

Avskjæring av bevis ervervet av arbeidsgiver ved kontrolltiltak

Kandidatnummer: 636
Leveringsfrist: 26.11.2007

Til sammen 17788 ord

26.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>KANDIDATNUMMER: 636</u>	I
<u>LEVERINGSFRIST: 26.11.2007</u>	I
<u>TIL SAMMEN 17788 ORD</u>	I
<u>INNHOLDSFORTEGNELSE</u>	I
<u>1 INNLEDNING</u>	1
1.1 Innføring og problemstilling	1
1.2 Rettskilder og metode	3
1.2.1 To sentrale rettsavgjørelser	6
1.3 Avgrensning og presiseringer	7
1.4 Begrepsavklaringer	7
1.5 Den videre fremstilling	8
<u>2 ARBEIDSGIVERS KONTROLLADGANG</u>	9
2.1 Innledning	9
2.2 Arbeidsmiljøloven	9
2.3 Personopplysningsloven	10
2.4 EMK artikkel 8	12
2.5 EMK artikkel 6	14

3	<u>LÆREN OM ULOVLIG ERVERVET BEVIS</u>	17
3.1	Innledning	17
3.2	Når er et bevis ulovlig ervervet?	17
3.3	Konsekvensen av at et bevis er ulovlig ervervet	18
3.4	Prinsipielle hensyn	20
3.4.1	Hensyn til sakens opplysning og et materielt riktig resultat	20
3.4.2	Personvern hensyn	21
3.4.3	Preventive hensyn	23
3.4.4	Gjenopprettelseshensynet	23
3.4.5	Hensynet til den alminnelige rettsfølelse	24
3.4.6	Hensynet til domstolens anseelse	25
3.5	Momentene i den konkrete sak	26
3.5.1	Bevisets verdi	26
3.5.2	Bevisets vekt	27
3.5.3	Alvorlighetsgraden av misligheten	28
3.5.4	Den ulovlige fremgangsmåten	30
4	<u>BRUDD PÅ BESTEMMELSENE OM KONTROLLTILTAK – AVSKJÆRING ELLER EVT. SVEKKET BEVISVERDI ELLER BEVISVEKT?</u>	32
4.1	Innledning	32
4.2	Brudd på informasjonsplikten	35
4.2.1	Innledning	35
4.2.2	Ingen informasjon	36
4.2.3	Mangelfull informasjon	43
4.3	Brudd på saklighetskravet	49
4.3.1	Innledning	49
4.3.2	Saklig formål	50
4.3.3	Minst mulig belastende fremgangsmåte	50
4.3.4	Egnet	53

4.4	Brudd på forholdsmessighetskravet	55
4.5	Brudd på drøftingsplikten	59
4.6	Brudd på evalueringsplikten	61
4.7	Brudd på meldeplikten	63
4.8	Oppsummering	63
<u>LITTERATURLISTE</u>		<u>65</u>

1 Innledning

1.1 Innføring og problemstilling

Oppgavens hovedtema er avskjæring av bevis som arbeidsgiver har ervervet ved kontrolltiltak som er iverksatt på bakgrunn av konkret mistanke om at arbeidstaker har begått eller begår misligheter som er forankret i virksomheten.

Spørsmålet om avskjæring av bevis i slike tilfeller vil typisk kunne oppstå i saker hvor arbeidsgiver ønsker å legge frem beviset i en avskjeds- eller oppsigelsessak.¹ Det kan også komme opp i en straffesak der arbeidstaker er mistenkt for å ha begått en straffbar handling.

Det klare utgangspunktet i norsk rett både når det gjelder sivile- og straffesaker er prinsippet om fri bevisførsel.² Det er altså avskjæring av bevis som trenger hjemmel, ikke føring av bevis.³

Det er imidlertid lovfestet noen unntak fra utgangspunktet om fri bevisførsel. En rekke regler fastslår både at retten kan⁴ og at retten skal⁵ avskjære bevis. De lovfestede unntakene viser, som Bratholm sier, ” [t]anken om at visse hensyn kan veie tyngre enn

¹ Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (aml.) §§ 15-14 og 15-7.

² Se pkt. 3.3.

³ Se Hov, Rettergang I s. 229 og Skoghøy, *Tvistemål* s. 436-437.

⁴ Se f.eks strpl § 292 annet ledd bokstav a til c og tvml. § 189 første ledd nr. 1. om rettens adgang til å avskjære bevis som ikke er av relevans for saken.

⁵ Se f.eks strpl § 119 og tvml § 205 om rettens plikt til å ikke ta i mot forklaringer fra bla. prester, leger og psykologer om noe som er betrodd dem i deres stilling.

hensynet til sakens opplysning er altså godkjent i straffeprosessloven”.⁶ Det samme må kunne sies om tvistemålsloven da også den har lovfestede regler om bevisavskjæring.

Man har videre i norsk rett en ulovfestet adgang til å avskjære bevis, den såkalte læren om ulovlig ervervet bevis. Denne er begrunnet i visse hensyn domstolen mener veier tyngre enn hensynet til sakens opplysning.

Denne læren vil kunne medføre at bevis blir avskåret der arbeidsgiver gjennom kontrolltiltak har ervervet bevis på en ulovlig måte. Arbeidsgivers kontrolladgang er nå regulert i arbeidsmiljøloven kapittel 9 og i personopplysningsloven⁷. Disse bestemmelsene er således sentrale for problemstillingen.

Bevisavskjæringsvurderingen er som nevnt ulovfestet, men det har i flere sammenhenger blitt foreslått å lovfeste den. Spørsmålet var oppe ved utarbeidelsen av ny straffeprosesslov⁸. Det ble imidlertid vektlagt at en lovregulering var ”vanskelig, og ville belaste loven uforholdsmessig”⁹. Man overlot derfor dette spørsmål til teori og praksis. Den ulovfestede læren om ulovlig ervervet bevis har i tiden etter dette gradvis gjennomgått en utvikling i rettspraksis. Dette har gitt et bedre grunnlag for en lovregulering, og man har i det senere sett at tiden nå kan være moden for å lovfeste den. Dette har gitt seg utslag i at det i utkastet til ny tvistelov¹⁰ § 22-7 er tatt inn følgende bestemmelse: ”Retten kan i særlige tilfeller nekte bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte”.¹¹

Det er det nærmere innholdet av den ulovfestede læren om ulovlig ervervet bevis, i forhold til bevis arbeidsgiver har ervervet ved kontrolltiltak, jeg hovedsakelig skal forsøke å belyse

⁶ Bratholm s. 114.

⁷ Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31 (popplyl.).

⁸ Straffeprosesslovkomiteens innstilling (1969) s. 197 og ot.prp. nr. 35 (1978-79) s. 139.

⁹ op.cit. s. 197.

¹⁰ Tvisteloven er vedtatt, og forventes å tre i kraft 1. januar 2008.

¹¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 547.

i denne oppgaven. Jeg vil imidlertid også til en viss grad komme inn på spørsmålet om det er aktuelt at domstolene i de tilfellene hvor et ulovlig bevis ikke avskjæres, alternativt kan tillegge det ulovlige beviset mindre vekt eller verdi enn hva man ville ha gjort dersom beviset var lovlig ervervet.

1.2 Rettskilder og metode

Læren om ulovlig ervervet bevis er domstolskapt og dens nærmere innhold må dermed utledes av rettspraksis. Ettersom det er relativt lite rettspraksis som omhandler bevis som arbeidsgiver utilbørlig har ervervet, vil jeg i tillegg til rettspraksis benytte rettskildemateriale fra lover, forarbeider, etterarbeider, internasjonale konvensjoner, direktiver og reelle hensyn som tolkningsargumenter for adgangen domstolen har til å avskjære slike bevis.

Et spørsmål som oppstår er om de rettskildene som foreligger kan benyttes til å fastlegge det nærmere innhold av den ulovfestede læren uavhengig av om kildene omhandler sivil- eller straffesaker.

Et argument for at man på generelt grunnlag trekker inn kilder fra begge sakstyper uavhengig av hva slags sak man har foran seg i det aktuelle tilfellet er at bevis ervervet av arbeidsgiver ved kontrolltiltak typisk vil kunne være aktuelt å anvende som bevis både i en sivil sak og i en straffesak. Hvis arbeidsgiver f.eks. har ervervet bevis på at arbeidstaker har begått underslag så vil dette være aktuelt å benytte både i en sivil sak om oppsigelse, og i en straffesak om ileggelse av straffereaksjoner. Rettspraksis kan tyde på at man i slike tilfeller vil legge den samme standard til grunn for om beviset kan anvendes eller ei¹².

I drøftelsen vil jeg derfor generelt trekke inn rettskilder fra både sivil- og straffesaker. Det vil imidlertid kunne gjøre seg gjeldende noe forskjellige hensyn avhengig av om beviset

¹² Rt. 2001 s. 668 på s. 671.

ønskes ført i en sivil- eller straffesak, og dette kommenterer jeg evt. særskilt der dette er aktuelt.

Rettspraksis er den fremste rettskilden når innholdet av den ulovfestede læren skal fastlegges. Den rettspraksis som dreier seg om avskjæring av ulovlig ervervede bevis er kjennelser. Det kan spørres om kjennelser har den samme rettskildemessige vekt som det dommer har. Det er i teorien lagt til grunn at kjennelser avsagt av Høyesterett som regel vil kunne tillegges samme vekt som dommer.¹³

Når det gjelder kjennelser avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg er det imidlertid hevdet at Høyesterett føler seg lite bundet av tidligere avgjørelser fra Kjæremålsutvalget.¹⁴

Ettersom det er svært lite Høyesterettspraksis som omhandler oppgavens problemstilling, kan det være naturlig å trekke inn underrettspraksis i drøftelsen. Om underrettspraksis overhodet kan anses som en relevant rettskildefaktor har det vært diskusjoner om i teorien¹⁵.

Fleischer mener at underrettspraksis ”må være uten synderlig argumentasjonsverdi i relasjon til spørsmålet om hva som er gjeldende rett”¹⁶ Boe mener på den annen side at ”alle dommer har rettskilderelevans”.¹⁷ Han mener imidlertid at underrettspraksis ”teller bare langt mindre enn høyesterettsdommer gjør”.¹⁸

I dag er nok den mest utbredte oppfatning at underrettspraksis er relevant å ta i betraktning, men at vekten den kan tillegges er liten. Jeg vil derfor legge liten vekt på slike avgjørelser og hovedsakelig benytte den for å belyse oppgavens problemstillinger.

¹³ Eckhoff s. 178.

¹⁴ Skoghøy, LR s. 210.

¹⁵ Se Fleischer s. 269, Boe s. 248 og Eckhoff s. 162

¹⁶ Fleischer s. 269.

¹⁷ Boe s. 248.

¹⁸ I.c.

Som nevnt innledningsvis er det i forslaget til ny tvistelov inntatt en bestemmelse om avskjæring av ulovlig ervervet bevis i § 22-7. Tvl. § 22-7 er i følge tvistelovens forarbeider ment å videreføre gjeldende rett, det er altså tale om en kodifisering¹⁹. Hva som er gjeldende rett i dag, vil således ha betydning ved tolkningen av tvl. § 22-7 når tvisteloven trer i kraft. For rettskildebildet slik det fortoner seg når denne oppgaven skrives blir imidlertid tvisteloven og dens forarbeider kun å anse som en tolkningsfaktor ved fortolkningen av den ulovfestede læren om ulovlig ervervet bevis.

Jeg vil i oppgaven vie en del plass til de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Generelt kan ikke reelle hensyn sies å være en like tungtveiende rettskildefaktor som lov, forarbeider, rettspraksis m. v., men i saker hvor det er sparsomt med øvrige rettskilder vil reelle hensyn ofte kunne tillegges betydelig vekt.²⁰

Ettersom det er avskjæringsvurderingen ved brudd på bestemmelsene som regulerer arbeidsgivers kontrolladgang som skal drøftes i denne oppgaven, vil også forarbeidene til disse reglene ha betydning.²¹ Her utdyper lovgiver de vilkår som arbeidsgiver må følge for å iverksette kontrolltiltak. Hensynene bak bestemmelsene vil også til en viss grad fremkomme av disse.

Etter strprl. § 4 og tvml. § 36 a²² gjelder både straffeprosessloven og tvistemålsloven ”med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten”. Dette betyr at hvor det er motstrid mellom norsk rett og folkerettslige regler, vil de folkerettslige reglene gå først. Videre betyr det at de folkerettslige reglene også vil supplere nasjonal rett.²³ Folkeretten er således en viktig rettskildefaktor. Av særlig betydning er Norges forpliktelser etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK) og FNs to

¹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 459.

²⁰ Eckhoff 2001 s. 380.

²¹ NOU 2004:5, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005), NOU 1997:19 og ot.prp. nr. 92 (1998-99).

²² Videreføres i den nye tvl. § 1-2.

²³ Hov, Rettergang I s. 49.

menneskerettskonvensjoner av 16. desember 1966 om henholdsvis sivile og politiske rettigheter (SP) og om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Det er kun EMK som åpner for en individuell klageadgang til Den europeiske menneskerettsdomstolen etter at nasjonale rettsmidler er uttømt, jf. EMK art. 34 og 35. Jeg vil derfor konsentrere meg om bestemmelsene etter EMK. I forhold til oppgavens tema er det EMK artikkel 6 og 8 som har betydning.

1.2.1 To sentrale rettsavgjørelser

1.2.1.1 Rt. 1991 s. 616

Eieren av et gatekjøkken mistenkte en arbeidstaker for å underslå penger fra kassen. I foretningslokalet var det montert et videokamera som var tilknyttet en monitor på spiserommet. Kameraet var installert i forståelse med arbeidstakerne slik at de kunne oppholde seg på spiserommet når det ikke var kunder i foretningslokalet.

For å sikre seg bevis for underslaget koblet arbeidsgiver en opptaker til videokameraet. Han redigerte opptaket og leverte det til politiet. Påtalemyndighetene tok ut tiltale for underslag. I lagmannsretten ble beviset avskåret. Avgjørelse ble påkjært til Høyesterett.

Høyesterett vurderte om det hemmelige videoopptaket ble rammet av noen lovbestemmelser, men mente det var noe usikkert. De aktuelle lovbestemmelsene tok alle sikte på å verne om den personlige integritet. Det avgjørende for Høyesterett var at fremgangsmåten ved beviservervelsen ut i fra alminnelige personvern hensyn var tilstrekkelig til å anse bevist for ”ulovlig” ervervet. Etter en helhetlig vurdering ble beviset avskåret.

1.2.1.2 Rt. 1997 s. 795

I Rt. 1997 var det spørsmål om avskjæring av et hemmelig lydbåndopptak av telefonsamtale mellom en far og to døtre i en barnefordelingssak. Moren ønsket å legge

frem et lydbåndopptak hun hadde foretatt uten mannens viten. Strl. § 145 forbyr hemmelig opptak mellom andre. Bestemmelsen kom ikke til anvendelse da det var moren som hadde omsorg for de to mindreårige barna. Retten mente at "[s]like hemmelige lydbåndopptak vil ofte bære både illojale og støtende".²⁴ Beviset ble ansett som "ulovlig" ervervet. Etter en helhetlig vurdering ble beviset avskåret.

1.3 Avgrensning og presiseringer

Oppgaven er avgrenset til avskjæring av bevis ervervet av arbeidsgiver. Bevisavskjæring på ulovfestet grunnlag vil også være aktuelt i forhold til bevis som er ervervet av andre, f.eks av politiet under etterforskning av straffbare forhold. Det vil her være til dels andre problemstillinger som vil være aktuelle.

Jeg skal se på bevis som er ervervet ved kontrolltiltak iverksatt på bakgrunn av konkrete mistanker om misligheter. Bevis som er ervervet ved kontrolltiltak på bakgrunn av andre forhold, vil således ikke bli drøftet.

Videre vil jeg for drøftelsen i kapittel 4 forutsette at beviset er "ulovlig ervervet". Dette fordi det først er hvor beviset er ulovlig ervervet at det vil bli spørsmål om å avskjære. Det vil sprengte oppgavens rammer å først drøfte hvor grensen for hva som er lovlig går.

1.4 Begrepsavklaringer

Personopplysningsloven er generell og det blir derfor benyttet en annen terminologi enn den som benyttes i arbeidsmiljøloven. Jeg vil derfor se på noen sentrale begreper i personopplysningsloven.

²⁴ Rt. 1997 s. 795 på s. 798.

”Behandling” er definert i popplyl. § 2 nr. 2 som ”enhver bruk av personopplysninger, som f.eks. innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering eller kombinasjon av slike bruksmåter”.

”Behandlingsansvarlig” er i personopplysningsloven definert som ”den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes”, jf. popplyl. § 2 nr. 4. I forhold til arbeidsrettslig terminologi vil dette være arbeidsgiver.

Et annet sentralt begrep er ”personopplysninger”. Personopplysninger er ”opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson”, jf. popplyl. § 2 nr. 3. Videre vil den arbeidstaker ”som personopplysningene kan knyttes til” i personopplysningslovens terminologi være ”registrert”, jf. popplyl. § 2 nr. 6.

