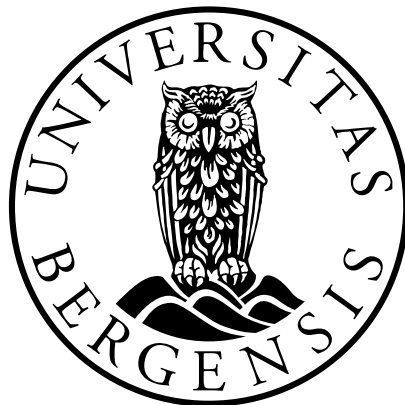


Bevisavskjæring etter tvisteloven § 22-7

En drøftelse og vurdering av gjeldende rett i utvalgte typetilfeller av
beviserverv i sivile saker

Kandidatnummer: 50

Antall ord: 14430



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2017

INNHOLDSFORTEGNELSE:

1 INNLEDNING	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling. Tilnærming til emnet	4
1.2 Oppgavens oppbygning	6
1.3 Sentrale motstående hensyn: Personvern hensyn og hensynet til sakens opplysning	6
1.4 Rettskildebildet og metodiske utfordringer	8
1.4.1 Generelt om relevante rettskilder og utvelgelsen av disse.....	8
1.4.2 Noen ord om hvilken selvstendig betydning EMK har for bevisavskjæringsspørsmålet.....	9
2 NÆRMERE OM VILKÅRENE FOR BEVISA VSKJÆRING ETTER TVISTELOVEN § 22-7	10
2.1 Innledning	10
2.2 Inngangsvilkåret: Når er et bevis "utilbørlig" ervervet?.....	11
2.3 Interesseavveiningen	12
2.3.1 Overordnet om innholdet i vilkårene "kan" og "særlige tilfeller"	12
2.3.2 Gjentakelsesmomentet og dets betydning i sivile saker	13
2.3.3 Øvrige momenter i interesseavveiningen.....	17
3 EN DRØFTELSE OG VURDERING AV GJELDENDE RETT I UTVALGTE TYPETILFELLER AV BEVISER VERV	19
3.1 Innledning	19
3.2 Skjult videoovervåkning og fotografering.....	20
3.2.1 Skjult videoovervåkning av arbeidstaker på arbeidsplassen.....	20
3.2.2 Skjult fotografering/filming av arbeidstaker utenfor vedkommendes private bolig	25
3.2.3 Skjult videoovervåkning av forsikringstaker på offentlig tilgjengelig sted.....	26
3.3 Hemmelige lydopptak.....	30
3.3.1 Hemmelige lydopptak i foreldretvister	30
3.3.2 Hemmelige lydopptak i forretningsforhold.....	33
3.4 Diverse metoder for beviserverv	34
3.4.1 Fremleggelse av arbeidstakers e-poster og informasjon om arbeidstakers bruk av internett som bevis i arbeidstvister	34
3.4.2 Fremleggelse av tekstmeldinger og Facebook-materiale som bevis i foreldretvister	36
3.4.3 Fremleggelse av bevis som er fremskaffet gjennom hacking/datainnbrudd.....	38
4 EN RETTSUTVIKLING I RETNING AV ØKT FOKUS PÅ PERSONVERN	39
5 LITTERATURLISTE	41

5.1 Lovgivning.....	41
5.2 Forarbeider og andre offentlige dokumenter	41
5.3 Konvensjoner.....	41
5.4 Rettsavgjørelser	41
5.4.1 Høyesterett	41
5.4.2 Høyesteretts kjæremålsutvalg	42
5.4.3 Høyesteretts ankeutvalg	42
5.4.4 Lagmannsretten.....	42
5.4.5 Menneskerettsdomstolen (EMD)	43
5.5 Juridisk litteratur.....	44
5.5.1 Bøker.....	44
5.5.2 Juridiske artikler.....	44
5.6 Internettider	44

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling. Tilnærming til emnet

Temaet for denne avhandlingen er bevisavskjæringsregelen i tvisteloven § 22-7. Etter bestemmelsen "kan" retten i "særlige tilfeller" nekte føring av bevis som er skaffet til veie på en "utilbørlig" måte. Bestemmelsen innebærer et unntak fra det grunnleggende prinsippet om at partene kan føre de bevis de ønsker (prinsippet om fri bevisføring), som kommer til uttrykk i tvisteloven § 21-3 første ledd. Avskjæring etter § 22-7 forutsetter en vurdering i to trinn. Domstolene må først behandle spørsmålet om hvorvidt beviset etter en konkret vurdering er ervervet på en utilbørlig måte. Besvares dette bekreftende, blir neste steg om beviset – etter en konkret interesseavveining – skal nektes ført. I oppgaven skal jeg, i tillegg til å gi en overordnet redegjørelse for bestemmelsens nærmere innhold, drøfte og vurdere gjeldende rett i relasjon til avskjæring av bevis etter tvisteloven § 22-7 i utvalgte typetilfeller av beviserverv.

Bestemmelsen i § 22-7 ble lovfestet i forbindelse med vedtakelsen av tvisteloven i 2005. Bestemmelsen kodifiserer og viderefører sivil- og straffeprosessuell rettspraksis om avskjæring av ulovlige og utilbørlig ervervede bevis.¹ Allerede i 1981 ble det vurdert å lovfeste en slik regel i straffeprosessloven. På tidspunktet forelå det ikke nevneverdig rettspraksis eller juridisk teori som omhandlet problemstillingen. Problematikken ble derfor ikke ansett for å ha stor praktisk betydning, og det ble ikke vedtatt en slik regel². I ettertid avsa Høyesterett flere avgjørelser som anga nærmere retningslinjer for bevisavskjæringsvurderingen, jf. for eksempel Rt-1991-616 og Rt-1997-795.³ Det var blant annet på bakgrunn av nevnte høyesterettsavgjørelser at lovgiver fant at det var betydelig bedre grunnlag for en generell regelformulering om bevisavskjæring i tvisteloven enn da straffeprosessloven ble vedtatt i 1981.⁴

For straffeprosessens del er emnet utførlig behandlet i den juridiske litteraturen.⁵ De sivilrettslige fremstillingene er på sin side stort sett generelle, korte og/eller oversiktspregede,

¹ NOU 2001:32 B Rett på sak *Lov om tvisteløsning (tvisteloven)* side 960.

² NUT 1969:3 side 197.

³ Begge avgjørelser vil behandles utførlig senere i oppgaven.

⁴ Justis- og beredskapsdepartementet (Straffeprosessutvalget) mener i dag at det er hensiktsmessig å gi kodifiserte bevisavskjæringsregelen i straffeprosessloven, blant annet fordi det har skjedd en viss avklaring av innholdet i regelen siden straffeprosessloven ble vedtatt i 1981, jf. NOU 2006:24 *Ny straffeprosesslov* side 272.

⁵ Jf. eksempelvis Torgersen, Runar: *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, 1. utgave (2009). Torgersen behandler på side 400 flg. enkelte sivile saker der personhensyn utfordres, men fremstillingen gir rom for supplerende betraktninger.

og inngår som del av en større fremstilling av sivilprosessen.⁶ Jeg anser det derfor for å være størst rom og behov for en klarlegging og vurdering av hvordan bevisavskjæringsregelen praktiseres på sivilrettens område. En behandling av avskjæring av ulovlige og utilbørlig ervervede bevis i både sivil- og straffeprosessen ville dessuten blitt for omfattende.

Frem til tidlig 2000-tallet gjaldt rettspraksis hovedsakelig straffesaker. Fra og med tidlig på 2000-tallet kom det stadig flere sivile saker om avskjæring av ulovlige og utilbørlig ervervede bevis. Avgjørelsene gjelder bevis som er fremskaffet på en måte som står i et problematisk forhold til personvern hensyn, herunder bevis ervervet av en privat part gjennom skjult videoovervåkning og fotografering, hemmelige lydopptak, gjennom innsyn i e-postinnbokser eller private internettlogger, samt urettmessig tilgang til tekstmeldinger og Facebook-materiale.⁷ Sakene gjelder hovedsakelig oppsigelses-/ avskjedssaker, foreldresaker (samvær) og forsikringsaker. Eksemplene viser at det i lys av den teknologiske utviklingen har oppstått stadig nye metoder for å få tilgang til informasjon som lett anses for være utilbørlige fordi de krenker personvernet til den informasjonen gjelder. Det er sannsynlig at temaet blir stadig mer aktuelt i tiden fremover, ettersom teknologien er i rask utvikling.

Fokuset for oppgaven vil være en drøftelse og vurdering av gjeldende rett i ovennevnte typetilfeller av beviserverv i sivile saker. I denne sammenheng skal jeg undersøke om bevisavskjæringsvurderingen, herunder både utilbørlig-vurderingen og den konkrete interesseavveiningen, faller annerledes ut alt ettersom hvilken fremskaffelsesmetode som er tatt i bruk og hvilket rettsområde man befinner seg på. Underveis skal jeg dessuten vurdere rettstilstanden de lege ferenda der Høyesterett har tatt stilling til bevisavskjæringsspørsmålet i nevnte typetilfeller, samt drøfte og vurdere hvordan domstolene bør tilnærme seg tematikken i utvalgte typetilfeller som foreløpig ikke har kommet opp for Høyesterett (eller domstolene overhodet).

Begrunnelsen for en slik kasuistisk tilnærming, er at jeg anser den øvrige juridiske litteraturen for å gi en dekkende fremstilling av tvisteloven § 22-7 når det gjelder det generelle innholdet i lovens vilkår, hvilke momenter som er relevante i interesseavveiningen, osv. Derimot finnes det ikke en grundig fremstilling av de konkrete typetilfellene av beviserverv i sivile saker. Når

⁶ Et unntak på dette punkt er Øyen, Ørnulf: *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* Lov og Rett (2010) side 423-438. Men heller ikke han går i dybden på sivile saker om bevisavskjæring begrunnet i personvern hensyn.

⁷ Oppramsingen av typetilfeller er ikke ment å være uttømmende. Det er avsagt noen få avgjørelser om bevisavskjæring som omhandler andre måter å erverve bevis på. Men de aller fleste sakene omhandler ovennevnte typetilfeller og av hensyn til ordgrensen vil det fokuseres på disse.

teorien går inn på typetilfellene, gis det i de fleste fremstillinger kun en oversiktlig fremstilling av de få høyesterettsavgjørelsene på området. Jeg ønsker å se om jeg kan bidra med noe nytt på området, blant annet ved å se hen til lagmannsrettspraksis som behandler spørsmål som ikke har kommet opp for Høyesterett, samt ved å foreta hensiktsmessighetsvurderinger av rettsstilstanden. Faren med en slik kasuistisk tilnærming er at man kan gå glipp av momenter som nevnes i saker om andre typetilfeller, slik at fremstillingen blir for snever og dermed ufullstendig. Ettersom jeg går inn på det mest vesentlige i oppgavens første og andre del, anser jeg ikke dette for å utgjøre et nevneverdig problem. Av hensyn til ordgrensen og i lys av det ovennevnte, vil fremstillingen i første og andre del i stor grad være oversiktspreget og gjengivende. Dette til forskjell fra oppgavens tredje del, der jeg vil forsøke å gå mer drøftende og selvstendig til verks i rettskildene.

1.2 Oppgavens oppbygning

Før hoveddelen skal jeg i oppgavens første del gjøre rede for sentrale motstående hensyn som gjør seg gjeldende i bevisavskjæringsvurderingen, samt rettskildebildet og metodiske utfordringer som kan oppstå i oppgaveskrivingen. Videre skal jeg gi en generell redegjørelse for vilkårene og relevante momenter i interesseavveiningen etter tvisteloven § 22-7 i oppgavens andre del, før jeg i oppgavens tredje del vil ta for meg en drøftelse og vurdering av utvalgte typetilfeller av bevisavskjæring. I oppgavens fjerde del vil jeg si noen ord om hvilken betydning jeg ser for meg at det vil kunne ha for bevisavskjæringsregelen at rettsutviklingen går mot et økt fokus på personvern.

1.3 Sentrale motstående hensyn: Personvern hensyn og hensynet til sakens opplysning

Som nevnt innledningsvis, har partene som hovedregel rett til å føre de bevis de ønsker, jf. prinsippet om fri bevisførsel i tvisteloven § 21-3 første ledd. Begrunnelsen for regelen er den grunnleggende målsetningen om å fremme sakens opplysning og oppnå en materielt riktig avgjørelse.⁸ Tanken er at sannsynligheten for et riktig resultat er størst dersom partene får anledning til å fremlegge alle bevis som kan kaste lys over det faktiske avgjørelsesgrunnlaget. Det er avgjørende for å opprettholde samfunnets tillit og domstolens legitimitet at domstolene avsier færrest mulig uriktige avgjørelser. I utgangspunktet taler hensynet for at alle bevis fremlegges, uavhengig av dets innhold eller hvordan det er fremskaffet. Tvisteloven § 22-7 modifierer dette utgangspunktet når bestemmelsen åpner for at utilbørlig ervervede bevis kan avskjæres i særlige tilfeller. Forarbeidene til tvisteloven fastslår at retten kan avskjære bevis

⁸ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)* side 459.

etter bestemmelsen dersom føring av det vil medføre en krenkelse av "tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn".⁹ I oppgaven vil fokuset ligge på situasjonen der en privat part har ervervet et bevis på en måte som anses for å være ulovlig/utilbørlig i lys av personvernens hensyn.

Spørsmålet blir derfor hva som ligger i det vage begrepet "personvern". I forarbeidene til straffeprosessloven defineres personvern som "ivaretagelsen av personlig integritet; ivaretagelsen av enkeltindividers mulighet til privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse".¹⁰ Personvern handler altså om at man som enkeltmenneske har rett på en privat sfære som man selv kontrollerer, hvor man kan handle fritt uten tvang eller innblanding fra staten eller andre mennesker.¹¹ Som følge av at den teknologiske utviklingen har gitt økte muligheter til innsamling og behandling av store mengder informasjon, har det moderne personvernet i stor grad blitt orientert mot elektronisk behandling av personopplysninger. I dag er det derfor vanlig å anse regler som regulerer behandling av personopplysninger for å utgjøre personvernets kjerneområde.¹² Reglene skal beskytte det såkalte personopplysningsvernet, som kan betraktes som en del av det mer omfattende personvernbegrepet.¹³

Ut fra en slik definisjon er det på det rene at de aktuelle typetilfellene av beviserverv som oppgaven skal fokusere på, herunder eksempelvis beviserverv gjennom skult videoovervåkning og fotografering, hemmelige lydopptak, innsyn i e-poster og nettløgg mv., innebærer en form for krenkelse av personvernet. I den videre fremstillingen har jeg valgt å ikke gjøre noe poeng ut av hvilke former for krenkelser av personvernet som har funnet sted. Underveis vil det derfor eksempelvis tales om "personvernkrænkelse", "integritetskrænkelse", "krænkelse av den personlige integritet" osv. Begrunnelsen for dette, er at domstolene bruker begrepene om hverandre og ikke synes å tillegge det selvstendig betydning hva slags form for personvernkrænkelse som har funnet sted i bevisavskjæringsvurderingen. Vurderingen synes å

⁹ NOU 2001:32 B side 961.

