



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Avskjæring av bevis ervervet ved ulovlig kontrolltiltak, jf. tvisteloven
§22-7**

Edvard Eriksen Lundbakk

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3909, Desember 2020



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Presentasjon av problemstilling	1
1.2	Oppgavens aktualitet.....	1
1.3	Metodiske særtrekk.....	2
1.4	Begrepsavklaring	3
1.4.1	Arbeidsgiver og arbeidstaker	3
1.4.2	Kontrolltiltak.....	4
1.4.3	Personopplysninger og personvern.....	5
1.4.4	Bevisavskjæring.....	5
1.5	Den videre fremstillingen	5
2	Bevisavskjæring etter tvl. § 22-7	6
2.1	Innledning	6
2.2	Utilbørlig ervervede bevis.....	6
2.3	Bevis ervervet ved ulovlig kontrolltiltak	8
2.3.1	Oversikt.....	8
2.3.2	”saklig grunn i virksomhetens forhold”	8
2.3.3	Ikke uforholdsmessig belastende for arbeidstaker	10
2.3.4	Brudd på saksbehandlingsreglene i aml. § 9-2	11
2.4	Forholdet til personopplysningsloven.....	13
2.5	Forholdet til EMK.....	14
2.6	Interesseavveining ”i særlige tilfeller”	19
2.6.1	Hensynet til sakens opplysning og viktigheten av et materielt riktig resultat .	20
2.6.2	Krenkelse av arbeidstakers rett til personvern	21
2.6.3	I hvilken grad kan preventive hensyn og hensynet til håndhevelse av reglene i aml. kap. 9 vektlegges i vurderingen om bevisavskjæring?	22

3	Rettens adgang til å føre bevis ervervet ved vanlige former for kontrolltiltak i tilfeller hvor kravene etter aml. kapittel 9. ikke er oppfylt	22
3.1	Innledning	22
3.2	GPS-sporing	23
3.3	Skjult videoovervåkning, lydopptak og fotografering	25
3.3.1	Videoovervåkning	25
3.3.2	Lydopptak	27
3.3.3	Fotografering	30
3.4	Innsyn i arbeidstakers e-post	32
3.4.1	Oversikt	32
3.4.2	Privat e-post	32
3.4.3	Virksomhetsrelatert e-post	34
3.5	Medisinske undersøkelser	35
3.6	Avskjæring av bevis innhentet av arbeidstaker	37
3.7	Oppsummering	38
4	Avsluttende bemerkninger	40
	Referanseliste	42

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstilling

Oppgaven vil ta for seg i hvilke tilfeller bevis som er ervervet i strid med arbeidsmiljølovens¹ regler om kontrolltiltak skal avskjæres av retten i medhold av tvisteloven § 22-7.² Formålet med oppgaven er å analysere og tydeliggjøre gjeldende rett på område. Oppgaven tar også sikte på å avdekke sentrale og praktiske typetilfeller hvor arbeidstakers rett til personvern, som hovedregel, skal stå sterkere enn prinsippet om fri bevisførsel og hensynet til et materielt riktig resultat.

1.2 Oppgavens aktualitet

Det teknologiske samfunnet er i stadig utvikling. Den teknologiske utviklingen gir arbeidsgivere og virksomheter stadig nye muligheter for å gjennomføre kontroll av arbeidstakere, og for informasjonsinnhenting om dem. Bruk av kontrolltiltak med sikte på å overvåke virksomhetens arbeidstaker er blitt vanlig på norske arbeidsplasser. I en omfattende rapport fra FAFO i 2019, om kontroll og overvåking i arbeidslivet, svarte 59 prosent av et representativt utvalg arbeidstakere at de hadde et eller flere kontroll- og overvåkingssystemer på arbeidsplassen. De mest vanlige kontroll- og overvåkingssystemene var elektronisk adgangskontroll som registrerer tidspunkt for plassering (37 prosent), elektroniske systemer for registrering av tidsbruk eller produktivitet (25 prosent) og kameraovervåking av de områder der du arbeider (16 prosent).³

Adgangen til å etablere slike kontrolltiltak er en følge av arbeidsgivers styringsrett overfor arbeidstakeren. Arbeidsgiver kan etablere kontrolltiltak for å føre kontroll over at arbeidstaker opprettholder sine plikter og ikke begår mislighold eller opptrer illojalt overfor virksomheten. Opplysninger som blir innhentet av arbeidsgiver gjennom kontrolltiltak kan også fungerer som grunnlag for å måle arbeidstakers arbeidsprestasjon. Dersom arbeidsprestasjonen ikke anses tilfredsstillende fra arbeidsgivers side, kan den innhentede informasjonen bidra til å danne grunnlag for oppsigelse av arbeidstaker.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)

² Lov 17. juni 2005 nr. 90 om rettergangsmåten i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

³ *Kontroll og overvåking i arbeidslivet*, Fafo-rapport 2019:21 <https://www.fafo.no/images/pub2019/20718.pdf> side 33 og 34

Hvilke kontrolltiltak som etableres avgjøres av arbeidsgiver, men gjennomføringen av kontrolltiltakene må være innenfor de skranker som følger av arbeidsmiljøloven kapittel 9. Kontrolltiltak i virksomhet.

Illojal opptreden eller mislighold fra arbeidstakers side avdekkes ofte gjennom bruk av kontrolltiltak. Avdekking av illojal opptreden og mislighold fører i mange tilfeller til avskjed eller oppsigelse av nevnte arbeidstaker. Det er ofte i disse tilfellene lovligheten av det konkrete kontrolltiltaket blir satt på spissen. Dersom arbeidstaker bestrider avskjeden eller oppsigelsen vil det oppstå en tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om hvorvidt avskjeden eller oppsigelsen er rettmessig. Ved behandling av slike tvister, hvor forholdene som begrunner avskjed eller oppsigelse er innhentet ved bruk av ulovlig etablerte kontrolltiltak, vil det oppstå et spørsmål om disse forholdene kan brukes som bevis i retten.

Det er i disse tilfellene spørsmålet om rettens anledning til å nekte bevis ført for retten etter tvl. § 22-7 oppstår.

1.3 Metodiske særtrekk

For å svare på oppgavens problemstilling vil oppgaven inneholde rettsdogmatiske perspektiver og tilnærminger. Oppgaven vil også inneholde en rettspolitisk vurdering.

For å analysere rettens adgang til å avskjære bevis som er ervervet ved bruk av ulovlig kontrolltiltak, vil oppgaven ha en rettsdogmatisk tilnærming. I norsk rett er domstolenes adgang til å avskjære et bevis etter tvl. § 22-7, en snever unntaksregel fra retten til fri bevisførsel etter tvl. § 21-3. Av forarbeidene til tvl. § 22-7 blir det lagt til grunn at bestemmelsen er en kodifisering av den tidligere ulovfestede regelen om bevisavskjæring.⁴ Arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstakere etter aml. § 9-1 er også å anse som kodifisering av arbeidsgivers kontrolladgang som tidligere var regulert av ulovfestede arbeidsrettslige og personvernrettslige prinsipper.⁵ Ettersom begge bestemmelsene anses som kodifisering av ulovfestet rett, vil også rettspraksis fra før bestemmelsene trådte i kraft være relevante. Oppgaven vil i stor grad ta for seg rettspraksis

⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) side 549

⁵ Innst. O. nr. 100 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern kapittel 12.1

som rettskilde, men også lov, forarbeider, og juridisk teori er å anse som sentrale kilder som vil bli analysert i fremstillingen.

En utfordring ved oppgaven er at saker om bevisavskjæring av bevis som er ervervet gjennom ulovlig kontrolltiltak ikke har blitt ført for Høyesterett ved veldig mange anledninger.

Bakgrunnen for dette er at det kun er i de tilfeller hvor en part fremsetter et krav om at et bevis skal avskjæres etter tvl. § 22-7 at spørsmålet om avskjæring blir behandlet. Mange av sakene som omhandler temaet vil dessuten være fra underinstanser, og da vil særlig Lagmannsrettens avgjørelser ha større rettskildemessig vekt enn hva som normalt er tilfellet.

Ettersom kontrolltiltak ofte vil kunne være et inngrep i arbeidstakers rett til privatliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8 vil også menneskerettsdomstolens (EMD) avgjørelser være av betydning.⁶ Den europeiske menneskerettskonvensjonen er inkorporert i norsk rett, med forrang foran norsk lovgivning gjennom menneskerettighetsloven §§ 2 og 3.⁷ Inkorporeringen innebærer at EMK vil gå foran norsk lovgivning dersom det foreligger motstrid mellom reglene. Dette gjelder imidlertid ikke for Grunnloven.⁸

Oppgavens rettspolitiske drøftelse vil knytte seg til om bevisavskjæringsregelen i tvl. § 22-7 er hensiktsmessig utformet.

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Arbeidsgiver og arbeidstaker

Et arbeidsforhold består vanligvis av både arbeidsgiver og arbeidstaker som er knyttet sammen gjennom en arbeidsavtale. Arbeidstakeren vil normalt være ansatt i en stilling eller ansatt til et oppdrag av nevnte arbeidsgiver. Dette arbeidsforholdet vil medføre at arbeidstakeren normalt sett er ”økonomisk avhengig som lønsmottaker og står i et organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer underordning i forhold til arbeidsgiver”.⁹

⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK) artikkel 8

⁷ Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven – mrl.)

⁸ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.)

⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) s. 73

Hvem som er å regne som arbeidstaker fremgår av aml. § 1-8 første ledd ”med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Ordlyden ”utfører arbeid i annens tjeneste” taler for at en skal anses som arbeidstaker dersom en er knyttet til arbeidsgiver i form av et ansettelsesforhold.

Begrepet arbeidstaker er videre blitt utdypet i lovens forarbeider. Her fremkommer det at om en skal anses som en arbeidstaker, skal tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett ha karakter av et ansettelsesforhold. For å avgjøre om denne tilknytningen har tilstrekkelig karakter av å være et ansettelsesforhold må det foretas en helhetsvurdering hvor alle omstendigheter i avtaleforholdet vil være av betydning.¹⁰ Forarbeidene oppstiller videre en illustrerende, men ikke uttømmende, liste med momenter som kan tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold.

På den andre siden av arbeidsavtalen finner man arbeidsgiver. Hvem som anses som arbeidsgiver reguleres av aml. § 1-8 annet ledd ”med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Som hovedregel vil arbeidsgiver, som rettssubjekt, være sammenfallende med sin virksomhet. En slik virksomhet vil i alminneligheten være en bedrift. Arbeidstakers rettigheter er knyttet til virksomheten og det er arbeidsgiver/virksomheten som har arbeidsgiveransvar overfor arbeidstaker.¹¹

1.4.2 Kontrolltiltak

Begrepet kontrolltiltak dekker en rekke ulike typer tiltak som er utført for å føre kontroll over arbeidstakere. Verken arbeidsmiljøloven kapittel 9 eller lovens forarbeider gir en klar definisjon av hva som omfattes av begrepet. Selv om kontrolltiltak ikke er uttrykkelig definert, utdypes det i forarbeidene at begrepet er ment å dekke et vidt spekter av tiltak og at det kan ha sitt grunnlag i teknologiske, økonomiske, sikkerhets- og helsemessige omstendigheter.¹² Jakhelln har definert kontrolltiltak som ”ethvert tiltak som skal sikre at arbeidstakere utfører sitt arbeid slik de skal, og forøvrig opptrer innen de rammer som gjelder for arbeidsforholdet”.¹³

¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74

¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 135

¹³ Henning Jakhelln, *oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, 1. opplag Oslo: N.W. DAMM & SØN, 2006 s. 392

1.4.3 Personopplysninger og personvern

Personopplysninger er definert i EUs generelle personvernforordning artikkel 4 som ”enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person («den registrerte»”.¹⁴

Personopplysninger vil med andre ord omfatte alle opplysninger som identifiserer en som person, typisk navn, adresse og fødselsnummer. Videre kan både lyd og bildefiler også anses som personopplysninger dersom det vil gjøre personen gjenkjennbar.

Personvern er en menneskerettighet som omfatter både retten til privatliv¹⁵ og retten til å ha kontroll over egne personopplysninger. Retten til personvern fastslår at alle mennesker har en grunnleggende rett til å ha en privat sfære som de selv skal kontrollere.

1.4.4 Bevisavskjæring

Bevisavskjæring er et unntak fra retten til fri bevisførsel, hvor domstolene kan nekte et bevis ført for retten.¹⁶ Grunnene til å avskjære et bevis kan blant annet være at beviset ble tilbudt retten for sent, beviset er uvesentlig eller irrelevant eller at beviset er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte.¹⁷

1.5 Den videre fremstillingen

Utgangspunktet for oppgaven er tvl. § 22-7 som hjemmel for rettens adgang til å avskjære bevis som er utilbørlig ervervet. Dette vil bli behandlet i oppgavens kapittel 2. Oppgavens kapittel 2.2 vil ta for seg hva som skal til for at beviset omfattes ordlyden ”skaffet til veie på utilbørlig måte”.¹⁸ Videre vil det i kapittel 2.3 ses til de arbeidsrettslige reglene for å analysere hva som skal til for at et kontrolltiltak skal anses som ulovlig, og at påfølgende bevis skal kunne være gjenstand for avskjæring. Herunder vil EMDs praksis analyseres i kapittel 2.5 for å avgjøre hvorvidt et kontrolltiltak vil kunne være i strid med retten til privatliv etter EMK artikkel 8. I kapittel 2.6 behandles tvl. § 22-7 andre vilkår; *interesseavveiningen ”i særlige tilfeller”*. I fremstillingen drøftes sentrale momenter og hensyn som taler for og i mot bevisavskjæring av bevis ervervet ved ulovlig kontrolltiltak. Videre tar kapittel 3 for seg konkrete kontrolltiltak og vurderer dem opp mot momentene og hensynene i kapittel 2.6 for å avdekke om enkelte typetilfeller som hovedregel vil måtte avskjæres av retten. Avslutningsvis

¹⁴ (EU/2016/679): generell personvernforordning – GDPR, art. 4 (1).

