

KONTROLLTILTAK VED KONKRET MISTANKE OM MISLIGHOLD

**UTGJØR DETTE EN TRUSSEL FOR ARBEIDSTAKERS
PERSONVERN?**



Kandidatnummer: 156048

Antall ord: 12161

Veileder: Toril Wik

Dato: 12.05.2009

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	Side 3-5
1.1 Et samfunnsmessig perspektiv	Side 3
1.2 Historisk perspektiv	Side 3-4
1.3 Problemstilling	Side 4-5
1.4 Avgrensing av oppgaven	Side 5
1.5 Begrepsavklaring	Side 5
1.6 Videre fremstilling	Side 5
2. Rettskildebildet	Side 6-7
2.1 Innledning	Side 6
2.2 Internasjonalt regelverk	Side 6
2.3 Nasjonalt regelverk	Side 7
3. Generelt om adgangen til å iverksette kontrolltiltak	Side 7-13
3.1 Hva er et kontrolltiltak?	Side 7
3.2 Innledende betraktninger	Side 8
3.3 Materielle krav	Side 8-11
3.4 Prosessuelle krav	Side 11-13
4. Arbeidsgivers rett til å iverksette kontrolltiltak basert på konkret mistanke om mislighold	Side 13-21
4.1 Innledning	Side 13
4.2 Hva er konkret mistanke om mislighold og oppfyller dette kravet til "saklig grunn" etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd?	Side 13-15
4.3 Kravet om forholdsmessighet	Side 15-20
4.4 Prosessuelle krav	Side 20-21
4.5 Avsluttende vurderinger	Side 21
5. Ansattes medvirkningsplikt	Side 21-23
6. Sanksjoner	Side 23-24
6.1 Innledning	Side 23
6.2 Sanksjoner overfor arbeidstaker	Side 23
6.3 Sanksjoner overfor arbeidsgiver	Side 23-24
6.4 Bevisføring i retten	Side 24
7. Egne betraktninger	Side 25-26
8. Avslutning	Side 26
Kildeliste	Side 27-28

1. Innledning

1.1 Et samfunnsmessig perspektiv

”Storebror ser deg” er et uttrykk George Orwell er kjent for gjennom boken 1984. Boken omhandler samfunnets utstrakte muligheter for overvåkning. På det tidspunkt da boken ble til var ikke dette et tema av stor aktualitet, men i dag kan profetien sies å være oppfylt. Grunnlaget for dette er en stadig utvikling på det teknologiske felt, som igjen fører til økte overvåkningsmuligheter. I dagens samfunn er disse mulighetene brukt i stor utstrekning. Du registreres både ved bruk av kortterminaler, bomringpasseringer og videoovervåkninger. Datatilsynets årsrapport fra 2008 viser eksempelvis at videoovervåkningen i Norge stadig øker i omfang.¹ Denne utviklingen forskyver grensene for vår rett til personvern.

Det kan foreligge mange gode grunnlag for å iverksette overvåkning. Spørsmålet blir om grunnlagene som rettfærdiggjør overvåkningen kan overskygge det faktum at den også utgjør en trussel for vår rett til personvern. På den ene side dreier dagens samfunnsdebatter seg i stor grad om de økende muligheter for overvåkning, og dette kan kanskje tilsi at vi er bevisst på utviklingen som skjer. På den andre side trenger internasjonalt regelverk seg stadig på, og det er umulig å forutse alle konsekvenser av implementering på forhånd. Det må imidlertid anses som klart at vi i dag er langt mer bevisst på denne utviklingen enn tidligere. Et eksempel på dette er dagens debatt om datalagringsdirektivet.² Direktivet har frembrakt stor bekymring i de fleste europeiske land da det fører til en omfattende plikt til å lagre telekommunikasjon. Det er mulig at dette blir første gang Norge tar i bruk sin reservasjonsrett. Debatten om datalagringsdirektivet viser kanskje at lovgiver nå er bevisst på farene ved den økende overvåkningen, og at de er i ferd med å sette i verk tiltak.

Spenningsfeltet mellom overvåkning og vår rett til personvern er altså av meget sentral relevans i dagens samfunn. Dette er noe av grunnlaget for at det ble lovregulering på dette området også i arbeidsretten. Den nye arbeidsmiljøloven av 17.juni 2005 nr. 62 (heretter arbeidsmiljøloven) lovfester arbeidsgivers rett til å iverksette kontrolltiltak overfor sine arbeidstakere. Kontrolltiltakene iverksettes på grunnlag av arbeidsgivers styringsrett og kan lett gå utover arbeidstakers rett til personvern. Den videre fremstilling skal omhandle lovgivningen rundt kontrolltiltak i arbeidsretten.

1.2 Historisk perspektiv

Arbeidsretten har vært underlagt rettslig regulering siden 1800-tallet. Innføringen av lovverk på området for kontrolltiltak er imidlertid av nyere dato, jfr. punkt 1.1. Før denne loven trådte i kraft måtte kontrolltiltakets rettmessighet vurderes ut fra ulovfestede prinsipper. Avgjørelsen ble da basert på en konkret helhetsvurdering av arbeidsgivers styringsrett begrenset ut fra generelle saklighets- og forholdsmessighetskrav.

Spørsmålet blir dermed hvorfor lovgiver fant behov for en lovfesting. Et av de overordnede målene for revisjonen av arbeidsmiljøloven av 1977 var å forenkle lovverket. Grunnlaget for dette var at det skulle bli lettere for arbeidslivets aktører å vite hvilke rettigheter og plikter som eksisterte i virksomhetens hverdag.³ På generelt grunnlag kan det sies at en lovfesting av tidligere ulovfestet rett vil gjøre rettsområdet mer tilgjengelig og lettere å forstå. Dette var også målet med denne

¹ [Http://www.datatilsynet.no/upload/Datatilsynets%20årsmelding_2008.pdf](http://www.datatilsynet.no/upload/Datatilsynets%20årsmelding_2008.pdf) på side 32.

² EU-direktiv 2004/26/EF om lagring av trafikkdata.

³ NOU 2004: 5 på side 118.

revisjonen. Videre var det et overordnet mål for revisjonen å innføre et regelverk som var robust nok til å ta høyde for endringer i arbeidslivet.⁴ Disse motsette mål er nok det som har gjort regelverket så vagt som det er i dag. Spørsmålet blir hvilke problemer dette kan skape for arbeidslivets aktører. Dette skal vi ikke gå nærmere inn på her da det vil tas nærmere opp i den videre fremstilling, jfr. punkt 1.3.

1.3 Problemstilling

Hver dag gjør arbeidsgiver nytte av retten til å utføre kontrolltiltak mot sine ansatte i større eller mindre grad. I følge en HMS undersøkelse fra 2007 utført av FAFO er det en klar økning i bruk av kontrolltiltak på arbeidsplassen fra 2001 til 2007.⁵ Det er over halvparten av de spurte som sier at de har ett eller flere kontrolltiltak på sin arbeidsplass. Statistikken viser dermed at arbeidsgiver i større og større grad gjør bruk av retten til å iverksette kontrolltiltak. En telefon til datatilsynet bekrefter disse tallene.⁶ De uttaler at det i dag er summen av kontrolltiltak på arbeidsplassen som kan by på problemer. De ulike tiltak som settes i verk er små i seg selv, men summen av tiltak fører til en omfattende overvåking. Datatilsynet uttaler videre at også grensedragningen mot arbeidstakers fritid er i ferd med å viskes ut. Dette vil i praksis bety at arbeidstakers rett til personvern blir mer og mer utvasket til fordel for arbeidsgivers rett til å iverksette kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven kapittel 9.

Et av de store problemene på området er lovgivers ønske om å opprettholde et dynamisk lovbyggeri som igjen fører til vage retningslinjer i loven. Det skal videre i avhandlingen forsøkes å gi et svar på hvorvidt regelverket er så vagt at det utgjør en fare for arbeidstakers personvern. Videre kan det i praksis virke som arbeidsgiver sitter med lite juridiske kunnskaper på arbeidsrettens område. Disse manglende kunnskapene kombinert med et vagt regelverk kan lett føre til overtredelser av lovverket. Dette kan skje til tross for arbeidsgivers ønske om å følge lov og rett. Det må derfor anses for å være viktig med et godt regelverk på området for å sikre en oppdragende effekt på både arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsgiver vil ønske å forholde seg til regelverket i frykt for dårlig omtale, tvister med sine ansatte og samfunnet for øvrig. Arbeidstaker på sin side vil forholde seg til regelverket av frykt for represalier som utestengning fra arbeidsplassen og til sitt eget rykte som arbeidstaker. Et godt regelverk vil dermed sikre forutberegnelighet for alle parter.

Videre er det klart at den stadige utviklingen i teknologien og retten til fri bevisføring også gjør sitt for arbeidsgivers ønske om å iverksette kontrolltiltak. Arbeidsgiver iverksetter tiltak basert på et vagt regelverk uten å ha de nødvendige juridiske kunnskaper om grensedragningene, for så å ende opp i en rettssak mot arbeidstaker. Dersom det viser seg at arbeidstaker har retten på sin side vil ikke det nødvendigvis tilsi at beviset som er fremkommet under tiltaket ikke kan føres jfr. retten til fri bevisføring.⁷ Dermed vil arbeidsgiver lett kunne føle en fristelse til å utføre tiltaket til tross for at han er klar over de rettslige aspektene ved saken.

De nevnte problemstillinger vil drøftes nærmere i den videre fremstilling med spesiell fokus på konkret mistanke om mislighold. Grunnet dette vil det spesielle

⁴ NOU 2004: 5 på side 103.

⁵ FAFO-rapport 2008:34 på side 58. Fafo er en uavhengig stiftelse som forsker på arbeidsliv, velferdspolitik og levekår, nasjonalt og internasjonalt.

⁶ I telefonsamtale av 24.04.2009.

⁷ RG 2007 s. 855.

fokus er at det er særlig i slike situasjoner regelverket blir satt på spissen. Tiltak satt i verk med andre grunnlag vil ofte være mer veloverveide da arbeidsgiver har tid til juridisk rådføring med eksempelvis datatilsynet.

1.4 Avgrensning av oppgaven

Grunnet det mer komplekse rettskildetilstand innen offentlig rett vil avhandlingen baseres på privat arbeidsrett. Avhandlingen vil ikke gå detaljert inn i reglene i personopplysningsloven av 14.april 2000 nr. 31 (heretter personopplysningsloven) med mindre det anses nødvendig for avhandlingens oppbygging. Særreglene for å iverksette kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven §§ 9-3, 9-4 og 9-5 vil ikke drøftes nærmere med mindre det anses for å være nødvendig av hensyn til avhandlingen.

1.5 Begrepsavklaring

Lovens definisjon av arbeidstaker og arbeidsgiver vil i den følgende avhandling legges til grunn. Arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd uttaler at en arbeidstaker er ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.”. En arbeidsgiver er i henhold til arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.”