Den ulovfestede læren er betegnet som ”læren om avskjæring av ulovlig ervervet bevis”. Hva som nærmere ligger i begrepet ”ulovlig” er redegjort for i pkt. 3.2.

I pkt. 3.5.1 og 3.5.2. har jeg redegjort for bevisvekt og bevisverdi.

1.5 Den videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil jeg først drøfte arbeidsgivers kontrolladgang i kapittel 2. Deretter vil jeg se på læren om ulovlig ervervet bevis i kapittel 3, og til sist drøfter jeg avskjæringsvurderingen ved brudd på bestemmelsene om kontrolltiltak i kapittel 4. I kapittel 4 vil jeg også se på hvilken betydning brudd på bestemmelsene vil ha for bevisets vekt og verdi, dersom beviset tillates ført.

2 Arbeidsgivers kontrolladgang

2.1 Innledning

Arbeidsgivers kontrolladgang er underlagt en rekke bestemmelser og begrensninger som følger både av norsk intern rett og av EMK. Ettersom jeg i kapittel 4 skal se på hvilken betydning brudd på disse bestemmelsene vil ha i vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres, vil jeg gi en oversikt over de aktuelle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven. Jeg vil også drøfte om EMK art. 8 og EMK art. 6 vil ha noen betydning for vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres.

2.2 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsgivers kontrolladgang er lovfestet i arbeidsmiljøloven kapittel 9.

Aml. § 9-1 første ledd oppstiller materielle begrensninger for kontrolltiltak i virksomheten. Bestemmelsen er ment å være en kodifisering av den arbeidsrettslige regel som er utviklet i rettspraksis og tariffretten.²⁵ Kontrolltiltaket må ha ”saklig grunn” i virksomhetens forhold, og tiltaket må ikke innebære en ”uforholdsmessig belastning” for arbeidstakeren. Som det sies i forarbeidene er det sentrale ”at vilkårene i bestemmelsen legger opp til en bred skjønsmessig avveining av virksomhetens behov for kontrolltiltaket på den ene side og de ulemper arbeidstakerne vil bli påført som følge av kontrolltiltaket på den andre”.²⁶ For at kontrolltiltaket skal kunne iverksettes (være lovlig) må denne avveiningen gå i arbeidsgivers favør.

²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 143.

²⁶ op.cit. s. 144.

I aml. § 9-2 er det oppstilt prosessuelle bestemmelser. Arbeidsgiver må for det første drøfte tiltak med de tillitsvalgte eller andre tillitspersoner i bedriften. De tillitsvalgte skal kunne komme med sine synspunkter, og disse synspunktene skal arbeidsgiver ta med i sin vurdering. Det er derfor viktig å drøfte tiltaket så tidlig som mulig. Dersom det ikke blir enighet om kontrolltiltakene, er det arbeidsgiver som har det avgjørende ord. Arbeidsgiver skal også informere arbeidstakerne om kontrolltiltaket før det iverksettes. Det er her de ”berørte” arbeidstakerne som skal informeres. Det skal informeres om formålet, hvordan tiltaket skal gjennomføres og dets varighet. Bestemmelsene knytter seg til ”systemer for kontroll og overvåkning”²⁷, det holder derfor at arbeidsgiver drøfter og informerer om tiltak som vil bli benyttet i virksomheten ved innføring av tiltakene.

Tiltakene i en virksomhet skal også ”jevnlign” evalueres. Dette er viktig slik at arbeidsgiver forsikrer seg om at vilkårene for tiltaket til enhver tid er oppfylt.

2.3 Personopplysningsloven

I tillegg til arbeidsmiljøloven kommer også personopplysningsloven til anvendelse dersom det i forbindelse med kontrolltiltaket behandles personopplysninger, jf. aml. § 9-1 annet ledd. Dette betyr at både de materielle og prosessuelle reglene i personopplysningsloven også vil gjelde fullt.

I følge arbeidsmiljølovens forarbeider er det mye som taler for at arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven må kunne fortolkes og praktiseres i lys av hverandre.²⁸ Blant annet fordi de bygger på de samme personvernnormer. En annen grunn til dette er som departementet påpeker at det vil være ”nokså åpenbart at mange kontrolltiltak vil være formålsløse dersom det ikke er adgang til å behandle personopplysninger som fremkommer gjennom kontrolltiltaket”.²⁹

²⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

²⁸ op.cit. s. 146.

²⁹ op.cit. s. 135.

Popplyl. § 8 oppstiller vilkår for når behandling av personopplysninger kan finne sted. Forarbeidene fremhever at behandling av personopplysninger i første rekke skal skje på bakgrunn av samtykke fra den "registrerte".³⁰ Dersom det ikke foreligger et slikt samtykke, kan arbeidsgiver behandle personopplysninger dersom dette er nødvendig for å ivareta en "berettiget interesse", og hensynet til arbeidstaker "ikke overstiger denne interesse", jf. popplyl. § 8 bokstav f.³¹ Dersom det er sensitive personopplysninger som skal behandles, må i tillegg et av alternativene i § 9 være oppfylt.³²

Videre er det også en del prosessuelle bestemmelser arbeidsgiver må følge. Formålet med behandlingen angis "uttrykkelig" og være "saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet", jf. § 11 første ledd bokstav b. Bokstav b stiller således opp to krav. At formålet må være "uttrykkelig angitt" innebærer at arbeidsgiver før behandlingen må fastsette et formål som er "tilstrekkelig konkret og avgrenset til at det skaper åpenhet og klarhet om hva behandlingen skal tjene til".³³ Vilkåret må ses i sammenheng med bokstav c som oppstiller et forbud mot å bruke personopplysninger til formål som er "uforenelig" med det opprinnelige formålet med behandlingen.

Personopplysningene som skal behandles må videre være "tilstrekkelige og relevante" og "korrekte og oppdaterte", jf. § 11 første ledd bokstav d og e.

Personopplysningsloven har også bestemmelser som pålegger arbeidsgiver å informere arbeidstakerne. Etter popplyl. § 18 plikter arbeidsgiver å informere "enhver" som ber om det. Arbeidsgiver plikter imidlertid å informere av "eget tiltak" når det "samles inn" opplysninger fra den registrerte selv og fra andre, jf. §§ 19 og 20. Bestemmelsene er viktige

³⁰ Ot.prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

³¹ Det oppstilles også andre alternativer, men det er alternativet i bokstav f som er aktuell for oppgavens tema.

³² Hva som er sensitive personopplysninger er definert i popplyl. § 2 nr. 8.

³³ Ot.prp. nr. 92 (1998-99) s. 113-114.

for at arbeidstaker skal kunne ”holde oversikt over hva som registreres om vedkommende”.³⁴

2.4 EMK artikkel 8

EMD har lagt til grunn at EMK art. 8 om retten til respekt for privatliv, hjem, familieliv og korrespondanse kommer til anvendelse for arbeidstaker på arbeidsplassen.

Derfor er bestemmelsen relevant for den nærmere fastleggelse av arbeidsgivers kontrolladgang.

EMD har hittil ikke behandlet noen saker hvor det har vært spørsmål om avskjæring av bevis fordi arbeidsgiver har ervervet bevis i strid med EMK art. 8. Avgjørelsene fra EMD om brudd på EMK art. 8 er allikevel av interesse for denne fremstillingen, fordi de viser hvilket vern EMK art. 8 gir for arbeidstakere. Jeg vil i det følgende gå igjennom noen avgjørelser som er av særlig interesse.

I saken *Halford mot Storbritannia*³⁵ tok EMD stilling til om det forelå brudd på EMK art. 8 da en arbeidstaker ikke hadde fått informasjon om at hennes telefon på arbeidsplassen ble avlyttet.

Halford jobbet som visepolitimester og hadde gjentatte ganger søkt om jobb som politimester, men fikk ikke stillingen. Hun tok ut søksmål på grunnlag av kjønnsdiskriminering. Myndighetene ønsket bevis i den pågående kjønnsdiskrimineringssaken, og avlyttet jobbtelefonen hennes. Domstolen fastslo at samtaler fra arbeidsplassen omfattes av rettigheten til privatliv og korrespondanse.³⁶

³⁴ op.cit. s. 42-43.

³⁵ Sak – 20605/92: European Court of Human Rights: *Halford vs. United Kingdom* [1997].

³⁶ premiss 44.

Domstolen fant ikke bevist at Halford hadde fått noe ”warning” om at telefonen var avlyttet, hun hadde derfor ”a reasonable expectation of privacy for such calls”.³⁷

Avlyttingen var ikke ”in accordance with the law”, jf. art. 8.2, og det forelå derfor et brudd på art. 8.³⁸

EMD har også i saken Copland mot Storbritannia vektlagt viktigheten av informasjon til arbeidstaker.³⁹ Spørsmålet for EMD var om overvåkning av Copland var i strid med EMK art. 8. Copland ble ansatt ved Charmarthenshire College i 1991. Coplands telefon, e-mail og internettbruk ble overvåket av stedfortredende rektor. I følge staten ble overvåkingen iverksatt for å finne ut om Copland brukte skolens fasiliteter urimelig mye til personlige formål.⁴⁰ Skolen hadde ingen retningslinjer for overvåkning av telefon, e-mail eller internettbruk av ansatte.⁴¹ Det var heller ikke gitt noe ”warning” til Copland om at telefonen hennes kunne bli overvåket. Retten fant derfor at Copland hadde ”reasonable expection as to the privacy of calls made from her work telephone”. De samme forventningene gjaldt også Coplands e-mail og internettbruk.⁴² At skolen lovlig hadde skaffet seg telefonregninger var ingen hindring for at det forelå brudd på art. 8.⁴³

Domstolen fant videre at ”storing of personal data relating to the private life of an individual also falls within the application of Article 8 § 1”.⁴⁴ Domstolen konkluderer med at samling og lagring av personlig informasjon angående Coplands telefon, e-mail og internettbruk uten at hun visste om det, samlet var et inngrep i hennes rett til respekt for privatliv og korrespondanse jf. art. 8.⁴⁵

³⁷ premiss 45.

³⁸ premiss 51.

³⁹ Sak62170/00: European Court of Human Rights: Copland vs. The United Kingdom [2007].

⁴⁰ premiss 10.

⁴¹ premiss 15.

⁴² premiss 42.

⁴³ premiss 43.

⁴⁴ premiss 43.

⁴⁵ premiss 44.

Domstolen fant ikke at overvåkingen av Copland var ”in accordance with the law”.⁴⁶ Det forelå derfor et brudd på EMK art. 8.⁴⁷

Disse dommene viser at så lenge arbeidstaker ikke kan ha noen begrunnet forventning om at hun blir kontrollert, så vil dette være av stor betydning for om EMK art. 8 anses som krenket eller ei.

Man kan videre utlede fra disse dommene at kontroll av arbeidstakers telefon, e-mail eller internettbruk uten forutgående varslings, og uten at adgangen til slik overvåking er nærmere hjemlet i lov, vil innebære et brudd på retten til privatliv og korrespondanse etter EMK art. 8. I forhold til min problemstilling innebærer dette at man i de tilfellene hvor bevis er ulovlig ervervet og forutgående informasjon ikke er gitt, så vil hensynet til arbeidstakers integritet måtte tillegges stor vekt dersom man skal etterleve forpliktelsene etter EMK.

2.5 EMK artikkel 6

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen har ingen bestemmelser som direkte regulerer avskjæring av bevis. EMK art. 6 skal sikre en ”fair trial” for både sivile- og straffesaker, jf. første ledd. I den norske oversettelsen er ”fair trial” oversatt til ”rettferdig rettergang”.

Spørsmålet blir om EMK art. 6 og kravet om ”fair trial” har noen betydning for domstolens avgjørelse av om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres.

Dette kan presiseres til et spørsmål om rettergangen vil være rettferdig dersom et ulovlig ervervet bevis blir tillatt ført.

⁴⁶ premiss 48.

⁴⁷ premiss 49.

EMD har vurdert spørsmålet om føring av ulovlig ervervede bevis blant annet i saken Schenk mot Sveits.⁴⁸ Her hadde de nasjonale domstolene tillat et ulovlig ervervet lydbåndopptak. Schenk hadde leid en mann til å ta livet av sin kone. I stede for å drepe konen, tok den innleide mannen opp en telefonsamtale med Schenk som bevis på at Schenk ønsket sin kone drept. Mannen leverte opptaket til politiet. Det var etter Sveitsisk rett ulovlig å ta opp en samtale på bånd uten samtykke fra samtaleparten. Beviset var således ulovlig ervervet. Schenk hevdet at hans krav på "fair trial" var blitt krenket ettersom domstolen hadde tillat lydbåndopptaket ført som bevis.⁴⁹ EMD vurderte om det var i strid med EMK art. 6 å anvende det ulovlig ervervede lydbåndopptak som bevis i en straffesak. Domstolen uttalte:

"According to Article 19 (art. 19) of the Convention, The Court's duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States in the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by Convention.

While Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain, whether Mr. Schenk's trial as a whole was fair."⁵⁰

Domstolen foretok en bred vurdering, og fant at kravet til en rettferdig rettergang var overholdt.⁵¹ Det forelå således ikke brudd på art. 6 første ledd (4 dommere dissenterte).⁵²

⁴⁸ Sak - 10862/84: European Court of Human Rights: Schenk vs. Switzerland [1988].

⁴⁹ premiss 36.

⁵⁰ premiss 45 og 46.

⁵¹ premiss 47 og 48.

⁵² premiss 49.

Også i saken Khan vs. United Kingdom⁵³ drøfter EMD spørsmålet om hvorvidt føring av ulovlig ervervet bevis var et brudd på EMK art. 6. Khan hadde her blitt straffedømt i Storbritannia på grunnlag av et bevis innhentet ved ulovlig telefonavlytting.

Domstolen fant heller ikke her at det var brudd på art. 6 da prosessen i sin helhet måtte anses som rettferdig.

Det er således ikke i seg selv i strid med art. 6 å tillate ført et bevis som er ulovlig ervervet. Det er opp til den enkelte stat å regulere adgangen til å føre bevis, men dersom en slik bevisføring undergraver kravet til en rettferdig rettergang, vil det være i strid med art. 6 å tillate beviset ført. Dette må vurderes konkret i den enkelte sak ut i fra en helhetlig vurdering.

⁵³ Sak - 35394/97: European Court of Human Rights: Khan vs. The United Kingdom [2000].

3 Læren om ulovlig ervervet bevis

3.1 Innledning

Jeg vil i dette kapitlet forsøke å redegjøre for det nærmere innhold av den ulovfestede læren om avskjæring av ulovlig ervervet bevis.

Jeg skal først se på hva som ligger i begrepet ”ulovlig” i pkt. 3.2, så i pkt.3.3 vil jeg se på hvilke konsekvenser det har for bevisføringen at beviset er ulovlig ervervet. Til sist i vil jeg i pkt. 3.4 og 3.5 se på hvilke hensyn og momenter som er relevante for avskjæringsvurderingen.

3.2 Når er et bevis ulovlig ervervet?

Etter den ulovfestede læren, er det ”ulovlige” bevis som kan avskjæres. Spørsmålet blir da hva som ligger i begrepet ”ulovlig”.

Etter en alminnelig språklig forståelse av ”ulovlig” forstås i første rekke handlinger som strider mot straffebestemmelser. Men også overtredelse av annen formell lov eller forskrift gitt med hjemmel i lov er det naturlig å betegne som ”ulovlig”. Det er imidlertid lagt til grunn et noe videre innhold av betegnelsen ”ulovlig” i forhold til den ulovfestede læren. Dette fremkommer av rettspraksis. I Rt. 1991 s. 616 fant Høyesterett at det ikke var handlet i strid med noen lovbestemmelse, men at det ikke var avgjørende da det var 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” (min utheving).⁵⁴

⁵⁴ Rt. 1991 s. 616 på s. 624.

Heller ikke i Rt. 1997 s. 795⁵⁵ var det avgjørende at det ikke forelå brudd på en lovbestemmelse. Retten uttaler: ”Den ulovfestete adgang til å kreve bevis avskåret må imidlertid rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling. Slike hemmelige lydbåndopptak vil ofte være både *illojale og støtende*.” (Min utheving)⁵⁶

At begrepet ”ulovlig” omfatter mer enn hva en alminnelig språklig forståelse tilsier, er også lagt til grunn i forarbeidene til tvisteloven. Der heter det at ”utilbørlig” er valgt fordi det ”i rettspraksis ikke er tillagt avgjørende vekt om beviset er ervervet ved brudd på en lovregel”.⁵⁷

Om et bevis er ”ulovlig” ervervet må etter dette vurderes konkret i hver enkelt sak da det ikke er nødvendig at det er handlet i strid med lov. En ervervelse av et bevis som er uakseptabel, illojal, støtende eller på annen måte er kritikkverdig, vil også kunne bli ansett som en ”ulovlig” ervervelse. Videre i oppgaven er det en slik utvidet forståelse begrepet ”ulovlig” jeg legger til grunn.

