

To masterarbeider innen rettsinformatikk

Linn Catrine Sjølund

Forholdet mellom arbeidsgivers
styringsrett og arbeidssøkers personvern

Ingrid Ellingsen Gran

Yttergrensene for vederlagsretten ved
offentlig fremføring av lydopptak

Henvendelser om denne bok kan gjøres til:

Senter for rettsinformatikk

Postboks 6706 St. Olavs plass

0130 Oslo

Tlf. 22 85 01 01

www.jus.uio.no/iri/

ISBN 9788272261503

ISSN 0806-1912

Utgitt i samarbeid med Akademika forlag

Trykk: AIT Oslo AS

Omslag og layout: Akademika forlag

Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidssøkers personvern

**- I forbindelse med ansettelse og
rekruttering av arbeidstakere**

Linn Catrine Sjølund



Innhold

1	Introduksjon	7
1.1	Avhandlingens tema og avgrensninger	7
1.2	Rettslig status	7
1.3	Den videre fremstillingen	8
2	Styringsrett og personvern	9
2.1	Arbeidsgivers styringsrett	9
2.2	Personvern	11
3	Innhenting av opplysninger	19
3.1	Generelt	19
3.2	Offentlig vs. privat sektor	21
3.3	Søknad, CV, og vitnemål	28
3.4	Helsemessige forhold	29
3.5	Vern mot diskriminering	32
3.6	Straffbare forhold	40
3.7	Økonomiske forhold	43
3.8	Nedsatt funksjonsevne	44
3.9	Psykologiske tester	45
4	Rekrutteringsbyråer	49
5	Sammenfatning	53
6	Rettspolitisk vurdering	55
7	Kilderegister	57



1 Introduksjon

1.1 Avhandlingens tema og avgrensninger

De ulike aspektene ved å være arbeidstaker er grundig behandlet både i juridisk teori og rettspraksis. Arbeidsavtalen og lovgivningen regulerer til sammen de fleste sider ved et arbeidsforhold, også hva arbeidsgiver kan foreta seg overfor sine arbeidstakere.

Situasjonen er en annen for arbeidssøkere. Arbeidssøkere har ikke signert noen arbeidsavtale, og det meste av lovgivningen er kun rettet mot arbeidstakere. Teori og rettspraksis på området er knapp. Dette til tross for at en ansettelsesprosess berører viktige personvernspørsmål. En arbeidsgiver ønsker å kartlegge en potensiell arbeidstaker så godt som mulig for å finne ut om vedkommende er rette person for stillingen. I en slik situasjon oppstår det spenningspunkter mellom arbeidssøkers personvern og arbeidsgivers behov for opplysninger om vedkommende.

Denne avhandlingen skal se nærmere på stadiet før arbeidskontrakt inngås. Dette omfatter forholdet mellom arbeidssøkers personvern og arbeidsgivers styringsrett i rekrutteringsprosessen. Formålet er å fastslå omfanget av arbeidsgivers frihet i rekrutteringsprosessen, og i hvor stor grad denne begrenses av hensynet til arbeidssøkers personvern.

Avhandlingen avgrenses mot en generell behandling av reglene om diskrimineringsvern i arbeidslivet. Videre avgrenses det mot en generell behandling av kontrolltiltak.¹

1.2 Rettslig status

Arbeidsretten preges av et sammensatt rettskildebilde, med alt fra lover, forskrifter, tariffavtaler og rettspraksis og sedvane, til internasjonale regelverk.² Individuelle arbeidskontrakter er ikke en relevant rettskilde i denne oppgaven, da fokuset er på tiden før arbeidskontrakt inngås.

Personvernretten har også flere rettskildebene å stå på, i form av lover, forskrifter, rettspraksis, og internasjonale rettskilder.³ I 2012 foreslo EU-kommisjonen en reform av Personverndirektivet (direktiv 95/46/EF), som skal tilpasse reglene til en ny teknologisk virkelighet.⁴ Forslaget innebærer blant annet at samtykke

1 Se arbeidsmiljøloven kap. 9.

2 Jakhell 2006 s. 80.

3 F.eks. ILO Code of practice, Protection of workers' personal data, 1997.

4 EUs nettsider, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm

ikke kan være hjemmel for å behandle personopplysninger når det er tilstrekkelig skjeve maktforhold mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige.⁵ Skjeve maktforhold vil det typisk være mellom arbeidssøkere og arbeidsgivere. En slik bestemmelse vil få konsekvenser for personopplysningsloven, som gjennomgående har samtykke som et av flere hjemmelsgrunnlag, se punkt 2.2.2. Forslaget er nå under behandling i Europaparlamentet.

Arbeidssøkers personvern i en ansettelsesprosess er ikke et nytt tema, men det er langt fra grundig behandlet. De aktuelle lovene er personopplysningsloven (poppyl.)⁶, arbeidsmiljøloven (aml.)⁷, og de ulike diskrimineringslovene, særlig diskrimineringsloven (diskrl.)⁸ og likestillingsloven (likestl.)⁹. I tillegg finnes det visse reguleringer i strafferegistreringsforskriften¹⁰ og personopplysningsforskriften (poppf.)¹¹. Disse blir behandlet i punkt 3.6 og 3.7. Arbeidsmiljøloven har enkelte lovbestemmelser som direkte regulerer arbeidssøkers situasjon. Disse behandles i punkt 3.4-3.5. Personopplysningsloven og forholdet til arbeidssøkeres situasjon blir behandlet i punkt 2.2.2. Rettspraksis gir knapt eksempler om temaet. Det finnes noe praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda, men det meste av praksis herfra gjelder rene diskrimineringsvernsspørsmål.

1.3 Den videre fremstillingen

Avhandlingen vil starte med en behandling av to sentrale begreper i punkt 2; styringsretten og personvernet. Deretter vil reglene som begrenser arbeidsgivers styringsrett overfor arbeidssøker bli gjennomgått i punkt 3.

Forholdet til rekrutteringsbyråer blir behandlet i punkt 4. Avslutningsvis vil jeg forsøke å sammenfatte rettstilstanden og komme med en rettspolitisk vurdering i punkt 5-6.

5 COM(2012) 11 (allmän uppgiftsskyddsförordning), fortalens avsnitt 34.

6 Lov 14.april 2000 nr. 31.

7 Lov 17.juni 2005 nr. 62.

8 Lov 3.juni 2005 nr. 33.

9 Lov 9.juni 1978 nr. 45.

10 Forskrift 20.desember 1974 nr. 4.

11 Forskrift 15.desember 2000 nr. 1265.

2 Styringsrett og personvern

2.1 Arbeidsgivers styringsrett

Styringsretten betegnes gjerne som arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør. Styringsretten er ikke et begrep som følger av lovgivning, men betegnes ofte som en konsekvens av selve arbeidsavtalen og det lydighets- og underordningsforhold som den etablerer mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹² Styringsretten er ikke omtalt nærmere i lov, men det følger klart av rettspraksis at styringsretten er en rettslig norm.¹³ Styringsretten er også forutsatt i relevant lovgivning samt i det arbeidsrettslige avtaleverket, og er godt behandlet i juridisk faglitteratur.

Arbeidsgivers styringsrett er ikke en fri rettslig kompetanse. Den avgrenses mot forbud i lov og forskrift samt de skranker som følger av tariffavtaler, individuelle arbeidsavtaler eller andre rettsgrunnlag. Arbeidsgivers styringsrett er derfor en restkompetanse.¹⁴ Styringsretten er den handlingsfriheten som står igjen innenfor skrankene. Til gjengjeld er styringsretten i utgangspunktet fri innenfor disse.

Når arbeidsgiver rekrutterer nye arbeidstakere, skjer det vanligvis i ulike faser. Først blir potensielle arbeidssøkere gjort oppmerksomme på at arbeidsgiver søker nye arbeidstakere gjennom stillingsannonser i aviser, på internett, gjennom rekrutteringsbyråer osv. Deretter melder arbeidssøker sin interesse ved å sende inn søknad, CV, vitnemål, attester mv., enten elektronisk eller i posten. Dersom arbeidssøker er aktuell for stillingen, blir vedkommende kalt inn til ett eller flere jobbintervjuer. Etter at intervjuene er foretatt, sjekker arbeidsgiver gjerne referanser hvis søkeren fremdeles er aktuell. Siste fase er arbeidskontrakten, med forhandlinger om lønn og arbeidstid. Dersom arbeidsgiver og arbeidssøker kommer til enighet, inngås deretter arbeidskontrakten.

For denne avhandlingen er det fasene før arbeidskontrakten som er interessante. Disse kan med en fellesbetegnelse kalles den prekontraktuelle fasen. Med utgangspunkt i beskrivelsen av styringsretten ovenfor, trer den tidligst inn på kontraktsforhandlingsstadiet. I den forbindelse kan det spørres om det foreligger noen styringsrett for arbeidsgiver overfor arbeidssøker i den prekontraktuelle fasen, bortsett fra under kontraktsforhandlingene. Det foreligger ikke noen arbeidsavtale som legger rammer for styringsretten, og følgelig heller ikke noe lydighets- og underordningsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidssøker.

Situasjonen er sammenlignbar med to parter som muligens skal inngå en kontrakt, men som ennå ikke er kommet i en forhandlingsposisjon. Arbeidssøker

12 Jakhelln 2006 s. 48.

13 Se bl.a. Nøkk-dommen, Rt-2000-1602, og Kårstø-dommen, Rt-2001-418.

14 Evju 2003 s. 20-21.

har lagt inn et anbud hvor vedkommende tilbyr sine tjenester, men arbeidsgiver har ikke bestemt seg for om han vil ha dem. Styringsretten, som en rett til blant annet å inngå arbeidsavtaler, omfatter fasen hvor arbeidsgiver har bestemt seg for å ta anbudet, og hvor de nærmere rammer skal fastlegges før arbeidskontrakten signeres. De delene av den prekontraktuelle fasen som denne oppgaven tar for seg er da forbi. Styringsretten som foreligger i fasen etter at arbeidsgiver har bestemt seg for å ta anbudet, kan derfor ikke hjemle arbeidsgivers frihet overfor arbeidssøker i denne tidligere fasen. Det arbeidsgiver har er en handlefrihet til selv å velge fremgangsmåte i den prekontraktuelle fasen, forutsatt at det ikke gjelder forbud eller rettslige skranker. Denne handlingsfriheten kommer inn på et tidligere stadium enn styringsretten.

Mange av de skrankene som hviler på styringsretten er heller ikke anvendelige overfor arbeidssøkere. Et eksempel er arbeidsmiljøloven kapittel 9 om kontrolltiltak. Kapittel 9 generelt kommer ikke til anvendelse overfor arbeidssøkere, men gjelder «kontrolltiltak overfor arbeidstaker», jfr. aml. § 9-1. Styringsretten begrenses også av et generelt saklighetskrav overfor arbeidstakere.¹⁵ Det er imidlertid høyst usikkert om arbeidsgivers handlingsfrihet begrenses av et saklighetskrav overfor arbeidssøkere, noe som drøftes i punkt 3.2.2. I den grad styringsretten er en rettslig norm også overfor arbeidssøkere, virker det inkonsekvent om innholdet av retten skal være forskjellig overfor disse.

Det kan hevdes at diskrimineringsvernet i arbeidsmiljøloven kapittel 13 kan brukes som argument for å tale om styringsrett også overfor arbeidssøkere i de tidlige fasene. Arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd gir kapittel 13 anvendelse på «alle sider ved arbeidsforholdet», deriblant stillingsutlysning og ansettelse, jfr. bokstav a). Tidsmessig innebærer det at vernet etter kapittel 13 inntreffer før det er etablert et arbeidsforhold, noe som bekreftes av aml. § 13-4 som direkte forbyr innhenting av visse opplysninger fra arbeidssøkere.¹⁶ Kapittel 13 fungerer altså som en avgrensning av styringsretten, og den begrenser også arbeidsgivers frihet overfor arbeidssøkere i den prekontraktuelle fasen.

Diskrimineringsvernet begrenser imidlertid mer enn arbeidsgivers styringsrett. At § 13-2 spesifiserer at også tiden forut for ansettelsen er omfattet, taler heller mot at det er styringsretten som avgrenses i stadiene før ansettelsen; det er uttrykkelig spesifisert at kapittelet verner mer enn de typiske situasjonene hvor arbeidsgivers styringsrett er aktuell. Bestemmelsen taler dermed bare sterkere for at styringsretten vanligvis ikke er inntrådt på disse stadiene.

Problemstillingen blir hva man da skal kalle grunnlaget for arbeidsgivers rett til å bestemme over en rekrutteringsprosess. En mulighet er å innføre begrepet «arbeidsgivers handlingsfrihet i den prekontraktuelle fasen.» Det vil da fremgå

¹⁵ Jakhelln 2006 s. 50.

¹⁶ Se oppgavens punkt 3.5.1.

klart av begrepsbruken hva en sikter til, og det blir ikke nødvendig å presisere hvilke begrensninger på styringsretten som ikke gjelder.

Ordene «frihet» og «handlingsfrihet» er på den annen side vage, og er ikke innarbeidede uttrykk i arbeidsretten. Styringsretten er derimot et velkjent og innarbeidet begrep. Det kan derfor være praktisk å bruke styringsretten som betegnelse også på arbeidsgivers handlingsfrihet i den prekontraktuelle fasen. Det er riktignok ikke tale om den samme styringsretten som arbeidsgiver har overfor arbeidstakere, men for alle praktiske formål vil styringsretten være en hensiktsmessig betegnelse. En styringsrett i ordets rette forstand er en rett til å bestemme noe over andre. Og det er nettopp det arbeidsgiver gjør i en rekrutteringsprosess overfor arbeidssøkerne. Arbeidsgivers handlingsfrihet ved ansettelser blir da også en form for styringsrett, bare en annen type enn den «tradisjonelle» styringsretten. Videre i avhandlingen vil derfor betegnelsen styringsrett bli brukt på arbeidsgivers handlingsfrihet i rekrutteringsfasen.

2.2 Personvern

2.2.1 Generelt

For å kunne se nærmere på arbeidssøkers personvern, er det nødvendig å forstå hva personvern er. Personvernkommisjonen definerer personvern slik: «Personvern dreier seg om ivaretagelse av personlig integritet; ivaretagelse av enkeltindividers mulighet for privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse.»¹⁷ Denne avhandlingen legger samme definisjon til grunn.

Nært knyttet til personvern er begrepet personopplysningsvern. Kommisjonen definerer begrepet slik: «Personopplysningsvern dreier seg om regler og standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål. Reglenes formål er å sikre enkeltindivider oversikt og kontroll over behandling av opplysninger om dem selv.»¹⁸ Denne siden av personvernet er særlig aktuell for denne avhandlingen, nemlig arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger om arbeidssøkere.

Innhenting og behandling av personopplysninger er en sentral del av en ansettelsesprosess, og skjer på ulike måter. Eksempler på innhentingsmåter er:

- arbeidssøker sender inn CV, søknad, vitnemål, attester mv. til arbeidsgiver
- arbeidssøker lagrer opplysninger om seg selv på rekrutteringsbyråers nettsider
- spørsmål under jobbintervju
- gjennomføring av psykologiske tester

¹⁷ NOU 2009:1 pkt. 4.1.5.

¹⁸ *ibid.*

Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidssøkers personvern

- arbeidsgiver kontakter arbeidssøkers referanser og øvrige bekjente
- vandsattest
- legeattest
- kredittsjekk
- google-søk, sjekking av søkers profil på sosiale medier som facebook, twitter, linkedin. etc.

Arbeidsgiver får slik tilgang til en rekke opplysninger om søkerne. Det er derfor viktig å ha regler som regulerer innhenting og bruk av personopplysninger. I norsk rett finnes både et lovfestet og et ulovfestet personvern, se punkt 2.2.2 og 2.2.3.

2.2.2 Personopplysningsloven

2.2.2.1 Anvendelsesområde

Personopplysningsloven avløste personregisterloven av 9. juni 1978 nr. 48 og gjennomfører EUs personverndirektiv (direktiv 95/46/EF) i norsk rett. Personopplysningsloven og forskriften gir regler for behandling av personopplysninger, og avgrenser i så måte arbeidsgivers styringsrett.

Lovens saklige virkeområde er gitt i § 3. Personopplysningsloven gjelder for «behandling av personopplysninger» når behandlingen «helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler» og når personopplysningene «inngår eller skal inngå i et personregister», jfr. første ledd bokstav a) og b). Kameraovervåking omfattes også av loven, jfr. bokstav c), men dette er ikke relevant for avhandlingen.

Personopplysninger er opplysninger og vurderinger som kan knyttes til enkeltpersoner, i motsetning til juridiske personer.¹⁹ I praksis vil alle opplysninger som innhentes om en arbeidssøker være personopplysninger i lovens forstand.

«Behandling av personopplysninger» omfatter enhver bruk av opplysningene, deriblant innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering, eller en kombinasjon av ulike bruksmåter.²⁰ Forespørsel under intervju omfattes også.²¹

Dersom det foreligger behandling av personopplysninger, kommer loven til anvendelse om behandlingen skjer helt eller delvis elektronisk, jfr. § 3 bokstav a), eller om opplysningene inngår eller skal inngå i et personregister, jfr. bokstav b).

Mens § 3 bokstav a) setter som vilkår at behandlingen «skjer» med elektroniske hjelpemidler, er det etter bokstav b) tilstrekkelig at personopplysningene «inngår eller *skal inngå* i et personregister.» Det er altså ikke noe krav om at opplysningene faktisk inngår i et register direkte under behandlingen, så lenge de senere skal gjøre det.

¹⁹ Popplyl. § 2 nr. 1.

²⁰ Popplyl. § 2 nr. 2.

²¹ TOVRO-2009-100492 s. 15.

Hvorvidt opplysningene faktisk må inngå i et personregister senere, eller om det er tilstrekkelig at det var intensjonen på behandlingstidspunktet, sier ikke loven eller forarbeidene noe om. Hvor personopplysningene for eksempel makuleres i stedet for å lagres i et personregister, er ikke personvernsaspektet til stedet. Det er rimelig å anta at personopplysningsloven da ikke vil gjelde, forutsatt at behandlingen ikke fanges opp av § 3 bokstav a).

Behandlingen skjer med elektroniske hjelpemidler når behandlingen skjer automatisk, uten innblanding fra mennesker.²² Dette vil være tilfelle hvor arbeidssøker registrerer sin CV på rekrutteringsbyrårs nettsider, og ofte ved gjennomføring av psykologiske tester.

Ved registrering av CV på rekrutteringsbyrårs nettsider vil opplysningene havne i selskapets database, og da sannsynligvis i et personregister. «Personregister» er «registre, fortegnelser mv. der personopplysninger er lagret systematisk slik at opplysninger om den enkelte kan finnes igjen», jfr. popplyl. § 2 nr. 3. Bestemmelsen får først og fremst betydning for manuell behandling av personopplysninger, som inngår eller senere skal inngå i et elektronisk eller ikke-elektronisk personregister, da elektronisk behandling fanges opp av bokstav a).

Begrepet bygger på et gjenfinningskriterium. Registeret må være organisert slik at det er enkelt, og i det minste mulig, å finne frem til opplysninger om de som er registrerte, typisk ved en alfabetisk organisering på personnavn.²³ Eksempler på registre er personalmapper. I praksis vil alt som registreres på en PC, iPad, elektronisk på annen måte eller «for hånd», bli lagret slik at det er relativt enkelt å finne frem igjen til opplysningene.

Personopplysninger som fremkommer om arbeidssøkere vil etter all formodning senere lagres på en måte som gjør at arbeidsgiver kan finne igjen opplysningene når kandidater skal utvelges. Innhentingen av personopplysningene som behandling vil slik tilfredsstille vilkåret om at de «inngår eller skal inngå i et personregister.» Unntak kan tenkes for uviktige opplysninger som arbeidssøker oppgir i CV, i søknad eller under intervjuet. Arbeidsgiver skriver kanskje ned opplysningene i en notatblokk, uten at det er meningen at de skal inn i noe personregister. Det kan også være opplysninger som arbeidsgiver ikke skal ta inn i et personregister fordi de er ulovlig å innhente, for eksempel om fagforeningstilknytning, se arbeidsmiljøloven § 13-4 og punkt 3.5.1. Slike opplysninger vil ikke omfattes av personopplysningsloven. Det hører likevel til unntakene, og i de fleste tilfeller vil personopplysningsloven gjelde for arbeidsgivers innhenting av personopplysninger.

22 Personvernmemndas avgjørelse 2005/1 pkt. 6.3.

23 ibid. pkt. 6.2.

2.2.2.2 Behandling av personopplysninger

Adgangen til å behandle personopplysninger er regulert i § 8. To sentrale begreper er «behandlingsansvarlig» og «registrert».²⁴ «Behandlingsansvarlig» er den som «bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes», i praksis arbeidsgiver eller noen som handler på arbeidsgiver vegne. «Registrert» er den som personopplysningen kan knyttes til, altså arbeidssøker.

Et vanlig vilkår er at den registrerte har samtykket til behandlingen, jfr. § 8 første alternativ. Samtykket må være «en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv.»²⁵ Ved registrering i databaser på internett mv. må arbeidssøker som regel krysse av for at han samtykker i behandling av de aktuelle opplysningene, og vilkåret i § 8 vil da være oppfylt.

Når arbeidsgiver stiller spørsmål under et intervju, eller når arbeidssøkere sender inn søknad, CV mv., foreligger det normalt ikke et «uttrykkelig» samtykke slik popplyl. § 2 nr. 7 krever. Behandling av personopplysningene hjemles da i § 8 bokstav f). Bestemmelsen tillater behandling hvor dette er nødvendig for «at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.» Det følger av departementets merknader til bestemmelsen at det skal foretas en interesseavveining: «Om behandlingen er tillatt eller ikke, avhenger av en avveining av den behandlingsansvarliges interesser i å gjennomføre behandlingen mot den registrertes personverninteresse i at behandlingen ikke gjennomføres.»²⁶ For de fleste spørsmål vil popplyl. § 8 bokstav f) gi tilstrekkelig hjemmel. Arbeidsgiver har en berettiget interesse i å vite om arbeidssøker er egnet til stillingen, og hensynet til arbeidssøkers personvern vil normalt ikke overstige den interessen.

Personopplysninger kan videre behandles hvor adgangen til det er fastsatt i lov, jfr. § 8 annet alternativ. Et eksempel er arbeidsmiljøloven § 9-3 som tillater innhenting av helseopplysninger i visse tilfeller. De øvrige hjemlene for behandling av personopplysninger i § 8 er ikke relevante for avhandlingen.

Såkalte sensitive personopplysninger er underlagt strengere regulering. Sensitive personopplysninger er opplysninger om rasemessig eller etnisk bakgrunn, politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning, opplysninger om straffbare forhold mv., helseforhold, seksuelle forhold, og fagforeningstilhørighet.²⁷ Slike opplysninger er også regulert særskilt i forhold til innhenting, se punkt 3.4-3.6.

²⁴ Popplyl. § 2 nr. 4 og 6.

²⁵ Popplyl. § 2 nr. 7.

²⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109.

²⁷ Popplyl. § 2 nr. 8.

For å behandle sensitive personopplysninger må behandlingen i tillegg til å oppfylle et av vilkårene i § 8, også oppfylle et av vilkårene i § 9. Dette kan være samtykke fra arbeidssøker, at adgangen til behandlingen er fastsatt i lov, at opplysningene er gjort frivillig allment kjent av arbeidssøker selv, eller at behandlingen er nødvendig for at arbeidsgiver skal kunne gjennomføre sine plikter i forhold til for eksempel HMS-krav.²⁸ Det kreves i tillegg konsesjon fra Datatilsynet for å behandle slike opplysninger, med mindre opplysningene er gitt uoppfordret av arbeidssøker, jfr. § 33.

Når personopplysninger havner hos arbeidsgiver, er dette ofte som følge av arbeidssøkers eget initiativ, gjennom søknad og CV. Arbeidssøker har da ikke krav på informasjon om hva opplysningene skal brukes til etc., da opplysningene ikke er samlet inn, jfr. personopplysningsloven § 19 første ledd, men frivillig oppgitt. Når arbeidsgiver spør arbeidssøker om spørsmål under et jobbintervju, vil det imidlertid være innsamling av personopplysninger etter § 19. Dersom målet er å samle opplysningene i et personregister, eller på annen måte behandle dem ved hjelp av elektroniske hjelpemidler, plikter arbeidsgiver antagelig å informere arbeidssøker om dette og forholdene rundt behandlingen, før han starter å spørre, se § 19.

Personopplysningsloven § 11 oppstiller grunnkrav til behandling av personopplysninger. Det følger av bokstav b) at opplysningene kun kan brukes til formål som vil være saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet. Arbeidsgiver kan dermed kun bruke personopplysninger om arbeidssøkere til å vurdere om søkerne er egnet for stillingen. Det er kun slike formål som vil være saklig begrunnet i arbeidsgivers virksomhet.

Arbeidsgiver kan kun lagre opplysninger om arbeidssøkere så lenge det er nødvendig ut fra formålet med behandlingen.²⁹ Er det ikke lenger nødvendig å ha opplysningene, skal de slettes.³⁰ Dette innebærer at arbeidsgiver for eksempel ikke kan lagre kredittsjekker om arbeidssøkere. Når arbeidsgiver har fått resultatet av en kredittsjekk, er formålet med sjekken oppnådd, og resultatene bør så slettes. Annerledes kan det stille seg med politiattester. Dersom vedkommende blir ansatt, er arbeidsgiver ofte pliktig til å lagre opplysningene fra politiattesten, slik at den kan vises frem ved en eventuell inspeksjon av arbeidsplassen. Det vil for eksempel være aktuelt i barnehager, hvor det er et krav at ansatte ikke tidligere er dømt for overgrep mot barn.

Om arbeidssøker blir ansatt, vil arbeidsgiver ofte lagre opplysninger om vedkommende i personalmapper. Dette er nødvendig av både administrative årsaker og hensynet til HMS. Hvor arbeidssøker ikke blir ansatt, har ikke arbeidsgiver

²⁸ Popplyl. § 9 bokstav a), b), d) og f).

²⁹ Popplyl. § 11 første ledd bokstav e).

³⁰ Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar, <http://datatilsynet.no/verktoy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

dette behovet, og opplysningene bør slettes så snart det er klart at vedkommende ikke får jobben.

Datatilsynet har hjemmel til å kontrollere hvorvidt loven overholdes, men har per i dag ikke kommet med rapporter som adresserer personopplysninger om arbeidssøkere.³¹ Det nærmeste en kommer er kontrollen Datatilsynet gjennomførte hos rekrutteringsbyrået Rekruttering AS.³² Målet var å kontrollere virksomhetens bruk av personopplysninger i forbindelse med bruk av lister over uteksaminerte studenter som selskapet hadde fått utlevert fra en rekke universiteter og høyskoler. Tilsynet konkluderte med at behandlingen av personopplysninger var i samsvar med loven.

Rapporten fra kontrollen hos Rekruttering AS gir et positivt inntrykk, men den sier neppe noe om situasjonen hos rekrutteringsbyråer og arbeidsgiverbedrifter generelt. Det er vanskelig å si noe konkret om hvordan reglene i personopplysningsloven overholdes basert på rapporten. Arbeidssøkere gjør neppe noen vane av å kontakte selskaper de ikke ble ansatt i for å sjekke om de har personopplysninger om dem i sine systemer. Det blir opp til Datatilsynet å finne ut hva status er.

2.2.2.3 Sanksjoner

Arbeidssøker kan kreve erstatning dersom arbeidsgiver, rekrutteringsbyråer mv. ikke handler i samsvar med personopplysningsloven, jfr. § 49. Det gjelder et culpaansvar med omvendt bevisbyrde for skade oppstått på grunn av at personopplysninger ikke er behandlet i samsvar med loven, se første ledd. Behandlingsansvarlig har videre et objektivt erstatningsansvar for meddelelse av uriktige eller misvisende kredittopplysninger, se annet ledd. Erstatningen gjelder i utgangspunktet kun for økonomisk tap, men oppreisning kan også tilkjennes om det anses rimelig, se tredje ledd.

Arbeidsgiver har i utgangspunktet ingen interesse i å meddele kredittopplysninger om en arbeidssøker, så objektivt erstatningsansvar er lite sannsynlig. Det er videre vanskelig å påvise noe økonomisk tap i arbeidssøkers tilfelle. Sanksjonen som står igjen er oppreisning. Ved oppreisningsvurderingen vektlegges alvorlighetsgraden av personvernkrenkelsen for arbeidssøker, hvilken skyld som er utvist av den behandlingsansvarlige, den behandlingsansvarliges økonomi og den forventede preventive funksjonen av oppreisning.³³

Per i dag er det ingen saker fra rettspraksis eller annen praksis hvor arbeidssøkere har krevd oppreisning (eller erstatning) etter § 49. Sanksjonene i § 49 er for

31 Popplyl. §§ 42 og 44.

32 Datatilsynets nettsider, tilsynsrapporter 2012, Rekruttering AS, <http://www.datatilsynet.no/Regelverk/Tilsynsrapporter/2012/Kontroll-med-Rekruttering-AS-endelig-rapport/>

33 Gyldendal Rettsdata, popply. § 49, kommentarer av Dag Wiese Schartum, note 186.

øvrig stort sett sammenfallende med sanksjonene i eksempelvis arbeidsmiljøloven § 13-9. Det vil neppe være rom for oppreisning etter begge bestemmelsene.³⁴

Det finnes kun en sak hvor en arbeidstaker har krevd oppreisning etter § 49, den såkalte GPS-dommen.³⁵ Arbeidsgiver hadde i strid med personopplysningsloven sammenstilt opplysninger fra GPS-system med timelistene til en ansatt da arbeidsgiver mistenkte den ansatte for å fremsette et uberettiget krav om overtid. Det forelå ikke noe økonomisk tap. Etter en helhetsvurdering kom lagmannsretten til at «krenkelsens art og omfang» ikke gjorde det rimelig å tilkjenne oppreisning.³⁶ Saken er anket inn og tillatt fremmet for Høyesterett angående oppreisningsspørsmålet.³⁷

2.2.3 Det ulovfestede personvernet

Det ulovfestede personvernet er skapt av domstolene. Den første kjente dommen er Rt-1896-530, Aars-dommen, hvor Høyesterett etablerte et ulovfestet vern for den private navnerett. Et annet kjent eksempel er Rt-1952-1217, «To mistenkelige personer.» Høyesterett la her til grunn at det måtte foretas en interesseavveining når det skulle tas stilling til om et inngrep i personlighetens rettsvern var rettsstridig.

Anvendelsesområdet for det ulovfestede personvernet er ikke nærmere fastlagt. Det ulovfestede personvern og forholdet til arbeidsgivers styringsrett i ansettelsesprosessen har ikke vært oppe i rettspraksis. Virkeområdet må nødvendigvis være hvor personopplysningsloven og andre personvernregler ikke gjelder, men de nærmere grensene er uklare.

34 Sml. TOVRO-2009-100492 s. 15.

35 LH-2011-155315.

36 Dommen s. 11.

37 HR-2012-1730-U.



3 Innhenting av opplysninger

3.1 Generelt

Når arbeidsgiver skal rekruttere nye arbeidstakere, har han et berettiget behov for å kartlegge arbeidssøkers kvalifikasjoner. Bare slik er det mulig å finne ut om arbeidssøker passer til stillingen, noe som er i både arbeidsgivers og arbeidssøkers interesse. Det ligger som utgangspunkt innenfor styringsretten å innhente opplysninger om arbeidssøkere, innenfor de rammer som lov og forskrift setter. Innhenting av opplysninger innebærer stort sett det samme som «behandling» i personopplysningsloven § 2 nr. 2, blant annet innsamling og sammenstilling av personopplysninger.

Ut fra forutsetningen om lojal opptreden i kontraktsforhold må det likedan forventes at arbeidssøker svarer fullstendig og sant på arbeidsgivers spørsmål. Arbeidssøker og arbeidsgiver befinner seg ikke i et kontraktsforhold, men forhold under intervju mv. vil kunne være av betydning for den senere arbeidskontrakten. Avtalerettens regler må derfor legges til grunn også på det prekontraktsuelle stadiet. Avtalelovens svikbestemmelser og ugyldighetsbestemmelser vil være anvendelige på arbeidsavtaler.³⁸ Satt på spissen kan arbeidsgiver heve arbeidsavtalen om stillingen ikke er tiltrådt, eller gi oppsigelse om stillingen er tiltrådt, dersom arbeidssøker ikke har vært sannferdig. Det skal trolig mye til.

Det forutsetter følgelig at arbeidsgiver har rettslig adgang til å spørre. Dersom arbeidsgiver spør om arbeidssøker er gravid, kan det ikke tillegges vekt om arbeidssøker lyver, da arbeidsgiver uansett er avskåret fra å spørre, jfr. likestillingsloven § 4 tredje ledd, se punkt 3.5.2.

En nærliggende problemstilling er om arbeidssøker har en opplysningsplikt overfor arbeidsgiver. Det kan trekkes en linje til avtalerettens lære om bristende forutsetninger: Om arbeidssøker unnlater å informere om noe han måtte forstå var av betydning for ansettelsen, kan arbeidsgiver da påberope seg læren om bristende forutsetninger som grunnlag for å heve ansettelsesavtalen når forholdet blir kjent? Høyesteretts kjæremålsutvalg svarte bekreftende på det i Fødselspermisjonsaken.³⁹ Retten bemerket at det etter vanlige avtalerettslige prinsipper kunne være en bristende forutsetning for en arbeidsavtale at søkeren ikke hadde fortalt at hun var gravid. På grunn av graviditeten kunne hun bare fungere i én måned av et vikariat på 4 måneder.⁴⁰ Det er tvilsomt om kjennelsen ville blitt opprettholdt i dag, sett i lys av likestillingsloven § 4. Saken illustrerer likevel at læren om bristende forutsetninger er anvendelig på arbeidsavtaler.

