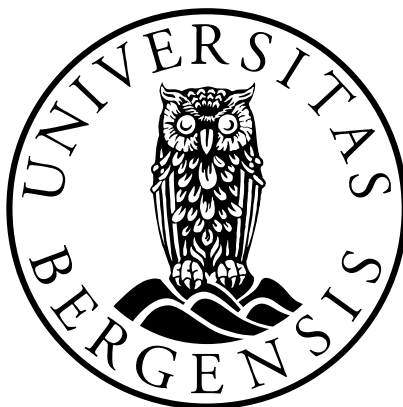


Adgangen til å avskjære "utilbørlig" kameraovervåkning som bevis i sivile saker

Kandidatnummer: 56

Antall ord: 14 066



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Avhandlingens tema og hovedproblemstilling	3
1.2 Sentrale begreper og avgrensninger	4
1.3 Den videre fremstillingen	6
2 Rettskildebilde og metodiske utfordringer	7
2.1 Innledende bemerkninger	7
2.2 Lovforarbeider og rettspraksis	7
2.3 Konstitusjonen, EMK og EMD.....	8
2.3.1 Kort om konstitusjonelle begrensninger	8
2.3.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen.....	9
2.3.3 Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen	10
2.3.4 Oppsummering av betydningen til EMK.....	13
2.4 Forholdet til straffeprosessen	14
3 Rettslige utgangspunkter og grunnleggende hensyn	16
3.1 Rettslige utgangspunkter.....	16
3.2 Rettssikkerhetshensyn	19
3.3 Personvernens hensyn.....	19
4 Når er en kameraovervåkning "utilbørlig"?	21
4.1 Innledning	21
4.2 Ulovlig beviserverv	21

4.3	Utilbørlig beviserwerb.....	23
5	Interesseavveiningen – når foreligger "særlige tilfeller"?	27
5.1	Innledning.....	27
5.2	Motstanden - hensynet til sakens opplysning	28
5.3	Bevisverdi	30
5.4	Gjentatt krenkelse av personvern hensyn	31
5.5	Andre sentrale momenter.....	33
6	Er kameraovervåkning et "særlig tilfelle" etter tvisteloven § 22-7?	35
6.1	Innledende bemerkninger	35
6.2	Skjult kameraovervåkning	35
6.3	Synlig kameraovervåkning	43
6.4	Oppsummering og sammenligning	45
7	Avsluttende betraktninger	46
	Litteraturliste	47

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og hovedproblemstilling

Formålet med en rettsprosess er å anvende bevis på generelle lovregler for å komme frem til en materielt riktig avgjørelse. For å oppnå målet må retten danne et korrekt faktum og således søke etter sannheten.¹ Målet om å finne sannheten legger grunnlaget for det klare utgangspunkt om partenes fri bevisføringsrett. Det fremstår som selvsagt at domstolene skal ha størst mulig innsyn over det forhold det avsies dom på. Imidlertid vil avhandlingen vise at sannhet ikke er eneste ideal i prosessen.² Avhandlingens tema vil vise at retten står ovenfor begrensninger på tilgangen til informasjon gjennom læren om "utilbørlig" ervervede bevis.

Adgangen til å avskjære bevis som er skaffet til veie på en "utilbørlig" måte reguleres av lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.) § 22-7. Det følger av bestemmelsen at retten kan avskjære slike bevis i "særlige tilfeller". Et "utilbørlig" beviserverv er dermed ikke tilstrekkelig for å konkludere med en bevisavskjæring. Ordlyden i bestemmelsen tilsier at det må foretas en konkret helhetsvurdering for å klarlegge når et "særlig tilfelle" foreligger.

For å dimensjonere avhandlingen har jeg latt meg lede av kildematerialet og kommet frem til en behandling av ett spesifikt beviserverv. Hovedproblemstillingen for avhandlingen er på denne bakgrunn adgangen til å avskjære "utilbørlig" *kameraovervåkning* som bevis i sivile saker.

Med inntoget av ny teknologi er mulighetene til å foreta en kameraovervåkning betydelig. Det gjør det vanskelig å sikre seg mot en "utilbørlig" overvåkning, grunnet omfanget av teknologisk utstyr som muliggjør en kameraovervåkning. Slike situasjoner kan oppleves som et tungt inngrep i personvernet for den som blir rammet og utfordrer domstolen til å stadig forholde seg

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

² Torgersen (2009) s. 1.

til nye ervervsmetoder. Parallelt med den teknologiske utviklingen har implementeringen av EUs nye personvernforordning (heretter «GDPR») skapt et større fokus på personvern.³

Et dypdykk i kildematerialet viser at det kan oppstilles flere typetilfeller innen kameraovervåkning. Høyesterett avsa nylig dommen HR-2021-966-A som omhandlet *skjult* overvåkning foretatt med siktemål på å oppklare et straffbart forhold. Spørsmålet for Høyesterett var om kameraovervåkingen kunne benyttes som bevis i rettssaken. Førstvoterende konkluderte i denne avgjørelsen bekreftende på spørsmålet. Videre vil avhandlingen vise at gjeldende rett skiller mellom skjult og *synlig* kameraovervåking. I sistnevnte tilfelle viser rettspraksis at domstolen har en annen konklusjon enn i nevnte HR-2021-966-A. Avhandlingens hovedanliggende er å analysere hvorvidt det kan oppstilles en presumsjon for eller imot bevisavskjæring ved de ulike typetilfellene.

1.2 Sentrale begreper og avgrensninger

Uttrykket "bevis" forbeholdes forhold knyttet til faktum.⁴ I juridisk sammenheng benyttes begrepet dels om det enkelte bevis – slik de for eksempel fremkommer i en forklaring - og dels om summen av de bevis som foreligger i en sak samlet.⁵ Bevis er dermed informasjon som taler for at en påstand om et faktisk forhold er sann eller usann – enten spørsmålet er om et bestemt faktisk forhold har foreligger, foreligger eller vil foreligge.⁶

Med "kameraovervåkning" forstås vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåking ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende overvåkningskamera eller annet lignende utstyr.⁷ En kameraovervåkning av det offentlige rom eller privat eiendom vil som hovedregel kunne utgjøre et brudd på den enkeltes rett til privatliv.⁸

³ Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning - GDPR).