3.3 Konsekvensen av at et bevis er ulovlig ervervet

Hvilken betydning har det for adgangen til å føre et bevis at beviset er ulovlig ervervet?

Som nevnt i pkt. 1.1 er utgangspunktet i norsk rett fri bevisførsel. I straffeprosessen kommer dette blant annet til uttrykk i Rt. 2005 s. 1353, hvor Høyesterett uttaler at ”[p]rinsippene om fri bevisførsel og fri bevisvurdering er klare hovedregler i norsk straffeprosess”.⁵⁸ I sivilprosessen er det vanlig å forankre både prinsippet om fri bevisførsel og fri bevisvurdering i tvml. § 183. Her står det at ”naar ikke andet er bestemt ved lov,

⁵⁵ Se beskrivelse av faktum i pkt. 1.2.1.

⁵⁶ Rt. 1997 s. 795 på s. 796.

⁵⁷ NOU 2001:32 Bind B s. 961.

⁵⁸ Rt. 2005 s. 1353 punkt 13.

avgjør retten etter en samvittighetsfull prøvelse av hele forhandlingen og bevisførselen, hvilket saksforhold den skal legge til grunn for dommen”. Etter ordlyden fastslår tvml. § 183 at bevisbedømmelsen skal foretas ut i fra de bevis som kommer frem av hele forhandlingen og bevisførselen. Bestemmelsen oppstiller ingen begrensninger, og kan derfor tolkes slik at så lenge et bevis er fremkommet under rettssaken, så kan det også vektlegges.⁵⁹ En løsning kunne være å tillate alle ulovlig ervervede bevis og heller se den ulovlige beviserhvervelsen som en sak for seg, ved å f.eks reagert mot den ulovlige ervervelsen på annen måte, f.eks ved foretaksstraff etter straffeloven eller ved sivilt søksmål om erstatningsplikt.

En annen løsning kunne vært å avskjære alle slike bevis. En slik regel kunne en begrunne med at en som erverver et bevis på ulovlig måte, ikke kan bli tilgodesett ved å få fremlegge bevis. En slik regel ville være enkel å forholde seg til og kunne begrunnes ut fra hensynet til prevensjon. En slik statisk regel ville imidlertid kunne gi uønskede virkninger, for eksempel hvor det er en meget alvorlig sak hvor beviset har stor vekt og den ulovlig fremgangsmåten må anses som mindre alvorlig.

Straffeprosesslovskomiteén mente at hovedregelen burde være at ulovlig ervervede bevis ble tillatt ført. Komiteen uttalte at ”hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte”.⁶⁰ Straffeprosesslovskomiteén ønsket en hovedregel, men åpnet for unntak. Etter dette har det vært en utvikling gjennom rettspraksis.

Kjennelsen inntatt i Rt. 1991 s. 616 gir uttrykk for det som i dag må anses som gjeldende rett. Hva som skal bli konsekvensen av at et bevis er ervervet på en ulovlig måte må vurderes konkret. Som Høyesterett uttaler må det foretas en ”konkret bedømmelse” hvor både ”de prinsipielle hensyn” og ”forholdene i den konkrete sak” må vektlegges.⁶¹

⁵⁹ Hov, Rettergang III s. 289.

⁶⁰ Straffeprosesslovskomiteén s. 197.

⁶¹ Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

Konsekvensen av at et bevis er ulovlig ervervet må derfor bero på en nærmere vurdering. Det må foretas en interesseavveining av de hensyn som taler for og imot bevisavskjæring. Det er ingen automatikk i at et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres. At et bevis er ulovlig ervervet er et nødvendig vilkår for at retten skal kunne avskjære et bevis, men det er ikke tilstrekkelig vilkår. Jeg skal redegjøre for de aktuelle hensyn og momenter i pkt. 3.4 og 3.5.

Det er imidlertid i teorien lagt til grunn at dersom fremleggelse av det ulovlig ervervede beviset medfører en ”gjentakelse eller en fortsettelse” av rettskrenkelsen, må beviset som en hovedregel avskjæres.⁶² Et eksempel som er nevnt i litteraturen er der det ulovlig ervervede bevis gir opplysninger som den som lovbruddet er begått overfor, har rett til å nekte å forklare seg om.⁶³

3.4 Prinsipielle hensyn

Jeg vil her gjennomgå de prinsipielle hensyn som er relevante i avskjæringsvurderingen.

3.4.1 Hensyn til sakens opplysning og et materielt riktig resultat

Å sikre en riktig avgjørelse er et overordnet mål for domstolen. Den beste forutsetningen for å nå dette målet er å ha et så fullstendig grunnlag som mulig å treffe avgjørelsen på. Hvilke bevis som fremlegges, vil være avgjørende for hvilke forhold domstolen legger til grunn. At et bevis avskjæres kan således medføre at retten ikke får et så godt grunnlag til å treffe sin avgjørelse ut i fra, som det ville ha fått dersom beviset hadde blitt tillatt ført. At hensynet til sakens opplysning er et relevant hensyn å ta i betraktning ved avskjæringsvurderingen kan utledes av Rt. 1991 s. 616. Her redegjorde retten først for de hensyn som talte for å avskjære det ulovlig ervervede beviset, og uttalte så at ”[m]ot disse hensyn står *særlig* hensynet til sakens opplysning”(min utheving).⁶⁴

⁶² Andenæs s. 242, Skoghøy, *Tvistemål* s. 655, Bratholm s. 109, Hov, *Rettergang III* s. 419-420.

⁶³ Skoghøy, *Tvistemål* s. 655.

⁶⁴ Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

Hensynet til sakens opplysning og materiell riktighet vil som regel alltid tale for å tillate beviset ført.⁶⁵ Bevisets verdi og vekt vil ha betydning for hvilken betydning hensynet vil ha i den konkrete sak, nærmere om disse momentene i pkt. 3.5.1 og 3.5.2. Også alvorlighetsgraden av arbeidstakers mislighet vil kunne ha betydning for hvilken betydning hensynet bør tillegges i avskjæringsvurderingen, se pkt. 3.5.3.

3.4.2 Personvern hensyn

Personvern er et sammensatt begrep som det er vanskelig å gi en dekkende definisjon av.

I forarbeidene til personopplysningsloven fremstilles tre forskjellige perspektiver for å vise mangfoldet i begrepet. Det er særlig to av dem som vil være aktuelle for oppgaven. Det første perspektivet er det som beskrives som det ”integritetsfokuserete” personvernet, det er dette som vil ha størst betydning for oppgavens tema. Departementet uttaler om dette perspektivet:

”Når personvernet betraktes med fokus på den personlige integriteten, legger man sentral vekt på *den enkeltes ønske om å ha kontroll over opplysninger om seg selv*, særlig opplysninger som anses som personlige. Også retten til å være i fred fra andre, uavhengig av om fredsforstyrrelsen innebærer at personlige opplysninger blir røpet, kan sies å høre med under en slik synsvinkel. Med dette utgangspunktet trekker man opp en sirkel av privatsfære rundt enkeltpersoner, slik at det kreves en tillatelse eller en legitim grunn for andre til å nærme seg. Bestemmelser om taushetsplikt er delvis begrunnet ut fra et slikt perspektiv.”⁶⁶(Min utheving)

⁶⁵ Se imidlertid pkt. 4.3.4.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998–99) s. 19.

Det andre perspektivet er det ”beslutningsfokuserete” personvern. Det sentrale her er at beslutninger bygger på korrekte, relevante og fullstendige opplysninger om personen. Dette er viktig for at arbeidsgiver kan fatte riktige beslutninger.

Reglene som omhandler beskyttelse av personvernet kan beskrives ”som et sett av regler som særlig tar sikte på beskyttelse av individet”.⁶⁷ Det er her vanlig å avgrense dette igjen til regler som beskytter den psykiske integritet⁶⁸. Det er gitt en rekke lovregler med sikte på å ivareta personvernet⁶⁹, men det eksisterer også et ulovfestet personvern.

Høyesterett fastslo allerede i Rt. 1952 s. 1217 at det innen norsk rett eksisterer et ”alminnelig rettsvern for personligheten”.⁷⁰ Dette vernet kunne utledes av et alminnelig ulovfestet prinsipp. Det ble pekt på at det var ”komplisert” å si noe om ”hvor langt dette rettsvern rekker”.

At personvern hensyn er relevante å ta i betraktning ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres er slått fast i rettspraksis, blant annet i Rt. 1991 s. 616. Her uttaler Høyesterett: ”Å ha bli utsatt for hemmelig video-overvåkning på arbeidsplassen må av arbeidstaker oppleves som sterkt belastende. Etter min mening taler vesentlige *personvern* hensyn for at domstolen nekter bruk av bevis tilveiebragt på denne måte.” (Min utheving.)⁷¹

⁶⁷ Johansen et. al. s. 21

⁶⁸ l.c

⁶⁹ F.eks strl. § 390b som setter forbud mot fjernsynsovervåkning på ”offentlig sted eller arbeidsplass uten at det ved skilting eller på annen måte er gjort oppmerksom på at stedet blir overvåket”.

⁷⁰ Rt. 1952 s.1217 på s. 1219.

⁷¹ Rt. 1991s. 616 på s. 623.

3.4.3 Preventive hensyn

Med preventive hensyn mener jeg den forebyggende effekten avskjæring av bevis kan ha på arbeidsgivere.

Ved at arbeidsgivere ser at domstolen ikke tillater ført bevis som er skaffet tilveie på en ulovlig måte, kan avskjæring minske bruk av ulovlige kontrolltiltak. Poenget med kontrolltiltaket er å avdekke om det har blitt begått misligheter, og om så er skjedd, skaffe bevis som kan brukes i en eventuell rettssak. Dersom arbeidsgiver vet at bevis som er ervervet på nærmere angitte måter ikke tillates ført, vil poenget med å iverksette et slikt tiltak være borte. Dersom domstolene tillater ulovlig ervervede bevis, kan det i motsatt fall føre til at flere arbeidsgivere vil foreta kontrolltiltak som ikke er lovlige.

Den forebyggende effekt avskjæring av bevis kan ha på arbeidsgivere, er et hensyn som taler for bevisavskjæring.

At hensynet til prevensjon er et relevant hensyn å ta i betraktning i avskjæringsvurderingen kan utledes av rettspraksis. Blant annet i kjennelsen inntatt i Rt. 1991 s. 616 kom Høyesterett til at beviset skulle avskjæres, og uttalte at med ”en slik holdning vil domstolene motvirke denne form for krenkelser”.⁷²

Dersom det er mulig å oppnå preventiv effekt på en annen måte enn å avskjære bevis som er ulovlig ervervet, vil dette svekke vekten hensynet til prevensjon kan tillegges.

3.4.4 Gjenopprettelseshensynet

Der et individ får sitt personvern krenket ved et ulovlig kontrolltiltak kan man tenke seg at noe av den ”skade” som er skjedd kan kompenseres i bevisvurderingen. Dette kan sees som en form for vindisering av den krenkedes tapte rett til personvern. Dette hensynet til gjenoppretting er i norsk rett tradisjonelt ikke trukket frem i drøftelser om bevisavskjæring,

⁷² Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

verken i teorien eller i rettspraksis. Man kjenner imidlertid hensynet fra erstatningsretten. I andre land ser man at hensynet også drøftes ved bevisavskjæring.⁷³ Hensynet bør de lege ferenda være relevant ved bevisavskjæringen også i norsk rett, men det må anses for usikkert hvilken vekt det eventuelt bør tillegges i den enkelte sak.

3.4.5 Hensynet til den alminnelige rettsfølelse

Med ”den alminnelige rettsfølelse”, sikter jeg til hva folk flest mener om et rettsspørsmål⁷⁴.

Straffeprosesslovskomiteén la i 1969 til grunn at hensynet til den alminnelige rettsfølelse kan være et argument for avskjæring. Der heter det at ”[d]et kan undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, f. eks. at det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler”.⁷⁵ Uttalelsen refererer seg til straffesaker, og bare til bevis som er ervervet i strid med lov. At de samme betraktninger også kan legges til grunn hvor bevis er ervervet på en utilbørlig måte kan utledes av Rt. 1991 s. 616. Høyesterett la i avskjæringsvurderingen vekt på at det ville kunne ”virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt”.⁷⁶

Hensynet til den alminnelige rettsfølelse vil ikke tale for avskjæring i enhver bevisavskjæringsvurdering. Straffeprosesslovskomiteén uttalte at hensynet ville gjøre seg gjeldende ved ”grove brudd”. Dersom det er tale om mindre grove brudd, kan det tenkes at hensynet motsetningsvis vil tale mot avskjæring, det vil da kunne føles mer støtende om beviset avskjæres. Særlig i tilfeller der sakens karakter er alvorlig, og hvor beviset har stor vekt. Her vil en avskjæring av beviset føre til at arbeidsgiver ikke får belyst bevisstemaet og

⁷³ Synspunktet er drøftet i dansk teori. Se Brøbech s. 41, hvor også andre lands praksis drøftes.

⁷⁴ Fleischer s. 132.

⁷⁵ Straffeprosesslovskomiteén s. 197.

⁷⁶ Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

at arbeidstaker derfor blir ”frifunnet”. Et slikt resultat kan være vanskelig å godta for folk flest.

Det har i teorien vært skepsis til om dette hensynet er et relevant argument ved rettsanvendelsen. Fleischer mener at alminnelige rettsoppfatninger i samfunnet kan bli tillagt vekt, og mener de er ”viktig”.⁷⁷ Eckhoff mener at når det gjelder spesielle og tvilsomme spørsmål ”ville en sannsynligvis finne at mange overhodet ikke har noen oppfatning, og at det blant de som har det, er store variasjoner”.⁷⁸ Også Fleischer mener en bør vise forsiktighet ved å tillegge reelle rettsoppfatninger vekt av denne grunn.⁷⁹

3.4.6 Hensynet til domstolens anseelse

Det er nødvendig at rettssystemet opprettholder sin rettslige legitimitet. Det vil si at rettssystemet må være allment akseptert og respektert, og nyte tillit hos befolkningen.

Hensynet til domstolens anseelse og autoritet har sammenheng med hensynet til den alminnelige rettsfølelse. Dersom befolkningen har tillit til at domstolene avgjør rettsspørsmål på en tillitsfull og rettferdig måte, vil domstolenes autoritet opprettholdes. Dersom befolkningen derimot ikke oppfatter domstolens avgjørelser som rettmessige, vil det kunne svekke den tillit allmennheten har til rettsvesenet. Dette er aktuelt i forhold til bruk av ulovlig ervervede bevis.

Ved å nekte det ulovlig ervervede bevis ført viser domstolen at den tar avstand fra det ulovlige forhold. Det er i teorien hevdet at dersom domstolen lar det ulovlig ervervede bevis bli ført, vil domstolens autoritet i samfunnet bli undergravd.⁸⁰ På den annen side kan det også hevdes at domstolenes autoritet kan bli undergravd dersom domstolen ikke lar ulovlig ervervede bevis bli ført, særlig i de tilfeller hvor arbeidstaker har gjort noe svært alvorlig, og hvor det ikke finnes andre bevis i saken. Avskjæring av bevis vil i disse tilfeller

⁷⁷ Fleischer s. 73.

⁷⁸ Eckhoff s. 282.

⁷⁹ Fleischer s. 133.

⁸⁰ Aall s. 300.

kunne føre til at arbeidstakers pliktbrudd ikke blir belyst i retten, til tross for at det foreligger bevis om dette.

Hensynet til domstolens anseelse kan altså tale både for og i mot bevisavskjæring.

3.5 Momentene i den konkrete sak

Bevisets verdi, bevisets vekt, alvorligheten av arbeidstakers (påståtte) mislighet og arbeidsgivers ulovlige fremgangsmåte er momenter som vil variere fra sak til sak.

Momentene vil ha betydning for vektlegging av de prinsipielle hensyn. Jeg skal nedenfor kort redegjøre for disse momentene og vise på hvilke måte de vil virke inn på vektleggingen av de prinsipielle hensyn.

3.5.1 Bevisets verdi

Bevisets verdi er en betegnelse på i hvilken grad beviset gir uttrykk for den materielle sannhet, eller hvor pålitelig beviset er.

At bevis kan avskjæres på grunn av bevisets verdi ser man av tvml. § 189 og strpl. § 289. Retten kan avskjære bevis som ”aapenbart ikke har nogen beviskraft”, jfr. tvml. § 189 første ledd nr. 3, og etter strpl. § 292 annet ledd bokstav b. Dersom beviset skal avskjæres etter disse bestemmelsene må det være helt klart at de ikke har noen som helst bevisverdi. I avskjæringsvurderingen kan bevisets verdi være med i helhetsvurderingen. At bevisets verdi er et relevant moment å ta i betraktning i avskjæringsvurderingen, kan blant annet utledes av kjennelsen inntatt i Rt. 1997 s. 795.⁸¹ Om bevisverdien uttaler Høyesterett at ”en adgang til slik bevisførsel *neppe* [vil] kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi” (min utheving).⁸² Retten nevnte at moren her kunne ha tilrettelagt situasjonen. En kan tenke seg at moren kunne ha provosert faren slik at han ble sint eller sa noe han ellers ikke

⁸¹ Se om faktum i pkt. 1.2.1.2.