³⁸ Lov 31.mai 1918 nr. 4, §§ 30, 33, 36.

³⁹ Rt-1988-766.

⁴⁰ Kjennelsen s. 769.

Spørsmålet om opplysningsplikt var også oppe i Fetteren-dommen fra Stavanger tingrett.⁴¹ A hadde fått stilling som kundeansvarlig ved Fokus Banks kontor i Stavanger. Banken hevet senere ansettelsesavtalen før A tiltrådte, da banken fant ut at A var den såkalte «fetteren» i Karmøy-saken. A gikk til sak med påstand om at arbeidsavtalen skulle kjennes gyldig, samt erstatningskrav for urettmessig heving.

Banken mente seg fri fra ansettelsesavtalen fordi A's status som «fetteren» representerte «en viktig og relevant forutsetningssvikt», og A burde ha forstått at det ville ha betydning for stillingen, og derfor informert banken om det.⁴²

Retten la til grunn at A ikke hadde noen plikt til å opplyse at han var «fetteren.»⁴³ A måtte kunne gå ut fra at det var hans faglige kvalifikasjoner og det personlige inntrykket av ham som betydde noe for banken. Etter en samlet vurdering fant retten at det ikke forelå «en slik relevant uriktig forutsetning hos banken som måtte være synbar for saksøkeren.»⁴⁴ Denne konklusjonen bygger på en forutsetning om at læren om bristende forutsetninger kommer til anvendelse; i motsatt fall ville det ikke vært nødvendig å drøfte om vilkårene var oppfylt. Hvorvidt det eksisterte en opplysningsplikt for øvrige forhold gikk ikke retten inn på.

Fokus Bank nevnte arbeidsmiljøloven § 13-4 i sine anførsler, som begrenser arbeidsgivers rett til å innhente visse opplysninger (se punkt 3.5.1). Banken viste til at forhold som det som hovedregel ikke kan spørres om ved ansettelse, likevel kan tas opp med søkeren dersom innhenting av opplysningene ville vært «begrunnet i stillingens karakter», jfr. § 13-4 annet ledd.⁴⁵ Forholdet det er snakk om omfattes ikke av bestemmelsen, men banken tok antakelig sikte på en form for analogisk anvendelse. Banken mente seg berettiget til å innhentet opplysningene på grunn av «stillingens karakter», men var enig i at det vanligvis ikke vil være adgang til å innhente opplysninger om straffbare forhold. Slike opplysninger regnes som sensitive, og er særskilt regulert, jfr. personopplysningsloven §§ 2 nr. 8 bokstav b) og 9 (se punkt 3.6).

Dette sier ikke noe om en eventuell opplysningsplikt. I den grad det gjelder en opplysningsplikt, kan den imidlertid ikke omfatte forhold som arbeidsgiver er avskåret fra å innhente opplysninger om.

Opplysningsplikt henger nødvendigvis sammen med læren om bristende forutsetninger; når arbeidssøker forstår at et forhold som arbeidsgiver selv ikke er klar over, vil endre ved en relevant og viktig forutsetning for ansettelsen, er det i utgangspunktet arbeidssøkers plikt å opplyse om forholdet. Ellers vil arbeidsavtalen kunne heves med hjemmel i læren om bristende forutset-

41 TSTAV-2011-81051.

42 Dommen s. 11.

43 Dommen s. 13.

44 Dommen s. 14.

45 Dommen s. 11.

ninger. Forhold som det ikke er adgang til å innhente opplysninger om, kan imidlertid ikke representere en relevant forutsetning. Forutsetningen må være lovlig; dersom arbeidssøker vet at arbeidsgiver kun vil ansette folk som stemmer Arbeiderpartiet, og unnlater å opplyse om at han er Høyre-mann, kan ikke arbeidsgiver senere heve avtalen på grunn av en forutsetningssvikt, jfr. arbeidsmiljøloven § 13-4 og punkt 3.5.1. Fetteren-dommen indikerer også at en forutsetningssvikt må være saklig. Å forsto at hans status som «fetteren» kunne føre til at han ikke hadde fått stillingen, men det var etter rettens syn ikke en god grunn til at han ikke skulle få jobben. Et saklighetskrav ligger for så vidt allerede i kravet om en relevant forutsetningssvikt.

Basert på Fetteren-dommen kan man legge til grunn at arbeidssøker har en opplysningsplikt. Opplysningsplikten omfatter forhold som arbeidssøker forstår vil kunne representere en lovlig og saklig forutsetningssvikt for ansettelsesavtalen, og som arbeidsgiver selv ikke har noen forutsetning for å vite om.

3.2 Offentlig vs. privat sektor

Reglene som kommer til anvendelse i en ansettelsesprosess er noe ulike i offentlig og privat sektor. De begrensninger som følger av lov og forskrift gjelder for både offentlig og privat sektor, men offentlig sektor har også egne regler å forholde seg til.

3.2.1 Offentlig sektor

Statlige arbeidsgivere må forholde seg til tjenestemannsloven ved ansettelse.⁴⁶ Dette innebærer at ledige stillinger i utgangspunktet må kunngjøres offentlig, og at det er nødvendig med en innstilling fra enten et innstillingsråd eller nærmeste foresatte tjenestemyndighet før noen ansettes, jfr. §§ 2 og 4 nr. 2. Innstillingen skal forhindre maktmisbruk, typisk i form av at en ansetter venner og bekjente fremfor de best kvalifiserte.

En offentlig ansettelse er et enkeltvedtak.⁴⁷ Dette innebærer at forvaltningslovens saksbehandlingsregler og de forvaltningsrettslige prinsipper må følges også i ansettelsesprosesser. Et av disse er det generelle saklighetskrav.⁴⁸ Saklighetskravet gjelder både for statlige og kommunale arbeidsgivere, og er nært knyttet opp mot «kvalifikasjonsprinsippet», som offentlig forvaltning er bundet av. Kvalifikasjonsprinsippet og saklighetskravet er ulovfestet, men er slått fast i rettspraksis, forvaltningspraksis og juridisk teori. Kvalifikasjonsprinsippet inne-

⁴⁶ Lov 4.mars 1983 nr. 3.

⁴⁷ Lov 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 2 (1) bokstav b), jfr. § 3 (2) annet punktum.

⁴⁸ Jakhelln 2006 s. 215.

bærer at den som er best kvalifisert skal tilsettes. Sentrale elementer er formelle kvalifikasjoner, arbeidserfaring og personlig egnethet.⁴⁹

Saklighetskravet får først og fremst betydning for hva det kan legges vekt på når de ulike søkerne vurderes. Hvilken informasjon som innhentes, derunder hva det spørres om på intervju og hva forvaltningen undersøker på egen hånd, legger likevel grunnlaget for hva forvaltningen har å vurdere. Konsekvensen av det blir at spørsmål på intervju og annen informasjonsinnhenting begrenses tilsvarende av saklighetskravet.

Et saklighetskrav følger også av forvaltningsrettens såkalte myndighetsmisbrukslære. Læren bygger på ulovfestede regler om at forvaltningen ikke må ta utenforliggende hensyn, drive usaklig forskjellsbehandling eller lignende. Hvor det er rom for skjønn, må forvaltningen bygge på hensyn som er relevante og saklige.⁵⁰ Hvilke opplysninger som skal innhentes om en arbeidssøker vil gjerne være preget av skjønn.

Ved vurderingen av hva som er saklig, vil stillingens art være utgangspunktet. Det tillates gjerne mer inngripende spørsmål jo mer ansvar en stilling innebærer. Spørsmål som belyser søkerens personlighet vil for eksempel kunne være saklig for lederstillinger, men mindre saklig hvor det er tale om stillinger av mer underordnet karakter.⁵¹

3.2.2 Privat sektor – et generelt saklighetskrav?

Det er usikkert om det eksisterer noen ulovfestede normer for private arbeidsgivere. Et sentralt spørsmål er om det foreligger et tilsvarende saklighetskrav som for forvaltningen. Det er klart at det foreligger når ansettelsesforholdet er etablert, se for eksempel arbeidsmiljøloven § 9-1 om at kontrolltiltak overfor arbeidstaker må ha «saklig grunn i virksomhetens forhold.» Hvorvidt det samme gjelder overfor arbeidssøkere er usikkert.

Det kan tenkes situasjoner hvor arbeidsgiver blir erstatningsansvarlig på culpa grunnlag, for eksempel ved trakassering av en overvektig arbeidssøker. For at erstatningsansvar skal oppstå, må det trolig ekstremt mye til, og det må være tale om svært grov usaklighet. Det har ikke vært aktuelle saker i rettspraksis.

Mer praktisk er at arbeidsgiver utviser usaklighet som ikke kvalifiserer til culpaansvar. Arbeidsgiver ansetter for eksempel den peneste søkeren, og lar det gå foran faglige kvalifikasjoner. Hvor den peneste søkeren er underkvalifisert, kan det være grovt usaklig. Eller arbeidsgiver ansetter den med østlandsdialekt framfor den med vestlandsdialekt, selv om de er like godt kvalifiserte, vestlendingen er kanskje hakket bedre kvalifisert. Det kan karakteriseres som lett usaklig.

49 Statens Personalthåndbok 2012 pkt. 2.4.2.1.

50 NOU 2009:14 pkt. 5.10.1.

51 Jakhelln 2006 s. 214.

Enda vanligere er at arbeidsgiver stiller personlige spørsmål på intervju som ikke er relevante for stillingen. Teoretisk kan det tenkes erstatningsansvar for ærekrenkelser i slike tilfeller etter skadeserstatningsloven § 3-6⁵², jfr. straffeloven § 249 nr. 2.⁵³ Dette ble anført i Rt-2001-428, Strafferegistreringssaken (se punkt 3.6). Anførselen førte ikke frem. Det er vanskelig å se for seg spørsmål som kvalifiserer til ærekrenkelse, og muligheten for erstatningsansvar er nok av ren teoretisk karakter.

Spørsmål om passing av barn, personlig økonomi, livsførsel og livsstil, herunder om søkeren bedriver sport, hvilket bilmerke vedkommende bruker og lignende er nok vanligere. Slike spørsmål vil vanligvis være lett usaklige. Det er for slike tilfeller at et generelt saklighetskrav vil ha en betydning.

I juridisk teori er et saklighetskrav blitt lagt til grunn. Jakhelln hevder at «[d]et generelle likebehandlingskrav og saklighetsprinsipp i arbeidsretten får anvendelse også i forhold til ansettelsen og den prosessen som går forut for ansettelsen.»⁵⁴ Som begrunnelse viser han til arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd som gir diskrimineringsvernet i kapittel 13 anvendelse på utlysning av stillinger og ansettelse. Han hevder at arbeidsmiljøloven kapittel 13, sett i sammenheng med likestillingslovens og diskrimineringslovens bestemmelser, gir uttrykk for et likebehandlingskrav som også kommer arbeidssøkerne til gode.⁵⁵

Jakhelln skriver også at i tillegg til de begrensninger arbeidsgiver er underlagt i lov og forskrift, gjelder det antagelig «ytterligere begrensninger ut fra de alminnelige prinsipper om saklighet og personvern.»⁵⁶ Som hjemmel viser han til arbeidsmiljøloven § 4-3 første og tredje ledd som i annen sammenheng beskytter arbeidstakers integritet. Han mener bestemmelsen kan ses som et utslag av det generelle personvern og et prinsipp som må legges til grunn også i intervju-situasjonen. På den bakgrunn antar han at «arbeidsgiver under et intervju må begrense seg til de spørsmål som er egnet til og nødvendige for å belyse søkerens egnethet til stillingen.»⁵⁷

Kjølaas skriver at «[s]pørsmål som stilles i en ansettelsessituasjon må være saklige og nødvendige ut fra den vurdering som arbeidsgiver skal foreta.»⁵⁸ Han viser ikke til noen kilder for påstanden, men nevner at arbeidsmiljøloven trekker opp visse grenser for hvor langt arbeidsgiver kan gå. Nødvendighetskravet for å kunne innhente helseopplysninger i arbeidsmiljøloven § 9-3 blir brukt som eksempel.

Jakhelln og Kjølaas har rett i at det følger et saklighetskrav overfor arbeidssøkere av arbeidsmiljøloven kapittel 13, § 9-3, og av de øvrige skranker som føl-

52 Lov 13. juni 1969 nr. 26.

53 Lov 22. mai 1902 nr. 10 (ny straffelov av 20. mai 2005 nr. 28 er ikke trådt i kraft).

54 Jakhelln 2006 s. 184.

55 *ibid.* s. 184-185.

56 *ibid.* s. 213.

57 *ibid.*

58 Kjølaas 2010 s. 116.

ger av lov og forskrift. De forbud som er gitt bygger på en presumsjon om at de aktuelle opplysningene vil være usaklige å vektlegge, og at de derfor ikke skal innhentes i det hele tatt. I slike tilfeller beskyttes arbeidssøkere av et saklighets- og likebehandlingskrav. Dette gjelder imidlertid spesifikke forhold, og kan ikke brukes som hjemmel for et generelt saklighetskrav. De ulike bestemmelsene sier for eksempel ingenting om diskriminering av mindre pene arbeidssøkere, eller av vestlendinger fremfor østlendinger.

Ingen av forfatterne skiller mellom privat og offentlig sektor. Boka til Kjølås er trolig ment som en håndbok til arbeidsgivere med praktiske råd i ansettelsesprosessen. Kjølås er derfor ikke noen tungtveiende rettskilde her. Jakhellns' «Oversikt over arbeidsretten» gir derimot en samlet fremstilling av arbeidsretten, men heller ikke her skilles det tydelig mellom privat og offentlig sektor. Etter min oppfatning er dette en relevant sontring som Jakhelln har oversett.

Det er på det rene at det foreligger et saklighetskrav for arbeidsgivere i offentlig sektor, se punkt 3.2.1. Et saklighetskrav for private arbeidsgivere er det derimot ikke en klar hjemmel for. Jakhelln utelater dermed et grunnleggende skille når han hevder at et saklighetsprinsipp får anvendelse også i prosessen forut for ansettelsen. Det er uklart hva han mener når han snakker om «[d]et generelle (...) saklighetsprinsipp i arbeidsretten.» Det kan være enten forvaltningens saklighetsprinsipp, eller saklighetsprinsippet som følger av arbeidsmiljøloven overfor arbeidstakere. Ingen av alternativene er direkte anvendelige på arbeidssøkere i den prekontraktuelle fasen.

Jakhelln viser også til arbeidsmiljøloven § 4-3 første og tredje ledd som hjemmel for at arbeidsgiver må begrense seg til saklige spørsmål under et intervju. Paragraf 4-3 bruker imidlertid kun begrepet arbeidstakere, og verken forarbeidene til bestemmelsen eller til loven for øvrig gir uttrykk for at det skal gjelde et generelt saklighetskrav overfor arbeidssøkere. En utvidende tolkning av bestemmelsen i den retning ville gå på tvers av legalitetsprinsippet. Bestemmelsen kan derfor ikke brukes som hjemmel for et generelt saklighetskrav overfor arbeidssøkere.

Arbeidsgiver må i de fleste tilfeller følge reglene i personopplysningsloven ved innhenting av opplysninger om arbeidssøkere. Det følger her et saklighetskrav av § 11 bokstav b), hvor arbeidsgiver plikter å kun nytte personopplysningene til formål som er «saklig begrunnet» i arbeidsgivers virksomhet. Et saklighetskrav følger også indirekte av § 8 bokstav f), ved at arbeidsgiver sjelden vil ha en tilstrekkelig berettiget interesse i å innhente personopplysninger som det ikke er saklig behov for.

Personopplysningsloven avgrenser dermed styringsretten, men den sier ingenting om rettstilstanden innenfor det området hvor arbeidsgiver har full styringsrett. Det kan også tenkes tilfeller hvor loven ikke gjelder fordi opplysningene aldri er ment å inngå i noe personregister. Dette kan være fordi opplysningene er

ubetydelige, eller fordi arbeidsgiver bevisst ikke lagrer opplysningene i et personregister for å unngå å fanges opp av loven. Et øvrig poeng er at arbeidsgivere flest antagelig ikke vet at personopplysningsloven regulerer innhentingsadgangen, og kun forholder seg til reglene som direkte regulerer innhenting. Spørsmålet blir etter dette om det kan tenkes et saklighetskrav på annet grunnlag.

Et lovfestet saklighetskrav overfor arbeidstakere gjelder ved kontrolltiltak, jfr. arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. Det kan spørres om dette saklighetskravet gjelder analogisk overfor arbeidssøkere.

Hverken forarbeidene eller rettspraksis støtter opp om en analogi. Et argument for analogi er §§ 9-3 og 9-4. Bestemmelsene gjelder overfor arbeidssøkere, og åpner for at også arbeidssøkere kan utsettes for kontrolltiltak. Saklighetskravet i § 9-1 gjelder generelt for alle kontrolltiltak arbeidsgiver iverksetter, og det kan anføres at saklighetskravet derfor også gjelder generelt overfor arbeidssøkere. Ordlyden i § 9-1 er imidlertid klar. Bestemmelsen taler om kontrolltiltak «overfor arbeidstaker», jfr. første ledd. Formålet med saklighetskravet er å beskytte arbeidstakers integritet på arbeidsplassen, og som arbeidssøker er en ikke del av en arbeidsplass.

Arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 9-4 gjelder også spesifikke forhold. Skal § 9-1 brukes som hjemmel for et generelt saklighetskrav overfor arbeidssøkere, må det bety at all innhenting av opplysninger om arbeidssøkere anses som kontrolltiltak. Dette er neppe holdbart. Kontrolltiltak er ikke definert i arbeidsmiljøloven, men det ligger i ordet at det er snakk om tiltak som gir arbeidsgiver mulighet for kontroll, typisk om arbeidstaker utfører sitt arbeid tilfredsstillende. Det er ikke et ønske om kontroll som ligger bak spørsmålsstillingen under intervju og annen typisk innhenting i ansettelsesprosessen, men å finne ut om vedkommende er egnet til stillingen. Slik skiller innhenting av helseopplysninger seg fra øvrig innhenting. Helseopplysninger gir arbeidsgiver en kontrolladgang ved at de sier noe om arbeidssøker kan utføre arbeidet tilfredsstillende, for eksempel i forhold til sikkerhetsforskrifter.

Paragrafene 9-3 og 9-4 fremstår derfor som nettopp unntak fra hovedregelen; arbeidsmiljøloven kapittel 9 gjelder kontrolltiltak overfor arbeidstakere, med mindre annet er uttrykkelig sagt. Arbeidsmiljøloven er generelt også en lov som gir regler for arbeidsgivere og arbeidstakere, se §§ 1-2 første ledd og 1-8. Arbeidssøkere nevnes ikke i forbindelse med lovens formål eller anvendelsesområde, se §§ 1-1 og 1-2. Det er riktignok noen få bestemmelser som gjelder også for arbeidssøkere, men da er det uttrykkelig nevnt.

En analogisk anvendelse av § 9-1 på arbeidssøkere ville representert en utvidende tolkning i strid med legalitetsprinsippet. Det er ikke holdepunkter i loven eller forarbeidene som støtter en analogi. Bestemmelsen kan derfor ikke brukes analogisk på arbeidssøkere.

Et saklighetskrav overfor arbeidssøkere må i så fall oppstilles på ulovfestet grunnlag. Hvor personopplysningsloven ikke gjelder, kan det ulovfestede personvernet

komme inn og legge begrensninger på styringsretten. Personvernkommisjonen la til grunn i sin generelle utredning om personvern at «[d]et å måtte gi fra seg informasjon som ikke er relevant for situasjonen (...) kan være en krenkelse av personvernet.»⁵⁹ Det er imidlertid vanskelig å se for seg situasjoner hvor spørsmål på intervju eller lignende vil være så krenkende at det ulovfestede personvernet realiserer seg. Grensene for det ulovfestede personvernet er uklare, men de saker som har vært oppe i rettspraksis har angått sterke personverninteresser som avsløring av tidligere straffbare forhold og rett til sjeldne slektsnavn, se punkt 2.2.3.

Det er etter dette vanskelig å finne noen hjemmel for et generelt saklighetskrav i ansettelsesprosessen i privat sektor (bortsett fra i personopplysningsloven). Et saklighetskrav gjelder først etter at arbeidskontrakt er inngått. Før denne tid er det arbeidsgivers rett å velge den han vil til stillingen. Om dette innebærer at den pene søkeren får jobben fremfor den mindre pene med bedre kvalifikasjoner, eller at østlendingen blir valgt fremfor vestlendingen, så er det slik rettstilstanden er. Arbeidsgivers valg kan være usaklige, ukloke eller usmakelige, og det kan gjerne kritiseres, men det er ikke rettslig angripelig. Legalitetsprinsippet krever klar hjemmel for å begrense arbeidsgivers handlingsfrihet med et saklighetskrav i en rekrutteringsprosess. Slik hjemmel eksisterer ikke i privat sektor per i dag.

Når Jakhelln og Kjolaas forfekter et saklighetskrav, tar de heller ikke hensyn til at det ikke finnes noen sanksjoner som støtter opp om et saklighetskrav. Styret i et arbeidsgiverselskap kan riktignok kritisere en direktør for usaklige ansettelser. Det kan også iverksette sanksjoner internt i selskapet mot direktøren om styret ønsker det, selv om det nok skal litt til. Dette er imidlertid ikke rettslige sanksjoner.

Enhver diskriminering er ikke forbudt. De diskrimineringsgrunnlagene som er beskyttet fremgår av lovgivning, og disse må også privat sektor føye seg etter. Nivåene av beskyttelse er forskjellige. Noen forhold er det kun forbudt å vektlegge, for eksempel funksjonsnedsettelser, se diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og punkt 3.8.⁶⁰ Andre forhold er det også uttrykkelig forbudt å innhente opplysninger om, som fagforeningstilhørighet, se arbeidsmiljøloven § 13-4 og punkt 3.5.1. Det siste nivået av beskyttelse er de forhold som rammes av saklighetskravet i offentlig sektor, se punkt 3.2.1. De forholdene som ikke omfattes av noen av disse nivåene, har ikke noen rettslig beskyttelse i rekrutteringsprosessen.

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk rett at næringslivet har full handlingsfrihet innen de rammene som lov, forskrift og andre rettsgrunnlag setter. Når det ikke finnes et klart rettslig grunnlag for et saklighetskrav, kan private arbeidsgiveres handlingsfrihet heller ikke begrenses av et.

Et generelt saklighetskrav eksisterer altså ikke de lege lata. De lege ferenda kan gode grunner tale for et saklighetskrav i ansettelsesprosessen, noe som kan være

59 NOU 2009:1 pkt. 4.2.3.

60 Lov av 20. juni 2008 nr. 42.

årsaken til at det forfektes i juridisk teori. Som kvalifikasjonsprinsippet og saklighetskravet skal sikre i offentlig sektor, er det også fordelaktig for privat sektor at jobben går til den som er best kvalifisert. Arbeidssøkere ville dessuten slippe å svare på personlige spørsmål som ikke sier noe om deres egnethet til stillingen dersom det eksisterte et saklighetskrav.

En løsning kunne være å lovfeste et saklighetskrav, som foreslått i Sverige. I forbindelse med forslag til en egen lov om integritetsbeskyttelse i arbeidslivet, foreslo Vänsterpartiet en generell regulering av arbeidsgivers spørsmålsadgang.⁶¹ Det ble anbefalt å innføre et krav om at spørsmål som stilles for eksempel på jobbintervju må være saklig motiverte.⁶²

Et lovfestet saklighetskrav vil kunne sette en standard for akseptabel opptreden fra arbeidsgivers side. Arbeidsgivere flest ville sannsynligvis vært tilbakeholdne med å opptre usaklig dersom det forelå rettslig forbud mot det. De «stygge» og de med «feil» dialekter ville videre få en konkret regel å støtte seg på ved usaklige forbigåelser.

Mulighet for oppreisning finnes for brudd på bestemmelsene i arbeidsmiljøloven som gjelder for arbeidssøkere, samt for brudd på likestillingsloven og diskrimineringsloven, se punkt 3.4-3.5. Personopplysningsloven har også en egen bestemmelse om oppreisning i § 49, se punkt 2.2.2.3. Dersom et saklighetskrav skal innføres, må det innføres en erstatningsplikt også for annen usaklig opptreden under rekrutteringsprosessen. Det må knyttes sanksjoner til et saklighetskrav om det skal gi en reell beskyttelse.

Håndteringen av en slik erstatningsplikt kan bli utfordrende. Bevisituasjonen er et problem, da det ofte vil bli ord mot ord. Det må også avgjøres hva som er usaklig, og hvor stor grad av usaklighet som kreves. Om noe først karakteriseres som tilstrekkelig usaklig, vil det videre være vanskelig å sette en rimelig pris på «skaden» det innebærer å bli spurt om for eksempel hvem som passer barna. Et økonomisk tap vil sjelden foreligge, så oppreisning måtte blitt alternativet.

Det er ikke alt i samfunnet som bør reguleres ved hjelp av rettsregler. Usaklige forbigåelser og oppførsel i det private næringsliv er sannsynligvis heller ikke særlig utbredt. Arbeidsgivere flest vil ha den best kompetente til å utføre jobben, og det er da ingen grunn til å stille usaklige spørsmål eller å vektlegge en persons utseende. I kontakt med Likestillings- og diskrimineringsombudet svarte ombudet at de mottok svært få henvendelser om arbeidsgivere som vektlegger slike usaklige grunnlag ved ansettelse.⁶³ Mye av årsaken til det er at slike henvendelser ikke ligger innenfor de regelsett som LDO beskytter. Det er likevel også en indikator på at problemet ikke er så stort i praksis.

61 2011/12:A209, «Stärkt integritetsskydd i arbetslivet», s. 8.

62 ibid. s. 9.

63 Brev fra LDO av 26.10.2012, sendt per e-post.

De arbeidsgiverne som opptrer usaklig ville sannsynligvis heller ikke la seg skremme til saklighet av en lovfesting. Og med en situasjon rundt erstatnings-spørsmålet som gjort rede for i avsnittet over, vil en lovfesting uansett ikke ha den helt store verdien i praksis. Mye taler derfor for at situasjonen de lege lata er tilfredsstillende.

3.3 Søknad, CV, og vitnemål

Innsendelse av søknad, CV, og vitnemål er ofte første steget i ansettelsesprosessen, og første gang arbeidsgiver får personopplysninger om arbeidssøker. Arbeidsgiver vil noen ganger, som et ledd i ansettelsesprosessen, sjekke om opplysningene som fremkommer er korrekte.

Det kan anføres at innsendelsen av papirene er en påberopelse av faktiske forhold fra arbeidssøkers side, og at arbeidsgiver derfor automatisk har rett til å sjekke om opplysningene stemmer. I forhold til utdanning må det også være det riktige. Det er ingen hensyn til arbeidssøker som tilsier at arbeidsgiver ikke bør kunne kontakte skoler vedkommende har gått på. Dobbelsjekking av utdanning er tvert imot svært viktig for å unngå at jobber tilsettes av søkere med falske vitnemål. Et godt eksempel er CV-juks-saken, hvor en kvinne skaffet seg flere toppjobber i det offentlige ved hjelp av falske vitnemål fra renommerte høyskoler og universiteter.⁶⁴

Situasjonen blir en annen i forhold til tidligere og nåværende arbeidsgivere. Her må også hensynet til arbeidssøker tas i betraktning, og særlig hensynet til diskresjon. En arbeidssøker er kanskje allerede i en jobb, og ønsker ikke at deres arbeidsgiver skal vite at de søker andre jobber. For statlige arbeidsgivere er dette regulert i Statens Personallhåndbok. Det følger der at arbeidsgiver er avskåret fra å innhente opplysninger fra en søkers nåværende eller tidligere arbeidsgiver dersom søkeren ber om det.⁶⁵

For private arbeidsgivere gjelder ikke den begrensningen. Personopplysningsloven § 8 bokstav f) tilsier imidlertid at arbeidsgiverreferanser ikke skal kontaktes uten grunn; arbeidsgiver må ha en «berettiget interesse» i å snakke med arbeidssøkers referanser. Dette vil ikke arbeidsgiver ha før sent i ansettelsesprosessen, hvor den aktuelle søkeren står igjen som en av få kandidater til stillingen. Hensynet til arbeidssøkers personvern, jfr. popplyl. § 8 bokstav f), tilsier at arbeidsgiver bør informere søker på forhånd om at referansene kommer til å bli kontaktet. Dette er også vanlig prosedyre i praksis.

Arbeidsgiver bør problemfritt kunne stille spørsmål om utdanning, erfaring, kunnskap, vurdering av egne samarbeidsevner, sterke og svake sider og lignende

64 RG-2012-1722.

65 Statens Personallhåndbok 2012 pkt. 2.4.3.

under et jobbintervju. Dette er forhold som ofte fremheves i en jobbsøknad. Her tilsier ikke hensynet til arbeidssøkers personvern at arbeidsgivers rett til informasjon bør være begrenset.

Arbeidssøker oppgir ofte mer informasjon enn det arbeidsgiver har etterspurt. Dette kan være opplysninger som arbeidsgiver selv hadde vært avskåret fra å innhente, for eksempel informasjon om fagforeningstilhørighet.⁶⁶ Eller det kan være andre opplysninger uten relevans for ansettelsen. Disse opplysningene vil normalt ikke inngå i noe personregister, og personopplysningsloven gjelder derfor ikke for behandling av dem.⁶⁷ Dersom arbeidsgiver velger å ta opplysningene inn i et personregister, vil derimot loven gjelde.

Forhold som arbeidsgiver ikke selv kunne innhentet opplysninger om, kan arbeidsgiver heller ikke legge vekt på ved ansettelsen, selv om arbeidssøker uoppfordret kommer med informasjonen.⁶⁸ Forbudene retter seg mot arbeidsgiver som pliktsubjekt, og er derfor ikke til hinder for at arbeidssøker selv tar opp slike forhold.

3.4 Helsemessige forhold

3.4.1 Innhenting av helseopplysninger – arbeidsmiljøloven § 9-3

Arbeidsmiljøloven § 9-3 forbyr arbeidsgiver å innhente helseopplysninger som ikke er «nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen.»

Begrepet «helseopplysninger» bygger på definisjonen gitt av Breisteinsutvalget i NOU-2001-4, «Helseopplysninger i arbeidslivet», som departementet sluttet seg til i forslag til ny arbeidsmiljølov (nåværende arbeidsmiljøloven).⁶⁹ «Helseopplysninger» defineres av utvalget som «alle opplysninger som kan bidra til å kartlegge en persons nåværende og mulig fremtidige helsetilstand.»⁷⁰ Det vil omfatte opplysninger om en persons fysiske eller psykiske tilstand, både nåværende, tidligere og eventuelt framtidig, deriblant informasjon om medisinerbruk og rusmisbruk.⁷¹ Opplysninger om graviditet faller også innenfor, se for øvrig punkt 3.5.2.

Arbeidsgiver kan kun be om helseopplysninger som er «nødvendige» for arbeidsoppgavene stillingen innebærer. Det følger av departementets merknader til bestemmelsen at det kun vil være de strengt saklige formål som kan ivaretas.⁷²

66 Se aml. § 13-4 og pkt. 3.5.1.

67 Popplyl. § 3.

68 Se aml. § 13-1.

69 Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314.

70 NOU 2001:4 pkt. 10.4.1.

71 ibid. pkt. 3.2.4.

72 Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

Opplysninger som kan innhentes kan være opplysninger arbeidsgiver trenger for å oppfylle offentlige krav til et trygt arbeidsmiljø. Arbeidsgiver må således kunne spørre om arbeidssøker lider av en sykdom som er uforenlig med den aktuelle stillingen. Det er imidlertid aldri tillatt å stille generelle spørsmål om risiko for fremtidige sykdommer eller helseproblemer.⁷³

Arbeidsgiver kan heller ikke fremskaffe opplysninger som han ikke kan be arbeidssøkere om ved hjelp av andre metoder, se § 9-3 første ledd annet punktum. Bestemmelsen er uttømmende og oppstiller et absolutt forbud mot å innhente helseopplysninger som ikke er nødvendige, uavhengig av tidspunkt og fremgangsmåte. Andre innhentingsmetoder kan være innhenting via helsepersonell eller familie.

Det kan reises spørsmål om et samtykke fra arbeidssøker kan brukes som hjemmel for å innhente opplysninger som ikke er «nødvendige.» Arbeidslivslovutvalget argumenterte mot dette. Arbeidssøker ville kunne føle seg i en tvangssituasjon, slik at et samtykke ikke ville vært reelt, noe departementet sluttet seg til.⁷⁴ Det ble derfor konkludert med at det ikke var anledning til å bruke samtykke som hjemmel for å innhente helseopplysninger som ikke var «nødvendige.»⁷⁵

Ordlyden i § 9-3 oppstiller også et absolutt forbud mot å innhente helseopplysninger som ikke er «nødvendige». Videre følger det av § 9-1 at arbeidsmiljøloven ikke kan fravikes til arbeidstakers ugunst uten særskilt hjemmel. Hvor arbeidssøkere spesifikt omfattes, som i § 9-3, må § 9-1 gjelde også for dem.

Samtykke er altså ikke et hjemmelsgrunnlag for innhenting de lege lata. Det kan drøftes om situasjonen burde vært en annen de lege ferenda. Et premiss for utvalgets konklusjon var at det forelå en tvangssituasjon. Arbeidssøker vil imidlertid ikke alltid befinne seg i en slik tvangssituasjon. Hvor arbeidssøker er headhunted av arbeidsgiver, er det tvert imot søker som sitter med mest «makt». Om arbeidssøker da samtykker til at helseopplysninger innhentes, er det ingenting som tilsier at samtykket ikke er reelt.

Gode grunner taler etter mitt skjønn for å gjøre unntak fra forbudet i § 9-3 hvor det kan godtgjøres at det foreligger et reelt samtykke fra arbeidssøker.⁷⁶ Det bør i slike tilfeller være opp til arbeidssøker selv å avgjøre om han vil dele helseopplysninger med en potensiell arbeidsgiver.