⁴ Begrepsbruken er lagt til grunn i tvl. § 21-1, se også NOU 2001: 32 s. 943.

⁵ Torgersen (2009) s. 17.

⁶ Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, Oslo, Universitetsforlaget, 2015, side 279.

⁷ Definisjonen er hentet fra lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) § 36.

⁸ Jf. Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) artikkel 8 og lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven – Grl.) § 102.

Avhandlingen vil ikke inngående behandle den straffeprosessuelle bevisavskjæringsregelen. Imidlertid vil punkt 2.4 vise at straffeprosessuelt kildemateriale er relevant for å klarlegge rettsregelen etter sivilprosessen. Det vil imidlertid ikke bli foretatt noen komparativ analyse og rettsregelen etter straffeprosessen er ikke et selvstendig undersøkelsesobjekt.

Et spørsmål verdt å merke seg innen temaet "utilbørlig" ervervet bevis er tematikken om *hvilke* bevis som kan avskjæres. Spørsmålet er om fremskaffelsen av bevis som er *utledet* fra det "utilbørlige" ervervet også skal avskjæres. Det er nødvendig å vise hovedlinjene i rettspraksis, men av omfangsmessige hensyn må det avgrenses mot en inngående fremstilling av spørsmålet. Kjennelsen i Rt. 2001 s. 668 U illustrere problemstillingen om bevis som er utledet fra det "utilbørlige" ervervet. Saken omhandlet en ulovlig kameraovervåkning foretatt på arbeidsplassen for bruk i en avskjedssak. Høyesterett kom til at den ulovlige overvåkningen etter tvl. § 22-7 måtte avskjæres som bevis. Som konsekvens av avskjæringen ønsket arbeidsgiver i stedet å legge frem en avhørsrapport. Kameraovervåkingen var grunnlaget for avhøret og således direkte utledet fra den "utilbørlige" kameraovervåkingen. Kjæremålsutvalget uttalte at "omsynet til effektiv avskjering av videobeviset kan føre til at også bevis som bygger på dette må nektast førte".⁹ Avgjørelsen viser at bevis som "bygger på" et "utilbørlig" ervervet bevis skal avskjæres etter tvl. § 22-7. Tanken synes her å være at dersom avhøret som har sin opprinnelse i det ulovlige opptaket tillates ført, vil konsekvensen av en avskjæring i realiteten være ikke-eksisterende. Synspunktet er fulgt opp i senere rettspraksis.¹⁰

I forlengelsen av det oppstår en problemstilling knyttet til bevis som er skaffet til veie *som følge* av et "utilbørlig" ervervet bevis. Et praktisk eksempel er dersom en kommune bryter sin taushetsplikt overfor politiet som igjen medfører at politiet får kjennskap til andre straffbare forhold.¹¹ Politiet ville ikke hatt tilgang på disse opplysningene dersom kommunen hadde overholdt sin taushetsplikt. Bevisene var dermed ervervet *som følge* av lovbruddet. Spørsmålet er om bevisavskjæringen har en dominoeffekt eller smittevirkning på øvrige bevis ervervet i saken. Rettspraksis er her klar på at kun bevis som "direkte" stammer fra det "utilbørlig"

⁹ Rt. 2001 s. 668 U s. 672.

¹⁰ Se Rt. 2014 s. 916 U.

¹¹ Eksempelet er hentet fra faktum i Rt. 1997 s. 1778 A.

erhvervede beviset skal avskjæres.¹² I slike situasjoner må retten dermed falle tilbake på en selvstendig vurdering av hvert enkelt beviserverv etter tvl. § 22-7.¹³

I punkt 4.2 skal det fremstilles når en kameraovervåkning er ulovlig etter personvernlovgivningen. Innenfor rammen av avhandlingen er det ikke mulig med en fullstendig fremstilling av lovgivningen. Bestemmelsene avhandlingen behandler er de mest aktuelle i lys av problemstillingen begrunnet i praksis fra Høyesterett.

Tvl. § 22-7 oppstiller ingen vilkår om at en *part i saken* må tilby beviset. En bevisavskjæring kan således skje dersom *andre* har skaffet til veie beviset på en "utilbørlig" måte.¹⁴ Dette sporet vil ikke bli forfulgt videre begrunnet i at problemstillingen ikke avgjørende for om det skal foretas en bevisavskjæring.

Avslutningsvis avgrenses det mot en fremstilling av hvilke rettsvirkninger en "utilbørlig" kameraovervåkning vil ha for den som skaffer til veie beviset. I det ligger at rettens vurdering av bevisavskjæringen, ikke beror på hvilke sanksjoner den som har skaffet til veie beviset eventuelt risikerer. Avgrensningen gjøres på bakgrunn av at sanksjonene ikke har betydning for bevisavskjæringsvurderingen.

1.3 Den videre fremstillingen

Løsningen på avhandlingens hovedproblemstilling må søkes besvart med hjelp i de relevante rettskildene. Derfor vil jeg først redegjøre for rettskildesituasjonen i kapittel 2. I kapittel 3 skal de rettslige utgangspunktene og grunnleggende hensyn fremstilles, før jeg med det som bakteppe vil vurdere når en "utilbørlig" kameraovervåkning foreligger. Videre skal det vurderes om det er adgang til å avskjære den "utilbørlige" kameraovervåkingen i kapittel 5 og 6. Til sist vil det bli gitt noen avsluttende betraktninger.

¹² Rt. 1997 s. 1778 A.

¹³ Dette har god støtte i teorien, se Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2008, s. 270, jf. s. 272, Asbjørn Strandbakken, *Uskyldpresumsjonen «In dubio pro reo»*, Fagbokforlaget, 2003, s. 210, Anders Bratholm, Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1959 s. 109-132 s. 128-129 og Ørnulf Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* Lov og Rett nr. 7 s. 423-438, 2010, s. 437.

