

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep.
0030 OSLO

PTS CC
04/2258-34
SOS.1

Deres ref 04/2258-CC

Oslo, 2. oktober 2006
Ref: 1110531-49843
Ansvarlig advokat: Mette Borchgrevink

HØRINGSUTTALELSE E-KOMFORSKRIFTEN

Vi viser til departementets forslag til endringer i ekomforskriften. Vi skriver på vegne av Eniro Norge AS (tidligere Findexa AS), som utgir Telefonkatalogen.

Våre bemerkninger refererer seg til forslaget om å endre ekomforskriften § 6-3, annet ledd samt nytt tredje ledd.

Innledningsvis vil vi protestere mot forslaget til nytt tredje ledd, som vi mener vil krenke Eniro Norges immaterielle rettigheter til ekstraoppføringene.

1 Kort om Eniro Norge og forholdet til Telenor – historikk og fakta

Forholdet mellom Telenor og Eniro Norge virker sentralt i det forslag som er fremmet fra Samferdselsdepartementet, derfor gir vi innledningsvis litt faktaopplysninger om dette.

Katalogvirksomheten i Telenor (og før dette, Televerket) ble organisert som eget aksjeselskap allerede i 1992 under navnet Telekatalog. Før dette var det en egen divisjon under Teledirektoratet. Eierskap til databaser, prosesser og kunder ble solgt til dette selskapet som et 100% eiet datterselskap av Televerket (og senere Telenor AS). Selskapet hadde allerede på den tiden forretningsmessige avtaler med Televerket om utgivelse av kataloger som dekket grunnoppføringer (navn, adresse og telefonnummer) på den enkelte abonnent i tråd med gjeldende konsesjon. Det ble også inngått forretningsmessige avtaler som sikret Telekatalog/Telenor Media oppdatering av grunndata om Televerket/Telenors abonnenter.

Forretningsideen i katalogbransjen har alltid vært å tilby verdiøkning av data, deriblant tilleggsinformasjon. Abonnenter som har ønsket å tilgjengeliggjøre mer informasjon knyttet til det enkelte abonnement har etter eget ønske kunnet kjøpe registrering og publisering av slik informasjon, så som navn på flere hustrandsmedlemmer, tittel/yrkesbetegnelse, hyttetelefon, telefaks, fet skrift for større synlighet, osv. Her har abonnentene inngått særskilte avtaler om tilleggsoppføringer og betalt for dette på abonnementsbasis. Televerket/Telenor hadde en periode på 90-tallet anledning til å selge tilleggsoppføringer på vegne av Telekatalog AS (senere Telenor Media AS). Dette var en ren forretningsmessig

avtale hvor Televerket/Telenor ble fikk betaling for hver ekstraoppføring de solgte inn for Telenor Media AS. Det har også eksistert forretningsmessige avtaler mellom Telenor Media og andre Telenor-selskaper om kjøp av fakturerings tjenester vedrørende ekstraoppføringer, dvs at andre Telenorselskaper mot betaling har gjennomført fakturering på vegne av Telenor Media. Avtalene med kundene vedrørende ekstraoppføringer har imidlertid alltid vært eiet av Telekatalog/Telenor Media. Etter dereguleringen av telemarkedet inngikk Telenor Media tilsvarende avtaler med nye teleoperatører både for å sikre tilgang til og oppdatering av grunndata, samt mest mulig komplette kataloger levert til alle abonnenter.

I 2001 ble Telenor Media AS i sin helhet (inklusive alle eiendeler og kunder) solgt ut av Telenor-konsernet og endret navn til Findexa AS. De forretningsmessige avtalene som Telenor Media på det tidspunktet hadde med andre Telenor-selskaper ble reforhandlet og videreført inn i Findexa AS på privatrettslig grunnlag. I 2005 ble det forhandlet frem en forlengelse av avtalene gjeldende fra 2007 som ivaretok gjeldende regulatoriske forhold knyttet til utgivelse av trykte kataloger.

I desember 2005 ble Findexa AS solgt til Eniro AB. 1. oktober 2006 skiftet Findexa AS navn til Eniro Norge AS.

Eniro Norge AS er nå Telenors offisielle katalogutgiver, og publiserer Telefonkatalogen, både på papir og Internett. I tillegg selger selskapet adresseopplysninger til markedsføringsformål. Eniro Norge kjøper opplysninger om telefonabonnenter fra tilnærmet alle teleoperatører i Norge. Dette brukes som grunnlag for forretningsvirksomheten som i hovedsak er basert på bruker- og annonsørbetalte kataloger, databaseformidling og elektroniske medieprodukter basert på Telefonkatalogen. Selskapet har ingen forbindelser med Telenor utover en privatrettslig avtale.