3.4.2 Medisinske undersøkelser – arbeidsmiljøloven § 9-4

Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser av arbeidssøkere er uttømmende regulert i arbeidsmiljøloven § 9-4.

⁷³ ibid. s. 149.

⁷⁴ ibid. s. 148.

⁷⁵ ibid. s. 314.

⁷⁶ Jfr. popplyl. § 2 nr. 7.

Breistein-utvalget definerte medisinsk undersøkelse som «en undersøkelse av en person – en pasient – med tanke på å avdekke en mulig sykdom, skade eller lyte, med sikte på å behandle eller forebygge sykdom, eller utskriving av attest, bekreftelse eller erklæring om vedkommendes helse.»⁷⁷ Dette omfatter alt fra samtaler, utvendige undersøkelser, undersøkelse av arvemateriale, testing for rusmisbruk, mv., men det avgrenses mot såkalte personlighetstester uten medisinsk forankring.⁷⁸

Medisinske undersøkelser kan pålegges når det følger av lov eller forskrift, ved stillinger som innebærer «særlig risiko», eller når arbeidsgiver finner det «nødvendig» for å verne liv eller helse, jfr. § 9-4 bokstavene a) til c).

Samtykke vil ikke være tilstrekkelig hjemmel alene for å foreta medisinske undersøkelser.⁷⁹ Se for øvrig drøftelsen av dette i punkt 3.4.1.

3.4.3 Kort om rusmiddeltesting

Opplysninger om narkotikamisbruk regnes som helseopplysninger, se punkt 3.4.1. Det foreligger dermed de samme begrensninger på adgangen til å innhente opplysninger om bruk av rusmidler som øvrige helseopplysninger.

Rusmiddeltesting er også regnet som en medisinsk undersøkelse etter arbeidsmiljøloven § 9-4, og er underlagt de begrensninger som følger av bestemmelsen.

Den store hovedregel er at rusmiddeltesting krever særlig lov- eller forskriftshjemmel. Oppgaven avgrenser for øvrig mot dette temaet, som er grundig behandlet av blant annet Van der Lagen.⁸⁰

3.4.4 Bevisbyrde og rettsvirkninger

Arbeidsmiljøloven kapittel 9 har ikke særskilte regler om bevisbyrde eller virkningene av brudd på bestemmelsene. I mangel av særskilte regler, må bevisbyrden ligge hos den som hevder at bestemmelsene er overtrådt, i vårt tilfelle arbeidssøker.

Arbeidsgiver kan ilegges straff etter arbeidsmiljøloven § 19-1. Forsettlig eller uaktsom overtredelse av arbeidsmiljøloven kan straffes med «bøter eller fengsel inntil tre måneder», jfr. første ledd. Ved «særlig skjerpene omstendigheter» kan fengsel i inntil to år ilegges, jfr. annet ledd. Annet ledd blir neppe aktuell i saker etter §§ 9-3 og 9-4.

Rettspraksis har ikke eksempler på saker om overtredelse av § 9-3 eller § 9-4. Bevissituasjonen vil være utfordrende. Hvor arbeidsgiver for eksempel har spurt arbeidssøker om helseopplysninger under intervju, vil det være ord mot ord, om

⁷⁷ NOU 2001:4 pkt. 3.2.2.

⁷⁸ *ibid.* Se for øvrig pkt. 3.9 i avhandlingen.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314.

⁸⁰ Van der Lagen 2008

ikke andre var til stede og kan bekrefte forholdet. Hvor arbeidssøker ender med å bli ansatt, kan han likevel kreve innsyn i personalmappen etter personopplysningsloven § 18, og kan da få tilgang til sterkere bevis. En slik situasjon er imidlertid svært upraktisk. Hvorvidt arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 9-4 gir noen beskyttelse i praksis er derfor usikkert.

3.5 Vern mot diskriminering

Vernet mot diskriminering utgjør en viktig del av de lovfestede avgrensningene av styringsretten i rekrutteringsprosessen. De sentrale bestemmelsene vil bli omtalt nedenfor.

3.5.1 Arbeidsmiljøloven kapittel 13

Arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd forbyr «[d]irekte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder.»

Paragraf 13-2 første ledd bokstav a) gir kapittel 13 anvendelse på alle sider ved et arbeidsforhold, deriblant «utlysning av stilling, [og] ansettelse.» Dette innebærer at diskrimineringsvernet tidsmessig kan tre inn før det er etablert et ansettelsesforhold, og arbeidsmiljøloven kapittel 13 gjelder dermed også for arbeidssøkere.

Dette bekreftes av arbeidsmiljøloven § 13-4, «Innhenting av opplysninger ved ansettelse.» Bestemmelsen forbyr at arbeidsgiver «i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte» ber om at søkerne gir opplysninger om seksuell orientering, politiske holdninger eller fagforeningstilknytning. Den forbyr også at arbeidsgiver iverksetter tiltak for å innhente slike opplysninger på annet vis, se første ledd annet punktum. Bestemmelsen kan ses som en presisering av det generelle diskrimineringsforbudet i § 13-1. Den bygger på en presumsjon om at dersom slike opplysninger innhentes, vil arbeidsgiver legge vekt på opplysningene og følgelig diskriminere.

Det finnes unntak fra hovedregelen i annet ledd. Unntakene er ment å være snevre, og krever blant annet at innhenting av opplysningene kan begrunnes i «stillingens karakter.» Unntakene er ikke relevante for oppgavens problemstilling, og det avgrenses derfor mot disse.

Alternativet «på annen måte» vil typisk omfatte intervjusituasjonen. Arbeidsgiver kan altså ikke spørre arbeidssøker under intervjuet hvordan vedkommende stiller seg til et politisk spørsmål, om vedkommendes seksuelle orientering, eller om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon. Et eksempel fra rettspraksis på sistnevnte er Rt-2011-1755, Gate Gourmet-dommen.

Saken gjaldt overføring av cateringvirksomhet for flyselskap fra et selskap til et annet. Hovedspørsmålet i saken var om det forelå en virksomhetsoverdragelse. I tillegg anførte saksøkerne at det forelå brudd på arbeidsmiljøloven § 13-4 og forbudet mot diskriminering på grunn av fagforeningstilknytning.

Under intervjuene med det overdragende selskapet (Gate Gourmet) ble en rekke av arbeidssøkerne stilt spørsmål om fagforeningstilknytning. Grunnen var at selskapet hadde inngått en avtale med Luftfartens funksjonærforening (LFF). De forpliktet seg her til primært å dekke sitt rekrutteringsbehov ved å tilby ansettelse til søkere som var omfattet av tariffavtale med LFF. Gate Gourmet ønsket derfor å vite hvem av arbeidssøkerne som var omfattet av denne avtalen. I den forbindelse fikk selskapet overlevert en liste over LFF-medlemmer som hadde vært ansatt i overdragerselskapet, som ble benyttet under ansettelsesprosessen.

Høyesterett fant at spørsmålene om fagforeningstilknytning og bruken av listen over LFF-medlemmer var i direkte strid med aml. § 13-4 første ledd.⁸¹ Gate Gourmet hadde forskjellsbehandlet arbeidssøkerne på grunnlag av fagforeningstilknytning, og det forelå brudd på aml. §§ 13-1 og 13-4.

Saksøkerne ble tilkjent oppreisning etter aml. § 13-9 i samsvar med tingrettens domsslutning. Tingretten mente at krenkelsen var liten, og satte erstatningsbeløpet til 5.000 kroner per person.⁸²

Gate Gourmet-dommen er foreløpig det eneste eksempelet fra rettspraksis som direkte går på innhenting av opplysninger om arbeidssøkere.

Det er ikke nærmere definert i forarbeidene hva som konkret omfattes av forbudet i § 13-4 første ledd, første og annet punktum. Forbudene må omfatte alle metoder som resulterer i slike opplysninger, enten det er bruk av byråer, søk i aktuelle registre, google-søk, utspørring av familie, venner, tidligere arbeidsgivere eller andre referanser.

Også mer indirekte forsøk på å innhente opplysningene omfattes trolig av forbudet, jfr. Rt-2001-248, Olderdalen Ambulanse. Saken gjaldt rett til ansettelse etter virksomhetsoverdragelse. Arbeidssøkerne hadde ikke blitt direkte spurt om fagforeningstilhørighet, men søkerne ble tilbudt ansettelse i Olderdalen Ambulanse på den betingelse at de ikke organiserte seg. Denne betingelse var etter rettens oppfatning «egnet til å få frem opplysninger om hvorvidt en søker er eller ikke er organisert.»⁸³ Betingelsen var klart i strid med formålet til daværende arbeidsmiljøloven (1977) § 55A første ledd, og var nærmest en omgåelse av forbudet.⁸⁴ En slik betingelse for ansettelse er jo i realiteten et tiltak for å innhente opplysninger om fagforeningsmedlemskap. Søkere som er eller vil fagorganisere

81 Rt-2011-1755 avsnitt 74.

82 Se TOVRO-2009-100492.

83 Dommen s. 259.

84 Lov av 4. februar 1977 nr. 4 (opphævet)

seg, kan ikke takke ja til stillingen, og arbeidsgiver innhenter da indirekte den informasjonen.

«Seksuell orientering» omfatter «homofile, lesbiske, bifile og heteroseksuelle.»⁸⁵ Begrepet må avgrenses mot seksuell atferd, det vil si handlinger som går ut over den seksuelle legningen til vedkommende.⁸⁶ Pedofili omfattes følgelig ikke av vernet. Transkjønnede er heller ikke beskyttet.

Dette innebærer at arbeidsgiver ikke kan spørre arbeidssøker hvilken seksuell legning vedkommende har, og arbeidsgiver kan heller ikke innhente informasjonen på noen annen måte. Et annet spørsmål er om arbeidsgiver kan spørre om arbeidssøker er gift, eller om arbeidssøker har barn. Dette spørsmålet har også en side til graviditet og familieplanlegging, se punkt 3.5.2. I søknadsbaser på nettet og standard CV-maler er det ofte en rubrikk for sivilstatus, hvor en typisk kan velge «gift» eller «enslig». Hvorvidt en er gift sier ikke nødvendigvis noe om seksuell orientering, men det har som regel presumsjonen for seg at dem som er gift er i et heterofilt ekteskap. Om arbeidssøker oppgir partnerskap på sivilstatus er det klart at vedkommende er homofil eller bifil. Dette er ikke like aktuelt i dag, nå som partnerskap er avskaffet.⁸⁷ Dersom arbeidssøker blir bedt om å oppgi om vedkommende har barn, gir svaret på det også indikasjoner om seksuell orientering. Har vedkommende barn, og attpåtil er gift, er presumsjonen svært sterk for at vedkommende lever i et heterofilt forhold.

Det har ikke vært saker som direkte omfatter innhenting av slike opplysninger. En sak som var klaget inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) kom imidlertid inn på problematikken.⁸⁸ Klager var en mann som mente seg diskriminert i forbindelse med en rekrutteringsprosess. Han hadde blitt bedt om å fylle ut et elektronisk skjema hvor han måtte svare på en rekke spørsmål av privat art. Noen av disse var fødselsdato, om han hadde barn og eventuell alder på barna og om han fremdeles hadde daglig omsorg for disse. Ombudet kom til at spørsmålene ikke var i strid med aml. § 13-1 (eller likestillingsloven § 3, se nedenfor).

Ombudet gikk ikke inn på arbeidsmiljøloven § 13-4, selv om saken dreide seg om innhenting av opplysninger. Dette kan indikere at spørsmål om en har barn alene ikke vil være nok til å rammes av forbudet i § 13-4. En annen årsak til at § 13-4 ikke ble nevnt kan være at klageren mente seg diskriminert, og at saken derfor kun ble vurdert opp mot § 13-1 (og likestillingsloven § 3). Rettstilstanden kan ikke sies å ha blitt noe klarer av denne saken.

Innhenting av opplysninger om politisk syn omfattes også av arbeidsmiljøloven § 13-4. Bestemmelsen taler om hvordan arbeidssøker «stiller seg til politiske spørsmål.» Det vil være noe som gir uttrykk for politisk syn, som er uttrykksmå-

85 Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.2.4.4.

86 NOU 2003:2 pkt. 11.3.4.

87 Se lov 4.juli 1991 nr.47 §§ 1 og 95, jfr. lov 27.juni 2008 nr. 53.

88 LDO 10/71, uttalelse 10.februar 2011.

ten benyttet i § 13-1. «Politisk syn» er ikke nærmere definert, men det må antas å omfatte alle ulike politiske syn, både radikale og moderate holdpunkter.

De klareste eksempler på brudd er hvor arbeidsgiver spør hva arbeidssøker stemmer, om de er medlem i et politisk parti, eller prøver å innhente slik informasjon fra andre kilder. Ellers er det vanskelig å si hvor grensen går. Mange temaer inneholder elementer av politikk og er likevel relevante i forhold til en stilling, men ikke relevant nok til at unntaket i § 13-4 annet ledd kommer til anvendelse.

Paragraf 13-4 regulerer ikke alle diskrimineringsgrunnlagene som nevnes i § 13-1, for eksempel ikke alder eller nedsatt funksjonsevne, se første og sjette ledd. Alder vil vanligvis bli oppgitt i CV eller søknad, så det er ikke særlig praktisk. For personer med nedsatt funksjonsevne, vil det være sentralt om helseopplysninger kan innhentes i medhold av aml. § 9-3, se ovenfor. Nødvendighetskravet vil være avgjørende for hvilke opplysninger som kan innhentes. Arbeidsmiljøloven § 9-3 kan slik ses på som en presisering av vernet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, på samme måte som § 13-4 presiserer vernet på øvrige grunnlag.

Arbeidsmiljøloven kapittel 13 opererer med en delt bevisbyrderegulering. Det følger av § 13-8 at «[d]ersom (...) arbeidssøker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med bestemmelse i dette kapittel, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik diskriminering.» Bevisbyrden og tvilsrisikoen går med andre ord over på arbeidsgiver dersom faktiske omstendigheter eller bevis «gir grunn til å tro» at diskriminering har skjedd.⁸⁹

Kapittel 13 har også en egen bestemmelse om virkningene av brudd på bestemmelsene. Etter § 13-9 kan den som er blitt diskriminert i strid med kapittel 13 kreve oppreisning uavhengig av arbeidsgivers skyld, jfr. første ledd første punktum. Oppreisningen fastsettes skjønnsmessig ut fra hensynet til partenes forhold og de øvrige omstendighetene, jfr. annet punktum. Erstatning for økonomisk tap kan kreves etter alminnelige culperegler, jfr. annet ledd.

Det er bare domstolene som kan idømme erstatning og oppreisning, men Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN) vil kunne treffe bindende vedtak om at diskriminering har skjedd. Nemnda kan gi pålegg om stansing, retting eller andre nødvendige tiltak, og vil kunne ilegge tvangsmulkt dersom et slikt pålegg ikke etterleves innen en gitt frist.⁹⁰

Mest praktisk for arbeidssøkere som har opplevd brudd på aml. § 13-4 er oppreisning etter § 13-9 første ledd, da det sjelden vil foreligge noe klart økonomisk tap. Gate Gourmet-dommen nevnt ovenfor tyder på at det ikke vil bli tale om store summer.

⁸⁹ Arbeidsrett.no, aml. § 13-8, kommentarer av Else Leona McClimans, note 1.

⁹⁰ Lov 10. juni 2005 nr. 40 (diskrimineringsombudsloven) §§ 7-8.

3.5.2 Likestillingsloven

En annen viktig avgrensning av arbeidsgivers styringsrett under rekrutteringsprosessen følger av likestillingsloven § 4 tredje ledd, se arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd tredje punktum.

Bestemmelsen oppstiller et absolutt forbud for arbeidsgiver mot i ansettelsesprosessen å be arbeidssøker om opplysninger om eller på annen måte innhente opplysninger om «graviditet, adopsjon eller familieplanlegging.» Det finnes som hovedregel ingen unntaksadgang fra forbudet. Loven forbyr imidlertid ikke at familieplanlegging, graviditet eller lignende diskuteres dersom arbeidssøker selv tar opp slike spørsmål under et jobbintervju.⁹¹

Familieplanlegging omfatter planlagt graviditet eller adopsjon, infertilitetsbehandling, og foreldrepermisjon og forholdene rundt den.⁹²

Likestillingsloven § 4 tredje ledd er kjønnsnøytral. Forbudet omfatter både spørsmål om arbeidssøker selv eller dennes partner er gravid, i en adopsjonsprosess, under infertilitetsbehandling, eller om de planlegger noe av dette.⁹³

Det finnes ikke saker fra rettspraksis om § 4 tredje ledd. LDO har hatt en sak om bestemmelsen.⁹⁴ Klager A hadde vært på jobbintervju hos selskapet X. Før selve intervjuet startet B, et medlem av ledelsen, en samtale med A om familieplanlegging. Hun spurte blant annet om A hadde vurdert å få barn, og ga uttrykk for at det ikke ville være problematisk for selskapet så lenge A ventet et par år med å få barn. B ga uttrykk for at hun var klar over at det var ulovlig å stille slike spørsmål.

Ombudet vurderte ikke saken uttrykkelig opp mot § 4 tredje ledd, men la til grunn at spørsmål om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen regnes som direkte forskjellsbehandling. Videre uttalte ombudet at «[v]ernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er tilnærmet absolutt.» Det ble konkludert med at X hadde handlet i strid med forbudet mot direkte diskriminering, jfr. § 3 annet ledd nr. 2 annet punktum.

Selv om det ikke sies i Ombudets uttalelse, er det klart at forholdet var i strid med § 4 tredje ledd. Da brudd på § 4 tredje ledd ikke spesifikt var påberopt i saken, fant LDO det trolig ikke nødvendig å ta opp bestemmelsen. Spørreforbudet i § 4 tredje ledd bygger på en presumsjon om at dersom slike opplysninger innhentes så vil de bli lagt vekt på ved ansettelsen, og det regnes derfor som direkte diskriminering.

Det er på det rene at arbeidsgiver ikke kan spørre en arbeidssøker om vedkommende planlegger å få barn, eller innhente slik informasjon fra venner, familie eller andre. Noe annet er det med beslektede spørsmål, som ikke direkte gjelder graviditet eller familieplanlegging. Det kan tenkes spørsmål om nåværende

91 Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) pkt. 11.2.5.

92 ibid.

93 ibid.

94 LDO 10/2256, uttalelse 23.mars 2011.

familiesituasjon, noe saken fra LDO nevnt i punkt 3.5.1 er et eksempel på.⁹⁵ En mannlig arbeidssøker måtte på elektronisk skjema oppgi fødselsnummer, om han hadde barn, alder på barna, og om disse hadde flyttet hjemmefra.

Ombudet registrerte at en sammenstilling av opplysninger om alder, kjønn og omsorgsansvar etter omstendighetene kunne føre til at visse grupper søkere kom dårligere ut. Det gjaldt særlig for kvinner i fruktbar alder. Opplysningene i saken var imidlertid ikke tilstrekkelige til å gå videre med det aspektet av saken.

Når opplysninger om barn, alder på barn og omsorgsansvar ses i sammenheng, kan det gi arbeidsgiver indikasjoner om familieplanlegging. Det kan tale for at slik informasjon bør omfattes av forbudet i § 4 tredje ledd. Rettstilstanden i forhold til tilgrensede opplysninger som dette er likevel uklar.

Likestillingsloven har en tilsvarende bevisbyrderregel som arbeidsmiljøloven kapittel 13. Paragraf 16 første ledd fastslår at dersom det «foreligger» omstendigheter som «gir grunn til å tro» at forskjellsbehandling i strid med loven har skjedd, skal det også legges til grunn, «hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.» Den «ansvarlige» vil i arbeidssøkers tilfelle være arbeidsgiver. «Foreligger» brukes for å indikere at opplysninger som legger bevisbyrden over på arbeidsgiver ikke må fremskaffes av klageren, men at det er nok om LDO har skaffet opplysningene.⁹⁶

Arbeidssøker som har opplevd brudd på § 4 tredje ledd kan kreve erstatning og/eller oppreisning etter § 17 uavhengig av arbeidsgivers skyld. Ved fastsetting av størrelsen på erstatning og/eller oppreisning, skal det blant annet tas hensyn til «det økonomiske tap», se første ledd annet punktum.

Bestemmelsen tilsvarende i store trekk arbeidsmiljøloven § 13-9 første og annet ledd. En liten forskjell ligger i at erstatning kan kreves uten hensyn til skyld og at rett til erstatning ikke forutsetter at det påvises et økonomisk tap.⁹⁷

3.5.3 Diskrimineringsloven

Diskrimineringsloven § 7 forbyr at arbeidsgiver i utlysning etter arbeidstakere eller «på annen måte» ber søkerne gi opplysninger om deres holdninger til «religøse eller kulturelle spørsmål», se første ledd første punktum. Arbeidsgiver kan heller ikke innhente slike opplysninger på annen måte, se andre punktum.

Unntak gjelder hvor innhenting begrunnes i «stillingens karakter» eller hvor virksomhetens formål helt eller delvis er å fremme religiøse eller kulturelle formål og den aktuelle stillingen vil være av betydning for å gjennomføre formålet, jfr. § 7 annet ledd.

⁹⁵ LDO 10/71, uttalelse 10.februar 2011.

⁹⁶ Gyldendal Rettsdata, lttl. § 16, kommentar av Karin M. Bruzelius, note 56.

⁹⁷ Gyldendal Rettsdata, lttl. § 17, kommentarer av Karin M. Bruzelius, note 59.

Bestemmelsen er en presisering av det generelle diskrimineringsforbudet og unntaket i § 4.⁹⁸ Paragraf 7 innebærer ingen utvidelse eller innskrenkning av adgangen til å innhente opplysninger i forhold til det generelle diskrimineringsforbudet. Diskrimineringsloven § 4 forbyr diskriminering på bakgrunn av «etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn», jfr. første ledd, med unntak for «[f]orskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles», jfr. fjerde ledd.

Loven eller forarbeidene har ikke en nærmere definisjon av «religiøse eller kulturelle spørsmål». Det finnes per i dag ikke rettspraksis eller annen praksis som belyser § 7 nærmere.

Eksempler på religiøse spørsmål er om vedkommende er religiøs, hvilken religion en tilhører, og hvordan arbeidssøker stiller seg til bruk av religiøse hodeplagg. Alt dette vil gi arbeidsgiver informasjon om hvordan arbeidssøker stiller seg til religiøse spørsmål. Arbeidsgiver kan følgelig ikke innhente informasjonen på annen måte, for eksempel ved å kontakte trossamfunn som arbeidsgiver mistenker vedkommende er medlem av. Paragraf 7 første ledd andre punktum tilsier at arbeidsgiver ikke en gang kan søke på internett eller i massemedia for å se om arbeidssøker er nevnt i forbindelse med religiøse spørsmål. Det vil være «tiltak» som arbeidsgiver iverksetter for å innhente slik informasjon.

Hva som kommer innunder «kulturelle spørsmål» er ikke like klart. Kultur er mer eller mindre altomfattende, og gir arbeidsgiver svært liten spørsmålsadgang om en vid definisjon skal legges til grunn.

Kultur som begrep beskriver visse fellestrekk som mennesker som hører til en spesifikk gruppe har, i motsetning til de som ikke hører til gruppa. Typiske kjennetegn er felles språk, felles verdisyn, felles religion, felles moralske normer og erfaringsverden. Begrepet har mange likhetstrekk med etnisitetsbegrepet, se dskrl. § 4 første ledd.

Det er rimelig å anta at det er kjennetegn som nevnt ovenfor som § 7 henviser til med «kulturelle spørsmål.» Dette samsvarer med lovens formål om «å hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn», se § 1.

Noen av elementene som omfattes av begrepet er det nytteløst å ha forbud mot å innhente opplysninger om. Arbeidsgiver trenger for eksempel ikke spørre for å finne ut hvilken hudfarge arbeidssøker har, og bærer en arbeidssøker hijab, sier det mye om hennes kulturelle og religiøse tilhørighet.

Diskrimineringsloven § 7 har praktisk betydning for andre kulturelle spørsmål. Bestemmelsen forbyr arbeidsgiver å stille spørsmål som, om de besvares, vil si noe om arbeidssøkers etnisitet, nasjonale opprinnelse eller avstamning (som

98 Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 209.

arbeidsgiver ikke selv ser umiddelbart). Arbeidsgiver kan for eksempel ikke spørre hvor arbeidssøker opprinnelig kommer fra eller hvor hans foreldre utvandret fra, eller spørre andre om det. Om ordlyden tas på ordet, kan arbeidsgiver heller ikke spørre arbeidssøker hva han synes om for eksempel muslimer eller arabere.

Bestemmelsen bruker ordlyden «stiller seg til»; den oppstiller tilsynelatende ikke et generelt forbud mot å innhente opplysninger om religiøse eller kulturelle spørsmål. Dette kunne tilsi at det ikke er forbudt å spørre arbeidssøker om for eksempel hans nasjonale opprinnelse eller avstamning. Svaret vil jo være et faktum om arbeidssøker, og ikke en opplysning om hvordan han selv stiller seg til det. En slik tolkning av bestemmelsen ville imidlertid være i strid med lovens formål og kan ikke legges til grunn.

Diskrimineringsloven opererer også med delt bevisbyrde. Det følger av § 10 at dersom det er omstendigheter som gir «grunn til å tro» at (blant annet) § 7 har blitt brutt, legges dette til grunn, om ikke den ansvarlige sannsynliggjør at brudd på bestemmelsen ikke har forekommet.

Det vil være opp til LDN, LDO og domstolene å fastlegge hva som regnes som tilstrekkelige «omstendigheter». Hvorvidt det er «grunn til å tro» at diskriminering har funnet sted, beror på en konkret vurdering. Det er ifølge Kirkøens kommentarer til bestemmelsen ikke noe krav til sannsynlighetsovervekt, men «[k]lager må etablere en presumsjon for at diskriminering har skjedd.»⁹⁹ Det er vanskelig å se for seg at en presumsjon kan etableres uten at det også foreligger sannsynlighetsovervekt. Kirkøen konkretiserer dette med at «[d]et er ikke et krav om at påstanden må styrkes av andre bevismidler i form av dokumenter eller vitner så lenge sakens ytre omstendigheter underbygger påstanden i tilstrekkelig grad.»¹⁰⁰

Også diskrimineringsloven har et objektivt ansvar for arbeidsgiver ved brudd på innhentingsreglene. Ved overtredelse av § 7 kan arbeidssøker kreve oppreisning «uten hensyn til arbeidsgivers skyld», jfr. § 14 annet ledd. Oppreisningens størrelse beror på «partenes forhold og omstendighetene for øvrig», se første ledd annet punktum. Erstatning kan arbeidssøker få etter vanlige culperegler.

Det er vanskelig å si hvilke summer slike oppreisninger vil ligge på. Gate Gourmet-dommen indikerer at det vil dreie seg om symbolske beløp. Religiøse og kulturelle spørsmål vil imidlertid ofte være av en mer krenkende karakter enn spørsmål om fagforeningstilhørighet. Det har per i dag ikke vært saker oppe i rettspraksis hvor det er tilkjent oppreisning for brudd på § 7.

99 Gyldendal Rettsdata, dskrl. § 10, kommentarer av Christel Kirkøen, note 34.

100 *ibid.*

3.6 Straffbare forhold

Arbeidsgiver ønsker ofte å vite om en potensiell ansatt har vært innblandet i straffbare forhold, av både saklige og mindre saklige grunner.

Politiattest kan arbeidsgiver kreve fremlagt i visse tilfeller. Hjemmel for utlevering av politiattest er regulert i strafferegistreringsforskriften kapittel C, § 12. Forskriften er gitt med hjemmel i strafferegistreringsloven § 10 nr. 3.¹⁰¹ Etter forskriftens § 12 nr. 1 kan politiattest utstedes når det foreligger klar lovhjemmel for det. Det er visse stillinger som krever politiattest, se særlig § 12 nr. 4 bokstavene c) og k) (ansettelse i henholdsvis psykisk helsevern og kriminalomsorgen) og bokstavene o) og p) (stillinger som innebærer å yte tjenester til mindreårige eller et tillits- og ansvarsforhold overfor mindreårige).

Forskriftens bestemmelser er uttømmende. Arbeidsgiver kan ikke kreve politiattest uten at hjemmel følger her eller av særlovgivningen, og politiattest skal ikke bli utstedt uten at slik hjemmel foreligger. Illustrerende er Strafferegistreringssaken.¹⁰² I forbindelse med ansettelse av avdelingsleder ved en domstol hadde Justisdepartementet, etter forespørsel fra embetsleder E, innhentet og formidlet til ham opplysninger fra strafferegisteret om en av søkerne, A. Bakgrunnen var at E hadde fått mistanke mot A. A krevde oppreisning fra staten. Høyesterett fant at opplysningene var innhentet uten hjemmel, og at innhenting var ulovlig.¹⁰³ Oppreisning ble imidlertid ikke tilkjent, da retten ikke fant at det forelå en ærekrenkelse jfr. straffeloven § 249 nr. 2, og følgelig ikke grunnlag for erstatning etter skadeserstatningsloven § 3-6. A krevde subsidiært erstatning etter skadeserstatningsloven § 3-5 da han hevdet at saken hadde påført ham psykisk skade. Heller ikke det førte fram.¹⁰⁴

Om arbeidsgiver har hjemmel til å kreve politiattest, så har han også en plikt til å gjøre det. Når det kreves politiattest, er det for å unngå å ansette folk som er uskikket til jobben. Et eksempel er barnehageloven § 19.¹⁰⁵ Bestemmelsen krever at den som skal jobbe i barnehage må legge frem politiattest som godtgjør at vedkommende ikke er siktet, dømt eller tiltalt for seksuelle overgrep mot barn. Er en søker dømt for slike forhold, er vedkommende utelukket fra å jobbe i barnehager. Det samme gjelder for andre yrker som krever politiattest; oppfyller ikke søkeren kravet til en plettfriandel på de aktuelle områdene, kan ikke vedkommende få jobben.

Det er ikke alle straffbare forhold som fremgår av en politiattest, men kun de forhold som er relevante for stillingen. Barnehageloven § 19 et godt eksempel, da bare forhold knyttet til seksuelle overgrep mot barn vil stå i attesten. Det vil hel-

¹⁰¹ Lov 11. juni 1971 nr. 52.

¹⁰² Rt-2001-428.

¹⁰³ Dommen s. 442.

¹⁰⁴ Dommen s. 444.

¹⁰⁵ Lov 17. juni 2005 nr. 64.

ler ikke fremgå av en politiattest om arbeidssøker er blitt frikjent i en straffesak. Et sentralt spørsmål er derfor om arbeidsgiver har rettslig adgang til å innhente opplysninger om straffbare forhold på andre måter enn gjennom politiattest.

En alternativ innhentingsmåte er egenerklæring omandel. Arbeidssøker blir da bedt om å erklære at rullebladet er rent og eventuelt opplyse om hva som gjør at rullebladet ikke er rent.

Innhenting av egenerklæring omandel vil være behandling av sensitive personopplysninger, jfr. personopplysningsloven § 2 nr. 2 og 8 bokstav b). Bruk av slik egenerklæring vil neppe kunne hjemles i interesseavveiningen i popplyl. § 8 bokstav f), og tilfredsstiller ikke noen av vilkårene i § 9 bokstav b) – h). Forarbeidene til strafferegistreringsloven slår videre fast at de situasjoner hvor vandelsattest kan kreves skal være uttømmende regulert i loven og forskriften. Det kan følgelig ikke konstrueres ordninger som omgår disse bestemmelsene.¹⁰⁶ Bruk av slik egenerklæring vil i praksis innebære en omgåelse av hjemmelskravet. Arbeidsgiver kan etter dette ikke kreve egenerklæring omandel fra arbeidssøkere.

Noe annet er det om arbeidssøker samtykker, jfr. §§ 8 første alternativ og 9 bokstav a). Dersom det kan godtgjøres at samtykket er «frivillig, uttrykkelig og informert», jfr. § 2 nr. 7, vil det nok være opp til arbeidssøker selv om vedkommende ønsker å gi egenerklæring omandel. Datatilsynet synes å legge seg på samme linje når de skriver at slike egenerklæringer vil være en omgåelse av kravet til hjemmel, og at arbeidssøker derfor «ikke [er] forpliktet til å gi fra seg denne typen opplysninger til arbeidsgiveren.»¹⁰⁷ Dette indikerer at arbeidssøker kan gi fra seg informasjonen om vedkommende ønsker det, men har ingen forpliktelse til det.

Det kan diskuteres hvorvidt Datatilsynets «spørsmål og svar» er noen rettskilde, og hvilken vekt de har. Som forvaltningsorgan har tilsynet en informasjonsplikt overfor borgerne, og det er den de bruker når de uttaler seg på sine nettsider. Svarene bygger på en tolkning av personopplysningsloven, og vil være et uttrykk for den rettsoppfatning som tilsynet har. Tilsynets «spørsmål og svar» er derfor en rettskilde på lik linje med annen juridisk teori. Som teori er tilsynets svar interessante, men veier ikke tyngre enn annen teori. Rettskildevekten vil som utgangspunkt ikke være særlig stor, men vekten må ses opp mot hvilke andre kilder som finnes om temaet. Spørsmålet om lovligheten av egenerklæring omandel er ikke behandlet i annen kjent juridisk teori. Forarbeidene til strafferegistreringsloven sier heller ikke noe direkte om det, og rettspraksis har ikke hatt kjente saker om temaet. Tilsynets «spørsmål og svar» vil i mangel av andre rettskilder derfor ha relativt stor vekt.

¹⁰⁶ NOU 2003:21 pkt. 15.6.

¹⁰⁷ Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar,

<http://datatilsynet.no/verktoy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

En annen innhentingsmåte er å spørre arbeidssøker direkte om straffbare forhold på intervju, eller at arbeidsgiver innhenter opplysningene på egen hånd, eksempelvis gjennom internett eller byråer.