¹⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, *Twisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget, s. 881.

2 Rettskildebilde og metodiske utfordringer

2.1 Innledende bemerkninger

Avhandlingen vil fortløpende presentere problemstillinger som besvares gjennom bruk av alminnelig juridisk metode. Her kan det innvendes at hva som er "alminnelig" metode vanskelig kan gis et homogent svar. Imidlertid søkes avhandlingens problemstillinger besvart ved hjelp av kjente rettskilder uten den hensikt å være metodisk nyskapende.¹⁵ På denne bakgrunn har avhandlingen et rettsdogmatisk siktemål.

Rettskildebilde særpreges ved at tvl. § 22-7 er kortfattet og skjønnspreget slik at lovteksten i beskjeden grad bidrar til å fastsette rettsregelen. Innenfor rammene av overordnede rettsnormer får lovforarbeidene og rettspraksis klar betydning. I det følgende er det nødvendig med en fremstilling av rettskildebildet.

2.2 Lovforarbeider og rettspraksis

Tvistemålsutvalget ledet av Tore Schei avga i 2001 innstilling til ny lov om meging og rettergang i sivile saker – NOU 2001: 32 Rett på sak. Fire år senere la Justisdepartementet frem forslag til tvistelov i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) om lov om meking og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Trolig grunnet forarbeidenes unge alder er de omfattende og fremstår som grundige. De bidrar til å klarlegge viktige momenter i helhetsvurderingen til støtte for en utpreget skjønnsmessig lovtekst. Forarbeidene var ment å innebære en kodifisering av rettsstilstanden etter lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven). Videre bidrar teksten til en grundig gjennomgang av tidligere rettspraksis på området.¹⁶

¹⁵ Torgersen (2009) s. 67.

¹⁶ NOU 2001: 32 s. 961.

Tvisteloven § 22-7 er utformet – og ment praktisert – slik at forståelsen av bestemmelsen kan endre seg over tid.¹⁷ Det innebærer at rettspraksis står sentralt i analysen i de kommende kapitlene. Ordlyden "utilbørlig" og "særlig tilfelle" er rettslige standarder hvor Høyesterett må bidra til å klarlegge meningsinnholdet. Gjennom sine prejudikater har avgjørelsene fra Høyesterett betydning utover seg selv ved at de kan endre rettstilstanden.¹⁸ Rettspraksis etter den gamle tvistemålsloven er relevant for avhandlingen ettersom rettstilstanden fra før tvisteloven av 2005 søkes videreført.¹⁹

Grunnet relativt få avgjørelser fra Høyesterett om "utilbørlig" kameraovervåkning vil underrettspraksis tjene som supplement. Til tross for at avgjørelsene har svakere rettskildemessig vekt enn praksis fra Høyesterett vil de kunne bygge på relevante og tungtveiende primærkilder og således bidra i kraft av sin argumentasjonsverdi.²⁰ Utover det vil underrettspraksis først og fremst ha betydning som illustrasjonsmateriale.

2.3 Konstitusjonen, EMK og EMD

2.3.1 Kort om konstitusjonelle begrensninger

Grunnloven betegnes som *lex superior* og er vårt rettssystemets høyeste rettskilde. Spørsmålet i det følgende er om konstitusjonen oppstiller noen skranker for når det er adgang til å føre et "utilbørlig" ervervet bevis for domstolen.

Europeisk og norsk tradisjon viser at konstitusjonene først og fremst fungerer som et normativt rammeverk.²¹ Med andre ord nøyer konstitusjonen seg med å oppstille grunnleggende normer for statens styre hvor det må suppleres med andre rettskilder som lov, forskrift og dom.²² På bakgrunn av det har konstitusjonen spilt en beskjeden rolle i utviklingen av bevisavskjæringsreglene. Det kan vanskelig tenkes at noe av bestemmelsene i Grunnloven har

¹⁷ NOU 2001: 32 s. 961.

¹⁸ Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, M.H. Andenæs, 2. utgave, 2009, s. 82.

¹⁹ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål. Se Ot.prp.nr. 51 (2004–2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 459.

²⁰ Andenæs (2009) s. 97. Avgjørelser i Høyesterett har prejudikatsvirkning, og domstolen dømmer i siste instans, jf. Grl. § 88.

²¹ Eivind Smith, "*Kongen og masten – om grunnlovens rolle i vår tid*", *Jussens venner* 1999/4, Årgang 57, s. 193-209, avsnitt 3.

²² Smith (1999) avsnitt 3.

potensiale til å virke inn på løsningen av bevisavskjæringsspørsmålet.²³ Imidlertid har Grunnloven noen bestemmelser som stenger for adgangen til å fremskaffe bevis.

En sentral bestemmelse er Grl. § 93 som kodifiserer retten til liv og setter forbud mot tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Videre oppstiller Gr. § 102 rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. Disse bestemmelsene vil fungere som et rammeverk for forståelsen av tvl. § 22-7. Videre oppstiller Grl. § 92 en plikt til å sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i Grunnloven og andre bindende traktater om menneskerettigheter. Det nødvendiggjør et blikk over på våre internasjonale forpliktelser.

2.3.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er gjennomført i norsk rett gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 nr. 1. På bakgrunn av inkorporasjonen har konvensjonen spilt størst praktisk rolle blant Norges folkerettslige forpliktelser.²⁴ Lovens § 3 sier at konvensjonen gis forrang ved motstrid med norsk lov. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har kompetansen overfor traktatlandene til å avsi bindende avgjørelser som gjelder EMK. Gjennom sine avgjørelser bidrar de til en utvikling av retten som skal legges til grunn av medlemslandene.²⁵ Etter dette må utgangspunktet være at våre nasjonale rettsregler skal tolkes i lys av EMK.²⁶

EMK inneholder ingen positive bestemmelser som eksplisitt regulerer føring av "utilbørlig" ervervede bevis. I det følgende skal det dermed belyses hvordan EMD stiller seg til bevisavskjæringsspørsmålet og hvilken betydning denne praksisen har for vår tolkning av tvl. § 22-7.