¹⁵ EMK art. 8 og Grl. § 102

¹⁶ TvL. § 21-3 (1).

¹⁷ Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017 s. 880.

¹⁸ TvL. § 22-7

vil det foretas en oppsummering av oppgaven herunder vil det også gjøres en rettspolitisk vurdering av om utformingen av tvl. § 22-7 er hensiktsmessig.

2 Bevisavskjæring etter tvl. § 22-7

2.1 Innledning

Hovedregelen for bevisføring i norsk rett er som nevnt i innledningen, fri bevisførsel. Selv om partene i utgangspunktet har rett til å føre de beviser de måtte ønske, har retten i særlige tilfeller adgang til å avskjære bevis som er fremskaffet på en utilbørlig måte. Rettens adgang til å nekte føring av bevis er regulert av tvl. § 22-7. Bestemmelsen lyder:

”Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte”.

Tvisteloven § 22-7 er en kodifisering av den ulovfestede adgangen retten i særlige tilfeller har til å avskjære bevis som er ulovlig ervervet.¹⁹

Ved vurderingen av om et bevis skal avskjæres må retten foreta to vurderingen. Først må retten ta stilling til om beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet. Er beviset ervervet på en lovlig og ikke utilbørlig måte vil beviset naturligvis bli tillatt ført for retten. Dersom retten konkluderer med at beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet må retten ta stilling til om beviset fortsatt skal kunne føres for retten. I denne vurderingen må retten vurdere om føring av beviset vil medføre ”en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn”.²⁰ Disse hensynene må ses opp mot hensynet til sakens opplysning og hensynet til et materielt riktig resultat.

2.2 Utilbørlig ervervede bevis

Tvisteloven § 22-7 fastslår et krav om at beviset må være ”skaffet til veie” på en ”utilbørlig måte”.

Bestemmelsen retter seg mot bevis som ikke er omfattet av andre bevisforbudsregler og som etter sin art er tillatt å føre for retten. Vilkåret ”skaffet til veie” slår fast at det i utgangspunktet er ervervsgrunnlaget av beviset som må være ”utilbørlig” for at retten skal kunne avskjære beviset etter § 22-7. Selv om bestemmelsen er ment å fange opp bevis som er ervervet på en

¹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 495.

²⁰ NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven) s. 961.

utilbørlig måte understreker utvalget i forarbeidene til tvisteloven at bestemmelsen ikke er ment å utelukke at bevisforbud eller bevisfritak i helt eksepsjonelle tilfeller kan tenkes etablert på ulovfestet grunnlag, selv om beviset ikke er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte.²¹ En dom som er illustrerende for dette er Rt. 1996 s. 1114 hvor Høyesterett fant at bevis som var fremskaffet ved en løgndektortest ikke var utilbørlig fremskaffet, men beviset måtte nektes ført som en følge av at det var en krenkelse av tungtveiende personvern hensyn.²²

Formuleringen ”utilbørlig” i tvl. § 22-7 synes å gi retten en videre adgang for til å avskjære bevis enn hva som fulgte av tidligere ulovfestet rett om avskjæring av ”ulovlig” ervervede bevis. Bestemmelsen tar sikte på at det er tilstrekkelig at beviset er fremskaffet på en måte som er sterkt klanderverdig.²³

Ved den tidligere ulovfestede regelen om bevisavskjæring i sivile saker har Høyesterett tradisjonelt brukt formuleringen ”ulovlig ervervede bevis”. Ordlyden ”ulovlig” taler for at rettens adgang til å avskjære bevis var begrenset til å kun gjelde bevis som var innhentet gjennom brudd på enten lovfestede eller ulovfestede regler. Imidlertid ble det gjennom rettspraksis slått fast at rettens avskjæringsadgang også gjald tilfeller hvor beviset ikke var ervervet gjennom brudd på en lovregel. Det klare prejudikat for dette er Rt. 1991 s. 616 hvor Høyesterett, på side 623, uttalte:

*”Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelig video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis”.*²⁴

²¹ NOU 2001:32 B s. 962

²² Rt. 1996 s. 1114

²³ Skoghøy (2017) s. 881

²⁴ Rt. 1991 s. 616 på side 623

Kodifiseringen av den ulovfestede regelen vil dermed ikke medføre en realitetsendring, men bidrar til å klargjøre grensen for rettens adgang til å nekte bevis ført. Bevis som er ulovlig ervervet vil dermed også omfattes av vilkåret ”utilbørlig” i tvl. § 22-7.²⁵

2.3 Bevis ervervet ved ulovlig kontrolltiltak

2.3.1 Oversikt

Ettersom grunnvilkåret for bevisavskjæring er at beviset må være ervervet på utilbørlig måte, er det å anse som sikker rett at bevis som er ervervet ved ulovlig kontrolltiltak vil kunne nektes ført for retten. I motsetning til dette vil bevis som er ervervet ved rettmessige kontrolltiltak i utgangspunktet føres for retten.

Ettersom oppgavens tema er retter seg mot bevisavskjæring av bevis ervervet ved ulovlige kontrolltiltak må det ses nærmere på hva som er å anse som et ulovlig kontrolltiltak etter arbeidsmiljølovens kapittel 9.

Arbeidsmiljøloven § 9-1 regulerer i hvilke tilfeller arbeidsgiver kan iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker. For at kontrolltiltak skal kunne iverksettes kreves det at tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold og at tiltaket ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren.²⁶ Bestemmelsen var ikke ment å skape nye rett, men var en kodifisering av arbeidsgivers kontrolladgang som tidligere var ulovfestet rett.²⁷ Dersom disse vilkårene ikke er innfridd vil informasjon/bevis som er ervervet gjennom kontrolltiltaket falle inn under grunnvilkåret ”skaffet til veie på utilbørlig måte” i tvl. § 22-7.

2.3.2 ”saklig grunn i virksomhetens forhold”

Ordlyden ”saklig grunn i virksomhetens formål” fastsetter et saklighetskrav for iverksettelse av kontrolltiltak. Av forarbeidene til arbeidsmiljøloven slås det fast at saklighetskravet inneholder to vurderinger.²⁸ For det første innebærer saklighetskravet at formålet med kontrolltiltaket er forankret i virksomheten og at dette formålet er saklig. For det andre inneholder saklighetskravet et krav om at tiltaket er saklig overfor den konkrete arbeidstaker som omfattes av tiltaket.

²⁵ Jørgen Vangsnes, *Sivilprosess i et nøtteskall*, 2. Utgave, Gyldendal 2018 s. 191

²⁶ aml. § 9-1

²⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

²⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

Hva som menes med at formålet med kontrolltiltaket må være forankret i virksomheten er blitt begrunnet av departementet i forarbeidene hvor det er uttalt at:

*”kontrolltiltak som ikke er knyttet eksplisitt til virksomhetens behov, men til hensyn som i prinsippet er virksomheten uvedkommende, for eksempel alminnelige samfunnsinteresser, vil ikke ha hjemmel i bestemmelsen. At det for eksempel er et alminnelig samfunnsmessig mål at folk skal slutte å røyke, spise sunt og holde seg i form, gir ikke arbeidsgiver saklig grunn til å foreta undersøkelser av de ansattes vaner og levemønster selv om virksomheten støtter denne målsettingen og ønsker seg sunne og friske arbeidstakere”.*²⁹

Det vil altså kreves at de forhold arbeidsgiver ønsker å avdekke ved bruk av kontrolltiltak har en direkte tilknytning til drift av virksomheten og arbeidstakers utførelse av arbeidsoppgaver.

Det vil ikke være mulig å oppstille en uttømmende liste av hvilke forhold som omfattes av lovens vilkår om saklig grunn. Typisk eksempler som faller innenfor vilkårets rekkevidde vil være teknologiske, økonomiske, sikkerhets-, arbeidsmiljø- og helsemessige forhold.³⁰

Departementet har videre uttalt at saklighetskravet skal forstås som et krav om tilstrekkelig saklig grunn på samme måte som saklighetskravet ved oppsigelse. Dette innebærer at kontrolltiltaket, og måten tiltaket gjennomføres på, må være egnet til å ivareta formålet med tiltaket.

At kontrolltiltaket må være saklig begrunnet overfor den konkrete arbeidstaker medfører at et kontrolltiltak kan være saklig overfor en arbeidstaker eller arbeidstakergruppe, mens det ikke vil være det overfor andre arbeidstakere. For eksempel vil et tiltak om promillekontroll være saklig begrunnet overfor postbudene i Posten på grunnlag av sikkerhet i samfunnet, mens den samme promillekontrollen vil ikke være saklig begrunnet i de samme hensynene dersom det skal omfatte kontorpersonalet i Posten.

²⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144-145

³⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144

I kravet om saklig grunn ligger det også et krav om at sakligheten av tiltaket ikke opphører. Dersom behovet eller formålet som begrunner kontrolltiltaket ikke lengre vil gjøre seg gjeldende må tiltaket opphøre. Det foreligger et krav om vedvarende saklighet.³¹

2.3.3 Ikke uforholdsmessig belastende for arbeidstaker

For at arbeidstaker skal kunne etablere et kontrolltiltak i virksomheten er det ikke tilstrekkelig at tiltaket er saklig begrunnet i virksomheten. Det kreves også at tiltaket ikke vil være ”uforholdsmessig belastende for arbeidstaker”. Bestemmelsen legger altså opp til en forholdsmessighetsvurdering. Forholdsmessighetskravet som oppstilles i aml. § 9-1 første ledd gir uttrykk for det arbeidsrettslige proporsjonalitetsprinsippet som fastslår at behovet for et inngrep som retter seg mot arbeidstakere, må være forholdsmessig med hvilke innvirkning inngrepet vil ha for arbeidstakeren³² Dette prinsippet oppstiller et krav om forholdsmessighet mellom interessene kontrolltiltaket er ment å ivareta, og belastningen det konkrete tiltaket vil medføre for arbeidstaker.

Videre oppstiller proporsjonalitetsprinsippet en begrensning i omfang, gjennomføring og praktisering av det konkrete tiltaket. I denne begrensningen ligger det en plikt for arbeidsgiver å begrense kontrolltiltaket til å ikke gå lengre enn hva som er nødvendig for å oppnå formålet med kontrolltiltaket. Tiltak som iverksettes må være av en art som egner seg til å oppnå formålet og samtidig benytte de midler som vil være minst krenkende for arbeidstaker.³³

I forholdsmessighetsvurderingen må det gjøres en helhetsvurdering hvor det blant annet legges vekt på:

”tiltaket formål (hvor tungtveiende er bedriftens behov), kontrollens art (enkelstående kontroll, vedvarende kontroll, hyppighet osv.), hvordan den praktisk skal gjennomføres, hvilke inngrep i arbeidstakernes personvern det vil være tal om, om sentrale personvern hensyn er ivaretatt gjennom forsvarlige metoder som sikrer klare testresultater, i hvilke grad arbeidsgiver har sikret begrenset tilgang til de data som fremkommer osv.”³⁴

³¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

³² Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen *Arbeidsmiljøloven: kommentarutgave*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2018 s. 352

³³ Fougner (2018) s. 353

³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

Dersom tiltaket, som følge av forholdsmessighetsvurderingen, blir ansett å medføre et ikke ubetydelig inngrep i arbeidstakers rettsgoder, ”som personlig integritet, verdighet, privatlivets fred, legemets ukrenkelighet eller lignende” vil tiltaket bare unntaksvis bli ansett å være forholdsmessig.³⁵ Dette medfører at det skal mer til at de mer tradisjonelle kontrolltiltak som f.eks. tidsregistrering, resultatkontroll skal anses som uforholdsmessige.³⁶

2.3.4 Brudd på saksbehandlingsreglene i aml. § 9-2

Arbeidsmiljøloven § 9-2 fastslår hvordan en arbeidsgiver skal gå frem før et eventuelt kontrolltiltak etableres overfor arbeidstakerne i en virksomhet.

”(1) Arbeidsgiver plikter så tidlig som mulig å drøfte behov, utforming, gjennomføring og vesentlig endring av kontrolltiltak i virksomheten med arbeidstakernes tillitsvalgte.

(2) Før tiltaket iverksettes, skal arbeidsgiver gi de berørte arbeidstakerne informasjon om:

a) formålet med kontrolltiltaket,

b) praktiske konsekvenser av kontrolltiltaket, herunder hvordan kontrolltiltaket vil bli gjennomført,

c) kontrolltiltakets antatte varighet.

(3) Arbeidsgiver skal sammen med arbeidstakernes tillitsvalgte jevnlig evaluere behovet for kontrolltiltak som iverksettes”³⁷

Bestemmelsens første og annet ledd angir arbeidsgivers drøftings- og informasjonsplikt overfor arbeidstakere som blir berørt av kontrolltiltaket. Selv om det foreligger en plikt til å drøfte kontrolltiltaket med tillitsvalgte og en plikt til å informere de berørte arbeidstakere om formål, praktiske konsekvenser, gjennomføring og varighet av kontrolltiltaket, er det ikke ment at denneplikten skal utløses ved gjennomføring av det enkelte kontrolltiltaket.³⁸

Drøftings- og informasjonsplikten er ment å gjelde før iverksettelse av kontrolltiltaket, ikke ved hver enkelte gjennomføring. For eksempel vil ikke gjennomføring av hver enkel

³⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

³⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

³⁷ aml. § 9-2

³⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

promillekontroll medføre drøftelses- og informasjonsplikt, men det kreves at reglene i aml. § 9-2 er blitt fulgt og at tiltaket har blitt drøftet tidligere.

