetter.

Lagmannsretten kan ikke finne holdepunkter i avtalen eller avtaleforholdet ellers for dette. Dette ville innebære en tredobling av de månedlige utgiftene under driftsavtalen og ville føre til et urimelig resultat for One Call. Lagmannsretten viser også til formålet med inngåelsen av avtalen.

Lagmannsretten er imidlertid enig med tingretten i at det er et rimelig og fornuftig utgangspunkt at når kundetallet øker, bør man betale noe mer, og at det vanlige er at enhetsprisen går ned når volumene øker, slik at det skal betales relativt mindre når kundetallet øker.

Videre legger lagmannsretten til grunn at det er foretatt en underfakturerings ved at Meling, som var den i Easy Park som sto for faktureringen, fakturerte lavere enn det som fremgikk av avtalen når kundegrunnlaget i One Call nådde 30.000. Meling har forklart at underfaktureringen skjedde også i Easy Parks interesse da han mente at One Call ville si opp avtalen dersom det ble fakturert mer enn det han anså som markedsmessig nivå. Uansett om dette var motivet legger lagmannsretten til grunn at Easy Park har krav på en kompensasjon for denne underfakturerings.

Lagmannsretten finner etter en skjønnsmessig totalvurdering at One Call skal betale et samlet vederlag for leverte driftstjenester på kr 200.000 for perioden februar til november 2007 slik også tingretten kom til.

Lagmannsretten behandler så Easy Parks krav om erstatning basert på at One Call urettmessig har hevet avtalen av 7. november 2003.

Avtalens punkt om varighet har denne ordlyd:

Avtalen inngås for en periode av 2 år, med automatisk fornyelse for 2 nye år med mindre en av Partene sier opp avtalen med minst tre måneders varsel før utløpet av første avtaleperiode.

Avtalen skal reforhandles dersom EP må oppgradere sine systemer som en direkte konsekvens av oppdragsvolumene fra MF.

Etter lagmannsrettens syn må avtalen etter sin ordlyd tolkes slik at den løper ut 7. november 2007.

Lagmannsretten kan ikke finne at partene hadde noen felles forståelse av at avtalen løp til november 2009, som anført av Easy Park. Etter bevisførselen synes ikke partene å ha gjort seg særlige tanker om varigheten av avtalen ved avtaleinngåelsen i 2003.

For lagmannsretten fremstår det videre slik at begge parter ønsket å terminere avtalen i 2007. Retten viser bl.a. til e-post fra Patrik Mosberg i Easy Park til Odd Meling datert 5. september 2007 hvor Mosberg uttrykkelig ber om at avtalen med One Call skal sies opp omgående.

Lagmannsretten er imidlertid enig med tingretten i at det er rimelig at One Call betaler et vederlag i tre måneder i en utfasingsperiode, og lagmannsretten finner at beløpet skjønnsmessig kan settes til kr 150.000 slik tingretten la til grunn, jf. domsslutningen punkt 3.

Da avtalen opphørte av seg selv, er det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om det forelå uberettiget heving og eventuell erstatning på dette grunnlag.

Lagmannsretten går så over til å behandle Easy Parks krav om betaling for utvikling og tilpasning av kundesystem, jf. tingrettens domsslutning punkt 1.

Lagmannsretten tar her utgangspunkt i avtalen som ble inngått mellom partene 7. november 2003. Avtalen er betegnet som driftsavtale. Videre heter det i innledningen at det i dag er inngått følgende avtale «om kjøp og levering av driftstjenester».

I punktet om avtalens omfang heter det:

Avtalen omfatter tilrettelegging og drift av Kundesystem for teleprodukter med lagring av data tilhørende MF (nå One Call – lagmannsrettens bemerkning) som kundeinformasjon og transaksjoner, samt websider som inkluderer tilgang til MF sine data.

I punktet om priser og betaling heter det «direkte kostnader knyttet til nødvendig tilrettelegging hos EP skal betales med kr 500,- pr time, basert på faktura fra EP».

Avtalen omfatter etter lagmannsrettens oppfatning nødvendig tilrettelegging hos Easy Park for driften av One Calls kundesystem, og i tillegg en tilpasning av One Calls kundesystem til Easy Parks kundesystem.

Lagmannsretten legger til grunn at Easy Park tidligere har sendt fakturaer på mindre beløp til One Call for tilrettelegging i henhold til avtalen.

