

Advoakt Bjørn Hanestad
SMS v/ Per Gjertsen

Institutt for rettsinformatikk
St. Olavs pl 5
Postboks 6706 St Olavs pl
0130 Oslo

Dato: 23.12.2008
Derer ref.:
Vår ref.:

Telefon: 22 85 00 95
Telefaks: 22 85 01 02
E-post: olav.torvund@jus.uio.no
Nettadresse: folk.uio.no/olavt
www.torvund.net

SMS - KDR

Innledning

SMS Develoment og Support AS (heretter kalt SMS) utvikler og leverer programmer til restaurantbransjen. Programmet har vært levert gjennom distributører, herunder Konsulent, Data & Restaurant AS (heretter kalt KDR). Slik jeg har oppfattet situasjonen har KDR vært eneste distributør i Norge og muligens Skandinavia, men avtalen gir ingen eksklusiv rett til å være distributør, jfr. avtalens pkt. 2.1. Distribusjonsavtalen ble senest revidert pr. 01.01.2007.

Da SMS ble kjent med at KDR utviklet og planla markedsføring av et konkurrerende produkt til SMS' program RMS4001, valgte SMS å heve distribusjonsavtalen. SMS mener at dette var et brudd på avtalens pkt. 2.3. Det synes å være på det rene at KDR har utviklet programmet KDR Gold og at dette vil være et konkurrerende produkt til det KDR distribuerer for SMS.

I brev av 9. desember 2008 hevder advokat Helge Olav Bergan at det ikke var grunnlag for heving da utvikling av KDR Gold hadde foregått i Asia, og følgelig ikke "in the Territory", slik det heter i avtalens pkt 2.3. Jeg tar ikke stilling til om denne klausulen kan forstås slik advokat Bergan synes å mene, nemlig at man står fritt til å utvikle konkurrerende produkter så lenge selve utviklingen foregår utenfor det som i kontraktens pkt. 1.1 (2) er definert som "Territory", nemlig Norge. Av udatert brev som KDR har sendt andre distributører av SMS' programmer¹ fremgår uansett at utvikling også har skjedd i Norge, i det det heter (her gjengitt som skrevet, med skrivefeil etc):

"We in KDR started a new prosjekt called KDR Gold to build a new modern Cash register system. We have been development a system for almost 2 Years in a more modern platform. We have a team in Oslo and Beijing [min uth.]development on all new technologies. Much bigger then SMS."

Når de viser til at utvikling har skjedd både i Oslo og Beijing synes det ikke tvilsomt at utvikling har skjedd i strid med avtalens pkt. 2.3, uansett hvordan "in the Territory" måtte tolkes.

Ut over dette har jeg ikke vurdert nærmere hvorvidt selve hevingen av distribusjonsavtalen i utgangspunktet var berettiget eller ikke. Jeg vil imidlertid peke på at avtalen uansett ville kunne sies opp med seks måneders varsel, slik at det uansett bare blir et spørsmål om fra hvilket

¹ Brevet følger som vedlegg i en e-post fra Per Gjertsen datert 25.09.2008, og må derfor være skrevet og sendt før denne dato.

tidspunkt KDRs rett etter avtalen opphører. KDRs etterfølgende opptreden kan også være selvstendig hevingsgrunn, uten at jeg har vurdert dette nærmere.

Fremstilling av eksemplarer

Et utgangspunkt er at det trengs samtykke fra opphavsmannen for å kunne fremstille eksemplar av et åndsverk. Det fremstilles eksemplar bl.a. når programmet installeres og startes på en datamaskin. Av åndsverkloven § 39h første ledd følger at den som har rett til å bruke et datamaskinprogram, kan fremstille eksemplar av programmet i den utstrekning det er nødvendig for å bruke programmet i samsvar med dets formål. Av bestemmelsens femte ledd følger indirekte at dette kan fravikes ved avtale.

Den som kjøper et eksemplar av et datamaskinprogram vil som utgangspunkt ha rett til å bruke dette i samsvar med formålet og denne retten vil ikke være tidsbegrenset. Men dette gjelder bare i den utstrekning det ikke er avtalt noe annet.

SMS har operert med et to-prissystem hvor man har levert programmet "med" og "uten" lisens. Når programmet leveres "med lisens" forutsetter det i dette tilfelle at det tegnes en egen lisensavtale. Retten til å bruke programmet vil da være regulert av lisensavtalen. Når programmet leveres "uten lisens" må det forstås som en enkel, ikke tidsbegrenset lisens i samsvar med åvl § 39.