Styringsretten er det sentrale grunnlaget for arbeidsgivers rett til å iverksette kontrolltiltak, og en definisjon av denne anses derfor å være på sin plass. Styringsretten kan defineres som arbeidsgiverens rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, inkludert retten til å inngå og avslutte arbeidsavtaler innenfor lovens rammer. Styringsretten kan dermed sies å være en nødvendig konsekvens av selve arbeidsavtalen og det lydighets- og underordningsforhold som avtalen etablerer.⁸

1.6 Videre fremstilling

Den videre fremstilling skal baseres på retten til å iverksette kontrolltiltak med grunnlag i konkret mistanke om mislighold. Et av spørsmålene som skal søkes å gi svar på er om det foreligger en større adgang til å utføre kontrolltiltak ved konkret mistanke om mislighold. Videre skal grensen mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers personvern drøftes. For fremstillingen del vil det først i punkt 2 tas en generell gjennomgang av det store rettskildetilstand på området. Spørsmålet blir der hvilke kilder vi har å forholde oss til nasjonalt og internasjonalt. Deretter vil det i punkt 3 bli en gjennomgang av den generelle retten til å iverksette kontrolltiltak. I punkt 4 blir spørsmålet hvilken rett arbeidsgiver har til å sette i verk kontrolltiltak basert på konkret mistanke om mislighold. Videre vil arbeidstakers medvirkning tas opp i punkt 5. Grunnlaget for dette er at arbeidstakers rett til medvirkning spiller en viktig rolle i å bevare personvernet på arbeidsplassen. Punkt 6 i avhandlingen vil baseres på sanksjoner på området. Som tidligere nevnt i punkt 1.3 er dette noe som praktisk sett spiller inn på arbeidsgivers ønske om å iverksette kontrolltiltak på arbeidsplassen. Til slutt vil det i punkt 7 foretas en vurdering av rettsreglene på området i grensedragningen mellom styringsretten og personlig integritet før det foretas en avslutning i punkt 8.

⁸ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4.utgave 2006, N.W. DAMM & SØN på side 24.

2. Rettskildebildet

2.1 Innledning

Rettsregler om kontrolltiltak i arbeidsretten finnes både på det nasjonale og det internasjonale plan. I denne avhandlingen vil det bli fokusert på det sentrale regelverket på området og ikke alle særbestemmelser som eksisterer.

2.2 Internasjonalt regelverk

På det internasjonale plan er Norge forpliktet av en rekke avtaler når det kommer til inngrep i den personlige integritet i arbeidslivet. De mest sentrale regelverk på området er EMK⁹, EUs personverndirektiv av 1995 og Europarådskonvensjon av 1981 nummer 108 om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger. EMK er inkorporert i norsk lovgivning gjennom menneskerettsloven av 21.mai 1999 nr. 30 og personverndirektivet gjennom personopplysningsloven. EMK artikkel 8 verner retten til respekt for privatliv og familieliv og er av sentral betydning på området. Bestemmelsen uttrykker at det ikke skal skje inngrep i denne retten med mindre det er i samsvar med lov, og er nødvendig grunnet sentrale hensyn som eksempelvis landets sikkerhet eller dets økonomiske velferd. I henhold til dom avsagt av EMD, som omhandler en offentlig gjennom søking av arbeidstakers kontor, inkluderes også aktiviteter på arbeidsplassen i EMK artikkel 8.¹⁰

Det er imidlertid andre internasjonale regler som også kommer i betraktning, eksempelvis FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. I denne avhandlingen vil kun det mest sentrale regelverk bli lagt til grunn. Det må også bemerkes at ILO¹¹ har et regelverk som Norge ikke er bundet av. De har imidlertid innarbeidet en adferdskodeks som kan være relevant som retningslinje ved utarbeidelse av lovverk og lignende.¹² I de generelle prinsippene uttales det at personopplysninger skal behandles "lawfully and fairly" og kun for de formål som er relevante for arbeidsforholdene til arbeidstaker, jfr. punkt 5.1 i kodeksen. Videre blir det uttalt at opplysningene kun skal anvendes til de formål de i utgangspunktet er samlet inn for, jfr. punkt 5.2 i kodeksen. Hvis de derimot skal anvendes til andre formål, skal arbeidsgiver forsikre seg om at de ikke blir brukt på en slik måte at de er i strid med de opprinnelige formål (punkt 5.3). Videre blir det uttalt i punkt 5.6 at de opplysninger som samles inn ved hjelp av elektronisk overvåkning ikke skal brukes alene som grunnlag for avgjørelse mot arbeidstaker. Videre uttaler ILO's adferdskodeks også litt om de prosessuelle kravene rundt kontrolltiltak. Det er et krav om at arbeidsgiver regelmessig skal se på sine metoder og informere arbeidstakere om kontrolltiltak. I kodeksen er det i tillegg krav om at de som samler inn personopplysninger bør ha regelmessig kursing på området for å sikre at de bruker opplysningene på rett måte, jfr. punkt 5.9 i kodeksen. I punkt 5.11 fremhever kodeksen til slutt relevansen av samarbeid på området. ILO's adferdskodeks kan til dels brukes som tolkningsfaktor ved avgjørelser på området for kontrolltiltak. I punkt 7 i avhandlingen er deler av kodeksen drøftet nærmere. Utover dette vil ikke kodeksen vurderes mer inngående i denne avhandlingen.

⁹ Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950.

¹⁰ Niemietz mot Tyskland (dom 1992-12-16, EMD-1988-13710)

¹¹ International Labour Organisation.

¹² "Protection of workers' personal data: an ILO code of practice" fra 1996.

2.3 Nasjonalt regelverk

Arbeidsgivers styringsrett anses for å være grunnlaget for retten til kontrolltiltak, jfr. punkt 1.5. Retten er begrenset gjennom bestemmelser i lov, forskrift, tariffavtale og gjennom ulovfestede prinsipper. De sentrale lover på området på nasjonalt plan er arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven. Hovedavtalen mellom LO og NHO er også av sentral relevans på området. Videre vil praksis fra domstoler, arbeidsretten og personvernemnda være relevant. Det er på det rene at praksis før 2005 også vil være av betydning da lovens regulering av kontrolltiltak kun er en lovfesting av tidligere ulovfestet rett.

I henhold til straffeloven av 22.mai 1902 nr. 10 § 390 er det straffbart å krenke privatlivets fred ved å gi offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold. Denne bestemmelsen omfatter også opplysninger arbeidsgiver har fått i egenskap av å være arbeidsgiver.

3. Generelt om adgangen til å iverksette kontrolltiltak

3.1 Hva er et kontrolltiltak?

Kontrolltiltak settes i verk for å sikre at arbeidstaker opptrer innenfor rammene som arbeidsgiver har satt opp i arbeidsavtaler og arbeidsreglement.¹³ Spørsmålet blir dermed hva som utgjør et kontrolltiltak. Begrepet er ikke legaldefinert, men må anses for å omfatte en lang rekke ulike tiltak. Dette kan være alt fra tidsregistrering av ansatte til omfattende rusmiddeltesting. Forarbeidene uttaler at tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO og NHO er illustrerende for hvor omfattende dette begrepet er. Avtalen nevner teknologiske, økonomiske, sikkerhetsmessige og helsemessige omstendigheter. Videre nevnes sosiale og organisatoriske forhold som grunnlag for kontrolltiltak.¹⁴ Det må likevel presiseres at dette ikke kan anses for å være en uttømmende oversikt.¹⁵

Spørsmålet blir dermed hvordan ordlyden skal avgrenses. I henhold til forarbeidene er det ikke nødvendig å sette en nedre grense for ordlyden. Grunnlaget for dette er at arbeidsgivers styringsrett uansett er begrenset av generelle saklighetskrav. Videre uttaler utvalget at i de tilfeller der fastsetting er nødvendig vil det generelt sett være så lite inngripende for arbeidstaker at interesseavveiningen uansett vil gå til fordel for arbeidsgiver.¹⁶ Den nærmere avgrensning av begrepet må skje i den konkrete sak der praksis vil spille en stor rolle for avgjørelsen. Et viktig moment i vurderingen er hvorvidt tiltakets formål forsvarer et inngrep i arbeidstakers personvern.¹⁷

Begrepet kontrolltiltak må på denne bakgrunn kunne sies å ha en relativt vag ordlyd, og det kan gjerne påstås at dette er en rettslig standard. Det må i alle tilfelle sies at begrepet legger opp til en tolkning i samsvar med samfunnets utvikling. Dette samsvarer med utvalgets mål om et robust lovverk som kan utvikle seg i takt med den teknologiske utviklingen.¹⁸ Usikkerheten rundt begrepet gir imidlertid også en pekepinn på at det kan være vanskelig for aktørene i arbeidslivet å trekke grensene for tillatte tiltak etter loven. Med dette åpnes det også opp for en større mulighet for misbruk. Denne problematikken drøftes nærmere i punkt 7 i avhandlingen.

¹³ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4.utgave 2006, N.W.DAMM & SØN på side 392.

¹⁴ Tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO og NHO punkt 1.

¹⁵ NOU 2004: 5 på side 435.

¹⁶ NOU 2004: 5 på side 435.

¹⁷ NOU 2004: 5 på side 435.

¹⁸ Jfr. punkt 1.2 i avhandlingen.

3.2 Innledende betraktninger

I henhold til arbeidsmiljøloven kapittel 9 må grensene for kontrolltiltakets rettmessighet trekkes mellom styringsretten og retten til personvern. Arbeidsgivers styringsrett har tradisjonelt vært ansett som et svært viktig fundament i arbeidsretten. For at arbeidsgiver skal kunne styre sin virksomhet på best mulig måte må han ha en stor frihet, og dette gjelder også ved iverksetting av kontrolltiltak. Styringsretten kan imidlertid ikke gå på bekostning av arbeidstakers rett til personvern med mindre det lar seg forsvare etter en helhetsvurdering av den konkrete situasjon.

Det foreligger både materielle og prosessuelle krav når et kontrolltiltak skal iverksettes på generelt grunnlag. I praksis vil kravene til tiltaket vurderes under ett som en helhetsvurdering, men for avhandlingens del vil det deles inn. De materielle kravene er beskrevet i arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. Disse kravene vil diskuteres nærmere i punkt 3.3 i avhandlingen. Videre følger de prosessuelle krav etter arbeidsmiljøloven § 9-1 andre ledd og § 9-2. Disse kravene drøftes nærmere i punkt 3.4 i avhandlingen. Videre finnes særregler for spesielle typer kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven §§9-3, 9-4 og 9-5. Særreglene vil ikke drøftes med mindre det anses nødvendig for avhandlingens del, jfr. punkt 1.4.

3.3 Materielle krav

3.3.1 Innledning

Det rettslige grunnlaget for å vurdere de materielle sidene ved et kontrolltiltak er arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd: "Arbeidsgiver kan bare iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren". Spørsmålet blir dermed hva som ligger i disse begrensningene som loven setter. I den generelle vurderingen må forarbeid, praksis og avtaleverk være av avgjørende betydning for hver enkelt sak. I denne delen av avhandlingen skal kun de generelle retningslinjer vurderes. Det vil først tas stilling til hva som ligger i kravet om "saklig grunn" i punkt 3.3.2. Videre vil det vurderes hva som ligger i vilkåret om forholdsmessighet i punkt 3.3.3.

3.3.2 "Saklig grunn"

I henhold til arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd kan ikke kontrolltiltaket iverksettes med mindre tiltaket har en "saklig grunn i virksomhetens forhold".

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det må være et velbegrunnet tiltak fra arbeidsgivers side. Tiltaket må kunne forsvares med hensyn til virksomhetens drift.

I følge forarbeidene til bestemmelsen er det et spørsmål om tilstrekkelig saklig grunn.¹⁹ Hvilke formål som må anses for å være tilstrekkelig saklige må vurderes ut fra en helhetlig vurdering i den konkrete sak. Videre er det klart at vurderingen av hvorvidt det foreligger en tilstrekkelig saklig grunn er todelt.²⁰ For det første må det foreligge et saklig formål i forhold til virksomheten, og for det andre må det foreligge saklig grunn i forhold til den enkelte arbeidstaker.