Spørsmålet er hvor mye av det arbeid som Meling har utført med One Calls kundesystem, som omfattes av driftsavtalen.

Det er på det rene at One Call ikke hadde noe kundesystem fra tidligere, og at Meling arbeidet med å bygge dette opp. Meling har i lagmannsretten forklart at han arbeidet i ni måneder med systemet hos One Call før det ble satt i verk. Videre legges til grunn at han også foretok oppfølging av systemet etter at det var satt i verk. Etter lagmannsrettens syn må noe av dette arbeidet anses å gjelde tilpasning av One Calls system til Easy Parks system og som omfattes av avtalen. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at driftsavtalen omfatter utviklingen av et kundeprogram for One Call. Etter lagmannsrettens oppfatning skulle driftsavtalen legge til rette for drift av One Calls kundesystem – innenfor/under Easy Parks driftssystem. Avtalen var en samarbeidsavtale som både One Call og Easy Park hadde gjensidig glede og nytte av. Easy Park bør imidlertid få godtgjort et beløp for den tilpasning og tilrettelegging som er gjort, og lagmannsretten fastsetter skjønnsmessig et beløp på kr 50.000 pr. år i de fire årene samarbeidet varte, dvs. totalt kr 200.000 inkludert renter.

Det er ikke omstridt at Meling har arbeidet full tid i Easy Park samtidig som han arbeidet med kundedatasystemet til One Call. Lagmannsretten tar ikke stilling til om Meling ved dette har opptrådt i strid med sin arbeidsavtale med Easy Park. Dette anser lagmannsretten som et arbeidsrettslig forhold mellom Meling og Easy Park som ikke er en del av denne saken.

Lagmannsretten behandler så spørsmålet om erstatning for ulovlig kopiering av kildekode, jf. tingrettens domsslutning punkt 4.

Dette spørsmålet er av både opphavsrettslig og avtalerettslig art. Spørsmålet er om One Call har kopiert Easy Parks kildekode, slik at det foreligger en opphavsrettslig krenkelse det må betales erstatning for.

Det følger av åndsverkloven at det er den som skaper et åndsverk, som har opphavsrett til verket. Med åndsverk forstås i loven litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform, herunder datamaskinprogrammer. Etter åndsverkloven § 2 er det rettighetshaver som har en eksklusiv rett til å fremstille eksemplarer av åndsverk, eller til å gjøre dem tilgjengelig for allmennheten i opprinnelig eller bearbeidet skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, eller i annen teknikk.

Begrepet «skaper» er forstått slik at det må foreligge en individuell og skapende innsats fra frembringerens side – det frembrakte må fremstå som resultat av skapende åndsarbeid. Loven forutsetter at det er skapt noe subjektivt nytt, noe som medfører et krav om originalitet. Åndsverkslovens vern gjelder bare hvis det

frembrakte verk har verkshøyde. Frembringelsen må være noe mer enn resultatet av et rent rutinearbeid, men kravet om verkshøyde medfører ikke at det skal foretas noen kvalitetsvurdering av det frembrakte.

Det som har opphavsrettslig vern som datamaskinprogram, er instruksjonene – kodene. Disse vernes uavhengig av hvilket medium de er fiksert på og uansett om koden i programmeringsspråket er skrevet i en menneskelesbar utgave – kildekoden, eller om den er oversatt til maskinlesbar utgave – maskinkode eller objektkode. Hva som eventuelt kan være gjenstand for opphavsrettslig vern qua datamaskinprogram ut over kodene, er noe omstridt. Programdokumentasjon, i form av manualer, bruksanvisninger etc, vernes ikke som datamaskinprogram, men som språkverk, jf. Rognstad: Opphavsrett side 113. Under henvisning til lovforarbeidene antar Rognstad at det neppe er grunn til å anlegge særlige verkshøydekrav for datamaskinprogrammer, men at rettsbeskyttelsen ikke omfatter programmets funksjonalitet, jf. side 115.

Det er på det rene at det er Easy Park som har utviklet kundesystemet NPS. Utviklingen har skjedd ved bruk av egne ansatte og innleide konsulenter. Lagmannsretten legger til grunn at det var Meling som var arkitekten bak systemet. I medhold av åndsverksloven § 39g vil rettighetene gå over fra arbeidstaker til arbeidsgiver, her Easy Park. Det er videre klart at både kopieringer, eksemplarframstillinger i endret form og eksemplarframstillinger i form av en bearbeidelse krever rettighetshavers, det vil si Easy Parks, samtykke.