Eniro Norge har en stor del av katalogmarkedet. Opplysningene som ligger på Internett er gratis tilgjengelige i begrenset omfang i henhold til åndsverkloven § 43.

Den foreslåtte endringen i ekomforskriften vil gjøre et kraftig inngrep i Eniro Norges immaterielle rettigheter til egne databaser og deres innhold.

2 Merknader til forslag om endring i ekomforskriften § 6-3 første ledd:

2.1 Ekomforskriften § 6-3, annet ledd, endring til nr. 1 og 2

Eniro Norge har ikke innvendinger mot disse forslagene.

3 Merknader til forslaget om endring i ekomforskriften § 6-3 nytt tredje ledd: Utleveringsplikt for ekstraoppføringer, yrkesbetegnelser etc

Her har Eniro Norge vesentlige innvendinger, som vi vil redegjøre for i det følgende:

3.1 Pliktsubjekt etter § 6-3: Hvordan Eniro Norge vil bli berørt

Innledningsvis vil vi knytte noen bemerkninger til pliktsubjektet i forslaget.

Pliktsubjekt etter denne regelen er tilbyder med leveringsplikt etter e-komloven § 5-1, dvs Telenor. Telenor har, som sterk markedsaktør, plikt til å utgi telefonkatalog (jf e-komloven § 5-1 nr 2 og 3 og ekomforskriften § 5-3). Denne plikten gjennomfører Telenor-selskapene gjennom avtale med Eniro Norge AS.

Siden Eniro Norge AS ikke lenger eies av Telenorkonsernet, har selskapet kun et kontraktsmessig forhold til Telenorselskapene.

Vår høringsuttalelse er basert på en forutsetning om at Eniro Norge vil bli direkte berørt av forslaget som følge av avtalen med Telenor.

3.2 Beskrivelse av den informasjon om abonnenter som Eniro Norge har

De aktuelle abonnentinformasjonene som Eniro Norge har, er ikke identiske med de opplysningene som Telenorselskapene, og andre tilbydere av offentlig telefontjeneste, er pliktige til å utlevere til virksomheter som driver katalog/nummeropplysningsvirksomhet (jf ekomforskriften § 6-3). De data som Eniro Norge mottar fra Telenor og andre tilbydere, gjennomgår en omfattende kvalitetssikring og det blir tilført ny informasjon.

Den informasjon som Telenor (og andre teletjenestetilbydere) overfører til Eniro Norge i medhold av utleveringsplikten, er det avgiver som har eiendomsrett til, og opphavsrett til, i den grad opphavsrett måtte være aktuell her.

Forslaget om endring i ekomforskriften § 6-3 medfører en utleveringsplikt for "tilleggsoppføring av husstandsmedlemmer, yrkesbetegnelser etc." Dette er Eniro Norges egen informasjon, som er resultat av Eniro Norges bearbeiding av informasjon, samt abonnentenes egne oppføringer, som de betaler Eniro Norge for å få i katalogen. Abonnentene har et privatrettslig avtaleforhold med Eniro Norge om slike oppføringer.

3.3 Eniro Norges rettigheter til informasjon

3.3.1. Informasjon - sontring

De rettigheter Eniro Norge har, er knyttet til den **bearbeidede informasjonen** som er mottatt fra teletjenestetilbyderne samt **informasjon knyttet til tilleggsoppføring**:

Den **bearbeidede informasjonen** som er mottatt fra teletjenestetilbyderne: Teletjenestetilbyder vil ha eiendomsretten til de data som er utlevert Eniro Norge i medhold av ekomforskriften § 6-3 første ledd. Eniro Norge har bearbeidet og kvalitetssikret denne informasjonen, og dette gir Eniro Norge rettigheter med hjemmel i databasevernet i åndsverkloven § 43, se nedenfor. Dette omfatter alle abonnentoppføringer.

I tillegg har Eniro Norge rettigheter **informasjon knyttet til tilleggsoppføring** av husstandsmedlemmer, yrkesbetegnelser, faksnummer, telefon i fritidsbolig etc. Denne er også basert på bearbeidet og kvalitetssikret informasjon, som er beskyttet av databasevernet etter åndsverkloven § 43.