¹⁰ NOU 2009:15 *Skjult informasjon- åpen kontroll Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker* side 49. Definisjonen er hentet fra side 32 i NOU 2009:1 *Individ og integritet*. Retten til privatliv er fastslått i EMK artikkel 8. Senere i oppgaven vil det knyttes noen kort kommentarer til forholdet mellom bevisavskjæringsregelen i tvisteloven § 22-7 og retten til privatliv EMK artikkel 8.

¹¹ Datatilsynet, *Hva er personvern?* Tilgjengelig fra: < <https://www.datatilsynet.no/om-personvern/hva-er-personvern/> > [Sist lest 7. desember 2017].

¹² Wiik Johansen, Michael, Knut Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng Skullerud, *Personopplysningsloven Kommentartutgave* (Oslo 2001) side 21-22.

¹³ NOU 2009:15 side 49.

falle forskjellig ut på grunn av konkrete omstendigheter i de enkelte sakene, for eksempel krenkelsens alvorlighetsgrad.

1.4 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

1.4.1 Generelt om relevante rettskilder og utvelgelsen av disse

I første og andre del av oppgaven, der formålet er å se nærmere på hva som ligger i vilkårene i tvisteloven § 22-7 og hvilke momenter som er relevante i interesseavveiningen, vil både tvistelovens forarbeider, juridisk teori og høyesterettspraksis være sentrale rettskilder.¹⁴ Når det gjelder den nærmere drøftelsen og vurderingen av gjeldende rett i de utvalgte typetilfellene i oppgavens tredje del, er det særlig juridisk teori og rettspraksis som utgjør de sentrale rettskildene.

Rettspraksis både før og etter kodifiseringen er relevant, ettersom loven var ment å videreføre gjeldende rett og noen realitetsendring ikke var tilsiktet.¹⁵ Selv om fokuset for oppgaven er sivile saker, vil jeg underveis vise til rettspraksis fra straffeprosessen, i den grad dette belyser forståelsen av tvisteloven § 22-7. Jeg anser det for å være nødvendig for en helhetlig fremstilling av bevisavskjæringsregelen, nettopp fordi tvisteloven § 22-7 innebærer en kodifisering av fellesprosessuell rettspraksis.¹⁶ Det avgrenses likevel mot en behandling av spørsmål av utelukkende straffeprosessuell karakter, som for eksempel der myndighetene ikke holder seg innenfor reglene som gjelder for politiavhør eller ransaking.

En metodisk utfordring er at det er avsagt relativt få sivile saker av Høyesterett på området, hvilket medfører et noe spinkelt grunnlag for å trekke klare slutninger og konklusjoner for de utvalgte typetilfellene.¹⁷ Til gjengjeld finnes det adskillig flere (også nylig avsagte) lagmannsrettsavgjørelser om temaet. Til forskjell fra høyesterettsavgjørelser, har underrettspraksis ikke prejudikatsvirkninger i den forstand at de er formelt bindende for andre rettsanvendere. Underrettsavgjørelser har følgelig teoretisk sett begrenset rettskildemessig vekt.¹⁸ Likevel ser man i praksis at slike avgjørelser blir tillagt rettskildeværdi og argumentativ vekt av en god del rettsanvendere (for eksempel legger lagmannsretten ofte til dels stor vekt på andre lagmannsrettsavgjørelser). Underveis vil jeg derfor vise til

¹⁴ Med henvisningen til tvistelovens forarbeider menes særlig NOU 2001:32 B, som gir uttrykk for lovgivers intensjon med lovfesting av bevisavskjæringsregelen.

¹⁵ NOU 2001:32 B side 960. Hvorvidt dette faktisk er tilfellet, faller utenfor rekkevidden av denne oppgaven. Det vil derfor ikke gjøres noe poeng ut av hvorvidt avgjørelsene er avsagt før eller etter lovvedtakelsen.

¹⁶ Samme norm gjelder på ulovfestet grunnlag i straffesaker, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige, jf. Rt-2009-1526 (avsnitt 28) og Øyen 2010 side 427.

¹⁷ De fleste av Høyesteretts avgjørelser på området er for øvrig kjennelser.

¹⁸ Monsen, Erik: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1. utgave (2012) side 170.

lagmannsrettsavgjørelser i den grad de gir eksempler på typetilfeller eller problemstillinger som Høyesterett ikke har behandlet. Formålet er å drøfte og vurdere om disse gir uttrykk for gjeldende rett, og i så fall om denne er hensiktsmessig. Tanken er at avhandlingen på denne måten kan fungere som et supplement til den foreliggende juridiske teorien, hvorav flesteparten av fremstillingene sier mye av det samme om de få høyesterettsavgjørelsene som finnes på området, uten å gå inn på hvordan typetilfellene er behandlet hos underretten.

Når det gjelder utvelgelsen av lagmannsrettspraksis, har jeg valgt å ta med de avgjørelsene som finnes om de utvalgte typetilfellene, såfremt disse sier noe nytt utover det som allerede følger av høyesterettspraksis. Enkelte avgjørelser har jeg tatt med i selve drøftelsen, mens jeg andre steder har satt avgjørelsene i en fotnote der det anses hensiktsmessig.

1.4.2 Noen ord om hvilken selvstendig betydning EMK har for bevisavskjæringsspørsmålet
Tvisteloven gjelder med de begrensinger som følger av internasjonale regler som Norge har forpliktet seg til, jf. lovens § 1-2. Etter menneskerettsloven §§ 2 og 3 gjelder den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) som norsk lov, med forrang over annen lovgivning. Spørsmålet er hvilken betydning EMK får for bevisavskjæringsvurderingen etter tvisteloven § 22-7.

EMK artikkel 8 fastslår at "[e]nhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse". Bestemmelsen retter seg mot offentlige myndigheter. Bevisererv som foretas av private i strid med nasjonale regler – hvilket er oppgavens tema – krenker ikke i seg selv artikkel 8.¹⁹

Myndighetenes bruk av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis som er innhentet av private, kan derimot krenke retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 første ledd.²⁰ EMD legger seg på den linje at adgangen til å føre ulovlig ervervede bevis primært er et tema for nasjonal rett, og begrenser seg til å prøve om rettergangen totalt sett har vært "fair".²¹ Som eksempel kan EMDs dom 12. mai 2000 *Khan mot Storbritannia* nevnes. I saken var det foretatt hemmelig romavlytting og opptak i en narkotikasak. EMD konstaterte at inngrepet

¹⁹ Torgersen 2009 side 324. På dette punkt er det grunnlag for en viss nyansering. Det offentlige (for eksempel namsmannen) kan sikre bevis til sivile saker på vegne av privatpersoner, se tvisteloven kapittel 28 (utenfor rettssak) og tvisteloven § 26-8 (under rettssak). Det må anses som lite tvilsomt at slike bevisererv kan medføre brudd på EMK art. 8 og følgelig anses for å være utilbørlige. Temaet faller på siden av oppgavens kjerneområde, og av hensyn til ordgrensen avgrensnes det derfor mot en videre problematisering av dette.

²⁰ NOU 2001:32 B side 961. I tilfeller der myndighetene har fremskaffet beviset i strid med artikkel 8 (2), foretas bevisavskjæringsvurderingen for øvrig også etter artikkel 6. Se blant annet Schei m.fl.: *Tvisteloven Kommentartutgave*, 2. utgave Bind II (2013) side 869.

²¹ Schei m.fl. 2013 side 869.

utgjorde et brudd på retten til privatliv etter EMK artikkel 8, fordi det ikke hadde hjemmel i lov. At beviservervet krenket konvensjonen selv, medførte likevel ikke et brudd på retten til rettferdig rettergang i artikkel 6 første ledd, selv om beviset var sentralt for domfellelsen. Begrunnelsen var at den ankende part hadde hatt mulighet til å imøtegå "both the authenticity and the use of the recording".

Under henvisning til blant annet Khan-saken, fremholder forarbeidene til tvisteloven at EMD ikke tillegger personvern hensynene og synspunktet om fortsatt krenkelse den samme vekt som Høyesterett. Fokuset ligger mer på "om krenkelsen har hatt reell betydning for bevisverdien, og om partene har hatt rimelige muligheter for å ivareta sine interesser og eventuelt føre motbevis under rettssaken".²² Disse momentene ivaretas også etter tvisteloven § 22-7. Artikkel 6 får derfor liten selvstendig betydning som begrensning i bevisavskjæringsspørsmålet, fordi nasjonal rett, tilsynelatende nokså uavhengig av EMK, synes å være vel så restriktiv.²³ Av den grunn avgrenses det mot en videre behandling av EMK og dens betydning for bevisavskjæringsspørsmålet etter tvisteloven § 22-7.

2 NÆRMERE OM VILKÅRENE FOR BEVISAVSKJÆRING ETTER TVISTELOVEN § 22-7

2.1 Innledning

I denne delen av oppgaven skal jeg drøfte hva som ligger i vilkårene for bevisavskjæring etter tvisteloven § 22-7. Bestemmelsen lyder som følger:

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

Bestemmelsen forutsetter som nevnt en vurdering i to trinn. Domstolene må først foreta en konkret vurdering av om beviset er ervervet på en utilbørlig måte. Det sentrale for vurderingen vil blant annet være på hvilken måte beviset er fremskaffet, og hvilke interesser som ble krenket ved ervervet.²⁴ Anses beviset for å være utilbørlig ervervet, blir neste steg om beviset – etter en bred vurdering av hensyn – skal nektes ført. De to vurderingstemaene i § 22-7 har en nær sammenheng. Begrunnelsen for at beviservervet anses utilbørlig og grovheten

²² NOU 2001:32 B side 962.

²³ NOU 2001:32 B side 962.

²⁴ Bjørnvik, Arve Martin og Rolf Fridtjof Selfors: *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, Jussens Venner (2000) side 19-40 (s. 24).

av krenkelsen, er også sentrale momenter når de hensyn som taler for og imot bevisavskjæring skal avveies.²⁵

2.2 Inngangsvilkåret: Når er et bevis "utilbørlig" ervervet?

Det er vanlig å omtale problemstillingen under betegnelsen avskjæring av *ulovlig* ervervet bevis, ettersom ulovlighet historisk sett var en forutsetning for bevisavskjæring etter den ulovfestede regelen.²⁶ At beviservervet er ulovlig ervervet, innebærer at beviset er fremskaffet i strid med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel som utgjør en skranke for hvordan et bevis kan fremskaffes.²⁷ Når lovgiver har valgt uttrykket "utilbørlig", tyder det på at bestemmelsen er ment å ramme videre enn dette. Ordlyden tilsier at det dreier seg om bevis som er fremskaffet på en sterkt klanderverdig eller kritikkverdig måte, men at det ikke stilles krav om at bevisinnhentingen må være gjort i strid med en lov – eller ulovfestet *rettsregel*. Schei m.fl. fremholder at vilkåret innebærer at "opplysningen er skaffet til veie ved et middel som bedømmes som uakseptabel fordi den bryter med rettsordenens atferdsnormer", men at det ikke stilles krav om at atferden strider mot en formell rettsregel.²⁸

Tvistelovens forarbeider bekrefter en slik tolkning. Bestemmelsen kodifiserer det tidligere ulovfestede bevisforbudet, og tendensen i disse sakene er at det ikke legges avgjørende vekt på om beviset er fremskaffet ulovlig.²⁹ På dette punkt kan det særlig vises til prinsippavgjørelsen i Rt-1991-616, der et hemmelig videoopptak av en arbeidstaker ble nektet ført som bevis i en straffesak, til tross for at det var noe diskutabelt om opptaket ble rammet av positive lovbestemmelser. Begrunnelsen var at fremgangsmåten medførte "et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet må ansees uakseptabel" (s. 623). Synspunktet er fulgt i senere avgjørelser, jf. for eksempel den sivile saken i Rt-1997-795, der et lydbåndopptak ble nektet ført som bevis i en foreldretvist fordi det var "illojalt og støtende" (s. 796), selv om det ikke forelå formell lovstrid. Selv om dette ikke sies uttrykkelig, er det nærliggende å tolke utsagnet dithen at opptaket var ulovlig/utilbørlig fordi det var i strid med alminnelige personvernprinsipper.³⁰ Det ovennevnte viser altså at det avgjørende for hvorvidt bestemmelsen kommer til anvendelse, er om beviset

²⁵ Schei m.fl. 2013 side 861.

²⁶ NUT 1969:3 side 197.

²⁷ Øyen 2010 side 425.

²⁸ Schei m.fl. 2013 side 862.

²⁹ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) side 459.

³⁰ Denne formen for personvern er skapt gjennom sedvanerett og domstolspraksis, jf. Kjølaas, Christian: *Personvern i arbeidsforhold*, 1. utgave (2010) side 23 og 213, med henvisning til Rt-1896-530, Rt-1952-1217, Rt-1977-1035, Rt-1990-1008, Rt-1991-616 og Rt-2001-1589.

er fremskaffet på en moralsk uakseptabel måte, ikke om ervervet strider mot en formell rettsregel eller ikke. I den videre fremstillingen vil jeg bruke begrepene "ulovlig" og "utilbørlig" om hverandre, uten at det er ment å ha noen betydning for bevisavskjæringsspørsmålet etter § 22-7 (med mindre det fremgår av sammenhengen).³¹

2.3 Interesseavveiningen

2.3.1 Overordnet om innholdet i vilkårene "kan" og "særlige tilfeller"

Etter § 22-7 er det kun i "særlige tilfeller" at retten "kan" nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte. Ordlyden tilsier at utilbørlig ervervede bevis som hovedregel kan føres, men at retten unntaksvis kan avskjære slike bevis etter en konkret interesseavveining. Rettspraksis underbygger en slik tolkning, jf. Rt-2006-582 (avsnitt 22), der det uttales at "[d]et klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres".³² Vilkåret "særlige grunner" markerer en høy terskel, noe som bekreftes av lovgiver. Ifølge tvistelovens forarbeider er vilkåret brukt for å understreke at det dreier seg om "en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde".³³ Det kreves som nevnt at føring av beviset vil medføre en krenkelse av "tungtveiende" personvern- eller rettssikkerhetshensyn.³⁴ Krenkelsen må særlig avveies mot betydningen av å få saken opplyst og oppnå en materielt riktig avgjørelse.³⁵

Utover dette får også en rekke andre momenter betydning i interesseavveiningen. Etter tvistelovens forarbeider avgjøres bevisavskjæringsspørsmålet "etter bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning".³⁶ I denne delen av oppgaven skal jeg gi en redegjørelse for innholdet i noen av vurderingsmomentene som har vist seg mest sentrale i rettspraksis.³⁷ De fleste momentene vil av hensyn til ordgrensen undergis en oversiktspreget behandling. Det vil vies noe mer plass til gjentakelsesmomentet (se neste punkt), som følge av at rettstilstanden ikke er helt klar på dette området. I oppgavens tredje del vil jeg vise til momentene i den grad domstolene gjør det i de utvalgte typetilfellene.