Når det kommer til kravet om saklig formål i forhold til virksomheten kan det være mange grunnlag som forsvaret et tiltak. Eksempler som forarbeidene trekker frem er teknologiske, økonomiske, sikkerhetsmessige, arbeidsmiljømessige og

¹⁹ NOU 2004: 5 på side 546.

²⁰ NOU 2004: 5 på side 546.

helsemessige forhold. Videre trekker forarbeidene frem samfunnshensyn som virksomheten har et medansvar for å ivareta, sosiale og organisatoriske forhold.²¹ Et eksempel som nevnes er en virksomhet som ikke tillater sine ansatte å røyke kun av den grunn at de ønsker seg friske arbeidstakere. Dette er ikke tilstrekkelig saklig grunnlag i seg selv. Dersom årsaken til røykeforbudet var andre helsemessige forhold på arbeidsplassen som samlet sett gjorde røyking direkte helseskadelig, ville nok resultatet blitt et annet. Det er også mulig at det hadde blitt akseptert som grunnlag dersom virksomheten jobbet alene opp mot det mål å redusere tobakksrøyking i Norge.

Videre må det i henhold til forarbeidene foreligge tilstrekkelig saklig grunn i forhold til den enkelte arbeidstaker eller arbeidstakergruppe som omfattes av tiltaket. Det klassiske eksempelet som trekkes frem i forarbeidene er rusmiddelkontroll av ansatte i flyselskap.²² Dersom det foreligger tilstrekkelig saklig grunn for å teste piloter for rusmiddel vil ikke det dermed si at bakkepersonale også kan testes. Her må det skilles mellom ansatte grunnet formålet bak kontrolltiltaket. I denne saken vil det være tilstrekkelig saklig grunn i forhold til pilotene med grunnlag i de katastrofale følger det kan få med en beruset pilot. Konsekvensen av beruset bakkepersonale vil neppe kunne få like alvorlige følger, og dermed foreligger heller ikke grunnlag for rusmiddeltesting. Alkolåser i busser belyser også dette vurderingsmomentet. Slike tiltak kan også forsvares ut fra hensynet til sikkerheten for passasjerer og samfunnet for øvrig.

I henhold til forarbeidene vil vurderingene etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd og personopplysningsloven § 8 bokstav f langt på vei være sammenfallende.²³ Det kan derfor være hensiktsmessig å se på forarbeidene til personopplysningsloven for å kartlegge innholdet av ordlyden i arbeidsmiljøloven. Dersom det etter personopplysningsloven § 8 bokstav f foreligger en berettiget interesse i opplysningene og dette ikke overskrider arbeidstakerens personvern, vil vilkårene for å behandle personopplysninger etter personopplysningsloven være tilstede. I følge forarbeidene til bestemmelsen må det foretas en avveining der privatlivets fred tillegges betydelig vekt.²⁴ Her spiller det også inn hvorvidt den registrerte samtykker eller ikke. I vurderingen etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd kan dermed hensynet til privatlivets fred og hvorvidt det har vært gitt samtykke være vurderingsmomenter i forhold til avgjørelsen.

Spørsmålet blir dermed hva praksis har vektlagt som viktige momenter i vurderingen av ordlyden ”saklig grunnlag” etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. En sak om rusmiddeltesting av ansatte i vaktelskapet Securitas kan her anses å være veiledende.²⁵ Securitas mener å ha grunnlag for å teste sine ansatte for rusmidler ved konkret mistanke grunnet kundens sikkerhet. Datatilsynet uttaler at det i vurderingen av hva som kan anses som saklig grunn må legges vekt på at det i lov om vaktvirksomhet er hjemmel for innhenting av vandelsattest. Det foreligger derimot ikke hjemmel for rusmiddeltesting. Tilsynet uttrykker dermed at det ville vært naturlig å lovfeste også rusmiddelkontroll dersom det var meningen at dette skulle være tillatt. Personvernemnda kom i denne saken til at rusmiddeltesting måtte begrenses til de som utførte vektertjenester for sikring av

²¹ NOU 2004: 5 på side 433.

²² NOU 2004: 5 på side 433.

²³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 146.

²⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) side 109.

²⁵ PVN-2005-6

personer der det kunne være fare for liv eller helse etter arbeidsmiljøloven § 9-4 første ledd bokstav c. Vedtaket legger med andre ord vekt på hva som står i gjeldende lovverk på området og trekker opp strenge grenser i forhold til manglende regulering.²⁶ Videre drar praksis inn momenter fra forarbeidene i sine avgjørelser etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd.

Tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO og NHO trekker stort sett opp de samme momenter som lovverket. Avtalen fremhever imidlertid i punkt to viktigheten av likhetsprinsippet. Videre må også arbeidsavtaler og arbeidsreglement i den konkrete sak spille inn i helhetsvurderingen. Det må imidlertid presiseres at det umulig kan settes opp en uttømmende liste over hvilke momenter som er relevante i avgjørelsen etter arbeidsmiljøloven § 9-1. Som nevnt tidligere vil lov, forarbeid, praksis og avtaleverk spille inn i vurderingen.

3.3.3 *Kravet om forholdsmessighet*

I henhold til arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd kan ikke tiltaket innebære en "uforholdsmessig belastning" for arbeidstakeren eller arbeidstakergruppen.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at tiltaket som utføres må være i samsvar med det formålet som arbeidsgiver ønsker å oppnå, og at det ikke skal være mer belastende enn det som er nødvendig ut fra formålet art. Ordlyden legger opp til en interesseavveining mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesser.

I følge NOU 2004: 5 på side 546 er det her et spørsmål om å vurdere summen av kontrolltiltak. Dette blir i følge utredningen et spørsmål om den forsvarlige tålegrense er overskredet totalt sett. Datatilsynet har uttalt at det er nettopp den samlede vurdering som er viktig i dagens arbeidsliv.²⁷ En vurdering av hvert enkelt tiltak er selvsagt også av relevans. Problemet er imidlertid at det i dagens arbeidsliv ofte blir iverksatt mange små ufarlige tiltak som samlet sett overskrider den forsvarlige tålegrense.²⁸ Vurderingen vil bero på hvor tungtveiende bedriftens behov er, kontrollens art, hvordan det praktisk gjennomføres, hvilke inngrep det medfører i arbeidstakers personvern, og om klare testresultater og oppbevaringsmåter er sikret.²⁹ Et ytterligere moment i vurderingen er hvorvidt det aktuelle tiltaket er egnet til å ivareta formålet.³⁰ Dersom resultatene ikke er egnet til å ivareta formålet må andre midler velges. Dersom tiltakene går utover arbeidstakers personlige integritet, verdighet, privatlivets fred, legemets ukrenkelighet eller lignende så skal det langt mer til før tiltaket er forholdsmessig enn ved bruk av tradisjonelle kontrolltiltak som eksempelvis tidsregistrering. Videre har det relevans hvilken stilling arbeidstaker står i. Dersom arbeidstaker er ansatt i en særlig betrodd stilling må det stilles strengere krav til ham enn ved en underordnet stilling.

Spørsmålet blir dermed hva praksis legger i ordlyden "uforholdsmessig belastning" etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. I en sak for Frostating lagmannsrett har det blitt oppstilt en del retningslinjer for hva som kan legges i ordlyden.³¹ Saken gjaldt hemmelig spaning utenfor den ansattes bolig i forbindelse med mistanke om underslag av varer fra arbeidsplassen. I denne

²⁶ PVN-2005-6.

²⁷ I telefonsamtale av 24.04.2009.

²⁸ Jfr. også punkt 1.3 i fremstillingen.

²⁹ NOU 2004: 5 side 433.

³⁰ NOU 2004: 5 på side 433.

³¹ RG 2007 s. 855.

forbindelse uttaler lagmannsretten at spørsmålet om det er en ”uforholdsmessig belastning” blir en avveining etter allmenne prinsipper om vern av den personlige integritet og den forsvarlige tålegrense for arbeidstaker. I denne saken ble det ansett for å være forholdsmessig overfor arbeidstaker å foreta spaning og fotografering grunnet konkret mistanke om mislighold. Grunnlaget for avgjørelsen var at de allerede eksisterende tiltak på arbeidsplassen ikke var tilstrekkelige for å avdekke misligholdet. Videre forelå det et konkret tips som kunne føre til umiddelbar avskjed og eventuell straffeforfølgning dersom det var korrekt. Dommen la altså vekt på hvorvidt andre tiltak hadde vært vurdert, hvor sterk mistanken var og hvilke konsekvenser det kunne få for arbeidstaker dersom mistanken var korrekt. Det må imidlertid presiseres at resultatet av dommen kan diskuteres, se punkt 4.3.2.5 i avhandlingen.

I følge tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO og NHO er spørsmålet om forholdsmessighet et spørsmål om hvor langt det er nødvendig å strekke seg i den enkelte sak.³² Videre er det på det rene at det også her må tas hensyn til arbeidsavtaler og arbeidsreglement i den konkrete sak. Det kan ikke stilles opp noen uttømmende liste over momenter til vurderingen. Hver enkelt sak må vurderes opp mot de konkrete forhold ut fra en sammensatt vurdering av arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd.

3.4 Prosessuelle krav

3.4.1 Innledning

Det rettslige grunnlaget for å vurdere de prosessuelle sidene ved kontrolltiltak er arbeidsmiljøloven §§ 9-1 andre ledd og 9-2. Arbeidsmiljøloven § 9-1 andre ledd knytter vurderingen opp mot personopplysningsloven. Arbeidsmiljøloven § 9-2 er imidlertid ment som en ordensregel i arbeidsforholdet uavhengig av om personopplysningsloven kommer inn i bildet eller ei. Videre i avhandlingen skal det foretas en oppsummering av de krav som foreligger etter bestemmelsene i henholdsvis punkt 3.4.2 og 3.4.3.

3.4.2 Kravene etter arbeidsmiljøloven § 9-1 andre ledd

I henhold til arbeidsmiljøloven § 9-1 andre ledd gjelder personopplysningsloven for ”arbeidsgivers behandling av opplysninger om arbeidstakere i forbindelse med kontrolltiltak med mindre annet er fastsatt”. Bestemmelsen kommer kun til anvendelse ved behandling av personopplysninger.

Spørsmålet blir dermed hva som ligger i begrepet personopplysning. I henhold til personopplysningsloven § 2 første ledd er en personopplysning ”opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson”. Hvilke krav setter så personopplysningsloven til arbeidsgivers behandling av opplysninger som kommer frem under iverksettelsen av kontrolltiltak? Personopplysningsloven skiller her mellom alminnelige og sensitive personopplysninger. Alminnelige personopplysninger kan bare behandles såfremt det foreligger samtykke fra arbeidstaker, dersom det er fastsatt i lov eller om det er nødvendig av ulike årsaker fastsatt i lov, jfr. personopplysningsloven § 8 bokstav a til f. Sensitive personopplysninger er opplysninger om rase, etnisitet, politiske, filosofiske eller religiøse oppfatninger, at en person er mistenkt, siktet eller tiltalt for en straffbar handling, helseforhold, seksuelle forhold eller medlemskap i fagforeninger, jfr. personopplysningsloven § 2 åttende ledd. Slike opplysninger kan behandles

³² Tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO og NHO punkt 1.

dersom de oppfyller vilkårene etter personopplysningsloven § 8 og tilleggsvilkårene etter personopplysningsloven § 9. Videre stilles diverse andre krav om behandlingen av opplysningene etter kapittel to i personopplysningsloven Disse skal ikke drøftes nærmere i denne omgang, jfr. avhandlingens punkt 1.4.