Som foran lagt til grunn har Meling utarbeidet kundesystemet hos One Call, samtidig som han var teknisk direktør i Easy Park. Han hadde dermed full tilgang til Easy Parks databaser/kundesystem i denne perioden.

Easy Park har anført at Meling har tatt utgangspunkt i Easy Parks kildekoder – kopiert disse over – og deretter tilpasset disse til One Calls system. One Call gjør på sin side gjeldende at kundesystemet til One Call er laget av Meling «fra scratch», men erkjenner at visse strukturelle ting fra Easy Parks kundedatabase NPS (Network Parking System) er kopiert over, herunder tabelldefinisjonene. Ifølge Meling utgjør det kopierte materialet på ingen måte kjernen i NPS-systemet.

Lagmannsretten behandler først spørsmålet om det foreligger en kopiering av Easy Parks kundesystem. Deretter vil eventuelle rettsvirkninger vurderes.

I forkant av tingrettssaken kontaktet Easy Park professor Jon Bing og sivilingeniør Svein Willassen for å få en gjennomgang av kildekodene i begge selskapenes kundesystemer og foreta en sammenligning/analyse. Oppdragets formål var som følger:

Analysen har til formål å identifisere kvalifiserte likheter mellom de to versjonene av kildekode. Disse skal kommenteres, og det skal vurderes sannsynligheten av at det ene program representerer en bearbeidelse av hele eller deler av det andre programmet. Analysen munner ut i en skriftlig og samlet rapport utformet slik at den – om partene ønsker det – kan fremlegges i en rettssak.

Det ble senere klargjort at formålet med analysen var å ta stilling til hvorvidt det forelå en opphavsrettslig krenkelse.

Bing/Willassens oppdrag ble utført gjennom en teknisk analyse av to forskjellige filsett som inneholdt datamaskinprogrammer i kildekode: One Calls datamaskinprogram (kildekode-MF) og Easy Parks datamaskinprogram (kildekode-NPS). Willassen laget deretter et dataprogram som sammenlignet kodelinjene i begge parters systemer. Willassen hadde full tilgang til Easy Parks programvare, men hadde ikke noen kopi av den filen med kildekode som ble overført til Hafslund for prøving. Easy Park hadde derfor rekonstruert en fil som er nær identisk med den filen som ble overført. Bing/Willassen foretok ikke noen fullstendig sammenligning av kundesystemene.

Resultatene av sammenligningen, samt en vurdering, er presentert i rapporten fra Bing og Willassen. Fra punkt 6 «Vurderinger» gjengis:

Forekomst av lik programvare og kommentarer i begge programkodesettene gjør at det fremstår som usannsynlig at de to programkodesettene ikke har noen felles opprinnelse. De likheter som er dokumentert i den ovenstående kan neppe ha oppstått av seg selv, heller ikke som en følge av at begge programkodesett er laget av samme utvikler. Likhetene er likevel ikke så omfattende at det ene programkodesettet kan karakteriseres som fullstendig kopi av det andre. Mesteparten av programkoden er forskjellig, men det er flere enkeltstående likheter som neppe kan ha oppstått ved tilfeldigheter. Likhetene kan skyldes at utvikleren av det ene programkodesettet har hatt det andre programkodesettet tilgjengelig i sin nåværende eller en tidligere form, og har kopiert programkode fra dette under utviklingen.

Gjennom sammenligningen/analysen ble det for det første avdekket at det forelå et forholdsvis stort antall identifiserte, identiske programlinjer (over 1000). For det andre fantes det et helt delprogram på 400 kodelinjer som var identisk, i tillegg til at det ble funnet identiske kommentarhoder, hvor den originære programmerer var angitt. Oppsummeringsvis ble det konstatert vesentlige likheter mellom programmene.

I sine vitneforklaringer for lagmannsretten har både Bing og Willassen gitt uttrykk for at de mener at det foreligger en kopiering.

Willassen har i sin vitneforklaring uttalt at programkodesettene fremstår som nokså forskjellige, noe som også er naturlig ettersom det er tale om ulike virksomheter med forskjellig funksjonalitet (parkeringssektor vs. mobiltelefonsektor). Elementer i kildekoden tyder imidlertid på at den ene er kopiert fra den andre.