²³ Torgersen (2009) s. 68.

²⁴ Begrunnet i menneskerettsloven §§ 2 og 3 og lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl) § 4.

²⁵ Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, Universitetsforlaget, 1994 s. 42.

²⁶ Se blant annet Rt. 2000 s. 996 P og Rt. 2005 s. 833 A avsnitt 45.

2.3.3 Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

I dommen *Barberà Messegué and Jabardo mot Spania* uttalte EMD;²⁷

*«As a general rule, it is for the national courts, and in particular the court of first instance to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which the accused seeks to adduce ... The court must, however, determine – and in this it agrees with the Commission, whether the proceedings considered as a whole, including the way in which prosecution and defence evidence was taken, were fair as required by Article 6 para. 1».*²⁸

Avgjørelsen fra EMD viser at domstolen foretar en vurdering av om en føring av det "utilbørlig" ervervede beviset vil krenke retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6. Med andre ord viser EMD at det skal foretas en helhetsvurdering hvorvidt føring av beviset vil være "fair" etter art. 6.²⁹ Vilkåret om en "fair" rettergang kan på den ene siden danne grunnlag for en bevisavskjæring, men i andre sammenhenger virke som en begrensning i adgangen til å avskjære bevis.³⁰ Med andre ord har kravet både en negativ og en positiv innvirkning på bevisføringsadgangen.³¹ I forlengelsen av dette må det avklares hvilken rettskildemessig vekt praksis fra EMD skal tillegges i tolkningen av tvl. § 22-7.

I *Schenk mot Sveits* uttalte domstolen at;

*"while Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law".*³²

Dommen er fulgt opp i en enstemmig praksis og domstolen har i en rekke dommer benyttet en standarduttalelse om at konvensjonen i utgangspunktet ikke regulerer spørsmålet om "utilbørlig" ervervede bevis som sier; "It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence

²⁷ Saksnummer 10588/83; 10589/83; 10590/83 avsnitt 68.

²⁸ Avsnitt 68.

²⁹ *Schenk mot Sveits*, saksnummer 10862/84, avsnitt 46.

³⁰ Torgersen (2009) s. 71.

³¹ Torgersen (2009) s. 71.

³² *Schenk mot Sveits*, saksnummer 10862/84, avsnitt 46. Se også saken *López Ribalda og andre mot Spania* Saksnummer 1874/13; 8567/13.

– may be admissible".³³ Gjennom uttalelsen legger EMD spørsmålet til nasjonal rett og begrenser seg til kun en prøvelse av om rettergangen som helhet fremstår som "fair".

Problemstillingen er drøftet i nasjonal rett i forarbeidene til tvisteloven hvor utvalget skriver;

*"Etter utvalgets oppfatning tilsier imidlertid Domstolens praksis at artikkel 6 (1) får liten selvstendig betydning som begrensning på dette området fordi den norm som har utviklet seg i nasjonal rettspraksis tilsynelatende nokså uavhengig av EMK, synes å være vel så restriktiv».*³⁴

Uttalelsen må tolkes dithen at tilfeller som ikke blir avskåret etter EMK art. 6 kan bli avskåret etter tvl. § 22-7. EMD synes å gå lengre i å tillate "utilbørlig" ervervede bevis enn etter norsk prosesslovgivning gjennom at Høyesterett gjennomgående har lagt større vekt på personvern hensyn.³⁵

En avgjørelse som kaster lys over problemstillingen er nylig avsatte HR-2021-966-A. Avgjørelsen omhandler som vist kameraovervåkning foretatt for å avklare mistanke om et straffbart forhold. Vedkommende som var utsatt for den straffbare handlingen ønsket å føre kameraovervåkningen som bevis i rettssaken.³⁶ I avgjørelsen drøftet Høyesterett forholdet mellom tvl. § 22-7 og EMD sin praksis. I avsnitt 42 uttaler domstolen at "partene er videre enige om at Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) bare stiller opp en ytre ramme på dette feltet". Videre i avsnitt 42 uttales det, med henvisning til storkammerdommen *López Ribalda og andre mot Spania*,³⁷

*"I avsnitt 111 presiserer EMD at det må finnes en «fair balance» mellom de private og offentlige interessene. Samme sted fremheves statenes skjønnsmargin på dette området. Domstolen peker i avsnitt 128 videre på at en varsling av de ansatte ville vanskeliggjort oppfyllelsen av formålet, som var å avdekke underslag. Jeg viser også til avsnitt 132, hvor EMD kommenterer den nasjonale domstolens detaljerte avveining av de motstridende hensynene. Jeg forstår den videre drøftelsen slik at en **grundig og etterprøvbare avveining** av de private og offentlige interessene må kreves, **noe som***

³³ Likelydende i en rekke dommer. Se blant annet *Allan mot Storbritannia* saksnummer 48539/99 avsnitt 42 og *Jalloh mot Storbritannia* saksnummer 54810/00 avsnitt 95.

³⁴ NOU 2001: 32 s. 961 - 962.

³⁵ NOU 2001: 32 s. 962.

³⁶ Avgjørelsen vil bli analysert i kapittel 6.

³⁷ Saksnummer 1874/13; 8567/13.

samsvarer med den vurderingen som må foretas etter vår internrettslige bevisavskjæringsnorm". (Mine uthevninger).