3.3.2. Immaterielle rettigheter basert på privatrettslig avtale med abonnentene

Tilleggsoppføringene er basert på privatrettslig avtale med den enkelte abonnent som betaler for dette. Dette er en **immateriell rettighet** som Eniro Norge eier. Denne immaterielle rettigheten representerer en kjerneverdi i den forretningsvirksomhet Eniro Norge har bygget opp over mange år, gjennom investering og utvikling. Databasen er av vesentlig verdi for Eniro Norges forretningsvirksomhet.

Slik situasjonen er i dag har Telenorselskapene ingen tilgang til, eller rettigheter til den bearbeidede Det samme gjelder ekstraoppføringene.

Dette aktivumet er en immateriell rettighet, som står på egne ben, i tillegg til det vern databasevernet gir. Immaterielle rettigheter kan være opphavsrett, varemerke, patent, design og foretaksnavn, etc, samt immaterielle rettigheter som ikke faller inn under noen av disse betegnelsene. Slike immaterielle rettigheter betegnes av og til som "goodwill", men oftest som "immaterielle rettigheter". Slike immaterielle rettigheter er vernet mot inngrep og krenkelser, dels i særlovgivningen (patentlov, varemerkelov, designlov, åndsverklov etc), dels i **markedsføringsloven § 8 a**:

Eniro Norges investering i databasen med tilleggsoppføringene er en "frambringelse" som er rettslig beskyttet mot at andre foretar urimelige utnyttelse av Eniro Norges innsats. Dersom forskriften skulle pålegge Eniro Norge å utlevere disse opplysningene, vil dette gjøre det mulig for mottakerne å foreta en urimelig utnyttelse av en Eniro Norges innsats. Dette vil være i strid med markedsføringsloven § 8 a, og vil utløse straffansvar etter § 17. Ut fra lex superiorprinsippet, kan dette ikke hjemles i en forskrift til ekomloven, fordi denne forskriften har lavere rettskilderang enn vernet i markedsføringsloven § 8 a.

Selv om den enkelte ekstraoppføring er offentlig kjent, kan man anse den samlede mengde ekstraoppføringer som en **bedriftshemmelighet**. Det er den samlede mengde som den foreslåtte utleveringsplikten omfatter. Bedriftshemmeligheter er beskyttet både av markedsføringsloven § 7 og straffeloven § 405 a. Forskriftsforslaget krenker de rettigheter Eniro Norge har i medhold av markedsføringsloven §§ 7 og 8 a. Vedlagte notat utdyper dette i pkt 1.

Forslaget er også i strid med den rettslige beskyttelse Eniro Norges investeringer har etter åndsverkloven § 43, **databasevernet**¹. Dette vernet gir en konkurransemessig beskyttelse av

¹ Fra Gyldendal Rettsdata siteres fra noten til § 43:

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

verdier opparbeidet gjennom investeringer, og gir en enerett til utnyttelse av tilleggsoppføringene. § 43 verner databaser, uansett om disse har verkshøyde (og opphavsrettslig vern) eller ikke. Dette vernet er lovbestemt, og kan selvsagt ikke begrenses med hjemmel i en forskrift til ekomloven, se vedlagte notat pkt. 2.

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

Grunnloven § 105 setter opp et vern mot at privat eiendomsrett krenkes. Vernet er ikke avgrenset mot immaterielle rettigheter, selv om regelen i hovedsak tar sikte på å verne fast eiendom og løsøre mot krenkelse av eiendomsretten. Grunnloven § 105 kan være et hinder mot den foreslåtte utleveringsplikten, i tillegg til **EMK**, Den europeiske menneskerettighetserklæring, protokoll av 20. mars 1952 art. 1, gir tilsvarende beskyttelse, og beskytter også juridiske personers immaterielle rettigheter. Se vedlagte notat pkt. 3 og 4.

Det ovennevnte viser at de endringene som foreslås i ekom-forskriften § 6-3 tredje ledd vil være i strid med flere lovbestemmelser, og at den heller ikke kan hjemles i ekomloven som følge av Lex Superior-prinsippet. Dersom slike endringer det her er tale om skal foretas må det skje i lovs form. Også dette er det imidlertid tvilsomt om det er adgang til, jf. det forholdet til legalitetsprinsippet, Grunnloven § 105 og EMK protokoll av 20.mars 1952 art. 1.