Willassen kunne på bakgrunn av det materialet han var blitt forelagt, ikke si noe eksakt om hvor mye som var kopiert, men ettersom sqltabellene var såpass like, var han av den oppfatning at «ganske mye» var kopiert. Willassens oppfatning er at det på et tidspunkt har vært en fullstendig kopi – som det deretter er blitt foretatt bearbeidelser i. Dette anses å være den mest arbeidsbesparende måten å gå frem på. Willassen kan imidlertid ikke utelukke at Meling har tatt utgangspunkt i tabelldefinisjonene, og deretter har utviklet resten selv.

Bing har i sin vitneforklaring gitt uttrykk for at han anser det som «overveiende sannsynlig» at NPS-filen er kopiert inn først, og at det deretter er foretatt bearbeidelser.

I Bing/Willassens rapport under punkt 6 «Vurderinger» heter det:

[D]en rettslige vurderingen [er] forholdsvis enkel å begrunne. Det forekommer slike likheter at MF [One Calls system] representerer en krenkelse av NPS, det vil si at programmene til MF inneholder deler av kildekoden til NPS, og derfor representerer en ulovlig eksemplarframstilling av disse delene. Delene er identiske eller nær identiske.

Under punkt 7 «Konklusjon» fremgår følgende:

På grunnlag av den gjennomgang av programmene som er dokumentert ovenfor, er konklusjonen av vår vurdering at MF representerer en krenkelse av det opphavsrettslige vernet til NPS.

Som foran nevnt ble sivilingeniør Styri oppnevnt som sakkyndig for lagmannsretten. Han fikk følgende mandat:

Det skal foretas en sammenligning på teknisk nivå av kundesystemene for Easy Park AS (system 1) og One Call AS (system 2), i de versjoner som er gjennomgått av sivilingeniør PhD Svein Willassen i rapport av 23. desember 2008. Sammenligningen skal ta utgangspunkt i Willassens beskrevne funn av identiske kodelinjer, med tilhørende angivelse av filer.

Fremgangsmåten kan være dels teknisk og dels manuell. Formålet med sammenligningen er å avdekke andre typer likheter mellom system 1 og 2 enn de allerede påviste identiske kodelinjene, eksempelvis kodelinjer som er like bortsett fra at begreper er substituert med et annet begrep.

Ved funn av likheter skal det vurderes om likhetene mest sannsynlig skyldes kopiering/bearbeidelse av kildekode fra system 1 og 2 eller om likhetene mest sannsynlig har sin årsak i andre faktorer, som eksempelvis:

- * At det er benyttet etablerte standarder, automatisk generert kode eller standard utviklingsverktøy
- * At variasjonsmulighetene er begrenset i den konkrete løsningsidé
- * At prosedyrene er i alminnelig bruk

Sannsynligheten for at system 2 representerer en bearbeidelse av system 1 skal også vurderes.

Om mulig skal det foretas en vurdering av om avdekkede likheter tilhører kjernefunksjonalitet ved systemene, eller om likhetene knytter seg til mindre sentrale funksjoner.

Fra Styris rapport side 3 om analysen brukt i sakkyndigrapporten til Bing og Willassen gjengis:

Analysemetoden som er brukt i sakkyndigrapporten til Bing og Willassen tar utgangspunkt i å identifisere linjer med kildekode som er identiske i de to settene med kildekode, for deretter å gjøre en kvalitativ analyse av kildekoden. Dette er en effektiv metode å identifisere mulige tilfeller av kopiering av kildekode, men antall identiske linjer som automatisk identifiseres kan være lavere enn antall linjer kode som faktisk

er kopiert. Det kan være så enkle endringer som at en linje i kildekoden er delt og framstår som to linjer i den kopierte koden, eller rett og slett at det er skutt inn et ekstra mellomrom eller tabulatortegn. Dette er endringer som kun endrer kildekodens leselighet for mennesker, og ikke kildekodens funksjon. Det må også nevnes at enkeltlinjer kan bli feilaktig identifisert som mulig kopiering når denne metoden brukes. Det er derfor viktig at det gjøres en kvalitativ analyse.

Styri har på side 6 i sin rapport konkludert slik:

Det er vanskelig å gi noe godt overslag når det gjelder omfanget av kopiering av kode fra system 1 til system 2. Det kommer helt klart fram at det har vært en viss kopiering av deler av kildekoden, som deretter har vært bearbeidet og tilpasset den nye anvendelsen. Når det gjelder tabellene er i overkant av 10 prosent av dem kopiert, men i form av kodelinjer representerer dette noe mindre enn 10 prosent av den kildekode som definerer tabellene.