Spørsmålet blir dermed hvilke unntak som eksisterer etter arbeidsmiljøloven § 9-1 andre ledd. Arbeidsmiljøloven § 9-4 er ett av disse unntakene. I henhold til forarbeidene er bestemmelsen *lex specialis*.³³ Arbeidsgiver kan bare kreve medisinske undersøkelser etter nærmere fastsatte regler i § 9-4 første ledd bokstav a til c. Tiltak iverksatt etter arbeidsmiljøloven § 9-4 er meget inngripende i arbeidstakers personlige integritet og sfære, og det er nok med dette grunnlag at arbeidsmiljøloven § 9-4 er et unntak fra hovedbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 9-1 andre ledd.

3.4.3 *Kravene etter arbeidsmiljøloven § 9-2*

Arbeidsmiljøloven § 9-2 setter også krav til den prosessuelle gjennomføringen av et kontrolltiltak. I henhold til bestemmelsen plikter arbeidsgiver ”så tidlig som mulig å drøfte behov, utforming, gjennomføring og vesentlig endring av kontrolltiltak i virksomheten med arbeidstakernes tillitsvalgte.” En tolkning av bestemmelsen i praksis vil stort sett gå på hva som er ansett for å være ”så tidlig som mulig”. Videre vil det være av relevans om arbeidsgiver i det hele tatt har gitt informasjon og drøftet tiltaket med sine ansatte.

Det skal først vurderes hva som er ansett for å være ”så tidlig som mulig”. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det må være foretatt drøfting så fort arbeidsgiver har sett behovet for tiltak. I praksis vil dette si at det i det minste bør gjøres før tiltaket settes i verk.

I følge utredningen er det et krav om drøfting og informasjon knyttet til de systemer som virksomheten anvender og ikke hver enkelt kontroll i seg selv.³⁴ ”Så tidlig som mulig” må derfor være på det tidspunkt som systemet vurderes satt i verk. Videre uttales det i utredningen at drøftelse og informasjon bør finne sted på et så tidlig stadium i prosessen at tillitsvalgte og arbeidstakere har en reell mulighet til å uttale seg om tiltakenes karakter før de iverksettes.³⁵ Dette har igjen sammenheng med arbeidstakers medbestemmelsesrett i virksomheten.

Spørsmålet blir dermed hvorvidt det er av relevans om arbeidsgiver har forhåndsinformert og drøftet tiltaket med sine ansatte i det hele tatt. En dom fra Frostating lagmannsrett viser til at det ikke alltid tillegges stor vekt om varsling og drøfting er foretatt.³⁶ Dommen viser likevel til at det er klart at ordensregelen i arbeidsmiljøloven § 9-2 er av betydning for avgjørelsen i sin helhet. Tiltaket i saken var ikke avtalt og de ansatte var ikke forhåndsinformert da det ble gjennomført. Det ble likevel ansett for å være lovlig. Grunnlaget for avgjørelsen var at de tiltak som allerede var drøftet og avtalt i bedriften i dette tilfellet ikke var tilstrekkelig, og at det derfor måtte utføres en slik vidtrekkende kontroll for å avdekke misligholdet. Lagmannsretten kom derfor til at bruddet på arbeidsmiljøloven § 9-2 ikke kunne tillegges avgjørende betydning i saken.

I henhold til tilleggsavtale V i Hovedavtalen mellom LO og NHO er medbestemmelsesretten fremhevet. En medbestemmelsesrett kan ikke finne sted med mindre det er informert om tiltak i virksomheten så tidlig som mulig slik at

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på side 314.

³⁴ NOU 2004: 5 på side 546.

³⁵ NOU 2004: 5 på side 435.

³⁶ RG 2007 s. 855, jfr. punkt 3.3.3 for sakens faktum.

de ansatte har en reell innvirkning på tiltaket. Tilleggsavtalen støtter dermed opp om at ordensregelen i arbeidsmiljøloven § 9-2 skal følges. Til slutt må det tilføyes at arbeidsavtale og arbeidsreglement i den konkrete sak er av betydning. Det må alltid foretas en konkret helhetsvurdering ut fra hvert enkelt saksforhold.

4. Arbeidsgivers rett til å iverksette kontrolltiltak basert på konkret mistanke om mislighold

4.1 Innledning

I dette kapitlet av avhandlingen skal det gjøres et forsøk på å gi et mer utførlig bilde av retten til å iverksette kontrolltiltak, med særlig fokus på et konkret grunnlag. Grunnlaget som er valgt for avhandlingen er arbeidsgivers rett til å iverksette kontrolltiltak ut fra konkret mistanke om mislighold. Dette er som tidligere nevnt et særlig interessant spenningsfelt da det er her hasteavgjørelsene ofte blir tatt fra arbeidsgivers side.³⁷ Arbeidsgiver har gjerne en ekstra stor interesse i å finne ut av slikt mislighold og årsakene til dette kan være mange. For det første kan arbeidsgiver ha et ønske om å kvitte seg med illojal arbeidskraft. Videre kan det være med grunnlag i ønsket om å opprettholde et forsvarlig arbeidsmiljø etter arbeidsmiljøloven § 4-4. Arbeidsgivers ønske om å iverksette kontrolltiltak ved konkret mistanke om mislighold kan med andre ord begrunnes ut fra ulike grunnlag. Det vil rettes særlig fokus mot spørsmålet om det foreligger økt adgang til å iverksette kontrolltiltak ved konkret mistanke om mislighold. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven kapittel 9 er det uttalt at konkret mistanke om mislighold i en arbeidssituasjon muligens fører til økt adgang til å iverksette kontrolltiltak.³⁸ Arbeidslivslovutvalget viser likevel til at det er politiets oppgave å drive etterforskning i Norge, og at dette er et område som ikke er fullt ut avklart i norsk rett.³⁹ Den videre fremstilling skal forsøke å gi et svar på hvorvidt en slik økt adgang foreligger og hvor grensene går for å basere et kontrolltiltak på mistanke om mislighold.

Første vurderingsmoment i punkt 4.2 er hva som ligger i ordlyden konkret mistanke om mislighold. Videre vil spørsmålet bli hvorvidt denne mistanken kan kvalifisere til "saklig grunn" etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. Deretter blir det en drøftelse i punkt 4.3 omkring interesseavveiningen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Videre vil de prosessuelle kravene til kontrolltiltak vurderes i punkt 4.4. Til slutt vil det i punkt 4.5 bli foretatt avsluttende vurderinger rundt emnet.

4.2 Hva er konkret mistanke om mislighold og oppfyller dette kravet til "saklig grunn" etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd?

Konkret mistanke om mislighold er nok et vagt uttrykk i overvåkningens verden. Spørsmålet blir hva som ligger i denne ordlyden. Sett fra arbeidsgivers side vil enhver mistanke være konkret så lenge det foreligger mistanke om mislighold. Men en arbeidsgiver kan ikke alene trekke grensene for hva som er en konkret mistanke. Grunnlaget for dette er at det lett vil føre til misbruk av arbeidsgivers styringsrett.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det må være snakk om mer enn en vag mistanke om at det foregår noe ureglementert. Videre er det på det rene at det

³⁷ Jfr. punkt 1.3 i avhandlingen.

³⁸ NOU 2004: 5 på side 430.

³⁹ NOU 2004: 5 på side 430.

ikke kan stilles krav om at arbeidsgiver er sikker i sin sak. Da hadde ikke kontrolltiltak vært nødvendig å sette i verk. En begrunnet mistanke eksempelvis om at det forsvinner penger eller varer ut av bedriften er grunnlag godt nok.

Verken forarbeid eller rettspraksis til arbeidsmiljøloven § 9-1 har noe ordlydsdefinisjon av hva som ligger i konkret mistanke om mislighold. Spørsmålet blir dermed om det finnes andre kilder som kan bidra til å tolke ordlyden.

Personopplysningsloven kom med nye forskrifter om innsyn i e-post med virkning fra 1. mars 2009. I disse forskriftene er mistanke om mislighold et av grunnlagene for innsyn i e-post, jfr. § 9-2 litra b.⁴⁰ Her er det formulert som et krav om begrunnet mistanke. I merknadene til forskriften vises det til at det må foreligge noe mer enn en løs antagelse.⁴¹ Arbeidsgiver må ha fått konkret informasjon som kan gi grunn for å tro at det foreligger ureglementere forhold. Tips fra arbeidskollegaer er nevnt som et mulig grunnlag. Dette støtter dermed opp om den naturlige forståelse av ordlyden.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 9-4 er det tatt stilling til hvorvidt de skulle innføre en ekstra adgang til medisinske undersøkelser ved skjellig grunn til mistanke. Dette ble imidlertid ansett for allerede å ligge i bestemmelsens bokstav c.⁴² Hjemmelen ble imidlertid formulert som skjellig grunn til mistanke, noe som leder oss inn i straffeprosessens formularer.⁴³ I straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr. 25 (heretter straffeprosessloven) § 171 kreves det ”skjellig grunn” til mistanke for varetektsfengsling. Det er på det rene at dette tilsvarer et krav om sannsynlighetsovervekt i straffeprosessens termer.⁴⁴ Spørsmålet blir dermed om det kan trekkes paralleller til straffeprosessen ved vurderingen av ordlyden konkret mistanke. I følge NOU 2001: 4 på side 142 er det klart at det kan trekkes paralleller mellom tolkningen av arbeidsmiljøloven § 9-4 og straffeprosessens formularer. I henhold til arbeidsmiljøloven § 9-4 foreligger dermed et krav om sannsynlighetsovervekt for at tiltaket skal kunne settes i verk. Spørsmålet blir dermed om det kan stilles paralleller mellom arbeidsmiljøloven § 9-1 og § 9-4. Arbeidsmiljøloven § 9-4 er en særregel i forhold til arbeidsmiljøloven § 9-1. Bestemmelsen regulerer et av de mest inngripende tiltak som kan iverksettes på en arbeidsplass. Det kan dermed argumenteres for at det etter § 9-4 også må stilles strengere krav til mistanken for at tiltaket skal kunne iverksettes. Men på den andre side så vil tiltak satt i verk etter en konkret mistanke om mislighold i det fleste tilfeller føre til veldig strenge reaksjoner fra arbeidsgivers side ved bekreftelse av mistanken. I tillegg til dette er det også klart at det gjerne settes i verk tiltak uten forutgående informasjon og drøftelse i slike tilfeller.⁴⁵ Disse to momenter må sammenlagt kunne føre til at det kan stilles like strenge krav til sannsynlighet etter arbeidsmiljøloven § 9-1 som etter § 9-4. Det må derfor konkluderes med at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at mislighold foreligger. Dersom slik sannsynlighetsovervekt for mislighold foreligger vil det foreligge en konkret mistanke om mislighold og tiltaket kan settes i verk etter arbeidsmiljøloven § 9-1.

⁴⁰ Forskrift om endring i forskrift 15. desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger.

⁴¹

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Personvern/epostforskriften_merknader_rev.pdf.

⁴² NOU 2001:4.

⁴³ NOU 2001:4 side 142.

⁴⁴ Rt. 1993 s. 1302.

⁴⁵ Jfr. punkt 4.4.2 i avhandlingen.