Bestemmelsen stiller ikke krav til at det oppnås enighet mellom arbeidstaker og tillitsvalgte ved drøftingen om etablering av kontrolltiltak. Det vil derfor være arbeidsgiver som avgjør om kontrolltiltaket skal gjennomføres, uavhengig av tillitsvalgtes mening om avgjørelsen, så lenge kontrolltiltaket ikke er i strid med lovens øvrige bestemmelser om kontrolltiltak.

Videre er det uttalt i forarbeidene til aml. § 9-2 at bestemmelsen skal ses som en ordensforskrift. Virkningene av dette er at brudd på drøftelses- eller informasjonsplikten ikke nødvendigvis vil medføre at kontrolltiltaket skal anses som ulovlig. Brudd på aml. § 9-2 vil imidlertid være et moment i saklighetsvurderingen etter § 9-1 og vil i enkelte tilfeller medføre at kontrolltiltaket må anses lovstridig.³⁹

To illustrerende avgjørelser for dette er HR-2011-1019-U (GPS-kjennelsen) og RG-2007-855 (Tinekjennelsen). I GPS-kjennelsen kom Lagmannsretten til at utskrifter av en GPS-logg kunne fremlegges som bevis i retten selv om beviset var fremskaffet på utilbørlig måte. I saken anså retten bruken av GPS-opplysninger som et kontrolltiltak. Da retten tok stilling til om beviset var ervervet på en utilbørlig måte og om innføringen av det aktuelle kontrolltiltaket var drøftet med tillitsvalgte, jf. aml. § 9-2, uttalte Lagmannsretten:

*”Som tidligere lagt til grunn, er ikke tiltaket drøftet med de tillitsvalgte, og de ansatte er heller ikke gitt slik informasjon som kreves etter arbeidsmiljøloven. § 9-2 andre ledd. At disse bestemmelsene ikke er hensyntatt taler mot at den nye behandlingen av personopplysningene kan anses rettmessig ut fra en interesseavveining etter personopplysningsloven § 8 bokstav f)”.*⁴⁰

Videre kom Lagmannsretten med en bemerkning om at det ikke kunne utelukkes at tiltaket ville vært rettmessig om reglene i aml. § 9-2 var blitt fulgt. Anken til Høyesterett ble enstemmig forkastet med bakgrunn av at Lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning var å anse som riktig.⁴¹ Lagmannsrettens uttalelser i saken må dermed anses å bygge på riktig

³⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

⁴⁰ RG-2011-321

⁴¹ HR-2011-1019-U

lovforståelse og de vil dermed være illustrerende for betydningen av saksbehandlingsreglene i interesseavveiningen av om kontrolltiltaket er rettmessig.

I motsetning til GPS-kjennelsen konkluderte Lagmannsretten i Tinekjennelsen med at brudd på saksbehandlingsreglene i aml. § 9-2 ikke var tilstrekkelig til å anse et kontrolltiltak i form av hemmelig spaning med fotografering av arbeidstaker utenfor hans bolig som rettstridig. Begrunnelsen for bruk av kontrolltiltaket var at arbeidsgiveren hadde mistanke om at arbeidstakeren hadde underslått varer fra arbeidsplassen. I saken hadde arbeidsgiver iverksatt flere kontrolltiltak i tråd med saksbehandlingsreglene i aml. § 9-2, men det aktuelle kontrolltiltaket var ikke avtalt, og heller informert om eller drøftet. Lagmannsretten la til grunn at kontrolltiltaket var utenfor rekkevidden av de avtalte kontrolltiltakene. Videre la flertallet til grunn at de kontrolltiltak som var avtalt i medhold av aml. § 9-2 ikke var formålstjenlig for å avdekke eller stanse et potensielt underslag fra arbeidstakeren, Lagmannsretten uttalte:

”En nærmere kontroll av A, basert på mistanken, måtte derfor nødvendigvis strekke seg ut over rammene for de avtalte kontrolltiltak. Flertallet finner derfor at bruddet på drøftelsesplikten etter ordensforskriften i arbeidsmiljøloven § 9-2 ikke bør tillegges avgjørende betydning i saken”.⁴²

Disse dommene er illustrerende for å vise at dersom saksbehandlingsreglene i aml. § 9-2 medfører det at kontrolltiltaket er iverksatt på ulovlig måte. Imidlertid er det da bare tale om en formalfeil som vil utgjøre et viktig moment i saklighetsvurderingen av det aktuelle kontrolltiltaket.

2.4 Forholdet til personopplysningsloven

Dersom arbeidsgiver innhenter opplysninger som omhandler en arbeidstaker, ved bruk av kontrolltiltak, gjelder personopplysningslovens regler for behandling av opplysninger.⁴³

Dersom arbeidsgiver behandler personopplysninger i strid med reglene i personopplysningsloven vil dette kunne medføre at et bevis er ”skaffet til veie på utilbørlig måte” og dermed være gjenstand for bevisavskjæring.⁴⁴ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det lagt til grunn at reglene om kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven og reglene om

⁴² RG-2007-855

⁴³ aml. § 9-1 (2)

⁴⁴ RG-2011-321

behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven skal forstås i lys av hverandre. Arbeidslivslovutvalget tok i sin utredning for seg at dette kunne være utfordrende i praksis, men departementet trakk frem at ettersom reglene i arbeidsmiljøloven § 9-1 var ment å beskytte de samme personverninteressene som personopplysningsloven bygger på, og at reglene dermed må forstås og praktiseres i lys av hverandre.⁴⁵

Det følger av personopplysningsloven at dersom det anses som nødvendig for å gjennomføre arbeidsrettslige plikter eller rettigheter, kan personopplysninger nevnt i personvernforordningen artikkel 9 nr. 1 behandles.⁴⁶ Arbeidsgiver har dermed en lovfestet adgang til å behandle opplysninger dersom det anses som nødvendig av hensyn til arbeidsrettslige plikter.⁴⁷ Videre fremstår det som klart at ved behandling av opplysninger om arbeidstaker, som er ervervet ved kontrolltiltak, gjelder reglene i personopplysningsloven.⁴⁸

Ved avgjørelsen av om behandlingen er ”nødvendig for å gjennomføre arbeidsrettslige plikter eller rettigheter” må det gjøres en forholdsmessighetsvurdering mellom hensyn som beskytter arbeidstaker og hensyn som beskytter arbeidsgiver. Denne forholdsmessighetsvurdering vil bli nærmest tilsvarende forholdsmessighetsvurderingen etter aml. § 9-1 ettersom bestemmelsene er ment å beskytte de samme interessene.⁴⁹ Den praktiske betydningen av dette vil være at dersom reglene om iverksettelse av et kontrolltiltak etter aml. § 9-1 er oppfylt, vil det også være adgang for arbeidsgiver å behandle de påfølgende opplysningene. En annen forståelse av reglene ville vært lite hensiktsmessig ettersom de fleste kontrolltiltak, særlig digitale, medfører at arbeidsgiver erverver personopplysninger som vil måtte bli behandlet av arbeidsgiver.

2.5 Forholdet til EMK

Etter EMK artikkel 6 nr. 1 har alle rett til en ”fair trial”. Dersom retten tillater føring av bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet vil dette kunne føre til en krenkelse av denne retten. Utvalget har imidlertid uttalt at Domstolens praksis tilsier at artikkel 6 (1) får liten selvstendig betydning ettersom norsk rettspraksis virker å være vel så restriktiv på området. Menneskerettsdomstolen har ikke utledet noe generelt eller prinsipielt prinsipp om at føringen

⁴⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 145-146

⁴⁶ Lov 15. Juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven – pol.) § 6

⁴⁷ GDPR artikkel 6 nr. 1

⁴⁸ aml. § 9-1 (2)

⁴⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 145-146

av ulovlig ervervet bevis vil krenke retten etter EMK artikkel 6 (1).⁵⁰ Det må derfor med legges til grunn at EMK artikkel 6 (1) ikke innebærer en begrensning for retten til å føre utilbørlig ervervede bevis

Menneskerettsdomstolen har i tilfeller som gjelder føring av ulovlig ervervet bevis heller, i enkelte tilfeller, konstatert krenkelse av EMK artikkel 8 (1), ”everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”. For denne oppgaven er det særlig retten til privatliv og retten til korrespondanse som er sentral. Ordlyden ”everyone” tilsier at alle som befinner seg i et medlemsland innehar denne retten. Videre følger det av artikkel 8 (2) at dersom det skal kunne gjøres inngrep i privatlivet, må inngrepet være ”in accordance with the law” og ”necessary in a democratic society”.⁵¹ Ettersom EMK artikkel 8 i utgangspunktet er ment for å hindre at staten gjør inngrep i borgerens privatliv, er det ikke åpenbart at konvensjonen også fastslår et vern mot overvåkning på arbeidsplassen.

I EMDs avgjørelse *Niemitz v. Germany* konstaterte EMD for første gang med at retten til privatliv også omfatter arbeidsplassen.⁵² Spørsmålet i saken var om politiet hadde krenket en tysk advokats rett til privatliv ved å ransake hans kontor, og dermed også gjennomgå informasjon om advokatens klienter. Menneskerettsdomstolen begrunnet at arbeidsplassen og var beskyttet av EMK artikkel 8 med at ”in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world”.⁵³ Måten man skaffer seg menneskelige relasjoner i arbeidslivet, tilsier at også arbeidsplassen må omfattes av vernet av privatliv etter EMK artikkel 8.

Menneskerettsdomstolen har i en rekke saker fulgt opp avgjørelsen i *Niemietz v. Germany*. I EMDs avgjørelse *Halford v. UK* hadde en kvinnelig politioffiser forsøkt å søke forfremmelse åtte ganger. Selv etter gjentatte forsøk ble søknaden om forfremmelse avslått. Politioffiseren hevdet avslaget på forfremmelse var urettmessig og var begrunnet i hennes engasjement og arbeid for likestilling på arbeidsplassen. Saken ble brakt inn for den nasjonale ”Industrial tribunal” som en kjønnsdiskrimineringssak. Under saken fikk politioffiseren beskjed at en av hennes to telefoner på kontoret var til privat bruk, og at hun kunne bruke denne til å følge opp diskrimineringssaken. Diskrimineringssaken endte med forlik og at politioffiseren pensjonerte

⁵⁰ NOU 2001:32 B side 962

⁵¹ EMK artikkel 8 (2)

⁵² *Niemietz v. Germany* [J], no. 13710/88, ECHR:1992:1216JUD001371088

⁵³ *Niemietz v. Germany* avsnitt 29

seg. Som følge av diskrimineringsaken ble den britiske myndigheten klaget inn for EMD for brudd på EMK artikkel 8 ved å overvåke den private telefonen. Menneskerettsdomstolen konkluderte, med forankring i tidligere praksis, at telefonsamtaler på arbeidsplassen var omfattet av vernet mot inngrep i privatlivet som følger av EMK artikkel 8.

Menneskerettsdomstolen uttalte ”In the Court’s view, it is clear from its case-law that telephone calls made from business premises as well as from the home may be covered by the notions of ”private life” and ”correspondence” within the meaning of Article 8 para. 1 (art. 8-1)”.⁵⁴ Det ble videre fremhevet at politioffiseren ikke var blitt varslet om overvåkningen, og at hun hadde fått en ”reasonable expectation of privacy for such calls”.⁵⁵ Som følge av dette ble Storbritannia dømt for brudd på EMK artikkel 8 ettersom overvåkningen ikke var ”in accordance with the law”.

Innholdet av ”private life” i EMK artikkel 8 (1) har ikke fått en klar og og uttømmende definisjon. Etter avgjørelsen i *Halford v. UK* har begrepet utviklet seg til å omfatte kontrollmetoder som overvåkning av e-post og telefon, private kommunikasjonsmidler, videoovervåkning mm.⁵⁶

I avgjørelsen i *Bărbulescu v. Romania* fastslo menneskerettsdomstolen for første gang at ulovlig overvåkning fra en privat arbeidsgiver, også kunne medføre at en stat har brutt sine positive forpliktelser overfor en borger.⁵⁷ I saken hadde klagerens Yahoo Instant messaging-konto blitt overvåket av arbeidsgiveren. Bakgrunnen for overvåkningen var at arbeidsgiveren hadde innført en intern regel om at det ikke var tillatt å bruke private kommunikasjonsmidler under arbeidstiden. Selv om disse reglene var blitt innført, var ikke arbeidstakerne blitt informert om iverksettelse av kontrolltiltaket. Som en følge av funnene ved overvåkningen, ble klageren oppsagt. Klageren gikk til sak mot arbeidsgiveren, hvor klagerens sak ikke førte frem i noen instanser. Etter at saken i nasjonale domstoler ikke førte frem ble staten klaget inn for EMD for brudd på EMK artikkel 8. Begrunnelsen var at staten ikke hadde oppfylt sine positive forpliktelser til å sikre borgerens rett til privatliv.⁵⁸ Ettersom arbeidsgiver i saken var

⁵⁴ *Halford v. The United Kingdom* [J], no. 20605/92, ECHR:1997:0625JUD002060592 avsnitt 44

⁵⁵ *Halford v. UK* avsnitt 44

⁵⁶ Se *Copland v. The United Kingdom* [J], no 62617/00, ECHR:2007:0403JUD006261700, *Bărbulescu v. Romania* [GC], no. 61496/08, ECHR:2017:0905JUD006149608 og *López Ribalda and Others v. Spain* [GC], no. 1874/13 and 8567/13, ECHR:2019:1017JUD000187413

⁵⁷ Normannseth, Kajsa Louise Tafjord, *EMDs utvikling av retten til privatliv i arbeidsforholdet* etter EMK artikkel 8, *Arbeidsrett VOL 17*, nr. 2, 2020 punkt 3.6.3

⁵⁸ Normannseth (2020) punkt 6.3.2

en privat virksomhet, ville ikke overvåkingen fra arbeidsgiver kunne anses som et inngrep fra offentlig myndighet, jf. EMK artikkel 8. Menneskerettsdomstolen måtte dermed vurdere hvorvidt staten innehar en positiv forpliktelse til å ha et lovverk som beskytter borgerens rett til privatliv, også fra en privat arbeidsgiver. Menneskerettsdomstolen uttalte:

*”Nevertheless, the Court notes that the measure taken by the employer was accepted by the national courts. It is true that the monitoring of the applicant’s communications was not the result of direct intervention by the national authorities; however, their responsibility would be engaged if the facts complained of stemmed from a failure on their part to secure to the applicant the enjoyment of a right enshrined in Article 8 of the Convention”.*⁵⁹

Menneskerettsdomstolen slo kort fast at staten innehar en slik positiv forpliktelse. Videre ble det oppstilt en rekke vurderingstema som vil være sentrale for nasjonale domstoler i vurderingen av om et tiltak vil være i samsvar med vernet som følger av EMK artikkel 8, ”de relevante vurderingstemaene var:

- *hvorvidt overvåkingen var varslet i forkant,*
- *intensiteten av overvåkingen og hvor inngripende den er i arbeidstakerens privatliv.*
- *Hvorvidt det forelå en legitim begrunnelse for overvåkingen,*
- *om mindre inngripende overvåking hadde vært mulig,*
- *konsekvens av overvåking for arbeidstakeren, og*
- *om arbeidstaker får tilstrekkelig vern – for eksempel ved at arbeidsgiver ikke får inn på det faktiske innholdet uten at arbeidstaker varsles.”*⁶⁰

Etter å ha vurdert alle vurderingstemaene ovenfor konkluderte EMD, dissens 11-6, med at staten ikke hadde opprettholdt sin positive forpliktelsen til å sikre borgerens rett til privatliv. Romania ble dermed dømt for brudd på EMK artikkel 8.