Høyesterett uttaler at EMK fordrer en grundig og etterprøvable avveining av de interessene som foreligger. Videre i dommen understreker Høyesterett, med begrunnelse i *López Ribalda og andre mot Spania*,³⁸ at hver stat har en skjønnsmargin til å fastsette sin nasjonale bevisavskjæringsnorm. Forståelsen er i tråd med uttalelsene til EMD i dommen *Schenck mot Sveits*.³⁹ Dersom forarbeidene til tvisteloven og uttalelsene i HR-2021-966-A sees i sammenheng kan det forekomme en situasjon hvor et bevis blir tillatt etter EMK art. 6 og avskåret etter tvl. § 22-7. Umiddelbart trekker det i retning av at praksis fra EMD har begrenset selvstendig betydning for tolkningen av tvl. § 22-7 begrunnet med at den nasjonale retten fremstår som mer restriktiv. Jeg finner imidlertid gode grunner for å modifisere dette.

Rettstilstanden fremstår som vist å være at vår nasjonale rett er vel så restriktiv som EMD angående avskjæring av bevis begrunnet i personvern hensyn. Ved en slik rettstilstand kan det tenkes en situasjon der borgeren ikke får ført viktig bevis i sin sak. All den tid det godtas vil borgeren kunne bli frarøvet sin rett til rettferdig rettergang etter EMK art. 6. Når den nasjonale retten inntar en mer restriktiv holdning vil det føre til en større oppfyllelse av EMK art. 8 parallelt med en dårligere praktisering av EMK art. 6.⁴⁰ Det kan være en nærliggende konsekvens når lovgiver i forarbeidene eksplisitt uttaler at nasjonal rett skal ha en mer restriktiv håndheving av personvern hensyn.⁴¹ Et brudd på EMK art. 6 kan likevel vanskelig tenkes grunnet den vide skjønnsmarginen statene ilegges. I et rettssikkerhetsperspektiv er det imidlertid betenkelig at lovgiver legger opp til at nasjonal rett skal ha en lavere etterlevelse av art. 6 enn hva EMD selv praktiserer.

Videre synes EMD å ha en særegen tilnærming der beviset er fremskaffet ved hjelp av tortur etter EMK art. 3. En påfallende avgjørelse er Storkammerdommen *Gäfgen mot Tyskland* som omhandlet jusstudenten Magnus Gäfgen som tok livet av en mindreårig gutt.⁴² I etterkant av drapet henvendte Gäfgen seg til offerets familie med et løsepengekrav mot at de skulle få tilbake sønnen. Politiet pågrep Gäfgen og benyttet ekstraordinære metoder som fysisk vold og psykisk mishandling for å finne lokasjonen til den savnede gutten. På bakgrunn av behandlingen

³⁸ Saksnummer 1874/13; 8567/13.

³⁹ Saksnummer 10862/84.

⁴⁰ EMK art. 8 beskytter retten til respekt for privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

⁴¹ NOU 2001: 32 s. 961 - 962.

⁴² Saksnummer 22978/05 avsnitt 166-188.

innrømmet Gäfgen hvor liket av gutten var. Tysk rett valgte å avskjære både tilståelsen og forklaringen som bevis i saken. EMD konkluderte med at bevis som var fremskaffet som et direkte eller indirekte brudd på art. 3 automatisk medførte en krenkelse av art. 6.

På bakgrunn av den ovennevnte dommen synes EMD å ha en særegen tilnærming der beviset er fremskaffet ved hjelp av tortur i strid med EMK art. 3. Dommen trekker i retning av at et brudd på art. 3 ved fremskaffelsen av beviset medfører et absolutt bevisforbud.⁴³ Det innebærer at et brudd på art. 3 er så graverende at fremskaffelsen alene nødvendiggjør en bevisavskjæring uavhengig av mothensyn.

2.3.4 Oppsummering av betydningen til EMK

Oppsummeringsvis regulerer konvensjonen i utgangspunktet ikke medlemslandenes interne håndtering av reglene om "utilbørlig" ervervede bevis. Imidlertid er konvensjonen en viktig rettskildefaktor gjennom at den setter skranker for bevisavskjæringsreglene. Videre er det på bakgrunn av storkammersaken *Gäfgen mot Tyskland* rom for å oppstille et absolutt bevisforbud dersom føring av beviset er fremskaffet som følge av brudd på EMK art. 3. Dersom det foreligger et brudd på andre menneskerettigheter faller EMD tilbake på en vurdering av hvorvidt en avskjæring vil være i strid med partenes rett til rettferdig rettergang etter EMK art. 6.

Videre fremstår bevisavskjæringsreglene etter nasjonal rett som mer restriktive enn EMD sin praksis med de betenkelighetene det medfører. Imidlertid er det ingen holdepunkter for at nasjonal rett har en rettsregel som ikke oppfyller våre internasjonale forpliktelser når personvern hensyn tillegges større vekt. Poenget må være at alle rettsanvendere må være EMK-retten bevisst og sørge for en best mulig oppfyllelse i tråd med våre internasjonale forpliktelser. En konklusjon om at EMK-retten har liten selvstendig betydning på området for "utilbørlig" ervervet bevis vil være en forhastet konklusjon. Det gjelder særlig på bakgrunn av at prosessretten er et dynamisk rettsfelt. Det medfører at både EMK-retten og den nasjonale retten kan endres, slik at en bevisstgjøring er nødvendig for å få retten til å samsvare også i tiden som kommer.

⁴³ Øyen (2010) s. 428.