Når det gjelder packages virker det som om omfanget av kopiering er mye mindre, men det er vanskelig å rekonstruerer prosessen og gi et anslag over hvilket omfang kopieringen har hatt over tid. Det er særlig muligheten for at enkelte deler av koden ikke har vært brukt eller brukes i dag som gjør det vanskelig å komme med noe overslag. En mulig tilnærming er å si at koden har blitt kopiert, selv om den ikke brukes.

Et kodeestimat så lavt som det som er uttrykt i sakkyndigrapporten til Jørgensen vil sannsynligvis bli feil ettersom det er ganske mange linjer med kopiert og bearbeidet kode som ikke telles i analysen til Bing/Willassen. Det virker ikke urimelig dersom man basert på skjønn legger til 50 prosent på antall kodelinjer detektert av Bing og Willassen. Dersom beregningsmodellen til Jørgensen velges bør det benyttes et tilsvarende prosentvis påslag.

Videre gjengis fra Styris rapport side 5:

Hovedmengden av kildekoder er i den undergruppen filer som kalles packages, og her er det filer med suffiks.pkb (package body) som er av interesse. Her er det gjerne enkelte funksjoner eller prosedyrer i pakkene som er kopiert.

Det vil være omfattende og sannsynligvis også uhensiktsmessig å analysere all kildekode i gruppen packages. Mange mindre kodesegmenter vil framstå som like på grunn av likhet i tabeller, og funksjoner og prosedyrer som har forskjellig funksjonalitet kan ha samme navn i hver sin package.

Et eksempel på identifisert kodelikhet er filen P_BILL_CALC.pkb hvor funksjonene *find_adm*, *findbillinginfo* og *rcalc* tilsynelatende er kopiert. Prosedyren *insertbillfee* er skrevet om til en funksjon, men er ellers nokså lik. Prosedyrene *findproratedfee* er delvis like. Svært mye av kildekoden i disse filene er forskjellige, noe som sannsynligvis skyldes at beregningsgrunnlaget for de to tjenestene er ganske forskjellig.

Eksempel to er filen P_MF_LOGIN.pkb hvor funksjonene *qupdLogin*, *qryReChecLogin* og *qupdNewSession*, *qupdLogout* og *qryGETUSER* er relativt like. Funksjonene *qupdChecklogin* og *qupdGETSESSION* har større forskjeller, men kan være kopiert og bearbeidet.

Eksempel tre er filen P_PAYONLINE hvor funksjonene *BBSTRANS*, *bbscredtrans* og *qbids* er ganske like. Funksjonene *bbscred* og *cardtype* har noe større forskjeller, mens funksjonene *thisstatus*, *sendbbstrans*, *bbsnew* og *bbsretry* trolig er bearbeidet i større grad.

Eksempel fire er filen P_SMSHANDLING.pkb hvor svært mange prosedyrer er like: *getcommand*, *regsticker*, *sendvirtualtransaction*, *inssubscibes*, *easyparkcheck*, *campaignDKcustomer*, *campaignNcustomer* og *incomingmessage*. Også funksjonene *check_customer*, *check_sticker*, *check_crossref* og *qinsSelfTriggeredCustomer* er like. Spørsmålet er om denne kildekoden faktisk brukes eller har blitt brukt tidligere av system 2.

På bakgrunn av den bevisførsel som har vært for lagmannsretten kan lagmannsretten ikke finne det bevist at Meling har foretatt en fullstendig kopiering av Easy Parks kildekoder, som så igjen er bearbeidet.

Lagmannsretten viser bl.a. til at det ikke er foretatt en fullstendig sammenligning av de to selskapenes kundesystemer, og at det ut fra det forhold at elementer er kopiert, er vanskelig å slutte at alt er kopiert. Det vises også til Styris forklaring i lagmannsretten hvor han bl.a. uttalte at han ikke fant spor av likt opphav. Videre legger retten vekt på at analysen fra Bing/Willassen er kvantitativ og ikke kvalitativ, jf. Styris rapport

om betydningen av dette foran i dommen. Men lagmannsretten finner at Meling har kopiert deler av systemet til Easy Park. Dette omfatter etter lagmannsrettens oppfatning bl.a. de eksempler som er omtalt i Styris rapport under analyse av «packages» og som i all hovedsak samsvarer med de konkrete funn som er gjort av Bing/Willassen. Også enkelte tabellfunksjoner og triggere er kopiert, jf. Styris rapport side 4 og 5. I tillegg er 11 kodelinjer som omtalt under 5.1. i rapporten til Bing/Willassen og kommentarhodene i punkt 5.4 i samme rapport, kopiert. Dette stemmer for øvrig også i stor grad med det Meling selv har ment at han har kopiert. Styri har konkludert med at det skjønnsmessig ikke er urimelig å anse at det anslagsvis er kopiert ca 1 500 kodelinjer. Lagmannsretten finner at dette anslag i utgangspunktet kan legges til grunn.