Dersom det foreligger en slik konkret mistanke om mislighold blir spørsmålet videre om grunnlaget i det hele tatt kvalifiserer til ”saklig grunn” etter arbeidsmiljøloven § 9-1. Spørsmålet blir med andre ord om det foreligger tilstrekkelig saklig formål i forhold til virksomheten og den enkelte ansatte, jfr. punkt 3.3.2 i avhandlingen. Når det foreligger konkret mistanke om mislighold vil dette gå rett på den lojalitet som en arbeidsgiver kan forvente av sine arbeidstakere. Lojalitet er et grunnleggende fundament i dagens arbeidsliv og et lojalitetsbrudd vil dermed rettferdiggjøre tiltaket som saklig begrunnet i henhold til lovens krav.

Praksis har ikke gått nærmere inn hva som ligger i ordlyden konkret mistanke om mislighold, men konkluderer stort sett med at det foreligger ”saklig grunn” for tiltaket basert på lojalitetsbrudd. Avgjørelsen blir i de fleste dommer avsagt ut fra forholdsmessighetsprinsippet og ut fra dette forhold vil gjennomgang av praksis på området skje i delkapittel 4.3. Spørsmålet blir dermed når et tiltak som er satt i verk basert på en konkret mistanke om mislighold kan anses for å være forholdsmessig.

4.3 Kravet om forholdsmessighet

4.3.1 Innledende betraktninger

I henhold til arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd kan ikke tiltaket gjennomføres dersom det anses for å være en ”uforholdsmessig belastning” for arbeidstaker jfr. punkt 3.3.3. Dersom arbeidsgiver setter i verk kontrolltiltak basert på en konkret mistanke vil spørsmålet bli hvor langt han kan gå før det anses for å være en ”uforholdsmessig belastning”. Her har det vært hevdet at arbeidsgiver kan gå lengre når det er snakk om en konkret mistanke enn ellers, jfr. punkt 4.1. I hovedsak vil det måtte gjøres en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak der spørsmålet blir om tålegrensen er overtrådt samlet sett. Utredningen går langt i å antyde at kontrolltiltak ved konkret mistanke om mislighold kan anses for å være et tradisjonelt kontrolltiltak. Ved tradisjonelle kontrolltiltak er listen for tiltak lavere enn ved utradisjonelle kontrolltiltak.^{46 47} Med grunnlag i dette kan det sies at forarbeidene går langt i retning av å hentyde at det foreligger en større adgang til å anvende kontrolltiltak ved konkret mistanke om mislighold. Spørsmålet blir hvordan domstolene ser på saken.

4.3.2 Praksis

4.3.2.1 Innledning

Det må innledningsvis presiseres at dommer fra før arbeidsmiljøloven kapittel 9 trådte i kraft også vil ha betydning for avgjørelser etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd, jfr. punkt 2.4.2. I det følgende vil praksis gjennomgås for å kartlegge hva domstolene mener er relevante betraktninger. Betraktningene er i visse tilfeller et spørsmål om beviset er lovlig, mens det i andre saker er vurdert direkte etter arbeidsmiljøloven § 9-1 for å se hva som kan tillates etter bestemmelsen. Avhandlingen vil likevel bruke arbeidsmiljøloven som grunnlag når dommene gjennomgås. Om beviset er lovlig ervervet eller om det er lovlig etter arbeidsmiljøloven § 9-1 blir to sider av samme sak, og det vil ikke sondres mellom disse når en ser på gjennomgangen av dommene. Uansett utfall av vurderingen av om beviset er lovlig ervervet eller om arbeidsgiver har hatt rett til

⁴⁶ NOU 2004:5 på side 433-444.

⁴⁷ Jfr. punkt 3.3.3 i avhandlingen.

å innføre kontrolltiltaket etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd, vil spørsmålet senere bli hvorvidt beviset kan føres for retten, jfr. her punkt 6.4.

4.3.2.2 Høyesterettsavgjørelser

Rt. 2002 s. 1500 omhandler arbeidsgivers rett til å gå inn i arbeidstakers e-post. Grunnlaget for kontrollen var at arbeidsgiver hadde konkret mistanke om at arbeidstaker var i kontakt med annen arbeidsgiver om oppbygging av konkurrerende virksomhet i Norge. Mistanken var basert på et tips. Retten kom til at det forelå ”saklig grunn” for tiltaket da begrunnelsen for ønsket om kontroll var mulig illojalitet. Videre var spørsmålet om tiltaket kunne anses for å være uforholdsmessig belastende for arbeidstaker. Arbeidstakers illojalitet holdt opp mot arbeidsgivers behov for innsyn i e-post veide klart i retning av at tiltaket måtte være forholdsmessig. Arbeidsgiver fikk medhold i saken.

Rt. 2001 s. 1589 gjaldt nedlastning av musikkfiler via arbeidsgivers internettlinjer. Arbeidsgiver hadde konkret mistanke om at arbeidstaker hadde lastet ned musikkfiler på arbeidsplassens datamaskiner. Retten konkluderte med at det forelå saklig grunnlag ut fra mistanken om mislighold. Spørsmålet ble dermed om det var forholdsmessig å kontrollere utskrifter av arbeidstakers harddisk basert på den konkrete mistanke. Retten fant at det forelå tillitsbrudd og brudd på arbeidsreglementet, og at arbeidsgiver dermed hadde et legitimt behov for å kontrollere linjen for å sikre best mulig utnyttelse. Retten konkluderte dermed med at tiltaket var forholdsmessig i forhold til den konkrete mistanke som forelå.

Videre var det i Rt. 2001 s. 668 spørsmål om skjult videoovervåkning og dets lovlighet. Det forelå konkret mistanke om underslag i en tippekasse og arbeidsgiver hadde derfor satt opp et skjult kamera for å overvåke sine ansatte. Retten fant at saklig grunnlag for overvåkingen forelå da det var konkret mistanke om underslag. Spørsmålet ble dermed hvorvidt tiltaket kunne anses forholdsmessig overfor arbeidstaker. De ansatte var allerede kjent med at det forelå overvåkning av kundene i lokalet, men overvåkingen av de ansatte var ikke kjent. Retten fant at det ikke var forholdsmessig å sette opp skjult overvåkning i det dette måtte anses for å være en alvorlig integritetskrenkelse for de ansatte.

4.3.2.3 Lagmannsrettsavgjørelser

LB-2007-121782 gjaldt avskjedigelse grunnet tillitsbrudd. I denne saken hadde arbeidsgiver iverksatt kontroll av arbeidstakers tilstedeværelse ved bruk av datalogger fra arbeidstakers pc. Spørsmålet i saken var først og fremst om det forelå ”saklig grunn” for tiltaket etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. Arbeidsgiver hadde konkret mistanke om fravær grunnet manglende tidsregistreringer over lengre tid. Retten kom til at det meste av arbeidstakers arbeid foregikk på pc og at det dermed ville være hensiktsmessig å kontrollere hennes av- og pålogginger for å konstantere et eventuelt fravær. Spørsmålet som retten brukte mer tid på å besvare var hvorvidt dette kunne anses for å være en uforholdsmessig belastning for arbeidstaker. Arbeidsgiver hadde i saken leid inn et firma for å kontrollere hennes tidsregistreringer i windows. Det må her bemerkes at dette systemet ikke er laget med tanke på slike undersøkelser. Retten kom til at tiltaket i seg selv ikke kunne anses for å være av en så inngripende karakter at var uforholdsmessig sett opp mot arbeidsgivers behov for klarlegging av forholdene. Normalt vil ikke en slik kontroll avdekke sensitive personopplysninger da det ikke var snakk om innsyn i dokumenter. Arbeidsgiver

hadde imidlertid senere gått til det steg å foreta spørreundersøkelser blant de andre ansatte om hennes fravær. Alt i alt kom retten til at dette ikke kunne anses for å være en ”uforholdsmessig belastning” for arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. Arbeidsgivers ønske om å belyse den ansattes fravær måtte veie tyngre enn arbeidstakers vern ved så små inngrep i personvernet. Retten kom likevel til at det var brudd på personopplysningsloven ved behandlingen av de opplysningene som kom frem under tiltaket. Grunnlaget for denne avgjørelsen var at arbeidsgiver hadde gått for langt da han hadde brukt resultatene fra undersøkelsen av den ansattes pc til å så foreta en spørreundersøkelse ut fra dette grunnlag. Det kan her se ut til at retten bruker arbeidsmiljøloven § 9-1 andre ledd som en sikkerhetsventil for å vurdere kontrolltiltak der tiltaket ikke kan avskjæres etter en interesseavveining.

I en sak fra Borgarting lagmannsrett var saksforholdet flyttet inn i arbeidstakers bosted og belyser dermed litt det datatilsynet mener med utviskingen mellom jobb og fritid jfr. punkt 1.3.⁴⁸ Innledningsvis må det bemerkes at forholdet ble vurdert etter arbeidsmiljøloven § 9-1 til tross for at loven ikke hadde trådt i kraft på dette tidspunkt. I denne saken ble arbeidstaker utsatt for kontroll i sitt eget hjem under en sykmeldingsperiode. Arbeidsgiver hadde konkret mistanke om at arbeidstaker i virkeligheten var arbeidsfør og at han utførte svart arbeid i sykmeldingsperioden. Retten fant at det forelå ”saklig grunn” etter arbeidsmiljøloven § 9-1. Spørsmålet som derimot var mer omdiskutert var hvorvidt dette kunne anses for å være en ”uforholdsmessig belastning” for arbeidstaker. Kontrollen foregikk på den måten at kontrollørene fremprovoserte reparasjoner på en bil etter utallige telefonsamtaler og besøk i den ansattes hjem. Arbeidstaker hadde til slutt utført arbeidet og tatt imot kontant oppgjør uten kvittering. Retten legger her vekt på provokasjonspreget som tiltaket hadde, det forhold at det ble utført i den ansattes hjem under en sykmeldingsperiode og til dels i det som ville vært arbeidstakers fritid. Videre trekker retten frem at tiltaket ikke var varslet på forhånd som et tilleggsmoment. Arbeidsgiver kunne først forsøkt å prate med arbeidstaker om sine mistanker, og dette hadde ikke blitt gjort. Retten kom dermed etter en samlet vurdering til at tiltaket var en ”uforholdsmessig belastning” for arbeidstaker og at det dermed forelå brudd på arbeidsmiljøloven § 9-1.

I en sak fra Gulating lagmannsrett var det en skjult videoovervåkning som var oppe til vurdering.⁴⁹ Saken gjaldt skjulte videoopptak utført av arbeidsgiver grunnet konkret mistanke om straffbare forhold. Også i denne saken kom retten til at en konkret mistanke om underslag var nok til å konstantere ”saklig grunn” etter arbeidsmiljøloven § 9-1 uten videre drøftelser. Vurderingen var også i denne saken konsentrert rundt spørsmålet om forholdsmessighet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det forelå allerede en omfattende overvåkning av butikklokalene som de ansatte hadde godkjent etter varsel om tiltak. Arbeidsgiver hadde en mistanke om at nettopp disse kameraene ble manipulert av arbeidstaker og dette var årsaken til iverksettelse av skjulte opptak. Arbeidsgiver forsøkte først andre tiltak som ekstra vareopptellinger og samarbeid med Securitas, men disse tiltakene var ikke egnet til å avdekke forholdet. Det skjulte videoopptaket var avgrenset i tid og rom, og var et potensielt effektivt tiltak for å avdekke den straffbare handlingen. Retten la her vekt på at arbeidstaker hadde opptrådt på en særlig utspekulert og illojal måte og at arbeidsgiver hadde forsøkt andre tiltak før

⁴⁸ RG 2007 s. 56

⁴⁹ RG 2002 s. 162

han satte i verk den ulovlige overvåkningen. Domsresultatet endte til fordel for arbeidsgiver; tiltaket ble ikke ansett for å være en uforholdsmessig belastning for arbeidstaker.