2.4 Forholdet til straffeprosessen

Før kodifiseringen av tvl. § 22-7 i 2005 var rettsregelen om utilbørlig ervervet bevis en ulovfestet regel i prosesslovgivningen. I straffeprosessen vedvarer denne løsningen, men det er ubestridt at bevis som er ervervet på en utilbørlig måte også kan avskjæres i straffesaker. Spørsmålet er om det går et prinsipielt rettslig skille mellom straffesaker og sivile saker, herunder om avgjørelser avsagt innen straffeprosessen kan ha relevans i sivile saker.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 1526 A indikerer at det ikke skal oppstilles et skille mellom de to prosessordningene. Høyesterett uttaler i avsnitt 28 at "reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak". Uttalelsen må tolkes dithen at vurderingstemaet er det samme, til tross for at interesseavveiningen kan falle ulikt ut. Det har god støtte i rettspraksis hvor Høyesterett stadig viser til tvl. § 22-7 i straffesaker.⁴⁴ Videre benytter domstolen tvistelovens forarbeider og tilknyttet rettspraksis som kilder for klarlegging av den ulovfestede regelen i straffeprosessen. Motsatt bruker også Høyesterett tidligere avgjørelser i straffesaker som en rettskilde i sivile saker.⁴⁵

Høyesterett uttaler imidlertid at den konkrete avveiningen kan bli forskjellig i en straffesak og en sivil sak.⁴⁶ Prosessuelt har forskjellen mellom de to prosessformene ført til to ulike regelsett hvor til dels ulike hensyn tillegges forskjellig vekt. Særlig hensynet til den materielle sannhets prinsipp og sakens opplysning har betinget et skille mellom prosessformene.⁴⁷ Her er det grunn til å nevne at det innen sivilprosessen går et grunnleggende skille mellom saker med fri rådighet og såkalte indispositive saker.⁴⁸ Sistnevnte kan være helt eller delvis indispositive avhengig av sakstype. I slike saker kan det tenkes at den allmenne interessen i et riktig resultat er like stor

⁴⁴ Se HR-2021-966-A hvor Høyesterett viser til tvisteloven i en straffesak.

⁴⁵ Se for eksempel Rt. 2009 s. 1526 A og Rt. 2004 s. 878 U som begge er sivile saker.

⁴⁶ Rt. 2009 s. 1526 A avsnitt 28.

⁴⁷ Øyen (2010) s. 427 og Arve Martin Bjørnvik og Rolf Fridtjof Selfors, "Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål", Jussens Venner, nr. 1, Universitetsforlaget 2000, s. 19-40, s. 4.

⁴⁸ I saker med fri rådighet har partene utenfor rettergangen mulighet til å rettslig disponere over det forhold saken gjelder, motsatt er partene undergitt begrensinger i en eller annen form (indispositive), jf. Skøghøy side 594. Se også tvl. § 11-4.

som i en straffesak.⁴⁹ Det *kan* medføre at hensynet til sakens opplysning kan ha sterkere gjennomslagskraft i straffesaker og indispositive saker enn i fullstendig dispositive saker.⁵⁰

Den materielle sannhets prinsipp står imidlertid sentralt i begge prosessformene. I strafferetten intensiveres riktignok prinsippet av det strenge beviskravet. For at tiltalte skal dømmes må vedkommendes skyld være bevist utover enhver rimelig tvil. Dersom det foreligger informasjon som kan bidra til å opplyse saken taler den materielle sannhets prinsipp med tyngde for at beviset kan føres. Det gjør at prinsippet trolig vil oppstille en høyere terskel for bevisavskjæring i straffesaker.⁵¹

Det er verdt å merke seg at det ved enkelte tilfeller vil være tilfeldig hvorvidt et spørsmål om bevisavskjæring kommer opp i en straffesak eller i en sivil sak. Et eksempel brukt i teorien er dersom en arbeidsgiver har foretatt ulovlig kameraovervåkning på arbeidsplassen.⁵² Her kan det være tilfeldig om saken blir behandlet som en straffesak eller kommer opp som et erstatningsspørsmål. Et praktisk eksempel er avgjørelsene inntatt i Rt. 2001 s. 668 U og Rt. 1991 s. 616. Sakene gjaldt begge skjult overvåkning på arbeidsplassen som følge av mistanke om underslag. I førstnevnte avgjørelse kom spørsmålet opp i en sivil sak om ugyldig avskjed, mens i sistnevnte ble spørsmålet behandlet i en straffesak. Straffeprosessloven oppstiller også rettslig grunnlag for at sivile krav kan tas med i en straffesak.⁵³

Etter det ovennevnte *finnes* det prinsipielle grunner til å skille mellom de to prosessformene.⁵⁴ Likevel er det som vist andre mothensyn som muliggjør en felles forståelse av bevisavskjæringsregelen. Imidlertid er en viktig bemerkning at vektingen av hensyn og argumentasjon kan slå ulikt ut. Konklusjonen må etter dette være at avgjørelser avsagt i straffeprosessen har relevans i sivile saker og vil brukes videre i avhandlingen der det er hensiktsmessig.

⁴⁹ Øyen (2010) s. 427.

⁵⁰ Når begrepet "indispositiv" brukes siktes det både til saker som er helt og delvis indispositive.

⁵¹ Øyen (2010) s. 427 og Bratholm (1959) s. 110.

⁵² Bjørnvik og Selfors (2000) s. 4.

⁵³ Strpl. § 3.

⁵⁴ Særlig begrunnet med at vi har to prosessformer. I strafferetten er videre rettsregelen ulovfestet i motsetning til i sivilprosessen hvor lovgiver har valgt en kodifisering.

3 Rettslige utgangspunkter og grunnleggende hensyn

3.1 Rettslige utgangspunkter

Innledningsvis er det grunn til å minne om de rettslige utgangspunktene for avhandlingen. I herværende kapittel skal det dermed gis en panoramaoversikt over sivilprosessens grunnleggende utgangspunkter før avhandlingen går i dybden på tvl. § 22-7. Videre kommer en avklaring av begrepene rettssikkerhet og personvern som er de bærende hensyn for en bevisavskjæring etter tvl. § 22-7.

Sivilprosessen skal sikre en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitsskapende behandling av rettsvister, jf. tvl. § 1-1. I rettsanvendelsesprosessen er et overordnet mål å søke en riktig avgjørelse av tvisten og komme frem til en beslutning begge parter kan leve med.⁵⁵ Det innebærer at rettergangen må bygge på en korrekt rettsanvendelse og et sannferdig faktum. Imidlertid kan det være nødvendig å tillate føring av enkelte bevis. Det er begrunnet i hensyn til andre viktige interesser som utførlig skal presenteres i det kommende.