³¹ Årsaken til at jeg ikke taler konsekvent om det ene eller det andre, er at domstolene veksler i ordbruken, for eksempel avhengig av om det er tale om en straffesak eller der saken er avsagt før vedtakelsen av tvisteloven i 2005.

³² Øyen 2010 side 424.

³³ NOU 2001:32 B side 961.

³⁴ NOU 2001:32 B side 961.

³⁵ Se Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) side 459.

³⁶ NOU 2001:32 B side 961.

³⁷ Redegjørelsen er ikke ment å være uttømmende.

For ordens skyld kan det påpekes at jeg i den videre fremstillingen ikke kommer til å være konsekvent når det gjelder å henvide uttrykkelig til "særlige tilfeller"-vilkåret. Vilkåret vil stort sett omtales som "interesseavveiningen", "helhetsvurderingen" eller lignende.³⁸

2.3.2 Gjentakelsesmomentet og dets betydning i sivile saker

Forarbeidene til tvisteloven fremhever momentet om at føring av beviset lett vil kunne oppfattes som en "fortsatt og forsterket" krenkelse overfor den som er rammet, som et spesielt viktig argument for bevisavskjæring.³⁹ I rettspraksis har også uttrykkene "gjentatt eller fortsatt krenkelse" og "ny krenkelse" blitt brukt for å beskrive det samme.⁴⁰ Torgersen bruker betegnelsen "gjentakelsesmomentet".⁴¹ Begrepene er ment å ha samme innhold. Det avgjørende er om bevisinnhenting krenket de hensyn/interesser som bevissikringsranken skal beskytte og om føring av informasjonen som bevis innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse av disse hensynene/interessene.⁴²

Man kan finne spor av gjentakelsesmomentet i straffesaken inntatt i Rt-1991-616, der Høyesterett vektla at det ville kunne oppfattes som en "ny krenkelse" av arbeidstakerens personlige integritet dersom det ulovlige videobeviset ble tillatt ført. Straffesaken i Rt-1999-1269 ("Verksbetjent-dommen") er likevel den første høyesterettsavgjørelsen der gjentakelsesmomentet fikk avgjørende betydning for tilnærmingen til bevisavskjæringsspørsmålet.⁴³ I saken ble en politiagent utstyrt med mikrofon og båndopptaker for å fange en fengselsbetjents tilståelse om å ha bistått i en fengselsrømning på lydbånd. Opplegget krenket vedkommendes rett til vern mot selvinkriminering (jf. blant annet FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g og EMK artikkel 6) og var følgelig ulovlig ervervet. Når det gjaldt vurderingen av om det ulovlig ervervede beviset skulle tillates, uttalte Høyesterett (s. 1272) at "[i] tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining." I

³⁸ Årsaken er at mange av avgjørelsene som gjennomgås i oppgaven, er avsagt før vedtakelsen av tvisteloven i 2005. Disse avgjørelsene går av naturlige årsaker ikke inn på en vurdering av "særlige tilfeller", men viser til en konkret interesseavveining/helhetsvurdering. Heller ikke nyere avgjørelser er konsekvente når det gjelder å uttrykkelig henvide til "særlige tilfeller"-vilkåret. Det er uansett av underordnet betydning, ettersom innholdet i vurderingen er det samme.

³⁹ NOU 2001:32 B side 961.

⁴⁰ Se for eksempel Rt-1999-1269 (Verksbetjent-dommen), Rt-1991-616 og Rt-2007-920 (kjm.utv.).

⁴¹ Torgersen 2009 side 136.

⁴² Øyen 2009 side 140-141.

⁴³ Torgersen 2009 side 138.

den konkrete sak ville føring av beviset representere en "gjentakelse eller fortsettelse" av bruddet på vernet mot selvinkriminering. På denne bakgrunn ble beviset avskåret.⁴⁴

Flere juridiske forfattere, herunder Øyen og Bjørnvik/Selfors, fremholder at hovedregelen om at ulovlig/utilbørlig ervervede bevis normalt må nektes ført der føring av dette innebærer en gjentatt eller forsterket krenkelse, også gjelder i sivilprosessen.⁴⁵ Schei m.fl. synes å legge seg på samme (om enn noe modifiserte) linje, og trekker frem gjentakelsesmomentet som "[d]et viktigste momentet" etter gjeldende rett, også i sivilprosessen.⁴⁶ Robberstad fremholder på sin side at gjentakelsesmomentet "ikke [er] særlig sentralt i sivile saker". Til støtte for synspunktet viser hun til at ordlyden i § 22-7 legger vekten på hvordan beviset ble fremskaffet, ikke på føringen av det i retten etterpå.⁴⁷

Det ovennevnte viser at det er uenigheter i teorien når det gjelder gjentakelsesmomentets betydning i sivilprosessen, og spørsmålet i det følgende er hvilket standpunkt som har best støtte i rettskildene.

Robberstad kan gis rett i at ordlyden "skaffet til veie" isolert sett tyder på at det sentrale i vurderingen er selve bevisfremskaffelsen og ikke bevisføringen i etterkant. Samtidig legger bestemmelsen opp til en vurdering i to trinn, der det andre handler om å nekte "føring" av bevis i særlige tilfeller. I Tvistemålsutvalgets opprinnelige forslag hadde bestemmelsen dessuten et tillegg i ordlyden – de foreslo en retningslinje om at retten i særlige tilfeller kan nekte bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte "dersom *føring av det* vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern – eller rettssikkerhetshensyn" (mine kursiveringer).⁴⁸ Departementet strøk den foreslåtte retningslinjen uten å begrunne dette nærmere. Øyen fremholder at grunnen synes å være at departementet mente at retningslinjen kunne medføre et for snevert perspektiv ved tolkningen, men at en realitetsendring ikke var tilsiktet.⁴⁹ Ordlyden og forarbeidene til tvisteloven tilsier derfor at gjentakelsesmomentet også er sentralt i sivile saker.

Det finnes kun to sivile høyesterettsavgjørelser der gjentakelsesmomentet blir uttrykkelig adressert. Den ene er Rt-2007-920 (kjm.utv.), som gjaldt fremleggelse av blant annet

⁴⁴ I Rt-2006-582 uttaler Høyesterett (i avsnitt 22) at avgjørelsen fra 1999 gir en "treffende oppsummering av rettstilstanden".

⁴⁵ Øyen 2010 side 430 og Bjørnvik/Selfors 2000 side 26.

⁴⁶ Schei m.fl. 2013 side 868.

⁴⁷ Robberstad, Anne: *Sivilprosess*, 3. utgave (2015) side 268.

⁴⁸ NOU 2001:32 B side 960.

⁴⁹ Øyen 2010 side 430.

kontoutskrifter og brev i en erstatningssak mot en tidligere ansatt, hvor bevisene var innhentet gjennom et privat etterforskningsbyrå ved bruk av falske identiteter og uriktige opplysninger. Den andre er Rt-2014-916 (U), som gjaldt bruk av skjult videoopptak som bevis i en forsikringssak.⁵⁰ I kjennelsen fra 2007 ble det vektlagt at integritetskrenkelsen var mindre enn i Rt-1991-616 og at en tillatelse til å fremlegge dokumentene ikke hadde samme karakter av ny krenkelse overfor den ansatte. Standpunktet begrunnes ikke nærmere. I kjennelsen fra 2014 viser Høyesterett til lagmannsrettens konklusjon om at føring av bevis fremskaffet blant annet gjennom skjult videoopptak, ville medføre en gjentatt krenkelse, men foretar ingen selvstendig vurdering.⁵¹

Det kan argumenteres for at man finner implisitte spor av gjentakelsesmomentet i de sivile sakene i Rt-2001-668 (kjm.utv.) og Rt-2004-878 (kjm.utv.), som begge gjaldt spørsmål om avskjæring av skjulte videoopptak som bevis i en arbeidstvist. Høyesterett viser her til Rt-1991-616 og følger opp retningslinjene i denne. Det kan tilsi at også retningslinjen om at bevisføringen ville innebære en "ny krenkelse" ble videreført, om enn ikke eksplisitt. Spørsmålet ble likevel i siste omgang avgjort etter en helhetsvurdering. Dermed finnes det ikke sivile saker fra Høyesterett som inneholder den todelte vurderingen som beskrives i Rt-1999-1269 (Verksbetjent-dommen), der det opereres med en presumsjon for bevisavskjæring dersom bevisføringen innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse av de interesser som ble krenket ved beviservervet.⁵²

Spørsmålet er om man kan tolke (manglende) rettspraksis dithen at det ikke gjelder en tilsvarende presumsjon i sivile saker. Et rettskildemessig poeng i denne sammenheng er at bevisavskjæringsregelen for utilbørlig/ulovlig ervervede bevis som nevnt er av fellesprosessuell karakter, jf. Rt-2009-1526 (avsnitt 28). Dersom det skal oppstilles en annen

⁵⁰ Av sivile høyesterettsavgjørelser som omhandler bevisavskjæring begrunnet i personvern hensyn, men som ikke går inn på gjentakelsesmomentet, kan Rt-2005-518, Rt-2003-1266 (kjm. utv.) og Rt-2002-1500 (kjm.utv.) nevnes som eksempler.

⁵¹ En mulig forklaring på dette, er at anken gjaldt lagmannsrettens lovtolkning og saksbehandling, slik at det ikke var nødvendig for resultatet å ta stilling til gjentakelsesmomentet.

⁵² Gjentakelsesmomentet er heller ikke tillagt stor selvstendig betydning i lagmannsrettsavgjørelsene som foreligger. Så vidt jeg kan se, er RG-2000-664 (Gulating) den eneste avgjørelsen som tillegger gjentakelsesmomentet avgjørende vekt. I flesteparten av sakene som berører momentet, knyttes det kun en kort kommentar til det, før det konkluderes med at det ikke fører frem, jf. eksempelvis RG-2003-707 (Gulating) og LE-2017-13402 (Eidsivating). I andre saker tillegges momentet vekt, men må gi tapt for andre hensyn, jf. Jf. eksempelvis LE-2013-70319-1 (Eidsivating) og LB-2014-48321 (Borgarting). I RG-2011-321 (Hålogaland) ble en GPS-logg tillatt ført som bevis i en oppsigelsessak, fordi graden av krenkelse ble ansett for å være "beskjeden".

regel i sivilprosessen, må det påvises rettskildemessige holdepunkter eller reelle grunner til dette.

Det å føre et skjult videoopptak av en arbeidstaker som bevis, kan sies å innebære en fortsettelse av den personvernkränkelsen som selve ervervet innebar.⁵³ De sivile sakene i Rt-2001-668 (kjm.utv.) og Rt-2004-878 (kjm.utv.) er derfor eksempler på tilfeller der det nettopp ville vært naturlig å operere med en presumsjon for avskjæring. Når Høyesterett valgte å ikke gå inn på momentet, kunne det muligens ses som et uttrykk for at presumsjonen ikke gjelder i sivile saker. Etter mitt syn kan imidlertid ikke avgjørelsene leses på denne måten. Høyesterett oppstilte en hovedregel om bevisavskjæring av utilbørlig ervervede videobevis i de to sakene. En slik hovedregel kan sies å gå ut på mye av det samme som en presumsjon for avskjæring dersom føring av beviset vil innebære en gjentatt kränkelse, slik at det kan argumenteres for at gjentakelsesmomentet "konsumeres" av hovedregelen. Avgjørelsene tyder derfor etter min mening på at presumsjonen for avskjæring også gjelder i sivile saker.⁵⁴

Dette har gode grunner for seg. På samme måte som i straffesaker, vil det være behov for avskjæring av beviset for å sikre en effektiv beskyttelse av de interesser (for eksempel personvern hensyn) som ble kränket ved bevissikringen.⁵⁵ Dersom retten tillater slike bevis ført, kan det oppfattes støtende og svekke tilliten til domstolene.

Spesielt for straffesakene, og tilfellene der det eksplisitt oppstilles en presumsjon for bevisavskjæring der bevisføringen vil innebære en gjentatt kränkelse, er imidlertid at ervervet medførte brudd på bestemmelser som skal ivareta rettssikkerhet og verne rettsstaten, og som gjelder særskilt for myndighetene. I Rt-1999-1269 (Verksbetjent-dommen) var det tale om et bevis som var i strid med fengselsbetjentens rett til å forholde seg taus. I Rt-2006-582 var spørsmålet om en politiforklaring knyttet til observasjoner og beslag fra en ulovlig ransaking, kunne føres som bevis.⁵⁶ Ut fra dette kunne det muligens tenkes at gjentakelsesmomentet bygger på en tankegang om vern mot statlig maktmisbruk. Slike hensyn gjør seg ikke gjeldende i tilfeller der det er private parter som foretar beviservervet. Dette kan likevel etter min mening ikke være av avgjørende betydning. Det sentrale må være selve

⁵³ Slik Høyesterett la til grunn i Rt-1991-616.

⁵⁴ Også i Rt-1997-795 kan man se det slik at Høyesterett implisitt vektla gjentakelsesmomentet da de oppstilte en hovedregel om avskjæring av utilbørlige lydopptak i en foreldretvist.

⁵⁵ Slik også Schei m.fl. 2013 side 868.

⁵⁶ I den konkrete saken kom Høyesterett imidlertid til at det ikke ville innebære en gjentakelse av rettsbruddet å tillate politiforklaringen som bevis og beviset ble følgelig tillatt fremmet.

interessekrenkelsen og grovheten av denne, ikke om det er det er private eller myndighetene som foretar det krenkende bevisertervet.

Dermed synes det ikke å være rettskildemessige holdepunkter eller reelle grunner til å skille mellom sivile saker og straffesaker på dette punkt. Det synes nærliggende å konkludere med at hovedregelen om avskjæring der føring av beviset vil innebære en gjentatt krenkelse, også gjelder i sivile saker.