Adgangen vil avhenge av om noen av vilkårene i personopplysningsloven §§ 8 og 9 er oppfylt. Samtykke vil være aktuelt for annen innhenting, men kan ikke være hjemmel for spørsmålsstillingen, da det er selve spørsmålsstillingen som utgjør behandlingen. Aktuell hjemmel i § 8 er bokstav f). Det kan tenkes tilfeller hvor arbeidsgiver har en berettiget interesse i å få slike opplysninger som overstiger søkers rett til personvern. Et eksempel er stilling som banksjef eller annen stilling som innebærer håndtering av store pengesummer. Arbeidsgiver vil da ha en berettiget interesse i å vite om vedkommende tidligere har vært innblandet i økonomisk kriminalitet.

Paragraf 9 bokstav f) tillater behandling av sensitive personopplysninger når det «er nødvendig for at den behandlingsansvarlige kan gjennomføre sine arbeidsrettslige plikter eller rettigheter.» Det kan tenkes at arbeidsgiver for eksempel har en rett til å beskytte seg mot svindel fra sine ansatte. Uttrykket «arbeidsrettslige plikter eller rettigheter» omfatter imidlertid ifølge forarbeidene «plikter og rettigheter som hviler på et arbeidsrettslig grunnlag», hvor grunnlaget kan være «lovgivning, avtale mellom partene i arbeidslivet, eller individuelle arbeidsavtaler.»¹⁰⁸ Det er vanskelig å se at en slik arbeidsrettslig rettighet kan gi grunnlag for å spørre om straffbare forhold. Paragraf 9 bokstav f) kan imidlertid fungere som hjemmel for å innhente politiattest ved siden av hjemmelen i spesiallovgivningen. Arbeidsgiver vil som nevnt ha en arbeidsrettslig plikt til å innhente politiattest i slike tilfeller.

Når egenerklæring om vandel anses som en omgåelse av kravet til hjemmel for å få politiattest, så bør etter mitt skjønn også det å få opplysningene gjennom å spørre på vanlig måte ses som en omgåelse. Arbeidsgiver kan få flere opplysninger om straffbare forhold ved å spørre enn gjennom en politiattest, da ikke alle straffbare forhold fremgår av en politiattest.

Det foreligger ikke rettspraksis som direkte går inn på dette spørsmålet. I Strafferegistreringssaken ble A stilt et direkte spørsmål om tidligere straffbare forhold i en telefonsamtale med E. A nektet å svare på spørsmålet, og forklarte i retten at han ikke anså seg forpliktet til å svare på slike spørsmål.¹⁰⁹ Høyesterett kommenterte ikke dette nærmere.

En annen sak hvor problemstillingen kunne ha realisert seg er Fetterendommen nevnt under punkt 3.1. Heller ikke i denne saken kommenterte retten om banken hadde vært berettiget til å spørre A om straffbare forhold.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 110-111.

¹⁰⁹ Dommen s. 429.

I mangel av klare rettskilder som gir arbeidsgiver rett til å spørre arbeidstaker om straffbare forhold, må personopplysningslovens regler legges til grunn. Arbeidsgiver har ikke hjemmel til å spørre om slike forhold, da ingen av alternativene i § 9 er anvendelige. Heller ikke om det foreligger hjemmel for å innhente politiattest, kan arbeidsgiver spørre generelt om straffbare forhold. Paragraf 9 bokstav b) gir riktignok hjemmel hvor det er fastsatt i lov at opplysningene kan behandles. Lovhjemlene for politiattest sier imidlertid ingenting om å stille spørsmål om slike forhold. Som nevnt ovenfor kan en få helt andre opplysninger ved å spørre.

Reglene om politiattest er ment å gi arbeidsgiver en mulighet til å beskytte seg mot kriminelle forhold, både i forhold til seg selv og andre som står i nær tilknytning til bedriften. Er det ikke hjemmel for å innhente politiattest, må arbeidsgiver beskytte seg mot kriminalitet på andre måter. Straffbare forhold som lovgiver ikke har ansett som relevante for stillingen, har ikke arbeidsgiver noen rettslig adgang til å få opplysninger om.

3.7 Økonomiske forhold

Innhenting av kredittopplysninger er regulert i personopplysningsforskriften. Kapittel 4 regulerer såkalt kredittopplysningsvirksomhet, og hvem som kan få utlevert opplysninger fra slike.

I motsetning til bestemmelsene omtalt i punktene ovenfor, er det ikke arbeidsgiver som er pliktsubjekt i personopplysningsforskriften. Det er kredittopplysningsvirksomheten som er ansvarlig for å følge reglene, og det er de som eventuelt kan straffes for overtredelse av reglene.¹¹⁰ Hver gang arbeidsgiver bestiller kredittopplysninger om noen, typisk via online-tilgang på internett, blir det imidlertid sendt en gjenpart til den som sjekkes.¹¹¹ Det er derfor lite tenkelig at arbeidsgivere vil foreta kredittsjekker uten at det er hjemmel for det, selv om pliktsubjektet er en annen virksomhet.

Kredittopplysninger skal kun gis dersom vedkommende har saklig behov for dem, jfr. § 4-3 første ledd. I arbeidsgivers situasjon vil det være et saklig behov for kredittopplysninger om arbeidssøker hvor den aktuelle stillingen innebærer myndighet til å håndtere store verdier, for eksempel stilling som økonomidirektør.

Datatilsynet stiller opp tre kriterier for å kunne foreta kredittsjekk av en arbeidssøker.¹¹² Den aktuelle stillingen må ha en høyere funksjon, den må innebære et stort økonomisk ansvar, og arbeidssøker må være kommet til sluttfasen

¹¹⁰ Poppf. § 10-3.

¹¹¹ Poppf. § 4-4.

¹¹² Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar,

<http://datatilsynet.no/verktoy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

av ansettelsesprosessen. Det vil følgelig ikke være saklig å foreta kredittsjekk av alle søkere til stillingen. Datatilsynets «spørsmål og svar» er som drøftet under punkt 3.6 ikke en tung rettskilde. Deres svar er likevel greie retningslinjer å følge for arbeidsgivere i praksis.

Adgangen til annen innhenting av opplysninger om økonomiske forhold avhenger av de generelle reglene i personopplysningsloven. Opplysninger om økonomiske forhold er som hovedregel ikke sensitive personopplysninger, med mindre de sier noe om økonomisk kriminalitet, jfr. popplyl. § 2 nr. 8 bokstav b). Avgjørende blir om innhenting av slike opplysninger tilfredsstillende noen av vilkårene i § 8.

For annen innhenting enn direkte spørsmålsstilling, kan samtykke fra arbeidssøker brukes som hjemmel.¹¹³ Ellers vil adgangen avhenge av om arbeidsgivers berettigede interesse av opplysningene overstiger hensynet til arbeidssøkers personvern, jfr. § 8 bokstav f). Hvor saklighetskravet etter personopplysningsforskriften ikke er oppfylt, er det vanskelig å se at arbeidsgiver kan ha en tilstrekkelig berettiget interesse av opplysningene.

3.8 Nedsatt funksjonsevne

Enkelte forhold er vernet mot diskriminering, men har ikke bestemmelser som direkte forbyr innhenting av opplysninger. Et slikt forhold er nedsatt funksjonsevne, som reguleres av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Det ikke er anledning til å behandle en person dårligere på grunn av nedsatt funksjonsevne eller tilknytning til en annen person med nedsatt funksjonsevne, se § 4. Loven har imidlertid ingen egen bestemmelse som forbyr innhenting av opplysninger om slike forhold. Visse forhold som omfattes av loven går inn under forbudene mot å innhente helseopplysninger og å foreta medisinske undersøkelser i arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 9-4, men ikke alle.

Personopplysningsloven legger begrensninger på arbeidsgivers adgang til å innhente slike opplysninger. Arbeidsgiver vil som regel ikke ha en tilstrekkelig berettiget interesse i å innhente opplysninger om slike forhold, jfr. § 8 bokstav f). Det kan tenkes i tilfeller som nevnt i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd annet punktum; hvor behovet for informasjonen blant annet er saklig, og en viss funksjonsevne er «nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke.» Som hovedregel vil imidlertid ikke arbeidsgiver ha et berettiget behov for slike opplysninger.

113 Popplyl. § 8 første alternativ, jfr. § 2 nr. 7.

3.9 Psykologiske tester

Bruk av psykologiske tester i ansettelsesprosesser er blitt et utbredt fenomen i norsk arbeidsliv. Testing brukes hyppigere jo høyere stillinger det er snakk om, men er ikke lenger forbeholdt potensielle toppledere.

Arbeidsgivere gjør bruk av ulike psykologiske tester. De vanligste er personlighetstester og evne- og ferdighetstester. Arbeidsgiver ønsker gjennom testene å kartlegge hvorvidt en søker passer inn i stillingen, både sosialt og faglig.

Breisteinsutvalget avgrenset «medisinske undersøkelser» mot «såkalte 'personlighetstester' uten medisinsk forankring.»¹¹⁴ Personlighetstester omfattes følgelig ikke av arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 9-4, og det gjør neppe øvrige psykologiske tester heller. Psykologiske tester er ikke særskilt regulert på annen måte. Dette til tross for at resultatet av testene blir personopplysninger, og at testene i seg selv ofte beveger seg langt inn mot arbeidssøkers privatsfære. Etske problemstillinger gjør seg også gjeldende, da feiltesting kan ramme arbeidssøkers selvfølelse sterkt og kunne føre til valg av feil person for stillingen.

Psykologiske tester vil som oftest utføres ved hjelp av elektroniske hjelpemidler, og slik komme inn under personopplysningsloven, jfr. § 3 bokstav a). Det aktuelle hjemmelsgrunnlag er samtykke fra arbeidssøker, jfr. § 8 første alternativ.

Datatilsynet har ikke tatt uttrykkelig stilling til bruken av psykologisk testing av arbeidssøkere, men nevner at det som hovedregel kun er nødvendig å gjennomføre personlighetstester av de mest aktuelle kandidatene til en stilling.¹¹⁵ Dette samsvarer med saklighetskravet i personopplysningsloven § 11 bokstav b), jfr. også bokstav e). Jakhelln argumenterer også for saklighetsbegrensninger på bruk av personlighetstester ut fra personvern hensyn.¹¹⁶

ILO har kommet med anbefalinger til regulering av psykologiske tester i en egen rekommandasjon.¹¹⁷ Disse er nettopp anbefalinger til medlemsstatene, og er ikke rettslig bindende, se rekommandasjonens punkt 2. I punkt 6.10 nedlegges det forbud mot bruk av «[p]olygraphs, truth-verification equipment or any other similar testing.» Dette er tester som er lite utbredt i norske ansettelsesprosesser, om i det hele tatt. Slike tester vil ofte skje ved hjelp av elektroniske hjelpemidler, jfr. personopplysningsloven § 3 bokstav a). Adgangen til å gjennomføre dem vil avhenge av om arbeidssøker samtykker i samsvar med personopplysningsloven § 2 nr. 7, jfr. § 8 første alternativ. Ellers vil det ikke finnes hjemmel. Bruk av slike tester er svært krenkende, og arbeidssøker vil antagelig være beskyttet mot dem

¹¹⁴ NOU 2001:4 pkt. 3.2.2.

¹¹⁵ Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar, <http://datatilsynet.no/verktoy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

¹¹⁶ Jakhelln 2006 s. 214.

¹¹⁷ ILO Code of practice, Protection of workers' personal data, 1997

gjennom det ulovfestede personvernet, uavhengig av personopplysningslovens regler. Kvaliteten på slike testresultater er også svært omstridt.

Personlighetstester og lignende reguleres i punkt 6.11. Det legges ikke ned forbud mot slik testing, men bruken av dem må være i samsvar med rekommandasjonens øvrige bestemmelser. Det innebærer blant annet at testen eller testresultatene må være relevant for stillingen, se kapittel 5, «General principles», punkt 5.1.

Adgangen til psykologisk testing i norsk rett bygger på samtykke fra arbeidssøker. Det kan spørres om dette innebærer at arbeidssøker ikke har noen reell mulighet til å motsette seg slike tester. Et samtykke etter personopplysningsloven skal være «frivillig», jfr. § 2 nr. 7. Testingen stiller imidlertid arbeidssøker i en vanskelig pressituasjon, da det å nekte å gjennomføre testen kan være ensbetydende med å takke nei til stillingen. Et samtykke kan da bli illusorisk. Ytterligere regulering er foreslått i EU-kommisjonens forslag til nye personvernregler. Samtykke vil her ikke være tilstrekkelig hjemmel for behandling av personopplysninger hvor den registrerte ikke har en genuin og fri valgmulighet.¹¹⁸

På den bakgrunn kan det argumenteres for egen lovregulering av slik testing, i samsvar med rekommandasjonens punkt 6.11. Slik lovregulering ville måtte innebære at arbeidsgiver ikke kunne tillegge motsetning av testing avgjørende vekt.

Et nordisk land som har vedtatt lovregulering i samsvar med ILO-rekommandasjonen er Finland, med «Lag om integritetsskydd i arbetslivet.»¹¹⁹ Lovens formål er å beskytte den personlige integritet i arbeidslivet, se § 1, og den gjelder også for arbeidssøkere i den grad den passer, se § 2 annet ledd. Personlighetstester reguleres i § 13. Utgangspunktet er at slike tester er rettmessige, men det forutsetter samtykke, se rekommandasjonens punkt 6.11.

Arbeidsgiver må videre sikre at pålitelige testmetoder benyttes, at testene utføres av sakkyndige, og at opplysningene som innhentes er så korrekte som mulig, jfr. § 13 første ledd. Arbeidssøker har krav på å få den informasjonen som gis til arbeidsgiver på bakgrunn av testresultatene, om dette blir etterspurt, jfr. annet ledd.

Tilsvarende lovgivning er foreslått i Sverige. I «Förslag till lag (2010:00) om integritetsskydd i arbetslivet» fra 2009 foreslås personlighetstester regulert i § 13 som gir forbud mot integritetskrenkende kontrolltiltak generelt.¹²⁰ Det følger av lovforslaget § 2 nr. 1 at arbeidssøkere omfattes av loven.¹²¹ Lovforslaget er per i dag ikke vedtatt og har stått noe usikkert på grunn av regjeringsskifte. I «Motion till riksdagen» fra 2011 oppfordres imidlertid regjeringen til å sende ut forslag til en slik lov.¹²² Her foreslår Vänsterpartiet at personlighetstester kun skal anvendes hvor det er av vesentlig betydning for stillingen og hvor testen gjennomføres

118 COM(2012) 11 (allmän uppgiftsskyddsförordning), fortalens avsnitt 33.

119 FINLEX 13.8.2004/759.

120 SOU 2009:44 s. 24 og 40.

121 ibid. s. 37.

122 2011/12:A209, «Stärkt integritetsskydd i arbetslivet».

av sakkyndig personell ved hjelp av pålitelige metoder.¹²³ En skal likevel kunne motsette seg testing.¹²⁴

Det har per i dag ikke vært oppe saker i norsk rettspraksis som tar for seg bruk av psykologisk testing. Som nevnt ovenfor risikerer arbeidssøkere som ønsker å motsette seg psykologiske tester at de utelukkes som aktuelle kandidater til stillingen. Det trenger likevel ikke være noen automatikk i det. Dersom arbeidssøker har gode argumenter, for eksempel på grunn av kvaliteten på testen, er det ikke sikkert vedkommende utelukkes fra prosessen. Det vil nok likevel som oftest være tilfelle.

På den annen side er det arbeidsgivers rett å bestemme behandlingsmåten ved ansettelser. Bruk av psykologiske tester er heller ikke utelukkende en negativ ting, tvert imot. Det gir arbeidsgiver en god indikator om hvordan vedkommende vil passe inn i jobben, og også arbeidssøker en viss forsikring om at han vil passe i stillingen og i arbeidsmiljøet.

En særskilt lovregulering av bruk av psykologiske tester er likevel å foretrekke. Personopplysningsloven er veldig generell. Den gir ingen regler om hvordan testene skal gjennomføres, og setter ikke krav til kvalitetssikring. En særskilt regulering som sikrer kvaliteten og gjennomføringen av testene ville vært det beste for begge parter.

123 *ibid.* s. 7.

124 *ibid.*



4 Rekrutteringsbyråer

Store deler av ansettelsesprosessen håndteres i dag av andre enn arbeidsgiver. Bruk av rekrutteringsbyråer og head-huntere er utbredt, særlig for toppjobber, men også for underordnede stillinger. Bruk av eksterne aktører er tidsbesparende, og gir arbeidsgiver tilgang til rekrutteringsbyråets nettverk og kompetanse.

Rekrutteringsbyråer kan ha to ulike roller i en ansettelsesprosess. De kan for det første opptre på vegne av en bestemt arbeidsgiver, det har for eksempel fått i oppdrag å finne ny personalsjef. Rekrutteringsbyrået utlyser da stillingen på vegne av arbeidsgiver, og tar seg i grove trekk selv av hele rekrutteringsprosessen. Arbeidsgiver vil i slike tilfeller være «behandlingsansvarlig» etter personopplysningsloven, jfr. § 2 nr. 4, mens rekrutteringsbyrået er databehandler, jfr. § 2 nr. 5; den som behandler opplysningene på vegne av arbeidsgiver. I praksis vil det foreligge en databehandleravtale mellom arbeidsgiver og byrået etter § 15.

Når rekrutteringsbyrået handler på vegne av arbeidsgiver som databehandler, vil de være direkte underlagt reglene i personopplysningsloven. Rekrutteringsbyråer vil i slike situasjoner heller ikke kunne be om eller på annen måte innhente opplysninger som arbeidsgiver selv er avskåret fra å innhente. Dette følger av de ulike lovbestemmelsene som forbyr iverksetting av tiltak for å innhente opplysninger «på annen måte», eksempelvis arbeidsmiljøloven § 9-3. Det ville under alle omstendigheter representere klare omgåelser av reglene.

En annen rolle er hvor rekrutteringsbyrået knytter til seg aktuelle jobbsøkere, uten at de har fått noe oppdrag fra en bestemt arbeidsgiver. Det kan skje ved at søkere registrerer seg i byråets CV-base på internett, eller ved såkalt head-hunting, hvor potensielle kandidater aktivt søkes opp. Kandidater kan bli funnet gjennom anbefalinger, egne søknader på internett, artikler i media, utdanningsinstitusjoners studentlister mv. Kandidatene blir lagret i byråets database, slik at om de senere får et rekrutteringsoppdrag fra en arbeidsgiver, så kan de søke i sin egen database etter aktuelle kandidater. I slike tilfeller er det rekrutteringsbyrået som er «behandlingsansvarlig», og ikke arbeidsgiver. Når rekrutteringsbyrået leverer ut personopplysninger om aktuelle kandidater til arbeidsgiver, blir arbeidsgiver ny «behandlingsansvarlig», og utleveringen krever derfor hjemmel. Det vanligste her er samtykke fra søkeren, jfr. popplyl. § 8. Når arbeidssøkere registrerer seg i CV-baser på nettet, er det som regel nødvendig å gi samtykke til dette for å kunne lagre sin CV. Ved headhunting blir det nødvendig å kontakte den aktuelle kandidaten for å innhente samtykke.

Når byråer samler inn personopplysninger fra andre enn kandidaten selv, må byrået informere vedkommende om hvilke opplysninger som innsamles, jfr. popplyl. § 20. Byrået må også gi informasjon som nevnt i § 19 (hvorfor opplysningene samles inn, om de vil bli utlevert til noen osv.) når opplysningene er innhentet, jfr. § 20. Etter første ledd annet punktum kan den behandlingsansvar-

lige imidlertid vente med å varsle dersom formålet med innsamlingen er å gi opplysningene videre til andre. Varslingen trenger da ikke skje før opplysningene er levert videre. Dette vil antagelig være situasjonen når et rekrutteringsbyrå samler inn opplysninger for så å gi dem til en potensiell arbeidsgiver. En forutsetning er antakelig at overlevering til arbeidsgiver er det eneste formålet med innsamlingen. Dersom opplysningene leveres til en arbeidsgiver, men også lagres i byråets datasystem over aktuelle kandidater, må det antagelig varsles allerede når opplysningene er innhentet. Det må nok også varsles hver gang opplysningene utleveres til en ny arbeidsgiver, om det er eneste formålet.

Søkere og andre kandidater har som utgangspunkt rett til innsyn i de personopplysninger som rekrutteringsbyråer har lagret om dem, jfr. popplyl. § 18. Dette gjelder følgelig også overfor arbeidsgivere, men det er ikke like vanlig at arbeidsgivere har lagret personopplysninger om arbeidssøkere som ikke når opp. Innsynsrett forutsetter imidlertid at arbeidssøker selv ber om det, og således at arbeidssøker har grunn til å tro at det er lagret personopplysninger om ham. Dette forutsetter at rekrutteringsbyråene opprettholder sin informasjonsplikt etter § 20.

Hvor rekrutteringsbyråer innhenter opplysninger om kandidater i sistnevnte rolle, handler de ikke på vegne av en bestemt arbeidsgiver. Innhentingsforbudene i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven og diskrimineringsloven vil da ikke gjelde direkte. Bestemmelsene retter seg mot arbeidsgiver som pliktsubjekt. Arbeidsgivere tar først kontakt med rekrutteringsbyråene etter at opplysninger er innhentet, og det kan derfor ikke regnes som «tiltak» arbeidsgiver iverksetter for å innhente opplysninger «på annen måte.»¹²⁵ Spørsmålet blir om reglene må anvendes analogisk på rekrutteringsbyråer.

Problemstillingen drøftes ikke i forarbeidene til noen av bestemmelsene. Det finnes ikke eksempler på saker fra rettspraksis. Datatilsynet legger til grunn at rekrutteringsbyråer ikke kan innhente og behandle andre opplysninger enn arbeidsgiver, med den begrunnelse at de ikke har saklig behov for andre opplysninger enn det arbeidsgiver har.¹²⁶ Rettskildevekten til tilsynets uttalelser er nok generelt ikke veldig stor, men i mangel av andre kilder vil tilsynets vurderinger få større betydning.¹²⁷

Når arbeidsgiver først tar kontakt med et rekrutteringsbyrå, og byrået utleverer personopplysninger om kandidater, vil det være innhenting av opplysninger fra arbeidsgivers side. Arbeidsgiver vil da ikke ha adgang til å kreve opplysninger om for eksempel fagforeningstilhørighet, se arbeidsmiljøloven § 13-4. Og selv om arbeidsgiver ikke etterspør opplysningene, vil arbeidsgiver uansett ikke kunne vektlegge dem dersom byrået utleverer opplysningene.

¹²⁵ Se eksempelvis aml. § 13-4 første ledd annet punktum.

¹²⁶ Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar, <http://datatilsynet.no/verktoy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

¹²⁷ Dette er drøftet nærmere i punkt 3.6.

Formålet bak formuleringen som er felles for de aktuelle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovene, «Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte», har åpenbart vært å fange opp mulige omgåelser av forbudene. At problemstillingen ikke er drøftet i forarbeidene skyldes sannsynligvis at lovgiver ikke har tenkt på problemstillingen, og ikke et bevisst ønske om å skape en frihavn for rekrutteringsbyråer. Dersom rekrutteringsbyråer skulle gis adgang til å innhente opplysninger om for eksempel fagforeningstilhørighet, kunne det medføre at byrået bevisst ikke anbefalte kandidater som var organiserte til arbeidsgivere de visste hadde slike preferanser. Det kan på den bakgrunn anføres at rekrutteringsbyråer ikke kan innhente slike opplysninger på et tidligere stadium.

Det kan også nevnes at likestillingsloven og diskrimineringsloven har egne bestemmelser som forbyr medvirkning til brudd på bestemmelsene, jfr. lstl. § 3 åttende ledd og dskrl. § 4 femte ledd. Dersom rekrutteringsbyråer hadde innhentet opplysninger som nevnt i lstl. § 4 tredje ledd og dskrl. § 7 og utlevert disse til arbeidsgivere, ville det kunne rammes av medvirkningsreglene.

På den annen side er det ikke alle opplysninger et rekrutteringsbyrå sitter inne med som blir utlevert til arbeidsgiver. Rekrutteringsbyråer skaper seg et helhetsbilde av de ulike kandidatene som ofte er langt mer omfattende enn det de videreformidler til sine kunder. Og hvor rekrutteringsbyråer ikke videreformidler opplysninger om for eksempel fagforeningstilhørighet, er det ikke like nærliggende å karakterisere innhenting som en omgåelse av lovforbudet.

Retningen går mot en profesjonalisering av rekrutteringsprosessen, med utstrakt bruk av rekrutteringsbyråer. Det foregår en omfattende kartlegging av potensielle kandidater hos disse selskapene. Slike selskaper vil etter hvert sitte inne med svært mye informasjon om mange av oss, uten at vi er klar over det. På den bakgrunn kan det argumenteres for en egen regulering av rekrutteringsbyråers virksomhet.

Rekrutteringsbyråer må imidlertid forholde seg til personopplysningsloven i sin virksomhet. For sensitive personopplysninger, innebærer det at behandlingen må tilfredsstille et av vilkårene i § 9 (og § 8) for at selskapene skal kunne innhente slike opplysninger. Det er også lite trolig at rekrutteringsbyråer vil få konsesjon for å behandle slike opplysninger, se § 33. Problemet er etter dette ikke manglende lovregulering av rekrutteringsbyråers virksomhet, men hvorvidt reglene faktisk overholdes. Dette er det Datatilsynets ansvar å ha kontroll på, ikke lovgivers.



5 Sammenfatning

Reglene rundt arbeidssøkers personvern er «rammet inn» av personopplysningsloven. Loven gir generelle regler for behandling av personopplysninger, dermed også arbeidssøkeres personopplysninger. Hovedelementene er at arbeidsgiver kan innhente personopplysninger om arbeidssøker dersom arbeidssøker samtykker, dersom det er hjemmel for det i lov, eller dersom arbeidsgiver har en tilstrekkelig berettiget interesse i opplysningene, jfr. § 8.

Det finnes videre mer spesifikke regler om hva arbeidsgiver kan spørre om og kreve av arbeidssøker. Noen av disse reglene er mer eller mindre uttømmende, noe reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 9 og 13 er gode eksempler på. Andre lar deler av området være uregulert, noe reglene om politiattest og straffbare forhold er eksempler på. I slike tilfeller vil personopplysningslovens regler være avgjørende.

I tillegg til reglene i personopplysningsloven og annen lovgivning, må offentlige arbeidsgivere forholde seg til et saklighetskrav i ansettelsesprosessen. Private arbeidsgivere har imidlertid full frihet i rekrutteringsprosessen hvor ikke lov eller forskrift gir begrensninger. Rettspraksis har ikke avgrenset private arbeidsgiveres handlingsfrihet overfor arbeidssøkere, og det finnes heller ikke klare avgrensninger i øvrige viktige rettskilder. Hvorvidt det ulovfestede personvernet eller andre prinsipper avgrenser styringsretten overfor arbeidssøkere er ennå ikke behandlet i rettspraksis, og status er per i dag usikker.



6 Rettspolitisk vurdering

Reglene rundt arbeidssøkers personvern fremstår som fragmenterte og til dels uklare. Personopplysningsloven er svært generell og har en komplisert utforming, noe som gjør den lite tilgjengelig. Forbudene som er plassert rundt i andre lover og forskrifter byr også på tolkningsutfordringer. Et generelt saklighetskrav er det ikke hjemmel for i privat sektor.

Uklarheten rundt arbeidssøkeres personvern er ikke blitt oppklart gjennom rettspraksis eller annen praksis. Mangelen på rettspraksis kan skyldes at arbeidssøkere ikke føler de har noe å tjene på en rettsak. En arbeidstaker som går til sak på grunn av usaklig oppsigelse, kan få jobben tilbake og erstatning om han vinner. En arbeidssøker som mener at sitt personvern er krenket, har ikke de samme sanksjonene å se hen til. Det er muligheter for erstatning og oppreisning. Et økonomisk tap vil imidlertid sjelden kunne påvises. Gate Gourmet-dommen viser videre at det kun blir tale om symbolske beløp i oppreisning.

Bevisituasjonen er også utfordrende; situasjonen vil ofte bli ord mot ord. Det er videre vanskelig å bevise, og ofte vanskeligere å oppdage, at arbeidsgiver har innhentet forbudte opplysninger. Arbeidssøkere risikerer også omdømmetap dersom de kritiserer arbeidsgivers eller rekrutteringsbyråers fremgangsmåte.

Når disse momentene ses i sammenheng, er det forståelig at søksmål er et lite fristende alternativ for arbeidssøkere. Det er på denne bakgrunn stor grunn til å tro at det er nettopp i ansettelsesfasen at arbeidsgiver kan bruke sin styringsrett uten særlige rettslige hindringer.¹²⁸

Nærmere regulering av arbeidssøkeres rettigheter i en ansettelsesprosess er nødvendig. Problemet er ikke innholdet av de reglene som finnes. De opplysninger som er særskilt regulert i forhold til innhenting er om forhold som de fleste vil anse som private. Reguleringene gir uttrykk for at arbeidsgiver plikter å respektere arbeidssøkers personvern, og det samme gjør personopplysningslovens bestemmelser. Utfordringen ligger i utformingen av reglene. Med regler spredd i ulike lover, og personopplysningsloven som generell og komplisert utformet, er det vanskelig for arbeidssøkere å vite hvilke rettigheter de faktisk har. Det er også vanskelig for arbeidsgivere å se hvilke grenser de må forholde seg til.

En løsning kunne være å samle alle regler om arbeidssøkeres (og arbeidstakeres) personvern i en egen lov, eller i et samlet kapittel i arbeidsmiljøloven eller personopplysningsloven. ILO-rekommandasjonen «Protection of workers' personal data» kunne fungert som mal for en slik regulering. Dette ville vært en fordel for begge parter. Arbeidssøkere ville visst hvilke rettigheter de har i en ansettelsesprosess, og arbeidsgivere ville fått bedre informasjon om hvilke plikter de har og innholdet av disse. En slik regulering ville også klargjort rettstil-

128 Se Borchgrevink 2011 s. 94.

Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidssøkers personvern

standen ytterligere for rekrutteringsbyråer som ikke handler direkte på vegne av arbeidsgivere.

Alt i alt ville alle relevante parter; arbeidssøkere, arbeidsgivere, og rekrutteringsbyråer, nyte godt av klarere regler på området.

7 Kilderegister

7.1 Litteratur

- Borchgrevink 2011: Mette Borchgrevink, *Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern – en gjennomgang av norsk rettspraksis*, Senter for rettsinformatikk, Oslo 2011.
- Evju 2003: Stein Evju, *Arbeidsrett og styringsrett- et perspektiv*, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 1 (2003) s. 3-32.
- Jakhelln 2006: Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg. Oslo 2006.
- Kjølaas 2010: Christian Kjølaas, *Personvern i arbeidsforhold*, Oslo 2010.
- Van der Lagen 2008: Victoria Van der Lagen, *Rusmiddeltesting i arbeidsforhold - arbeidsgivers adgang og skranker*, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 3 (2008) s. 1-59.

7.2 Offentlige dokumenter

7.2.1 Norske

- Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)
- Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
- Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (dskrl)
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (aml)
- Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven
- NOU 2001:4 Helseopplysninger i arbeidslivet
- NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet
- NOU 2003:21 Kriminalitetsbekjempelse og personvern - politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger
- NOU 2009:1 Individ og integritet
- NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern

7.2.2 Svenske

- SOU 2009:44 Integritetsskydd i arbetslivet
- Motion till riksdagen 2011/12:a209 Stärkt integritetsskydd i arbetslivet

7.3 Rettspraksis

7.3.1 Høyesterett

Rt-1896-530 (*Aarsdommen*)

Rt-1952-1217 (*To mistenkelige personer*)

Rt-1988-766 (*Fødselspermisjon-saken*)

Rt-2000-1602 (*Nøkkdommen*)

Rt-2001-248 (*Olderdalen Ambulanse*)

Rt-2001-428 (*Strafferegistreringssaken*)

Rt-2001-418 (*Kårstødommen*)

Rt-2011-1755 (*Gate Gourmet-dommen*)

HR-2012-1730-U (*anke tillatt fremmet, GPS-dommen*)

7.3.2 Lagmannsrettene

LH-2011-155315 (*GPS-dommen*)

RG-2012-1722 (*CV-juks-saken*)

7.3.3 Tingrettene

TOVRO-2009-100492 (*Gate Gourmet*)

TSTAV-2011-81051 (*Fetteren-dommen*)

7.3.4 Andre avgjørelser

Personvernemndas avgjørelse 2005/1

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse 10.februar 2011, LDO 10/71

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse 23.mars 2011, LDO 10/2256

7.4 Lover

7.4.1 Norske

Lov av 22. mai 1902 nr. 10, almindelig borgerlig straffelov (*straffeloven*)

Lov av 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (*avtaleloven*)

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (*forvaltning-sloven*)

Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (*skadeserstatningsloven*)

Lov av 11. juni 1971 nr. 52 om strafferegistrering (*strafferegistreringsloven*)

Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (opphævet).