Et grunnleggende prinsipp i norsk prosesslovgivning er at partene kan føre ethvert relevant bevis til støtte for sin sak. I sivilprosessen kommer prinsippet til uttrykk i tvl. § 21-3 første ledd som fastsetter at "partene har rett til å føre de bevis de ønsker". Ordlyden oppstiller en klar partsautonomi begrunnet i at det vil gi den beste opplysningen av saken.

Tvl. § 21-3 første ledd andre punktum fastsetter at "unntak fra retten til å føre bevis følger av §§ 21-7 og 21-8, kapittel 22 og øvrige bevisregler". Det er på det rene at ordlyden oppstiller unntak fra den klare hovedregel om fri bevisføring. Dersom et unntak kommer til anvendelse skal retten oppstille en bevisavskjæring før domstolen foretar en fri bevisbedømmelse etter tvl.

⁵⁵ Se f.eks. tvl § 1-1 (1) annet punktum som eier at loven «skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene".

§ 21-2. Et praktisk unntak fra hovedregelen om fri bevisføring er tvl. § 22-7 om "utilbørlig" ervervede bevis.

Det følger av tvl. § 22-7 at;

*"Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på **utilbørlig** måte". (Mine uthevninger).*

En naturlig fortolkning er at ordlyden forutsetter en vurdering i to trinn. Grunnvilkåret er at beviset er skaffet til veie på en "utilbørlig" måte. Hva som nærmere ligger i vilkåret "utilbørlig" vil gjennomgås i påfølgende kapittel 4. Dersom retten kommer til at beviset er ervervet på en "utilbørlig" måte "kan" retten avskjære beviset i særlige tilfeller.

En naturlig språklig forståelse av "kan" medfører at det ikke automatisk oppstilles en bevisavskjæring dersom grunnvilkåret utilbørlig er oppfylt. Ordlyden fordrer at retten foretar en skjønnsmessig vurdering av om beviset *likevel* skal føres. Vurderingstemaet for retten er videre om det foreligger et "særlig tilfelle".

Ordlyden "særlig tilfelle" indikerer at bevisavskjæring kun kan foretas dersom det foreligger en særegen omstendighet. Det understreker at prinsippet om fri bevisførings står sterkt i norsk prosesslovgivning. Lovteksten gir ingen videre veiledning på når en slik særegen omstendighet eksisterer.

Imidlertid bidrar forarbeidene til å klarlegge meningsinnholdet i begrepet "særlig tilfelle". Forarbeidene til tvl. § 22-7 uttaler;

*"At beviset er ervervet på utilbørlig måte er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for å nekte det ført. I tillegg kreves at føring av beviset vil medføre en krenkelse av **tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn**".⁵⁶ (Mine uthevninger).*

⁵⁶ NOU 2001: 32 s. 961.

En nærliggende fortolkning av forarbeidene tilsier at en ivaretagelse av personvern- og rettssikkerhetshensyn er tungtveiende hensyn *for* å oppstille en bevisavskjæring. Det kan dermed ikke oppstilles noe alminnelig forbud mot å føre et "utilbørlig" ervervet bevis for domstolen.⁵⁷ Det er imidlertid verdt å merke seg at uttalelsen fra tvistemålsutvalget ikke ble fulgt opp i odelstingsproposisjonen som sier;

"Etter departementets vurdering vil det normalt være tungtveiende rettssikkerhetshensyn, herunder personvernens, som tilsier at beviset ikke skal tillates ført. Imidlertid kan det være at føring av beviset ikke nødvendigvis vil føre til krenkelse av tungtveiende rettssikkerhetshensyn. Men det kan være at beviset er ervervet på en slik måte at retten av den grunn ikke bør tillate bevis ført, for eksempel hvis det er framskaffet ved en alvorlig straffbar handling som er foretatt i den hensikt".⁵⁸

Det at departementet går bort fra uttalelsen trekker i retning av at føring av beviset ikke må medføre en krenkelse av personvern- og rettssikkerhetshensyn. Gode grunner taler imidlertid for å ikke forstå uttalelsen bokstavelig. Departementet sier at tungtveiende personvern- og rettssikkerhetshensyn "normalt" vil tilsi en avskjæring. Vurderingen foretatt i Tvistemålsutvalgets innstilling må dermed tolkes slik at deres uttalelse ble ansett som for snever. En nærliggende slutning er at Departementet i sin proposisjon ønsker å legge til rette for en dynamisk fortolkning av bestemmelsen. Konklusjonen må være at en krenkelse av tungtveiende personvern- og rettssikkerhetshensyn normalt fører til en avskjæring samtidig som døren åpnes for at også andre hensyn kan tillegges avgjørende vekt.

Denne forståelsen har støtte i Rt. 2004 s. 1366 U hvor Høyesterett inntar samme standpunkt som uttalelsene i Tvistemålsutvalgets innstilling. Det fremgår av dommen i avsnitt 13 at bevis "kan i særlige tilfeller nektes ført når føringen av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende hensyn til personvernet eller rettssikkerheten".⁵⁹ Utgangspunktet er således at retten kan avskjære et "utilbørlig" ervervet bevis dersom det medfører en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn. Det nødvendiggjør en klarlegging av meningsinnholdet i de to begrepene.

⁵⁷ NOU 2001: 32 s. 961.

⁵⁸ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 460.

⁵⁹ Se blant annet Rt. 2007 s. 920 U avsnitt 53 og Rt. 1997 s. 795.

3.2 Rettssikkerhetshensyn

Rettssikkerhet er en samlebetegnelse på de krav som stilles til forvaltningen og rettssystemet for at saker skal behandles på en betryggende måte og gi et mest mulig rettferdig resultat.⁶⁰ Den grunnleggende tanken er at den enkelte borger skal være beskyttet mot overgrep fra statens side, samt å kunne forsvare og forutse sin rettslige stilling.⁶¹ For å ivareta hensynet til borgeren har staten oppstilt en rekke prinsipper og hensyn som skal effektivisere rettssikkerheten. Eksempler på det er likhetsprinsippet, hensynet til forutberegnelighet og vernet mot usaklig forskjellsbehandling. En gjennomgang av kildematerialet viser imidlertid at krenkelse av personvernet er det mest sentrale innen "utilbørlig" kameraovervåkning. Med avhandlingens hovedproblemstilling som bakteppe vil hovedfokus i det videre dermed være på en krenkelse av personvernet.⁶²

3.3 Personvernens hensyn

Personvernkommissjonen har uttalt at;

"Personvern dreier seg om ivaretagelse av personlig integritet; ivaretagelse av enkeltindividets mulighet til privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse".