2.3.3 Øvrige momenter i interesseavveiningen

Som påpekt over, vil jeg av hensyn til ordgrensen kun gå skjematisk gjennom de resterende momentene i interesseavveiningen.

Den grunnleggende målsetningen om å fremme sakens opplysning og oppnå en materielt riktig avgjørelse, er som nevnt det bærende hensynet mot å avskjære beviset.⁵⁷ Etter forarbeidene til tvisteloven tillegges hensynet relativ vekt alt ettersom hvor viktig/alvorlig saken er.⁵⁸ Eksempelvis vil et bevis som inneholder "vesentlige opplysninger" i en foreldretvist, kunne medføre at tungtveiende personvern hensyn må vike, jf. Rt-1997-795.⁵⁹ Nevnte kjennelse viser også at hensynet til sakens opplysning tillegges relativ vekt ut fra om overtredelsen kan antas å ha betydning for bevisverdien. I forbindelse med en foreldretvist foretok en av foreldrene et lydopptak av den andre forelderens telefonsamtale uten at vedkommende visste om det. Høyesterett vektla at parten som satt på opptakene hadde mulighet for å tilrettelegge situasjonen, slik at en adgang til slik bevisførsel regelmessig neppe kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi.⁶⁰ Tvistemålsutvalget trekker også frem betydningen av hvorvidt det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte som en faktor som spiller inn på hvilken vekt hensynet til sakens opplysning skal få.⁶¹

Hvilken vekt hensynet til den krenkede skal få på bekostning av hensynet til sakens opplysning, vil variere blant annet etter arten og omfanget av den krenkelse som ble begått ved bevisertervet.⁶² I denne sammenheng har det betydning om det dreier seg om krenkelse

⁵⁷ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) side 459.

⁵⁸ Bjørnvik/Selfors 2000 side 31.

⁵⁹ I oppgavens tredje del vil jeg gå nærmere inn på momentet.

⁶⁰ Ifølge Bjørnvik/Selfors 2000 side 33 kan man ikke tolke Høyesterett dithen at bevis som er fremskaffet på ulovlig måte, ikke kan tilføre saken særlig verdi. Utsagnet må begrenses til tilfeller hvor beviset er fremprovosert, eller på annen måte er en følge av tilretteleggelse fra den ene parten, fordi det kan være tenkelig at vedkommende kan manipulere frem et ønsket bevis.

⁶¹ NOU 2001:32 B side 961. Momentet ble blant annet vektlagt i Rt-2007-920 (kjm.utv.), som gjaldt spørsmål om fremleggelse av kontoutskrifter og brev i en erstatningssak mot en tidligere ansatt, hvor bevisene var innhentet gjennom et privat etterforskningsbyrå ved bruk av falske identiteter og uriktige opplysninger.

⁶² NOU 2001:32 B side 961 og Bjørnvik/Selfors 2000 side 34.

av sentrale interesser, som for eksempel personvern, eller andre, mindre sentrale interesser. Videre har det betydning om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset.⁶³ Førstnevnte er et mer tungtveiende argument for avskjæring enn sistnevnte. Som fremstillingen vil vise, har det dreiet seg om en materiell integritetskrenkelse og ikke brudd på formelle personvernskranks for beviserverv i samtlige av sakene der Høyesterett har avskåret bevis på grunn av personvernkrankelser.

I forlengelsen av dette kan man spørre seg om det får betydning for bevisavskjæringsspørsmålet hvilken norm (for eksempel personopplysningsloven, straffeloven eller ulovfestede personvernregler) som er brutt ved beviservervet. Som fastslått tidligere, kan et beviserverv anses for å være "utilbørlig" ervervet selv om det ikke foreligger formell lovstrid. Bjørnvik og Selfors hevder likevel at de klareste tilfellene av ulovlig/utilbørlig beviserverv foreligger når ervervet er foretatt i strid med en straffebestemmelse.⁶⁴ Torgersen fremholder at det neppe har betydning i seg selv hvorvidt det er tale om brudd på en straffebestemmelse (eller annen formell lov), men at dersom overtredelse kan medføre en straffereaksjon eller annen sanksjon, kan det indikere noe om viktigheten av den interesse som er krenket ved beviservervet og krenkelsens alvor.⁶⁵ For eksempel vil det å foreta et skjult lydopptak av en samtale man ikke selv deltar i (hvilket er straffbart etter straffeloven § 205), i utgangspunktet innebære en mer alvorlig integritetskrenkelse/krenkelse av retten til privatliv enn der man deltar i samtalen (forholdet rammes ikke av straffeloven). Det vil igjen lettere kunne føre til at beviset anses for å være ulovlig/utilbørlig ervervet. Men utgangspunktet er altså at det er grovheten av krenkelsen, og ikke hvilken norm som er krenket som er det sentrale.

Etter tvistelovens forarbeider er det av betydning hvorvidt bevisavskjæring vil kunne virke preventivt.⁶⁶ I dette ligger det at domstolene vil kunne bidra til å motvirke ulovlig og utilbørlig atferd gjennom en restriktiv holdning til bevis fremskaffet på en slik måte.⁶⁷ Videre har det betydning om det kan virke støtende på den alminnelige rettsfølelse – hvordan folk vil oppfatte det – å tillate bevisføringen.⁶⁸ Det kan være at saken er så alvorlig at det virker

⁶³ NOU 2001:32 B side 961.

⁶⁴ Bjørnvik/Selfors 2000 side 21.

⁶⁵ Torgersen2009 side 155.

⁶⁶ NOU 2001:32 B side 961.

⁶⁷ Bjørnvik/Selfors 2000 side 34. Momentet er eksempelvis vektlagt i Rt-1991-616, Rt-1997-795, Rt-2001-668 (kjm.utv.) og Rt-2004-878 (kjm.utv.).

⁶⁸ NOU 2001:32 B side 961.

støtende å ikke tillate beviset ført, eller motsatt at fremgangsmåten er så graverende at det vil stride mot den alminnelige rettsfølelse å føre det.⁶⁹

Bjørnvik/Selfors trekker frem betydningen av hvorvidt motparten har plikt til å utlevere beviset som et ytterligere moment i bevisavskjæringsvurderingen.⁷⁰ Momentet ble nevnt i Rt-1999-1269 (Verksbetjent-dommen), uten at det ble anvendt i selve vurderingen. Momentet må ses i lys av partenes opplysningsplikt, jf. tvisteloven § 21-4. Etter bestemmelsen har en part plikt til å opplyse motparten om viktige bevis i saken som vedkommende ikke har hånd om, uavhengig av om de aktuelle bevisene er til støtte for parten selv eller den andre parten. Dersom parten har forsømt sin opplysningsplikt, kan det påvirke de andre momentene i interesseavveiningen. For eksempel kan arten og omfanget av den krenkelse som ble begått ved ervervet, få en mindre inngripende karakter der det dreier seg om bevis som uansett skulle vært fremlagt.⁷¹ Synspunktet synes å være at det var partens brudd på opplysningsplikten som nødvendiggjorde det utilbørlige beviservervet, noe som igjen fører til at hensynet til den krenkede får mindre vekt.

Likevel bør det utvises forsiktighet med å tillegge momentet for stor betydning. Det å tillate at bevis fremskaffes på en utilbørlig måte under henvisning til at den annen part hadde plikt til å fremlegge det, vil kunne sende uheldige signaler og medføre økt bruk av kritikkverdige fremskaffelsesmetoder. Det er grunn til å ha preventive hensyn i mente på dette punkt. Muligens er det med en slik bakgrunn man må se det faktum at Høyesterett foreløpig ikke har vektlagt momentet i sivile saker. En annen – og kanskje mer nærliggende – begrunnelse kan være at momentet ikke har kommet på spissen for Høyesterett enda. Lagmannsretten ga på sin side momentet avgjørende vekt i LE-2017-13402 (Eidsivating) (se nedenfor).

3 EN DRØFTELSE OG VURDERING AV GJELDENDE RETT I UTVALGTE TYPETILFELLER AV BEVISERVERV

3.1 Innledning

I denne delen av oppgaven skal jeg drøfte hva som er gjeldende rett (de lege lata) i utvalgte typetilfeller av beviserverv i sivile saker. I denne sammenheng skal jeg se nærmere på bevis fremskaffet av en privat part gjennom skjult videoovervåking og fotografering, hemmelige

⁶⁹ Bjørnvik/Selfors 2000 side 34. Som eksempler på at sistnevnte ble trukket frem, kan det vises til Rt-1991-616 og Rt-1997-795.

⁷⁰ Bjørnvik/Selfors 2000 side 35.

⁷¹ Bjørnvik/Selfors 2000 side 35.

lydopptak, gjennom innsyn i e-postinnbokser eller private internettlogger, samt urettmessig tilgang til tekstmeldinger og Facebook-materiale. Formålet med gjennomgangen er å se om bevisavskjæringsvurderingen, herunder både vurderingen av "utilbørlig" og den konkrete interesseavveiningen, faller annerledes ut alt ettersom hvilken fremskaffelsesmetode som er tatt i bruk og hvilket rettsområde man befinner seg på. Underveis skal jeg dessuten vurdere rettstilstanden de lege ferenda der Høyesterett har tatt stilling til bevisavskjæringsspørsmålet i nevnte typetilfeller, samt drøfte og vurdere hvordan domstolene bør tilnærme seg tematikken i utvalgte typetilfeller som foreløpig ikke har kommet opp for Høyesterett (eller domstolene overhodet).

I det følgende vil jeg hovedsakelig konsentrere meg om rettspraksis (både fra Høyesterett og lagmannsretten) og juridisk litteratur. Ordlyden og forarbeidene til tvisteloven § 22-7 gir få konkrete retningslinjer for selve vurderingen av typetilfellene. Der disse gir noe som ikke allerede er dekket i oppgavens første og andre del, vil de imidlertid trekkes inn underveis.

3.2 Skjult videoovervåkning og fotografering

3.2.1 Skjult videoovervåkning av arbeidstaker på arbeidsplassen

Det første typetilfellet jeg skal se nærmere på, er tilfellet der arbeidsgiver foretar skjult videoovervåkning av arbeidstaker på arbeidsplassen. Slike beviservert utgjør et vesentlig materielt inngrep i den personlige integritet, samtidig som det er vanskelig å sikre seg mot.⁷² Det første jeg skal se på, er derfor 1. om det kan oppstilles et utgangspunkt om at slike bevismidler anses for å være "utilbørlig" ervervet, og 2. om det kan oppstilles en hovedregel om bevisavskjæring for disse tilfellene.

Straffesaken inntatt i Rt-1991-616 anses for å være prinsippavgjørelsen om skjult videoovervåkning på arbeidsplassen. Saken gjaldt en ansatt i et gatekjøkken som var utsatt for skjult videoovervåkning på bakgrunn av mistanke om at vedkommende begikk underslag. Høyesterett uttalte at selv om de ansatte var kjent med og hadde samtykket til anbringelsen av videokameraet, var formålet at de skulle ha anledning til å oppholde seg i spiserommet i stille perioder og følge med om det kom kunder i forretningslokalet. At kameraet i perioder skulle brukes til løpende overvåkning og opptak av ansatte, måtte ansees for å være klart i strid med forutsetningene for ordningen. Den skjulte overvåkningen representerte derfor et "vidtgående integritetsinngrep", som ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet måtte anses uakseptabel. Beviset var følgelig ulovlig ervervet.

⁷² Slik også Torgersen 2009 side 400.

I den konkrete vurderingen av om beviset skulle avskjæres, tok Høyesterett utgangspunkt i at hemmelig videoovervåkning på arbeidsplassen innebærer en "alvorlig integritetskrenkelse" som må anses som "sterkt belastende" for de ansatte. På denne bakgrunn talte "vesentlige personvern hensyn" for at domstolene nektet bruk av beviset. Videre påpekte Høyesterett at det ville kunne virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt, og det vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket. En åpning for fremleggelse av bevis fremskaffet på en slik måte, ville medføre en risiko for en mer utstrakt bruk av hemmelige opptak også i andre tilfeller. Det ble derfor vektlagt at domstolene vil kunne motvirke denne form for krenkelser ved en restriktiv holdning.

Mot nevnte hensyn stod hensynet til sakens opplysning. Videre mente den daglige leder å ha en berettiget mistanke om underslag, slik at det var nødvendig å gripe til slike metoder for å fremskaffe bevis. Disse hensynene ble imidlertid ikke ansett for å være tilstrekkelig tungtveiende. Når det gjaldt bevisverdien av videomaterialet, fremholdt Høyesterett at dette ikke kunne anses avgjørende, fordi det i så fall med nødvendighet ville medføre en betydelig uthuling av enkeltpersoners personvernbeskyttelse. På denne bakgrunn fastslo Høyesterett at sakens omfang og karakter ikke ga grunnlag for å fravike det de anså som hovedregelen for slike videobevis, nemlig at disse nektes ført.

Høyesterett fulgte opp retningslinjene og kom til samme resultat i de sivile sakene i Rt-2001-668 (kjm.utv.) og Rt-2004-878 (kjm.utv.). Der var det også tale om en arbeidsgiver som ønsket å føre et skjult videoopptak av en arbeidstaker i en avskjedssak, som bevis for at vedkommende underslo penger fra kassen. Videobeviset innebar en alvorlig integritetskrenkelse og beviset var følgelig ulovlig ervervet.⁷³ Heller ikke her ga sakens omfang og karakter grunnlag for å fravike hovedregelen om at slike videobevis nektes ført.⁷⁴

En fellesnevner for ovennevnte avgjørelser er at videoovervåkingen var foretatt i skjul. Spørsmålet er om det er "utilbørlig" å videoovervåke en arbeidstaker dersom arbeidstakeren vet at vedkommende kan komme til å videoovervåkes, og om også slike bevis som hovedregel skal nektes ført etter tvisteloven § 22-7.

⁷³ Det rettslige grunnlaget for bevisavskjæringsvurderingen var ulovfestede regler om bevisavskjæring, hvilket forklarer hvorfor lagmannsretten ikke bruker vilkåret "utilbørlig".

⁷⁴ Tilsvarende vurderinger og resultat i RG-2000-664 (Gulating) og LH-2003-20703 (Hålogaland). I RG-2002-162 (Gulating) kom lagmannsretten til motsatt resultat under henvisning til at saken skilte seg fra allerede foreliggende rettspraksis. Det er usikkert om resultatet lar seg forene med gjeldende rett på området, ettersom Høyesterett ikke i noen tilfeller har godtatt skjult kameraovervåking på arbeidsplassen som bevis for arbeidstakers økonomiske misligheter. Slik også Schei m.fl. 2013 side 870.