For at det skal foreligge en opphavsrettslig krenkelse må det som er tatt eller etterlignet samtidig være av et slikt omfang at det i seg selv tilfredsstiller kravet til verkshøyde, jf. Rognstad: Opphavsrett side 147. Videre må det være originalt.

One Call har anført at flere av kodelinjene ikke har verkshøyde, bl.a. er gjort gjeldende at tabelldefinisjonene nevnt i Styris rapport side 4, ikke har verkshøyde da variasjonsrommet er for snevert. Lagmannsretten er i tvil om tabelldefinisjonene i seg selv er av slik originalitet at de har verkshøyde. Også Styri var i tvil om dette. Lagmannsretten har ikke fått seg forelagt en fullstendig oversikt over tabelldefinisjonene og finner derfor vurderingen vanskelig. Retten viser imidlertid til Melings forklaring om at disse definisjonene er forholdsvis like i praksis, og kan ikke finne bevist at de kopierte tabelldefinisjonene har verkshøyde.

Lagmannsretten finner det også vanskelig å konkludere med at de 11 kodelinjene omtalt under punkt 5.1 og kommentarhodene under punkt 5.4 i rapporten fra Bing og Willassen har verkshøyde. Kommentarhodene har vern som tekst og representerer i dette tilfellet intet åndsverk. Det er identiske linjer i filen P_MF_LOGIN.pks som påpekt i rapporten fra Bing og Willassen i pkt.5.1. Retten er imidlertid enig med den sakkyndige Styri i at det kun er filer i «packages» med suffikset .pkb som er interessante i denne sammenheng, idet det er disse som eksekverer prosedyrer og objekter. Men etter lagmannsrettens syn er resten av det som er kopiert, tilstrekkelig til å oppfylle kravet til verkshøyde, både størrelsesmessig og i forhold til originalitet.

One Call har også anført at flere av kildekodene ikke lenger er i bruk, og at det derfor ikke foreligger en opphavsrettslig krenkelse. Lagmannsretten er ikke enig i dette, idet selve kopieringen innebærer en krenkelse.

One Call har videre anført at de bearbeidelser Meling har foretatt, gjør at det foreligger et eget verk etter åndsverkloven § 4 første ledd. Loven gir her lite veiledning, og spørsmålet må avgjøres konkret. Lagmannsretten kan etter bevisførselen ikke se at det er foretatt en slik bearbeidelse av kildekodene at det er skapt et nytt, uavhengig åndsverk. One Call kan dermed ikke råde over den bearbeidelse som skjedd, på en måte som gjør inngrep i originalverket, jf. åndsverkloven § 4 annet ledd.

Etter lagmannsrettens syn foreligger det etter dette i utgangspunktet en opphavsrettslig krenkelse allerede på tidspunktet for kopieringen.

One Call har anført at det ikke foreligger noen slik krenkelse fordi den daværende daglige ledelse i Easy Park hadde samtykket til at One Call kunne bruke og videreutvikle Easy Parks kundesystem. Videre er anført at den bruksretten One Call fikk, ikke falt bort ved flytting av systemet til en annen infrastruktur/driftsleverandør.

Lagmannsretten viser til professor Bings uttalelser i lagmannsretten om at begrepet «bruksrett» ikke sier noe om man kan flytte datamaskinprogram fra en datamaskin til en annen. Hvilken bruk man kan gjøre, er et avtalerettslig spørsmål, hvor et eventuelt samtykke/avtale må tolkes. Lagmannsretten viser her til Anne Lise Sijthoff Stray «Opphavsretten» side 169:

En lære som ikke er lovfestet går ut på at opphavsrett skal anses for å være overdratt i den utstrekning formålet med avtalen tilsier og ikke videre. Den springer ut av politikken med begrensning av overdragelsers omfang. Læren har stor regeldannende betydning for tilfeller hvor åndsverk blir skapt i arbeidsforhold eller på bestilling.