Vurderingstemaene er senere blitt videreført i López Ribalda and Others v. Spain. Saken gjaldt arbeidstakere som som hevdet at deres rett til privatliv var blitt krenket som følge av skjult videoovervåking fra arbeidsgiver. Menneskerettsdomstolen kom i motsetning til

⁵⁹ *Bărbulescu v. Romania* avsnitt 110

⁶⁰ Normannseth (2020) punkt 3.6.3 og *Bărbulescu v. Romania* avsnitt 121.

Bărbulescu-dommen til at staten hadde oppfylt sine positive forpliktelser til å sikre borgerens rett til privatliv. Den spanske staten ble dermed ikke dømt for brudd på EMK artikkel 8. I Bărbulescu-dommen ble det gitt inntrykk av at listen med vurderingstema var kumulative vilkår. I López Ribalda-dommen ble dette imidlertid fraveket ved at staten ble frikjent for brudd for EMK artikkel 8, selv om kriteriet om varsling av tiltaket ikke var oppfylt. Menneskerettsdomstolen foretok en helhetsvurdering av alle vurderingstemaene, hvor det særlig ble vektlagt at overvåkingen hadde et legitimt formål og at overvåkingen var å anse som et proporsjonalt og forholdsmessig inngrep for å avdekke tyveri.⁶¹

Utviklingen i EMDs praksis viser at det må anses som klart at retten til privatliv etter EMK artikkel 8 også gjør seg gjeldende på arbeidsplassen. Menneskerettsdomstolen har gjennom praksis utformet en liste med krav, som nasjonale domstoler skal forholde seg til ved vurderingen av om et kontrolltiltak skal anses lovlig. Av nyere praksis fremstår lovligheten av kontrolltiltak, i henhold til EMK artikkel 8, å bero på nasjonale domstolars vurdering av de nevnte kravene. López Ribalda-dommen viste at kravene som fulgte av Bărbulescu-dommen ikke var å anse som ufravikelige, men kun må anses som et klart utgangspunkt som det i enkelte tilfeller vil være mulig å fravike. I saken ble det ikke spesifisert hva som skal til for å fravike utgangspunktet. En slik uklarhet kan medføre at det vil kunne bli vanskeligere, både for staten, men også for arbeidsgiver og arbeidstaker og forutse hvilke konkrete kontrolltiltak som ikke vil oppfylle kravene etter EMK artikkel 8. Det fremstår og som klart at EMDs praksis om retten til privatliv, i saker som omhandler overvåking og kontrolltiltak, i stor grad følger den teknologiske utviklingen i samfunnet. Dette medfører at potensielle nye kontrollmetoder også kan bli omfattet av reglene om retten til privatliv etterhvert som teknologien utvikler seg.

På bakgrunn av dette vil det være hensiktsmessig for norske domstoler å se til menneskerettsdomstolens avgjørelser for å sikre at de til en hver tid holder seg i tråd med EMDs forståelse av retten til privatliv ved vurderingen av om et bevis skal avskjæres. Selv om menneskerettsdomstolen har gått langt i definere medlemsstatenes positive forpliktelser til å sikre borgernes rett til privatliv, innehar medlemstatenes i utgangspunktet en vid skjønnsmargin i å fastslå hvordan de skal opprettholde denne forpliktelsen.⁶² Dette i seg selv

⁶¹ Normannseth (2020) punkt 3.8.3

⁶² Normannseth (2020) punkt 3.9

kan virke motstridende. Ettersom norsk rett presumeres å være i tråd med EMK, samtidig som forholdsmessighetsvurdering i aml. § 9-1 ser ut til å anvende vurderingstemaene som følger av Bărbulescu-dommen, vil den praktiske betydningen av Bărbulescu-dommen ikke medføre noen synlige endringer for norske domstoler. Det vil fortsatt være reglene i arbeidsmiljøloven som vil være det sentrale for rettens vurdering. Hva som omfattes av retten til privatliv etter EMK artikkel 8 er imidlertid under utvikling og det vil være viktig for den norske domstolen å følge med på utviklingen for å sikre at norsk rett utvikler seg i tråd med menneskerettsdomstolen.

2.6 Interesseavveining ”i særlige tilfeller”

Selv om et bevis er ervervet ved et ulovlig kontrolltiltak, er ikke dette tilstrekkelig til at retten skal kunne nekte beviset ført for retten. Tvisteloven § 22-7 oppstiller et ytterligere vilkår om at det kun er i ”særlige tilfeller” at hovedregelen om fri bevisførsel skal vike for bevis som er ervervet på en utilbørlig måte. Det foreligger altså ikke et alminnelige forbud mot å føre utilbørlig ervervede bevis. Ordlyden ”i særlige tilfeller” taler for at adgangen til å avskjære utilbørlig ervervede bevis er snever og at bevisavskjæring kun skal forekomme i unntakstilfeller. Høyesterett har tidligere slått dette fast i Rt. 2006 s. 582 A hvor det ble uttalt at ”det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres”.⁶³

Hvilke tilfeller som anses som ”særlige tilfeller” er videre utdypet i forarbeidene til tvl. § 22-7 hvor det er fastslått at det ”i tillegg kreves at føring av beviset vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn”.⁶⁴ Ettersom tvl. § 22-7 er en ”kan”-regel må også disse hensynene være tilstrekkelig tungtveiende til at hovedregelen om fri bevisførsel må vike. For å avgjøre om beviset skal avskjæres har det gjennom tidligere rettspraksis kommet frem at det må gjøres en bred avveining, hvor prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning. Rettsbruddet i den konkrete sak kan variere fra å være et tiltak som aldri ville vært tillatt i henhold til aml. § 9-1, til tilfeller hvor det er tale rene formalfeil, hvor de prinsipielle hensynene overfor arbeidstaker er tilstrekkelig ivaretatt.⁶⁵

⁶³ Rt. 2006 s. 582 A avsnitt 22

⁶⁴ NOU 2001:32 B s. 961

⁶⁵ se pkt. 2.3

Oppgaven vil i den videre fremstillingen ta for seg de sentrale hensynene som vil gjøre seg gjeldende når det kommer til avskjæring av bevis som er innhentet gjennom ulovlige kontrolltiltak.

2.6.1 Hensynet til sakens opplysning og viktigheten av et materielt riktig resultat

Hovedregelen i norsk rett er som tidligere nevnt fri bevisførsel, jf. tvl. § 21-3. Formålet med prinsippet om fri bevisførsel er begrunnet i hensynet til sakens opplysning og hensynet til et materielt riktig resultat. For å kunne fatte en riktig avgjørelse i saken vil det være viktig for retten å få fremlagt samtlige opplysninger som er tilgjengelige om saksforholdet. Hensynet til sakens opplysning er generelt ansett som et svært viktig hensyn i norsk rett. Hensynet står imidlertid sterkest på strafferettens området og i sivile saker som er indispositive. Om retten avskjærer et bevis kan det i ytterste grad medføre at retten treffer en avgjørelse på uriktig eller ikke tilstrekkelig opplyst grunnlag. Dette er med på å begrunne den høye terskelen som er satt for avskjæring av bevis selv om beviset er innhentet på en utilbørlig måte.

Selv om hensynet til sakens opplysning er et viktig hensyn med tanke på at retten skal fatte en avgjørelse på et riktig faktisk grunnlag, vil det likevel i enkelte tilfeller måtte vike til fordel for andre sentrale hensyn. Vekten hensynet til sakens opplysning tillegges, i interesseavveiningen ved avskjæring av bevis innhentet ved ulovlig kontrolltiltak, vil ofte være mindre i saker hvor innhenting av beviset medfører en alvorlig krenkelse av arbeidstakers personvern. Et annet sentralt moment som vil være av betydning er styrkeforholdene mellom partene i en sak på arbeidsrettens område. Arbeidstaker vil i de aller fleste tilfeller anses som den svake parten i saken, og om hensynet til sakens opplysning skal være det avgjørende i tilfeller hvor beviset er utilbørlig ervervet, vil det kunne medføre store konsekvenser for en arbeidstaker som f.eks. står i fare for å miste jobben som følge av utfallet av saken. Imidlertid kan det også føre til at en arbeidstaker som har opptrådt illojalt får fortsette i sin stilling selv den illojale opptreden i utgangspunktet var tilstrekkelig for en saklig oppsigelse.

Hvor sentralt beviset er vil også være av betydning ved vurderingen av hvilken vekt hensynet til sakens opplysning skal tillegges.⁶⁶ Dersom det er tale om et særlig sentralt bevis som alene kan oppklare det faktiske forholdet saken omhandler, vil terskelen for å avskjære beviset være

⁶⁶ Scheie, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch, Toril M. Øie, *Tvisteloven: kommentarutgave*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2013 side 869

høyere enn om det gjelder et bevis som er av minimal betydning. For eksempel vil terskelen være høyere for å avskjære et videoopptak av en arbeidstaker som begår underslag fra kassen, enn det vil være å avskjære et videoopptak som kun viser arbeidstakeren var i virksomhetens lokaler samme dag som underslaget fant sted.

2.6.2 Krenkelse av arbeidstakers rett til personvern

I arbeidsrettslige saker hvor bevisavskjæringen knytter seg til bevis som er ervervet ved ulovlige kontrolltiltak vil føring av beviset ofte kunne medføre en krenkelse av arbeidstakers rett til personvern. På straffeprosessens område har Høyesterett, i Rt. 1999 s. 1269, lagt til grunn at et bevis ”normalt” kan nektes ført dersom det medfører en ”gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet”.⁶⁷ Denne uttalelsen må forstås til at dersom det foreligger en gjentatt eller fortsatt krenkelse av den bevissikringskranken som ble brutt i forbindelse med sikringen av beviset, kan beviset bli avskåret av retten.⁶⁸

Det følger av forarbeidene til tvisteloven § 22-7 at retten i særlige tilfeller kan nekte å føre bevis som er ervervet på utilbørlig måte ”dersom føringen av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn”. Videre presenterer utvalget andre momenter som vil være av betydning i vurderingen. Utvalget velger under dette å særlig fremheve momentet om beviset vil medføre en fortsatt eller forsterket krenkelse for den som er rammet.⁶⁹ Denne uttalelsen fra utvalget har store likhetstrekk til hovedregelen i straffeprosessen om bevisavskjæring av beviser som medfører en ”fortsatt eller gjentatt krenkelse”. Det må dermed kunne legges til grunn at den samme hovedregelen gjelder i sivile saker.

For de typetilfeller hvor beviset er ervervet gjennom ulovlig kontrolltiltak, er det særlig arbeidstakers rett til personvern som vil bli krenket. I slike tilfeller vil det medføre at føring av beviset som utgangspunkt vil medføre en fortsatt eller gjentatt krenkelse av arbeidstakerens personvern. Høyesteretts uttalelse i Rt. 1999 s. 1269 om at en fortsatt eller gjentatt krenkelse ”normalt” vil medføre et bevisforbud, må tolkes til at dette kun er en hovedregel og at det dermed kan finnes unntak. Øyen har uttalt at dersom føring av beviset kun vil medføre en lite vesentlig krenkelse av de hensyn som skal beskyttes, vil hensynet til sakens opplysning kunne

⁶⁷ Rt. 1999 s. 1269 på side 1272

⁶⁸ Ørnulf Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?*, LOV OG RETT, vol. 49, 7, 2010 punkt 3.4.1

⁶⁹ se NOU 2001: 32 side 960

hindre at beviset skal avskjæres.⁷⁰ Dette taler for at i de typetilfeller oppgaven omfatter vil det være graden av krenkelse av arbeidstakers personvern som er det sentrale for å avgjøre hvorvidt beviset skal tillates ført for retten eller ikke. Graden av krenkelse vil variere fra typetilfelle til typetilfelle. For eksempel vil skjult videoovervåkning av en arbeidstaker kunne virke mer krenkende enn GPS-sporing av virksomhetens kjøretøy. En nærmere vurdering av de konkrete typetilfeller vil gjøres i oppgavens punkt 3.