Høyesterett har foreløpig ikke behandlet typetilfellet. I ovennevnte avgjørelser ble det imidlertid både i ulovlig/utilbørlig-vurderingen og den konkrete interesseavveiningen lagt stor vekt på nettopp det at overvåkingen var foretatt i det skjulte. En motsetningslutning av avgjørelsene tilsier at det ville hatt stor betydning for vurderingen dersom arbeidstaker var gjort kjent med at vedkommende kom til å bli filmet, og at man er utenfor hovedregelen om avskjæring i slike tilfeller.

Som støtte for synspunktet kan det vises til Rt-2004-1366 (kjm.utv.). Saken gjaldt en foreldretvist der en far ønsket å føre et opptak fra en telefonsamtale mellom moren, faren og datteren som bevis, for å sannsynliggjøre at mor hindret samvær mellom far og datter. Moren var kjent med at opptak ville skje, og det kunne da ikke kreves at far hver gang skulle underrette mor om dette. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom etter dette til at lydopptakene ikke var fremskaffet på utilbørlig måte, og at disse "åpenbart" ikke kunne nektes ført som bevis. Saken gjaldt et hemmelig lydopptak, men tilsvarende argumenter gjør seg gjeldende i tilfeller av skjult videoovervåking. Avgjørelsen trekker i retning av at overvåkingen ikke er "utilbørlig" dersom den er annonsert eller på annen måte gjort kjent for arbeidstaker, og at det ikke gjelder noen hovedregel om avskjæring i slike tilfeller. Også Rt-1990-1008, der det var spørsmål om avskjæring av et fotografi innhentet ved automatisk trafikk kontroll som bevis for fartsoverskridelse, trekker i denne retning. Overvåkingen var varslet om gjennom trafikkskilt, slik at personvern hensyn fikk begrenset vekt (s. 1011). Fotografiet ble på denne bakgrunn tillatt ført som bevis.

I lagmannsrettskjennelsen inntatt i RG-2011-36 (Borgarting) hadde arbeidsgiver foretatt overvåking av en arbeidstaker på arbeidsplassen. Arbeidstaker var klar over at overvåkningsutstyr skulle installeres. Han ønsket imidlertid ikke å vite nøyaktig hvor de ble satt opp, fordi han ville minske følelsen av å være overvåket. På denne bakgrunn fremstod det etter lagmannsrettens mening ikke som noen grov integritetskrenkelse at han ikke var kjent med hvilke vinkler kameraet hadde. Selv om det ikke sies uttrykkelig, tolkes kjennelsen dithen at beviset ikke var "utilbørlig" ervervet. Videobeviset ble på denne bakgrunn tillatt ført.

Dersom arbeidstaker er klar over at vedkommende kan komme til å overvåkes på jobben, er det gode grunner til at videoovervåkingen ikke betegnes som "utilbørlig", og til å føre beviset. I tillegg til at integritetskrenkelsen ikke fremstår like grov i slike tilfeller, bærer ikke situasjonen preg av et like klart tillitsbrudd mellom partene som tilfeller der arbeidstaker ikke er klar over overvåkingen. Hovedregelen er fri bevisføring etter tvisteloven § 21-3 første ledd, og det er unntakene som må begrunnes. Rettskildematerialet gir holdepunkter for å

fravike hovedregelen for tilfeller av *skjult* videoovervåkning på arbeidsplassen, men det finnes ikke rettskildemessig grunnlag for å fravike hovedregelen der arbeidstaker vet at vedkommende kan komme til å videoovervåkes. I mangel på slike holdepunkter, må man falle tilbake på hovedregelen om at beviset føres.

Dermed er det grunnlag for å trekke følgende konklusjoner om gjeldende rett på området:

1. Skjult videoovervåkning på arbeidsplassen utgjør et vesentlig inngrep i arbeidstakers personlige integritet og er en "utilbørlig" måte å skaffe seg bevis på,
2. skjult videoovervåkning på arbeidsplassen utgjør et "særlig[e] tilfelle[r]" og hovedregelen er at slike utilbørlig ervervede videobevis avskjæres, både i straffesaker og sivile saker.⁷⁵
3. dersom arbeidstaker er varslet om videoovervåkningen, er beviset ikke "utilbørlig" ervervet og man befinner seg utenfor hovedregelen om avskjæring av videoopptak på arbeidsplassen som bevis.

I ovennevnte Rt-1991-616, Rt-2001-668 og Rt-2004-878 uttalte Høyesterett at sakens "omfang og karakter" ikke ga grunnlag for å fravike det de anså som hovedregelen for slike videobevis, nemlig at disse nektes ført. Spørsmålet er i hvilke tilfeller sakens "omfang og karakter" kan gi grunnlag for å fravike hovedregelen om at skjulte ("utilbørlige") videoopptak på arbeidsplassen avskjæres som bevis.

Tvistemålsutvalget tolker kjennelsen fra 1991 dithen at dersom videoopptaket istedenfor å vise at arbeidsgiver begikk underslag, for eksempel viste en meget alvorlig voldshandling, måtte vurderingen ha falt annerledes ut.⁷⁶ Rt-2009-1526 underbygger utvalgets standpunkt. I saken tok fornærmede i en drapsforsøkssak opp et lydopptak av en forsoningssamtale han hadde med tiltalte i saken. Samtalen fant sted i et besøksrom i fengselet der tiltalte var fengslet, etter initiativ fra fengselspresten, som også var til stede underveis. Forutsetningen for samtalen var at den skulle være konfidensiell, og verken presten eller tiltalte var klar over at samtalen ble tatt opp. Tiltalte krevde at lydopptaket skulle avskjæres som bevis. Høyesterett anså det ikke som tvilsomt at opptakene var fremskaffet på en utilbørlig måte. Etter en interesseavveining tilsvarende den som tas etter tvisteloven § 22-7, kom Høyesterett til at opptakene likevel kunne avspilles. Begrunnelsen var at saken gjaldt en meget alvorlig

⁷⁵ Slik også Schei m.fl. 2013 side 870. Det finnes ingen eksempler på at Høyesterett har godtatt skjult videoovervåkning på arbeidsplassen.

⁷⁶ NOU 2001:32 B side 961.

kriminell handling (drapsforsøk), hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse var tungtveiende.

Utover dette kan det nok tenkes andre unntak. Ettersom verken forarbeidene til tvisteloven, rettspraksis eller juridisk teori gir holdepunkter for noen videre drøftelse av eventuelle unntak, vil jeg ikke gå nærmere inn på tematikken.

Spørsmålet er om det ovennevnte gir uttrykk for en god regel de lege ferenda.

På den ene side har man hensynet til arbeidsgivers beskyttelsesverdige behov for å avsløre at arbeidstaker begår kriminelle handlinger, for eksempel underslag, på arbeidsplassen. Uten muligheten for å filme arbeidstakeren i en slik situasjon, risikerer arbeidsgiver at de straffbare handlingene vedvarer, fordi det er vanskelig å fremskaffe bevis for dette på en annen måte.⁷⁷ Det kan tilsi at man ikke skal være for kategorisk i å avskjære skjulte videoopptak som bevis, og at det bør kunne nyanseres ut fra graden av mistanke om underslag, hvor alvorlig det antatte underslaget er, hvor langvarig filmopptaket er, osv.

På den annen side kan det by på vanskelige grensdragninger hvis man ikke opererer med en absolutt hovedregel om avskjæring av skjulte videoopptak på arbeidsplassen. Rettsteknisk er det enklere å operere med en klar hovedregel for typetilfellet. Et annet moment som tilsier at regelen er hensiktsmessig, er at folk generelt oppholder seg mye på arbeidsplassene, noe som tilsier at behovet for ikke å bli overvåket i skjul er stort. De fleste vil være enige om at filming i noens private hjem vil innebære en så grov integritetskrenkelse at beviset som den klare hovedregel må avskjæres. Det gir god mening at det samme gjelder på arbeidsplassen, ettersom grensen mellom den private sfære og arbeidsplass ofte kan være uklar, for eksempel når de ansatte har egne kontor. Dessuten kan man se det slik at det er illojalt av arbeidsgiver å overvåke sine ansatte i skjul. Høyesterett uttaler seg ikke uttrykkelig om et slikt tillitsmoment. Likevel kan uttalelsene i Rt-1991-616 om at den løpende overvåkingen og opptakene av ansatte måtte ansees for å være "klart i strid med forutsetningene for ordningen" (s. 620), sies å indirekte gi uttrykk for at tillitsmomentet har betydning.

At nevnte hensyn ikke gjør seg gjeldende med samme styrke der arbeidstaker er kjent med at vedkommende kan komme til å overvåkes, må anses for å være på det rene i lys av tidligere drøftelser. At det bør åpnes for å fravike hovedregelen om avskjæring av skjulte videoopptak i særlig alvorlige saker, fremstår også hensiktsmessig i lys av at hensynet til sakens opplysning

⁷⁷ Som nevnt er dette trukket frem som et moment i interesseavveiningen i NOU 2001:32 B side 961.

er særlig tungtveiende i slike tilfeller. Dessuten vil det stride klart mot den alminnelige rettsfølelse og være egnet til å svekke tilliten til domstolene å nekte beviset ført, dersom det resulterer i at alvorlige kriminelle handlinger ikke blir straffet.

På denne bakgrunn anses ovennevnte hovedregel for å gi uttrykk for en hensiktsmessig rettstilstand de lege ferenda.

3.2.2 Skjult fotografering/filming av arbeidstaker utenfor vedkommendes private bolig

I forlengelsen av drøftelsen under forrige punkt, kan man spørre seg hvordan bevisavskjæringsspørsmålet stiller seg der en arbeidsgiver foretar skjult fotografering eller filming av en arbeidstaker utenfor vedkommendes private bolig. Typetilfellet er foreløpig ikke behandlet av Høyesterett. Lagmannsretten gikk inn på tematikken i forbindelse med en arbeidstvist i RG-2007-855 (Frostating). Der hadde arbeidsgiver iverksatt hemmelig spaning og fotografering av arbeidstaker utenfor hans private bolig, som følge av mistanke om underslag av varer fra arbeidsplassen. Flertallet kom til at fotograferingen ikke var i strid med arbeidsmiljøloven § 9-1, som fastslår at arbeidsgiver bare kan iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren. Beviset var derfor ikke ulovlig ervervet.⁷⁸ Herunder ble det vektlagt at bevisene utgjorde en mindre integritetskrenkelse enn videoovervåkning på arbeidsplassen, jf. Rt-1991-616 og Rt-2001-668. Videre ble det vektlagt at det forelå en konkret mistanke om underslag og at spaningen var særskilt rettet mot å avsløre forholdet. Fotografiene ble derfor tillatt ført som bevis.

Mindretallet mente at det å forfølge og fotografere en arbeidstaker utenfor vedkommendes bolig utgjorde et vidtgående integritetsinngrep, som måtte sidestilles med filming på arbeidsplassen. Fotobeviset ble derfor ansett for å være ulovlig ervervet, jf. arbeidsmiljøloven § 9-1. I den konkrete vurderingen av om beviset likevel skulle tillates ført, la mindretallet til grunn at hovedregelen måtte være at slike bevis avskjæres. Preventive hensyn og betraktninger om at det ville virke støtende og fremstå som en ny krenkelse om beviset tillates ført, fikk avgjørende vekt på bekostning av hensynet til sakens opplysning.

På bakgrunn av det sparsomme rettskildematerialet, herunder mangelen på høyesterettspraksis som behandler typetilfellet, anses rettstilstanden når det gjelder fotografering av arbeidstaker

⁷⁸ Det rettslige grunnlaget for vurderingen var ulovfestede regler om bevisavskjæring, hvilket forklarer hvorfor lagmannsretten ikke bruker vilkåret "utilbørlig".

utenfor vedkommendes private bolig for å være uklar. I lys av dette blir spørsmålet hvilken løsning som bør velges på området.

Flertallets argument om at fotograferingen var av mindre inngripende karakter enn tilfeller av skjult videoovervåkning på arbeidsplassen, fremstår ikke som overbevisende. Selv om fotografering isolert sett kan anses for å være mindre inngripende enn filming (fordi sistnevnte har et tilleggsmoment i form av lyd og levende bilde), har jeg vanskelig for å se at det er mindre inngripende å bli forfulgt og fotografert av arbeidsgiver utenfor sitt eget hjem enn å bli filmet inne på arbeidsplassen. Det er nærliggende at allmennheten vil betrakte det som støtende dersom domstolene aksepterer at bevis fremskaffes på en slik måte, noe som tilsier en restriktiv holdning på området.

Heller ikke flertallets argument om at saken skilte seg fra ovennevnte høyesterettsavgjørelser som følge av at det forelå en konkret mistanke om underslag og at spaningen var særskilt rettet mot å avsløre forholdet, er særlig overbevisende. Disse argumentene ble også anført i eksempelvis Rt-1991-616, men de ble ikke godtatt som tilstrekkelige tungtveiende for føring av beviset.

Mindretallets argumentasjon fremstår som mer i tråd med Høyesteretts vurderinger i lignende saker (jf. Rt-1991-616, Rt-2001-668 og Rt-2004-878), og anses for å ha gode grunner for seg. Fotografier tatt utenfor arbeidstakerens private bolig innebærer en vidtgående integritetskrenkelse og bør anses for å være "utilbørlig" ervervet. For slike utilbørlige fotografier bør det i lys av ovennevnte argumenter dessuten, på samme måte som ved skjult videoovervåkning på arbeidsplassen, oppstilles en hovedregel om avskjæring etter tvisteloven § 22-7. Det samme bør klart gjelde dersom arbeidsgiver ønsker å føre *videobevis* fremskaffet på en slik måte i en arbeidstvist.

3.2.3 Skjult videoovervåkning av forsikringstaker på offentlig tilgjengelig sted

Et annet typetilfelle som aktualiserer spørsmål om bevisavskjæring, er situasjonen der et forsikringselskap foretar skjult overvåkning av en forsikringstaker på et offentlig tilgjengelig sted. Formålet er typisk å avsløre (forsøk på) forsikringssvindel, for eksempel der det foreligger mistanke om at forsikringstakeren hevder å ha en større funksjonsnedsettelse enn det som er tilfellet. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt, og i så fall hvorfor, domstolene behandler tilfellet annerledes enn der arbeidsgiver foretar skjult videoovervåkning på arbeidsplassen.