En avgjørelse fra Frostating lagmannsrett, som gjaldt hemmelig spaning utenfor arbeidstakers hjem, er en omdiskutert dom på området.⁵⁰ Tiltaket ble utført med grunnlag i konkret mistanke om underslag på arbeidsplassen. I denne saken er retten delt i sin avgjørelse, og det skal gjøres rede for begge synspunkt i avhandlingen. Første spørsmål i saken var hvorvidt det kunne anses å foreligge ”saklig grunn” etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. Arbeidsgiver hadde fått et telefontips basert på observasjoner av at arbeidstaker hadde tatt varer fra sin distribusjonsbil og inn i egen bolig. En samlet rett kom til at det ut fra konkret mistanke om mislighold måtte foreligge ”saklig grunn” til å foreta tiltaket. Retten uttaler i denne forbindelse at det må foreligge en større kontrolladgang ved konkret mistanke, men at det også her må være viktig å ivareta personvernet til arbeidstaker. Retten er imidlertid delt i spørsmålet om tiltaket er forholdsmessig. Flertallet legger vekt på at det foreligger andre godkjente kontrollrutiner i bedriften som i denne saken ikke ville være formålstjenelige. Videre legger de vekt på metoden som ble anvendt i saken. Spaning og fotografering av den ansatte utenfor hans eget hjem måtte være et egnet tiltak til å avdekke underslaget av varer. De legger også vekt på konsekvensene av misligholdet. Her ville et eventuelt utfall bli avskjedigelse og straffeforfølgelse. Flertallet hevder at det ville blitt langt mer belastende for arbeidstaker dersom politiet hadde utført kontrollen. Videre uttaler de at det er viktig å bevare arbeidstakers integritet også i saker med konkret mistanke, men at det i denne konkrete saken ikke kunne veie opp mot arbeidsgivers behov for tiltak. Det ser ut til at flertallet ser inkonsekvensen i forhold til andre dommer på området. De uttaler at saken må skille seg fra tidligere avgjørelser om skjult videoovervåkning fordi at spaning og fotografering er et helt annet forhold. Mindretallet i saken kommer derimot til at avveiningen må skje til fordel for arbeidstaker. De uttaler at de ikke kan se at denne saken er vesensforskjellig fra sakene om skjult videoovervåkning. I andre forhold vedrørende videoovervåkning har opptakene i de fleste avgjørelsene blitt ansett for å være et så stort inngrep i den personlige sfære at de ikke kunne tillates. Videre legger de vekt på allmennpreventive hensyn i det de uttaler at en tillatelse av å føre slike bevis vil føre til en uthuling av arbeidstakervernet og gi grobunn for misbruk. Mindretallet uttaler dessuten at det må legges vekt på at det er politiet som har etterforskningsmyndighet i Norge, og at vi ikke kan åpne for rettshåndhevelse i større grad enn det som allerede eksisterer.

4.3.2.4 Andre avgjørelser

Personvernemndas sak mot Securitas er allerede omtalt i punkt 3.3.2 i avhandlingen. Saken gjaldt rusmiddeltesting og viser at det ved konkret mistanke om rusmiddelbruk er større adgang for arbeidsgiver til å iverksette tiltak. Dette gjelder dog kun ansatte som er satt til å verne liv eller helse. Det må likevel foretas en konkret vurdering i den enkelte sak opp mot forholdsmessighetsvurderingen.

⁵⁰ RG 2007 s. 855.

4.3.2.5 Sammenfatning av praksis på området

Denne gjennomgangen viser en klar tendens til å legge vekt på mye av de samme momentene. Ved avgjørelsen av om det foreligger "saklig grunn" for tiltaket er det i alle saker vist til den konkrete mistanke som grunnlag. RG 2002 s. 162 utdyper dette ved å si at det foreligger større adgang ved konkret mistanke, men at det likevel må bero på forholdsmessighetsvurderingen. Temaet må dermed avgjøres ut fra en forholdsmessighetsvurdering i den enkelte sak med grunnlag i at det i utgangspunktet er større adgang ved konkret mistanke om mislighold.⁵¹

Avveiningen må tas etter hvor stort inngrep som foretas i den personlige integritet i forhold til hvilken interesse arbeidsgiver har i å innføre kontrolltiltaket. Her må det legges vekt på hvilke tiltak som er iverksatt. Securitas-saken viser at det ved konkret mistanke om mislighold foreligger strenge grenser for tiltak etter arbeidsmiljøloven § 9-4. Dersom det er snakk om kontroll av eksempelvis datalogger vil listen legges langt lavere for når tiltaket kan anses for å være tillatt fordi det er mindre inngripende. Når domstolene vurderer om det foreligger en uforholdsmessig belastning for arbeidstaker er det imidlertid mange momenter som må vektlegges i vurderingen. Blant momentene er hvorvidt det har vært prøvd mindre inngripende tiltak først og om det valgte tiltaket er egnet til å avdekke mistanken. Videre blir spørsmålet hvilke allmennpreventive hensyn som spiller inn og om det er provokasjon inne i bildet. Hvem som har autoritet til å vurdere saken er også av betydning for avgjørelsen, i dette ligger også et spørsmål om tiltaket har etterforskningspreg. Dersom så er tilfellet vil det tilsi at det burde være politiet og ikke arbeidsgiver som utfører kontrollen. Videre har det blitt vektlagt hvilke konsekvenser et eventuelt positivt resultat av tiltaket vil få for arbeidstaker og om de prosessuelle kravene etter arbeidsmiljøloven har blitt fulgt. Grensedragningen mellom tiltak iverksatt på arbeidsplassen og i arbeidstakers fritid er også av sentral relevans. Hvorvidt arbeidsmiljøloven i det hele tatt kommer til anvendelse ved tiltak i hjemmet går vi ikke nærmere inn på i denne avhandlingen. Det har også betydning om tiltaket utføres over et lengre eller kortere tidsrom. I saker der illojaliteten til arbeidsgiver har vært stor vil kravene til forholdsmessighet senkes. Til slutt må alle faktorer veies mot hverandre for å avgjøre hvilke hensyn som veier tyngst i vektskålen.

Et viktig moment å trekke frem i sammenfatningen av praksis er de sprikende avgjørelsene på området. RG 2007 s 855, om spaning og fotografering, har et avvikende resultat fra annen praksis.⁵² I andre saker der hemmelig videoovervåkning har vært anvendt kommer retten til at det ikke kan tillates av hensyn til personvernet jfr. eksempelvis Rt 2001 s 668.⁵³ Det må anses som relativt klart at spaning og fotografering har klare likhetstrekk med videoopptak. Et unntak på området er RG 2001 s. 162. I denne dommen ble hemmelig videoovervåkning tillatt, men her var det allerede omfattende videoovervåkning i lokalene av de ansatte i tillegg til at det var mistanke om sterk illojal opptreden ved forsøk på å manipulere allerede eksisterende opptak. I RG 2007 s. 855 er det som nevnt ikke tale om videoopptak, men det kan likestilles. Et skjerpene moment i saken er at det i dette tilfellet gjelder overvåkning i arbeidstakers hjem og fritid. I RG 2007 s. 56 ble nettopp dette tillagt stor vekt. Videre ble det vektlagt at arbeidstaker ble utsatt for provokasjon. RG 2007 s. 855 er en lagmannsrettsdom og med de usikkerhetsmomentene den har kan den ikke tillegges stor

⁵¹ Jfr. PVN-2005-6 og RG 2002 s. 162. Se også her punkt 4.3.2.3 og 4.3.2.4 i avhandlingen.

⁵² Se punkt 4.3.2.3 for dommens faktum.

⁵³ Se punkt 4.3.2.2 for sakens faktum

rettskildemessig vekt. Hvis denne dommen får stå ubestridt vil vi åpne for en rettsstilstand der privat rettshåndhevelse er tillatt i stort omfang. Det må legges stor vekt på at det er politiets jobb å foreta slik rettshåndhevelse. Vi ønsker ikke å åpne for en rettsstilstand i Norge der arbeidsgiver har så stor frihet innen styringsretten. Reelle hensyn tilsier derfor at mindretallets syn må være det korrekte utgangspunkt etter RG 2007 s. 855.

Gjennomgang av praksis og materielle krav på området viser at de prosessuelle krav også spiller inn i vurderingen av kontrolltiltakets rettmessighet.⁵⁴ På dette grunnlag skal de prosessuelle krav gjennomgås.

4.4 Prosessuelle krav

4.4.1 Kravene etter arbeidsmiljøloven § 9-1 andre ledd

I henhold til arbeidsmiljøloven § 9-1 andre ledd skal personopplysningsloven gjelde for arbeidsgivers behandling av opplysninger i forbindelse med kontrolltiltak jfr. punkt 3.4.2 i avhandlingen. Bestemmelsen kommer inn i bildet både ved lovlig og ulovlig iverksatte tiltak etter første ledd. Dersom tiltaket har vært ulovlig vil § 9-1 andre ledd være et supplerende moment i helhetsvurderingen. Hvis tiltaket derimot var lovlig etter første ledd vil andre ledd fremstå som en sikkerhetsventil der behandlingen av tiltakets fremkomne opplysninger vurderes. I henhold til en dom fra Borgarting lagmannsrett ser det ut til at retten bruker andre ledd som en sikkerhetsventil.⁵⁵ Retten kommer under tvil til at arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd ikke er brutt. De finner imidlertid at det må anses for å foreligge brudd på personopplysningsloven.

Før arbeidsmiljøloven § 9-1 om kontrolltiltak ble innført ble tvister angående overvåkning og kontrolltiltak på arbeidsplassen vurdert etter personopplysningsloven og de ulovfestede reglene på området. Etter at arbeidsmiljøloven kapittel 9 trådte i kraft ser det ut til at flere dommer blir løst etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd fremfor å ta avgjørelsen etter personopplysningsloven

4.4.2 Kravene etter arbeidsmiljøloven § 9-2

Det følger en drøftelses- og informasjonsplikt etter arbeidsmiljøloven § 9-2, jfr. punkt 3.4.3. Denne drøftelses- og informasjonsplikten gjelder ikke alle konkrete kontroller som utføres. Regelen skal sørge for drøftelse og informasjon før ulike system for kontrolltiltak settes i verk. Ved tiltak begrunnet ut fra konkret mistanke om mislighold vil det ikke alltid være tid eller praktisk mulighet for å informere og drøfte tiltak med arbeidstaker. Dersom tiltaket da ikke faller under allerede eksisterende system for kontroll så blir det et spørsmål om når arbeidsgiver bør informere om allerede utførte tiltak. Hovedregelen er uansett at det må varsles ”så tidlig som mulig”. Det kan ikke oppsettes konkrete retningslinjer for informasjon i dette tilfellet, men informasjon før iverksettelse av sanksjoner basert på tiltaket må anses for å være på sin plass. Spørsmålet blir dermed hva praksis sier om bestemmelsen.

I følge RG 2007 s. 56 er et av momentene dommeren legger vekt på nettopp at det ikke er et varslet tiltak etter arbeidsmiljøloven § 9-2.⁵⁶ Retten legger likevel liten vekt på forholdet i den konkrete helhetsvurderingen. I RG 2007 s. 855 legges det vekt på at bedriften i utgangspunktet har en rekke kontrolltiltak som er satt i

⁵⁴ Jfr. eksempelvis RG 2007 s. 56

⁵⁵ LB-2007-121782.