2.6.3 I hvilken grad kan preventive hensyn og hensynet til håndhevelse av reglene i aml. kap. 9 vektlegges i vurderingen om bevisavskjæring?

Dersom bevis ervervet i strid med arbeidsmiljølovens regler om kontrolltiltak skal tillates ført for retten vil dette kunne medføre en svekkelse av reglernes preventive effekt. Utvalget har trukket dette frem som et sentralt moment i vurderingen av om et bevis skal kunne avskjæres.⁷¹ Dersom terskelen for bevisavskjæring blir ansett som for høy, vil dette kunne medføre at overvekten av bevis som er ervervet ved ulovlige kontrolltiltak vil kunne føres for retten. En konsekvens av dette vil kunne være at virksomheter vilkårlig velger å iverksette kontrolltiltak selv om de ikke er lovlige, ettersom konsekvensen i de fleste tilfeller bare vil medføre en sanksjon fra Datatilsynet. En for høy terskel for bevisavskjæring vil i realiteten kunne medføre at reglene om kontrolltiltak kun får betydning for arbeidsgiver, mens den reelle betydningen reglene har for å beskytte arbeidstaker nærmest forsvinner. I interesseavveiningen vil graden av krenkelse ved innhenting av beviset være avgjørende for hvilken vekt den preventive effekten skal tillegges. Dersom graden av krenkelse er å anse som stor, vil preventive hensyn tillegges større vekt enn om krenkelsen anses som liten.

3 Rettens adgang til å føre bevis ervervet ved vanlige former for kontrolltiltak i tilfeller hvor kravene etter aml. kapittel 9. ikke er oppfylt

3.1 Innledning

Under dette kapitlet vil gjeldende rett bli analysert for å kartlegge hvorvidt det er mulig å fastslå hovedregler om bevisavskjæring for konkrete typetilfeller av ulovlige kontrolltiltak. Det forutsettes i den videre fremstillingen at bevisene er ervervet gjennom ulovlige

⁷⁰ Øyen (2010) punkt 3.4.1

⁷¹ NOU: 2001:32 B side 961

kontrolltiltak og dermed er skaffet til veie på utilbørlig måte. Det sentrale vil være om de konkrete typetilfellene vil omfattes av ordlyden ”særlige tilfeller” i tvisteloven § 22-7.

3.2 GPS-sporing

GPS-sporing i arbeidsforhold retter seg i stor grad mot de tilfeller hvor arbeidsgiver bruker sporingssystemer i virksomhetens kjøretøy for å innhente opplysninger om kjøretøyets geografiske posisjon. Ved at arbeidsgiver fører kontroll over den geografiske posisjonen til virksomhetens kjøretøy, medfører det også at arbeidstakers posisjon vil kunne bli kontrollert. Bruk av GPS-sporing kan også medføre at andre opplysningen som omfatter arbeidstaker innhentes. Hvilke opplysninger som blir innhentet vil avhenge hvilken teknologi som blir brukt. Det kan blant annet være opplysninger om kjøreadferd, opplysninger om konkrete hendelser, og andre typer personopplysninger som blir innhentet.⁷² GPS-sporing av denne typen er å regne som et kontrolltiltak. For at GPS-sporingen skal kunne anses som lovlig må det være innenfor de rammer som følger av arbeidsmiljøloven kapittel 9, samtidig som behandlingen av personopplysningene må være i tråd med reglene i personopplysningsloven.

Lagmannsretten har i RG-2011-321 behandlet spørsmålet om en utskrift av en GPS-logg kunne fremlegges som bevis i en oppsigelsestvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det opprinnelige formålet med innføring av GPS-systemet var primært å føre en effektiv administrasjon og drift av en vesentlig del av bedriftens oppgaver. GPS-systemet skulle også brukes til å utarbeide arbeidsplaner og til å føre kontroll over tidsforbruket på rutene. Personopplysningene som ble innhentet av arbeidsgiver ble brukt til å sammenholde opplysningen i GPS-systemet med timelistene for å avdekke ureglementert overtid. Lagmannsretten uttalte:

”Som behandlingsansvarlig skal X AS sørge for at personopplysningene som behandles ikke brukes senere til formål som er uforenelig med det opprinnelige formålet med innsamlingen, uten at den registrerer samtykke, jf. personopplysningsloven § 11 bokstav c). Bestemmelsen forutsetter at behandlingen til et nytt formål skal tilfredsstillere kravene

⁷² *Arbeidsgivers overvåking av biler* (2018) <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/personvern-pa-arbeidsplassen/overvaking-kjoretoy/?fbclid=IwAR3EU80Rw4IgJb8BpZgVsmTqiGx6JapftlrPFfkh6FJFJPNw0pfElaV02I>

*etter lovens § 8 og § 9, det vil si at det skal foreligge samtykke, lovhjemmel eller nødvendig grunn”.*⁷³

Lagmannsretten konkluderte med at det ikke forelå samtykke og at det nye formålet med kontrolltiltaket ”må ha fremstått som uventet og lite forutberegnelig for de ansatte”. Videre ble det vektlagt at kontrolltiltaket ikke var drøftet med de tillitsvalgte, samtidig som arbeidstaker ikke var blitt informert. Dette var tilstrekkelig til å anse kontrolltiltaket som urettmessig.

Etter å ha konkludert med at GPS-sporingen var urettmessig gikk lagmannsretten over til å behandle spørsmålet om beviset skulle avskjæres på bakgrunn av at det var ervervet på en utilbørlig måte, jf. tvl. § 22-7. Selv om beviset er utilbørlig ervervet kan det likevel fremlegges etter en konkret vurdering av prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak. Lagmannsretten fulgte vurderingsmomentene som følger av NOU 2001:32, bind B side 961, hvor det fremkommer at det må legges vekt på hensynet til sakens opplysning og betydningen av å oppnå et materielt riktig resultat. Dette må veies mot den prinsipielle betenkeligheten av å tillate et utilbørlig ervervet bevis, den preventive effekten som kan følge av en eventuell avskjæring, at det kan virke støtende å tillate bevisføring og om det vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse for den som er rammet. Videre vil også graden av krenkelse, om det er en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å erverve opplysningen på en annen måte, være av betydning.⁷⁴

Lagmannsretten konkluderte med at føring av beviset ikke ville føre til en krenkelse av tungtveiende rettssikkerhetshensyn/personvernensyn. Graden av krenkelsen ble ansett som relativt liten og det ble sammenlignet med avgjørelsen i Rt. 1991 s. 616, om hemmelig videoovervåkning, for å fastslå at overvåkning ved bruk av GPS er å anse som mindre inngripende enn overvåkning ved lyd og bilde. Dette har også blitt fastslått av menneskerettsdomstolen i saken Uzun mot Tyskland, som også omhandlet GPS-overvåkning. Menneskerettsdomstolen uttalte:

⁷³ RG-2011-321

⁷⁴ NOU 2001:32 B side 961

*”GPS surveillance is by its very nature to be distinguished from other methods of visual or acoustical surveillance which are, as a rule, more susceptible of interfering with a person’s right to respect for private life, because they disclose more information on a person’s conduct, opinions or feelings”.*⁷⁵

Lagmannsretten i GPS-kjennelsen slutter seg til dette synspunktet. Beviset ble ansett som et sentralt bevis og hensynet til sakens opplysning og hensynet til et materielt riktig resultat tilsa at beviset kunne føres for retten ettersom graden av krenkelsen ved føring av beviset var begrenset. Graden av krenkelse av personvernet ved GPS-sporing vil dermed måtte anses som relativt beskjeden i forhold til andre typer kontrolltiltak. Dette medfører at det ikke kan oppstilles en hovedregel om at bevis som er utilbørlig ervervet på denne måten skal avskjæres av retten.

3.3 Skjult videoovervåkning, lydopptak og fotografering

3.3.1 Videoovervåkning

Videoovervåkning av arbeidstaker er et vanlig kontrolltiltak som i stor grad er tatt i bruk på norske arbeidsplasser. Videoovervåkning er en overvåkningsmetode som er tillatt i norsk rett, men det finnes fortsatt begrensninger og krav til utførelsen av av overvåkningen. Det mest sentrale kravet til overvåkningen er at det ikke er tillatt at overvåkningen holdes skjult for arbeidstaker. Skjult videoovervåking på arbeidsplassen er ulovlig. Kameraovervåkning er regulert i forskrift om kameraovervåking i virksomheti medhold av aml. § 9-6.⁷⁶

Kameraovervåkning er definert i forskriftenes § 1 annet ledd som ”vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåking ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende overvåkningskamera eller lignende utstyr som er fastmontert”.⁷⁷

Høyesterett har tidligere vurdert hvorvidt bevis innhentet ved hemmelig videoopptak kan legges frem for retten. I Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen) hvor en ansatt ved et gatekjøkken ble tiltalt for underslag, ble den ansatte frifunnet etter at retten nektet påtalemyndigheten å legge frem det hemmelige videoopptaket som bevis. Høyesterett konkluderte med at selv om de ansatte var blitt gjort oppmerksomme på, og hadde gitt samtykke til oppsett av videokamera og monitor, måtte beviset avskjæres. Formålet med

⁷⁵ *Uzun v. Germany* [J], no. 35623/05, ECHR:2010:0902JUD003562305 avsnitt 52

⁷⁶ Forskrift 2. juli 2018 nr. 1107 om kameraovervåking i virksomhet

⁷⁷ Forskrift om kameraovervåkning i virksomhet § 1

videokameraet var at de ansatte skulle få muligheten til å oppholde seg i spiserommet, mens de samtidig kunne følge med om det kom kunder i lokalet. Høyesterett uttalte:

*”at kameraet i perioder skulle brukes til løpende overvåkning av ansatte, enn si opptak, må ansees for å være klart i strid med forutsetningene for ordningen. Den hemmelige overvåkingen representerte også etter min mening et vidtgående integritetsinngrep i forhold til de ansatte”.*⁷⁸

Det sentrale fra Høyesteretts avgjørelse er at graden av krenkelse som det skjulte videoopptaket medfører var av en slik karakter at det i utgangspunktet vil være ulovlig og som følge av det vil avskjæres som bevis for retten. Høyesterett har videreført avgjørelsen i Rt. 2001 s. 668 (Tippekassekjennelsen) og Rt. 2004 s. 878 (Ølutsalgkjennelsen). I Tippekassekjennelsen var det foretatt hemmelig videoovervåkning i en dagligvarebutikk. De ansatte var informert om videoovervåkning i butikken, men det aktuelle videokameraet var satt opp over tippekassen i ettertid av dette uten at de ansatte var blitt informerte. Videokameraet var skjult slik at det ikke skulle oppdages av de ansatte. Formålet med videokameraet over tippekassen var å avdekke om noen av de ansatte stjal penger fra kassen. Høyesterett uttalte at når den skjulte videoovervåkingen er av en slik særskilt, hemmelig og formålsrettet karakter, representerer det et vidtgående integritetsinngrep overfor de ansatte.⁷⁹ Videre ble det vist til Gatekjøkkenkjennelsen for å fremheve at det måtte gjøres en helhetsvurdering i den konkrete sak om det ulovlig ervervede beviset skulle avskjæres. Høyesterett konkluderte med at både videoopptaket og andre bevis som bygger videre på dette beviset måtte avskjæres. I Ølutsalgkjennelsen konkluderte Høyesterett nok en gang enstemmig at bevis i form av hemmelig videoopptak måtte avskjæres av retten etter en konkret vurdering av graden av krenkelse og personvern hensyn opp mot hensyn til sakens opplysning.

I motsetning til de tre nevnte sakene kom lagmannsretten i RG-2002-162 (Butikkmedarbeiderkjennelsen) til at bevis i form av hemmelig videoopptak skulle tillates ført for retten. I saken ble en ansatt mistenkt for underslag av arbeidsgiver. Mistanken førte til at arbeidsgiver monterte et skjult videokamera i lokalet. Det spesielle i denne saken var at området hvor det skjulte videokameraet ble montert allerede var installert fire videokameraer

⁷⁸ Rt. 1991 s. 616 side 620

⁷⁹ Rt. 2001 s. 668 side 671

på permanent basis. Bakgrunnen for innstillingen av det skjulte kameraet var at arbeidsgiver mistenkte at den ansatte hadde manipulert kameraene som allerede var montert. Som følge av dette var de permanente videokameraene deaktivert i perioden hvor beviset ble innhentet, noe den ansatte kjente til. Gjennom opptaket fra det skjulte kameraet avdekket arbeidsgiver at den ansatte tok noe fra kassen og puttet det i sin egen lomme. Da den ansatte senere ble konfrontert med dette, gjennom fremleggelse av opptaket, ble det signert en erkjennelse og en oppsigelse med øyeblikkelig virkning. Oppsigelsen medførte at den ansatte ikke godtok oppsigelsen og gikk til sak mot arbeidsgiver med krav om erstatning for urettmessig oppsigelse. Etter en konkret helhetsvurdering konkluderte lagmannsretten med at videoopptaket i denne saken ”representerte et inngrep i personvernet som må tåles i et rettsamfunn, og som derfor heller ikke bør kunne avskjæres som bevis”.⁸⁰ Som begrunnelse for å tillate avskjæring av beviset fremhevet lagmannsretten at EMK art. 8 annet ledd, hvor det åpnes for å tillate inngrep som er nødvendige av hensyn til andres beskyttelse og rettigheter. Det avgjørende i vurderingen var at det forelå konkret mistanke om underslag, samt at det forelå en konkret mistanke om en særlig og utspekulert og illojal handlemåte fra en ansatt. Denne konkrete mistanken førte at graden av krenkelsen som videoopptaket representerte måtte anses av en slik karakter at hensynet til sakens opplysning måtte tillegges større vekt.