Advokat Frode Seter viser i brev 3. desember til dette og hevder at dette viser at det at man kan få programmet mot et engangsvederlag uten å betale lisens viser at "lisens" her i realiteten bare gjelder rett til oppgraderinger, og ikke selve bruksretten. Dette kan ikke medføre riktighet.

I lisensavtale inngått mellom SMS og KDR 27.01.2007 heter det i pkt 4.1 at denne avtalen gir "The right to use all RMS4001 Software", i tillegg til feilretting, vedlikehold og nye versjoner, som er regulert i de tre derpå følgende punkter.

I det jeg har sett av avtaler inngått mellom KDR og deres kunder heter det også at lisensavgiften bruksrett til de leverte programmer. Det er inngått separate lisensavtaler og serviceavtaler (for den service som ytes av KDR). Jeg legger til grunn at dette er vilkår man finner i alle avtaler mellom KDR og deres slutt kunder, men tar forbehold om at jeg ikke har gjennomgått alle disse avtaler.

Den som anskaffer programmet "uten lisens" betaler en høyere pris, selv om vedkommende kunde ikke får rett til oppgraderinger. Det eneste som kan begrunne en høyere pris i slike tilfeller er nettopp at man i dette tilfellet også betale for bruksretten.

Det kan her pekes på at terminologien er misvisende. Realiteten er at den som anskaffer programmet "uten lisens" nettopp er den som får programmet *med* lisens inkludert i prisen, mens den som anskaffer programmet "med lisens" ikke får lisens, men må tegne en lisensavtale i tillegg. Men det kan ikke være noen tvil om hva som faktisk menes, slik at den terminologiske uklarhet ikke kan ha noen betydning for realiteten.

Etter det jeg har fått opplyst fra SMS er ingen programmer solgt "uten lisens" i Skandinavia, og ingen programmer levert gjennom KDR er levert "uten lisens". Jeg baserer meg på at dette er en korrekt beskrivelse av de faktiske forhold, og spørsmålet om hvordan de som har anskaffet programmet "uten lisens" kan utnytte programmer er da ikke relevant for forholdet mellom SMS og KDR.

Fortsatt bruk etter at distribusjonsavtalen har bortfalt

KDR har i brev til sine kunder datert 3. september 2008 at deres forhold ikke påvirkes av opphør av distribusjonsavtalen. I et annet, udatert brev til sine kunder² skriver KDR at "bruksretten er fullt ut gyldig og gjelder akkurat som før, det betales ikke noe løpende vederlag for bruken og bruksretten utløper ikke". Dette har de ikke dekning for å hevde i og med at lisensavtalen klart sier at lisensvederlaget også inkluderer betaling for retten til å bruke programmet.

Når det gjelder opphavsrettslige beføyelser gjelder at erverver aldri får bedre rett enn avhender hadde. Det skjer ikke noe godtroervert som utsletter (ekstingverer) rettighetshavers innsigelser mot ervervet. De slutt kunder som baserer sin bruksrett på avtale med KDR vil derfor ikke kunne få bedre rett enn det KDR kan gi dem i henhold til avtalen mellom KDR og SMS. Dersom KDR i avtaler med sine kunder pretenderer å gi disse en større rett enn de i henhold til avtalen med SMS kan gi, vil det foreligge et vanhjemmelsforhold. Dette vil være et mislighold fra KDR overfor sine slutt kunder og kan eventuelt gi grunnlag for erstatningskrav og andre misligholdssanksjoner mot KDR fordi avtalen ikke kan oppfylles. Men det gir uansett ikke sluttkunden noen rett. Uansett hva KDR måtte love overfor eller avtale med sine kunder, vil kundene ikke få noen bedre rett enn den rett KDR har i forhold til SMS.

Det følger, som nevnt ovenfor, av lisensavtalen mellom SMS og KDR at det skal betales et lisensvederlag som bl.a. inkluderer betaling for rett til å bruke programmet. Legger man til grunn av distribusjonsavtalen er hevet vil KDR etter hevingstidspunktet ikke kunne inngå noen avtaler om bruksrett til SMS' programmer. Og selv om man skulle legge til grunn at hevingen var uberettiget på en slik måte at man kunne ha sett bort fra denne, så ville KDR uansett ikke kunne ha inngått avtaler om at slutt kunder skal kunne bruke et program ut over avtalt lisensperiode og uten at det betales lisensvederlag.