⁸² Rt. 1997 s. 795 på s. 796.

ville ha sagt. Det var en telefonsamtale, og det kan således stilles spørsmål ved hva lydopptaket egentlig beviser. Det er ikke sikkert denne samtalen viste hvordan forholdet mellom barna og faren som regel var.

Bevisets verdi vil ha innvirkning på hvilken vekt hensynet til sakens opplysning kan tillegges i avskjæringsvurderingen. Hvor beviset med sikkerhet gir uttrykk for hva som faktisk har skjedd (beviset har stor verdi) vil dette tale for at hensynet til sakens opplysning må tillegges stor vekt. Dette fordi det på bakgrunn av det aktuelle beviset er stor sannsynlighet for å fatte en materielt riktig avgjøre. Når bevisets verdi er lav, vil det motsetningsvis ha innvirkning på hensynet til sakens opplysning på den måten at hensynet må tillegges lavere vekt enn når beviset tilfører saken opplysninger av stor verdi.

3.5.2 Bevisets vekt

Med bevisets vekt mener jeg hvor avgjørende beviset er for å belyse bevistemaet, sett i forhold til de øvrige bevisene i saken.

Dersom et bevis er avgjørende for å belyse bevistemaet, har beviset stor vekt. Motsatt vil beviset ha liten vekt dersom det er mange andre bevis som belyser bevistemaet, og beviset derfor ikke bidrar med noe egentlig nytt.

I følge Bratholm må det anses som ”mindre betenkelig å avskjære et ulovlig ervervet bevis som antas å ha liten betydning for sakens utfall (...) enn et bevis som er helt avgjørende”.⁸³ Dersom beviset har lav vekt, vil ikke en avskjæring av beviset ha så stor betydning for sakens utfall. Derimot vil avskjæring av et bevis med stor vekt lett føre til at retten kommer til et materielt uriktig resultat.

At bevisets vekt er et moment som kan ha betydning i avskjæringsvurderingen kommer også til uttrykk i rettspraksis. I Rt. 1997 s. 795 mente retten at bevistemaet ”rimeligvis vil

⁸³ Bratholm s. 120-121.

være belyst gjennom den brede bevisførsel som man for øvrig vil finne i saken”.⁸⁴ Bevisets vekt var her et moment som gjorde det mindre betenkelig å avskjære beviset.

I Rt 1991 s. 616 mente arbeidsgiver at det hemmelige videoopptaket viste at arbeidstaker hadde begått misligheter. Her må det antas at videoopptaket hadde stor vekt i saken. Beviset ble allikevel avskåret. Avgjørelsen viser at et bevis kan avskjæres selv om det har stor vekt.

3.5.3 Alvorlighetsgraden av misligheten

I teorien er det lagt til grunn at sakens alvorlighet er et moment som kan ha betydning i avskjæringsvurderingen.⁸⁵ Dette er også lagt til grunn i kjennelsen inntatt i Rt 1992 s. 698, som omhandler spionasjesaken mot Arne Treholt:

”Et moment av vesentlig betydning ved avveiningen av om et ulovlig ervervet bevis kan tillates ført, er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold. Tiltalen mot A gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det er av stor betydning å få oppklart.”⁸⁶

Høyesterett legger altså her til grunn at momentet vil virke inn på hensynet til sakens opplysning slik at dette hensynet må tillegges større vekt jo alvorligere forholdene i saken er.

Uttalelsen fra Høyesterett var i forbindelse med en straffesak, den må imidlertid ha overføringsverdi til tilfeller der det ikke er handlet i strid med en straffebestemmelse, men hvor arbeidstaker har begått misligheter. Jo alvorligere misligheter arbeidstaker er mistenkt for, jo sterkere vil hensynet til sakens opplysning gjøre seg gjeldende.

⁸⁴ Rt. 1997 s. 795 på s. 797.

⁸⁵ Bratholm s. 120.

⁸⁶ Rt. 1992 s. 698 på s. 706.

Når man vurderer hvor alvorlig en mislighet skal anses, vil det for det første være av betydning om handlingen rammes av et straffebud. Videre vil misligheter som gir grunnlag for avskjed måtte anses som alvorlige. Arbeidstaker må da ha ”gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen”, jf. aml. § 15-14 første ledd. Misligheter som gir grunnlag for oppsigelse vil i arbeidsrettslig sammenheng måtte anse som noe mindre alvorlig enn i tilfeller der misligheten kan begrunne avskjed. Dersom arbeidsgiver mistenker arbeidstaker for en mislighet som ikke vil kunne gi grunnlag for verken straff, avskjed eller oppsigelse, vil det være naturlig å anse forholdet som mindre alvorlig.

Dersom en ser på hva som er alvorlig i forhold til andre typer saker som bringes inn for retten, vil imidlertid misligheter som kan gi grunnlag for avskjed kunne anses som bagatellmessige i forhold. Et forhold der arbeidstaker har lastet ned porno i strid med arbeidsreglement, og på denne måten brutt lojalitetsplikten med arbeidsgiver og utsatt virksomheten for en alvorlig sikkerhetsrisiko, er alvorlig i en arbeidsrettslig synsvinkel. Men sett i sammenheng med f.eks en drapssak er det klart at forholdet ikke kan anses som alvorlig. Dette kan tale for at det skal mye til for at forhold som i arbeidsrettslig sammenheng anses som alvorlig, vil ha betydning i forhold til å tillegge hensynet til sakens opplysning avgjørende betydning pga. alvorligheten av misligheten alene.

Bratholm viser også til at det vil være av betydning om ”det er fare for at gjerningsmannen vil begå nye alvorlige forbrytelser”.⁸⁷

Etter mitt syn vil det være betenkelig å gi en større åpning for å tillate ulovlig ervervede bevis hvor arbeidsgiver mistenker arbeidstaker for alvorlige forhold. Dett gir signaler om at det er greit at arbeidsgiver tar saken i egne hender bare misligheten er alvorlig nok. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det lagt til grunn at hvor det er mistanke om straffbare forhold er det i hovedsak politiets oppgave å etterforske saken.⁸⁸

⁸⁷ Bratholm s. 120.

⁸⁸ NOU 2004:5 s. 430.

3.5.4 Den ulovlige fremgangsmåten

Det er i teorien lagt til grunn at det kan være av betydning *hvor graverende* den ulovlige fremgangsmåten har vært når man vurderer om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres.⁸⁹

I følge Bratholm ”bør” det tillegges betydning ”hvor graverende den ulovlige fremgangsmåten er” ved spørsmålet om i hvilke tilfeller et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres i straffesaker. Bratholm nevner blant annet at ”en straffbar fremgangsmåte ansees som mer graverende enn en som ikke rammes av noen straffebestemmelse, for så vidt som straffelovgivningen beskytter særlig vesentlige interesser”.⁹⁰ Han understreker imidlertid at det også er ”viktige interesser som ikke egner seg for strafferettslig vern, eller som enda ikke har oppnådd slikt vern, og det bør derfor ikke legges avgjørende vekt på om fremgangsmåten er kriminalisert”.⁹¹

Fra rettspraksis kan Rt. 1991 s. 616 igjen trekkes frem. Her la Høyesterett vekt på at ”vesentlige personvern hensyn” talte for avskjæring av bevis ”tilveiebragt på denne måten”.⁹² Fremgangsmåten brøt her med særlig beskyttelsesverdige interesser.

Bratholm mener også at det bør få betydning ”om det er skjedd et materielt inngrep, eller om det bare er en krenkelse av lovens formforskrifter”.⁹³

Dersom arbeidsgiver forsettlig har iverksatt kontrolltiltak som er uforenlig med bestemmelsene som begrenser arbeidsgivers kontrolladgang, er det mer kritikkverdig enn hvor arbeidsgiver iverksatte kontrolltiltaket i god tro om at det var lovlig.

⁸⁹ Bratholm s. 118 og 119.

⁹⁰ op. cit. s. 119.

⁹¹ l.c.

⁹² Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

⁹³ Bratholm s. 119.

Det må antas at når det foreligger brudd på bestemmelser som er fastsatt i EMK, vil dette kunne anses som et alvorlig brudd. Det er særlig brudd på EMK art. 8 som vil være av betydning.⁹⁴

Et aspekt som jeg mener bør ha betydning i avskjæringsvurderingen når det gjelder bevis som er ervervet av arbeidsgiver, er det spesielle forhold mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver. Dette er et forhold som bygger på tillit. For at en slik tillit skal kunne opprettholdes, er det viktig at partene vet hva de har å forholde seg til. Arbeidstaker må således kunne vite hva det er arbeidsgiver kan foreta seg. Arbeidsgiver har og bør ha en begrenset adgang til å kontrollere i de tilfeller der det vil foreligge et rettmessig behov. Det er viktig at denne rammen ikke utvides vilkårlig, men er fast og forutberegnelig.

⁹⁴ Se pkt.2.5.

4 Brudd på bestemmelsene om kontrolltiltak – avskjæring eller evt. svekket bevisverdi eller bevisvekt?

4.1 Innledning

Jeg skal i dette kapittelet se på hvilken betydning brudd på de mest sentrale reglene om kontrolltiltak oppstilt i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven har for domstolens vurdering av om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres.⁹⁵

Bevisavskjæringsvurderingen henger nøye sammen med vurderingen av om et bevis anses for ulovlig ervervet. Dette fordi arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak hviler på en forutsetning om at det er balanse mellom behovet arbeidsgiver i noen tilfeller har for å iverksette kontrolltiltak og arbeidstakers krav på vern. Når arbeidsgiver ved iverksettelse av et kontrolltiltak bryter en av disse bestemmelsene kan dette medføre en forrykkelse i denne balansegangen. I hvilken grad og på hvilken måte denne forrykningen har skjedd vil ha betydning for vekten de prinsipielle hensyn kan tillegges i avskjæringsvurderingen.

At det er en sammenheng mellom den ulovlige fremgangsmåten og avskjæringsvurderingen fremkommer av rettspraksis. Høyesterett uttaler i Rt. 2003 s. 1266:

”Bevisavskjæring etter de ulovfestede regler forutsetter at det dreier seg om et bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, og som etter en bred avveining av så vel de prinsipielle som konkrete hensyn heller ikke bør tillates ført. Allerede i Rt-1991-616 ble det poengtert at slike saker reiser to spørsmål, om det dreier seg om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis og i så fall om beviset likevel skal tillates ført. *Det er nær sammenheng mellom spørsmålene.* Begrunnelsen for at et bevis anses fremskaffet på ulovlig eller

⁹⁵ Også her er forutsetningen at beviset er ervervet på bakgrunn av konkret mistanke om misligheter. Jeg ser ikke på alle vilkårene, men har oppstilt de mest sentrale.

utilbørlig måte og grovheten i krenkelsen, har betydning ved den avveining av hensyn som skal finne sted.” (min utheving).⁹⁶

At det foreliggende bevis er ”ulovlig ervervet” er altså en nødvendig men ikke tilstrekkelig betingelse for at beviset skal kunne avskjæres⁹⁷. Det kreves i tillegg en konkret vurdering av de aktuelle hensyn som gjør seg gjeldende. Hvilke hensyn som gjør seg gjeldende og hvilken vekt de bør tillegges kommer an på hvilke regler om kontrolltiltak arbeidsgiver har brutt. En nærmere behandling av disse spørsmål er hovedfokuset for denne drøftelsen.

Dersom retten mener at bruddet på reglene om gjennomføringen av kontrolltiltaket ikke bør føre til avskjæring, vil beviset bli tillatt ført. Man kan da stille spørsmål om den feilaktige fremgangsmåten vil kunne få betydning for vekten og verdien det aktuelle beviset tillegges.⁹⁸ Det kan her pekes på at det vil være forskjell på om det hefter saksbehandlingsfeil eller reelle feil ved kontrolltiltaket⁹⁹. Mens det for reelle feil ved kontrolltiltaket, f.eks valg av feil kontrollmetode normalt vil være grunn til å sette spørsmål ved bevisets verdi, ut fra at beviset da ikke er like egnet til å opplyse

⁹⁶ Rt. 2003 s. 1266 avsnitt 20.

⁹⁷ Som nevnt innledningsvis forutsetter jeg i dette kapittelet at de bevis man har innhentet ved kontrolltiltak er å anse som ”ulovlig ervervet” bevis. En rekke av de reglene om kontrolltiltak som her skal behandles er imidlertid i henhold til forarbeidene kun å anse som ”ordensforskrifter” (dette gjelder i følge ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314 både plikten til å drøfte, informere og evaluere etter aml. § 9-2), hvilket innebærer at brudd på den enkelte regel ikke ”i seg selv vil innebære at tiltaket er ulovlig”, og at det innhentede bevis dermed automatisk er å anse som ”ulovlig ervervet”. Selv om det som nevnt i pkt 3.2 ikke er noe krav om at det må foreligge et lovbrudd for at et bevis skal anses ulovlig ervervet, så vil det i disse tilfellene typisk måtte foreligge andre forhold. Typisk kan man tenke seg at det er brudd på også andre regler om gjennomføring av kontrolltiltak, f.eks at tiltaket ikke anses som ”saklig” (se pkt 4.3). Da en forutsetning for avskjæring er at beviset må anses for ulovlig ervervet, vil det i praksis derfor som oftest i en avskjæringsvurdering være snakk om en samlet vurdering av brudd på flere regler. I forhold til den rettsteoretiske fremstilling jeg skal foreta her er det imidlertid av hensyn til systematikken mest hensiktsmessig å drøfte brudd på hver enkelt regel for seg, men det blir da nødvendigvis noen krysshenvisninger.

⁹⁸ En slik konsekvens kan man også kanskje tenke seg vil kunne være aktuell i tilfeller der det ikke er aktuelt med bevisavskjæring av den grunn at beviset ikke anses som ulovlig ervervet.

⁹⁹ Se note 93

saken, vil brudd på saksbehandlingsreglene i utgangspunktet bare ha betydning dersom det har innvirket på resultatet (det innhentede bevis). Således kan man tenke seg at brudd på saksbehandlingsreglene (f.eks drøftingsplikten) i en del tilfeller ikke får betydning for bevisets verdi. I slike tilfeller kan det imidlertid være aktuelt at retten av prevensjonsgrunner¹⁰⁰ tillegger beviset mindre vekt enn hva man ville ha gjort om korrekt fremgangsmåte hadde vært fulgt.

De lege ferenda taler også gjenopprettelseshensynet¹⁰¹ for at beviset i slike tilfeller tillegges mindre vekt.

Utgangspunktet ved en evt. slik vurdering er fortsatt den frie bevisbedømmelse,¹⁰² men man kan tenke seg at retten ved å velge en slik fremgangsmåte kan avveie og ivareta både personvern hensyn og hensynet til sakens opplysning uten at det ene gjensidig utelukker det andre, slik resultatet jo blir ved avskjæringsvurderingen.

Ved spørsmål om bevisets vekt bør svekkes, kan man spørre om man i slike tilfeller kun skal ta hensyn til hvilke virkninger bruddet har fått i den aktuelle sak, eller om man heller bør legge vekt på hvilke virkninger et slikt brudd generelt vil kunne medføre. Brudd på visse plikter har utvilsomt større potensial for å medføre unødige inngrep i personvernet enn brudd på andre plikter. Et alternativ jeg synes har mye for seg er å ta hensyn til begge faktorer. Man tar altså hensyn både hvilke virkninger bruddet har hatt i den konkrete sak, og på hvor kritikkverdig bruddet mer generelt må anses å være.

Det kan imidlertid argumenteres mot en slik løsning der man velger å ikke avskjære beviset men heller velger å svekke dets vekt eller verdi. Det har i teorien¹⁰³ blitt pekt på at det kan være vanskelig for dommere, og da særlig legdommere, å se bort fra den kunnskap man har fått. Og at det også kan være vanskelig å innse at ”det faktum han finner etablert, kan være

¹⁰⁰ Se pkt 3.4.3

¹⁰¹ Se pkt 3.4.4

¹⁰² Se pkt. 3.3.

¹⁰³ Aall s. 320.

uriktig, nettopp på grunn av den mangel som hefter ved beviset”. Dette er et moment som taler for en ”enten eller” regel. Jeg kan imidlertid ikke se at dette argumentet oppveier fordelene med den mellomløsningen redusert vekt eller verdi gir, og jeg vil derfor også drøfte en slik løsning.

Spørsmålet om beviset bør tillegges lavere vekt eller evt. verdi pga. brudd på bestemmelsene vil jeg derfor kommentere subsidiært til avskjæringsspørsmålet der dette kan anses å være aktuelt.

4.2 Brudd på informasjonsplikten

4.2.1 Innledning

Både etter arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven er det flere forhold arbeidsgiver plikter å informere arbeidstaker om i forbindelse med iverksettelse av kontrolltiltak.¹⁰⁴

Etter arbeidsmiljøloven må arbeidsgiver informere ”de berørte” arbeidstakere om formålet med kontrolltiltaket, praktiske konsekvenser tiltaket vil ha og kontrolltiltakets antatte varighet.¹⁰⁵ Informasjonen må gis ”[f]ør tiltaket iverksettes”.