Høyesterett har gjennom rettspraksis utformet en hovedregel om at bevis som er innhentet ved skjult videoovervåkning i utgangspunktet skal avskjæres av retten på bakgrunn av graden av integritetskrenkelse og krenkelsen av personvern som den skjulte videoovervåkningen medfører for den ansatte. Selv om dette er den klare hovedregel må det gjøres en konkret vurdering i hver enkelt sak hvor graden av krenkelse må veies mot hensynet til sakens opplysning.

3.3.2 Lydopptak

Skjulte lydopptak er ikke å regne som et typisk kontrolltiltak. Situasjoner hvor det er tale om bevisavskjæring av skjulte lydopptak kan imidlertid oppstå i avskjedssaker hvor enten arbeidsgiver eller arbeidstaker har tatt i bruk skjult lydopptak for å skaffe bevis mot den andre part. Selv om skjult lydopptak ikke anses som et typisk kontrolltiltak har den teknologiske utviklingen medført at det er blitt langt enklere å ta i bruk skjulte lydopptak for å sikre bevis.

⁸⁰ RG-2002-162

Dersom en arbeidsgiver bruker skjult lydopptak for å sikre bevis mot en arbeidstaker vil formålet med lydopptaket i stor grad være det samme som for typiske kontrolltiltak. Arbeidstaker vil i slike tilfeller ønske å avdekke forhold på arbeidsplassen eller hos den konkrete arbeidstaker.

Arbeidsgivers adgang til å iverksette skjult lydopptak av en arbeidstaker eller arbeidstakergruppe er ikke regulert i lov eller forskrift på samme måte som videoovervåkning og innsyn i e-post. Spørsmålet om bevisavskjæring av skjulte lydopptak som kontrolltiltak i arbeidsrettslige tvister har heller vært gjenstand for prøving i domstolene. Det følger imidlertid av straffeloven § 205 at den som foretar hemmelig opptak av en telefonsamtale eller annen kommunikasjon, som en selv ikke deltar i, kan straffes med fengsel i inntil 2 år.⁸¹ Etter en antitetisk tolkning av bestemmelsen vil det dermed være lovlig å foreta opptak av en hemmelig telefonsamtale eller annen kommunikasjon, dersom en selv deltar i samtalen.

Selv om det i utgangspunktet vil være lovlig å foreta et skjult lydopptak, kan bevis anskaffet på denne måten fortsatt måtte anses som utilbørlig ervervet etter tvl. § 22-7. Høyesterett behandlet spørsmålet om bevisavskjæring av et hemmelig telefonopptak tilknyttet en samværstvist i Rt-1997 s. 795. Selv om saken ikke gjaldt lydopptak tatt i arbeidsforhold, er dommen blitt ansett å være av prinsippal betydning for hemmelig lydopptak. Høyesterett gir i dommen uttrykk for et generelt utgangspunkt ved vurderingen av om bevis i form av skjult lydopptak skal avskjæres.⁸² Opptaket i saken ble nektet ført for retten selv om retten ikke ville utelukke at slike skjulte lydopptak kan inneholde ”så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å belyse på annen måte” at det vil kunne bli tillatt ført.⁸³ I denne saken ble det skjulte lydopptaket imidlertid ansett å være så illojalt og støtende at det ikke kunne bli tillatt ført som bevis. Det generelle utgangspunktet har senere blitt videreført i Rt. 2011 s. 1324 U hvor Høyesterett uttalte at ”ut fra mer allmenne moralbetraktninger vil det imidlertid normalt fremstå som illojalt eller utilbørlig å gjøre slike opptak uten samtalepartens vitende”.⁸⁴ Uttalelsene om at skjulte lydopptak blir ansett å være illojalt, støtende og utilbørlig

⁸¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff § 205

⁸² Borchgrevink, Mette, Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern, CompLex, nr. 5/2011, 2011 s. 78

⁸³ Rt. 1997 s. 795 på side 796

⁸⁴ Rt. 2011 s. 1324 U avsnitt 33

gir uttrykk for at krenkelse et slikt opptak medfører for den uvitende parts personvern, er av en slik karakter at det vil falle inn under ordlyden ”særlige grunner” etter tvl. § 22-7.

Spørsmålet videre blir dermed om den generelle hovedregelen om bevisavskjæring av skjulte lydopptak skal kunne overføres til å også gjelde dersom det er brukt som et kontrolltiltak i arbeidsrettslige tvister.

Selv om domstolene ikke har behandlet spørsmålet om avskjæring av bevis ervervet gjennom skjult lydopptak, i arbeidsrettslige tvister, ble det i GPS-kjennelsen uttalt at ”overvåkning ved bruk av GPS karakteriseres som mindre inngripende i sentrale rettsgoder enn overvåkning ved bruk av lyd og bilde”.⁸⁵ I denne uttalelsen går Lagmannsretten langt i å sidestille overvåkning ved lydopptak med overvåkning av videoopptak. Det samme er lagt til grunn av menneskerettsdomstolen i dommen *Uzun v. Germany*:

*”GPS surveillance is by its very nature to be distinguished from other methods of visual or acoustical surveillance which are, as a rule, more susceptible of interfering with a person’s right to respect for private life, because they disclose more information on a person’s conduct, opinions or feelings”.*⁸⁶

Borchgrevink har tatt til ordet for at integritetskrenkelsen ved skjulte lydopptak ikke bare har mye til felles med krenkelsen som følger av skjulte videoopptak, men at krenkelsen er større ved skjulte lydopptak. Dette begrunner hun med at begge situasjoner sikrer dokumentasjon av noe som er sagt eller gjort, gjennom skjult overvåkning. Skillet er imidlertid at skjulte lydopptak har et tilleggselement ettersom det foreligger kommunikasjon mellom partene, noe som dermed gjør at krenkelsen blir større enn ved videoopptak hvor partene ikke kommuniserer.⁸⁷

På den ene siden vil ikke lydopptak av samtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker anses å inneholde opplysninger av like intim karakter som ved f.eks. samværstvister. En arbeidssamtale vil ofte bære preg av å være av en mer profesjonell karakter hvor sensitive opplysninger ikke nødvendigvis vil komme opp. Dette taler for at skjulte lydopptak ikke vil være like inngripende som f.eks. videoopptak og dermed ikke burde avskjæres.

⁸⁵ RG-2011-321

⁸⁶ *Uzun v. Germany* avsnitt 52

⁸⁷ Borchgrevink (2011) side 78

På den andre siden har retten langt på vei gitt uttrykk for at krenkelsen et skjult lydopptak medfører skal sidestilles med krenkelsen som følger av skjult videoovervåkning. Dette taler for at det generelle utgangspunktet om at skjulte lydopptak skal avskjæres også bør gjøre seg gjeldende i arbeidsrettslige tvister som omhandler skjult lydopptak som kontrolltiltak. Videre vil det være et brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold dersom arbeidsgiver skulle ta opptak av samtaler med arbeidstaker uten at arbeidstaker har kunnskap om dette.⁸⁸ En arbeidssamtale vil dessuten typisk gjelde forhold som er av større personlig betydning for en arbeidstaker enn for en arbeidsgiver, og et skjult lydopptak vil medføre et fortrolighetsbrudd mellom partene.

På bakgrunn av dette vil det være naturlig å sidestille avskjæringen av bevis ervervet ved skjulte lydopptak med bevis ervervet ved skjult videoovervåkning. Graden av krenkelsen skjult lydopptak medfører for arbeidsgivers personvern og integritet vil være av minimum samme grad som ved skjult videoovervåkning. Videre vil føring av beviset føre til en gjentakelse av krenkelsen for den utsatte arbeidstaker. Retten bør med hensyn til dette og med hensyn til å motvirke illojal opptreden fra arbeidstaker forholde seg til den generelle hovedregelen om at skjulte lydopptak skal avskjæres, også der det er brukt som kontrolltiltak i arbeidsrettslige tvister.

3.3.3 Fotografering

I virksomheter er det i mer utbredt med videoovervåkning på virksomhetens sted enn fotografering av arbeidstaker. Selv om denne kontrollmetoden ikke er like utbredt som videoovervåkning vil det være hensiktsmessig å klarlegge grensen for hva som inngår i ordlyden ”særlige tilfeller” i tvl. § 22-7.

Lagmannsretten har tidligere behandlet spørsmålet om bevis innhentet gjennom spaning og fotografering av en arbeidstaker utenfor arbeidsplassen. I RG-2007-855 (Tinekjennelsen) iverksatte arbeidsgiver hemmelig spaning og fotografering av en arbeidstaker utenfor hans bolig. Bakgrunnen for spaningen var at arbeidsgiver hadde fått tips om at arbeidsgiveren bedrev underslag av varer fra arbeidsplassen. Som en følge av fotografiene som ble tatt under spaningen ble arbeidstakeren gitt avskjed. Arbeidstakeren motsa seg avskjeden og saksøkte arbeidsgiver på det grunnlag. Ved bevisføringen krevde arbeidstakeren at bevisene i form av

⁸⁸ NOU 2004:5 side 444-445

fotografiene, en kontrollrapport og vitneforklaring av de som hadde utført spaningen skulle avskjæres. Lagmannsrettens flertall konkluderte med at kontrollmetoden måtte anses som lovlig selv på bakgrunn av den konkrete mistanken og med grunnlag i at andre kontrollmetoder ikke ville være egnet til å avdekke underslaget. Selv om retten konkluderte med at kontrolltiltaket var lovlig og at beviset dermed ikke kunne avskjæres ble det uttalt at ”Lagmannsretten finner det imidlertid ikke tvilsomt at utgangspunktet og hovedregelen vil være at hemmelig spaning med fotografering i skjul ikke er lovlig, i alle fall som et generelt kontrolltiltak”.⁸⁹

Mindretallet i dommen kom i motsetning til at kontrolltiltaket var ulovlig og at bevisene måtte avskjæres. Det sentrale fra mindretallet er begrunnelsen for bevisavskjæring ettersom flertallet ikke vurderte dette som en følge av deres lovlighetsvurdering. Begrunnelsen fra mindretallet var at tiltaket måtte anses som en integritetskrenkelse på samme nivå som skjult videoovervåkning. Videre ble det vist til at føring av disse bevisene ville kunne bidra til å svekke den preventive effekten av reglene for kontrolltiltak. Avslutningsvis uttalte mindretallet at ”vesentlige personvern hensyn må gå foran hensynet til opplysning av saken”.⁹⁰

Selv om flertallet i dommen konkluderte med at kontrolltiltaket var lovlig og at beviset dermed ikke kunne avskjæres kan mindretallets vurdering av bevisavskjæringen av interesse. Flertallet gikk langt i å fastslå at den generelle hovedregelen for dette typetilfelle vil være at kontrolltiltaket er ulovlig, og at denne saken var unntaket. Det vil være naturlig at vurderingen av bevisavskjæring fra mindretallet kan ha betydning i senere saker. Det vil være rimelig å anta at dersom det en slik kontrollmetode blir ansett å være innenfor hovedregelen og dermed anses ulovlig, vil tungtveiende personvern hensyn, preventive hensyn og graden av krenkelse tale for at dette typetilfelle som hovedregel faller innenfor ”særlige tilfeller” i tvisteloven § 22-7.

⁸⁹ RG-2007-855 (flertallets avgjørelse)

⁹⁰ RG-2007-855 (mindretallets avgjørelse)

3.4 Innsyn i arbeidstakers e-post

3.4.1 Oversikt

Dersom arbeidsgiver har mistanke om at en arbeidstaker opptrer illojalt ved å være involvert i en konkurrerende virksomhet, foretar brudd på interne instruksjoner, eller i de tilfeller hvor arbeidsgiver har et behov for å undersøke om arbeidstaker faktisk bruker arbeidstiden på å utføre sine arbeidsoppgaver, kan det være fristende for arbeidsgiver å foreta innsyn i arbeidstakers e-post for å bekrefte eller avkrefte sin mistanke.

I hvilke tilfeller arbeidsgiver har adgang til å gjennomføre innsyn i en arbeidstakers e-post er regulert av forskrift om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale, jf. aml. § 9-5⁹¹. Forskriften gjelder både arbeidsgivers rett til innsyn i e-postkasse som er stilt til arbeidstakers disposisjon og innsyn i arbeidstakers personlige områder i virksomhetens datanettverk. Forskriftens § 2 regulerer i hvilke tilfeller arbeidsgiver har rett til å foreta innsyn. Arbeidsgiver har bare rett til innsyn

”a) når det er nødvendig for å ivareta den daglige driften eller andre berettigede interesser ved virksomheten, eller

b) ved begrunnet mistanke om at arbeidstakers bruk av e-postkasse eller annet elektronisk utstyr medfører grovt brudd på de plikter som følger av arbeidsforholdet eller kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed”⁹².

Dersom det foreligger brudd på disse vilkårene vil kontrollen som blir ført gjennom et tiltak om innsyn måtte anses som urettmessig og i strid med aml. § 9-1 sine regler om kontrolltiltak i virksomhet. Herunder vil det også falle inn under ordlyden ”utilbørlig” etter tvl. § 22-7 og bevis innhentet i strid med reglene i forskriften vil dermed kunne være gjenstand for bevisavskjæring.

3.4.2 Privat e-post

Bevisavskjæring av bevis innhentet fra en arbeidstakers private e-postkasse har hverken blitt behandlet av Høyesterett eller av Lagmannsretten. En antitetisk tolkning av forskriftens § 1 som gjelder ”e-postkasse som arbeidsgiver har stilt til arbeidstakers disposisjon til bruk i arbeidet”, taler for at en privat e-postkasse ikke faller inn under forskriftens virkeområdet.