3.3.3. Oppsummering

Denne gjennomgangen viser at vårt rettssystem bygger opp om beskyttelse av immaterielle rettigheter, uavhengig av om det er patent, varemerke, opphavsrett, databasevern, bedriftshemmelighet eller immaterielle rettigheter for øvrig.

Det er ingen tvil om at et pålegg om utlevering av alle ekstraoppføringer krenker Eniro Norges rettigheter og ikke kan gjennomføres som forskrift til ekomloven. Som følge at dette anbefaler vi at forslaget skrinlegges.

Dersom forslaget skulle gjennomføres, vil Eniro Norge måtte vurdere å saksøke staten for å få kompensasjon for sitt tap.

4 Departementets begrunnelsen for forslaget - merknader

Vi vil også knytte noen merknader til departementets begrunnelse for forslaget.

4.1 Sluttbrukers forventninger til spredning

Forslaget om nytt tredje ledd er begrunnet slik: *"Det antas dessuten at sluttbruker har en berettiget forventning om at tilleggsoppføringer som sluttbruker betaler ekstra for, formidles til alle nummeropplysningsvirksomheter."* (Våre understrekninger).

I Eniro Norges standardavtale med abonnentene (heretter benevnt sluttbruker) er det angitt følgende:

"Hører vi ikke fra deg innen xx.xx.200x, vil informasjonen bli trykket i telefonkatalogen for (angitt fylke) inntil du gir oss beskjed om å endre avtalen.

Telefonkatalogen er det mest brukte kilden for telefon- og adresseopplysninger til privatpersoner i Norge. Informasjonen som er registrert på deg vil være tilgjengelig i følgende kataloger/søkertjenester:

*Telefonkatalogen
Telefonkatalogen på internett (www.telefonkatalogen.no)
Opplysningstjenesten
Telefonkatalogen 1880
Telefonkatalogen på SMS (Telefonkatalogen 1880)*

Et telefonabonnement inkluderer en oppføring med navn, adresse, fast- og mobiltelefonnummer i den trykte utgaven av Telefonkatalogen. Tilleggsopplysningene som vi har registrert på ditt abonnement koster kr. 190,- i 2006-utgaven av katalogen. Vi vil også få opplyse om at Telefonkatalogen overtar all fakturering av oppføring fra Telenor. Dvs. at du i november 2006 vil motta en faktura på det aktuelle beløpet fra Telefonkatalogen. Mer informasjon om Telefonkatalogen finner du nederst på siden."

Her er det klart og tydelig angitt hvor informasjonen vil bli trykket og gjort tilgjengelig på annen måte. Sluttbruker har ingen berettiget forventning om at informasjonen blir gjort tilgjengelig på andre måter enn det som er angitt i vilkårene. Tvert imot, har sluttbrukeren en berettiget forventning om at vilkårene blir gjort tilgjengelig utelukkende på de angitt måter.

Vi viser også til informasjon i telefonkatalogens papirutgaver: I Oslo-katalogen for 2006 står dette på side 14-15.

Tilleggsoppføringene er noe abonnentene selv bestiller hos Eniro Norge og betaler for. Fra 2007 vil Eniro Norge **fakturere** alle kundene direkte, til nå har Telenor gjort deler av dette på vegne av Eniro Norge. Dette illustrerer at kundene har et klart avtaleforhold til Eniro Norge, i tillegg til, og separat fra, det avtaleforhold de har til sin tilbyder av teletjenester. Departementet tar derfor feil, når det legger til grunn at sluttbruker har en forventning om at ekstraoppføring blir utlevert alle nummeropplysningsvirksomheter.

Hvite Sider er beskyttet av åndsverksloven av 12. mai 1961 nr. 2. Dette gjelder også nettsidene www.telefonkatalogen.no. Dette blir brukerne gjort uttrykkelig kjent med ved at nettsidene angir ©Eniro Norge AS, noe som klart markerer at Eniro Norge har opphavsrett til innholdet. For ordens skyld, opphavsretten følger direkte av åndsverkloven, og er ikke avhengig av at tegnet © er angitt, men det har sin pedagogiske betydning overfor publikum og har betydning for publikums forventninger. Som følge av det opphavsrettslige vernet, kan

ikke sluttbruker ha berettigede forventninger om at Eniro Norge utleverer ekstraoppføringer til andre nummeropplysningsvirksomheter.