Program for å "låse opp" lisenser

KDR har etter at distribusjonsavtalen ble hevet laget ut sendt ut et program som "låser opp" lisensene hos slutt kundene slik at programmene hos disse vil fungere også etter utløpet av lisensperioden. Dette programmet kan ikke ha noen annet formål enn å "gjøre det lettere ulovlig å fjerne eller omgå tekniske innretninger til beskyttelse av et datamaskinprogram", nemlig systemet for lisenshåndtering.

² Brevet følger som vedlegg i en e-post fra Per Gjertsen datert 25.09.2008, og må derfor være skrevet og sendt før denne dato. Dette er den samme e-post hvor også brevet fra KDR til andre SMS-distributører er vedlagt.

I distribusjonsavtalen mellom SMS og KDR, appendix 1, vises det til et rettighetsadministrasjonssystem som skal benyttes ("hardware-key").

Advokat Seter viser i sitt brev av 3. desember til at systemet for rettighetshåndtering ble utviklet etter ønske fra KDR. Om et slikt system opprinnelig skulle være utviklet etter ønske fra en distributør, så vil ikke det gi denne distributøren noen rett til å distribuere et program hvis formål er å bryte disse sperrene.

Å utvikle og distribuere dette til brukere av SMS' programmer vil derfor være forbudt etter åvl § 53c. En slik handling er straffbar, jfr. åvl § 54, og vil kunne pådra erstatningsansvar etter § 55.

Det vil også være ulovlig for sluttbrukere å bruke dette programmet for å omgå teknisk beskyttelse av programmet.

Konsekvenser for sluttbrukere

Hva som blir de umiddelbare konsekvenser for sluttbrukere når distribusjonsavtalen heves, er noe uklart. Det kan både argumenteres for at deres rett til å bruke programmet faller bort umiddelbart når distribusjonsavtalen heves, og for at inngåtte avtaler løper i alle fall i noen tid. Jeg går ikke nærmere inn på dette. Det som uansett er klart er at sluttkundenes bruksrett forutsetter at det betales lisensvederlag. Det er rettighetshaver (SMS) som har krav på dette vederlaget, enten det betales direkte eller via en distributør.

Fortsatt bruk av programmet forutsetter at det inngås ny avtale med SMS eller noen som har nødvendig rett i forhold til SMS, og at lisensvederlag betales i henhold til denne avtalen.

I en overgangsfase kan det bli et spørsmål om hvem lisensvederlaget skal betales til, ikke om hvorvidt det skal betales eller ikke. Videre kan det bli spørsmål om hvordan eventuelt lisensvederlag som allerede er betalt til KDR (forskudd) skal håndteres. Men uten distribusjonsavtale vil ikke lenger KDR være berettiget til å kreve inn lisensvederlag. Etter at sluttkundene er blitt gjort kjent med at distribusjonsavtalen er bortfalt og at lisensvederlag heretter skal betales til andre enn KDR vil de heller ikke kunne påberope seg god tro, i den grad det måtte være relevant.

Når det gjelder håndtering av selve overgangsfasen fra KDRs distribusjonsavtale har falt bort til nye avtaler er på plass, bør dette løses ut fra hva som er en hensiktsmessig forretningsmessig løsning heller enn ut fra rettighetsposisjoner som settes på spissen. Av denne grunn ser jeg det i alle fall i denne omgang ikke som hensiktsmessig å foreta en nærmere vurdering av disse spørsmål.

Om noen kunder skulle fortsette å bruke programmet uten at de inngår ny avtale og uten at de betaler vederlag, vil dette være en ulovlig bruk. Rettighetshaver vil i en slik situasjon ha rett til å kreve at den ulovlige bruken opphører umiddelbart, og til å kreve erstatning for det tap den ulovlige bruken påfører rettighetshaver.

Konklusjoner

Sluttkunder har ikke rett til å bruke programvaren uten at det betales lisensvederlag.

Sluttkunder vil ikke kunne inngå lisensavtaler med KDR.

Eventuelle "avtaler" inngått mellom KDR og sluttkunder etter opphør av distribusjonsavtalen er ikke gyldige og gir ikke sluttbruker noen rett.

Å sende ut et program for å "låse opp" lisenser er ulovlig.

Fortsatt bruk av programmet forutsetter at det inngås ny avtale og at det betales lisensvederlag i henhold til denne avtalen.

Med hilsen



Olav Torvund
Professor dr. juris