Lagmannsretten legger til grunn at One Call fikk en rett til å bruke kundesystemet til Easy park så lenge driftsavtalen besto og frem til One Call flyttet systemet til en annen driftsleverandør.

Lagmannsretten kan ikke finne at Easy Park har gitt et samtykke/bruksrett til å flytte datamaskinprogrammet over til en annen infrastruktur. Dette kan ikke anses å følge av driftsavtalen mellom partene, og heller ikke av det fremlagte utkast til SMS-avtale. Flyttingen av One Calls kundedatabaser over til Hafslunds servere var helt ukjent for Easy Park. One Call kan ikke anses å ha underbygget at det vanlige er at man har anledning til å

flytte over programvare. En slik løsning kan ikke anses å følge av åndsverkloven § 39h. Statens standardavtaler kan heller ikke tolkes på denne måten.

Det foreligger etter dette en opphavsrettslig krenkelse som det kan kreves erstatning for. Spørsmålet er hvor omfattende krenkelsen er.

Easy Park har krevd erstatning etter åndsverkloven § 55 annet ledd. Denne bestemmelsen innebærer at erstatningskravet settes til nettofortjenesten. Ifølge teori og praksis skal erstatningen utgjøre et beløp som tilsvarer et rimelig vederlag for utnyttelsen, når ikke annet økonomisk tap kan påvises. Lagmannsretten viser også til at ved klare opphavsrettslige krenkelser kan prevensjonshensyn tilsi at erstatningen skal dekke noe mer, jf. Rognstad: Opphavsrett side 404 med henvisninger til RG-1999-330 og RG-2003-868.

Når det gjelder erstatningens størrelse, viser One Call til rapport fra professor Magne Jørgensen ved Simula Research Laboratory, innhentet ved tingrettsbehandlingen, som estimerer kostnadsbesparelsene for One Call. Beregningen er basert på at opphavsrettskrenkelsen ikke omfatter mer enn de 1000 linjene som er dokumentert identiske, og at det kun er ca. halvparten av dette som kan anses erstatningsmessig relevant. De modulene som er kopiert over, men ikke brukt, er tatt ut av beregningen, hvor det heter: «De 400 linjene kopiert programvarekode utgjør ca. 0,6 % av programvaren til One Call, basert på telling av antall linjer kode utført av Willassen». Besparelsen er beregnet til ca 60 timeverk, og med en timepris på kr 500 pr timeverk blir dette ca. kr 30.000 for 400 kodelinjer.

One Call har for lagmannsretten anført at erstatningen maksimalt utgjør kr 45.000.

Easy Park har fremlagt alternative modeller for beregning av erstatningens størrelse og har anført at rene programmeringskostnader for Easy Park for 250.000 kodelinjer, basert på Jørgensens verdi pr. kodelinje – kr 75, utgjør kr 18.700.00, mens programmeringskostnader ved bruk av konsulenter utgjør kr 18.900.000. Kostnadene ved utvikling av One Calls system med 100 000 kodelinjer er beregnet til kr 7.500.000. Nettofortjenesten for One Call er beregnet til kr 5.000.000.

Lagmannsretten har funnet utmålingen av erstatning vanskelig, men er av den oppfatning at ingen av de alternative måtene for beregning er anvendelige. Lagmannsretten viser til at retten foran har kommet til at det ikke forligger en fullstendig kopiering av Easy Parks kundesystem, men at det er elementer som er kopiert. Det er ikke dokumentert for retten hvor mange kodelinjer som faktisk er kopiert. Lagmannsretten er imidlertid ikke enig i Jørgensens vurdering av at den delen av kildekoden som anføres ikke å være i bruk, ikke er erstatningsrettslig relevant.

Erstatningen må etter dette fastsettes skjønnsmessig. Lagmannsretten fastsetter beløpet til kr 500.000 inkludert renter.

Easy Park la for tingretten ned påstand om at One Call pliktet å stanse bruken av kundesystemet som baserte seg direkte på Easy Parks kundesystem, og tingretten tok denne påstand til følge i domsslutningen punkt 5.

Det er ikke tvilsomt at domstolene kan avsi forbudsdom. Det følger av eneretten at man kan forby andre å råde over verket på bestemte måter. Lagmannsretten har foran funnet at foreligger ulovlig bruk ved at One Call flyttet sitt kundesystem over til Hafslund.