⁵⁶ Jfr.. Punkt 4.3.2.3 for sakens faktum.

verk etter en saksbehandling i samsvar med arbeidsmiljøloven § 9-2. I det konkrete tilfelle strakk imidlertid ikke tiltakene til, og for at det skulle være effektivt kunne ikke dette varsles etter arbeidsmiljøloven § 9-2. Når bruddet var et faktum ble det vektlagt hvorvidt det var et engangstilfelle eller om det fremsto som en løpende overvåkning. Flertallet la til grunn at selv om ordensregelen i arbeidsmiljøloven § 9-2 var brutt så burde ikke det tillegges avgjørende betydning i saken da det var snakk om et engangstilfelle. Praksis på området viser derfor at dersom arbeidsgiver har saklig grunnlag for kontrolltiltaket, så veier ikke arbeidsmiljøloven § 9-2 i seg selv tungt nok til at et brudd på bestemmelsen skal tilsi at tiltaket er ulovlig. Rettspraksis har dermed konkludert med at bestemmelsen må anses for å være en ordensregel. Det må imidlertid anføres ut fra reelle hensyn at ikke enhver begrunnelse kan tillate brudd på arbeidsmiljøloven § 9-2.

4.5 Avsluttende vurderinger

Etter en gjennomgang av lovverk, forarbeid og praksis på området er det klart at konkret mistanke om mislighold kvalifiserer til saklig grunn etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. Videre er det klart at det foreligger en større adgang til å iverksette tiltak etter dette grunnlag, men at det fortsatt må avgjøres ut fra en forholdsmessighetsvurdering. Arbeidsmiljøloven §§ 9-1 og 9-2 spiller inn som momenter i helhetsvurderingen. Paragraf 9-1(2) ser også ut til å fungere som en sikkerhetsventil ved anvendelsen av § 9-1. Et grunnleggende problem ved anvendelsen av § 9-1 er likevel lovens vage utforming. Videre forsterkes dette ved at praksis er inkonsekvent. Arbeidsgiver må dermed foreta mange valg ut fra en usikker rettstilstand. En usikker rettstilstand kombinert med det faktum at mange arbeidsgivere har lite juridisk kunnskap utgjør gjerne en fare for arbeidstakers personvern. Ved iverksettelsen av tiltak er arbeidstaker likevel forpliktet til å medvirke til en viss grad ved iverksettelsen av tiltaket. Spørsmålet blir dermed til hvilken grad arbeidstaker er forpliktet til å medvirke og dette skal vurderes i delkapittel 5.

5. Ansattes medvirkningsplikt

Arbeidstakers medvirkningsplikt følger av lojaliteten som styringsretten utløser. Det er på det rene at dersom kontrolltiltaket er i samsvar med reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 9, så vil det være et brudd på arbeidsavtalen dersom de ansatte nekter å medvirke til gjennomføring. Det finnes mange grunnlag i arbeidsmiljøloven som lovfester arbeidstakers medvirkningsplikt på arbeidsplassen. Arbeidsmiljøloven § 2-3 lovfester arbeidstakers plikt til å medvirke ved utforming, gjennomføring og oppfølging av virksomhetens helse- miljø- og sikkerhetsarbeid. Denne oppramsingen kan inkludere iverksettelsen av kontrolltiltak i visse tilfeller. Videre er det krav til medvirkning fra arbeidstakere ved utforming av systemer i arbeidslivet jfr. arbeidsmiljøloven § 4-3. Det er med andre ord klart at det er mange bestemmelser i arbeidsmiljøloven som gir grunnlag for arbeidstakers plikt og rett til å medvirke på arbeidsplassen.

På området for kontrolltiltak henger medvirkningen sammen med retten til å føre beviser for domstolene, jfr. punkt 6.4. Dersom arbeidstaker ikke har rett til å nekte å medvirke til kontrolltiltak som er åpenbart ulovlige, så fører det igjen til en økt bruk av ulovlige bevis i retten. Dette viser at retten til å nekte å medvirke er av sentral betydning for arbeidstaker.

Spørsmålet blir dermed om det foreligger en slik rett og i hvilket omfang. Ved klart rettmessige tiltak vil ikke arbeidstaker kunne nekte å medvirke. Spørsmålet om rekkevidden av arbeidstakers medvirkningsplikt blir satt på spissen der det er usikkert om bedriften har adgang til de kontrolltiltak som settes i verk. Avgjørelsen må basere seg på en konkret helhetsvurdering der alminnelige arbeidsrettslige regler og retningslinjer utgjør grunnlaget. I henhold til forarbeidene kan ikke arbeidstaker nekte medvirkning med mindre tiltaket er åpenbart ulovlig eller særlig inngripende.⁵⁷ I denne vurderingen må det legges vekt på hvorvidt det er mulig for arbeidsgiver å avvende tiltak til dom foreligger. Avgjørelsen av om et tiltak er klart ulovlig byr på lite problemer. Spørsmålet blir hvor grensene går for de særlig inngripende tiltak. I henhold til hva som ellers er gjeldende rett på området for kontrolltiltak må dette kunne likestilles med tiltak som går sterkt inn på arbeidstakers personlige integritet. Eksempel på dette kan være rusmiddeltesting og helsekontroller av ulike slag. Videre har rettspraksis slått fast at hemmelig videoovervåkning må anses å være et særlig inngripende tiltak.⁵⁸ Spørsmålet blir dermed om arbeidsgiver i alle slike tilfeller må avvende tiltak til dom foreligger. I utgangspunktet har arbeidstaker medvirkningsplikt grunnet arbeidsgivers styringsrett og dermed kan det ikke sies at alle særlige inngripende tiltak må avvendes til dom foreligger. Dette vil gå for sterkt utover arbeidsgivers styringsrett. I mangel på praksis må det konkluderes med at retten til å nekte medvirkning er en sikkerhetsventil i arbeidsforholdet.

I det praktiske liv har det vist seg at dersom arbeidstaker unnlater å medvirke til gjennomføring vil dette føre til flere tiltak fra arbeidsgivers side. Et eksempel på dette er en dom fra Borgarting lagmannsrett der det ble iverksatt mer omfattende uvarslede tiltak da arbeidstaker hadde unnlatt å registrere egen arbeidstid over en lengre periode.⁵⁹ Dette peker igjen i retning av at arbeidstakers rett til å nekte ikke har stor betydning i det praktiske liv.

Spørsmålet blir om det virkelig er rett at det foreligger en så vidtrekkende resignasjonsplikt for arbeidstaker i kraft av styringsretten. En utbredt adgang til kontrolltiltak uten at arbeidstaker skal kunne nekte å medvirke kan ha uante konsekvenser. Et eksempel er dersom en arbeidssøker blir rusmiddeltestet i kraft av arbeidsmiljøloven § 9-4. Denne testen bruker imidlertid arbeidsgiver til samtidig å kontrollere om arbeidssøker er gravid. Med dette grunnlag ansetter arbeidsgiver en som ikke er gravid og slipper permisjonssøknader i starten av arbeidsforholdet. Arbeidsgiver har dermed brutt diskrimineringsforbudene i arbeidsretten. Dersom forholdet så går til domstolene vil det konstanteres at arbeidsgiver enten har utført et ulovlig tiltak etter arbeidsmiljøloven eller at det foreligger uforsvarlig behandling av opplysningene etter personopplysningsloven. Selv om domstolene i utgangspunktet dømmer til fordel for arbeidstaker vil ikke dette føre til at arbeidstaker likevel får jobben jfr. arbeidsmiljøloven § 13-9. Videre er det et moment at arbeidsgiver ofte vil gå til flere tiltak rettet direkte mot arbeidstaker dersom han er bevisst på ulovlighetene av allerede utført tiltak. På denne måten kan en se at arbeidstaker ofte vil bli uthengt som resultat av et ulovlig tiltak. Spørsmålet blir dermed om reelle hensyn veier i retning av en utvidet rett til å nekte medvirkning for arbeidstakers del. I denne vurderingen er det viktig å huske at arbeidsgivers rett til å iverksette tiltak vil bli hemmet dersom arbeidstaker får utvidet rett til å nekte å medvirke. Dette gjelder særlig på området

⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 144

⁵⁸ Jfr. Rt. 2001 s. 668.

⁵⁹ LB-2007-121782 jfr. punkt 4.4.3 for sakens faktum.

for konkret mistanke. Årsaken til det er at det i slike tilfeller ofte må iverksettes tiltak så fort som overhodet mulig for i det hele tatt å kunne avdekke misligholdet. Spørsmålet blir så hvilke bevis ervervet ved kontrolltiltak arbeidsgiver i det hele tatt kan føre for retten, jfr punkt 6.

6. Sanksjoner

6.1 Innledning

Etter at det er iverksatt kontrolltiltak som enten bekrefter eller avkrefter den konkrete mistanken om mislighold blir spørsmålet hvilke sanksjoner arbeidsgiver kan møte og hvilke tiltak han kan iverksette på grunnlag av funnene. Videre blir spørsmålet hvilke bevis som eventuelt vil bli tillatt ført i en rettssak. Avhandlingen vil forsøke å gi en generell fremstilling av hva som gjelder på området.

6.2 Sanksjoner overfor arbeidstaker

Hvilke sanksjoner som kan iverksettes beror på en konkret vurdering av hvilke momenter som har blitt avdekket i den aktuelle kontroll. Mulige sanksjoner vil imidlertid være advarsler, trekk i lønn, oppsigelse eller avskjed. I vurderingen av hvilke sanksjoner som tillates må det ses hen til om det foreligger klare forbud i arbeidssituasjonen som forbyr den ansatte å handle slik han har gjort.⁶⁰

6.3 Sanksjoner overfor arbeidsgiver

Arbeidsmiljøloven er i utgangspunktet underlagt arbeidstilsynets påleggskompetanse etter arbeidsmiljøloven § 18-6 første ledd. Det følger imidlertid av bestemmelsen at kapittel 9 om kontrolltiltak er et unntak fra denne regelen. I praksis vil dette innebære at bestemmelsene om kontrolltiltak ligger utenfor arbeidstilsynets kompetanse til å ilegge tvangsmulkt etter arbeidsmiljøloven § 18-7 og stansing etter arbeidsmiljøloven § 18-8. Arbeidstilsynet har dermed liten eller ingen påvirkning på arbeidsgiver når det kommer til utføring av kontrolltiltak. Når det kommer til behandling av personopplysninger vil derimot datatilsynet ha påleggskompetanse på området, jfr. personopplysningsloven § 42. Resultatet av dette er dermed at opplysninger som blir nedskrevet vil komme innunder tilsynets kompetanse. Datatilsynet har uttalt at arbeidsgiver ofte unndrar seg denne kontrollen ved ikke å skrive ned personopplysninger når tiltak utføres.⁶¹ Et eksempel på dette er alle de privatetterforskningsbyråer som opererer på området. Ofte vil det her foretas hemmelige kundeoppdrag med sikte på å få frem et eventuelt mislighold, men ingenting vil bli skrevet ned på papiret i forbindelse med oppdraget. På denne måten unndrar arbeidsgiver seg datatilsynets påleggskompetanse.