Problemstillingen om avskjæring av skjulte videoopptak som bevis for forsikringssvindel er foreløpig lite berørt hos Høyesterett. Kjennelsen i Rt-2014-916 (U) er den eneste høyesterettsavgjørelsen som går inn på tematikken. Der hadde et forsikringsselskap engasjert en gransker for å observere og foreta skjult videoopptak av en forsikringstaker. Høyesteretts ankeutvalg opphevet lagmannsrettens kjennelse om at granskningsrapporten og vitneforklaringer fra granskeren skulle avskjæres som bevis. Innholdet i rapporten og vitneforklaringene baserte seg på det granskeren selv hadde observert, ikke på videoopptaket, og da måtte det foretas en selvstendig vurdering av om disse bevisene skulle avskjæres. I saken kunne Høyesterett kun prøve lagmannsrettens lovtolkning og saksbehandling, og kjennelsen gir derfor begrenset veiledning til selve bevisavskjæringsvurderingen i typetilfellet. Likevel kan det på bakgrunn av kjennelsen fastslås at det til forskjell fra skjult videoovervåkning på arbeidsplassen, ikke er grunnlag i høyesterettspraksis for å oppstille en hovedregel om bevisavskjæring ved skjult overvåkning i forsikringssaker.

Spørsmålet om skjult videoovervåkning i forsikringssaker har kommet opp i lagmannsrettspraksis. I LE-2013-70319-1 (Eidsivating) krevde en arbeidstaker erstatning fra et forsikringsselskap for yrkesskade. Forsikringsselskapet foretok skjult observasjon og videoopptak av arbeidstakerens ankomst og avgang fra arbeidsplassen, for å bevise at funksjonsevnen ikke var så nedsatt som arbeidstakeren hevdet. Arbeidstakeren krevde at et videobevis, spaningsrapporter, samt vitneforklaringer skulle avskjæres som bevis i saken, jf. tvisteloven § 22-7.

I vurderingen av om bevisene var "utilbørlig" ervervet, la lagmannsretten til grunn at innhenting var i tråd med personopplysningsloven §§ 8 og 9 (som stiller krav om at det må foreligge et rettslig grunnlag for behandlingen av personopplysningene, herunder lovhjemmel, samtykke eller at behandlingen er nødvendig for å oppnå nærmere angitte formål). Deretter ble det bemerket at observasjoner og filming over en lengre tidsperiode, slik det var tale om i saken, oppleves som svært inngripende. Til støtte for dette ble det vist til Rt-1991-616. Det ble imidlertid understreket at saksforholdet i de to sakene var vesentlig ulikt og at ikke all filming uten samtykke er å anse som utilbørlig. Etter lagmannsrettens mening kunne dette for eksempel stille seg annerledes ved mistanke om (forsikrings)svik. I den konkrete sak kom

lagmannsretten imidlertid til at filmingen og observasjonen var utilbørlig, fordi øvrige og mindre inngripende undersøkelser ikke var foretatt.⁷⁹

I den konkrete vurderingen av om det utilbørlig ervervede beviset skulle avskjæres, la lagmannsretten til grunn at utilbørlig ervervede lyd- eller videoopptak som hovedregel ikke skal tillates ført som bevismiddel i sivile saker, da dette vil kunne virke støtende og oppfattes som en fortsatt krenkelse. Hensynet til sakens opplysning tilsa imidlertid med styrke at beviset burde tillates fremlagt. Herunder ble det særlig lagt vekt på at det dreide seg om et erstatningskrav på nesten 5 millioner kroner, og at det syntes å foreligge avvik mellom de opplysninger arbeidstaker ga om sin egen helsetilstand og forhold som fremkom av videoopptaket. Videre var det av betydning at forsikringsbedrageri er et alvorlig samfunnsproblem.

Det ble i saken dessuten vektlagt at det totalt var filmet i 29 minutter og 10 sekunder, og at det fremlagte klippet kun varte i ca. 10 minutter. Slik sett dreide det seg om en betydelig mindre krenkelse enn tilfellet var i Rt-1991-616 (et redigert klipp på 30-40 minutter, med en samlet opptak på 14 timer) og Rt-2001-668. Lagmannsretten la altså vekt på hvor omfattende videoklippet var.⁸⁰ Videre ble det vektlagt at observasjonene fant sted ved kontoret – ved utendørsområder som var tilgjengelige for allmenheten – og ikke fra arbeidstakerens hjem eller i forbindelse med private gjøremål eller lignende. Observasjonene var målrettet gjennomført med sikte på å avklare arbeidstakerens tilstedeværelse på arbeidsplassen.

På bakgrunn av det ovennevnte kom lagmannsretten til at fremleggelse av bevisene ikke innebar en krenkelse av tungtveiende integritets – eller personvern hensyn. Hensynet til sakens opplysning måtte følgelig tillegges avgjørende vekt i interesseavveiningen, og beviset ble følgelig tillatt ført.⁸¹

Som følge av at høyesterettspraksis gir begrenset veiledning, er rettstilstanden usikker når det gjelder bevisavskjæring der det er foretatt skjult videoovervåkning i forsikringssaker.

Redegjørelsen viser at lagmannsretten, til forskjell fra ovennevnte høyesterettsavgjørelser om

⁷⁹ Hvorvidt det var mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte er som nevnt tidligere et moment som trekkes frem i NOU 2001:32 B side 961.

⁸⁰ Dette momentet er så vidt jeg kan se ikke vektlagt av Høyesterett per i dag. Årsaken kan være at opptakene i de sakene som har kommet opp for Høyesterett, har vært omfattende, slik at det ikke har vært grunnlag for å trekke frem betydningen av momentet. Etter min mening er det uansett et forsvarlig argument, ettersom det er klart at integritetskrenkelsens omfang stiger i takt med filmingens varighet.

⁸¹ Retningslinjene i kjennelsen ble fulgt opp i LB-2014-48321 (Borgarting), som også gjaldt skjulte observasjoner og videoopptak av en forsikringstaker på offentlig sted for å avsløre forsikringssvindler. Også her ble bevisene tillatt ført.

skjult videoovervåkning på arbeidsplassen, ikke legger like kategorisk til grunn at skjult filming i forsikringsaker er utilbørlig. Dersom filmingen først anses for å være utilbørlig, synes lagmannsretten å legge til grunn at beviset som hovedregel skal avskjæres. I helhetsvurderingen synes likevel hensynet til sakens opplysning å tillegges langt større vekt enn i tilfeller av skjult videoovervåkning på arbeidsplassen (der det kun er i spesielt alvorlige saker at slik filming tillates, jf. tidligere drøftelser).

Spørsmålet er om lagmannsrettspraksisen gir uttrykk for det som bør være regelen på området.

Som et argument for å bedømme typetilfellet annerledes enn tilfeller av skjult videoovervåkning på arbeidsplassen, kan det særlig trekkes frem at det gjør seg gjeldende ulike forventninger i de to situasjonene. Mens man ikke forventer å bli filmet på arbeidsplassen uten at dette er varslet om, er de fleste til gjengjeld klar over den dagligdagse risikoen for å filmes på offentlig tilgjengelige steder (for eksempel på t-bane-stasjonen, i matvarebutikken, på offentlige parkeringsplasser, osv.). Det gjør at denne formen for filming fremstår som et mindre integritetsinngrep.

En annen grunn til å behandle tilfellene ulikt, er at filmingen i forsikringstilfellene er foretatt for å kontrollere opplysninger gitt fra den forsikrede i forbindelse med at vedkommende selv har fremmet erstatningskrav.⁸² Det er vanlig praksis at forsikringsselskap iverksetter undersøkelser når de får forsikringskrav rettet mot seg. Det må kunne legges til grunn at forsikringstakeren er klar over muligheten for slike undersøkelser, slik at forholdet ikke bærer preg av et tilsvarende tillitsbrudd som der arbeidstaker er intetanende om at vedkommende filmes på arbeidsplassen.

Samlet sett gir lagmannsrettspraksisen uttrykk for det som bør være regelen på området. Til forskjell fra skjult videoovervåkning på arbeidsplassen, bør man ikke være like kategorisk i å karakterisere skjult videoovervåkning av en forsikringstaker på offentlig tilgjengelig sted som "utilbørlig", og det bør heller ikke opereres med en hovedregel om avskjæring av slike videobevis.

⁸² Noe lagmannsretten trakk frem som et argument for at typetilfellet skilte seg fra skjult videoovervåkning på arbeidsplassen.

3.3 Hemmelige lydopptak

3.3.1 Hemmelige lydopptak i foreldretvister

I likhet med skjulte videoopptak på arbeidsplassen, innebærer hemmelige lydopptak i familieforhold en alvorlig integritetskrenkelse for den det gjelder, samtidig som det er vanskelig å sikre seg mot slike opptak.⁸³ Spørsmålet blir derfor 1. om slike bevismidler i utgangspunktet anses for å være "utilbørlig" ervervet, og 2. om det kan oppstilles en hovedregel om bevisavskjæring for disse tilfellene.

I Rt-1997-795 tok en mor i forbindelse med en foreldretvist, lydopptak av telefonsamtaler som faren hadde med barna, uten at han kjente til det. Moren begjærte fremleggelse av en utskrift av opptaket i saken. Høyesterett tok utgangspunkt i at moren neppe hadde overtrådt straffeloven § 145a (någjeldende § 205), som fastslår at det er ulovlig å foreta hemmelige lydbåndopptak av telefonsamtale mellom andre. Den ulovfestete adgangen til å kreve bevis avskåret ble imidlertid ansett for å rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling. Høyesterett påpekte i denne sammenheng at slike hemmelige lydbåndopptak ofte vil være "illojale og støtende".⁸⁴ Selv om dette ikke sies uttrykkelig, er det nærliggende å tolke utsagnet dithen at opptaket var ulovlig/utilbørlig fordi det var i strid med alminnelige personvernprinsipper.

I den konkrete helhetsvurderingen trakk Høyesterett frem at en adgang til å legge frem lydbånd/utskrift basert på hemmelige opptak i denne type saker, vil kunne åpne for en aktivitet fra foreldrene som det er grunn til å motvirke. Dessuten ble det vektlagt at parten som sitter på opptakene har muligheter for å tilrettelegge situasjonen, slik at en adgang til slik bevisførsel regelmessig neppe vil kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi. I den konkrete sak fant Høyesterett at morens betenkeligheter med å la barna få være sammen med sin far, rimeligvis ville være belyst gjennom den brede bevisførsel som man for øvrig vil finne i saken. Hensynet til sakens opplysning gjorde seg følgelig ikke sterkt gjeldende. Beviset ble nektet ført.⁸⁵

Løsningen fremstår hensiktsmessig. I det daglige har man en beskyttelsesverdig forventning om at telefonsamtaler holdes privat, og at det kun er de partene som man har akseptert at deltar i samtalen som får tilgang til innholdet i denne. Det å ta opp samtaler uten å varsle

⁸³ Slik også Torgersen 2009 side 400.

⁸⁴ Slik også Schei m.fl. 2013 side 865.

⁸⁵ Lagmannsretten foretok tilsvarende vurderinger og kom til samme konklusjon i LH-2011-110153 (Hålogaland), der det også var spørsmål om å avskjære et lydopptak som bevis i en foreldretvist.

samtaleparten innebærer derfor som oftest et klanderverdig tillitsbrudd overfor den annen, som skaper en uønsket utrygghet.⁸⁶ Disse forhold gjør seg særlig gjeldende i foreldretvister. Man kan se det slik at det av hensyn til barnets beste er spesielt viktig med samarbeid og gjensidig tillit foreldre imellom. Derfor fremstår hemmelige lydopptak i foreldretvister som særlig støtende, noe som tilsier at det er ønskelig med en restriktiv tilnærming til slike bevis.

Det lille som finnes av høyesterettspraksis på området gir dermed grunnlag for å trekke følgende konklusjoner om gjeldende rett:

1. Hemmelige lydopptak av samtaler i foreldretvister vil ofte være "illojale og støtende" og følgelig en "utilbørlig" måte å skaffe seg bevis på, og
2. hemmelige lydopptak av samtaler i familieforhold utgjør et "særlig[e] tilfelle[r]" og hovedregelen er at slike utilbørlig ervervede lydopptak avskjæres som bevis.⁸⁷

Rettspraksis viser at man er utenfor hovedregelen om avskjæring av lydopptak der motparten er klar over at samtalen vil bli tatt opp, slik tilfellet var i tidligere nevnte Rt-2004-1366 (kjm.utv.). Der ønsket en far å føre et opptak fra en telefonsamtale mellom moren, faren og datteren som bevis i en foreldretvist. Moren var kjent med at opptak ville skje, og det kunne da ikke kreves at far hver gang skulle underrette mor om dette. Lydopptakene var ikke fremskaffet på utilbørlig måte og disse kunne "åpenbart" ikke nektes ført som bevis. Løsningen fremstår velbegrunnet, fordi det i slike tilfeller mangler et tilsvarende tillitsbrudd som forelå i Rt-1997-795.⁸⁸ Integritetskrenkelsen fremstår da ikke like alvorlig, noe som gjør det nærliggende å la hensynet til sakens opplysning få avgjørende vekt.

På bakgrunn av uttalelser i Rt-1997-795 kan det oppstilles et unntak fra hovedregelen om at utilbørlige lydopptak avskjæres, dersom det hemmelige lydbåndopptaket inneholder "vesentlige opplysninger" om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte (s. 796). Schei m.fl. trekker frem lydopptak som viser at barn blir utsatt for alvorlige overgrep eller omsorgssvikt som eksempel på slike "vesentlige opplysninger".⁸⁹ Unntaket fremstår som velbegrunnet. Dersom noen utsetter barnet sitt for overgrep eller omsorgssvikt, vil de fleste være enige om at hensynet til barnets beste – som er et styrende hensyn i foreldresaker – må overstige forelderens behov for å beskytte sin personlige integritet. Samfunnet forventer en

⁸⁶ Slik også Ot. prp. nr. 55 (1997-1998) side 63.

⁸⁷ Slik også Schei m.fl. 2013 side 864.

⁸⁸ Sml. ovennevnte Rt-1990-1008 (s. 1011) og RG-2011-36 (Borgarting). I sistnevnte sak gir lagmannsretten uttrykk for at forhåndsvarslet videoovervåkning ikke er utilbørlig.