4.2 Hensyn til forbrukeren

Dette er en privatrettslig avtale mellom sluttbruker og Eniro Norge som gjør uttrykkelig oppmerksom på at sluttbrukeren betaler for en oppføring i de angjeldende produkter. Vi viser til vedlagte kontrakt som Eniro Norge bruker overfor sine abonnenter for Hvite Sider: Her gjøres uttrykkelig oppmerksom på at opplysningene trykkes i Telefonkatalogen og de forskjellige mediene som Telefonkatalogen har (Telefonkatalogen, Telefonkatalogen Internet, Opplysningstjenesten Telefonkatalogen 1880 og Telefonkatalogen på SMS).

Sluttbrukeren er forbruker, og har ingen berettiget forventning om at disse opplysningene blir utlevert til andre opplysningstjenester, tvert imot vil dette gjøre at abonnentene mister kontroll over disse dataene. Dette gjelder ekstraoppføringer f eks av andre husstandsmedlemmer samt ekstraopplysninger om f eks yrke, faks, hyttetelefon etc..

4.3 Personvern

Hensynet til sluttbruker personvern krever at sluttbrukeren har kontroll over egne personopplysninger. Når sluttbruker har et avtaleforhold med Eniro Norge, forventer sluttbruker at melding om endringer og opphør gjennomføres av Eniro Norge og at dette er tilstrekkelig. Dersom Eniro Norge skulle ha utleveringsplikt for tilleggsoppføringer, mister sluttbruker kontroll over flyten av egne personopplysninger: Det blir en uoverkommelig oppgave å melde endringer /opphør til alle nummeropplysningsvirksomheter og katalogutgivere.

Eniro Norge vil også ha plikt etter personopplysningsloven § 20 til å informere abonnentene om hvem opplysningene utleveres til, noe som blir umulig å gjennomføre i praksis. En slik informasjonsplikt vil være avgjørende for sluttbrukers kontroll over egne personopplysninger.

Hensynet til sluttbrukers personvern tilsier at sluttbruker forventer at personopplysninger ikke utleveres til andre nummeropplysningsvirksomheter.

4.4 Konkurransesvridning

Forslaget er også begrunnet med hensynet til å unngå konkurransevidning mellom nummerinformasjonsvirksomheter.

De tilleggsoppføringene Eniro Norge har som følge av avtaler med abonnentene, er resultat av mange års forretningsutvikling og representerer Eniro Norges forretningsmessige kjerneverdier.

Enhver nummeropplysningsvirksomhet står fritt til å gjøre det samme som Eniro Norge har gjort, nemlig inngå avtaler med sluttbruker om hvilke opplysninger de ønsker publisert i forskjellige kanaler.

Eniro Norge har betalt investeringene over mange år og opparbeidet disse immaterielle rettighetene, det er derfor dette er beskyttet gjennom databasevernet i åndsverkloven § 43, blant annet. En utleveringsplikt for Eniro Norge vil være en ren ekspropriasjon, som vil virke konkurransevridende i Eniro Norges disfavør.

Vi mener at det ikke foreligger en konkurransevridning. Eniro Norge
Dersom man skulle gjennomføre tiltak for å unngå konkurransevridning, må dette gjøres på en måte som ikke krenker databasevernrettigheter, eller immaterielle rettigheter for øvrig.

4.4. EU

Den foreslåtte utleveringsplikten for ekstraoppføringer er ikke begrunnet i EU-regler. Norge har derfor ingen EØS-rettslig forpliktelse til å gjennomføre en slik regel.

Det vil derfor en særnorsk regel, og dette gir Eniro Norge et konkurransemessig handicap i forhold til konkurrerende selskaper i utlandet.

5 Konklusjon og anbefaling

Eniro Norge har ingen innvendinger mot forslaget til ny ekomforskrift § 6-3 annet ledd nr 1 og 2.

Derimot har Eniro Norge meget store innvendinger mot forslaget til § 6-3 nytt tredje ledd. Som følge av gjennomgangen overfor under pkt. 4, konkluderer vi med at det foreslåtte forslaget om utleveringsplikt for ekstraoppføringer vil krenke Eniro Norges immaterielle rettigheter som er beskyttet av markedsføringsloven §§ 7 og 8 a, samt databasevernet. En slik utleveringsplikt, vil også være i strid med Grunnloven § 105 og legalitetsprinsippet.

Vi ber derfor at forslaget legges bort.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA


Mette Borchgrevink
advokat

Vedlegg: Notat.

Kopi:

Post og teletilsynet
Telenor ASA