Personopplysningsloven oppstiller en informasjonsplikt for arbeidsgiver dersom det ”samles inn”¹⁰⁶ opplysninger fra arbeidstaker eller fra andre enn arbeidstaker.¹⁰⁷

Arbeidsgiver må informere om blant annet formålet med behandlingen, navn og adresse på den behandlingsansvarlige, og annet som ”gjør den registrerte i stand til å bruke sine

¹⁰⁴ Aml. § 9-2 og popplyl. § 19 og § 20.

¹⁰⁵ Aml. § 9-1 annet ledd.

¹⁰⁶ Det er ikke klart hva som ligger i begrepet ”samlar inn”, forarbeidene gir imidlertid noe veiledning, se Ot.prp. nr 92 (2998-99) s. 119.

¹⁰⁷ Popplyl. §§ 19 og 20.

rettigheter etter loven her på best mulig måte”, som retten til å kreve innsyn og retten til å kreve retting.¹⁰⁸

Dersom det ”samles inn” personopplysninger fra arbeidstaker, plikter arbeidstaker ”først” å informere arbeidstaker om disse opplysningene. Dersom informasjonen derimot innhentes fra andre enn arbeidstaker kan arbeidstaker gi informasjonene når opplysningene ”er innhentet”. Det er således forskjellige tidspunkt for når informasjonen må gis etter personopplysningsloven. Informasjonsplikten etter aml. § 9-2 medfører imidlertid at en del informasjon uansett må gis før kontrolltiltaket iverksettes.

Problemstillingen er hvilken betydning brudd på informasjonsplikten har i bevisavskjæringsvurderingen.

Jeg vil først i punkt 4.2.2. drøfte de tilfeller der det ikke er gitt noen informasjon, deretter vil jeg i pkt. 4.2.3 drøfte de tilfeller der det er gitt mangelfull informasjon. I pkt. 4.2.3 vil jeg også subsidiært drøfte hvilken betydning brudd på plikten bør ha for hvilken vekt eller evt. verdi beviset bør tillegges.

4.2.2 Ingen informasjon

Spørsmålet her er hvilken betydning det har for avskjæringsspørsmålet at arbeidsgiver overhodet ikke har informert arbeidstaker om kontrolltiltaket.

Formålet med informasjonsplikten etter personopplysningsloven er “å gi den registrerte mulighet til å gjøre bruk av sine rettigheter etter loven som f.eks. innsyn, retting m v.”.¹⁰⁹ Dersom arbeidstaker ikke vet at det behandles personoppopplysninger om han eller henne, vil det selvsagt ikke være mulig for arbeidstaker å gjøre bruk av sine rettigheter etter loven.

¹⁰⁸ Popplyl. § 19 første ledd.

¹⁰⁹ NOU 1997:19 s. 147.

Det kan spørres om et brudd på informasjonsplikten alene kan anses som tilstrekkelig graverende til å avskjære et bevis, da plikten i henhold til forarbeidene til arbeidsmiljøloven kun er å anse som en ”ordensforskrift”¹¹⁰.

Rettspraksis viser imidlertid at brudd på informasjonsplikten vil kunne tillegges stor vekt ved spørsmål om bevisavskjæring.

Retten har flere ganger tatt stilling til føring av bevis ervervet ved kontrolltiltak arbeidstaker ikke har fått informasjon om, blant annet i tre kjennelser som omhandler bevis innhentet ved hemmelig videoovervåkning.

I kjennelse avsagt av Høyesterett inntatt i Rt. 1991 s. 616 ble videoopptakene ansett å være ulovlig ervervet da det etter rettens oppfatning var ”klart at fremgangsmåten medførte et slikt *inngrep i den personlige integritet* at de ut fra *alminnelige personvern hensyn* i utgangspunktet bør ansees uakseptabel”.¹¹¹ I forhold til avskjæringsvurderingen uttaler Høyesterett at det å ”ha blitt utsatt for *hemmelig video-overvåkning* på arbeidsplassen må av en arbeidstaker oppleves som *sterkt belastende*” (min utheving).¹¹² Beviset ble avskåret.

I kjennelse avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg inntatt i Rt. 2001 s. 668 mente retten at ”*klare personvernomsyn* talar etter utvalet sitt syn for at eit slikt opptak i utgangspunktet ikkje er skaffa fram på lovleg måte”.¹¹³ Og i forhold til avskjæringsspørsmålet uttalte retten

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-205) s. 314. Dette medfører at brudd på bestemmelsen i seg selv ikke automatisk medfører at tiltaket er ulovlig, og grensen for å anse beviset for ulovlig ervervet blir da også noe høyere, ved at det kreves noe i tillegg. Dette igjen innvirker på avskjæringsvurderingen, da denne jo som nevnt forutsetter at beviset må være å anse som ulovlig ervervet. Se også note 97.

¹¹¹ Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

¹¹² . 1991 s. 616 på s. 623.

¹¹³ Rt. 2001 s. 668 på s. 671.

at slik "[m]ålføretta, *hemmeleg* videoovervaking på arbeidsplassen vil av ein arbeidstakar måtte opplevast som *sterkt krenkande*" (min utheving).¹¹⁴ Beviset ble avskåret.

I kjennelse inntatt i RG 2000 s. 664 uttaler lagmannsretten: "Som herredsretten tar lagmannsretten utgangspunkt i at videoopptak som gjennomføres *uten at den som overvåkes er kjent med dette*, er en *alvorlig integritetskrenkelse (...)*" (min utheving).¹¹⁵

Kjennelsene har det til felles at retten anså at det å bli utsatt for *hemmelig* videoovervåkning medfører et inngrep i arbeidstakers personvern. Det er nettopp det at overvåkingen er foretatt uten at arbeidstaker er informert som gjør at tiltaket blir ansett å være så krenkende.

At arbeidstakerne ikke var blitt informert om kontrolltiltaket, fikk betydning for vektleggingen av de prinsipielle hensynene i avskjæringsvurderingen. I Rt. 1991 s. 616 mente retten at "vesentlige personvern hensyn" talte for avskjæring.¹¹⁶ Også hensynet til prevensjon talte for avskjæring, retten mente at den ved en slik holdning ville "motvirke denne form for krenkelse". Til sist mente retten at det kunne "oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket" å tillate beviset ført. Mot disse hensyn stod "særlig hensynet til sakens opplysning", men dette ble ikke ansett for tilstrekkelig tungtveiende. Beviset ble derfor avskåret. Også i de to andre kjennelsene ble avskjæring resultatet som følge av at retten tillat personvern hensyn og prevensjonshensyn avgjørende vekt.

Retten har også tatt stilling til andre kontrollmetoder enn videoovervåkning. I kjennelse inntatt i RG 2007 s. 56 var det også spørsmål om bevis ervervet uten at arbeidstaker hadde fått noe informasjon om kontrolltiltak skulle avskjæres. Arbeidsgiver hadde mistanke om at en arbeidstaker som var sykemeldt var arbeidsfør. Han benyttet seg av en kontrollør for å finne ut om mistanken stemte. Kontrolløren var i kontakt med arbeidstaker per telefon og

¹¹⁴ Rt. 2001 s. 668 på s. 671.

¹¹⁵ RG s. 2000 s. 664 på s. 666.

¹¹⁶ Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

var også hjemme hos arbeidstaker. Lagmannsretten mente at tiltaket var ”vidt inngripende”.¹¹⁷ Det ble vektlagt at arbeidsgiver ikke hadde snakket med arbeidstakeren eller foretatt andre ”åpne undersøkelser”. Det var derfor etter lagmannsrettens syn ”på generelt grunnlag” grunn til å motvirke at et slikt tiltak ble tatt i bruk i arbeidslivet. Også denne kjennelsen viser altså at det anses som krenkende å bli utsatt for kontroll uten først å ha blitt informert, og at hensynet til personvern og prevensjon taler sterkt for bevisavskjæring i slike tilfeller. De lege ferenda kan man spørre om ikke også gjenopprettelseshensynet bør vektlegges i slike saker. Dette hensynet taler i så fall også for bevisavskjæring. Man kan også tenke seg at brudd på informasjonsplikten lett vil kunne anses som et brudd på EMK art 8, se pkt 2.4

Enkelte avgjørelser fra lagmannsretten gir imidlertid uttrykk for et noe avvikende syn på vektleggingen av personvernens hensynet og prevensjonshensynet. . I RG 2004 s. 347 hadde arbeidsgiver mistanke om at arbeidstaker benyttet en bærbar pc som var stilt til arbeidstakers disposisjon til private formål. På denne bakgrunn foretok arbeidsgiver stikkprøver, og disse avslørte privat bruk. Det som ble undersøkt var et internettprogram som var registrert i arbeidstakerens navn. Det kan således ikke ha vært noe tvil for arbeidsgiver om at det han kontrollerte var av privat karakter. Arbeidstaker var ikke blitt informert om kontrollen. Spørsmålet for retten var om bevis fra denne kontrollen skulle avskjæres. Om betydningen av at det ikke var gitt informasjon, uttaler lagmannsretten følgende i forhold til rettmessigheten av kontrolltiltaket: ” Når det da ikke foreligger noen avtale om slik kontroll, intet samtykke, ingen interne retningslinjer eller instruksjoner som var kjent for arbeidstakeren, ser lagmannsretten det slik at interesseavveiningen må slå ut til fordel for personvernet for den ansatte.”¹¹⁸ Lagmannsretten konkluderte deretter med at beviset var ulovlig ervervet.

¹¹⁷ RG 2007 s. 56 på s. 59.

¹¹⁸ RG 2004 s. 347 på s. 350.

Spørsmålet var så om beviset skulle avskjæres. Lagmannsretten slo kort fast at krenkelse av personvernet gjennom brudd på bestemmelsene i personopplysningsloven var ”alvorlig”.¹¹⁹ Lagmannsretten utdyper ikke dette noe nærmere. Retten la derimot avgjørende vekt på hensynet til en materiell riktig avgjørelse, og kom derfor til det resultat at beviset skulle tillates ført.

Avgjørelsen er etter mitt syn ikke i overensstemmelse med de vurderinger som er lagt til grunn i Rt. 1991 s. 616. Høyesterett la her til grunn at hvor det foreligger en krenkelse av arbeidstakers integritet, må dette tillegges stor vekt i avskjæringsvurderingen. I Rt. 1991 s. 616 medført den ”hemmelige” videoovervåkningen en ”alvorlig integritetskrenkelse”. Det kan være nærliggende å stille spørsmål ved om det ikke må anses som like integritetskrenkende å bli utsatt for hemmelig kontroll av private filer på en datamaskin.

Noen prinsipielle uttalelser om betydningen av at arbeidsgiver kontrollerer arbeidstakers privatområde på en datamaskin uten forutgående informasjon finner man i RG 1993 s. 77. Kjennelsen gjaldt ikke bevisavskjæring, men den illustrerer allikevel mitt poeng. Retten uttaler: ”Etter rettens oppfatning må det forhold at ledelsen *uten de ansattes viten* går inn på de ansattes ”private” område på dataanlegget, anses som *et inngrep i den personlige integritet*. Retten ser det slik at det er en *viktig side ved det ulovfestede personvern at den enkelte er klar over hva andre vet om en selv*. Dette innebærer også at en ansatt skal kjenne til hvilke opplysninger og dokumenter arbeidsgiver har tilgang til. Retten finner således at det å gå inn på ansattes private filer på dataanlegget, uten at den ansatte på forhånd *blir gjort oppmerksom på* det i form av instruks, ved alminnelig kjent praksis eller ved innhenting av samtykke, må regnes som en krenkelse av de krav på beskyttelse av privat informasjon som arbeidstaker må ha overfor arbeidsgiver.”(Min utheving.)¹²⁰ Det kommer også her frem at det medfører et inngrep i den personlige integritet å kontrollere datamaskinen arbeidstaker benytter uten å ha informert om det. Også EMD gir uttrykk for at det er alvorlig at arbeidsgiver kontrollerer arbeidstakers internettbruk uten å gi informasjon.¹²¹ Dette taler etter mitt syn for at krenkelsen kontrollen medførte i RG 2004 s. 347 bør anses som alvorlig. På denne bakgrunn mener jeg at den vektlegging av hensynet til sakens opplysning retten valgte i RG 2004 s. 347 er diskutabel.

Det må imidlertid nevnes at dersom arbeidstaker ikke kan ha en forventning om at datamaskinen er ”privat område” så vil vurderingen kanskje slå annerledes ut. I Rt 2001 s 1589 hadde arbeidsgiver tatt seg fysisk inn på arbeidstakers kontor og sjekket en datamaskin. Spørsmålet for retten var her ikke bevisavskjæring, men

¹¹⁹ RG 2004 s. 347 på s. 351.

¹²⁰ RG 1993 s. 77 på s. 85.

¹²¹ Se pkt. 2.4.

om denne fremgangsmåten kunne få betydning for om en senere oppsigelse var å anse som saklig. Retten kom til at fremgangsmåten her måtte "sees i lys av (...) at det var vanlig og akseptert at de ansatte gikk inn på hverandres kontorer og til dels brukte hverandres PC'er", og at fremgangsmåten derfor ikke var kritikkverdig. Synspunktet er etter min oppfatning ikke uproblematisk. Det bør være grunn til å skille mellom kollegers sporadiske lån av en datamaskin, og det at arbeidsgiver aktivt går inn og kontrollerer hva en datamaskin har vært benyttet til.

I kjennelse inntatt i RG 2002 s. 162 var det spørsmål om avskjæring av bevis arbeidsgiver hadde ervervet ved hemmelig videoovervåkning. Her ble imidlertid beviset tillatt ført. Det var i denne saken spørsmål om å legge frem videoopptak fra to butikker. Arbeidsgiver hadde iverksatt tiltaket på bakgrunn av mistanke om straffbare forhold. Det var heller ikke i denne saken gitt noe informasjon om videoovervåkingen til arbeidstakerne. Arbeidstakerne visste imidlertid at det foregikk en relativt omfattende videoovervåkning i den ene butikken, og saksforholdet skiller seg således fra Rt. 1991 s. 616. Arbeidsgiver mente at den videoovervåkingen som var kjent for de ansatte var manipulert, og at den hemmelige videoovervåkingen til dels tok sikte på å avdekke denne manipuleringen. Retten mente at "inngrepet i personvernet i form av supplerende hemmelig opptak i utgangspunktet blir noe mindre alvorlig enn det ellers ville ha vært".¹²² Retten mente imidlertid at dette bare var et "tilleggsmoment". I den andre butikken var det ikke noe overvåkning som var kjent for arbeidstakerne. Opptak fra begge butikkene ble tillatt ført. Det avgjørende for retten var at det var mistanke om "straffbare forhold" og at arbeidstaker hadde forsøkt andre tiltak uten å få tilstrekkelig bevis. Retten uttalte at: "Jo alvorligere forhold det er mistanke om, jo sterkere mistanken i utgangspunktet er og *jo vanskeligere det er å sikre tilstrekkelige bevis på annen måte*, jo lettere vil det reelt sett være å akseptere visse inngrep i personvernet (...)"(min utheving).¹²³ Lagmannsretten konkluderer med at "videoopptaket i dette tilfellet representerer et inngrep i personvernet som må tåles i et rettssamfunn, og som derfor heller ikke bør kunne avskjæres som bevis i den foreliggende sak".¹²⁴ Lagmannsretten la således avgjørende vekt på alvorlighetsgraden av misligheten arbeidstaker var mistenkt for. Jeg kan ikke se at saksforholdet i denne saken er vesentlig forskjellig fra saksforholdet i Rt. 1991 s. 616. I Rt. 1991 s. 616 ble det ikke tatt hensyn til at beviset var avgjørende eller hvor alvorlig forhold mistanken gjaldt. Det utslagsgivende var at kontrolltiltaket hadde medført et alvorlig inngrep i arbeidstakers integritet. Det er således etter mitt syn grunn til å stille seg skeptisk til lagmannsrettens avgjørelse.

¹²² RG 2002 s. 162 på s. 166.

¹²³ s. 165.

¹²⁴ s. 166.

Også i kjennelse avsagt av Frostating lagmannsrett 16. februar 2007¹²⁵ var det spørsmål om avskjæring av et bevis som arbeidsgiver hadde ervervet ved et kontrolltiltak som ble foretatt uten at arbeidstaker var informert.