⁹¹ Forskrift 2. juli 2018 nr. 1108 om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale.

⁹² Forskrift om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale § 2.

Mette Borchgrevink har tatt til ordet for at reglene om arbeidsgivers innsyn ikke gjelder den ansattes private e-post uten en særskilt begrunnelse.

”Reglene gjelder ikke bare arbeidstakers epost, reglene gjelder også arbeidstakers personlige områder i virksomhetens datanettverk. Ut fra merknadene sikter man her til alle områder som kun arbeidstakeren har tilgang til. Fellesområder på server, som alle ansatte har tilgang til, reguleres ikke av forskriften: Dette regnes ikke som ”innsyn” fordi alle ansatte med tilgangsrettigheter har lovlig tilgang.

Reglene gjelder også:

- SMS
- data på mobiltelefoner og
- annet elektronisk utstyr stil til arbeidstakers disposisjon, f. eks. PC-er etc.
- Innsyn i slettede dokumenter som ligger på sikkerhetskopier
- Dokumenter på personlig brukerområder osv

Reglene gjelder ikke bruk av hotmail, gmail og lignende og heller ikke dokumenter på privateid utstyr.”⁹³

Denne uttalelsen er blitt fulgt opp i TOBYF-2010-26339 med begrunnelsen at den private epostkassen ikke har noe med arbeidsgiver å gjøre. E-postene tilknyttet en privat e-post ligger på internett og ikke på arbeidsgivers datasystem. Videre er hensikten med en privat e-post og en e-post tilknyttet virksomheten at det skal være et skille mellom privat- og arbeidsrelatert korrespondanse. Retten viser også til EMK artikkel 8 nr. 1 som inneholder et særskilt vern for privat kommunikasjon. Retten uttalte at ”det er best overenstemmelse med EMK artikkel 8 at arbeidsgiver ikke har innsyn i privat epost konti som hotmail og gmail, med mindre det foreligger en klar hjemmel for dette. Slik klar hjemmel foreligger ikke i denne saken”. Deretter konkluderte retten med at arbeidsgiver ikke har adgang til å overvåke arbeidstakers private e-post. Arbeidsgiver kunne dermed ikke legge frem den private e-posten som bevis.

⁹³ Mette Borchgrevink, *Norsk forskriftsendring 1. mars 2009: Arbeidsgivers innsyn i arbeidstakers epost*, Lov og Data 2009-97-14, 2009

Innsyn i privat e-post må som følge av dette avskjæres av retten. Selv om det vil foreligge hjemmel for innsyn vil bevisføring medføre en krenkelse av arbeidstakers personvern og da særlig retten til privat kommunikasjon etter EMK artikkel 8.

3.4.3 Virksomhetsrelatert e-post

I motsetning til innsyn i privat e-post, foreligger det hjemmel for innsyn i e-postkasser som er direkte tilknyttet virksomheten.⁹⁴ Selv om det foreligger hjemmel for innsyn i arbeidsrelatert e-post må vilkårene i § 2 i forskriften være innfridd for at innsynet skal kunne anses rettmessig. For at innsynet skal være rettmessig må det være ”nødvendig for å ivareta den daglige driften eller andre berettigede interesser ved virksomheten” eller dersom virksomheten har en ”begrunnet mistanke om at arbeidstakers bruk av e-postkasse eller annet elektronisk utstyr medfører grovt brudd på de plikter som følger av arbeidsforholdet”.⁹⁵

Høyesterett har i Rt. 2002 s. 1500 U (e-postkjennelsen) behandlet spørsmålet om bevis må avskjæres som følge av innsyn i arbeidsrelatert e-post. I saken var spørsmålet om e-post som var blitt sendt til og fra arbeidstakers e-postkasse, som var tilknyttet arbeidsplassen, kunne fremlegges som bevis i avskjedssaken uten samtykke fra arbeidstakeren. Selv om denne saken er fra før tvisteloven § 22-7 om bevisavskjæring trådte i kraft, vil den være av sentral betydning ettersom § 22-7 er en kodifisering av av tidligere ulovfestet rett. Bakgrunnen for at arbeidsgiver innhentet arbeidstakers e-post var at arbeidsgiver hadde en konkret mistanke om at arbeidstaker drev konkurrerende virksomhet. I vurderingen av om e-posten skulle anses som private eller virksomhetsrelaterte ble det vist til lagmannsrettens drøftelse om at alle meldingene gjaldt aktiviteter, planer o.l. som har en for sammenheng med den type virksomhet som X står for eller er interessert i, samtidig som meldingene ga uttrykk for at det like gjerne kunne være virksomhetsrelaterte som private. Det ble konkludert med at meldingene ikke kunne oppfattes som private og at bevisene dermed var fremskaffet på lovlig måte.

Høyesteretts avgjørelse i e-post-kjennelsen viser at avskjæring av virksomhetsrelatert e-post som hovedregel ikke vil være gjenstand for bevisavskjæring. Grunnlaget for dette er at føring av bevis tilknyttet en virksomhetsrelatert e-postkasse i utgangspunktet ikke medfører en krenkelse av arbeidstakers personvern. Det vil imidlertid kunne være tilfeller hvor den

⁹⁴ Forskrift om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale § 1

⁹⁵ Forskrift om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale § 2 a) og b)

virksomhetsrelaterte e-posten i realiteten må anses som privat. Dette kan blant annet være dersom arbeidstaker har brukt den virksomhetsrelaterte e-postkassen til å sende private e-poster. Slike private e-poster skal ikke anses å være av arbeidsgivers interesse og føring av slike bevis vil måtte anses som en krenkelse av arbeidstakers personvern. Dette medfører at dersom e-posten fra virksomhetens e-postkasse anses å være av en slik privat karakter, skal den avskjæres som bevis. Dette er også lagt til grunn av EMD i avgjørelsen *Bărbulescu v. Romania* hvor Romania ble dømt for å ikke avskjære et bevis fra en privat chattelogg som var utført på virksomhetens datamaskin.⁹⁶

3.5 Medisinske undersøkelser

Dersom det anses å være saklig i virksomhetens forhold og ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstaker⁹⁷ har arbeidsgiver adgang til å kreve at arbeidstaker skal undergå en medisinsk undersøkelse når det følger av lov eller forskrift, stillingen innebærer særlig risiko, og når arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv og helse.⁹⁸ Medisinske undersøkelser kan blant annet være ”samtale om sykdom eller levevaner med en person, urinprøver, blodprøver, prøver av spytt og vev, utåndingsprøver, hjertetesting lytting på lunger, syns- og hørselstest, røntgenundersøkelser, psykiske tester m.m.”.⁹⁹

Arbeidsgivers behov for medisinske undersøkelser kan variere og begrunnes i forskjellige forhold på arbeidsplassen. I enkelt virksomheter kan det f.eks. være behov for å føre rustester på de ansatte. Dette vil typisk være i virksomheter som driver med transport, hvor det kan gå ut over sikkerheten til både den ansatte og andre. I slike tilfeller må det foreligge hjemmel i lov eller forskrift, eller at stillingen innebærer en særlig risiko slik at testingen anses nødvendig for å ivareta liv og helse.¹⁰⁰ Arbeidsgiver kan ikke bruke tvang for å få arbeidstaker til å gjennomføre den medisinske undersøkelsen uten en klar lovhjemmel. Imidlertid har arbeidstaker en plikt til å medvirke til at undersøkelsen blir gjennomført dersom den medisinske undersøkelsen er rettmessig. Dersom arbeidstaker nekter vil det medføre et pliktbrudd, som kan medføre saklig grunn for en eventuell oppsigelse eller avskjed.

⁹⁶ Se *Barbulescu v. Romania* og oppgavens punkt 2.5 *Forholdet til EMK*

⁹⁷ aml. § 9-1 (1)

⁹⁸ aml. § 9-4

⁹⁹ Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utgave, 1. opplag, Cappelen Damm 2011 side 463

¹⁰⁰ Jakhelln (2006) side 415

Det finnes ingen avgjørelser i norsk rettspraksis som retter seg mot bevisavskjæring av bevis ervervet ved ulovlig medisinsk undersøkelse. Drøftelsen vil dermed i stor grad rette seg mot reelle hensyn. En typisk medisinsk undersøkelse som vil utgjøre et ulovlig kontrolltiltak og som kan medføre bevis som vil være aktuelle for bevisavskjæring kan f.eks. være rustesting av ansatte uten at vilkårene i aml. § 9-4 er innfridd. Dersom arbeidstaker tester positivt ved en slik undersøkelse og dette medfører oppsigelse, kan arbeidstaker motsi oppsigelsen med begrunnelsen at oppsigelsen er usaklig ettersom beviset er utilbørlig ervervet. Ved et slikt tilfelle, hvor det er klart at beviset er ulovlig ervervet, blir retten nødt til å foreta en interesseavveining av de sentrale hensyn som begrunner at det foreligger et ”særlig tilfelle” for å avgjøre om beviset skal avskjæres.¹⁰¹ Jeg vil nedenfor foreta en drøftelse av disse sentrale hensyn for å komme med min vurdering av om bevis ervervet gjennom ulovlig medisinsk undersøkelse burde avskjæres av retten.

På den ene siden vil hensynet til sakens opplysning tale for at beviset ikke skal kunne avskjæres av retten. Dersom en ansatt i en virksomhet har testet positivt på en rustest kan det være at arbeidsprestasjonen til den ansatte faller på bakgrunn av at den ansatte ruser seg. Videre vil dette beviset kunne bidra til å avdekke at den ansatte har brutt lojalitetsplikten som er underliggende mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dersom et slikt bevis ikke vil tillates ført for retten kan det i ytterste grad medføre at en oppsigelse som ville vært saklig begrunnet dersom kontrolltiltaket var blitt gjort på riktig måte, ikke blir ansett saklig med bakgrunn i manglende bevis. En slik avskjæring av bevis vil kunne medføre at retten fatter en avgjørelse på uriktig faktiske forhold, noe som som ikke er forenelig med viktigheten av et materielt riktig resultat.

På den andre siden vil urettmessige medisinske undersøkelser kunne medføre en svekkelse av den preventive effekten reglene om kontrolltiltak vil kunne medføre for arbeidsgiver.¹⁰² Dersom det ikke vil medføre konsekvenser for arbeidsgiver å foreta urettmessige kontrolltiltak av denne typen, vil det kunne åpne opp for at arbeidsgiver vilkårlig kan pålegge arbeidstaker å foreta slike undersøkelser uten saklig grunn. Videre vil en urettmessig medisinsk undersøkelse av arbeidstakere medføre en krenkelse av arbeidstakers integritet og personvern. En slik undersøkelse vil medføre et inngrep i arbeidstakerens private sfære, som i

¹⁰¹ Se punkt 2.6 *Interesseavveining i ”særlige tilfeller”*

¹⁰² aml. § 9-1 og § 9-4

stor grad kan virke krenkende for nevnte arbeidstaker. Det vil ikke bare kunne oppleves krenkende å utføre en slik test, men det kan også være krenkende at personopplysninger blir innhentet og lagret på bakgrunn av denne urettmessige testen. Graden av krenkelse et slikt inngrep vil medføre mot arbeidstakers kropp, helse og private sfære taler for at slike bevis, som hovedregel, burde avskjæres av retten.

3.6 Avskjæring av bevis innhentet av arbeidstaker

I enkelte saker kan det oppstå situasjoner hvor det blir aktuelt å vurdere hvorvidt, ikke bare bevis innhentet av arbeidsgiver, men også om bevis som er utilbørlig innhentet av arbeidstaker skal kunne avskjæres. Slike situasjoner vil typisk være hvor arbeidstaker har tatt et skjult lyd- eller videoopptak av en arbeidssamtale med arbeidsgiver. Bakgrunnen for at en arbeidstaker velger å innhente bevis kan variere fra situasjoner hvor arbeidstaker ønsker å avdekke illojale eller straffbare forhold fra arbeidsgiver, eller hvor arbeidstaker ønsker å bruke beviset til et motsvar i en allerede pågående sak.

Uavhengig av bakgrunnen for innhenting av beviset er arbeidstaker, på lik linje med arbeidsgiver, ilagt en ulovfestet lojalitetsplikt i arbeidsforholdet.¹⁰³ Dersom arbeidstaker innhenter bevis som angår arbeidsgiver, på en illojal måte, ville dette kunne være et brudd på denne lojalitetsplikten. Lagmannsretten behandlet spørsmålet om avskjæring av et skjult lydopptak fra en varsler i LG-2019-72921. Partene i saken var en kommune mot en ansatt som hadde varslet om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Varsleren hadde tatt et skjult lydopptak av kommunens advokat i forbindelse med en rapport som ble utarbeidet om varslingsaken. Kommunen krevde at lydopptaket skulle avskjæres som bevis. Ved vurderingen av om lydopptaket skulle avskjæres ble det vektlagt at et slikt lydopptak som arbeidstakeren selv tok del i, ikke var straffbart. Videre ble styrkeforholdet mellom partene trukket frem ettersom varsleren var i utsatt posisjon, og at advokaten var en profesjonell part. Lagmannsretten kunne ikke se at lydopptaket i denne saken var krenkende for advokatens personlige integritet eller at sterke personvern hensyn kunne gjøre seg gjeldende.¹⁰⁴

Saken viser hvordan styrkeforholdet mellom partene vil være av betydning ved spørsmålet om bevisavskjæring. Hadde situasjonen vært motsatt ville hovedregelen om bevisavskjæring ved skjult lydopptak gjort seg gjeldende. Men ettersom varsleren ble ansett å være i en utsatt

¹⁰³ NOU 2004:5 side 444-445

¹⁰⁴ LG-2019-72921

posisjon, kunne ikke retten se at innhenting av beviset kunne anses å være utilbørlig etter tvl. § 22-7. Det ble bemerket at selv om beviset skulle blitt anset å være utilbørlig innhentet, tilsa interesseavveiningen at beviset ikke ville falt inn under ordlyden ”særlig tilfeller” og dermed ikke ville vært gjenstand for bevisavskjæring. Rettens uttalelse om partenes styrkeforhold taler for at det ikke kan fastsettes en generell hovedregel om avskjæring av utilbørlig ervervede bevis fra arbeidstaker. Dette vil dessuten ikke tilsi at slike bevis automatisk er unntatt avskjæring etter tvl. § 22-7. I slike tilfeller må det gjøres en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak, hvor særlig graden av krenkelse arbeidsgiver blir påført vil være av sentral betydning.