⁸⁹ Schei m.fl. 2013 side 870. Torgersen (2009) side 415 underbygger et slikt standpunkt.

nulltoleranse overfor slike forhold. Det vil stride klart mot den alminnelige rettsfølelse og være egnet til å svekke tilliten til domstolene å nekte beviset ført, dersom det resulterer i at forelderen blir fri for ansvar.⁹⁰

En særlig problemstilling oppstod i LB-2016-109383 (Borgarting). Der hadde faren i en foreldretvist tatt opp en telefonsamtale mellom barnet og moren uten at moren var opplyst om dette. En sakkyndig fikk opptakene spilt for seg, og gjenga hovedinnholdet i sin sakkyndigrapport. Moren krevde at hele rapporten måtte avskjæres som bevis i henhold til tvisteloven § 22-7. Begjæringen ble ikke tatt til følge til tross for at opptaket var "utilbørlig" ervervet. Begrunnelsen var at opptaket hadde en liten og ikke sentral plass i den sakkyndige rapporten, rapporten var lang og ga et nyansert bilde av partenes synspunkter, og den ville undergis kontradiksjon under hovedforhandlingen. Gjennomføring av en ny sakkyndig vurdering ville dessuten være en belastning og ikke være til barnets beste. Sammenholdt med hensynet til sakens opplysning, fikk dette avgjørende betydning for at rapporten ble ført.⁹¹

Lagmannsretten synes å legge til grunn at man etter omstendighetene kan fravike hovedregelen om avskjæring av utilbørlige lydopptak, der det utilbørlige lydopptaket (eller en utskrift av dette) inngår i en sakkyndigrapport og alternativet er å avskjære rapporten i sin helhet. Høyesterett har ikke bekreftet løsningen og det er derfor usikkert om den kan sies å være gjeldende rett. Lagmannsrettens argumentasjon fremstår likevel som velbegrunnet. Sakkyndigrapporter er ofte det viktigste beviset i foreldresaker, slik at hensynet til sakens opplysning med tyngde taler mot å avskjære denne i sin helhet. Avskjæringen vil i ytterste konsekvens innebære en ny rettsprosess, noe som vil være særlig tyngende for det involverte barnet. Det bærende hensynet til barnets beste vil da være et tungtveiende argument mot avskjæring. Dersom opptaket har en liten og ikke sentral plass i en ellers lang og nyansert rapport, og denne kan undergis kontradiksjon under hovedforhandlingen, er det særlig nærliggende å gi hensynet til sakens opplysning avgjørende vekt på bekostning av forelderens personvern hensyn. For at det ikke skal bli for lett å omgå hovedregelen om avskjæring, bør imidlertid sakkyndige rapporter som i stor grad baserer seg på slike utilbørlige opptak avskjæres. Det er følgelig ikke hensiktsmessig å oppstille et generelt unntak om at

⁹⁰ Schei m.fl. 2013 side 868.

⁹¹ Høyesterett forkastet anken over kjennelsen, jf. HR-2016-2026-U. Også i LA-2015-79458 (Agder) ble hemmelige lydopptak tillatt ført som bevis i en foreldretvist, fordi hensynet til sakens opplysning med styrke tilsa at retten selv fikk høre opptakene. I saken gjorde det seg imidlertid gjeldende spesielle forhold. Faren hadde utsatt moren for alvorlig mishandling, hvilket fikk betydning for hvor stor betydning krenkelsen av farens personvern kunne få. Disse omstendighetene begrenser avgjørelsens generelle rekkevidde.

sakkyndigrapporter ikke avskjæres – spørsmålet bør i siste omgang bero på en konkret vurdering, slik lagmannsretten gir uttrykk for i denne saken.

3.3.2 Hemmelige lydopptak i forretningsforhold

Høyesterett har foreløpig ikke behandlet spørsmålet om avskjæring av hemmelige lydopptak av forretningsmessige samtaler som bevis i sivile saker. Dermed kan det for det første fastslås at det til forskjell fra hemmelige lydopptak i familietvister, ikke er grunnlag i høyesterettspraksis for å oppstille en hovedregel om avskjæring av slike bevis.

Det finnes imidlertid en del lagmannsrettspraksis om tematikken. Lagmannsretten behandlet typetilfellet i LB-1999-729 (Borgarting), RG-2001-1091 (Borgarting), LE-2017-86188 (Eidsivating) og LF-2017-85146 (Frostating) i forbindelse med en erstatningstvist. Den som tok opp samtalen deltok i samtalene, mens den avlyttede var ikke klar over at samtalene ble tatt opp på bånd.

I LB-1999-729 og LE-2017-86188 kom lagmannsretten til at beviset ikke fremstod som spesielt illojalt eller støtende ettersom samtalene gjaldt forretningsmessige forhold. Beviset var følgelig ikke fremskaffet på utilbørlig måte.⁹² Dermed var det ikke var grunnlag for en nærmere interesseavveining. Også i RG-2001-1091 fikk det i interesseavveiningen avgjørende vekt at samtalene gjaldt forretningsmessige forhold, samtidig som hensynet til sakens opplysning ikke ville bli tilstrekkelig ivaretatt uten lydopptaket.⁹³ I LF-2017-85146 kom lagmannsretten til at det hemmelige lydopptaket måtte bedømmes som illojalt og utilbørlig. Etter en interesseavveining, der det fikk særlig vekt at samtalene ikke dreide seg om personlige eller sensitive spørsmål og at opptakene var egnet til å kaste lys over avvik mellom det som ble sagt i samtalene og i retten, ble beviset likevel tillatt ført.

Som følge av at Høyesterett ikke har behandlet spørsmålet, er rettstilstanden usikker når det gjelder avskjæring av hemmelige lydopptak av forretningsmessige samtaler som bevis. Gjennomgangen viser at lagmannsretten tillegger det stor betydning, både i utilbørligvurderingen og interesseavveiningen, dersom samtalene dreier seg om forretningssamtaler og ikke samtaler om følsomme, personlige forhold. Løsningen kan sies å ha gode grunner for seg. Integritetskrenkelsen fremstår som mindre alvorlig i slike tilfeller, fordi de fleste ikke har samme forventning om fortrolighet rundt forretningsamtaler, som de har ved samtaler om

⁹² Sml. ovennevnte Rt-1997-795, som gjaldt familieforhold.

⁹³ Lagmannsretten konkluderer ikke uttrykkelig på hvorvidt opptaket var utilbørlig/ulovlig ervervet, men ut fra sammenhengen synes retten å legge dette til grunn før interesseavveiningen.

personlige og sensitive forhold. Det å ta opp slike samtaler, innebærer derfor heller ikke i like stor grad et tillitsbrudd som i tilfeller der for eksempel samtaler om familieforhold blir tatt opp. Det medfører igjen at prevensjonshensyn ikke gjør seg gjeldende med full styrke. Da er det nærliggende å falle tilbake på hovedregelen om fri bevisføring og la hensynet til sakens opplysning få avgjørende vekt.

3.4 Diverse metoder for beviserverv

3.4.1 Fremleggelse av arbeidstakers e-poster og informasjon om arbeidstakers bruk av internett som bevis i arbeidstvister

En problemstilling som har paralleller til situasjonen der arbeidsgiver har foretatt skjult videoovervåkning på arbeidsplassen, er spørsmål om avskjæring av opplysninger som arbeidsgiver har innhentet ved overvåkning av arbeidstakers e-post – eller internettbruk som bevis. Spørsmålet er hva som er gjeldende rett i slike tilfeller.

I Rt-2002-1500 (kjm.utv.) var spørsmålet om en arbeidsgiver, uten arbeidstakerens samtykke, kunne fremlegge e-poster sendt til og fra arbeidstakers e-postadresse hos arbeidsgiver som bevis i en avskjedssak. Kjæremålsutvalgets prøving var begrenset til hvorvidt lagmannsretten hadde bygget på feil lovtolkning når den kom til at vilkårene i personopplysningsloven § 8 bokstav f var oppfylt, slik at e-postene kunne føres som bevis. Bestemmelsen fastslår som vilkår for behandling av personopplysninger at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen. Utvalget kunne ikke prøve lagmannsrettens interesseavveining i bevisavskjæringsvurderingen, og kjennelsen gir slik sett et begrenset bidrag til oppgaven.

Av interesse er det likevel at Kjæremålsutvalget viste til Datatilsynets hjemmeside, der det fremgår at arbeidsgiver har rett til innsyn i virksomhetsrelatert e-post, altså e-post som ikke er av privat karakter. Det ble ikke sagt noe om hvorvidt, og eventuelt på hvilke vilkår, arbeidsgiver har rett til innsyn i private e-postmeldinger på epostkontoen som arbeidstaker har hos arbeidsgiver. En motsetningstolkning av kjennelsen tilsier at arbeidsgiver i utgangspunktet ikke har innsynsrett i slik e-post uten at arbeidstaker samtykker.⁹⁴

Det fremstår som en god løsning å skille mellom virksomhetsrelatert- og privat e-post i vurderingen av arbeidsgivers innsynsrett etter arbeidsmiljøloven og i avskjæringsvurderingen etter tvisteloven § 22-7. Arbeidsgiver vil ikke ha et beskyttelsesverdig behov for å lese privat

⁹⁴ Slik også Schei m.fl. 2013 side 865-866.

e-post. Dersom dette gjøres, fremstår det som en klar integritetskrenkelse og et markert tillitsbrudd overfor arbeidstaker.⁹⁵ Ut fra slike betraktninger bør det etter min mening karakteriseres som "utilbørlig" å se gjennom arbeidstakers private e-poster uten at arbeidstaker samtykker eller arbeidstaker har gitt informasjon om dette, jf. tvisteloven § 22-7. Særlig preventive hensyn og det at det vil virke støtende overfor allmennheten dersom slike bevis tillates ført, tilsier at det bør gjelde en hovedregel om avskjæring i slike tilfeller.

Til sammenligning vil arbeidsgiver kunne ha et legitimt behov for innsyn i virksomhetsrelatert e-post, for eksempel for å avsløre at arbeidstaker driver konkurrerende virksomhet eller lignende, samtidig som at det ikke føles som en like stor integritetskrenkelse og et like markert tillitsbrudd at arbeidsgiver leser disse. Det tilsier at det skal mer til for å karakterisere forholdet som "utilbørlig". I slike tilfeller er det ikke tilsvarende grunner til å praktisere en hovedregel om avskjæring etter tvisteloven § 22-7, jf. nedenfor.

Beslektet med tilfeller der arbeidsgiver ønsker innsyn i arbeidstakers e-postinnboks, er tilfeller der arbeidsgiver ønsker å fremlegge informasjon om arbeidstakers internettbruk som bevis, for eksempel i en avskjeds- eller oppsigelsessak. I Rt-2001-1589 (oppsigelse på grunn av nedlasting av musikkfiler) og Rt-2005-518 (avskjed på grunn av nedlasting av pornografi) vurderte Høyesterett rettmessigheten av arbeidsgiverens bevissikring i avgjørelsen av hvorvidt det var saklig grunn for oppsigelsen/avskjeden. I begge sakene ble undersøkelsene ansett for å være i tråd med personopplysningsloven med tilhørende forskrift. Dommene går ikke inn på bevisavskjæringsspørsmålet. De gir likevel inntrykk av at arbeidsgivers overvåkning av ansattes internettbruk er et mindre alvorlig integritetsinngrep enn for eksempel videoovervåkning, og at det skal mer til for å karakterisere tilfellet som "utilbørlig" i førstnevnte enn i sistnevnte tilfelle.⁹⁶

⁹⁵ Lagmannsretten foretok tilsvarende vurderinger og kom til samme konklusjon i LH-2015-172667 (Hålogaland) og LH-2017-103065 (Hålogaland). I førstnevnte sak ble innsynet i e-postinnboksen ikke ansett for å være noen en alvorlig integritetskrenkelse overfor vedkommende. Det ble vektlagt at arbeidsgiver hadde hjemmel for å gjennomføre arbeidstakerens epostkasse, og at samtlige fremlagte e-poster var virksomhetsrelaterte. Videre ble det uttalt at det å gi arbeidsgiver rett til fremleggelse av slike e-poster, gjennomgående ville være mindre inngripende enn bruk av opplysninger innhentet ved for eksempel skjult videoovervåkning på arbeidsplassen (jf. for eksempel Rt-1991-616). Samtidig kunne e-postene ha relativt stor betydning for sakens opplysning. Begjæringen om bevisavskjæring ble følgelig ikke tatt til følge. Motsatt resultat i LB-2013-1463 (Borgarting).

⁹⁶ Også i RG-2003-707 (Gulating) og RG-2004-347 (Borgarting) hadde arbeidstaker foretatt søk/nedlasting av sider med pornografisk innhold på internett. I begge saker ble beviset tillatt ført som bevis, fordi hensynet til sakens opplysning og den frie bevisbedømmelse veide tyngre enn personvernens hensynet. Høyesteretts ankeutvalg behandlet sistnevnte sak som "videre kjæremål" i HR-2004-00294-U. Den konkrete interesseavveiningen kunne ikke prøves, jf. dagjeldende tvistemålsloven § 404.

Det ovennevnte viser at Høyesterett foreløpig ikke har avskåret bevis i tilfeller der arbeidsgiver har skaffet seg innsyn i arbeidstakers virksomhetsrelaterte e-poster eller bruk av internett, uten arbeidstakers samtykke til eller arbeidsgivers informering om dette. Dette står i kontrast til tilfeller av skjult videoovervåkning på arbeidsplassen, der det opereres med en hovedregel om bevisavskjæring. Spørsmålet er om det er hensiktsmessig å bedømme førstnevnte typetilfeller annerledes enn videoovervåkning på arbeidsplassen, eller om det også bør oppstilles en hovedregel om avskjæring i slike tilfeller.

Et argument som taler for å behandle typetilfellene annerledes enn videoovervåkning, er at de fleste vil anse lyd- og bildeopptak av kommunikasjon og aktivitet på arbeidsplassen, som en mer alvorlig krenkelse av den personlige integritet enn begrenset og selektiv kontroll av tekst og datamateriale (eksempelvis virksomhetsrelatert e-post og internettlogg) som er lagret i arbeidsgivers systemer.⁹⁷ Torgersen trekker i denne sammenheng frem at det har en viss betydning at slike e-poster og nettlogger allerede er registrert i arbeidsgivers dataanlegg, mens lyd- og bildeopptak registreres av arbeidsgiver i første hånd.⁹⁸ Et annet argument er at rettmessighetsvurderingen som foretas etter personopplysningsloven § 8 bokstav f beror på en interesseavveining, mens det nå oppstilles et absolutt forbud mot skjult videoovervåkning på arbeidsplassen (§ 40).⁹⁹ Det tilsier at det er mer kritikkverdig å overstige grensene for videoovervåkning enn grensene for innsyn i arbeidstakers e-poster eller internettbruk. Dessuten er det vanskeligere å manipulere e-poster og nettlogger enn lyd- og bildeopptak, fordi det som oftest finnes flere kopier av e-postene som gjør det enklere å bevise om de eventuelt er manipulert, slik at bevisverdien kan sies å være sterkere i førstnevnte tilfelle.¹⁰⁰ Det påvirker igjen hvilken styrke hensynet til sakens opplysning får i de ulike typetilfellene.