- Lov av 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (*lstl*)
Lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (*tjenestemannsloven*)
Lov av 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (*ekteskapsloven*)
Lov av 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (*popplyl*)
Lov av 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (*diskrl*)
Lov av 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (*diskrimineringsombudsloven*)
Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (*aml*)
Lov av 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (*barnehageloven*)
Lov av 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (*diskriminerings- og tilgjengelighetsloven*)
Lov av 27. juni 2008 nr. 53 om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjon-sloven, bioteknologiloven mv. (*felles ekteskapslov for heterofile og homofile par*)

7.4.2 Finske

Lag av 13.august 2004/759 om integritetsskydd i arbetslivet

7.5 Forskrifter

- Forskrift av 20.desember 1974 nr. 4 om strafferegistrering (*strafferegistreringsforskriften*)
Forskrift av 15.desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger (*poppf*)

7.6 EF/EU-rettsakter og forslag

- Europaparlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (*personverndirektivet*)
COM(2012) 11 (allmän uppgiftsskyddsförordning): Europeiska Kommissionen, Förslag till Europaparlamentets och Rådets Förordning om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter

7.7 Internasjonale konvensjoner

ILO Code of practice, Protection of workers' personal data, 1997

7.8 Nettsider

Rettsdata.no

Arbeidsrett.no

Datatilsynet.no

Europa.eu

7.9 Annet

Datatilsynets tilsynsrapport hos Rekruttering AS, 2012

Statens Personalhåndbok 2012

Brev fra LDO av 26.10.2012, referanse 12/2028-2-RLI

Yttergrensene for vederlagsretten ved offentlig fremføring av lydopptak

Åndsverkloven § 45b

Ingrid Ellingsen Gran



Innhold

Forord.....	65
1 Innledning	67
1.1 Oppgavens tema	67
1.2 Problemstillingen	68
1.3 Om rettskildesituasjonen.....	68
1.4 Vederlagsrettens historikk	71
2 Vederlagsretten for offentlig fremføring av lydopptak	77
2.1 Vederlagsrettens plassering i opphavsretten	77
2.2 Hensyn bak regelen	79
2.3 Åndsverkloven § 45b	80
3 Leiebilsaken	95
3.1 Kort fremstilling av saken.....	95
3.2 Hovedspørsmål i saken.....	95
4 Veien videre	105
4.1 Hvor bør grensen for vederlagsplikt etter § 45b gå?	105
5 Litteraturliste.....	113



Forord

Denne masteroppgaven ble skrevet våren 2013 og er resultatet av et semester med intenst skrivearbeid. Jeg vil først og fremst rette en stor takk til min veileder Helge Sønneland for konstruktive tilbakemeldinger, motivasjon og inspirasjon gjennom hele prosessen. Jeg vil også takke stipendiat Irina Eidsvold Tøien for innspill underveis. Oppgaven er et forsøk på å gi en fremstilling av retten på et område som stadig er i endring og reise noen spørsmål rundt utviklingen. At oppgaven er skrevet på såpass kort tid har imidlertid satt visse begrensninger for hvor grundig enkelte problemstillinger behandles. Jeg håper likevel oppgaven vil være av interesse, og da særlig for jurister som jobber med opphavsrett.

Jeg vil gjerne takke alle som har bidratt underveis, spesielt Senter for rettsinformatikk ved Universitetet i Oslo og advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig, for tilgang til skriveplass og ressurser. Til sist vil jeg takke venner, familie og kjæreste for støtte underveis i skriveprosessen.

Ingrid Ellingsen Gran



1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Temaet for oppgaven er vederlagsplikten som oppstår ved offentlig fremføring av lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner, regulert i åndsverkloven av 12. mai 1961 (heretter «åvl».) § 45b første ledd.¹ Det følger av annet ledd første punktum at også tilvirkeren av lydopptaket har krav på vederlag. Vederlagsplikten gir disse gruppene rett til betaling når deres prestasjoner utnyttes ved offentlig fremføring.

Åvl. § 45b.

(1) Lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner kan innenfor det i § 45 nevnte tidsrom mot vederlag gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring. Dette gjelder ikke for overføring på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.

(2) Så vel tilvirkeren av opptaket som de utøvende kunstnere hvis fremføring gjengis, har krav på vederlag.

Den offentlige fremføring som omfattes av vederlagsretten i § 45b er der overføringen skjer på avsenders initiativ, såkalte «aktive overføringer». ² Eksempler på dette er den fremføring som finner sted når butikkinnehaveren spiller bakgrunnsmusikk i sine lokaler, eller tradisjonell kringkasting, som NRKs bruk av lydopptak i sine direktesendinger. Her vil henholdsvis butikkinnehaveren og NRK være avsendere. Den utøvende kunstner og tilvirker av lydopptak kan ikke motsette seg denne bruken, men de har et lovfestet krav på vederlag. For å fastlegge omfanget av vederlagsretten for utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere er det avgjørende å trekke grensene for hva som er slik aktiv overføring.

Målet for oppgaven er å fastlegge bestemmelsens innhold og omfang, med særlig fokus på vederlagsrettens yttergrenser, gjennom en analyse av relevant rettspraksis. Jeg avgrenser mot å behandle hele bestemmelsen i § 45b. Det sentrale for oppgaven er første ledd og første punktum i annet ledd som er sitert ovenfor. Bestemmelsen er preget av skjønsmessige vilkår og oppgaven vil særlig ta for seg grensetilfellene hvor det er uklart hvorvidt det er snakk om en «fremføring», og hvorvidt denne har vært «offentlig». ³ Jeg vil imidlertid berøre andre deler av bestemmelsen i den grad det er nødvendig for å belyse oppgavens problemstilling.

1 Begrepene defineres under punkt 2.1 nedenfor.

2 Rognstad, 2009 s. 318 jf. Hugenholtz m.fl.(2006) s. 57.

Fremføring «på forespørsel» omfattes derimot ikke av § 45b, mer om dette under punkt 2.3.4

3 Innholdet i begrepene diskuteres under hhv. punkt 2.3.4 og 2.3.3

1.2 Problemstillingen

Hovedproblemstillingen i oppgaven er å fastlegge hvor yttergrensene for vederlagsretten går, det vil si å fastlegge når vilkårene anses oppfylt slik at vederlagsplikten utløses.

Oppgaven har tre deler. Innledningsvis foretar jeg en gjennomgang av vederlagsrettens historikk, ettersom jeg mener dette gi en oversikt over den kontinuerlige utvikling på området og danner et viktig bakteppe for oppgaven generelt.

I del 2 vil jeg gi en fremstilling av vederlagsretten i åvl. § 45b ved å redegjøre for de problemstillinger som reiser seg under bestemmelsens vilkår. Her vil det sentrale være hva som ligger i begrepene «tilgjengeliggjøring for allmennheten» og «offentlig fremføring», hvilke forhold som omfattes av fremføringsbegrepet, samt grensdragningen mellom det private og offentlige området. Siktet er å problematisere yttergrensene for vederlagsretten gjennom analyse av konkrete tilfeller i rettspraksis, samt å utforske ulike problemstillinger som enda ikke er vurdert av domstolene.

I del 3 illustrerer jeg problematikken rundt vederlagsrettens yttergrenser med utgangspunkt i situasjonen for leiebiler. Jeg vil foreta en analyse av den såkalte «Leiebilsaken» fra Asker og Bærum tingrett, hvor jeg fortløpende kommenterer dommens premisser, herunder rettens vektlegging og vurdering.⁴ Tingrettsdommer har i utgangspunktet begrenset rettskildemessig vekt, og i dette tilfellet er dommen heller ikke rettskraftig ettersom den er anket. Saken er imidlertid godt egnet til å illustrere nettopp hvordan yttergrensene for vederlagsretten stadig flyttes og jeg vil med utgangspunkt i dommen drøfte og belyse problemstillingene i første del av oppgaven.

Avslutningsvis vil jeg komme med noen betraktninger rundt hvor grensene for vederlagsretten bør gå og alternative løsninger for gjennomføringen av denne retten. I tillegg vil jeg belyse en mulig kursendring på området med utgangspunkt i nyere praksis fra EU-domstolen.

1.3 Om rettskildesituasjonen

I oppgaven anvendes vanlig juridisk metode, altså er utgangspunktet for tolkningen ordlyden i § 45b. Videre vil de øvrige rettskildefaktorene benyttes ved fastleggingen av bestemmelsens innhold. Her følger en kort oversikt over relevante rettskildefaktorer som anvendes i oppgaven.

4 TAHER-2012-73209

Innledningsvis er det hensiktsmessig å påpeke at fremføringsbegrepet i § 45b i utgangspunktet skal tolkes på samme måte som i åvl. § 2.⁵ Bestemmelsen i § 45b ble tilføyd loven i 1990, ordlyden samsvarer i hovedsak med § 2, som har vært nedfelt i loven fra dens tilblivelse i 1961. Dette innebærer at forarbeider, rettspraksis og teori til denne bestemmelsen vil være relevant ved tolkningen av vilkårene i § 45b. Med hensyn til hva som ligger i begrepet «offentlig fremføring» henviser bestemmelsen § 45b til § 2, fjerde ledd, hvor dette er presisert. Begrepet «overføring til allmennheten» introduseres her, og bestemmelsene må leses i sammenheng.

Formuleringen «å gjøre tilgjengelig for allmennheten» ble benyttet allerede i den første åndsverkloven fra 1930, lenge før den individuelle vederlagsretten oppstod.⁶ Dagens åndsverklov bygger i stor grad på denne, og ordlyden ble videreført og presisert i arbeidet med gjeldende åndsverklov. Ot.prp. Nr. 26 (1959-1960) er derfor et viktig forarbeid. Videre er forarbeidene til lovendringen i 1990 sentrale, ettersom det var her den individuelle vederlagsretten ble lovfestet i § 45b. Jeg vil trekke frem Ot.prp. Nr. 36 (1988-1989) og Birger Stuevold Lassens utredning fra 1985, NOU 1985:30, som særlig sentrale. Den siste viktige lovendring med konsekvenser for vederlagsretten kom i 2005, her ble eneretten for offentlig fremføring «på forespørsel» innført i § 2 fjerde ledd tilføyd, og Ot.prp. Nr. 46 (2004-2005) er således et viktig forarbeid. Øvrige forarbeid som berører vederlagsretten og danner rettskildemateriale for tolkning av § 45b er Ot.prp. Nr. 15 (1994-1995) og Ot.prp. Nr. 15 (1999-2000), i tillegg til Innst. O nr. 67 (1999). Forarbeidene henvises til fortløpende i oppgaven, og den nærmere historikken bak bestemmelsen vil bli gjennomgått under oppgavens punkt 1.4.

Rettspraksis om vederlagsrettens yttergrenser er sparsommelig, men ettersom man ved fastlegging av innholdet i vederlagsretten må se hen til fremføringsbegrepet i § 2, vil også Høyesteretts praksis knyttet til denne bestemmelsen være relevant. Det gir et større tilfang av rettspraksis, og relevante dommer vil bli gjennomgått nærmere under de forskjellige kapitlene. Når det gjelder rettspraksis om forståelsen av § 45b vil som nevnt den ankede Leiebilsaken fra Asker og Bærum tingrett danne grunnlag for del 3 av oppgaven, hvor jeg foretar en analyse av denne.

Åndsverklovens anvendelsesområde følger av åvl. § 57 som er et utslag av det alminnelige prinsipp om lovgivningens territoriale avgrensning. Bestemmelsen regulerer anvendelsesområdet for lovens bestemmelser om opphavsrett. Utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere har imidlertid ikke opphavsrettslig beskyttelse for sine prestasjoner, men har rettigheter med så nær tilknytning til opphavsretten at de er plassert i åvl. kapittel 5. Det følger av § 58 at bestemmelsene i kapittel 5 skal gjelde til fordel for «arbeid som er frembrakt av a) norsk statsborger eller

5 Ot.prp. nr. 15 (1999-2000) s. 25

6 Tidl. Åndsverklov (1930) § 1

person som er bosatt her i riket b) selskap som har norsk styre eller sete her i riket». Altså ligger territorialprinsippet til grunn også her. Åndsverkenes natur er imidlertid ikke av territoriell art, men tvert i mot egnet for fri flyt over landegrensene. Av denne grunn har det internasjonale samarbeidet på opphavsrettens område alltid vært viktig, og også kildematerialet av internasjonal opprinnelse vil være relevant.⁷

På opphavsrettens område er det lang tradisjon for samarbeid mellom de nordiske landene. Samarbeidet begynte allerede i 1938, og målet var enhetlig lovgivning på opphavsrettens område.⁸ Det fellesnordiske lovsamarbeidet gjør at man kan dra nytte av nabolandenes erfaringer både i regelutviklingen, og ved anvendelsen av regler. Samarbeidet muliggjør at forarbeider og rettspraksis kan bidra til å avklare opphavsrettslige problemstillinger på tvers av landegrensene.⁹ I oppgaven har jeg særlig benyttet meg av rettspraksis fra de øverste domstolene i Sverige, Danmark og Finland. En annen konsekvens av lovsamarbeidet i Norden, er at Norden samlet blir en viktigere og større aktør i de internasjonale fora, dette forholdet vil det imidlertid ikke fokuseres på i oppgaven.¹⁰

Når det gjelder internasjonale konvensjoner på opphavsrettens område har Bernkonvensjonen,¹¹ Romakonvensjonen,¹² og de to WIPO-traktatene (World Intellectual Property Organization) om henholdsvis opphavsrett (WCT)¹³ og utøvende kunstnere og fonogramprodusenter (WPPT)¹⁴ vært av særlig betydning for vederlagsrettens utvikling, noe jeg kommer nærmere inn på i historikken nedenfor.

Gjennom EØS-avtalen får EUs direktiver på området innflytelse på den norske opphavsretten. De viktigste for oppgavens tema er direktivene om henholdsvis opphavsrett og utleie- og utlånsrettigheter.¹⁵ Sistnevnte er fra 1992, og ble gjennomført i Norge i 1995. I 2006 kom en ny utgave av direktivet som konsoliderer det tidligere utleie- og utlånsdirektivet og senere endringer i dette. Tilhørende rettspraksis fra EU-domstolen får dermed også anvendelse og er førende for norske domstoler.

Når det gjelder rettsteori er det ikke skrevet særlig mye om vederlagsretten og § 45b, men til gjengjeld er § 2 grundig behandlet, noe som kommer til nytte i oppgaven. Som en følge av opphavsrettens fellesnordiske grunnlag vil også rett-

7 Rognstad (2009) s. 33

8 Karnell (1990) s. 251

9 Schovsbo (2008) s. 51

10 *Ibid.*

11 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 9. september, 1886.

12 International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations. Roma, 26. oktober, 1961.

13 WIPO Copyright Treaty. Geneve, 20. desember, 1996.

14 WIPO Performances and Phonograms Treaty. Geneve, 20. desember, 1996.

15 Hhv. EP/Rdir 2001/29/EF og EP/Rdir 1992/100 EF, nå: EP/Rdir 2006/115/EF

steori fra de øvrige nordiske landene være av relevans for tolkningen av de ulike problemstillingene som følger av oppgaven.

Endelig vil den teknologiske utviklingen på opphavsrettens område, og særlig dens betydning for vederlagsretten gjøre det hensiktsmessig å benytte reelle hensyn for å komme til rimelige løsninger ved tolkning av innholdet i rettsreglene, ettersom det vil kunne dukke opp spørsmål som ikke er avklart enda. Jeg vil benytte meg av reelle hensyn, særlig i oppgavens del 3 og 4, til tross for at den rettskildemessige vekt er omdiskutert.

1.4 Vederlagsrettens historikk

Vederlagsretten følger av åvl. § 45b, som ble tilføyd loven i 1990, men har en historie som går lengre tilbake.

Den første internasjonale konvensjon som sikret økonomiske rettigheter knyttet til offentlig fremføring, er Bernkonvensjonen fra 1886. Konvensjonen gjelder beskyttelse av verker og gir opphavsmannen enerett til å råde over spesielle former for overføring til allmennheten av litterære og kunstneriske verk i artikkel 11bis (1) (i-iii). Norge sluttet seg til Bernkonvensjonen i 1896.

I Norge ble «Fond for utøvende kunstnere» etablert allerede i 1957, som en følge av at Stortinget året før hadde vedtatt en midlertidig «Lov om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstners prestasjoner mv.»(fondsloven).¹⁶ Bakgrunnen for at Norge valgte en slik løsning og ikke en ordning med individuell vederlagsrett (subjektive rettigheter) var at det ville kreve et stort og «kostbart administrasjonsapparat for å kunne fordele innkomne utgifter til den enkelte kunstner i inn- og utland».¹⁷ Loven påla den som offentlig fremfører opptak av utøvende kunstners prestasjoner å betale avgift til fondet, som var satt til å ivareta utøvende kunstnere gjennom tildelinger. Fond for utøvende kunstnere spilte således en meget viktig rolle for rekruttering av utøvende kunstnere helt fra starten av og bidro til å skape større bredde i kunsttilbudet til allmennheten.¹⁸ Utøvende kunstnere hadde ikke hatt noen slik rett i åndsverkloven av 1930, og fondsloven skulle i utgangspunktet være en midlertidig løsning mens arbeidet med ny åndsverklov var underveis. Lovarbeidet var et resultat av behovet for økt regulering på området som en følge av den teknologiske utvikling, i form av utbredelsen av grammofonspillere, radio og TV. Avgiften og stipendordningen skulle avhjelpe den situasjonen utøvende kunstnere befant seg i etter hvert som den teknologiske utvikling gjorde at musikkfremføring i økende grad skjedde ved hjelp av lyd-

16 Se Fondets internetsider (ffuk.no) <http://www.ffuk.no/om-ffuk.70865.no.html> (april 2013)

17 Ot.prp. nr. 10 (1956) s. 1

18 NOU 1985:30 s.71

opptak og ikke konserter.¹⁹ Loven ble gjort permanent i 1965. Etter loven skulle fondsavgiften deles mellom de utøvende kunstnere og tilvirkere av lydopptak, det vil si plateprodusentene, som en kollektiv vederlagsordning gjennom fondet.

Romakonsvensjonen fra 1961 ligger til grunn for utviklingen av den individuelle vederlagsretten internasjonalt. Konsvensjonen berører ikke opphavsmennenes rettigheter, men etablerer internasjonalt vern for utøvende kunstners fremføring -, fonogramprodusenters innspilling - og kringkastingsvirksomheters sending av verk, og var den første internasjonale traktat som omhandlet disse gruppens rettigheter. Konsvensjonens artikkel 12 gir disse gruppene rett til «rimelig vederlag» ved fremføring i form av avspillinger av utøvende kunstners prestasjoner på kommersielle lydopptak.²⁰ Norge tiltrådte konsvensjonen i 1978, men benyttet muligheten til å gjøre visse unntak, disse forbehold er senere slettet. Artikkel 12 ble oppfylt ved at en del av inntektene fra Fond for utøvende kunstnere gikk til individuelt vederlag til fonogramprodusenter. Norge oppfyller i dag konsvensjonens krav gjennom bestemmelsen i §§ 42, 45, 45a og 45b.

I Danmark ble vederlagsbyrået Gramex etablert i 1963, som en følge av at den folkekjære sangeren Axel Schiøtz ble syk i 1950 og ikke lenger kunne opptre. Radio og TV brukte imidlertid hyppig lydopptak av hans fremføringer i sine sendinger, og de fleste fant det urimelig at han ikke hadde krav på vederlag for denne bruken.

²¹ Konsekvensen ble opprettelsen av Gramex og etableringen av individuell vederlagsrett i Danmark. Weincke trekker også frem det forhold at gramofonindustrien helt siden den danske ophavsretsloven av 1933 hadde hatt rettigheter som satte dem i stand til å kreve vederlag for radioens bruk av plater, som utslagsgivende for at vederlagstanken såpass lett seiret i Danmark.²² Dansk ophavsretslov (OHL) § 68 tilsvarende norsk åndsverklov § 45b, og gir utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere krav på individuelt vederlag når lydopptak fremføres offentlig.

I en offentlig utredning foretatt av professor Birger Stuevold Lassen i 1985, var mandatet at han på fritt grunnlag skulle vurdere i hvilken utstrekning det var mulig å etablere en norsk ordning som innebar individuell vederlagsrett for offentlig bruk av lydopptak, slik ordningen i Danmark hadde vært siden 1963. Han skulle så vidt mulig også redegjøre for de kulturpolitiske, sosiale, administrative og økonomiske konsekvenser en slik ordning kunne antas å få.²³ Utredningen ble igangsatt som følge av en samfunnsutvikling som gjorde at lovgiver så behovet for individuelt vederlag, og det ble fortgang i spørsmålet etter at NRK hadde sendt et program om visesangeren Birgitte Grimstad hvor hennes musikk ble brukt, uten at hun fikk noen kompensasjon for det. Dette ble et vendepunkt for diskusjonen

19 Gyldendal Rettsdata, note til Fondsloven, ved Harald Bjelke sr.

20 Schønning (2011) s. 297

21 Se Gramex internettsider (gramex.dk) <http://www.gramex.dk/Om.aspx> (april 2013)

22 Weincke (1976) s. 127

23 NOU 1985:30

om retten til individuelt vederlag i norsk rett. I denne forbindelse er det verdt å nevne at Grimstad er datter av den danske visesangeren Axel Schiøtz, som i sin tid var grunnen til at man i Danmark opprettet nettopp en individuell vederlagsrett, som beskrevet ovenfor.

I utredningen ble betydningen av den sosiale, kulturelle og tekniske utviklingen i årene fra fondsloven ble gitt og frem til 1985 trukket frem som viktig for vurderingen av hvordan en lovgivning på området burde innrettes.²⁴ Videre skisseres ulike modeller for omlegging av den dagjeldende ordning. Fremstillingen konkluderer med at det ikke er ønskelig med et rendyrket fonds- og avgiftssystem, men at heller ikke en ordning med bare subjektive rettigheter er å anbefale.²⁵ Utredningen presenterer ulike blandingsmodeller, og i kapittel 7 fremlegges fire lovforslag med motiver, hvor det antas at én av blandingsmodellene vil være å foretrekke. Utredningen tar imidlertid ikke noe standpunkt til dette ettersom kulturpolitiske hensyn måtte være avgjørende for denne vurdering.²⁶

Resultatet ble en blandingsmodell og åndsverkloven fikk fra 1.1.1990 en ny bestemmelse i § 45b, som både ga utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere krav på vederlag for offentlig fremføring av deres musikk i kringkasting. Departementet mente at det var naturlig å skille ut bruken av lydopptak i kringkastingen som vederlagsberettiget, dette fordi det relativt lett kunne avgrenses fra det eksisterende avgiftsområdet.²⁷ Departementet vektla at en slik ordning lenge hadde eksistert i Sverige og Danmark og der fungerte tilfredsstillende. Videre mente departementet at dette forsvarte opprettelsen av en innkrevnings- og avregningsorganisasjon.²⁸ Det medførte at Gramo ble stiftet som forening 7. juni 1989. Gramo er godkjent av Kulturdepartementet, representerer de utøvende kunstnerne og fonogramprodusentene, og krever inn vederlaget på deres vegne.²⁹ Gramo krever inn vederlag for all offentlig fremføring, bortsett fra videresending av kringkastingssendinger.³⁰ Av praktiske årsaker er det også Gramo som krever inn fondsavgiften, og formidler denne videre til fondet, på denne måten må bruker bare forholde seg til en part.³¹ Gramo har ca. 14 000 medlemmer og får inn rundt 139 millioner kroner i vederlagsinntekter årlig.³² Gramo er organisert som forening, i styret sitter representanter fra rettighetshaverorganisasjoner for utøvere og produsenter.³³

24 NOU 1985:30 s. 38 flg.

25 NOU 1985:30 s. 70-72

26 NOU 1985:30 s. 73

27 Ot.prp. nr. 36 (1988-89) s. 16

28 *Ibid.*

29 Forskrift til åndsverkloven § 3-2 jf. § 45b(2)

30 For nærmere informasjon se www.gramo.no og www.norwaco.no

31 Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 136

32 Tall for 2012 innhentet fra Gramo

33 Se Gramos nettsider (Gramo.no) (April 2013)

For Fond for utøvende kunstnere medførte lovendringen at fondsavgiften ikke lenger kunne kreves fra kringkaster.³⁴ Restauranter, butikker etc. som spilte musikk via radio eller andre tekniske hjelpemidler måtte fortsatt betale avgift til fondet, mens kringkaster måtte betale vederlag til Gramo etter § 45b.³⁵

I 1992 kom utleie og utlånsdirektivet fra EU,³⁶ som stilte krav til nasjonal lovgivning om å etablere rett til vederlag for utøvende kunstnere ved utleie av lydopptak, dette måtte innpasses i nasjonal lovgivning innen 1997.³⁷ Gjennom EØS-avtalen gjaldt dette også Norge. I kjølvannet av direktivet ble spørsmålet om Norges etablerte ordning med fondsavgift for den del av offentlig fremføring som ikke foretas av kringkastingen, oppfylte de krav til nasjonal lovgivning som fulgte av direktivet på dette området. I 1994 bestemte først EU at den eksisterende ordningen kunne bestå, men så kom kontrabeskjeden, idet Brussel etter en nærmere vurdering var kommet til at fondsavgiften ikke var forenlig med direktivets krav om individuell vederlagsrett for den bruken fondsavgiften dekket.

Som en følge av dette ble § 45b sommeren 2000 utvidet til også å gjelde annen offentlig fremføring. Der musikk ble spilt offentlig enten fra CD-spiller eller ved hjelp av radio, TV- eller andre tekniske hjelpemidler, ble nå også butikkeier, kaféier, hotellvert etc. vederlagspliktige til Gramo. I stedet for å avvike fondsordningen ble løsningen å fortsatt kreve avgift for fremføring av lydopptak som ikke har vern. Dette følger av dagens § 45b, femte ledd, annet punktum. Hva som omfattes av vederlagsretten, eller «Gramo-vederlaget», følger av bestemmelsen i åvl. § 58 sammenholdt med forskrift til lov om åndsverk §§ 6-1 og 6-12. Kort oppsummert vil amerikanske verk falle utenfor og utgjøre mye av grunnlaget for fondsavgiften. Bakgrunnen for en slik løsning var at Fondet ble ansett å ha stor kulturpolitisk betydning, og det var et sterkt ønske om å beholde det for å sikre den bredde og det mangfold som muliggjøres ved at profesjonelle utøvere som bor og har sitt virke i Norge kan søke støtte gjennom Fondet. På den måten sikrer Fondet at landets innbyggere har tilgang til levende utøverprestasjoner i alle utøverkategorier.³⁸ I forarbeidene ble det uttalt at «Dette vil kunne bidra til nyskaping og nye innspillinger på områder som kommersielt sett ikke er interessante, men som det kulturpolitisk sett er viktig å opprettholde og utvikle».³⁹

Videre ville man ved å opprettholde fondsavgiften unngå en vridning av repertoaret til fordel for amerikansk musikk.

34 Ot.prp. nr. 36 (1988-89) s. 18

35 *Ibid.*

36 EP/Rdir 1992/100 EF (Nå: EP/Rdir 2006/115 EF)

37 Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 11

38 Se Fondets nettsider (ffuk.no) <http://www.ffuk.no/om-ffuk.70865.no.html> (april 2013)

39 Ot.prp. nr. 15 (1999-00) s. 20

Komiteen understreket i sin innstilling at innføringen av avgift på ikke-vernede opptak ikke måtte gå på bekostning av vederlaget for vernede lydopptak.⁴⁰ Dette ble også inntatt i lovteksten i § 45b, annet ledd, siste setning. Videre forutsatte Stortinget at avgiften skal ligge på samme nivå som vederlaget, slik at det ikke blir noen skjevhet i repertoaret på bekostning av norske og europeiske artister.⁴¹ Ut over dette er det ingen veiledning i loven om vederlagets størrelse. Ifølge Romakonvensjonens artikkel 12 og utleiedirektivet artikkel 8, annet ledd, skal vederlaget være «rimelig». Heller ikke dette gir særlig veiledning. Rettspraksis fra EU-domstolen på området er sparsommelig, men i saken *Lagerdère Active Broadcast (Lagerdère)*⁴² fra 2005 uttaler domstolen i premiss 48, under henvisning til *SENA-saken*,⁴³ at det er statene som må fastlegge vederlagets størrelse. Gramo-vederlaget kan avtales mellom partene, og bringes alternativt inn for Vederlagsnemnda ved uenighet.⁴⁴

I 1996 ble det, som nevnt, innen rammen av WIPO vedtatt to traktater. I WPPT om utøvende kunstnere- og fonogramprodusenters rettigheter, gjentas vederlagsretten etter Romakonvensjonens artikkel 12. Bestemmelsen i WPPT artikkel 15 skiller imidlertid ut de tilfeller der vedkommende selv velger tid og sted for adgang til lydopptaket som en egen form for tilgjengeliggjøring som omfattes av vederlagsretten. I tillegg kom WCT som for første gang nedfelte en generell rett til overføring til allmennheten, «communication to the public», i artikkel 8, annet ledd.⁴⁵ Norge har ikke tiltrådt traktatene, men de er gjennomført i norsk lovgivning ved norsk gjennomføring av EU-direktiver, ettersom EU har tiltrådt og ratifisert begge to.

Et av direktivene er det såkalte Infosoc-direktivet fra EU, som kom i 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.⁴⁶ Her ble det i artikkel 3 annet ledd klart at utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere skulle ha eneretten til å råde over sine lydopptak hva gjaldt fremføring hvor brukeren selv kunne velge tid og sted for fremføring, såkalt fremføring «på forespørsel» («on demand»). Skillet som ble introdusert i WPPT artikkel 15 fjerde ledd, mellom fremføring på forespørsel og der fremføringen skjer på avsenders initiativ, ble med dette gjennomført. Det medførte den siste lovendringen i § 45b, hvor det ble presisert at vederlagsretten ikke gjelder for overføring på forespørsel og at det kun er der overføringen skjer på avsenders initiativ at vederlagsretten kommer til anvendelse. Der brukeren selv velger tid

40 Innst. O. Nr. 67 (1999) s. 3

41 Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 136

42 Sak C -192/04

43 Sak C -245/00

44 Åndsverkloven § 35

45 Rognstad (2009) s. 177

46 EP/Rdir 2001/29 EF. I oppgaven brukes også betegnelsen «Opphavsrettsdirektivet»

Yttergrensene for vederlagsretten ved offentlig fremføring av lydopptak

og sted for tilgangen på lydopptaket, omfattes fremføringen av eneretten som reguleres i henholdsvis §§ 42 og 45.

Det var altså først i 2005 at bestemmelsen fikk den utforming den har i dag. Fondsavgiften ble videreført på samme måte, og for offentlig fremføring av ikke-vernede opptak skal det fortsatt betales avgift, det følger av fondsloven § 3. I forarbeidene til lovendringen i 2005 understreket lovgiver nok en gang at fondsordningen er kulturpolitisk begrunnet og at denne begrunnelsen for støtten er særlig tungtveiende.⁴⁷

⁴⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 135/136

2 Vederlagsretten for offentlig fremføring av lydopptak

2.1 Vederlagsrettens plassering i opphavsretten

2.1.1 Nærstående rettigheter

Opphavsretten gir opphavsmannen beskyttelse for litterære og kunstneriske verk. Opphavsmannen er den personen som har skapt et åndsverk jf. § 1, og som dermed har beskyttelse for sine verk etter § 2. Vederlagsretten som er tema for oppgaven gjelder imidlertid ikke for opphavsmannen, men for utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere. Deres prestasjoner har ikke opphavsrettslig vern, men rettighetene deres er likevel inntatt i åndsverklovens kapittel 5. Disse rettighetene kalles gjerne «nærstående rettigheter» eller «naborettigheter», i tråd med det engelske begrepet «neighbouring rights» eller franske «droits voisins».⁴⁸ Romakonvensjonen artikkel 1 slår fast at den beskyttelse utøvende kunstnere og produsenter får gjennom konvensjonen ikke skal gå på bekostning av opphavsmannens rettigheter. Disse gruppene har sammenlignet med opphavsmannen en noe mer begrenset beskyttelse knyttet til henholdsvis deres personlige fremføring eller tekniske fremstilling av et åndsverk de selv ikke har skapt.

2.1.2 Utøvende kunstners rettigheter

Utøvende kunstners rettigheter er regulert i åvl. § 42. Bestemmelsen har klare likhetstrekk med reglene om opphavsmannens enerett i § 2, men der det for opphavsmannen er selve verket som er beskyttet, er det den utøvende kunstners personlige fremstilling som oppnår beskyttelse og er omfattet av eneretten i § 42.⁴⁹ Det følger av § 42 første ledd litra a, at utøvende kunstnere råder over fremføringen av åndsverket, det vil si utnyttelse av den direkte fremføringen. Videre følger det av litra b og c at den utøvende kunstner har enerett til å fremstille opptak, og til å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten.⁵⁰ Det er imidlertid her § 45b kommer inn og de to bestemmelsene utfyller hverandre. Der tilgjengeliggjøringen skjer som offentlig fremføring av lydopptak, på avsenders initiativ, omfattes fremføringen av § 45b. Utøverne har da krav på vederlag, men kan ikke forby tilgjengeliggjøringen. Der fremføringen derimot skjer på en slik måte at den enkelte selv velger tid og sted for tilgangen på opptaket omfattes utnyttelsen av § 42 og forutsetter samtykke fra den utøvende kunstner. Offentlig fremføring

48 Schönning (2008) s. 553

49 Rognstad (2009) s. 308

50 Rognstad (2009) s. 313.

av lydopptak reguleres altså av to bestemmelser. Hvilken av de to som kommer til anvendelse avhenger av hvordan tilgangen er gitt.

Et vilkår for vern etter § 42 er at det er et åndsverk som fremføres. Det følger av en antitetisk tolkning av § 42, første ledd, litra c, at dette også gjelder § 45b. Neste spørsmål blir da hva som utgjør et åndsverk. Knoph hevdet at man i åndsverkloven av 1930 kunne utlede visse vilkår for verkshøyde. Det må dreie seg om en «frembringelse», på «det litterære eller kunstneriske området».⁵¹ Disse to vilkår er videreført i dagens åndsverklov § 1, i tillegg mente Knoph at det må være snakk om et uttrykk for «original og individuelt preget åndsvirksomhet» fra opphavsmannens side.⁵² Jeg avgrenser mot en utfyllende tolkning av disse vilkårene, men konstaterer at for at vederlagsretten skal oppstå, må fremføringen kunne knyttes til et åndsverk som oppfyller disse vilkår.