I prinsippet kan arbeidsgiver bli idømt straff og eventuelt måtte utbetale erstatning, jfr her eksempelvis arbeidsmiljøloven § 19-1. Det foreligger imidlertid lite praksis på området. I en sak fra Borgarting lagmannsrett ble det gitt oppreisning etter personopplysningsloven⁶² Denne saken gjaldt en regnskapsansvarlig som ble avskjediget i forbindelse med tillitsbrudd.⁶³ Retten fant her at det ikke var brudd på arbeidsmiljøloven § 9-1, men at personopplysningsloven var brutt. I følge et referat i Lov og Data er dette

⁶⁰ Rt. 2001 s. 1589.

⁶¹ I telefonsamtale av 24.04.2009

⁶² LB-2007-121782.

⁶³ Se punkt 4.3.2.3 for sakens faktum.

muligens den første avgjørelse der retten har benyttet adgangen til å gi oppreisning etter personopplysningsloven.⁶⁴ Straffemessig kan arbeidsgiver anmeldes til politiet. Videre kan arbeidstaker gå til rettssak mot arbeidsgiver. Det må imidlertid være ganske åpenlyst at maktbalansen som eksisterer mellom arbeidstaker og arbeidsgiver vil legge en demper på ønsket om å bringe saken inn for domstolene. En ressurs svak arbeidstaker vil ofte ikke våge å ta opp kampen mot en ressurssterk arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker tar opp denne kampen blir det et spørsmål om føring av beviser. Dette skal drøftes nærmere opp i punkt 6.4 i avhandlingen.

Det fremstår som ganske klart at kontrolltiltak på arbeidsplassen lett kan falle mellom to stoler når det gjelder sanksjoner rettet mot arbeidsgiver. Det er imidlertid betenkelig at håndheving av arbeidsmiljøloven og håndheving av personopplysningsloven på det samme området skal innebære så vidt forskjellige konsekvenser. Dette er imidlertid noe lovgiver nå har sett problemene med, og de foreslår i Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) at arbeidstilsynet også skal få påleggskompetanse i saker vedrørende arbeidsmiljøloven kapittel 9. I praksis vil nok dette føre til en større kontrollmulighet av arbeidsgiver, noe som igjen vil føre til mindre ulovlig utførte tiltak fra arbeidsgivers side.

6.4 Bevisføring i retten

Dersom arbeidstaker først tar steget mot rettssak mot sin arbeidsgiver blir spørsmålet i hvilken utstrekning bevis ervervet ved kontrolltiltak kan anvendes. Det er klart at bevis ervervet ved lovlig utførte tiltak kan brukes i retten. Spørsmålet blir hvorvidt ulovlig ervervede tiltak kan anvendes som bevis i saken.

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisføring. Dette er nå et prinsipp som er lovfestet i tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90 (heretter tvisteloven) § 22-7. Bestemmelsen åpner for at bevis som er fremskaffet på en utilbørlig måte i "særlige tilfeller" kan avskjæres. Spørsmålet blir dermed når slike tilfeller foreligger. I henhold til forarbeidene til tvisteloven § 22-7 må det foreligge en krenkelse av tungtveiende rettssikkerhetshensyn, eksempelvis personvern hensyn, for at bevisene skal anses å være fremskaffet på en utilbørlig måte.⁶⁵ Videre står det i forarbeidene at dersom bevisene er fremskaffet på en ulovlig måte og i den hensikt så bør ikke bevisene tillates ført. Det er imidlertid klart ut fra forarbeidene at dette er en snever unntaksbestemmelse.⁶⁶ Det er på det rene at det i hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret ut fra de foreliggende omstendigheter hvilke bevis som skal tillates ført. I denne vurderingen vil det være avgjørende om det har skjedd en materiell krenkelse av arbeidstakers personvern. Arbeidstakers forhold må tas i betraktning ved avgjørelsen. Relevante momenter i vurderingen er hvor alvorlig krenkelsen er og hvor tungtveiende behov arbeidsgiver har i saken. Videre er det klart at EMK artikkel 6 med krav til en rettferdig rettergang må spille inn i vurderingen.

Praksis ser imidlertid ut til å vurdere kontrolltiltakets forholdsmessighet til sin fordel slik at de slipper å ta stilling til fri bevisføring på bakgrunn av et uforholdsmessig og dermed ulovlig iverksatt tiltak.⁶⁷

⁶⁴ LoD-2008-95-6.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) på side 459.

⁶⁶ NOU 2001: 32 på side 961.

⁶⁷ Se gjennomgang av praksis i punkt 4.3.2 i avhandlingen.

7. Egne betraktninger

Avhandlingen har så langt vist at det foreligger mye problematikk rundt iverksettelse av kontrolltiltak på arbeidsplassen. Arbeidsmiljøloven § 9-1 kan anses for å være en rettslig standard, og det er allmennkunnskap at slike bestemmelser skaper tolkningsproblemer i praksis. Arbeidsretten er imidlertid et område der rettsreglene bør være lett tilgjengelige, jfr. avhandlingens punkt 1.3. Det er imidlertid klart at overvåkning generelt sett er et område i samfunnslivet der teknologien fører til stadig endringer i måten å kontrollere på. Dette i seg selv tilsier at et detaljert regelverk kan være vanskelig å få i stand. Forarbeidene støtter til dels opp om dette synspunkt jfr. punkt 1.2 i avhandlingen.

Spørsmålet blir dermed hva de lovtekniske løsningene fører til av praktiske problemer. Det som skaper størst vanskeligheter er det overordnede problemet med vage bestemmelser. Her kan det henvises til ordlyder som ”saklig grunn” ”uforholdsmessig belastning” og i denne avhandlingen ordlyden konkret mistanke. Slike vage formuleringer har gjort det vanskelig for arbeidsgiver å vite hvor grensene for kontrolltiltak går. Dette kombinert med stadig økende teknologi har nok ført til en økning i antall kontrolltiltak som blir iverksatt. Den økende mengden tiltak som settes i verk fører igjen til en økt trussel for arbeidstakers personvern både i forhold til arbeidsgiver og faren for spredning av informasjon. Videre er det klart at sanksjonsmulighetene også spiller inn. Arbeidstilsynet har manglende påleggskompetanse på området og datatilsynets påleggskompetanse sniker arbeidsgiver seg unna. Videre vil arbeidsgiver i en rettssak til en viss grad kunne føre ulovlig ervervede bevis. Alt dette sammenlagt fører til at gevinsten for arbeidsgiver i å iverksette tiltak til tross for eventuelle ulovligheter blir for stor til å unnlate å gjøre det. Dette gjelder nok særlig ved konkret mistanke om mislighold. Til slutt må nevnes at arbeidstakers manglende mulighet til medvirkning på området for kontrolltiltak også vil spille inn. Så lenge arbeidstakers medvirkning på tiltaket er begrenset vil det igjen føre til at ulovlige tiltak kan føres som bevis i en rettssak. Samlet sett utgjør alle disse faktorene en trussel for arbeidstakers rett til personvern.

Spørsmålet blir dermed hva som kunne vært gjort for å minimere trusselen for arbeidstakers personvern. Lovens vage formuleringer kunne vært avhjulpet ved å iverksette et mer detaljert regelverk. Det er imidlertid klart at loven fortsatt må være robust nok til å tåle den videre samfunnsutviklingen grunnet teknologiens stadig økende fremskritt. Dette tilsier at det gjerne skulle vært gjort detaljreguleringer i forskrift form eller eventuelt på tariffplan. Et annet alternativ som kunne vært et tilleggsmoment til detaljert regelverk er obligatorisk kursing av arbeidsgivere og tillitsvalgte om adgangen til å iverksette kontrolltiltak. ILO's adferdskodeks punkt 5.9 er et forbilde på dette punkt.⁶⁸ En større adgang til sanksjonering av arbeidsgiver hadde også vært et mulig tiltak for å støtte opp om arbeidstakers rett til personvern. Videre kunne det foreligget større adgang for arbeidstaker til å protestere mot tiltak ved hjelp av tillitsvalgte.

Utviklingen den siste tiden har vist at lovgiver ser problemene på området. Det er utferdiget forskrift for innsyn i e-post og forarbeider som viser til viktigheten av et strengere regelverk både påleggsmessig og detaljmessig.⁶⁹ Det er klart at et mer detaljert lovverk sammenholdt med strengere praksis ville føre til mindre iverksettelse av tiltak som går utover arbeidstakers personvern. En må her legge

⁶⁸ Jfr. punkt 2.2 i avhandlingen.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) og NOU 2009:1.

til at det er viktig at arbeidslivet og samfunnet generelt får opp øynene for hva den økende overvåkingen gjør med vår rett til personvern.

8. Avslutning

Avhandlingen har vist at økende iverksettelse av kontrolltiltak i arbeidsretten er et problem for arbeidstakers personvern. Den økende overvåkingen viser seg ved økning i antall iverksatte tiltak og ved at arbeidstaker blir kontrollert mer og mer i sin fritid. Grunlaget for økningen viser avhandlingen kan være faktorer som vagt regelverk, økende teknologi, manglende sanksjonsmuligheter og manglende kunnskap. Ved konkret mistanke øker viktigheten av iverksettelse og problemene rundt tiltakene er derfor særlig interessant på dette feltet. Lovgiver har endelig begynt å se farene for personvernet i den økende overvåkingen og har fremmet forslag om utvidede sanksjonsmuligheter. Videre har lovgiver foreslått en mer detaljert lovregulering på området. Dette har til dels blitt gjennomført på feltet for innsyn i e-post. Konklusjonen på avhandlingen må derfor bli at kontrolltiltak utgjør en trussel for arbeidstakers personvern, og da særlig på området for konkrete tiltak ved mislighold.

Kildeliste

Nasjonalt regelverk

Love

- Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17 juni. 2005 Nr. 62
- Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 14 april. 2000 Nr. 31
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21 mai. 1999 Nr. 30
- Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22 mai. 1902 Nr. 10
- Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22 mai. 1981 Nr. 25
- Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17 juni. 2005 Nr. 90

Annet

- Tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO og NHO (2006-2009)
- Forskrift om endring i forskrift 15. desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger

Internasjonalt regelverk

- EU-direktiv 2004/26/EF om lagring av trafikkdata
- "Protection of workers' personal data: an ILO code of practice" fra 1996
- Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950
- EUs personverndirektiv av 1995
- Europarådskonvensjon av 1981 nr 108
- FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

Offentlige publikasjoner

Odelstingsproposisjoner

- Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)
- Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Offentlige utredninger

- NOU 2009: 1 Individ og Integritet
- NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget
- NOU 2001: 32 Rett på sak
- NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet

Dommer

Høyesterett

- Rt. 2002 s. 1500
- Rt. 2001 s. 1589
- Rt. 2001 s. 668
- Rt. 1993 s. 1302
- Rt. 1991 s. 616

Lagmannsretten

- RG 2007 s. 855
- RG 2007 s. 56
- LB-2007-121782
- RG 2002 s. 162

Personvernemnda

- PVN-2005-6

Internasjonale dommer

- Niemietz mot Tyskland (dom 1992-12-16, EMD-1988-13710)

Litteratur

- George Orwell, 1984 5.utgave 1999, Gyldendal
- Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4.utgave 2006, N.W.DAMM & SØN

Annet

- Datatilsynets årsmelding for 2008:
http://www.datatilsynet.no/upload/Datatilsynets%20årsmelding_2008.pdf
- Fafo-rapport 2008:34 Personvern under press – hvor går grensen i arbeidslivet?: <http://www.fafo.no/pub/rapp/20076/20076.pdf>
- Merknader til personopplysningsforskriften:
http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Personvern/epostforskriften_merknader_rev.pdf
- LoD-2008-95-6