Arbeidsgiver hadde mottatt et tips om at arbeidstaker A, som arbeidet som distribusjonssjåfør, var observert bærende på varekasser med arbeidstakers logo fra distribusjonsbilen og inn i sin bolig. På bakgrunn av dette tipset iverksatte arbeidsgiver et kontrolltiltak for å avdekke om mistanken stemte. For å kontrollere A benyttet arbeidsgiver seg av en sikkerhetskontrollør og en vektor (heretter kontrollørene). En dag A var innvilget velferdspermisjon, ble A bedt om å ta et oppdrag med kjøring av varer. På denne turen fulgte kontrollørene etter A. Etter å ha levert varene kjørte A til sin bolig. Her bar han varekasser til og fra sin bolig. Kontrollørene observerte A og tok bilder av ham fra bilen. Tingretten kom til at tiltaket var ulovlig og at beviset måtte avskjæres. Lagmannsrettens flertall (fire mot en) mente at beviset var lovlig ervervet, og at beviset derfor måtte tillates ført. Dette til tross for at lagmannsretten var enig med tingretten i at kontrolltiltaket var et ”sterkt inngrep i den personlige integritet”.¹²⁶ Lagmannsretten mente at misligheten arbeidstaker var mistenkt for var alvorlig, og dersom den var korrekt ”kunne gi grunnlag for umiddelbar avskjed og eventuell strafforfølgning mot ham”.¹²⁷ Lagmannsretten kom til at tiltaket var forholdsmessig, og at det derfor var lovlig. Ettersom domstolen anså beviset for lovlig ervervet, ble det ikke noen avskjæringsvurdering.

Lagmannsretten mente at kontrolltiltaket arbeidsgiver hadde benyttet ikke medførte en ”tilsvarende krenkelse” som hemmelig videoovervåkning. Retten prøver på denne måten å vise at saken er annerledes enn forholdet i de tidligere videobeviskjennelsene, og således kan bedømmes annerledes. Lagmannsretten begrunner ikke sin påstand. Den sier videre at kontrolltiltaket ”var et målrettet tiltak foretatt for å bekrefte eller avkrefte en konkret mistanke, basert på tips”.¹²⁸ Også Rt. 1991 s. 616 var kontrolltiltaket iverksatt på bakgrunn av en konkret mistanke om misligheter, det avgjørende her var imidlertid den alvorlige krenkelsen tiltaket hadde medført.

Mindretallet, lagdommer Grøndalen, ment at beviset var ulovlig ervervet. Grøndalen mente at fremgangsmåten som her var benyttet var ”et vel så stort integritetsinngrep” som videoovervåkning. Og videre at tiltaket mot A ”er et inngrep som vil oppleves sterkt belastende og krenkende for arbeidstaker og

¹²⁵ LF-2006-145694.

¹²⁶ lagmannsrettens bemerkning avsnitt 14.

¹²⁷ flertallets bemerkning avsnitt 3.

¹²⁸ flertallets bemerkning avsnitt 8.

som ikke skal tåles”.¹²⁹ Mindretallet kom til at beviset burde avskjæres da ”[v]esentlige personvern hensyn må gå foran hensynet til sakens opplysning”.¹³⁰

Flertallet klarer etter mitt syn ikke å vise hva det er som gjør at kontrolltiltaket i denne saken er mindre krenkende enn tiltaket i Rt. 1991 s. 616. Etter mitt syn fremstår tiltaket som et like inngripende tiltak som videoovervåkning, slik at det også er grunn til å slutte seg til mindretallets syn.

Konklusjonen er at det vil kunne ha stor betydning for avskjæringsspørsmålet at arbeidsgiver overhodet ikke har informert arbeidstaker om kontrolltiltaket.¹³¹

4.2.3 Mangelfull informasjon

4.2.3.1 Innledning

Jeg vil her drøfte hvilken betydning det vil ha for avskjæringsvurderingen at det ikke er gitt tilstrekkelig informasjon, subsidiært hvilken betydning brudd på plikten bør ha for hvilken vekt eller verdi beviset bør tillegges.

Arbeidsgiver plikter å informere om en rekke momenter. Jeg vil ta for meg noen av momentene og se hvilken betydning det har at arbeidsgiver ikke har informert om hvert enkelt. Arbeidsgiver har i disse tilfellene gitt informasjon om selve kontrolltiltaket, men har ikke informert om alt han eller hun plikter å informere om i tilknytning til dette.

Da det her er meget sparsomt med autoritative rettskilder, vil drøftelsen for en stor del bygge på de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

4.2.3.2 Formålet med kontrolltiltaket

Arbeidsgiver plikter å informere om ”formålet” med kontrolltiltaket.¹³²

¹²⁹ mindretallets bemerkning avsnitt 2.

¹³⁰ mindretallets bemerkning avsnitt 16.

¹³¹ Se også punkt. 2.4.

¹³² Aml. § 9-2 annet ledd bokstav a, popplyl. § 19 første ledd bokstav b.

Spørsmålet blir hvilken betydning det vil ha for avskjæringsvurderingen at arbeidsgiver ikke har informert om formålet med kontrolltiltaket.

Forarbeidene gir ikke noe veiledning om dette spørsmålet, og spørsmålet er heller ikke drøftet i rettspraksis. Reelle hensyn taler imidlertid for at manglende informasjon om formålet med kontrollen bør tillegges en viss vekt ved spørsmål om avskjæring av bevis.

Man kan tenke seg at dersom arbeidsgiver iverksetter et kontrolltiltak uten å informere arbeidstaker om formålet med tiltaket vil dette kunne medføre usikkerhet hos arbeidstaker, slik at tiltaket føles mer belastende. Det vil også kunne tenkes at det føles mer krenkende å finne ut i ettertid at formålet med kontrolltiltaket var å oppklare en mistanke om misligheter, enn å bli informert om dette i forkant. Både personvern hensyn og prevensjonshensyn taler i så måte for å avskjære bevis dersom arbeidstaker ikke på forhånd er blitt informert om formålet med tiltaket.

Om brudd på plikten skal anses som så inngripende at hensynet til sakens opplysning må vike kan imidlertid diskuteres. Det kan her pekes på at arbeidstaker tross alt vet at det er iverksatt kontrolltiltak slik at han eller hun kan innrette seg etter dette. Personvern hensyn bør derfor tillegges lavere vekt her enn i tilfeller der det ikke er gitt noe informasjon om kontrolltiltaket.

I tillegg til hensynet til sakens opplysning vil også hensynet til den alminnelige rettsfølelse kunne tale mot avskjæring. Hensynet til den alminnelige rettsfølelse vil særlig tale mot avskjæring i tilfeller alvorligheten av misligheten anses som alvorlig og der det aktuelle beviset er av stor betydning for sakens utfall. Se nærmere pkt. 3.4.5.

Konklusjonen er at det i de fleste situasjoner vil ha liten betydning for avskjæringsvurderingen at arbeidsgiver ikke har informert om formålet med kontrolltiltaket.

Dersom retten tillater beviset ført, kan det spørres om retten bør ta hensyn til brudd på plikten til å informere arbeidstaker om formålet med kontrolltiltaket ved vurderingen av hvilken vekt og verdi beviset bør tillegges.

Manglende informasjon om formålet med kontrolltiltaket vil ikke føre til at beviset blir mindre troverdig, så bevisets verdi kan således ikke svekkes av denne grunn. Mer aktuelt er det her å se på om retten bør svekke bevisets vekt av prevensjonshensyn eller eventuelt også av hensyn til gjenopprettelse. Retten kan her svekke vekten ut i fra hva som må anses som rimelig i forhold til hvilken krenkelse brudd på plikten i det enkelte tilfelle har ført til. Uavhengig av dette kan det uansett være grunn til å svekke bevisets vekt noe på bakgrunn av at brudd på plikten generelt vil kunne medføre uheldige konsekvenser for arbeidstaker.

4.2.3.3 Konsekvenser av kontrolltiltaket

Arbeidstaker plikter å informere om ”praktiske konsekvenser av kontrolltiltaket, herunder hvordan kontrolltiltaket vil bli gjennomført”.¹³³ I forarbeidene heter det at ”arbeidstakerne skal gis utfyllende informasjon om hvordan kontrollen vil bli innrettet, f.eks om hvor kontrollutstyret vil bli plassert, hvordan utstyret virker, om undersøkelsesmetoder, kvalitetssikring av resultater, bruk av eksterne kontrollører og så videre”.¹³⁴

Spørsmålet blir hvilken betydning det har for avskjæringsvurderingen at arbeidstaker ikke har fått informasjon om konsekvensene av det iverksatte kontrolltiltaket.

Også her er rettskildebildet sparsomt. Det kan imidlertid igjen pekes på hensynet til arbeidstaker. Opplysninger om ”konsekvenser av kontrolltiltaket” kan gjøre arbeidstaker i bedre stand til å forstå omfanget av kontrollen, og hva det konkret innebærer. Arbeidstaker kan da justere sine forventninger om sin private sfære etter dette. Det å ikke vite hvordan

¹³³ Aml. § 9-2 annet ledd bokstav b.

¹³⁴ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 147.

arbeidstaker vil utføre kontrollen vil lett medføre spekulasjoner om hvordan arbeidsgiver vil gå frem. Dette vil være en tilleggsbelastning ved det å bli kontrollert.

Dersom arbeidsgiver f.eks har informert arbeidstakerne om at det vil bli foretatt kontroll av datasystemet, så sier ikke dette noe om hva konsekvensene av kontrolltiltaket er.

Arbeidstakerne kan forstå dette som at det er en kontroll av "fellessystemet". Dersom arbeidsgiver da kontrollerer arbeidstakers "private" område på datasystemet, vil dette fort kunne medføre en krenkelse av arbeidstakers integritet. Hadde arbeidstaker derimot blitt informert om at kontrolltiltaket ville medføre kontroll av hele datasystemet, både "fellessystemet" og arbeidstakernes "privatområder", ville arbeidstaker vært klar over omfanget av kontrollen og kunne således innrette seg etter dette.

Et annet tenkt eksempel kan være at det iverksettes kontrolltiltak for å avdekke mistanke om underslag. I et slik tilfelle kan det f.eks enten benyttes kontroll av kassaoppgjøret eller eksterne kontrollører som utgir seg for å være en kunde. Her kan det tenkes å være av stor betydning for arbeidstaker å få nærmere informasjon om hvordan tiltaket vil bli utført.

Dersom dette ikke er gjort og arbeidstaker blir kontrollert av en kontrollør som utgir seg for å være en kunde, vil dette utvilsomt anses å være mer krenkende enn om arbeidstaker på forhånd hadde vært informert om det.

Ettersom brudd på informasjonsplikten her lett kan medføre krenkelse av arbeidstakers integritet, taler personvern hensyn og prevensjonshensyn for avskjæring. Hvilken vekt hensynene bør tillegges må imidlertid vurderes konkret fra sak til sak da den manglende informasjonen kan ha forskjellig betydning. Det er ingen grunn til å vektlegge den manglende informasjon dersom "konsekvensene av kontrolltiltaket" også uten denne informasjonen ville vært på det rene.

Hensynet til den alminnelige rettsfølelse vil kunne tale for avskjæring hvor den manglende informasjonen medfører en alvorlig krenkelse. Medfører bruddet ingen krenkelse vil det

tale mot avskjæring. I noen tilfeller vil de prinsipielle hensyn samlet tale for at beviset bør avskjæres, mens i andre tilfeller ikke vil være noen grunn til avskjæring.

Konklusjonen er at det vil kunne ha både stor og liten betydning for avskjæringsvurderingen at arbeidstaker ikke har fått informasjon om konsekvensene av det iverksatte kontrolltiltaket.

Dersom retten tillater beviset ført, vil spørsmålet også her bli om bruddet bør ha betydning for hvilken verdi beviset tillegges. Beviset vil ikke bli mer usikkert av at arbeidstaker ikke er informert om ”konsekvensene av kontrolltiltaket”, og det er således ikke noe grunn til å tillegge beviset lavere verdi pga. brudd her.

Spørsmålet blir da om beviset bør tillegges mindre vekt av prevensjonshensyn. Brudd på plikten her vil kunne medføre inngrep i arbeidstakers personvern i noen tilfeller, mens det i andre tilfeller ikke vil ha noen betydning. Av prevensjonshensyn bør vekten svekkes noe uansett. I tillegg bør det ha betydning hvilke innvirkning den manglende informasjonen om ”konsekvensene av kontrolltiltaket” har hatt for arbeidstaker i det enkelte tilfellet. Jo større krenkelser den manglende informasjonen her har ført til, jo mindre vekt bør en legge på det aktuelle beviset.

4.2.3.4 Varigheten av kontrolltiltaket

Arbeidsgiver plikter å informere om ”kontrolltiltakets antatte varighet”.¹³⁵

Også her er det sparsomt med rettskilder som belyser hvilken betydning det har for avskjæringsvurderingen dersom korrekt fremgangsmåte ikke følges.

Hensynet til arbeidstaker kan også her trekkes inn. Manglende informasjon om varigheten av kontrolltiltaket vil også kunne føre til spekulasjoner og usikkerhet og således medføre at

¹³⁵ Aml. § 9-2 annet ledd bokstav c.

tiltaket oppleves som mer belastende. Dette vil dermed kunne anses som en krenkelse av arbeidstakers integritet, slik at hensynet til personvern og prevensjon taler for bevisavskjæring. Når det gjelder hvilken vekt disse hensyn skal tillegges i forhold til hensynet til sakens opplysning, vil de samme betraktninger som jeg har fremmet i pkt. 4.2.3.2 om mangelfull informasjon om formålet gjøre seg gjeldende, og jeg viser til drøftelsen der.

Også for spørsmålet om beviset bør tillegges mindre vekt og verdi vil de samme betraktninger gjøre seg gjeldende som i pkt. 4.2.3.2.

4.2.3.5 Behandlingsansvarlige

Hvor det blir samlet inn personopplysninger fra arbeidstaker eller andre, er det et krav om at det blir opplyst om hvem som er ”behandlingsansvarlig” (arbeidsgiver).¹³⁶

Spørsmålet blir hvilken betydning det har for avskjæringsvurderingen at det ikke er informert om hvem som er ”behandlingsansvarlig”.

Det er bare i personopplysningsloven det er oppstilt en slik plikt. Det har nok den enkle forklaring at arbeidstaker vet hvem den ”behandlingsansvarlige” er, og derfor har disse opplysningene allerede. Personopplysningsloven er på den annen side generell, den gjelder på alle rettsområder der det behandles personopplysninger. Det er derfor behov for en slik bestemmelse.

Det at det ikke er opplyst om at arbeidsgiver er ”behandlingsansvarlig”, er en formfeil. Ettersom det her som oftest er klart for arbeidstaker at det er arbeidsgiver som er kontrollansvarlig, vil det som regel ikke vil være noen grunn til å tillegge unnlåtelsen noen betydning i avskjæringsvurderingen. Det må derfor kunne konkluderes med at brudd på plikten om å informere om behandlingsansvarlige som regel ikke vil ha betydning i

¹³⁶ Popplyl. §§ 19 og 20.

avskjæringsvurderingen. De samme argumenter gjør seg gjeldende ved spørsmålet om å tillegge beviset lavere vekt pga. brudd på denne plikten.

4.3 Brudd på saklighetskravet

4.3.1 Innledning

For at arbeidsgiver skal kunne iverksette et kontrolltiltak i virksomheten, må tiltaket være ”saklig” begrunnet i virksomheten.¹³⁷

Problemstillingen er hvilken betydning brudd på saklighetskravet har i bevisavskjæringsvurderingen.

Det vises i forarbeidene til arbeidsmiljøloven til at det kan være relevant å ta i betraktning den praksis som foreligger rundt tolkningen av det saklighetskrav som gjelder for oppsigelse etter aml. § 60¹³⁸ (som nå er opphevet og erstattet med en tilsvarende regel i aml. § 15-7). I teorien uttrykkes det imidlertid at man bør være forsiktig med å automatisk legge den samme standard til grunn ved spørsmål om bevisavskjæring som ved spørsmål om oppsigelse fordi ”interessene fra de to sidene og konsekvensene av en avgjørelse mot arbeidstaker er ulike i de to typetilfellene”¹³⁹. Jeg velger derfor å ikke gå noe nærmere inn i den praksis som her foreligger.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven viser uttrykkelig til visse momenter som er relevante å se hen til i saklighetsvurderingen.¹⁴⁰ Jeg vil i det følgende foreta en gjennomgang av disse momentene og se på hvilken konsekvens det har for bevisavskjæringsvurderingen dersom de ikke er oppfylt, subsidiært hvilken betydning brudd på plikten bør ha for hvilken vekt eller verdi beviset bør tillegges.

¹³⁷ Aml. § 9-1 første ledd, popplyl. § 11 første ledd bokstav b. Dersom arbeidsmiljøloven saklighetskrav er oppfylt, antas det i forarbeidene at kravet i popplyl. § 8 bokstav f om at behandlingen av personopplysninger må ”ivareta en berettiget opplysning” normalt vil være oppfylt, jf. ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

¹³⁸ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314.

¹³⁹ Fougner s. 379.

¹⁴⁰ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144 og 145.

4.3.2 Saklig formål

For at et kontrolltiltak skal anses som saklig, må det foreligge et saklig formål som er forankret i virksomheten.¹⁴¹ Oppgaven er avgrenset til kontrolltiltak som er iverksatt på bakgrunn av en konkret mistanke om misligheter forankret i virksomheten. Jeg forutsetter her at et slikt formål er ”saklig”.