Nevnte argumenter tilsier at det er hensiktsmessig å bedømme tilfellet der arbeidsgiver har skaffet seg innsyn i arbeidstakers virksomhetsrelaterte e-poster eller bruk av internett, annerledes enn videoovervåkning på arbeidsplassen. Med andre ord bør det ikke oppstilles en hovedregel om avskjæring i førstnevnte tilfeller.

3.4.2 Fremleggelse av tekstmeldinger og Facebook-materiale som bevis i foreldretvister

⁹⁷ Schei m.fl. 2013 side 865.

⁹⁸ Torgersen 2009 side 422. Se også Schei m.fl. 2013 side 871.

⁹⁹ Som nevnt fastslår personopplysningsloven § 8 bokstav f som vilkår for behandling av personopplysninger at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.

¹⁰⁰ Torgersen 2009 side 422.

Høyesterett har foreløpig ikke tatt stilling til avskjæring av tekstmeldinger og Facebook-materiale som bevis i sivile saker. Rettstilstanden på området er følgelig uklar. Spørsmålet er om det likevel kan oppstilles noen retningslinjer for gjeldende rett på området.

Problemstillingen har vært behandlet i lagmannsrettspraksis. I LB-2016-169011 (Borgarting) ønsket en far å fremlegge tekstmeldinger fra mors mobiltelefon som bevis i en foreldretvist. Lagmannsretten fant det sannsynlig at faren eller noen som stod ham nær, uberettiget og på kritikkverdig måte hadde skaffet seg tilgang til innholdet på telefonen. Bevisene var på denne bakgrunn fremskaffet på "utilbørlig" måte etter tvisteloven § 22-7. I den konkrete interesseavveiningen trakk lagmannsretten frem at telefoner ofte vil inneholde mange opplysninger av utpreget personlig karakter. Etter deres syn talte personvern hensyn og ønsket om å motvirke at personer involvert i tvister – i håp om å fremskaffe bevis – uberettiget forsøker å få tilgang til mobiltelefoner som tilhører andre involverte, klart for at bevis fremskaffet på denne måten nektes ført.¹⁰¹ Tekstmeldingene var dessuten kun i begrenset utstrekning egnet til å belyse hva som var best for partenes datter med hensyn til fast bosted og samvær, og bevisemaene kunne belyses på annen måte enn kun gjennom disse. Tekstmeldingene ble nektet ført som bevis. Etter min mening gir kjennelsen uttrykk for en god regel. Som lagmannsretten påpeker, inneholder mobiltelefoner mange personlige opplysninger, som de fleste vil være enige om at er viktig å forhindre at folk skaffer seg uberettiget adgang til. Det tilsier en restriktiv holdning til slike bevis, særlig i tilfeller der tekstmeldingene kun i begrenset grad belyser avgjørelsesgrunnlaget.

Eidsivating lagmannsrett kom til motsatt resultat i LE-2017-13402. Der var spørsmålet hvorvidt en sakkyndigrapport skulle avskjæres som bevis i en foreldretvist, jf. tvisteloven § 22-7. Rapporten inneholdt blant annet materiale innhentet fra morens Facebook-side, herunder skjermbilder av mors korrespondanse med far. Retten fant det ikke bevist at moren hadde gitt faren eller noen av hans nærstående tillatelse til å tilegne seg eller videreformidle materialet, slik at Facebook-materialet var "utilbørlig" fremskaffet. Etter en samlet vurdering kom lagmannsretten likevel til at sakkyndigrapporten skulle tillates ført. Det ble lagt vekt på at moren uoppfordret pliktet å fremlegge elektronisk korrespondanse i den utstrekning denne kunne være av betydning for saken, jf. opplysningsplikten i tvisteloven § 21-4. Videre var det av betydning at opplysningene ikke kunne anses uviktige ved vurderingen av spørsmålet om daglig omsorg, samt at det ikke var lett å se hvordan opplysningene kunne ha vært fremskaffet

¹⁰¹ Sml. uttalelser i for eksempel Rt-1997-795.

av far på annen måte. Dessuten kunne de forhold partene var uenige i, undergis kontradiksjon under den videre behandlingen av saken. Personvern hensyn gjorde seg ikke gjeldende med slik tyngde at hensynet til sakens opplysning måtte vike, og beviset ble tillatt fremlagt.

Lagmannsrettens interesseavveining og resultat i kjennelsen fra 2017 gir etter min mening også uttrykk for en god regel. Selv om meldinger på Facebook og andre sosiale medier – i likhet med tekstmeldinger på mobilen – er av privat karakter, svekkes betydningen av dette når det er tale om utvalgt korrespondanse mellom moren og faren, som moren var pliktig å fremlegge. Dessuten taler hensynet til sakens opplysning med styrke mot å avskjære en hel sakkyndigrapport fordi deler av den er utilbørlig fremskaffet. Sakkyndigrapporter er ofte det desidert viktigste beviset i foreldresaker. Dessuten er det en viss fare for at bevisføringen ville gitt et ufullstendig bilde dersom kun deler av rapporten ble fremlagt. Det tilsier at det er hensiktsmessig at resultatet ble ulikt i de to kjennelsene.

3.4.3 Fremleggelse av bevis som er fremskaffet gjennom hacking/datainnbrudd

I forlengelsen av tilfeller der en part har skaffet seg uberettiget tilgang til en annens mobiltelefon eller Facebook-konto, skal det i dette punktet knyttes noen kommentarer til beviserverv gjennom hacking/datainnbrudd. Typetilfellet har ikke vært oppe for domstolene enda. Spørsmålet er hvordan Høyesterett bør tilnærme seg slike beviserverv dersom spørsmålet kommer opp for dem i fremtiden.

Straffeloven kapittel 21 (§§ 201-211) inneholder bestemmelser som gir vern av informasjon og informasjonsutveksling. Bestemmelsene i §§ 204 og 205 utgjør samlet sett den strafferettslige beskyttelsen mot hacking/datainnbrudd mv. Etter § 204 straffes den som ved å bryte en beskyttelse eller ved annen "uberettiget" fremgangsmåte skaffer seg tilgang til et datasystem eller en del av det. Paragraf 205 bokstav b rammer den som bryter en beskyttelse eller på annen "uberettiget" måte skaffer seg tilgang til informasjon som overføres ved elektroniske eller andre tekniske hjelpemidler. Vilkåret "uberettiget" har likhetstrekk med vilkåret "utilbørlig" i tvisteloven § 22-7. Ordlyden tilsier at bestemmelsen rammer mer enn det som er i strid med lov og forskrift – det rammer i tillegg hva som følger av avtaler, instruksjer og vanlig akseptabel atferd på området. I likhet med vurderingen av hva som er "utilbørlig", er hva som kan regnes som "uberettiget" et skjønnsmessig spørsmål som må vurderes konkret.¹⁰²

¹⁰² Schartum/Bygrave 2016 side 294.

Det å hacke en annens telefon, data eller lignende uten å ha samtykke fra eieren, innebærer en klar integritetskrenkelse overfor vedkommende. Det fremstår som lite tvilsomt at fremgangsmåten bør anses for å være "utilbørlig"/"uberrettiget". Føring av bevis fremskaffet på en slik måte vil kunne oppfattes som støtende og som en gjentatt krenkelse av den personlige integriteten til den det gjelder. Høyesterett bør i slike tilfeller tillegge preventive hensyn stor vekt i interesseavveiningen etter tvisteloven § 22-7, fordi det er ønskelig å forhindre at personer uberrettiget skaffer seg tilgang til mobiltelefoner, datamaskiner eller lignende i håp om å fremskaffe bevis. Bevis fremskaffet på en slik måte bør som hovedregel avskjæres etter bestemmelsen. I visse tilfeller kan det likevel tenkes at beviset inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte, at ovennevnte hensyn bør vike (sml. uttalelser i Rt-1997-795). Eksempelvis kan det være grunn til å tillate beviset ført dersom det beviser overgrep eller omsorgssvikt overfor barnet.¹⁰³

4 EN RETTSUTVIKLING I RETNING AV ØKT FOKUS PÅ PERSONVERN

Som fremstillingen viser avsies det stadig flere sivile saker om bevisavskjæring etter tvisteloven § 22-7, der beviservervet står i et problematisk forhold til personvern hensyn. Også mer generelt ser man et økt fokus på og en økende regulering av personvern i norsk rett. Det illustreres for eksempel gjennom tilføyelsen av bestemmelsen om datainnbrudd og krenkelse av retten til privat informasjon i straffeloven, jf. någjeldende straffeloven 2005 §§ 204 og 205, samt gjennom en lovfesting av et absolutt forbud mot skjult videoovervåking på arbeidsplassen, jf. personopplysningsloven § 40. Man ser også et økende internasjonalt fokus på personvern. Eksempelvis skal EUs direktiv (95/46/EF) om personopplysningsvern, som er implementert i norsk rett gjennom personopplysningsloven, erstattes med en ny personvernforordning (General Data Protection Regulation – "GDPR"). Forordningen trer i kraft og vil gjelde som norsk lov den 25. mai 2018. Formålet er blant annet å styrke personvernet og sørge for bedre harmonisering av lovgivningen i medlemslandene.¹⁰⁴

Et generelt økt fokus på, og strengere regler for beskyttelse av personvern, vil kunne påvirke bevisavskjæringsvurderingen etter tvisteloven § 22-7 i retning av at norske domstoler blir mer restriktive når det gjelder føring av bevis som krenker dette hensynet. Det vil igjen kunne bidra til å motvirke fremskaffelsesmetoder som er ulovlige/utilbørlige i lys av

¹⁰³ Schei m.fl. 2013 side 870. Torgersen (2009) side 415 underbygger et slikt standpunkt.

¹⁰⁴ Tønseth m.fl.: *Personvernhåndboken: En praktisk bok om personvernregelverket*, 1. utgave (2016) side 15-18.

personvern hensyn. Personvern er ikke bare sentralt for å sikre den enkeltes personlige integritet og privatliv – det er også en forutsetning for at den enkelte kan utvikle refleksjoner og vurderinger på et selvstendig grunnlag, og en forutsetning for et velfungerende demokratisk samfunn, med en åpen meningsutvikling og politisk aktivitet.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Datatilsynet, *Hva er personvern?* Tilgjengelig fra: < <https://www.datatilsynet.no/om-personvern/hva-er-personvern/> > [Sist lest 7. desember 2017].

5 LITTERATURLISTE

5.1 Lovgivning

- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
(straffeprosessloven)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2000 Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger
(personopplysningsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

5.2 Forarbeider og andre offentlige dokumenter

NUT 1969:3.

Ot. prp. nr. 55 (1997-1998) *Om lov om endringer i rettergangslovene m.m (kildevern og offentlighet i rettspleien).*

NOU 2001:32 B Rett på sak *Lov om tvisteløsning (tvisteloven).*

NOU 2009:1 *Individ og integritet.*

NOU 2009:15 *Skjult informasjon - åpen kontroll
Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker.*

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

NOU 2016:24 *Ny Straffeprosesslov.*

5.3 Konvensjoner

Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (den europeiske menneskerettighetskonvensjon)

5.4 Rettsavgjørelser

5.4.1 Høyesterett

Rt-1896-530

Rt-1952-1217

Rt-1977-1035

Rt-1990-1008

Rt-1991-616

Rt-1997-795

Rt-1999-1269 (Verksbetjent-dommen)

Rt-2001-1589

Rt-2004-858

Rt-2005-518

Rt-2006-582

Rt-2009-1526

5.4.2 Høyesteretts kjøremålsutvalg

HR-2000-6-K.

Rt-2001-668

Rt-2002-1500

Rt-2003-1266

HR-2004-00294-U

Rt-2004-878

Rt-2004-1366

Rt-2007-920

5.4.3 Høyesteretts ankeutvalg

Rt-2014-916

HR-2016-2026-U

5.4.4 Lagmannsretten

LA-2015-79458 (Agder)

LB-1999-729 (Borgarting)
RG-2001-1091 (Borgarting)
RG-2004-347 (Borgarting)
RG-2011-36 (Borgarting)
LB-2013-1463 (Borgarting)
LB-2014-48321(Borgarting)
LB-2016-169011 (Borgarting)
LB-2016-109383 (Borgarting)
LE-2013-70319-1 (Eidsivating)
LE-2017-86188 (Eidsivating)
LE-2017-13402 (Eidsivating)
RG-2007-855 (Frostating)
LF-2017-85146 (Frostating)
RG-2000-664 (Gulating)
RG-2002-162 (Gulating)
RG-2003-707 (Gulating)
LH-2003-20703 (Hålogaland)
RG-2011-321 (GPS-kjennelsen) (Hålogaland)
LH-2011-110153 (Hålogaland)
LH-2015-172667 (Hålogaland)
LH-2017-103065 (Hålogaland)

5.4.5 Menneskerettsdomstolen (EMD)

EMDs dom 12. mai 2000 *Khan mot Storbritannia*. Eventuelt: Khan mot Storbritannia (2000), 12.05.2000, appl. No. 35394/97 (Judgment)

5.5 Juridisk litteratur

5.5.1 Bøker

Kjølaas, Christian, *Personvern i arbeidsforhold*, 1. utgave (Oslo 2010).

Monsen, Erik: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1. utgave (Oslo 2012).

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 3. utgave (Bergen 2015).

Schartum, Dag Wiese og Lee A. Bygrave: *Personvern i informasjonssamfunnet*, 3. utgave (Bergen 2016).

Schei m.fl., *Tvisteloven Kommentarutgave*, 2. utgave Bind II (Oslo 2013).

Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, 1. utgave (Oslo 2009).

Tønseth m.fl., *Personvernhandboken: En praktisk bok om personvernregelverket*, 1. utgave (Oslo 2016).

Wiik Johansen, Michael, Knut Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng Skullerud, *Personopplysningsloven Kommentarutgave* (Oslo 2001).

5.5.2 Juridiske artikler

Bjørnvik, Arve Martin og Rolf Fridtjof Selfors, *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*, Jussens Venner (2000) s. 19-40.

Øyen, Ørnulf, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* Lov og Rett nr. 7 (2010) side 423-438.

5.6 Internetsider

Datatilsynet, *Hva er personvern?* Tilgjengelig fra: <<https://www.datatilsynet.no/om-personvern/hva-er-personvern/>> [Sist lest 10. desember 2017].