Lagmannsretten finner imidlertid at Easy Parks påstand er for vid og for lite konkretisert. Lagmannsretten viser til at det ikke er foretatt noen fullstendig sammenligning av de to kundesystemer.

Lagmannsretten har kommet til at det bør avsies dom for stansing av bruk av de kodelinjer som er nevnt i Styris rapport under «Analyse av packages» side 5 som er sitert foran og 5 triggere som er nevnt under «Analyse av triggere» og i vedlegg 1 til rapporten (dvs. 3 triggere som er like og 2 triggere som er noe modifiserte). Det er bare disse eksemplene som lagmannsretten har fått seg konkret forelagt, og som retten har grunnlag for si klart representerer krenkelse av åndsverkloven.

Det er for øvrig opplyst fra One Call at de fleste av disse kodelinjene enten ikke er i bruk eller er slettet.

Lagmannsretten finner det tvilsomt om åndsverkloven § 56 annet ledd siste punktum overhodet kan anvendes i denne saken. Lagmannsretten tar imidlertid ikke stilling til dette, men nøyer seg med å vise til at dette er en kanbestemmelse. Etter lagmannsrettens oppfatning ville det uansett om bestemmelsen er anvendelig, ikke være riktig i dette tilfellet å godkjenne fortsatt faktisk bruk som er i strid med åndsverkloven.

Sakskostnader

Saken gjelder flere krav mellom samme parter, og det følger av tvisteloven § 20-2 annet ledd tredje punktum at det samlede utfall da er avgjørende. Dette gjelder også når en avgjørelse er anket fra begge sider. Etter det resultat lagmannsretten er kommet til, har ingen av partene vunnet saken. Det betyr at hver av partene i utgangspunktet bør bære sine sakskostnader. Lagmannsretten finner ikke at unntaksbestemmelsen i tredje ledd kommer til anvendelse. Heller ikke er tvisteloven § 20-3 om delvise sakskostnader anvendelig.

Den sakkyndige for lagmannsretten er oppnevnt på begjæring fra One Call og i One Calls interesse, og One Call må dekke utgiftene til den sakkyndige, som utgjør kr 27.840.

Lagmannsretten ser ikke grunn til å gjøre noen endring i tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Lagmannsretten finner det hensiktsmessig å avsi felles domsslutning for anke og avledet anke.

På grunn av fravær i forbindelse med jul og nyttår er fristen i tvisteloven § 19-4 femte ledd ikke overholdt.

Dommen er enstemmig.

Domsslutning:

I anke og avledet anke:

- 1. Avledet anke fra Easy Park AS over tingrettens domsslutning punkt 2 og 3 forkastes.*
- 2. One Call AS betaler 200.000 – tohundretusen – kroner til Easy Park AS for utvikling og tilpassing av kundesystem med tillegg av den alminnelige rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall og til betaling skjer,*
- 3. One Call AS betaler 500.000 – femhundretusen – kroner i erstatning til Easy Park AS for ulovlig kopiering av Easy Parks AS' kildekode med tillegg av den alminnelige rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall og til betaling skjer.*
- 4. One Call AS plikter å stanse følgende bruk av kundesystemet:*

Under filen P_BILL_CALC.pkb funksjonene find_adm, findbillinginfo, rccalc, insertbillfee og findproratedfee.

Under filen P_MF_LOGIN.pkb funksjonene qupdLogin, qryReCheckLogin, qupdNewSession, qupdLogout, qryGETUSER, qupdChecklogin og qupdGETSESSION.

Under filen P_PAYONLINE funksjonene BBSTRANS, bbscredtrans,qbid, bbscred, cardtype, thisstatus, sendbbstrans, bbsnew og bbsretry.

Under filen P_SMSHANDLING.pkb prosedyrene getcommand, regsticker, sendvirtualtransaction, inssubscibes, easyparkcheck, campaignDKcustomer, campaignNcustomer og incomingmessage og funksjonene check_customer, check_sticker, check_crossref og qinsSelfTriggeredCustomer.

Følgende triggere:

t_iu_invoicetypes, t_iu_paymenttype, t_iu_virtualtransactions, t_iu_crmeventlog, t_iu_salesrep.

- 5. Oppfyllelsesfristen er to uker fra dommens forkynnelse.*
- 6. Hver av partene bærer sine sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.*