Videre er det et vilkår for vederlagsretten (og eneretten) at den prestasjon retten er knyttet til er utført av en utøvende kunstner. Innholdet i «utøvende kunstner» tolkes ved å se hen til legaldefinisjonen i fondsloven § 1, første ledd, annet punktum.⁵³ Begrepet omfatter en som ved sin kunst tolker og levendegjør egne eller andres (vernete eller ikke vernete) åndsverk, hva enten han opptrer alene eller i ensemble.⁵⁴ Rothe hadde i sitt verk «Ophavsrettens Stedbørn» fra 1987,⁵⁵ innvendinger mot begrepsbruken når det gjaldt prestasjonsbeskyttelsen i den danske ophavsretslov, som har tilsvarende utforming som den norske. Han pekte på at Romakonvensjonens engelske og franske betegnelse «performers» og «artistes interprètes ou exécutant», ikke tvinger frem anvendelse av germanismen «utøvende kunstner» idet begrepet bidrar til tolkningstvil. Han mente «opptredende kunstnere» var et bedre alternativ fordi det angir en funksjon og ikke er ladet med kvalitetsallusjoner.⁵⁶ På tross av disse innvendinger er ordlyden i begge lover fortsatt «utøvende kunstnere».

Spørsmålet er om det stilles et profesjonskrav for beskyttelse etter § 42.⁵⁷ Lovens ordlyd og forarbeidene til fondsloven, kan tale for at det innfortolkes et slikt krav. Mot en slik forståelse taler imidlertid Romakonvensjonens ordlyd, hvor beskyttelsen er ment å omfatte «actors ... or other persons who acts».⁵⁸ Også reelle hensyn taler mot et slikt krav, idet opphavsrett tilfaller den som skaper et åndsverk, og det er urimelig dersom det skal innfortolkes et strengere beskyttelseskrav for nærstående rettighetshavere enn for opphavsmenn.⁵⁹

51 Knoph (1936) s. 64

52 *Ibid.*

53 Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 93

54 Ot.prp. nr. 10 (1956) s. 8 annen spalte, Ad § 1 første avsnitt

55 Rothe (1987)

56 Rothe (1987) s. 107

57 Tøien (2002) s. 21 flg.

58 Romakonvensjonen artikkel 3(a)

59 Tøien (2002) s. 27

2.1.3 Fonogramtilvirkerens rettigheter

«Tilvirker av lydopptak» eller «fonogramtilvirker» vil si den som produserer lydopptaket. Den som trykker opp de fysiske eksemplarene er ikke omfattet av bestemmelsen. Det er med andre ord det første lydopptaket som medfører beskyttelse og ikke den senere kopiering av dette.⁶⁰ Fonogramtilvirker vil i praksis ofte bety plateselskapene, men som en følge av den teknologiske utvikling blir det stadig lettere for artister å produsere opptak på egen hånd.⁶¹ Når det gjelder eneretten for fonogramtilvirkere er denne knyttet til fremstilling og tilgjengeliggjøring av opptaket av et verk jf. § 45. Som for utøvende kunstnere er det, for de tilfeller der den enkelte selv ikke velger tid og sted for tilgangen på opptaket, § 45b som gjelder og fonogramprodusenten kan ikke forby denne fremføringen, men har krav på vederlag.

Det er bruken av «lydopptak» som gir krav på vederlag etter § 45b. Et lydopptak er alle innretninger hvor lyd er overført.⁶² Lydopptak, eller «fonogram», anvendes som en felles betegnelse og omfatter for eksempel grammofoonplater, CD-plater, lydbånd og kassetter. Romakonvensjonen definerer i artikkel 3 litra c «phonograms»: «any exclusively aural fixation of sounds of a performance or of other sounds». Et utslag av dette er § 45b, femte ledd, hvor det gjøres unntak fra vederlagsretten for lydfilm. Det uttales i forarbeidene til 1989-loven at «lydfilm» også omfatter de tilfeller der det bare er lydsiden av filmen som utnyttes, og musikkvideoer.⁶³ Begrunnelsen for lydfilm-unntaket er at filmprodusenten allerede har betalt vederlag og at rettighetshaveren ikke skal ha dobbel kompensasjon for bruken av lydopptaket.⁶⁴ I 2011 kom et nytt EU-direktiv som utvider beskyttelsestiden for lydopptak fra 50 til 70 år fra datoen for første lovlige utgivelse eller første lovlige offentliggjørelse.⁶⁵ Direktivet vil bli en del av EØS-avtalen og må gjennomføres i norsk rett.

2.2 Hensyn bak regelen

Hensynene bak å etablere en individuell vederlagsrett for offentlig fremføring var flere.

For det første tilsa sterke rimelighetshensyn en slik ordning ettersom den teknologiske utvikling medførte at særlig artister mistet store deler av inntektsgrunnlaget.⁶⁶ Plutselig ville folk heller høre på radio eller grammofoonplater hjemme i stuen, fremfor å gå på konserter. Det samme gjaldt på kaféer, barer, restau-

60 Romakonvensjonen art. 3, litra c; Schönning (2008) s. 574; Rognstad (2009) s. 316

61 Rognstad (2009) s. 316

62 Schönning (2008) s. 573

63 Ot.prp. nr. 36 (1988-1989) s. 22

64 Rognstad (2009) s. 321

65 Rdir 2011/77/EU

66 Ot.prp. nr. 36 (1988-1989) s. 15

ranter og utesteder hvor levende musikk tidligere hadde vært et viktig element. Musikkerne mistet disse arenaene til CD-spillere og DJer.

Formålet bak vederlagsretten var derfor å kompensere for denne utviklingen og sikre et rimelig vederlag for den faktiske utnyttelsen av artistenes prestasjoner. Videre skulle det fungere som et incentiv som gjorde det lettere å leve som utøvende kunstner og å leve av industrien rundt. Det var også en viktig anerkjennelse av deres prestasjoner på linje med opphavsmannens frembringelse.

Begrunnelsen for at 45b ble skilt ut som en egen vederlagsrett som ikke var underlagt eneretten var imidlertid en forenkling av systemet og «at man ikke kan ha et system der det må innhentes samtykke fra de enkelte rettighetshaverne hver gang en grammofonplate eller lignende skal brukes ved en fremføring utenfor det private område».⁶⁷ Altså var rent praktiske hensyn en avgjørende faktor ved tilblivelsen av § 45b. Det skulle gjøre det enklere (for kringkaster i første omgang) å bruke lydopptak, og samtidig gi utøverne og produsentene nye inntekter.

Samtidig som utøvende kunstnere fremmet sine krav om rettsbeskyttelse i kjølvannet av den teknologiske utvikling på 30-tallet, oppstod en helt ny gruppe rettighetshavere, nemlig de som produserte lydopptakene. Snart fremmet også plateindustrien ønske om at også deres produkter, altså grammofonplatene, skulle gis beskyttelse.⁶⁸ Også her ble alminnelige rettferds- og rimelighetsbetraktninger gjort gjeldende.

2.3 Åndsverkløven § 45b

2.3.1 Generelt

§ 45b

(1) Lydopptak av utøveners prestasjoner kan innenfor det i § 45 nevnte tidsrom mot vederlag gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring. Dette gjelder ikke for overføring på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.

Vederlagsretten følger av åvl. § 45b og gir utøvende kunstnere og tilvirkere av lydopptak krav på vederlag dersom deres prestasjoner «gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring». Systematikken i bestemmelsen blir således at den overgripende beføyelsen «tilgjengeliggjøring for allmennheten» troner øverst. Et underbegrep av dette er «offentlig fremføring», og underbegreper til dette igjen er «overføring til allmennheten» og «kringkasting».⁶⁹ Dette samsvarer

⁶⁷ NOU 1985:30 s. 59

⁶⁸ Weincke (1976) s. 123

⁶⁹ Schönning (2008) s.156

som nevnt med begrepsbruken i åvl. § 2 som regulerer opphavsmannens enerett til fremføring. Begrepet «tilgjengeliggjøring for allmennheten» er altså å anse som et slags overbegrep både når det gjelder fremføringsretten og vederlagsretten, og kan grovt sett deles inn i to kumulative hovedvilkår. For det første må det skje en tilgjengeliggjøring, i form av *fremføring*, videre må denne tilgjengeliggjøringen skje med sikte på å nå ut til allmennheten, det må altså være snakk om *offentlig fremføring*.

Et tredje vilkår følger ikke direkte av bestemmelsens ordlyd, men er blitt til gjennom praksis og teori og stiller krav om *tilstrekkelig nærhet mellom handling og tilgang*.

2.3.2 Å gjøre «tilgjengelig»

Det første spørsmålet som reiser seg blir hva som ligger i å gjøre «tilgjengelig». En ren ordlydsfortolkning av begrepet tilsier at det favner vidt. Tilgjengeliggjøring kan skje på et utall forskjellige måter, og med utgangspunkt i en vanlig språklig forståelse er kjernen at man letter adgangen til noe, enten ved å gjøre det lettere å benytte, eller ta del i.

Også i den tidligere åndsverkloven fra 1930 var «tilgjengeliggjøring for allmennheten» en del av opphavsmannens enerett.⁷⁰ Knoph skrev i sitt verk «Åndsretten» fra 1936 at begrepet omfattet «en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks. ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høyttaler».⁷¹ At begrepet skulle omfatte all slags tilgjengeliggjøring var også utgangspunktet i forarbeidene til nåværende åndsverklov.⁷² Forarbeidene vektla begrepets betydning i den foregående lov, og Knophs uttalelser om dette. Med 1961-loven ble tilgjengeliggjøringshandlinger inndelt i tre hovedgrupper, med offentlig fremføring som en av de tre måter tilgjengeliggjøring for allmennheten kunne foregå på og som opphavsmannen skulle råde over etter § 2.⁷³ Videre slo man fast i forarbeidene at et verk gjøres tilgjengelig for allmennheten hver gang det fremføres, såkalt fornyet fremføring.⁷⁴

«Tilgjengeliggjøring for allmennheten» er et teknologinøytralt begrep og har vist seg tilpasningsdyktig i takt med den teknologiske utvikling som stadig finner sted på dette området.⁷⁵ Allerede fra starten åpnet bestemmelsens ordlyd opp for at tilgjengeliggjøring kunne skje ved hjelp av tekniske hjelpemidler, og

70 Tidl. Åndsverklov (1930) § 1

71 Knoph (1936) s. 92-93.

72 Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16

73 *Ibid.*

74 *Ibid.*

75 Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s.19

den teknologiske utviklingen på området var i stor grad bakgrunnen for at bestemmelsen fikk sin teknologinøytrale utforming.⁷⁶ I dommen inntatt i Rt.1953 s. 633 (Bedriftsmusikk) var spørsmålet hvorvidt fremføring av musikk gjennom kringkasting eller grammofoon for arbeidere i flere norske bedrifter innebar at musikken ble «tilgjengeliggjort for offentligheten» og dermed utgjorde en opphavsrettskrenkelse. Retten kom til at så var tilfelle og viste i den forbindelse til komitéinnstillingen av 1925 hvor nettopp de praktiske fordelene ved å gi eneretten en slik generell utforming ble vektlagt, idet nye former for mangfoldiggjørelse og offentlig fremføring da automatisk vil dekkes av eneretten.⁷⁷

2.3.3 Allmennheten

Det er på det rene at ikke all tilgjengeliggjøring rammes av bestemmelsen, det er kun der tilgjengeliggjøringen skjer med allmennheten for øyet at det kan bli aktuelt med vederlagskrav. Spørsmålet blir etter dette hvor grensene går for når tilgjengeliggjøringen anses å skje for «allmennheten».

Det følger av uttalelser i forarbeidene til loven av 1961 at «allmennheten» skulle forstås på samme måte som «offentligheten» i § 1 i dagjeldende lov.⁷⁸ Dersom man tolker dette antitetisk vil det si at der fremføringen skjer privat oppstår ikke vederlagsplikt. Ordlyden i § 45b samsvarer med den i § 2, som ble endret fra «utenfor det private område» til «allmennheten» i 2005, som et resultat av et ønske om samsvar med lovens øvrige regler og andre nordiske lands lovterminologi.⁷⁹ I forarbeidene ble det imidlertid understreket at det ikke var snakk om noen endring i rettstilstanden, og at grensen mellom offentlig og privat fremføring fortsatt må trekkes opp av domstolene etter en konkret vurdering.⁸⁰ De endringer i ordlyd som har blitt foretatt gjennom årene har ikke ment å innebære noen realitetsendring, og den rettstilstand som har utviklet seg gjennom rettspraksis på området, har hele tiden blitt videreført.

Det avgjørende blir dermed hvor grensene går mellom offentlig og privat fremføring, idet det er «offentlige fremføring» som rammes, både av vederlagsretten etter § 45b og av fremføringsretten etter § 2. Etter vanlig språklig forståelse av begrepet «offentlig» trekker ordlyden i retning av at den fremføringen av lydopptak som skjer i hjemmet, det være seg via hjemmets CD-spiller, radio eller TV-apparatet i stuen ikke omfattes av begrepet, da dette typisk regnes som den private sfære. Videre kan fremføring for den utvidede familie og vennekrets heller ikke anses som offentlig, med mindre det er tale om et ekstraordinært stort

76 Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16

77 Rt. 1953 s.633 (s.636-637)

78 Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16

79 Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 22

80 *Ibid.*

antall gjester.⁸¹ Det er heller ikke avgjørende hvorvidt den utøvende kunstneren er en fremmed for de hun fremfører for, eller om det tas betalt for fremføringen, men det kan være momenter til støtte for det ene eller andre resultat.⁸² Det finnes imidlertid et utall situasjoner i gråsonen mellom offentlig og privat sfære, noen av de viktigste grensetilfellene behandlet i rettspraksis kommer jeg inn på nedenfor, men nettopp fordi grensene stadig vekk flyttes er dette en noe uklar materie.

Det første prejudikatet på området var den nevnte Bedriftsmusikkdommen. Her uttalte førstvoterende at sett hen til komitéinnstillingen til 1930-lovens § 1, måtte offentliggjørelse av åndsverk forstås som alle tilfelle hvor utnyttelsen ikke kan sies å være privat bruk. For videre å forstå og fastlegge hva som menes med «privat bruk» støtter førstvoterende seg til Ragnar Knophs maksime i «Åndsretten» fra 1936, hvor Knoph uttaler:

«Hvis gjengivelse av et åndsverk skal ha privat karakter, må den nemlig skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps-, eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor denne krets er efter lovens mening skjedd offentlig, enten alle og enhver har hatt adgang til gjengivelsen, eller en begrenset forsamling som ikke er valgt ut med private og personlige forhold for øie».⁸³

Retten kom i saken til at musikkfremføring i arbeidstiden for arbeidere ved flere norske bedrifter var offentlig og dermed underlagt eneretten og forutsatte samtykke fra TONO.⁸⁴

Et annet moment som kan være avgjørende er hvorvidt det er en sluttet krets som har adgang til å høre fremføringen, eller om det er åpen adgang for alle. I kjennelsen inntatt i Rt. 1970 s. 1172 (Roys Place) fant Høyesterett at den ubegrensede adgangen og den løse tilknytningen mellom medlemmer og forening tilsa at møtene i ungdomsklubben Roys Place ble ansett som offentlige. I dansk rett har utviklingen gått motsatt retning og det har skjedd en gradvis utvidelse av «det private området». I UfR 1999 s.2011 (Ungdomsklubber) ble musikkfremførelse i fritids og ungdomsklubber ansett som ikke-offentlige og således ikke vederlagspliktige etter dansk OHL. § 68.⁸⁵ Begrunnelsen var blant annet basert på at musikkanvendelsen ikke var ervervsmessig, og ikke ble annonsert offentlig, videre at det var tale om et interessebetont fellesskap. Samme resultat kom dansk Høyesteret til i UfR 2004 s. 2134 (Gymnastikforeninger), hvor musikkfremføring i gymnastikkforeninger ikke ble ansett vederlagspliktig, idet foreningsstrukturen og dens fremme av sosiale re-

81 Schönning (2008) s. 158

82 Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 18-19; Rognstad (2009) s. 189

83 Knoph (1936) s. 89

84 TONO forvalter fremføringsrettighetene i Norge for komponister, tekstforfattere og musikkforlag.

85 Schönning (2008) s. 161

lasjoner tilsa at det ikke var tale om offentlig fremføring. I tillegg ble det vektlagt at musikken ikke var et fremtredende element ved bruk i gymnastikkforeninger.

I prinsippet er det uten betydning hvor mange som faktisk lytter til fremføringen, det avgjørende er fremføringens potensial.⁸⁶ I EU-domstolens avgjørelse Lagerdère uttalte retten at ordet «allmennheten» («the public») angir et ubestemt antall potensielle fjernsynsseere.⁸⁷ Det må dessuten være snakk om et betydelig antall personer, en for liten krets må være utelukket.⁸⁸ Dette ble fulgt opp i saken SGAE v. Rafael Hoteles (Rafael Hoteles) hvor et av spørsmålene retten måtte ta stilling til var hvorvidt overføring som finner sted ved hjelp av fjernsynsapparat, plassert i et hotellrom, anses for å være overføring til allmennheten fordi flere personer etter hverandre har adgang til verket.⁸⁹ Retten slo fast at så var tilfellet, den kumulative virkning er av betydning. Det var ikke relevant at mottakerne hver for seg var innlosjert separat i værelser og av begrenset økonomisk betydning for hotellet.⁹⁰ I en forholdsvis ny dom fra EU-domstolen, SCF v. Marco Del Corso (Tannlegemusikk), kom imidlertid domstolen til at den fremføring av lydopptak som fant sted i en tannlegepraksis ikke omfattes av begrepet «offentlig fremføring» i artikkel 8, annet ledd, i direktiv 1992/100 (Nå: Rdir 2006/115 EF), og dermed ikke ga rett til vederlag.⁹¹ Retten la vekt på at det kun var et begrenset antall personer som hadde tilgang på tannlegens ytelser og derunder musikken. Videre ble det til støtte for resultatet vektlagt at tannlegen ikke hadde noen økonomisk gevinst av å spille bakgrunnsmusikk.⁹² Dette kommer jeg nærmere inn på i kapittel 4.

I den såkalte Sjøppelbildommen fra Danmark kom Højesteret der til at ansattes musikklytting på TV, radio og CD-spillere ikke var offentlig fremføring av musikk.⁹³ Begrunnelsen for resultatet var at avspillingen skjer for sjåførene alene når de kjører i lastebilene sine, eller for noen få ansatte på pauserom og at det ikke kan anses å være en offentlig fremføring. I dansk rett er det i forarbeidene til fremføringsretten en tallfestet grense for når det er tale om en større krets, og således offentlig fremføring. Denne grensen er satt ved 40 personer. I foreliggende sak ble ikke musikken avlyttet samtidig av 40 ansatte, og fremføringen ble dermed ikke ansett som «offentlig».

Også i Sverige har lovforarbeidene satt en grense for når det er tale om offentlighet.⁹⁴ Dersom musikken lyttes til av mer enn 50 personer er man over grensen,

86 Schönning (2008) s. 158

87 Sak C-192/04, premiss 31

88 *Ibid.*

89 Sak C-306/05

90 Premiss 37-39

91 Sak C-135/10

92 Premiss 94-102

93 UfR 2007 s.1581

94 SOU 1956:25 s. 105

dersom det er færre enn 20 er man klart nedenfor, og det er ikke tale om offentlig fremføring. Gråsonen oppstår når det i en bedrift lyttes til radio av mellom 20 og 50 personer. Her mener lovgiver at det bør bero på en konkret vurdering av omstendighetene, og at det i tvilstilfeller heller bør henføres som en liten, og ikke en stor krets.⁹⁵

Selv om det i norsk rett ikke er noen tilsvarende tallfestet nedre grense nevner Høyesterett i Roys Place at møtene i ungdomsklubben i gjennomsnitt hadde 25-40 deltakere, her ble det ansett tilstrekkelig, sett i sammenheng med at det i utgangspunktet var adgang for alle over 18 år. Et eksempel hvor en grense ble forsøkt satt er vedtak fra Kabeltvistnemnda hvor tvisten gjaldt spørsmål om plikt til å betale vederlag for overføring gjennom kabelnettet i borettslag med 28 boenheter.⁹⁶ Her slo nemnda fast at i et borettslag med 35 husstander vil det være ca. 100-150 beboere. Dette er klart utenfor hva en kan regne som en privat krets. Tar man derimot utgangspunkt i et borettslag med ca. 15 husstander vil antall beboere være på rundt 50-60, og nemnda mente at det da er sannsynlig at det kan oppstå et fellesskap og relasjoner som gjør at kretsen er å anse som privat. I sjiktet mellom 15 og 35 leiligheter befinner man seg i en gråson og man må inn å foreta en konkret vurdering av det fellesskap som eventuelt eksisterer. Nemnda ga ikke noe klart svar på hvor denne grensen burde gå. Partene ønsket å inngå en voldgiftsavtale og anmodet voldgiftsdommer Birger Stuevold Lassen om å fastlegge en praktisk håndterbar grense for denne mellomliggende gruppe som skulle skrives inn i avtalen. Lassen bemerket at det ikke var noe i de opphavsrettslige regler som kunne bringe han nærmere et fast antall enn Nemnda. Resultatet ble å tallfeste grensen til middeltallet- 24- midt mellom de fastlagte yttergrensene, en løsning han erkjente «føles intellektuelt utilfredsstillende», men som likevel ble resultatet i avtalen.⁹⁷

2.3.4 Fremføringsbegrepet

Bestemmelsen i åvl. § 45b omfatter tilfellene der lydopptaket gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig «fremføring». Formuleringen reiser spørsmål om hva som innebærer en slik fremføring. Tar man utgangspunkt i en streng ordlydsfortolkning synes fremføringsretten snever, og man tenker først og fremst på tradisjonell fremføring foran et tilstedeværende publikum. Det er imidlertid viktig å merke seg at det er uttrykket «å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten» som oppstiller rammene for tolkningen av fremføringsretten, ikke den språklige forståelsen av uttrykket.⁹⁸ Dette tilsier at som fremføring skal forstås alle måter

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ NIR 1989 s. 369 flg.

⁹⁷ Voldgiftsdom, 10. april 1987. (Se også NIR 1989 s.373 flg.)

⁹⁸ Rognstad (2009) s. 156

et lydopptak gjøres tilgjengelig for allmennheten på. Likevel vil det her oppstå yttergrensetilfeller som ikke opplagt faller innenfor.

Det korresponderende begrep i Bernkonvensjonen er opphavsmannens «right of public performance» i artikkel 11, som tar sikte på vern for musikkverk (og dramatiske verk) og gir opphavsmannen enerett til offentlig fremføring av disse. Artikkel 11bis gir opphavsmannen enerett til «communication to the public ... by broadcasting», altså enerett på overføring til allmennheten via kringkasting. Denne egne formen for offentlig fremføring er senere inntatt i åndsverkløven gjennom begrepet «overføring til allmennheten».⁹⁹

Det følger av forarbeidene til dagens åndsverkløve at fremføringsbegrepet i tillegg til å omfatte den tradisjonelle fremføring foran et tilstedeværende publikum også omfatter indirekte fremføring ved hjelp av tekniske hjelpemidler.¹⁰⁰ Grunnen til at offentlig fremføring ble ansett som noe opphavsmannen burde ha rett til å råde over var nettopp den tekniske utviklingen som på tidspunktet for lovforarbeidene var i full gang og ga behov for økt rettighetsvern. I forarbeidene ble behovet for fremføringsretten for musikkverk vektlagt da den teknologiske utviklingen i form av «kringkasting, høytaleranlegg, opptaksutstyr, herunder grammofonplater, lydbånd og film» medførte stor økonomisk betydning for opphavsmannen.¹⁰¹

2.3.4.1 Fornyett fremføring

Fremføringsretten omfatter også såkalt fornyett fremføring, det vil si at fremføringsretten ikke bare gjelder ved første fremføring, men hver gang verket fremføres. I forarbeidene til dagens lov heter det at «Det er så å forstå at et verk "gjøres tilgjengelig for allmennheten" hver enkelt gang det blir utgitt, opplest, fremført, utstilt, kringkastet eller på annen måte gjengitt».¹⁰² Fornyett fremføring var tema allerede i Bedriftsmusikk som gjelder den gamle åvl. av 1930. Her slo Høyesterett fast at også avspilling av kringkastingssendinger ved hjelp av mottakerapparater på offentlig sted omfattes av fremføringsretten. Tilsvarende praksis finnes fra både svensk høyesterett,¹⁰³ og i praksis fra EU-domstolen. I nevnte Rafael Hoteles var spørsmålene for EU-domstolen blant annet om selve utplasseringen av TV-apparater som muliggjorde overføring av TV-sendinger på hotellrom innebar en krenkelse av opphavsmannens rettigheter etter opphavsrettsdirektivets artikkel 3. I dommen støttet retten seg til veiledningsdokumentet til Bernkonvensjonen, og slo fast at opphavsmannen kun har gitt sitt samtykke til den primære fremføring og at så snart en utsendelse skjer med et bredere publikum for øyet, med tanke på

⁹⁹ Om begrepet se punkt 2.3.4.2

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16, Rognstad (2009) s. 176

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ NIR 1980/258

økonomisk utbytte og et nytt publikum får mulighet til å høre verket, blir gjengivelsen av utsendelsen en selvstendig handling.¹⁰⁴ Verket fremføres i denne situasjonen for et nytt publikum som ellers ikke ville hatt adgang til verket. Hadde det ikke vært for hotellets handling ville ikke hotellgjestene kunnet se på TV på det aktuelle tidspunktet. På denne bakgrunn kom retten til at hotellgjestene utgjorde et nytt publikum og at fremføringen via de plasserte TV-apparatene ble en fornyet fremføring og dermed var vederlagspliktig.¹⁰⁵

Som dommene gjennomgått ovenfor viser omfatter fremføringsbegrepet fremføring i form av avspilling ved hjelp av tekniske hjelpemidler der allmennheten ferdes. Dette gjelder også avspilling av kringkastingssendinger ved hjelp av mottakerapparat på offentlig sted.¹⁰⁶ Det spesielle med kringkastingstilfellet er at den berettigede får vederlag to ganger for samme utnyttelse, idet både kringkaster og den som bringer kringkastingssendingen videre, det være seg i butikk, restaurant eller hotell, er pliktige å betale vederlag etter § 45b. Det kreves ikke noe samtykke fra kringkastingsforetaket for at kafeer, restauranter, butikker etc. kan overføre kringkastingssendingen direkte, det følger av forskrift til åndsverkloven § 2-9, men det har ingen betydning for rettighetshaverne som uansett har sitt vederlagskrav for denne bruken i behold.¹⁰⁷ Det sentrale er, som fastslått i Rafael Hoteles-dommen, at fremføringen når ut til et nytt publikum som ellers ikke ville hørt på.¹⁰⁸

At fornyet fremføring omfattes av fremføringsretten henger sammen med at fremføring ikke er bundet til fysiske eksemplarer av verket, og ikke konsumeres ved første fremføring slik tilfellet er ved første gangs utnyttelse av spredningsretten eller visningsretten.¹⁰⁹ Dette gjelder tilsvarende for vederlagsretten etter § 45b, slik at kravet på vederlag gjelder for hver enkelt fremføring. Det følger uttrykkelig av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 tredje ledd at overføringsretten ikke konsumeres, overføringen ansees som en tjeneste og regelen er således i tråd med formålet om å lette fri flyt og utveksling av tjenesteytelser i det indre marked.¹¹⁰

2.3.4.2 Overføring til allmennheten

Ytterligere en presisering av fremføringsbegrepet følger av § 2 fjerde ledd som ble innført i loven i 2005. Her blir det klart at «Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten ...». Spørsmålet blir etter dette hva som kan sies å utgjøre en slik «overføring». Det er viktig å merke seg at dette ikke er en uttømmende konkretisering av hva som

104 Premiss 41

105 Premiss 41-43

106 Rognstad (2009) s. 179

107 Forskrift til åndsverkloven § 2-10

108 Rognstad (2009) s. 179; C- 306/05 (premiss 42)

109 Rognstad (2009) s. 179, 186

110 Rognstad (2009) s. 186

ligger i fremføringsbegrepet, men snarere en eksemplifisering for å vise hva som menes med offentlig fremføring.¹¹¹ Det er kun Danmark som har en tilsvarende vid forståelse av fremføringsbegrepet.¹¹² Sverige og Finland har skilt ut distanseoverføring som en egen bestemmelse, i motsetning til Norge og Danmark hvor overføring er forstått som en form for fremføring, underlagt fremføringsretten.¹¹³ Det norske (og danske) fremføringsbegrepet skal også forstås videre enn «public performance» i Bernkonvensjonen artikkel 11, idet artikkel 11bis inneholder en egen bestemmelse om «broadcasting» og «communication to the public», mens disse formene for fremføring er omfattet av vårt begrep.¹¹⁴

Fjerde ledd ble til som en følge av gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet som regulerer opphavsmannens fremføringsrett i artikkel 3 første ledd. EUs opphavsrettsdirektiv gjennomfører som tidligere nevnt WIPOS traktater fra 1996, WCT og WPPT, og direktivets art. 3 (1) er en gjennomføring av WCT artikkel 8.¹¹⁵ Bestemmelsens ordlyd gir enerett for trådløs eller trådbunden overføring til allmennheten, såkalt distanseoverføring. For at overføringen skal omfattes av bestemmelsen forutsettes et visst distanseelement. Opphavsrettsdirektivets fremføringsrett er imidlertid snevrere enn den norske og omfatter ikke den tradisjonelle direkte fremføringen for et tilstedeværende publikum, og heller ikke den fremføringen som skjer idet lydopptak spilles av for tilstedeværende publikummere.¹¹⁶ Når det gjelder denne typen fremføring er det Bernkonvensjonen som angir rammene for den nasjonale lovgivning og unntaksmulighetene.¹¹⁷

Etter norsk rett omfatter fremføringsbegrepet både direkte fremføring for et tilstedeværende publikum og den indirekte fremføring som skjer via distanseoverføring til allmennheten og som reguleres i opphavsrettsdirektivet artikkel 3(1). Selv om denne fremføringsformen er utskilt i et eget fjerde ledd er det kun ment som eksemplifisering og et underbegrep av offentlig fremføring. Bakgrunnen var at departementet mente den teknologiske utviklingen tilsa en klargjøring av hva slags formidling eneretten i § 2 omfatter, videre mente departementet at «overføring til allmennheten» burde beholdes innenfor «offentlig fremføring», og ikke sideordnes begrepet, som i Sverige og Finland.¹¹⁸ Departementet kunne ikke se at å skille ut overføring i en egen bestemmelse ville medføre større klarhet, og mente at en presisering innenfor etablert terminologi ga mindre behov for nye avgrens-

111 Gyldendal rettsdata, note 3 til åvl. § 2

112 Ophavsretslov § 2, stk. 4

113 Rognstad (2009) s. 177

114 Om begrepets varierende innhold i internasjonal sammenheng: Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 20

115 Rognstad (2009) s. 177, petitavsnitt

116 Ot.prp. nr.46 (2004-05) s. 19; Schønning (2008) s. 166

117 *Ibid.*

118 Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 21

ninger og tolkninger.¹¹⁹ Det var altså kun et nytt begrep og ikke en ny rettstilstand som ble introdusert i og med fjerde ledd.

Kringkasting er utskilt som et eget eksempel på overføring til allmennheten, og omfatter all overføring via radio og TV. Dette er i utgangspunktet en overflødig presisering da det er sikker rett, både etter lovforarbeider og rettspraksis, at kringkasting omfattes av begrepet «offentlig fremføring».¹²⁰ Vederlagsrett (tvangslisens) for tradisjonell rikskringkasting i det jordbundne sendenettet har utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere hatt siden § 45b ble tatt inn i loven i 1989.¹²¹ At overføringsbegrepet i opphavsrettsdirektivets artikkel 3 (1) omfatter kringkasting følger av betraktning 23 i fortalet til direktivet og stadfestes også i Rafael Hoteles. I nevnte EU-dom understreket retten videre at overføringsbegrepet skulle tolkes vidt og henviste til betraktning 23, hvor det heter:

«This directive should harmonise further the author's right of communication to the public. This right should cover any such transmission of a work to the public by wire or wireless means, including broadcasting. This right should not cover any other acts».¹²²

Overføring til allmenheten skal altså tolkes vidt og det er klart at det omfatter mer enn bare den tradisjonelle kringkastingen.

Videre er det klart at begrepet omfatter utsendelse også der det skjer via satellitt, eller kabel og dermed at også videresendinger av kringkastingssendinger omfattes.¹²³ Dette ble slått fast som en følge av implementeringen av satellitt- og kabeldirektivet fra 1993. I direktivets fortale, betraktning 6 og 13 ble det fremhevet at det ikke lenger har noen avgjørende økonomisk betydning for mottaker om kringkastingen skjer via telekommunikasjonssatellitt eller ikke, og at det dermed ikke er grunnlag for ulik rettslig behandling av disse formene for overføring til allmennheten.

Spørsmålet er hva annet som dekkes av «annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten». I utgangspunktet vil dette omfatte alle interaktive overføringer, både digitalt og på internett. For at § 45b skal komme til anvendelse må imidlertid denne overføringen skje på initiativ fra avsender. Her vil det stadig mer populære og brukte avspillingsformen strømming være aktuelt å belyse. Strømming er overføring av data, bilder eller lyd fra en sender til en eller flere mottakere, som direkteavspilling. Det gir ikke mulighet til varig lagring av de mottatte data hos

119 *Ibid.*

120 Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 16; Rt. 1953 s. 633

121 Ot.prp. nr. 36 (1988-89) s. 16 flg

122 EP/Rdir 2001/29/EF

123 Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 78

mottakeren, i motsetning til nedlasting.¹²⁴ Jeg avgrenser mot en grundig behandling av strømming, men vil nedenfor problematisere denne avspillingsformen i lys av fremføringsbegrepet.