3.7 Oppsummering

Etter fremstillingen ovenfor er det klart at det ikke kan utformes en generell hovedregel for bevisavskjæring av ulovlige kontrolltiltak. Imidlertid kan en se at det i enkelte typetilfeller fremstår som en klar hovedregel at det utilbørlig ervervede beviset skal avskjæres av retten. Dette gjelder for bevis som er ervervet ved skjult videoovervåkning, skjult lydopptak, skjult fotografering, innsyn i arbeidstakers private e-post og urettmessig medisinsk undersøkelse. Hovedregelen om bevisavskjæring ser ikke ut til å gjelde ved GPS-sporing eller innsyn i virksomhetsrelatert e-post.

Det avgjørende for om prinsippet om fri bevisførsel skal måtte vike synes å være en samlet vurdering av arbeidsgivers fremgangsmåte ved innhenting av beviset, og graden av krenkelse det ulovlige kontrolltiltaket medfører for arbeidstakers integritet og personvern.

Ved de typetilfeller hvor det kan oppstilles en hovedregel om bevisavskjæring kan man se store likhetstrekk ved iverksettelsen av kontrolltiltaket. Med unntak av urettmessig medisinsk undersøkelse, er det en klar likhet i at dersom arbeidsgiver holder kontrolltiltaket ved overvåkning skjult for arbeidstaker, er det ikke bare et brudd på de formelle reglene i arbeidsmiljøloven, men også et brudd på lojalitetsplikten i arbeidsforholdet. Videre vil en slik skjult overvåkning, enten det er gjennom lyd, video eller innsyn i privat e-post, være et svært inngripende inngrep i arbeidstakerens personlige sfære. Noe som igjen fører til at arbeidstakers rett til personvern blir krenket på en slik måte, og med en slik grovhet at å føre beviset for retten vil stride med arbeidstakers rett til privatliv.¹⁰⁵ Det vil dessuten kunne

¹⁰⁵ se EKM artikkel 8

oppleves som gjentatt krenkelse for arbeidstaker dersom informasjon som er ervervet ved det ulovlige kontrolltiltaket skal kunne være en del av bevisføringen.

Videre kan det også stilles spørsmål om rekkevidden av bevisforbudet. Gjelder bevisforbudet bare det konkrete beviset, eller kan det også tenkes å gjelde som grunnlag for å avskjære bevis som mer indirekte er ervervet på en utilbørlig måte?

Dette spørsmålet ble trukket fram av Høyesterett, i Rt. 2001 s. 668, hvor det ble konkludert med at dersom retten finner at beviset faller inn under ”særlige tilfeller” i tvisteloven § 22-7, vil bevisavskjæringen kunne ha en smitteeffekt over til andre bevis som følger på bakgrunn av det utilbørlig ervervede beviset. I dommen ble det uttalt at:

”Utvalet finn grunn til å peike på at i den grad den ulovlege innhentinga av videoopptak var ein del av grunnlaget for avhøyret og vedgåinga, er det ikkje utan vidare slik at rapporten – eller vitneprov om innhaldet i avhlyret – kan nyttas som bevis. Omsynet til effektiv avskjering av videobeviset kan føre til at også bevis som byggjer på dette må nektas førte”.¹⁰⁶

Bakgrunnen for uttalelsen var at rapporten arbeidsgiveren ønsket å legge frem som bevis bygde direkte på videoopptaket som var skaffet til veie på utilbørlig måte. Uttalelsen legger videre med et forbehold med at det ”kan” føre til avskjæring av bevis som bygger på det opprinnelig beviset. Det er dermed lagt opp til at det må gjøres en konkret vurdering av om beviset er en direkte/indirekte følge av beviset som er skaffet til veie på utilbørlig måte.

Ettersom bevisavskjæring skal anses som en hovedregel for de konkrete typetilfeller, vil det være rimelig å kunne tenke seg unntak fra hovedregelen. For eksempel kan det tenkes at ved særlig alvorlige saker på strafferettens område, kan hensynet til sakens opplysning tillegges høyere vekt enn hva det ville gjort i en avskjedssak. Et eksempel på dette kan være at en arbeidsgiver har foretatt skjult videoovervåkning av en arbeidstaker for å avdekke illojal opptreden. Arbeidsgiver avdekker ikke illojal opptreden fra arbeidstaker, men avdekker bevis på at arbeidstaker har begått en alvorlig straffbar handling i form av f.eks. voldtekt. I slike saker vil det være naturlig at hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat strekker seg lengre enn det vil gjøre i en arbeidsrettslig tvist om avskjed eller oppsigelse.

¹⁰⁶ Rt. 2001 s. 668 side 671 og 672

4 Avsluttende bemerkninger

Oppgaven har reist spørsmål rundt det rettslige rammeverket for rettens adgang til å avskjære bevis ervervet ved ulovlige kontrolltiltak. Analysen har vist at det ikke er tilstrekkelig at et bevis er ”skaffet til veie på utilbørlig måte” for at retten skal kunne avskjære beviset.¹⁰⁷ Bevisavskjæringsregelen som følger av tvl. § 22-7 er å anse som en snever unntaksregel fra retten til fri bevisførsel. Dette medfører at i tillegg til at ervervsgrunnlaget er å anse som utilbørlig kreves det ”at føring av beviset vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn”.¹⁰⁸ Det særegne når det gjelder bevis som er ervervet ved ulovlig kontrolltiltak er at denne vurderingen er tilnærmet lik i forholdsmessighetsvurderingen av om kontrolltiltaket overhode er lovlig iverksatt etter aml. § 9-1. I denne vurderingen skal det også vurderes ”hvilke inngrep i arbeidstakernes personvern det vil være tal om, om sentrale personvern hensyn er ivaretatt gjennom forsvarlige metoder”.¹⁰⁹ Dette medfører imidlertid ikke at alle bevis, ervervet ved kontrolltiltak, som krenker arbeidstakers rett til personvern skal avskjæres av retten. Interesseavveiningen etter tvl. § 22-7 er mer kompleks enn vurderingen etter aml. § 9-1, og domstolene må foreta en helhetsvurdering av den konkrete sak hvor andre momenter og hensyn vil gjøre seg gjeldende. Her er særlig hensynet til sakens opplysning, viktigheten av et materielt riktig resultat og graden av krenkelse føring av beviset vil medføre for arbeidstaker av betydning. Som analysen har vist under kapittel 3 kan det ikke fastslås en generell hovedregel om bevisavskjæring for bevis ervervet ved ulovlige kontrolltiltak. Det kan imidlertid fastslås at i enkelte typetilfeller skal beviset som hovedregel avskjæres. Dette er i de tilfeller hvor krenkelsen av arbeidstakers personvern og privatliv er av en slik grad at hensynet til sakens opplysning og viktigheten av et materielt riktig resultat må vike. Ettersom ingen hovedregel er uten unntak, må fortsatt bevisavskjæringsspørsmålet vurderes konkret i den enkelte sak.

Avslutningsvis kan det stilles spørsmål om hvorvidt tvl. § 22-7 er utformet på en for skjønnsmessig og vag måte. Ved at retten bare i ”særlige tilfeller” kan nekte et bevis ført for retten tillegges domstolen en vid skjønnsmargin ved avgjørelsen av om et bevis skal avskjæres. Dette medfører liten forutberegnelighet for partene i den konkrete sak. En følge av dette kan være at arbeidsgiver/parten i større grad iverksetter kontrolltiltak, vel vitende om at

¹⁰⁷ tvl. § 22-7

¹⁰⁸ NOU 2001:32 B s. 961

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

kontrolltiltaket er ulovlig, i tro om at bevisene som medfører vil avskjæres av retten, og at fordelene med det ulovlige kontrolltiltaket dermed overgår ulempene et slikt tiltak kan medføre. En mer konkret og uttømmende lovtekst kan være hensiktsmessig for å styrke forutberegneligheten til beviserververe, selv om det i realiteten ikke vil medføre endring i rettstilstanden. Menneskerettsdomstolen synes også å tillegge personvern hensyn større fokus i avgjørelser som knytter seg til EMK artikkel 8.¹¹⁰ En mer konkret utforming kan dermed bidra til at norsk rett er i samsvar med utviklingen av EMK-retten.

Selv den skjønsmessige utformingen av tvl. § 22-7 medfører mindre forutberegnelighet for partene, vil domstolens skjønsmargin medføre at bestemmelsen er åpen for en mer dynamisk tolkning. En slik dynamisk tolkning vil bidra til at bestemmelsen i større grad vil kunne følge samfunnsutviklingen som følger ved bruk av ny teknologi. Ved at bestemmelsen er utformet med en slik skjønsmargin som den er nå, åpnes det også for at domstolene kan tillegge andre hensyn betydelig vekt. I enkelte saker kan det være av særlig betydning at hensynet til sakens opplysning blir tillagt større vekt enn personvern hensyn. Selv om avskjæringsregelen er en snever unntaksregel fra regelen om fri bevisførsel, kan en for konkret utforming av bestemmelsen bidra til at bevis som burde blitt avskjær med bakgrunn av ervervs måten, fortsatt blir tillatt ført for retten.

På bakgrunn av at en mer konkret utforming av bestemmelsen kan medføre at avskjæringsadgangen blir for snever, er min mening at tvl. § 22-7 er hensiktsmessig utformet. Etersom domstolene allerede virker å tillegge personvern hensyn betydelig vekt i saker om bevisavskjæring, men jeg at hensynet til forutberegnelighet for parter ikke er tilstrekkelig til begrunne en mer konkretisert lovgivning.

¹¹⁰ Se punkt 2.5 *Forholdet til EMK*

Referanseliste

Litteratur

- Borchgrevink (2009) Borchgrevink, Mette, *Norsk forskriftsendring 1. mars 2009: Arbeidsgivers innsyn i arbeidstakers epost*, Lov og Data 2009-97-14, 2009
- Borchgrevink (2011) Borchgrevink, Mette. Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern, *CompLex nr 5/2011*, 2011
- Fougner (2018) Fougner, Jan, Tron Løkken Sundet, Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven: kommentarutgave*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Jakhelln (2006) Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, 1. opplag, Oslo: N. W. DAMM & SØN, 2006
- Jakhelln (2011) Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven* 3. utgave, 1. opplag, Cappelen Damm 2011
- Normannseth (2020) Normannseth, Kajsja Louise Tafjord, *EMDs utvikling av retten til privatliv i arbeidsforhold etter EMK artikkel 8*, *Arbeidsrett VOL 17 nr. 2* 2020

- Scheie (2013) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch, Toril M. Øie, *Tvisteloven. Kommentartutgave*, 2. Utgave, Universitetsforlaget 2013
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave, universitetsforlaget 2017
- Vangsnes (2018) Jørgen Vangsnes, *Sivilprosess i et nøtteskal*, 2. utgave, Gyldendal 2018
- Øyen (2010) Ørnulf Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?*

Lover og forskrifter

1999	Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
2005	Lov 20. mai nr. 28 om straff.
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
2018	Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger.
2018	Forskrift 2. Juli 2018 nr. 1107 om kameraovervåking i virksomhet
2018	Forskrift 2. Juli 2018 nr. 1108 om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale

Forarbeider

Norges offentlige utredninger (NOU)

NOU 2001: 32 Bind B	Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Proposisjoner (tidl. Odelstingsproposisjoner)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Innstillinger

Innst.O nr. 100 (2004-2005)

Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1996 s. 1114

Rt. 1997 s. 795

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2001 s. 668

Rt. 2004 s. 878

Rt. 2006 s. 582 A

Rt. 2011 s. 1324 U

HR-2011-1019-U

Underrettspraksis

RG-2002-162

RG-2011-321

RG-2007-855

TOBYF-2010-26339

LG-2019-72921

Internasjonale kilder

Traktater og forordninger

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK)
EU/2016/679)/GDPR	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [PVF,GDPR]

Den europeiske menneskerettsdomstolen

1992	<i>Niemietz v. Germany</i> [J], no. 13710/88, ECHR:1992:1216JUD001371088
1997	<i>Halford v. The United Kingdom</i> [J], no. 20605/92, ECHR:1997:0625JUD002060592
2007	<i>Copland v. The United Kingdom</i> [J], no. 62617/00, ECHR:2007:0403JUD006261700
2010	<i>Uzun v. Germany</i> [J], no. 35623/05, ECHR:2010:0902JUD003562305
2017	<i>Bărbulescu v. Romania</i> [GC], no. 61496/08, ECHR:2017:0905JUD006149608

2019

López Ribalda and Others v. Spain [GC], no. 1874/13
and 8567/13, ECHR:2019:1017JUD000187413

Annet

Datatilsynet

Arbeidsgivers overvåkning av biler

<https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/personvern-pa-arbeidsplassen/overvaking-kjoretoy/?fbclid=IwAR3EU80Rw4IgjB8BpZgVsmTqiGx6JapftlrPFkh6FJFJPNw0pfElaV02I> (sist lest 10.12.2020)

Fafo- rapport

Kontroll og overvåking i arbeidslivet, Fafo-rapport 2019:21

<https://www.fafo.no/images/pub2019/20718.pdf> (sist lest 11.12.2020)