Kontrolltiltaket må også være saklig i forhold til den enkelte arbeidstaker.¹⁴² Kontrolltiltak som iverksettes på bakgrunn av en konkret mistanke om misligheter, vil således bare gi saklig grunn til å iverksette tiltak mot den mistenkte.

Brudd på disse momentene i saklighetskravet vil derfor ikke bli drøftet i oppgaven.

4.3.3 Minst mulig belastende fremgangsmåte

Et moment i saklighetsvurderingen, er om formålet kan ivaretas med andre, mindre belastende tiltak.¹⁴³

Spørsmålet er hvilken betydning det har for avskjæringsvurderingen dersom formålet kunne vært oppnådd på annen og mindre belastende måte enn det kontrolltiltaket som ble benyttet.

Det er i forarbeidene uttalt at momentet er sentralt ved de ”mer byrdefulle” kontrolltiltak.¹⁴⁴

Hvor det er *mindre byrdefulle* kontrolltiltak som iverksettes, vil det ikke ha like stor betydning at arbeidsgiver kunne ha oppnådd formålet på en mindre belastende måte da det aktuelle tiltak uansett ikke vil medføre noe nevneverdig inngrep. Personvern hensyn og

¹⁴¹ op. cit. s. 144.

¹⁴² op.cit.s. 145.

¹⁴³ l.c.

¹⁴⁴ l.c.

prevensjonshensyn vil derfor i disse tilfeller ikke veie så tungt. Både hensynet til sakens opplysning og hensynet til den alminnelige rettsfølelse vil her tale for fremleggelse.

I tilfeller der det er benyttet ”mer byrdefulle” kontrolltiltak, vil derimot personvern hensyn og hensynet til prevensjon med styrke tale for å avskjære det aktuelle beviset.

Begrunnelsen for dette er selvsagt at arbeidstaker i en slik situasjon ville ha oppnådd sitt formål selv uten å utsette arbeidstaker for en så stor belastning som det benyttede tiltak medfører. Det er her klart en sammenheng mellom brudd på kravet om å iverksette det minst belastende tiltaket og krenkelsen arbeidstaker utsettes for.

Spørsmålet har vært berørt i rettspraksis. I RG 2007 s. 56 mente retten at arbeidsgiver ikke hadde forsøkt å oppnå formålet med kontrolltiltaket på den minst belastende måte.¹⁴⁵

Formålet med kontrolltiltaket var å avdekke om en arbeidstaker i realiteten var arbeidsufør i perioden han var sykemeldt.¹⁴⁶

Kontrolltiltaket hadde blitt iverksatt ”uten at man i det hele tatt hadde forsøkt å snakke med A om hans aktiviteter eller foretatt andre åpne undersøkelser omkring forholdet”.¹⁴⁷

Lagmannsretten mener at det ”på generelt grunnlag [er] grunn til å motvirke at så vidt inngripende tiltak tas i bruk i arbeidslivet, iallfall når dette ikke kan anses tvingende nødvendig. Lagmannsretten mener derfor at kontrollrapportene medfører et så vesentlig inngrep i personvernet at det ikke kan aksepteres, og rapportene bør avskjæres som bevis.” (Min utheving.)

¹⁴⁵ RG s. 2007 s. 56. Se faktum pkt.4.2.2.

¹⁴⁶ Spørsmålet blir her drøftet i tilknytning til forholdsmessighetsvurderingen. Saklighets og forholdsmessighetsvurderingen er nært knyttet til hverandre. Det kan være naturlig å se forholdsmessighetskravet som en del av saklighetskravet da det vanskelig kan sies at et kontrolltiltak er saklig, dersom det er uforholdsmessig. Det viktige er ikke hvor de forskjellige momentene blir plassert, men at de blir tatt med i vurderingen.

¹⁴⁷ RG s. 2007 s. 56 på s. 59.

Jeg tolker lagmannsrettens uttalelse dit hen at prevensjonshensyn må kunne tillegges stor vekt i avskjæringsvurderingen når arbeidsgiver har benyttet et inngripende tiltak uten at dette var nødvendig, nettopp fordi det var mulig å benytte seg av tiltak som var mindre belastende.

En kan tolke lagmannsrettens uttalelse slik at beviset ikke hadde blitt avskåret dersom et mindre inngripende tiltak først hadde vært forsøkt, slik at det aktuelle kontrolltiltak ville vært "tvingende nødvendig", jf. uttrykket "iallfall". Tiltaket ville imidlertid ha ført til det samme inngrepet for arbeidstaker, slik at personvernens hensyn ville tale for avskjæring. Arbeidsgivers fremgangsmåte ville imidlertid kunne anses som noe mindre kritikkverdige, slik at hensynet til prevensjon ikke i like stor grad ville talt for avskjæring.

I hvilken grad personvernens hensyn vil gjøre seg gjeldende bør vurderes ut i fra hvilke inngrep i arbeidstakers integritet det aktuelle kontrolltiltaket har medført. Det bør her også sees hen til det tiltaket som kunne vært benyttet. Dersom det benyttede kontrolltiltak medførte en alvorlig krenkelse av arbeidstakers personvern, mens formålet med tiltaket kunne vært oppnådd uten at arbeidstakers personvern ville blitt krenket, vil det måtte anses som meget kritikkverdig. Dette bør få betydning for vektleggingen av prevensjonshensynet. Man kan også tenke seg at gjenopprettelseshensynet her kanskje vil kunne tale for å avskjære beviset. Også hensynet til den alminnelige rettsfølelse vil her kunne tale for avskjæring. Er det en viktig sak og beviset har stor vekt, vil hensynet til den alminnelige rettsfølelse allikevel kunne tale mot avskjæring.¹⁴⁸

Konklusjonen er at betydningen av at formålet kunne vært oppnådd på annen og mindre belastende måte enn det kontrolltiltaket som ble benyttet, vil ha varierende betydning for avskjæringsvurderingen alt etter hvor belastende det benyttede tiltaket var og hvor mye mindre inngripende tiltaket som kunne vært benyttet ville ha vært.

¹⁴⁸ Se nærmere pkt. 3.4.5.

Dersom beviset tillates ført, kan det spørres om bruddet kan ha betydning for hvilken verdi beviset bør tillegges. Det at det er benyttet et mer byrdefullt kontrolltiltak enn nødvendig, vil ikke i seg selv medføre at beviset er mindre egnet til å belyse bevisetemaet. Bevisets verdi vil således ikke være svekket. Spørsmålet blir da om det kan tenkes at retten av preventive grunner eller kanskje av gjenopprettelseshensyn bør tillegge beviset lavere vekt. Personvern hensyn taler for at beviset her generelt bør tillegges mindre vekt da arbeidstakers personvern i disse tilfellene vil ha blitt utsatt for et unødvendig stort inngrep. Det bør også ha betydning hvor inngripende det aktuelle tiltaket var i forhold til tiltaket som kunne vært benyttet. Hvor mye bevisets vekt bør svekkes, må også her vurderes konkret i hvert tilfelle.

4.3.4 Egnethet

Et annet moment i saklighetsvurderingen er at kontrolltiltaket som iverksettes må være "egnet".¹⁴⁹ Dette innebærer at selve tiltaket må kunne avdekke om arbeidstaker begår eller har begått de misligheter arbeidsgiver mistenker arbeidstaker for.

Spørsmålet er hvilken betydning det vil ha for avskjæringsvurderingen at tiltaket som ble benyttet ikke var "egnet".

Det er opplagt at dersom arbeidstaker er mistenkt for å stjele varer fra butikken, så vil det ikke være "egnet" å kontrollere arbeidstakers e-mail. Et "egnet" tiltak kunne her vært å foreta veskekontroll. Begrunnelsen for iverksettelsen av tiltaket og tiltaket stemmer da ikke overens med hverandre. Et kontrolltiltak som ikke er egnet vil lett kunne oppfattes som et overgrep av arbeidstaker. Det vil således lett føles mer belastende å bli utsatt for et slikt "uegnet" kontrolltiltak. Arbeidsgivers behov taler heller ikke for at arbeidsgiver skal kunne benytte seg av kontrolltiltak av en slik art, kontrolltiltaket er jo nettopp "uegnet".

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

Heller ikke alle kontrolltiltak som tilsynelatende kan anses som passende for å avdekke om det foreligger en mistanke om misligheter, vil automatisk være å anse som ”egnet”. Det er i forarbeidene presisert at det i kravet om egnethet ligger et krav om ”nøyaktighet i de resultat som kontrollen avstedkommer”.¹⁵⁰ Dersom kontrolltiltaket gir unøyaktige resultat, vil ikke tiltaket med sikkerhet fastslå om arbeidstaker har begått misligheter. Det vil kunne være svært belastende for en arbeidstaker dersom bevis gir uttrykk for at han eller hun har begått misligheter, uten at det med sikkerhet kan slås fast. En kan således risikere at mistanken mot den mistenkte arbeidstaker blir opprettholdt til tross for at arbeidstaker er uskyldig. Både personvern hensyn og prevensjonshensyn taler således for avskjæring.

Etter personopplysningsloven er det et krav at personopplysninger som behandles skal være ”korrekte”, jf. popplyl. § 11 første ledd bokstav e. Avgjørelser som skal fattes på bakgrunn av om arbeidstaker har gjort seg skyldig i misligheter kan få alvorlige konsekvenser for arbeidstaker. Avgjørelsen bør derfor treffes ut i fra opplysninger som er sikre. Dette taler for at bevis som ikke kan anses som ”korrekte” bør avskjæres.

Usikre bevis er mindre egnet til å fremme sakens opplysning slik at bevisets verdi vil svekkes. Jo mindre verdi beviset har, jo mindre betydning bør hensynet til sakens opplysning tillegges i avskjæringsvurderingen. Dersom det er liten usikkerhet knyttet til beviset, og hvor andre bevis støtter opp om bevisets resultat, er det ikke nevneverdig grunn til å svekke betydningen av hensynet til sakens opplysning i avskjæringsvurderingen.

Konklusjonen er at det vil kunne ha stor betydning for avskjæringsvurderingen at tiltaket som ble benyttet ikke var ”egnet”.

Dersom beviset tillates ført, er det her klart at det at arbeidsgiver har benyttet seg av et ”uegnet” kontrolltiltak vil kunne ha betydning for bevisets verdi ved at denne svekkes. Beviset vil således måtte tillegges mindre vekt.

I RG 1984 s. 795 var et kontrolltiltak ”uegnet” som følge av at en i utgangspunktet ”egnet” kontrollmetode ble utført på en uriktig måte. Retten skulle ta stilling til om vilkårene for avskjed var oppfylt. Avskjeden

¹⁵⁰ l.c.

bygget på en alkoholtest som ikke var utført på riktig måte. Avskjeden ble kjent urettmessig og arbeidstaker ble tilkjent erstatning.

Beviset ble tillagt liten vekt da man anså bevisverdien for svekket som følge av den feilaktige fremgangsmåten ved alkoholtesten. Opplysninger innhentet ved "uegnet" fremgangsmåte vil lettere anses som usikre, og vil således ikke bidra til å opplyse saken. Dette taler for at slike bevis tillegges mindre verdi.

Spørsmålet blir så om beviset bør tillegges mindre vekt av prevensjonshensyn. Hvor tiltaket medfører usikre resultat bør vekten svekkes pga. faren som foreligger for at retten kan fatte en uriktig avgjørelse på bakgrunn av beviset. Hvor usikkert beviset er i det konkrete tilfelle bør her tillegges vekt. Også i tilfeller hvor det uegnede tiltaket ikke gir usikre resultat bør bevisets vekt etter mitt syn svekkes. Dette fordi slike tiltak generelt vil gi bevis som ikke er relevante for beviset, og fordi slike kontrolltiltak lett vil medføre en krenkelse av arbeidstakers personvern.

4.4 Brudd på forholdsmessighetskravet

Forholdsmessighetskravet fremkommer både av arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven.¹⁵¹ Etter arbeidsmiljøloven er det et krav at kontrolltiltaket ikke må medføre en "uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren".¹⁵² Etter personopplysningsloven kan arbeidstaker bare behandle personopplysninger dersom det er "nødvendig" for at arbeidsgiver kan "vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern *ikke overstiger denne interessen*" (min utheving).¹⁵³

Problemstillingen er hvilken betydning brudd på forholdsmessighetskravet har i avskjæringsvurderingen.

¹⁵¹ Det er i forarbeidene antatt at disse korresponderer med hverandre, NOU 2004:5 s. 423 og ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.146.

¹⁵² Aml. § 9-1 første ledd.

¹⁵³ Popplyl. § 8 bokstav f.

Det er i arbeidsmiljølovens forarbeider presisert at det må ses hen til ”summen av kontrolltiltak ved virksomheten” ved forholdsmessighetsvurderingen. Dersom det aktuelle kontrolltiltak ”medfører at den forsvarlige tålegrensen for arbeidstakerne eller arbeidsmiljøet som sådan blir overskredet”, vil ikke forholdsmessighetskravet være oppfylt.¹⁵⁴

Det er flere forhold som må tas i betraktning ved vurderingen av om et tiltak er forholdsmessig. Blant annet vil momentene i saklighetsvurderingen ha betydning.¹⁵⁵ En må videre se på hvordan kontrollen skal gjennomføres, om det er enkeltstående kontroll, vedvarende kontroll og om tiltaket sikrer klare testresultat.¹⁵⁶

Arbeidslivslovutvalget har lagt til grunn at arbeidsgivers kontrolladgang går noe lenger hvor det foreligger en konkret mistanke om misligheter enn ved rutinemessige kontrolltiltak: ”Dersom arbeidsgiver har en velbegrunnet mistanke om misligheter av en *viss betydning*, vil avveiningen av hensynet til arbeidsgivers behov for kontrolltiltaket på den ene side og personvern hensyn på den annen side, slå noe annerledes ut. Dette taler for at arbeidsgivers adgang til kontroll går noe lenger i slike tilfeller.”¹⁵⁷ Uttalelsen tolker jeg dit hen at arbeidstaker må tåle større inngrep hvor det foreligger konkret mistanke om misligheter ”av en viss betydning”, enn ved generelle kontrolltiltak.

Retten har i noen avgjørelser tatt stilling til om bevis som er ervervet med kontrolltiltak som har medført en uforholdsmessig belastning for arbeidstaker har skullet tillates ført. Blant annet i RG 2007 s. 56.¹⁵⁸ Arbeidstaker hadde her mistanke om at en arbeidstaker som var sykemeldt var arbeidsfør. For å kontrollere dette benyttet arbeidsgiver seg av en kontrollør som var i kontakt med arbeidstakeren per telefon og var hjemme hos ham.

¹⁵⁴ NOU 2004:5 s. 433 og ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.145.

¹⁵⁵ NOU 2004:5 s. 433 og ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145. Se pkt. 4.3 om brudd på disse momentene.

¹⁵⁶ NOU 2004:5 s. 433 og ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

¹⁵⁷ NOU 2004:5 s. 430.

¹⁵⁸ Kjennelsen er også omtalt i pkt. 4.3.3.

Tiltaket ble ansett å være uforholdsmessig. Det ble ansett å være et så ”vesentlig inngrep i personvernet at det ikke kan aksepteres”.¹⁵⁹ Beviset ble deretter avskåret.

Det kan også utledes av Rt. 1991 s. 616¹⁶⁰ at kontrolltiltaket ble ansett for uforholdsmessig. Kontrollmetoden medførte ”et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel”.¹⁶¹

Personvern hensyn ble tillagt avgjørende vekt i avskjæringsvurderingen da retten ikke kunne se at ”sakens omfang eller karakter” gav grunnlag til å fravike det retten mente måtte være ”hovedregelen for slike bevisstilbud”.¹⁶²

Avgjørelsene er også drøftet under pkt. 4.2.2. Det at arbeidstaker ikke blir informert om kontrolltiltak før de iverksetter vil lett medføre et alvorlig inngrep i arbeidstakernes personlige integritet. Hvor inngrepet er alvorlig, vil det nok sjeldent anses som forholdsmessig. Og det skal da mye til for at beviset tillates ført. Vurderingene glir således over i hverandre.

I disse to avgjørelsene medførte kontrolltiltaket et vesentlig inngrep i arbeidstakers integritet. Kontrolltiltak vil i slike tilfeller fort anses som uforholdsmessig, og personvern hensyn og prevensjonshensyn taler for avskjæring av slike bevis. De lege ferenda taler også gjenopprettelseshensynet for samme resultat. En kan imidlertid ikke slutte av de nevnte avgjørelsene at alle bevis ervervet ved kontrolltiltak som medfører en uforholdsmessig belastning for arbeidstaker vil bli avskåret. Det vil imidlertid i mange tilfeller være naturlig konsekvens ettersom integritetskrenkelsen tiltaket medfører ikke anses å stå i forhold til alvorlighetsgraden av det mislighold arbeidstaker er mistenkt for. Personvern hensyn og prevensjonshensyn vil i disse saker som regel måtte tillegges større vekt enn hensynet til sakens opplysning.¹⁶³ Hensynet til den alminnelige rettsfølelse vil her

¹⁵⁹ RG 2007 s. 56 på s. 59.