Det synes rimelig at der kringkastingssendinger sendes ut samtidig i digitale nett som i det analoge, såkalt «simulcasting», vil dette være en form for aktiv overføring som omfattes av vederlagsplikten.¹²⁵ Et eksempel på dette er når man på NRKs nettsider har muligheten til å strøme NRK P3s sendinger direkte, samtidig som de kringkastes i radio. Denne overføringen er vederlagspliktig etter § 45b. Det samme gjelder for «webcasting» hvor det er snakk om egne internett-baserte sendinger.¹²⁶ Det sentrale er at utsendingen her skjer på avsenders initiativ, det er avsender som har kontroll over «strømmen» og brukeren kan ikke selv velge når eller hva som fremføres ved overføringen.

Der strømmetjenesten ikke formidler noe simultant, men derimot tilbyr lydopptak for strømming hvor som helst og når som helst, blir situasjonen en annen. Et eksempel her er Spotify. Her ligger lydopptakene klare slik at den enkelte bruker selv velger «tid og sted for tilgang på verket». Dette er overføring «på forespørsel» og strømming fra Spotify omfattes derfor av eneretten og ikke av vederlagsretten jf. § 2, fjerde ledd. Det samme gjelder nettradio i opptak, altså repriser, som ligger tilgjengelig for strømming. Et avgjørende moment er tilgjengelighet i tid. Selv om sendingen kun er tilgjengelig i en begrenset periode står brukeren helt fritt i å velge tid og sted for strømming av opptaket innenfor denne perioden, og dette er avgjørende for rubriseringen som overføring «på forespørsel».

Når det gjelder «podkasting» skiller dette seg fra strømming ettersom lydopptaket her publiseres på internett slik at brukeren selv kan laste det ned på sin datamaskin og dermed får et «eksempplar» av lydopptakene.¹²⁷ Podkaster kan også begrenses slik at de kun er tilgjengelig for nedlasting i en viss periode etter at den har vært sendt i radio. Det kan innvendes at publikum ikke står fritt til å velge tid og sted ettersom kringkaster har lagt begrensninger på hvor lenge opptaket er tilgjengelig, men på samme måte som ved strømming av nettradio i reprise er det avgjørende at innenfor den tidsperioden lydfilen er tilgjengelig kan den enkelte helt fritt velge tid og sted for overføringen. Podkaster anses derfor som overføring på forespørsel og omfattes ikke av § 45b

Som nevnt var formålet med § 45b å gjøre det enklere å bruke lydopptak utenfor det private området.¹²⁸ Når det gjelder bruk av lydopptak i kringkastingssammenheng kan det imidlertid synes som om lovgiver har «spent ben» på seg selv. I

124 Wikipedias internettider, (wikipedia.no) <http://no.wikipedia.org/wiki/Streaming> (april 2013)

125 Begrepet «simulcasting» brukes der en sending kringkastes i ulike sendenetts samtidig.

126 Rognstad (2009) s. 182

127 Begrepet «podkast» brukes om å publisere lyd- eller bildeopptak på internett tilgjengelig for nedlasting.

128 Se under punkt 2.2

praksis har nå § 45b kun betydning som tvangslisens for tradisjonell kringkasting av radiosendinger.

For det første gjør skillet mellom fremføring på forespørsel og der fremføringen skjer på avsenders initiativ (tradisjonell kringkasting) det mer komplisert for kringkaster ved bruk av lydopptak. Mange kringkastingssendinger skal senere gjøres tilgjengelig for podkast eller strømming i reprise og for denne bruken kreves samtykke. Den praktiske konsekvens av skillet er at den musikken som brukes i radiosendinger og som det allerede er betalt vederlag til Gramo for, må kringkaster i tillegg forhandle med IFPI og FONO om, for å få tillatelse til å bruke i podkast eller nettradiorepriser på forespørsel.¹²⁹ En annen begrensning i bruken av lydopptak i kringkastingssammenheng, med store praktiske konsekvenser, gjelder innkopiering av lyd i tv-produksjoner. Det følger av åvl. § 31, annet ledd, at selve innkopieringshandlingen omfattes av eneretten. Det betyr i praksis at NRK må inngå avtale med rettighetshaverne (IFPI og FONO) for å legge på lydopptak i sine produksjoner. Tvangslisensen i § 45b mister altså mye av sin betydning fordi kringkaster fremdeles må klarere innkopieringshandlingen og på forespørsel-rettigheter direkte.

Det var krav om en økning på 800 % i vederlag for bruk av lydopptak som ikke omfattes av § 45b som førte til at NRK og IFPI brøt forhandlingene om ny avtale for musikkbruk i 2011.¹³⁰ IFPI hevdet at NRKs digitale satsing ville øke tilgjengeligheten for musikk på flere plattformer, og at de derfor måtte betale mer for klarering av bruken. NRK mente på sin side at IFPI overvurderte verdiøkningen det ville medføre. Jeg går ikke nærmere inn på konflikten, men den viser at reguleringen på området kan hevdes å være utidsmessig i møte med nye brukersituasjoner og plattformer for fremføring av lydopptak. Partene kom våren 2013 til enighet.

2.3.4.3 Tilrådighetsstillelse

Som en følge av at avspilling ved hjelp av tekniske hjelpemidler omfattes av fremføringsbegrepet vil også selve utplasseringen av disse virkemidler, som for eksempel TV eller radio, falle inn under fremføringsretten. Det finnes flere dommer som slår fast at slik tilrådighetsstillelse anses som fremføring. Allerede i dommen inntatt i Rt. 1964 s. 782 (Jukeboks) stadfestet Høyesterett byrettens dom og tiltalte ble dømt for opphavsrettskrenkelse da han ved å utplassere Jukebokser på et hotell hadde fremført musikkverker offentlig, uten tillatelse og uten å betale vederlag. Også i den tidligere omtalte avgjørelsen Rafael Hoteles omfattes selve utplasseringen av TV-apparatene av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 og anses

129 IFPI fremmer den internasjonale plateindustriens interesser. IFPI Norge ble stiftet i 1939 og forvalter lisensiering av musikk og musikkvideoer i kommersiell sammenheng.

FONO er interesseorganisasjonen for uavhengige norske plateselskaper.

130 NRKs nettsider (nrk.no) <http://nrkbeta.no/2011/12/15/platebransjen-bruddet-mellom-nrk-og-ifpi/> (april, 2013).

som overføring man må innhente samtykke for. Også i våre nordiske naboland er utplasseringen i seg selv ansett som fremføring. I en finsk dom som kom før nevnte EU-dom ble utplassering av TV- apparater på hotellrom ansett vederlagspliktig etter den finske bestemmelsen som tilsvarer åvl. § 45b.¹³¹ Høyesterett oppstilte imidlertid en grense for når tilrådighetsstillelse er å anse som fremføring i dommen inntatt i Rt. 1995 s. 35 (Piratkort). Tiltalen gjaldt brudd på åndsverkløven som en følge av at vedkommende hadde solgt «piratkort», ettersom disse kunne brukes på dekodere og gi gratis tilgang til TV-kanaler det i utgangspunktet skulle betales for. Høyesterett fant det anstrengt å si at tiltalte ved salget selv hadde «fremført» sendingene. Dette er i etterkant blitt tolket dit hen at det kan oppstilles enda et vilkår for fremføringsretten, og dermed vederlagsretten, nemlig at det må foreligge tilstrekkelig nærhet mellom handling og verkstilgang. Dette behandles i et eget punkt 2.3.5.

Det er viktig å merke seg at tilrådighetsstillelse av datautstyr med internettilgang i seg selv ikke er å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten. Den som stiller utstyret til rådighet, det være seg bibliotek eller internettkafé gjør seg følgelig ikke skyldig i offentlig fremføring uten samtykke.¹³² Opphavsmannen må i et slikt tilfelle forholde seg til den som har gjort materialet tilgjengelig på nettet dersom han vil kreve vederlag for fremføringen. Dette må imidlertid ikke forveksles med tilrådighetsstillelse av apparat for kringkasting. Denne form for tilrådighetsstillelse er, som vist overfor (Rafael Hoteles), vederlagspliktig.

En form for tilrådighetsstillelse som er mye diskutert i teorien er bruken av såkalte «linker». Spørsmålet til nå har vært om linker kan sies å være underlagt opphavsmannens enerett eller ikke. Problemstillingen kan ha overføringsverdi til vederlagsrettens område. Rognstad oppstiller to innfallsvinkler i synet på hvorvidt linking er omfattet av fremføringsretten.¹³³ På den ene siden kan det hevdes at linker på internett er en typisk overføring på forespørsel ettersom man selv må aktivere linken for å få tilgangen. I så fall vil utøverne og produsentene måtte samtykke i tilgjengeliggjøringen av lydopptaket. På den annen side kan det hevdes at linker er det som utgjør selve livsnerven i verdensveven og at de derfor ikke kan være underlagt noen enerett.¹³⁴ En måte å tolke det siste synspunktet på er å anse linkene som rene henvisninger til filen som inneholder verkstilgangen, at det i seg selv ikke innebærer tilgjengeliggjøring og således ikke rammes av § 2.¹³⁵ Det synspunktet inntok Høyesterett i den såkalte Napsterdommen, i Rt. 2005 s. 41. Høyesterett ville ikke avgjøre saken på det anførte grunnlag, men kom med en rekke uttalelser om forholdet mellom linking og tilgjengeliggjøring. Kort

131 NIR 2002 s. 428

132 Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 23.

133 Rognstad (2009) s. 183

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*

oppsummert mente førstvoterende at linking i stor grad lignet på det å gjøre en webadresse tilgjengelig på internett, noe som klart ikke var å anse som tilgjengeliggjøring. Videre var de uvillige til å innfortolke et samtykke til linking idet et verk er lagt ut på internett, da de mente det ville få uoverskuelige konsekvenser i form av tvil og tvister.¹³⁶

Strekker man synspunktet om at linkene utgjør selve «livsnerven i verdensveven» enda lenger, om enn i en annen retning, vil det være mulig å argumentere for at linkene til enhver tid er aktive og at verket således hele tiden «overføres» i verdensveven, som en konstant strøm. Tar man dette enda et skritt videre vil det innebære at man kan anse det som aktiv overføring fra de som legger ut linkene og at tilgjengeliggjøringen er dermed en fremføringshandling som omfattes av vederlagsretten i 45b.

2.3.5 Kravet om nærhet mellom handling og verkstilgang.

Som vist ovenfor omfattes utplassering av tekniske hjelpemidler av fremføringsretten, forutsatt at allmennheten som en følge av utplasseringen, får tilgang til åndsverk.

I den tidligere omtalte Piratkortdommen satt Høyesterett imidlertid en grense for hvilke handlinger som kan anses som omfattet av eneretten. Et utslag av denne grensedragning uttrykkes tydelig i forarbeidene til endringene i loven i 2005.¹³⁷ Der slås det fast at departementenes oppfatning er at det bør være «en viss nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til verket». Spørsmålet blir således hva som skal til for at dette nærhetskravet anses oppfylt.

Forarbeidene viser til Piratkortdommen, og gjør det klart (som jeg var inne på ovenfor), at tilrådighetsstillelse av datamaskin med internettilgang i seg selv ikke er å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten. I motsetning til situasjonen i Rafael Hoteles-avgjørelsen og Jukeboksdommen, hvor apparatene som var stilt til rådighet bare måtte «skrus på» så var overføringen i gang, fordrer tilrådighetsstillelsen av datamaskinen flere handlinger før man får tilgang på verket. Riktignok er datamaskinen en forutsetning for tilgangen, det synes likevel anstrengt å si at selve utplasseringen er tilgjengeliggjøring i tilstrekkelig grad. Avgjørende her må være at det er snakk om flere ledd mellom utplasseringen og selve tilgangen på verket. En datamaskin med internettilgang kan brukes til en rekke andre ting enn å skaffe tilgang på lydopptak. Selv om tilgang muliggjøres ved en slik utplassering er det ikke nok i seg selv, og det synes rimelig å trekke grensen her.

I den tidligere omtalte Tannlegemusikkavgjørelsen fra EU-domstolen vektla retten at pasientenes adgang til lydopptak under tannlegebesøket var tilfeldig og uavhengig av deres ønsker. Dette brukte retten som et argument mot at musikk-

¹³⁶ Premiss 55-57

¹³⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 23

avspillingen skulle være vederlagspliktig.¹³⁸ Dette taler for at også EU-domstolen, til en viss grad, anerkjenner et vilkår om at fremføringshandling og verkstilgang må stå i en viss nærhet til hverandre.

Et moment som kan være av avgjørende betydning er *hensikten* bak fremføringen.

Allerede i 1936 uttalte Knoph i sitt verk «Åndsretten» at hensikten bak fremføringen kan få avgjørende betydning ved løsning av spørsmålet og fremføringen er å anse som offentlig eller ei.¹³⁹ Det klassiske eksempelet Knoph bruker, er der sangeren over for åpne vinduer og det samler seg folk utenfor vinduet som lytter til fremføringen. Dette vil ikke være offentlig fremføring fordi sangerens hensikt åpenbart ikke var at allmennheten skulle ha tilgang til fremføringen. Fortsetter sangeren derimot å synge etter at han blir klar over at det står en forsamling og hører på, endrer hensikten seg og saken står annerledes. Selv om syngingen først og fremst er for sangerens egen del, vil det være en offentlig fremføring.¹⁴⁰ På samme måte er det sikker rett at bakgrunnsmusikk i butikklokaler, frisører, restauranter og lignende, regnes som vederlagspliktig offentlig fremføring, uavhengig av om hensikten er å underholde kunder eller kun er ment for å glede personalet.¹⁴¹

I Tannlegemusikkdommen uttalte retten at formålet med et tannlegebesøk for pasientene er behandlingen og ikke musikklytting. Videre at hensikten for tannlegen kun er å ha bakgrunnsmusikk til arbeidet og at musikken ikke har noen funksjon som gjør at han kan ta høyere betaling for behandlingen han tilbyr.¹⁴² Det kan synes som EU-domstolen vektlegger hensikten både bak tannlegens avspilling av musikken, og hensikten bak pasientenes besøk som momenter som taler mot at musikkavspilling i tannlegens lokaler er å anse som vederlagspliktige.¹⁴³ Dommen er banebrytende i og med at den etablerer økonomisk gevinst ved sekundærfremføringen på tannlegekontoret som et avgjørende moment for vederlagsplikt.¹⁴⁴ Tannlegen ble dermed ikke vederlagspliktig, ettersom hans hensikt bak musikkavspillingen ikke var økonomisk, og han heller ikke fikk noen faktisk gevinst av betydning ved å spille bakgrunnsmusikk for pasientene.¹⁴⁵ Dommen er et viktig brudd med tidligere rettspraksis på området og berettiger spørsmålet om det er en kursendring på gang på vederlagsrettens område, hvor økonomiske interesser får en mer sentral og avgjørende posisjon ved vurderingen av vederlagsretten. Denne problemstilling jeg går grundigere inn på i del 4.

138 Premiss 98

139 Knoph (1936) s. 89

140 *Ibid.*

141 Rognstad (2009) s. 189

142 Premiss 97-98

143 Premiss 78

144 Her forstås sekundærfremføring som avspilling av lydopptak via radio på tannlegekontoret. Primærfremføringen vil her være kringkasters utnyttelse av lydopptaket.

145 Premiss 78

3 Leiebilsaken

3.1 Kort fremstilling av saken

Saken gjaldt spørsmål om vederlagsrett i forbindelse med utleie av biler. Gramo saksøkte i mai 2012 de største bilutleieselskapene i Norge, med krav om fastsettelsesdom for at deres virksomhet med utleie av bil, med innmontert radio, utløste vederlagsplikten etter åvl. § 45b.

Gramo mente det faktum at leiebilselskapene tilbyr biler for utleie med innmontert utstyr for mottak av radiosendinger utløser vederlagsplikten, da det er å regne som «offentlig fremføring». Påstanden var at selve utplasseringshandlingen – at radioene er i bilene som leies ut – er å anse som tilgjengeliggjøring i form av «fremføring». Videre hevdet Gramo at de øvrige vilkår for vederlagsretten var oppfylt.

De saksøkte bilutleieselskapene, First Rent a Car Norway AS, Ec Rent a Car Norway AS og Rac Norway AS, mente på sin side at å tilby utleiebiler med radio ikke er å anse som fremføringshandling etter åvl. § 45b. Uansett mente de at det ikke forelå tilstrekkelig nærhet mellom utplasseringshandlingen og allmennhetens tilgang, og endelig at fremføringen ikke var «offentlig».

Gramo fikk medhold i Asker og Bærum tingrett da dommen falt november 2012. Dommen er ikke rettskraftig, og ankebehandling i lagmannsretten er berammet til april 2014.

Det er viktig å merke seg at dommen er avsagt av tingretten og således har begrenset rettskildemessig vekt. Grunnen til at jeg likevel ønsker å foreta en analyse er at den på en god måte illustrerer hvordan yttergrensene for vederlagspliktige handlinger stadig flyttes og gir et godt utgangspunkt for diskusjon.

3.2 Hovedspørsmål i saken

3.2.1 Problemstillinger

Saken reiser tre problemstillinger knyttet til de kumulative vilkårene i § 45b. For det første hvorvidt bilutleieselskapenes handling, utleie av bil med innmontert radio, er å anse som tilgjengeliggjøring av lydopptak, ved «fremføring». Neste problemstilling er om denne fremføringen i så fall retter seg mot allmennheten og derfor er «offentlig». Den tredje problemstillingen følger ikke av bestemmelsens ordlyd, men er innfortolket under fremføringsbegrepet som et krav om tilstrekkelig nærhet mellom handling og allmennhetens tilgang til verket. Jeg viser til oppgavens del 2 hvor vilkårene er nærmere behandlet og går heller ikke grundig gjennom det som er uomtvistet i dommen, men fokuserer på de punktene der det

hersker uenighet mellom partene og vurderer rettens vektlegging og argumentasjon fortløpende.

3.2.2 Er bilutleieselskapenes handling å anse som «fremføring»?

Det første retten tar stilling til er hvorvidt utleie av bil med radio kan anses som «fremføring». Det er klart, og bestrides heller ikke av saksøkte, at begrepet omfatter alle måter et verk gjøres tilgjengelig på, herunder fornyet fremføring, overføring som skjer ved hjelp av tekniske hjelpemidler, samt selve utplasseringen av det tekniske utstyr. De saksøkte leiebilselskapene mener imidlertid at foreliggende sak skiller seg fra den rettspraksis Gramo viser til, og at det derfor ikke er grunnlag for vederlagsplikt. Blant rettspraksis som trekkes frem til inntekt for Gramos påstand er blant annet Bedriftsmusikk, og EU-domstolens sak Rafael Hoteles. I begge disse dommene ble selve utplasseringen av henholdsvis radioapparat og TV-apparat ansett som fremføringshandling i opphavsrettslig forstand. Saksøkte har ikke innvendinger mot dommene, men mener det er en sentral forskjell på situasjonen som omhandles der og den foreliggende. Forskjellen ligger i at utleiebilselskapene ikke selv har tatt et aktivt valg om å tilby radio til sine kunder, ettersom det er standardutstyr på biler i dag, og derfor ikke kan sammenlignes med nevnte dommer hvor for eksempel hotellinnehaver selv har valgt å utplassere TV på rommene. Retten vurderer imidlertid denne forskjellen til ikke å ha avgjørende betydning og mener det relevante er at kringkastingssendingen når et nytt publikum på grunn av tilrådighetsstillelsen.

Det følger av Rafael Hoteles-dommen at det sentrale for vurderingen av om selve utplasseringen av teknisk utstyr utløser vederlagsplikt er hvorvidt utsendingen på grunn av denne handlingen når et «nytt publikum», som ellers ikke hadde hørt på radio eller sett på TV på det aktuelle tidspunkt. Mot dette kan det innvendes at kringkaster allerede har betalt for nettopp denne utnyttelsen av lydopptaket - og at det må gjelde uansett hvor kringkastingen «treffer» publikum. Hele poenget med kringkasting er jo at det når ut til allmennheten.¹⁴⁶ På tross av denne innvending er det imidlertid sikker rett at det avgjørende er at sendingen når ut til et «nytt publikum».

Det kan ved første øyekast synes som dette er situasjonen for leiebilene, da man kan hevde at kundene ikke ville hatt tilgang til sendingen dersom radioen ikke var montert. Her kan det imidlertid hevdes at den teknologiske utvikling på området har innhentet argumentet fra Rafael Hoteles-dommen, i alle fall i noe større grad enn hva retten har anerkjent. Med den datateknologi som i dag finnes i nye biler, og den grad av allemannseie en smarttelefon eller annen inn-

146 *Kringkasting*: utsending av tale, musikk og liknende via elektroniske kommunikasjonsnett, ment eller egnet til å ses eller høres direkte og samtidig av allmennheten. Jf. Kringkastingsloven § 1, første ledd, litra a.

retning med internettilgang er, vil det ikke lenger medføre riktighet å si at publikum ikke ville hatt muligheten til å lytte til sendingen dersom radiomottaker ikke var montert. Den samme sendingen kan lyttes til ved hjelp av annet utstyr. Problemstillingen er et godt eksempel på at ny teknologi medfører at spørsmål som tidligere var rettslig avklart må vurderes i nytt lys. Dette er en ullen og uavklart sfære hvor fagkunnskap om teknologi er en fordel. Det er imidlertid sannsynlig at argumentet om at sendingen når et publikum som ellers ikke ville hatt muligheten til å se denne, ikke ville hatt samme tyngde ettersom det i dag vil være gode muligheter for å få tilgang på nett-tv (eller radio) gjennom sin egen bærbare PC, iPad, eller smarttelefon. Noe mange i dag har med seg på reise.

Tingretten slutter seg med andre ord til Gramos vurdering om overføringsverdien fra hotelldommene til foreliggende sak. Gramo hevder at den eneste forskjellen mellom hotellsituasjonen og foreliggende situasjon er at leiebilene er i bevegelse, mens hotellrommene står stille. Riktignok peker retten på den sentrale forskjellen at fremføringshandlingen for leiebilselskapene ikke er selvvalgt, men avfeier ganske raskt argumentet med at selve fremføringshandlingen ikke ligger i valget om å ha radio i bilene, men i valget om å gjøre leiebilene med radio tilgjengelig for kundene.

Jeg kjenner ikke til rettspraksis som problematiserer at fremføringshandlingen ikke er selvvalgt av den som blir vederlagspliktig. Spørsmålet blir derfor om dette elementet bør ilegges noe større vekt enn det tingretten gjør i denne saken. Retten tar ikke stilling til den tvungne situasjonen leiebilselskapene havner i. Dersom leiebilselskapene skal unngå vederlagsplikt kan de ikke tilby biler *med radio* for leie. Samtidig vet man at biler i dag leveres med radio som standardutstyr. Det vil kunne medføre ikke ubetydelige kostnader å fjerne radioen, og dersom det i tillegg kan gjøre sikkerhetsutstyr integrert i multifunksjonsheten mindre virksomt, som leiebilselskapene hevder, vil det ikke være et forsvarlig alternativ. Uansett vil det være upraktisk og ulønnsomt. Det vil i realiteten ikke være mulig for leiebilselskapene å drive med bilutleie uten å bli vederlagspliktige. De tvinges dermed inn i en vederlagspliktig situasjon og det synes urimelig.

Det faktum at radio nå er standardutstyr i biler er et argument som også kan tale mot leiebilselskapene, ettersom det tilsier at det vil være en forventning blant folk om at biler i dag skal inneholde radio, og kanskje særlig når man betaler for leiebil. Et moment her vil være hvor mye leiebilselskapene tjener på å tilby radio. Jeg kommer nærmere inn på momentet om økonomisk gevinst nedenfor.¹⁴⁷

147 Se s. 43-44, samt kapittel 4

3.2.3 Nærhet mellom handling og verkstilgang

Videre legger retten til grunn at for at en handling skal anses som fremføring, må det kreves en viss nærhet og umiddelbarhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til lydopptaket. Jeg viser til bakgrunnen for vilkåret som er behandlet i oppgavens punkt 2.3.5. I kombinasjon med dette vilkåret kan man innfortolke et krav om at hensikten bak handlingen må være å gi allmennheten verkstilgang. Dette er ikke noe absolutt vilkår, men et tungtveiende moment. Retten viser til Rognstads behandling av spørsmålet.¹⁴⁸ Det er enighet mellom partene om at det gjelder et slikt nærhetskrav etter § 45b.

Saksøkte viser til Piratkortdommen som støtte for deres påstand om at det ikke foreligger tilstrekkelig nærhet mellom handling og verkstilgang. Her fant Høyesterett at publikums tilgang på TV-sendingene var for fjern fra salg av piratkortene til dekodere, til at selve salget kunne betraktes som en fremføringshandling. Tingretten mener imidlertid at foreliggende sak skiller seg fra Piratkortdommen og peker på at til forskjell fra situasjonen der, fordrer det ikke noe ekstrautstyr for å få tilgang på sendingene etter at kundene har leid seg en bil.

Etter mitt syn bør hensikten bak handlingen i større grad være avgjørende. Leiebilselskapene har tilgang på bil og transport som sin primære yttelse, for hotellene er derimot trivsel og rekreasjon det sentrale. At trivsel i form av verkstilgang er en tilsiktet følge av hoteleierens utplassering av TV-apparat, og dermed utløser vederlagsplikt synes rimeligere enn at leiebilselskapenes utleie av bil med radio, skal omfattes. Dersom man legger til grunn at utleie av bil med innmontert radio er en fremføringshandling, vil det uansett være et tungtveiende argument mot å anse handlingen som omfattet av vederlagsretten at formålet bak handlingen ikke er å legge til rette for allmennhetens verkstilgang. Leiebilselskapenes primære hensikt er å leie ut biler, ikke å tilrettelegge for verkstilgang, som jeg var inne på ovenfor. Dette er retten enig i. Retten mener imidlertid at på tross av at verkstilgang ikke er den primære hensikten, er det konsekvensen av handlingen som er avgjørende.

Den EU-dom som anføres av saksøkte for å underbygge at hensikten skal være avgjørende er tidligere nevnte Tannlegemusikk. Det var her klart at tilgjengeliggjøringen av musikkverk ikke var tannlegepraksisens primære hensikt bak å avspille bakgrunnsmusikk i sine lokaler.

En sentral del av rettens begrunnelse for ikke å idømme vederlagsplikt i Tannlegemusikk knyttet seg til at fremføringen ikke ga noen økonomisk gevinst og derfor ikke var å anse som vederlagspliktig etter utleiedirektivet artikkel 8, annet ledd. Leiebilselskapene anfører at de ikke har noe profittmotiv som hensikt bak å ha radioer i bilen og at dette taler mot vederlagsplikt. Profittmotivet deres er knyttet til utleie av biler. Retten kommer imidlertid til at radioene er av økono-

148 Rognstad (2009) s. 181.

misk betydning for leiebilselskapet idet det gir kundene en bedre kjøreopplevelse og at det derfor er sannsynlig at kundene vil velge samme selskap igjen. Her viser retten til den finske Högsta Domstolens dom for vederlagsplikt for musikk i taxi NIR 2003 s. 161 (Taximusikk). I denne saken ble trivselsaspektet som lå i å spille musikk i bilene ansett uløselig knyttet til taxivirksomheten og dette var en del av begrunnelsen for å anse det som offentlig fremføring.

Det er uomtvistet at leiebilselskapenes primære hensikt ikke er å tilrettelegge for verkstiltgang. Spørsmålet er om retten er noe snever i sin vurdering når de legger den avgjørende vekt på konsekvensen av handlingen – altså at radioen faktisk er der og faktisk gjør det mulig å høre på lydopptak. De vektlegger med andre ord ikke hensikten. Den foreliggende sak må sies å være et ganske klart eksempel, på at hensikten bak det som anses som fremføringshandlingen er noe helt annet enn verkstiltgang – nemlig å leie ut biler så kunder kan komme seg fra A til Å. Trivselsaspektet som trekkes frem fra Taximusikkdommen er et saklig moment, men etter mitt skjønn spiller det en viktigere rolle i taxitilfellet enn det gjør i utleiebiler. I en taxi betaler man for å slippe å kjøre, og ytelsen er preget av service og trivsel. Det er lettere å se paralleller til hotellsituasjonen her. I leiebilsituasjonen er kundens behov et fremkomstmiddel som erstatter egen bil – du kjører selv og får ingen ytterligere service. Det kan selvfølgelig være mange som synes det er positivt å kunne høre musikk mens de kjører leiebil, men dette er såpass underordnet den egentlige hensikten bak tjenesten de kjøper at det ikke bør tillegges videre vekt eller noen vesentlig økonomisk verdi og dermed kan sees bort i fra. Det bør i hvert fall ikke utgjøre tilstrekkelig grunnlag for å ilegge vederlagsplikt.

Videre mener jeg Tannlegedommens betydning for tolkningen av den norske bestemmelsen avfeies på noe tynt grunnlag. Dette er en EU-dom som klart går i en annen retning enn de tidligere dommene på området, både nasjonalt, i Norden og i EU, og som dermed danner grunnlag for nye vurderingstema. EU-dommer skal tillegges stor vekt ettersom Norge skal følge EU på opphavsrettens område. Jeg er enig i saksøktens syn på dommens overføringsverdi. Verkestiltgang for pasientene var ikke tannlegens primære hensikt, men musikken kan sies å ha hatt en viss verdi i et trivselsaspekt. Dette betyr imidlertid ikke at det ga noen klar økonomisk gevinst, EU-domstolen slo tvert imot fast at «such a broadcast is not of a profit-making nature», noe som også må sies å være tilfellet i vår sak.¹⁴⁹ På Gramos nettsider nevnes den økonomiske verdi muligheten for å fremføre musikk offentlig kan medføre for brukerne, som begrunnelse for hvorfor Gramo på disse områder ønsker å ilegge vederlagsplikt.¹⁵⁰ Altså anser Gramo økonomisk gevinst ved bruken av lydopptak som en forutsetning for vederlaget. Der den

149 Premiss 99

150 Se sitat fra Gramos nettsider s. 57

økonomiske gevinst er så usikker og tilsynelatende ubetydelig som i leiebilenes tilfelle synes det ikke som tilstrekkelig grunnlag for å ilegge vederlagsplikt.

Begge parter i saken har henvist til Rognstads uttalelser om leiebiler, fra hans verk Opphavsretten.¹⁵¹ Han bruker utleiebilfirmaet som leier ut biler med radio som eksempel på virksomhet som *ikke* bør avkreves vederlag fordi, som jeg har vært inne på, deres handling ikke har som formål å tilrettelegge for andres verkstilgang. Retten kommer som vi vet til motsatt resultat, men finner ikke grunn til å drøfte uttalelsen nærmere. At Rognstad ikke begrunner den spesifikke uttalelsen er antagelig fordi den er tenkt som et eksempel som illustrerer et tilfelle hvor hensikten klart ikke er verkstilgang, og vederlagsplikt derfor ikke er rimelig.

Et annet av leiebilselskapenes hovedargumenter hva gjelder manglende oppfyllelse av vilkåret om nærhet, ligger i argumentet om at multifunksjonsenheten i bilene er å anse som en datamaskin og dermed at tilrådighetsstillelse av denne ikke er å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten slik forarbeidene fastslår.¹⁵² Datamaskinen gir en annen type brukersituasjon fordi den enkelte selv velger hva maskinen skal brukes til – i større grad enn ved bruk av radio – og beskyttet materiale blir ikke automatisk tilgjengelig bare ved å stille datamaskinen til rådighet, det krever en nærmere tilrettelegging av hva brukeren får tilgang på før det kan anses som en fremføringshandling.¹⁵³ Retten kommer imidlertid til at på tross av at multifunksjonsenheten i bilene inneholder datateknologi er det langt igjen til å kalle det en datamaskin. Dette synes som en rimelig vurdering. Internetttilgang vil kanskje snart være standardutstyr på multifunksjonsenheten i biler, det er likevel situasjonen i dag som må legges til grunn. Det avgjørende må da være at det *i tillegg til* eventuell datateknologi finnes tradisjonelt antennemottak og radiosendingene kan derfor skrus på uavhengig av nettilgang og andre funksjoner. Så lenge det er en tradisjonell radio i multifunksjonsenheten kan den ikke anses som en «ren» datamaskin og på det grunnlag gå klar av fremføringsbegrepet og vederlagsplikten.

3.2.4 Om fremføringshandlingen er «offentlig»

Retten kommer til at bilutleieselskapenes kundekrets er å anse som «allmennheten» i åndsverklovens forstand og dermed at lydopptakene fremføres «offentlig». Saksøkte mener på sin side at (den bestridte) fremføringshandlingen uansett ikke er rettet mot allmennheten og derfor ikke er offentlig. Til støtte for sitt resultat viser retten blant annet til Rafael Hoteles. Her var det nettopp den kumulative effekten av at en rekke enkeltpersoner over tid fikk tilgang til sendinger fra hotell-

151 Rognstad (2009) s. 181.

152 Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 22

153 *Ibid.*; se punkt 2.3.4.3

rommene som ble avgjørende og som tingretten mener må gjelde tilsvarende for leiebilene. Igjen dras den påståtte parallellen mellom hotellrom og leiebil.

En grunnleggende forskjell mellom Rafael Hoteles og foreliggende sak er at hotellrom er samlet under ett og samme tak. Dette er et moment som ikke er behandlet i særlig grad i senere omtale av denne EU-dommen, verken i rettspraksis eller teori. Et hotell er et større område hvor flere gjester oppholder seg av gangen, og derfor har det et klarere preg av allmennhet eller offentlige lokaler. Selv om TV-apparatene benyttes separat på rommene er de en del av den opplevelsen hotellet som sådan tilbyr allmennheten gjennom sin virksomhet og det skjer innenfor hotellets «fire vegger». I tillegg er rommene underlagt en samlet enhet – hotellet. Dette taler for at rommene samlet sett kan anses som allmennheten. Det er imidlertid den kumulative virkning i at gjestene inntar samme rom etter hverandre som er avgjørende. Det er denne kumulative effekten som trekkes frem i dommen og som er relevant for vår sak, men det endrer ikke på denne grunnleggende forskjellen.