¹⁶⁰ Se beskrivelse av faktum i pkt 1.2.1.1.

¹⁶¹ Rt. 1991s. 616 på s. 623.

¹⁶² Rt. 1991 s. 616 på s. 624.

¹⁶³ Om tilfeller der tiltaket anses som uforholdsmessig fordi tiltaket gir usikre resultat, viser jeg til drøftelsen i pkt. 4.3.4.

kunne tenkes å tale for avskjæring, særlig dersom arbeidsgiver har beveget seg langt over grensen for hva som kan anses som forholdsmessig. Hensynet til den alminnelige rettsfølelse vil imidlertid også kunne tale mot avskjæring, særlig dersom arbeidstaker er mistenkt for en misligheter av alvorlig karakter, men her vil jo forholdsmessighetsvurderingen gi et relativt bredt spillerom, slik at det skal mer til før den er overtrådt. .

I kjennelsen avsagt av Borgarting lagmannsrett 12. desember 2003¹⁶⁴ ble beviset ansett som ulovlig ervervet da kontrolltiltaket ble ansett som uforholdsmessig. Retten kom imidlertid i denne saken til at beviset skulle tillates ført til tross for dette. Se nærmere pkt. 4.2.2.

Konklusjonen er at det vil kunne ha stor betydning i avskjæringsvurderingen at det foreligger brudd på forholdsmessighetskravet.

Dersom beviset tillates ført, blir det spørsmål om brudd på forholdsmessighetskravet kan tillegges betydning i forhold til hvilken verdi eller vekt beviset bør tilleggs.

Det kan være at tiltaket anses som uforholdsmessig fordi det ikke er egnet til å gi sikre resultat, om betydningen av bevisets verdi i slike tilfeller viser jeg til pkt. 4.3.4.

Spørsmålet blir videre om beviset bør tillegges lavere vekt pga. brudd på forholdsmessighetskravet. Hvor det foreligger brudd på forholdsmessighetskravet vil arbeidstakers personvern forutsetningsvis veie tyngre enn arbeidsgivers behov for å iverksette kontrolltiltaket. Dette taler for at bevisets vekt bør svekkes pga. personvern og prevensjonshensyn.

¹⁶⁴ RG 2004 s. 347.

4.5 Brudd på drøftingsplikten

Drøftingsplikten er en plikt for arbeidsgiver til å drøfte behovet, utformingen og gjennomføringen av kontrolltiltaket med de tillitsvalgte.¹⁶⁵

Problemstillingen er hvilken betydning brudd på drøftingsplikten har i bevisavskjæringsvurderingen.

Det kan hevdes at brudd på drøftingsplikten alene ikke kan anses som tilstrekkelig graverende til å avskjære et bevis, da plikten i henhold til arbeidsmiljølovens forarbeider er å anse som en ”ordensforskrift”.¹⁶⁶

Gode grunner taler imidlertid for at brudd på drøftingsplikten bør tillegges vekt i avskjæringsvurderingen.

Formålet bak drøftingsplikten er at arbeidstakerne, gjennom de tillitsvalgte skal ha en påvirkningsmulighet i forhold til hvilke kontrolltiltak som skal benyttes i virksomheten. I arbeidsmiljølovens forarbeider heter det at drøftelser skal holdes ”så tidlig at de tillitsvalgte og arbeidstakerne har en reell mulighet til å komme med innspill og innvendinger”.¹⁶⁷ Dette fordi det vil ha betydning for arbeidstakernes arbeidssituasjon¹⁶⁸. Ettersom kontrolltiltak som retter seg mot en enkelt arbeidstaker på bakgrunn av mistanke om misligheter vil kunne føles ekstra belastende, er det etter mitt syn viktig at iverksettelse av kontrolltiltak blir drøftet. Tillitsvalgt kan da ivareta arbeidstakerens interesser ved å komme med innvendinger og innspill for å i størst mulig grad begrense ulempene et tiltak vil

¹⁶⁵ Aml. § 9-2 første ledd. Det er i forarbeidene lagt til grunn at det ikke bare er tillitsvalgte i tariffrettslig forstand som her menes, også andre tillitspersoner som verneombud eller andre kan opptre som representant for arbeidstakerne, jf. NOU 2004:5 (2004-2005) s. 435.

¹⁶⁶ Se note 97

¹⁶⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 147.

¹⁶⁸ Dette syn kan underbygges med at det i aml. § 8-1 er en generell regel som pålegger arbeidsgiver en plikt til å drøfte ”spørsmål av betydning for arbeidstakerne forhold med arbeidstakernes tillitsvalgte”.

medføre for arbeidstaker. Det er også i forarbeidene fremhevet at ”et særlig siktemål” med drøftingsplikten nettopp er å komme frem til en utforming og gjennomføring som i ”størst mulig grad begrenser inngrepet i arbeidstakernes personlige forhold og andre ulemper ved kontrollen”.¹⁶⁹

Når arbeidsgiver unnlater å drøfte innføringen av kontrolltiltak får ikke arbeidstakerne (gjennom de tillitsvalgte) noen mulighet til å komme med innspill og innvendinger i forhold til iverksettelsen av et kontrolltiltak. Arbeidsgiver går da glipp av disse innspillene, noe som *kan* medføre at arbeidsgiver fatter sin avgjørelse på et dårligere grunnlag enn om tiltaket hadde vært drøftet. Dette kan igjen føre til at det blir iverksatt et mer tyngende tiltak enn nødvendig, hvilket kunne vært unngått dersom tiltaket hadde vært drøftet.¹⁷⁰

Personvern hensyn og prevensjonshensyn vil således tale for avskjæring. Det er viktig med en saksbehandling som i best mulig grad sikrer at arbeidsgiver fatter en riktige avgjørelser om valg av kontrolltiltak. På den annen side vil hensynet til sakens opplysning tale mot avskjæring da drøftingsplikten ikke vil svekke bevisets verdi. Det kan også pekes på at det for ”folk flest” føles støtende at et brudd på drøftingsplikten skal føre til avskjæring, særlig i tilfeller hvor saken er alvorlig og beviset har stor vekt i den konkrete sak. I slike tilfeller vil også hensynet til domstolens anseelse kunne tale mot avskjæring.

Det er ikke mulig å fastslå hvilken avgjørelse arbeidsgiver hadde tatt om tiltaket hadde vært drøftet, det kan bare bli spekulasjoner. Et brudd på drøftingsplikten vil ikke i seg selv medføre krenkelse av noen personvern hensyn. Brudd på drøftingsplikten har således en fjernere innvirkning på arbeidstakers personvern enn hva f.eks brudd på informasjonsplikten har.

Konklusjonen er at brudd på drøftingsplikten vil ha liten betydning i bevisavskjæringsvurderingen.

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147.

¹⁷⁰ Se pkt. 4.4 om forholdsmessighetskravet.

Spørsmålet blir eventuelt om retten kan tillegge beviset mindre verdi pga. brudd på drøftingsplikten. Brudd på drøftingsplikten vil ikke i seg selv føre til at beviset er mindre "egnet", slik at bevisets verdi svekkes av denne grunn. Det aktuelle spørsmål blir derfor om det kan tenkes at retten kan tillegge beviset lavere vekt på grunn av unnlattelsen av å drøfte. Ettersom unnlattelse av å drøfte kan føre til at arbeidsgiver iverksetter et mer tyngende tiltak enn han ellers ville gjort, taler gode grunner for å svekke bevisets vekt. På denne måten vil bruddet få konsekvenser for arbeidsgiver og retten varetar dermed prevensjonshensynet. Dette må anses å være en bedre måte å reagere på brudd på drøftingsplikten enn å avskjære beviset.

4.6 Brudd på evalueringsplikten

Arbeidsgiver plikter med jevne mellomrom å konferere med de tillitsvalgte vedrørende behovet for de kontrolltiltak som er iverksatt. Dette kalles evalueringsplikten¹⁷¹.

Problemstillingen er hvilken betydning brudd på plikten til å evaluere har i bevisavskjæringsvurderingen.

Det er også her sparsomt med rettskilder.

Det kan diskuteres om brudd på evalueringsplikten alene vil kunne medføre bevisavskjæring, da regelen i.h.t. arbeidsmiljølovens forarbeider er å anse som en "ordensforskrift"¹⁷².

Brudd på plikten bør imidlertid tillegges vekt der det er flere forhold som taler for at beviset må avskjæres. Det er flere grunner til dette. Plikten til å evaluere vil være aktuell i forhold til tiltak som skal vare over en viss tid. Arbeidsgiver plikter å sikre at de materielle

¹⁷¹ Aml. § 9-2 tredje ledd.

¹⁷² Se note 97.

grunnkravene for kontrolltiltaket vedvarende er oppfylt.¹⁷³ Forhold som har betydning for lovligheten av kontrolltiltaket kan forandre seg. Arbeidsgivers mistanke kan f.eks svekkes, eller tiltaket kan med tiden anses som for inngripende. Ved å jevnlig evaluere tiltaket vil arbeidsgiver kunne stanse kontrollen dersom vilkårene ikke lenger er oppfylt. Et brudd på plikten kan således føre til at arbeidstaker blir utsatt for ulovlige kontrolltiltak. Det kan også pekes på at et vedvarende tiltak oftest vil være mer tyngende for en arbeidstaker å bli utsatt for enn hva enkeltstående tiltak er, og at tiltaket er desto mer tyngende jo lenger det varer. Da brudd på evalueringsplikten kan medføre at tiltaket opprettholdes lenger enn nødvendig vil brudd på plikten også av denne grunn anses som kritikkverdige. Prevensjonshensyn taler av disse grunner for avskjæring av bevis der arbeidsgiver ikke har overholdt evalueringsplikten. Arbeidsgivere vil da forhåpentligvis bli mer bevisst på evalueringsplikten, og se at brudd på den kan medføre at eventuelle bevis som erverves ved et slikt vedvarende tiltak, ikke kan benyttes i en rettssak. På den annen side vil det imidlertid også her lett kunne anses som støtende at et bevis skal avskjæres "bare" fordi det foreligger et brudd på plikten til å evaluere. Særlig dersom de materielle vilkårene var oppfylt da beviset ble ervervet.

Konklusjonen er at det vil ha liten betydning i bevisavskjæringsvurderingen at det foreligger brudd på plikten til å evaluere.

Det bør derfor kanskje anses som en bedre løsning å tillegge beviset lavere vekt i slike tilfeller. Dersom det imidlertid også foreligger brudd på andre bestemmelser, kan brudd på drøftingsplikten være et moment i avskjæringsvurderingen som taler for avskjæring.

¹⁷³ Ot. prp. nr. 49 (2004-205) s. 148.

4.7 Brudd på meldeplikten

Arbeidsgiver må gi melding til Datatilsynet dersom kontrolltiltaket medfører at det behandles personopplysninger med elektronisk hjelpemiddel.¹⁷⁴ Meldingen må gis senest 30 dager før iverksettelsen av kontrolltiltaket.¹⁷⁵

Problemstillingen er hvilken betydning brudd på meldeplikten vil ha for avskjæringsvurderingen.¹⁷⁶

Problemstillingen er bare aktuell dersom arbeidsgiver benytter ”elektroniske hjelpemidler” til å behandle personopplysninger, som f.eks ved kontroll av innholdet på en datamaskin.¹⁷⁷

I følge personopplysningslovens forarbeider er et formålet med meldeplikten at det skal opprettes en kontakt mellom Datatilsynet og den behandlingsansvarlige.¹⁷⁸ Meldingen skal også være et grunnlag for Datatilsynets kontrollvirksomhet.¹⁷⁹

Brudd på meldingsplikten vil ikke i seg selv medføre noen krenkelse av arbeidstakers personvern.

Konklusjonen er at brudd på meldeplikten ikke vil ha noen betydning for avskjæringsvurderingen.

4.8 Oppsummering

Det kan konkluderes med at spørsmålet om hvordan den ulovfestede læren om bevisavskjæring stiller seg der arbeidsgiver har benyttet kontrolltiltak, for en stor del må

¹⁷⁴ Popplyl. § 31 første ledd bokstav a.

¹⁷⁵ Popplyl. § 31 annet ledd.

¹⁷⁶ Det er i forskrift til personopplysningsloven gjort unntak fra meldeplikten i § 7-11. Forutsetningen for denne drøftelsen er at disse unntakene ikke kommer til anvendelse.

¹⁷⁷ Popplyl. § 31 første ledd bokstav b.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 92 (1998-99) s. 56.

¹⁷⁹ l.c.

søkes løst i de aktuelle hensyn som gjør seg gjeldende. Drøftelsen har vist at hvilke hensyn som gjør seg gjeldende vil variere både i utvalg og styrke avhengig av hvilke kontrollregler som er brutt. Drøftelsen har også vist at det er sentralt å se hen til hvilke konkrete momenter som gjør seg gjeldende i den enkelte sak, samt at det også er av betydning om flere regler er brutt. Å gi et enkelt svar på hvilken konsekvens et brudd på bestemte regler vil gi lar seg derfor ikke gjøre.

Litteraturliste

Artikler:

Aarli, Ragna. *Vern av "privatlivets fred"*, inntatt i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 4-5/2005 på s. 525-573.

Bratholm, Anders. *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, inntatt i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1959 på s. 109 – 132. Oslo.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk*, inntatt i *Lov og Rett* 1996 på s. 109-110.

Bøker:

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter. Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess*. 1. utgave, Bergen 1995.

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess. Bind I*. 2. utgave, Oslo 1994.

Boe, Erik. *Innføring i juss*. 3 opplag 2001. Oslo 1996.

Brøbech, Birgitte *Ulovlig tilvejebragte beviser i straffeprosessen* København 2003

Hov, Jo. *Rettergang I. Sivi-l og straffeprosess*. Oslo 1999.

Hov, Jo. *Rettergang III. Siviprosess*. Oslo 1999.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan Helgesen, Oslo 2001.

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. Oslo 2000.

Fleischer, Carl August. *Rettskilder og juridisk metode*. Oslo 1998.

Fougner, Jan og Lars Holo. *Arbeidsmiljøloven. Kommerntarutgave*. Oslo 2006.

Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder*. Oslo 1948.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 3. utgave. 2. opplag. Oslo 2005.

Jakhelln, Henning og Helga Aune. *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*. 2. utgave. Oslo 2006.

Johansen, Michal Wiik, Knut-Brede Kaspersen, Åste Marie Bergsens Skullerud. *Personopplysningsloven Kommentarutgave*. Oslo 2001.

Reid, Karen. *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. 2. utgave. London 2004.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2. utgave. Otta 2001.

Storeng, Nils, Tom H. Beck og Arve Due-Lund *Arbeidslivets spilleregler*. Oslo 2005.

Forarbeider:

Norges offentlige utredninger:

NOU 1997:19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger.

NOU 2001:32 Bind A og B Rett på sak – lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2003:21 Kriminalbekjempelse og personvern

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget - et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Innstilling om Rettergangsmåten i straffestaker fra Straffeprosesslovkomiteen. (Engers boktrykkeri Otta 1969)s. 196-197.

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp. nr. 92 (1998-99) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

Ot.prp. nr.79 (2000-2001) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljølov, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

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

Rapporter

Underutvalgets rapport: ”Kontroll og overvåking i arbeidslivet”, avlevert Arbeidslivslovutvalget 20. juni 2002.

Utenlandske forarbeider:

SOU 2002:18 Personlig integritet i arbetslivet.

Lovregister:

- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven, tvml.) av 13. august 1915 nr.6
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven, strpl.) av 22. mai 1981 nr. 25
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, mrl.) av 21. mai 1999 nr. 30
- 2000 Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven, popplyl.) av 14. april 2000 nr. 31
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, aml.) av 17. juni 2005 nr. 62
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven, tvl.)av 17. Juni 2005 nr. 90

Konvensjoner:

Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK).

FN konvensjon av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP).

FN konvensjon av 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK).

EF direktiver:

Europa-parlamentets og rådets direktiv 95/46/EF av 24. oktober 1995

om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (personverndirektivet).

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/14/EF av 11. mars 2002 om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap.

Domsregister:

Høyesterett:

Rt. 2005 s. 1353

Rt. 2003 s. 1266

Rt. 2002 s. 1572

Rt. 2001 s. 668 (Kjæremålsutvalget)

Rt. 2001 s. 616

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 1997 s. 795

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1992 s. 698

Rt. 1975 s. 220.

Rt. 1952 s. 1217

Lagmannsretten:

Frostating lagmannsrett 16. februar 2007. LF-2006-145694

RG 2007 s. 56.

RG 2004 s. 347

RG 2002 s.162.

RG 2000 s. 664

EMD:

Sak - 10862/84: European Court of Human Rights: Schenk vs. Switzerland [1988].

Sak – 20605/92: European Court of Human Rights: Halford vs. United Kingdom [1997].

Sak - 35394/97: European Court of Human Rights: Khan vs. The United Kingdom [2000].

Sak - 62170/00: European Court of Human Rights: Copland vs. The United Kingdom [2007].