Retten viser også til den nevnte Taximusikk, idet den mener det ikke er avgjørende forskjell mellom fremføring av verk i taxi og fremføring via radio i leiebiler. I saken ble et taxiselskap dømt til å betale vederlag for musikk spilt i bilene. På tross av at Taximusikk tilsynelatende har stor overføringsverdi til leiebilsituasjonen vil jeg trekke frem visse momenter knyttet til offentlighetsvurderingen, som skiller de to, men som ikke påpekes av partene og heller ikke retten går inn på.

Å tilby taxibil har i større grad preg av å være en tjeneste åpen for offentligheten til en hver tid. Man fraktes korte strekninger, og kunden oppholder seg i bilen i en svært avgrenset og kort periode. I tillegg er det en sjåfør som kjører, noe som gir det preg av å være en serviceytelse hvor man skal kunne slappe av og la noen andre gjøre «jobben». Det innebærer samtidig at bilen ikke disponeres fritt. Alt dette taler mot at taxien er sjåførens private sfære. Taxien er jo tvert imot sjåførens levebrød, og tjenesten som tilbys er åpen for alle.

Leiebiler skiller seg fra dette på sentrale punkter. Først og fremst er kundes grunnlaget for taxiselskapet mye større enn for leiebilselskapene, og det skjer en mye hyppigere utskiftning av brukere, slik at der man i en taxi i løpet av en dag har rundt seksti kunder, vil en leiebil sjelden ha mer enn en. Leiebilene er, etter at kunden har leid den, ikke lenger tilgjengelig for alle. Man leier et privat rom for transport og for mange vil det være et alternativ til offentlig kollektivtransport. Det kan innvendes at å betale for taxi også er en form for leie av privat rom for transport, men en vesentlig forskjell er at taxituren avhenger av en sjåfør man ikke kjenner, som styrer både bil og musikk. Å høre på musikk i leiebil vil i større grad være en privat opplevelse enn å høre på musikk i en taxi, en opplevelse du deler med en fremmed i et transportmiddel alle har tilgang på.

Leiebilselskapene støttet seg her til Tannlegemusikk. Tannlegens kunder ble, på tross av at det her var tale om flere personer etter hverandre, ikke ansett å opp-

fylle vilkåret om «allmennheten». Begrunnelsen var at det kun var et begrenset antall personer som hadde tilgang på tannlegens ytelser og derunder musikken, de ble behandlet én og én og fikk heller ikke tilgang på de samme opptakene.¹⁵⁴ Det samme vil være tilfelle i leiebiler. Tingretten mener imidlertid at det i foreliggende sak ikke er nødvendig å ta stilling til om EU-domstolens krav skal legges til grunn ved vurderingen av innholdet i begrepet «allmennheten» i § 45b, og hevder det uansett er for stor forskjell mellom bilutleieselskapene og tannlegens pasienter til at saken får anvendelse i vårt tilfelle.

Det er et krav at norsk rett skal samsvare med direktiver og tolkningen av disse fra EU-domstolen. Norske domstoler er således bundet i sin tolkning, og må derfor ta stilling til om EU-domstolens krav skal legges til grunn ved vurderingen av innholdet i vilkåret «allmennheten».¹⁵⁵ I dommens premisser har tingretten imidlertid fullt og helt bygget på EU-domstolens krav til innholdet i fremføringsbegrepet utledet av Rafael Hoteles-avgjørelsen.

Et av de avgjørende momentene i Taximusikk var at man på forhånd ikke kan bestemme hvem lytterne skal være og alle kan delta, mens EU-retten i Tannlegemusikk mener pasientgruppen er såpass avgrenset at det ikke vil være naturlig å anse et tannlegekontor som tilgjengelig for allmennheten. Leieilselskapene befinner seg et sted midt i mellom disse to variantene av allmennheten. Leiebilene er ikke like hyppig i ulike kunders bruk som tilfellet er med taxier, samtidig er kundegruppen langt mindre avgrenset enn pasientgruppen til tannlege. I taxisituasjonen er det en minimal mulighet for selskapet å bestemme hvem som skal få tilgang, det er i det hele tatt basert på et «førstemann til mølla»-system, hvor man enten praier en taxi på gaten eller ringer inn og får en taxibil så fort det er ledig. I tannlegens situasjon er det større grad av kontroll over pasientgruppen, men på samme måte som et taxiselskap vil tannlegen fylle sin kapasitet slik at det også her er køprinsippet som gjelder. Forskjellen er der det er etablert en kundekrets slik at kundene kommer jevnlig, og kapasiteten er full slik at man ikke har plass til nye kunder. Utleieilselskapene vil også være interessert i å fylle kapasiteten slik at de tjener mest mulig penger, men samtidig har de, i større grad enn taxiselskapene, mulighet til å planlegge og legge opp kundegruppen idet visse kriterier må være oppfylt. For eksempel må man ha førerkort og være over en viss alder for å få leie bil, mens taxier er tilgjengelige for alle så lenge man betaler.

En annen dom det vises til under behandlingen av dette vilkåret er den danske Sjøppelbildommen.¹⁵⁶ Dommen er grundigere behandlet ovenfor, men det sentrale er her at retten kom til at fremføringen, i form av mottaker- og avspillingsutstyr i søppelbilene og firmaets lokaler, ikke var å anse som offentlig ettersom

154 Premiss 96

155 Støttes av uttalelser i Schovsbo (2013) s. 76 om EU-harmonisert originalitetskrav.

156 UfR 2007 s. 1581

fremføringen ikke kunne lyttes til av en større personkrets. Jeg er imidlertid enig med retten i at denne dommen ikke har særlig overføringsverdi til vår sak, da den totale kretsen sendingene nådde ut til her var avgrenset på en enda klarere måte. Det gjaldt de ansatte i en bedrift, og dermed skiller den seg fra leiebilsituasjonen.

3.2.5 Oppsummering

Etter mitt syn er det visse momenter som burde vært vektlagt annerledes i Leiebilsaken. Det økonomiske aspektet burde vært vektlagt i større grad, i tråd med den nye EU-dommen Tannlegemusikk. Retten følger heller i det brede spor som tidligere er lagt opp for vurderingen av vederlagsplikten og uttaler avslutningsvis at de ikke tar stilling til hvor yttergrensene for § 45b bør gå, da dette er en lovgiveroppgave. Det er utvilsomt lovgivers oppgave å gi lover, men tolkningen av disse er det rettsanvendere og i særlig grad domstolene som må foreta. En del av tolkningen innebærer å oppstille grenser for lovers anvendelsesområde der dette er uklart. Det er mindre rettskildemessig tyngde bak tingrettens grensedraining, og der Høyesterett har uttalt seg er det klart at underliggende rettsinstanser er bundet av dette. Tilfellet i vår sak er imidlertid en situasjon som ikke tidligere har vært behandlet i Høyesterett eller annen rettspraksis, og da må tingretten trekke på praksis fra lignende tilfeller, men også dra opp nye grenser der det er nødvendig. Uansett er de nødt til å ta stilling til det. Det blir spennende å se hvilket resultat lagmannsretten kommer til.



4 Veien videre

4.1 Hvor bør grensen for vederlagsplikt etter § 45b gå?

4.1.1 Noen betraktninger

Gjennomgangen av rettstilstanden viser at yttergrensene for når vederlagsplikt etter § 45b oppstår er uklare. I tråd med uttalelser i Tannlegemusikk må man foreta en konkret vurdering for å avgjøre om fremføringen av lydopptak omfattes av vilkårene slik at den blir vederlagspliktig.¹⁵⁷ Spørsmålet blir om man kan si noe generelt om hvor grensene *bør* gå, og jeg vil i fortsettelsen komme med noen betraktninger rundt dette.

I forlengelse av leiebileksempelen og på generelt grunnlag, maner Rognstad i sitt verk «Opphavsretten» til en fornuftig rettighetshåndhevelse på dette området ettersom det ikke er enkelt å trekke klare grenser som vil gi rimelige resultater i alle tilfeller.¹⁵⁸ Det er uten tvil et område i utvikling og det dukker stadig opp ny teknologi som muliggjør fremføring av lydopptak, dermed oppstår nye situasjoner hvor lydopptak benyttes hvor det tidligere verken var vanlig eller mulig. Følgelig er det behov for fleksibilitet i regelverket på fremføringsrettens område. At begrepene som ligger til grunn for vilkårene i bestemmelsen er skjønnsmessige og bærer preg av å være rettslige standarder er av den grunn en fordel, men samtidig byr det på store utfordringer og usikkerhet.

Ved utformingen av regelen har må utformingen av regelen nn hvannnsretten vektlegger kt som heller ikke retten legger vekt på taler for motsatt resultat enn hvhensynet til fleksibilitet og evne til å tilpasse seg samfunnsutviklingen måtte veies mot hensynet til forutberegnelighet og klarhet. Å dra opp en klarere grense for vederlagsretten i loven vil være lite hensiktsmessig. Ved å fastsette en tallfestet grense for hva som kvalifiserer til «offentligheten», eller ramse opp uttømmende hva som regnes som fremføringshandlinger vil nye situasjoner lett falle utenfor og nødvendiggjøre tungvinte prosesser med lovendring. Av den grunn er dagens løsning, hvor det er opp til domstolene å trekke opp grensene for vederlagsretten og tilpasse disse til det samfunnet vi til enhver tid lever i, fortsatt å foretrekke. Det er imidlertid viktig med konsekvens i grensedragningen fra rettens side, dette for å gi brukere og rettighetshavere den grad av forutberegnelighet som trengs.

Grensedragningen vil bero på en avveining hvor to hensyn står mot hverandre. På den ene siden har man rettferdighetshensyn. Det er rimelig og rettferdig at utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere skal motta vederlag dersom deres

157 Premiss 78-80

158 Rognstad (2009) s. 182

tekniske eller kunstneriske prestasjoner brukes i offentlige sammenhenger. Dette fordi utnyttelse av deres prestasjoner kommer andre til gode, og kan medføre økt profitt i andres virksomheter. På den andre siden står hensynet til opphavsrettens gode navn og rykte, det man kan kalle «omdømmehensynet». Artistene kan gjennom vederlagsbyråenes innkrevinger oppleves som griske og i en bransje som er prisgitt sitt publikum kan dette være et uheldig stempel å få.

Den teknologiske utvikling har fortsatt i årene etter at vederlagsretten kom, og utfordringene er nye og større. Vederlagsretten gir rettighetshaverne til en viss grad kompensasjon for denne utviklingen, men spørsmålet er om det å spise seg inn på nye markeder er den riktige måten å møte utfordringene. TONO forvalter opphavsmennenes rettigheter og krever vederlag for fremføringsretten etter § 2. Organisasjonen opererer på samme måte som Gramo og krever vederlag av flere av de samme bransjer. Det kan synes som om TONO har inntatt en noe mer defensiv holdning til potensielle nye markeder og har et ønske om å oppfattes som en ansvarlig forvalter av rettigheter, som ikke misbruker sin posisjon. De er ikke med i saken mot leiebilselskapene. TONO har imidlertid en noe mer etablert posisjon enn det Gramo har, og opphavsmennene har tradisjonelt sett alltid hatt et sterkere vern enn rettighetshaverne etter kapittel 5, noe som kan være en medvirkende årsak til at de ikke er like offensive som Gramo.¹⁵⁹

Opphavsretten og de nærstående rettigheter er i dag under press utenfra og et spørsmål som reiser seg er hvorvidt vederlagsretten vil klare å beholde den posisjonen den har opparbeidet gjennom rettspraksis, med så mange berørte bransjer. Den allmenne rettsfølelse skal ikke undervurderes, og dersom vederlagsretten blir ansett som urimelig vil konsekvensen kunne bli at folk ignorerer lovgivningen. Allerede i dag er piratkopiering en stor utfordring på opphavsrettens område. En mulig medvirkende faktor til folks tilsynelatende avmålte sympati er lydopptakenes natur. De vil ikke manifestere seg fysisk hos lytteren og vedkommende får kun glede av prestasjonen i den avgrensede perioden de spilles av, dette kan være en grunn til at brukeren ikke føler den samme rettferdighet eller rimelighet ved å betale for musikkbruken.

Det hersker to oppfatninger om hvordan man bør møte den uunngåelige utviklingen. På den ene siden har man de som ønsker liberalisering og mener at man må anerkjenne at avstanden mellom lovverk og sosiale normer har blitt for stor og vurdere radikale endringer. På den annen side er det de som mener man må møte utfordringene med, i alle fall til en viss grad, strengere lover og tiltak.¹⁶⁰ Norge har i arbeidet med revisjon av åndsverkløven fremmet forslag om strengere tiltak mot ulovlig fildeling. Vederlagsretten er i denne sammenheng ikke like omstridt, men det grunnleggende problem med folks holdninger til å betale

159 TONO ble stiftet i 1928

160 Øvrebo (2012)

for musikkbruk er det samme. Av den grunn tror jeg en tydeligere sammenheng mellom vederlagsretten og den økonomiske nytteverdi av musikkbruken ville vært hensiktsmessig for en fornuftig grensedragning på vederlagsrettens område.

4.1.2 En kursendring på gang?

Tannlegemusikk er en ny og viktig dom på vederlagsrettens område og er vist til flere ganger i denne oppgaven. Jeg vil nå gå noe grundigere til verks og undersøke om dommen kan sies å danne grunnlag for en kursendring på vederlagsrettens område som kan få betydninger for grensedragningen.

En grunnleggende endring følger av domstolens uttalelser i premiss 74-75. Her påpeker domstolen at begrepet «communication to the public» i henholdsvis direktiv 2001/29, artikkel 3, første ledd, og i direktiv 1992/100¹⁶¹ artikkel 8 annet ledd etter en sammenligning skal anvendes i forskjellige sammenhenger og i tillegg at formålene er delvis forskjellige.¹⁶² EU-domstolen åpner altså for ulike tolkninger av begrepet. I norsk rett er det åvl. § 2 og § 45b, som gjennomfører henholdsvis artikkel 3 og 8 i direktivene, og som gjennomgangen ovenfor har vist har praksis til nå vært å tolke vilkårene i disse to bestemmelsene likt. Dommen går altså bort fra dette utgangspunkt og gir anvisning på to forskjellige vurderinger. Det er tydelig at EU-domstolen helt bevisst skaper ny rett, ettersom de konsekvent sammenligner de to direktivbestemmelsene.

Grunnlaget for å hevde at begrepet i de to bestemmelsene ikke skal tolkes likt finner retten blant annet i formålet bak bestemmelsene. Artikkel 3 anses som en preventiv rett for opphavsmannen, som gir mulighet til å forby visse former for offentlig kommunikasjon. Artikkel 8 er på sin side av kompenserende art, og kommer først til anvendelse når lydopptaket kommuniseres eller allerede er kommunisert til offentligheten.

EU-domstolen understreker videre at artikkel 8 er en rett av fortrinnsvis økonomisk art, og nettopp det økonomiske aspektet er et sentralt moment i dommen. I premiss 78 og 79 uttaler domstolen at man må ta utgangspunkt i en individualisert fremgangsmåte ved vurderingen av om det er skjedd "communication to the public" i tråd med artikkel 8 i direktiv 92/100. Videre gir EU-domstolen anvisning på at det ved denne vurderingen må sees hen til visse tilleggskriterier som ikke er selvstendige, men som i ulik grad kan spille inn og tillegges vekt. Domstolen påpeker at den allerede har utledet visse kriterier i relasjon til artikkel 3 i direktiv 2001/29. Deretter slår retten fast at det er opp til den nasjonale domstol å foreta en helhetlig vurdering av den konkrete situasjon.¹⁶³

161 Nå: Rdir. 2006/115 EC, hensett til tidspunktet for de faktiske omstendigheter i saken kommer imidlertid 92/100 til anvendelse.

162 Premiss 74

163 Premiss 81 flg.

Det er som et slikt supplerende kriterium økonomisk gevinst kommer inn. I premiss 88 henviser retten til domstolens uttalelser i saken *Football Association Premier League m.fl v. QC Leisure m. fl.*¹⁶⁴ Her la retten vekt på at det i relasjon til artikkel 3, første ledd, i direktiv 2001/29 ikke er uten relevans om «kommunikasjon» skjedde med vinning for øyet. Retten presiserer i Tannlegemusikk at dette i enda større grad må gjelde vederlagsretten i artikkel 8, annet ledd, i direktiv 92/100, ettersom denne bestemmelsen er av økonomiske art. EU-domstolen knytter altså tilleggsriteriet om økonomisk vinning til vilkåret om at det må ha skjedd «kommunikasjon». Sett hen til den norske bestemmelsen i åvl. § 45b vil tilleggsriteriet om økonomisk vinning dermed knytte seg til fremføringsbegrepet. Har den som fremfører lydopptak hatt vinning for øyet er det relevant for vurderingen om det har skjedd en vederlagspliktig fremføring etter vilkåret i åvl. § 45b.

Det synes imidlertid naturlig å trekke inn økonomisk gevinst under vilkåret om nærhet mellom handling og verkstilgang. Hensikt er allerede ansett som et tungtveiende moment og å ha økonomisk vinning for øyet vil nettopp underbygge at vedkommende hadde en klar hensikt bak handlingen. Dersom det er uklart hvorvidt en handling kvalifiserer til fremføringshandling etter § 45b, og det blir klart at økonomisk gevinst var motivasjonen bak denne handlingen vil det klart tale for å anse handlingen som vederlagspliktig fremføring. Spørsmålet er om det i større grad bør oppstilles som et selvstendig krav, og ikke bare et moment ved vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig nærhet mellom handling og verkstilgang, slik at det *må* foreligge en hensikt om økonomisk vinning for at det skal anses som en vederlagspliktig handling.

Det vil imidlertid også være tilfeller der det er uklart hvorvidt økonomisk vinning er hensikten bak en omstridt fremføringshandling. I slike tilfeller kan en *faktisk* økonomisk gevinst hos brukeren uansett tale for at en handling er å anse som fremføring, og at en fremføring bør ansees vederlagspliktig.

I premiss 97-99 slår retten fast at den utbredelse av fonogrammer tannlegen står for ikke kan sies å påvirke tannlegens inntekt, ettersom han verken kan forvente en stigning i pasientkretsen, eller ta høyere pris for sine tjenester som følge av bakgrunnsmusikken. Utbredelsen kan dermed ikke sies å skje med vinning for øyet. Det er derimot tilfeldig og uavhengig av pasientenes ønsker at de får gratis adgang til lydopptak, og de er under disse omstendigheter ikke «mottakelig» for utbredelsen. På denne bakgrunn finner retten at tannlegen ikke foretar «communication to the public» som omfattes av artikkel 8, annet ledd, i direktiv 92/100 og at han er dermed ikke er vederlagspliktig.

Tannlegemusikkdommen åpner som vist ovenfor for ulik tolkning av vilkårene i henholdsvis eneretten og vederlagsretten. Videre etableres økonomisk vinning som et avgjørende moment ved vurderingen av om avspillingen er ved-

164 Sak C-403/08

erlagspliktig. På denne bakgrunn kan det synes som om dommen gir grunnlag for ulik vurdering av første og annen gangs fremføring idet det er klart at kringkasterens vederlagsplikt ikke er omstridt. Tema for tvisten er den økonomiske gevinsten av tannlegens videreformidling av denne. Altså gir dommen grunnlag for å hevde at det ikke lenger er tilstrekkelig å slå fast at sendingen når ut til et nytt publikum, det må i tillegg utgjøre en økonomisk gevinst hos den som gjør sendingen tilgjengelig for disse.

Dette er nye toner fra Luxembourg og, som den danske professor Jens Schovsbo påpeker, føyer dommen seg inn i rekken av avgjørelser i den senere tid som kan sies å markere en kursendring, hvor økonomisk effekt og konkrete vurderinger prioriteres foran de tradisjonelle opphavsrettslige prinsipper.¹⁶⁵ I tillegg til Tannlegemusikk hvor fremføringsretten var under prøving, la domstolen i Donner-saken¹⁶⁶ og UsedSoft-saken¹⁶⁷ om henholdsvis spredningsretten og konsumpsjon, vekt på en avbalansering av økonomiske interesser. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig grunnlag for å hevde, som Schovsbo gjør, at et paradigmeskifte er på gang på opphavsrettens område. Det synes i alle fall som om man kan spore en grunnleggende endring i vektleggingen av økonomisk gevinst, som vil få betydning for vederlagsrettens fremtid.

4.1.3 En alternativ løsning

Leser man i kommentarfeltet til nettaviser etter oppslag om den tidligere omhandlede Leiebilsaken, er det mange som gir uttrykk for at de finner den «dobbelte» betalingen Gramo håndhever urimelig.¹⁶⁸ Folk flest har liten forståelse for at lovtolkningen åpner for en rett til vederlag både fra kringkaster og fra den som viderebringer kringkastingssendingene, for eksempel i en leiebil. Dette kan tyde på at avstanden mellom norm og lovens bokstav har blitt stor. Fremføringen knytter seg til én og samme utnyttelse av lydopptaket, men gir rett til vederlag to ganger. Er dette rimelig?

Jeg mener gode grunner kan tale for en mer metodisk tilnærming til spørsmålet om vederlagsrett for fornyet fremføring, og at dette vil resonneres hos folk. Tannlegemusikk danner, som jeg var inne på ovenfor, et solid grunnlag for å vurdere primær- og sekundærfremføringer ulikt ved utmålingen av vederlaget.

Utgangspunktet må tas i begrunnelsen for vederlagsretten ved fornyet fremføring. Lovgiver har begrunnet dette med at fremføringen når ut til et «nytt publikum». Det er fremdeles et viktig moment, men ettersom vederlagsretten skal

¹⁶⁵ Schovsbo. Foredrag se www.opphavsrettsforeningen.no (april 2013)

¹⁶⁶ Sak C-5/11

¹⁶⁷ Sak C-128/11

¹⁶⁸ Amundsen, 2012. Aftenpostens internettutgave (aftenposten.no)

<http://www.aftenposten.no/digital/Radiolytting-kan-gi-dyrere-leiebil-7032053.html> (april 2013)

være en rettferdig kompensasjon for den økonomiske nytte andre kan dra ved å bruke lydopptakene offentlig mener jeg det avgjørende for vurderingen må være hva slags økonomisk verdi musikken har i sekundærfremføringen. Det kan neppe sies å være den samme for de ulike virksomheter.

For kringkaster er det klart at den økonomiske verdien ved å kunne tilby musikk til sine lyttere er stor, det er et grunnleggende element i sendingene som en del av det underholdningstilbud de ønsker å være. Dersom den økonomiske verdien ved sekundærfremføringen derimot er ubetydelig, som for eksempel i leiebilselskapenes situasjon, bør den ses bort fra og med grunnlag i hensynet til fornuft og rimelighet ikke gi krav på vederlag. Jeg mener altså, i likhet med dommerne i Tannlegemusikk at den økonomiske verdi av å tilby musikk bør tillegges avgjørende vekt ved vurderingen av hvorvidt man befinner seg innenfor vederlagsrettens yttergrenser.

Skulle man imidlertid komme til at den økonomiske verdi av bruken for leiebilene er av en viss størrelse, og vederlagsplikten utløses er det likevel klart at den økonomiske verdi ikke vil være like stor som for kringkasterne. Det følger av at formålet bak leiebilselskapenes virksomhet ikke er å tilby musikk, men derimot å tilby biler for utleie. Vederlaget bør i så fall fastsettes skjønnsmessig og vurderingstema for fastsettingen bør da være hvor fremtredende element musikken er, i form av økonomisk «effekt». En fornuftig tilnærming vil være å foreta en så konkret prøving av den økonomiske nytteverdien som mulig, og på den måte utmåle vederlagskrav som er tilpasset den verdi musikkfremføringen faktisk har.

Det foretas i dag en fastsetting av vederlaget med forskjellige satser for de ulike bransjer, men spørsmålet er hvorvidt den økonomiske nytteverdien av fremføringen er blant parametrene som ligger til grunn for beregningen av vederlaget. For majoriteten av brukere fastsettes vederlaget på bakgrunn av kvadratmeter i lokalet hvor fremføring skjer og antall åpningsdager per år.¹⁶⁹ Dette gjelder butikker, frisører, serveringssteder og lignende. Andre brukersteder som treningssentre betaler en sats per treningstime, og teatre betaler per forestilling.

Det er, i tråd med rettstilstanden før Tannlegemusikk, per i dag ikke avgjørende for Gramo at musikkbruken gir en økonomisk fordel, det er selve fremføringen som utløser vederlagsplikten. Det er imidlertid sann at kommersiell utnyttning av lydopptak gjerne øker vederlaget og i praksis differensieres vederlaget prismessig for de ulike brukergrupper avhengig av hvorvidt musikken er fremtredende og bærende for virksomheten, eller mer å anse som bakgrunnsmusikk.¹⁷⁰ For eksempel vil vederlaget for en restaurant på 50 kvm, som benytter seg av bakgrunnsmusikk i sine lokaler, ligge på 7, 17 kr. per dag. Til sammenligning vil vederlaget for en bar eller et diskotek på samme størrelse, hvor musikken er et

169 Informasjon innhentet fra Gramo.

170 *Ibid.*

fremtredende element, være 71,72 kr dagen.¹⁷¹ For de kommersielle radiokanalerne er inntektene en del av beregningsgrunnlaget.

Gramo skriver på sine nettsider: «Du tjener på musikk, både på kort og lengre sikt. Da er det rett og rimelig at musikere og produsenter også får sin rettmessige andel. Det sørger Gramo for». Vederlagsbyrået begrunner altså sin rett til å kreve inn vederlag nettopp i den økonomiske gevinst musikken har for brukeren, men mener samtidig at det ikke kan være et avgjørende moment ved avgjørelsen av hvorvidt det skal kreves vederlag, eller ved fastsettelsen av det eventuelle vederlaget.

Etter min vurdering har vederlagsrettens anvendelsesområde blitt strukket for vidt og omfatter grensetilfeller som ikke hører hjemme under § 45b. Et vilkår om økonomisk gevinst hos musikkbrukeren bør ligge til grunn for å kunne kreve vederlag for bruken, ettersom vederlagsretten er en rett av fortrinnsvis økonomisk art. Der økonomisk nytteverdi hos brukeren ikke eksisterer eller er ubetydelig bør vederlagsretten ikke komme til anvendelse, og situasjonen ikke omfattes av § 45b.

Videre mener jeg at der man har kommet til at bruken utløser vederlagsplikt, må man ved fastsettelse av vederlagets størrelse ha den økonomiske nytteverdi hos brukeren som fast del av beregningsgrunnlaget. En måte å få til dette på kan være å endre dagens ensidige og skjematiske beregningsmetode og gå over til en mer forhandlingsbasert ordning for fastsettelse. På denne måten ville den reelle økonomiske verdien av bruken lettere fastsettes, det ville føles rimeligere og ivaretatt både omdømme- og rettferdighetshensynet i større grad. Ved uenighet vil Vederlagsnemnda fremdeles kunne bistå.

171 *Ibid.*



5 Litteraturliste

5.1 Litteratur

5.1.1 Bøker

- Karnell, Gunnar. *Karnell om opphovsrätt*. Stockholm, 1990.
- Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. Oslo, 1936.
- Rognstad, Ole Andreas. *Opphavsrett*. Oslo, 2009.
- Rothe, Bendt. *Ophavsrettens Stedbørn*. København, 1987.
- Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*. 4.utg. København, 2008.
- Schønning, Peter og Jørgen Blomqvist. *International ophavsret*. København, 2011.
- Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier. *Immaterialret*. København, 2008, og 3. utgaven fra 2013
- Weincke, Willi. *Ophavsret. Reglerne, baggrunden, fremtiden*. København, 1976.

5.1.2 Artikler

Tidskriftartikler

- Tøien, Irina Eidsvold. *Utøvende kunstners direkteoverføringer på internett. Med hovedvekt på kringakstingsbegrepet*. I: Complex bind 4 (2002).
- Øvrebø, Olav Anders. *Vil redde opphavsretten med reform*. I: Mandag morgen nr. 30 (2012)

Elektroniske artikler

- Amundsen, Geir: *Radiolytting kan gi dyrere leiebil*. Aftenpostens internettutgave (aftenposten.no) oktober 2012. Tilgjengelig på: <http://www.aftenposten.no/digital/Radiolytting-kan-gi-dyrere-leiebil-7032053.html> (april 2013)
- Hugenholtz, P. Bernt m. fl.: *The Recasting of Copyright and Related Rights for the Knowledge Economy*. Institute for Information Law, University of Amsterdam. November 2006. Tilgjengelig på: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf (april 2013)

5.2 Lovgivning

5.2.1 Norske lover

- | | |
|------|---|
| 1930 | Tidligere Åndsverklov, av 6. juni 1930 |
| 1956 | Lov om offentlig avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.(fondsloven) av 14. desember 1956 nr. 4 |
| 1961 | Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2 |
| 1992 | Lov om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (kringkastingsloven) av 4. desember 1992 nr. 127 |

5.2.2 Utenlandske lover

- | | |
|------|--|
| 2008 | Lov om ophavsret. Lovbekendtgørelse nr. 587 af 20.juni 2008 (Ophavsretsloven), Danmark |
|------|--|

5.2.3 Forskrifter

- | | |
|------|--|
| 2001 | Forskrift 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven |
|------|--|

5.3 Traktater

- | | |
|------------------|---|
| Bernkonvensjonen | Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Bern, 9. september, 1886. |
| Romakonvensjonen | International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations. Roma, 26. oktober, 1961. |
| WCT | WIPO Copyright Treaty. Geneve, 20. desember, 1996. |
| WPPT | WIPO Performances and Phonograms Treaty. Geneve, 20. desember, 1996. |

5.4 EU-direktiver

EP/Rdir 2001/29/EF	Europa-parlamentets og rådets direktiv 2001/29 EF af 22. mai 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.
EP/Rdir1992/100/EØF	Rådets direktiv 92/100 EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuell ejendomsret.
EP/Rdir 2006/115/EF	Europa-parlamentets og rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuell ejendomsret. (kodificeret udgave)
EP/Rdir 2011/77/EU	Amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights

5.5 Forarbejder

5.5.1 Norske forarbejder

Innst.O. Nr. 67(1999-2000)	Om lov om endringer i åndsverkloven og lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.
NOU 1985:30	Betaling for sekundærbruk av utøvende kunstneres prestasjoner.
Ot.prp. nr. 10 (1956)	Lov om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.
Ot.prp. nr. 26 (1959-1960)	Opphavsrett til åndsverk
Ot.prp. nr. 36 (1988-1989)	Sekundærbruk av utøvende kunstneres prestasjoner.
Ot.prp. nr. 15 (1994-1995)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m
Ot.prp. nr. 15(1999-2000)	Om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.

Yttergrensene for vederlagsretten ved offentlig fremføring av lydopptak

Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

5.5.2 Utenlandske forarbeider

SOU 1956:25 Opphavsmanndom till litterära och konstnerliga verk.
Stockholm, 1956.

5.6 Rettspraksis

5.6.1 Norsk rettspraksis

Rt.1953 s. 633 Bedriftsmusikk

Rt. 1964 s. 782 Jukeboks

Rt. 1970 s. 1172 Roys Place

Rt. 1995 s. 35 Piratkort

Rt. 2005 s. 41 Napster

TAHER-2012-73209 Leiebilsaken

Vedtak Kabeltvistnemnda, 20. mars 1987. Medlemmer nemnda: professor
Birger Stuevold Lassen (formann), advokat Gro Hillestad Thune, og rektor
Victor Hellern. Referert NIR 1989 s. 369 flg.

Voldgiftsdom, 10. april 1987. Voldgiftsdommer: Birger Stuevold Lassen. (Se
også dommen delvis referert i NIR 1989 s. 373)

5.6.2 Utenlandsk rettspraksis

Danmark

UfR 1999 s. 2011 Ungdomsklubb

UfR 2004 s. 2134 Gymnastikforeninger

UfR 2007 s. 1581 Søppelbildommen

Sverige

NIR 1980/258 Mornington

Finland

NIR 2002 s. 428 Hotell-TV

NIR 2003 s. 161 Taximusikk

EU-domstolen

Sak C-135/10 Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso (Tannlegemusikk)

Sak C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v. Rafael Hoteles (Rafael Hoteles)

Sak C -192/04 Lagerdère Active Broadcast v. Société Pour la Perception de la Rémunération Équitable (SPRE), and Gesellschaft zur Verwertung von Eistungsschutzrechten MBH (GVL) (Lagerdère)

Sak C -245/00 Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten(SENA) v. Nederlandse Omroep Stichting (NOS).

Sak C-5/11 Criminal proceedings against Titus Alexander Jochen Donner (Donner)

Sak C-128/11 UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp. (UsedSoft)

Sak C-403/08 Football Association Premier League m.fl v. QC Leisure m. fl.

5.7 Nettressurser

Bjelke Sr., Harald. Kommentar til fondsloven. Gyldendal Rettsdata (april 2013)

Fond for utøvende kunstnere (ffuk.no) «Om FFUK». Tilgjengelig på: <http://www.ffuk.no/om-ffuk.70865.no.html> (april 2013)

Gramex (gramex.dk). «Om Gramex». Tilgjengelig på: <http://www.gramex.dk/Om.aspx> (april 2013)

Gramo. www.gramo.no (april 2013)

Norwaco. www.norwaco.no (april 2013)

NRK (nrk.no). <http://nrkbeta.no/2011/12/15/platebransjen-bruddet-mellom-nrk-og-ifpi/> (april 2013).

Yttergrensene for vederlagsretten ved offentlig fremføring av lydopptak

Schovsbo, Jens. Foredrag: Betydningen av EU-domstolens avgjørelser på norsk rett – kursendring på gang? Tilgjengelig på: www.opphavsrettsforeningen.no (april 2013)

Wikipedia ([wikipedia.no](http://no.wikipedia.org/wiki/Streaming)) <http://no.wikipedia.org/wiki/Streaming> (april 2013)