Personvernet omhandler således retten til å ha sitt privatliv i fred noe som er et grunnleggende prinsipp i en rettsstat. Retten til personvern er løftet opp som en menneskerettighet og kodifisert som retten til respekt for privatliv og familieliv i EMK art. 8. Etter norsk lovgivning er personvernet beskyttet gjennom GrL § 102 og en rekke andre formelle lovbestemmelser. De mest sentrale bestemmelsene vil bli fremstilt i punkt 4.2.

Det rettslige grunnlaget for personvernet i norsk lovgivning er i hovedsak personopplysningsloven av 2018. Den erstatter personopplysningsloven av 2000⁶³ og

⁶⁰ Jon Gisle, *Jusleksikon*, 4. utgave, Kunnskapsforlaget, 2010, s. 344-345.

⁶¹ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget, 2018, s. 60.

⁶² Krenkelse av rettssikkerheten er mer aktuelt i straffeprosessen, hvor påtalemyndigheten og politiet er parter i saken.

⁶³ Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31.

inkorporerer EUs personvernforordning (GDPR).⁶⁴ Gjennom denne kodifiseringen ble personvernfeltet ytterligere styrket i norsk rett. Som følge av det er datatilsynet ilagt mulighet til å gi større bøter enn tidligere noe som igjen kan skape en bevisstgjøring i et lovverk som for mange fremstår som ukjent og utilgjengelig. I det videre skal det derfor først fremstilles *når* en kameraovervåkning er "utilbørlig" ervervet.

⁶⁴ GDPR er en forkortelse for general data protection regulation.

4 Når er en kameraovervåkning "utilbørlig"?

4.1 Innledning

Som tidligere vist i avhandlingen fastsetter tvl. § 22-7 at;

*"Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på **utilbørlig måte**".*
(Min utheving).

I herværende kapittel skal det gjennomgås når en kameraovervåkning er skaffet til veie på en "utilbørlig" måte. Videre i kapittel 5 skal avhandlingen fremstille vilkåret "særlige tilfeller".

Etter tvl. § 22-7 kan retten nekte føring av bevis som er skaffet til veie på en "utilbørlig" måte. Utrykket "ulovlig" fremgår ikke av ordlyden, men omfattes utvilsomt av bestemmelsen.⁶⁵ Til tross for at ulovlig ervervet bevis er det tradisjonelle uttrykket valgte lovgiver å gå bort fra ordvalget begrunnet i at formuleringen var for begrenset.⁶⁶ I sine dommer benytter Høyesterett vanligvis formuleringen "ulovlig eller utilbørlig" ervervet bevis.⁶⁷

I det videre vil det ikke gis en *generell* fremstilling av utilbørlichetsvilkåret i tvl. § 22-7. Fokuset vil være på når en *kameraovervåkning* er "utilbørlig". Herunder må grensen mellom "ulovlig" og "utilbørlig" avklares.

4.2 Ulovlig beviserverv

Et bevis vil være skaffet til veie ulovlig når ervervet skjer "i strid med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel som utgjør en materiell, kompetansemessig eller saksbehandlingsmessig skranke for hvordan et bevis kan fremskaffes".⁶⁸ Vilkåret er følgelig at det foreligger et brudd

⁶⁵ NOU 2001: 32 s. 961.

⁶⁶ NOU 2001: 32 s. 962.

⁶⁷ Se for eksempel Rt. 2009 s 1526 avsnitt 28, Rt. 2003 s. 1266 U avsnitt 20 og Rt. 2013 s. 1282 U.

⁶⁸ Øyen (2010) s. 424-425.

på en straffebestemmelse, annen formell lovgivning, ulovfestet rett,⁶⁹ forskriftsregulering eller instruks.⁷⁰ Avhandlingen tillater ikke en fullstendig og uttømmende fremstilling av rettsregler som kan tenkes overtrådt ved en kameraovervåkning. Likevel er det hensiktsmessig å kort vise de mest aktuelle lovbestemmelsene til beskyttelse for personvernet.

Etter Grl. § 102 og EMK art. 8 har enhver rett til respekt for sitt privatliv og familieliv.⁷¹ Grl. § 104 inneholder en egen bestemmelse om barns privatliv som fremmer deres særlige interesser. Videre hjemle lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven – pl.) § 6a kameraovervåkning for politiet. De mest sentrale bestemmelsene for kameraovervåkning i sivilprosessen finner vi imidlertid i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven.

Etter GDPR § 2 fjerde ledd og EØS-loven § 2 går bestemmelsene i disse lovene i tilfellet konflikt foran de nasjonale bestemmelsene. For at en kameraovervåkning skal være lovlig må behandlere opptre i tråd med forordningens art. 5.⁷² Personvernforordningens art. 5 inneholder flere prinsipper for behandling av personopplysninger. Slik bestemmelsen fremstår har de ulike prinsippene karakter av vilkår for at behandlingen av personopplysningen skal være lovlig.

Etter art. 5 nr. 1 skal behandlingen være lovlig, rettferdig og åpen. Videre etter art. 5 nr. 2 må kameraovervåkingen være spesifikk og ha et berettiget formål. Avslutningsvis i art. 5 nr. 3 skal de personopplysningene som behandles være adekvate, relevante og begrenses til det som er nødvendig for det formål de innsamles for.⁷³ Som vi skal se videre i avhandlingen er det prinsipper som vi indirekte ser igjen i Høyesterett sin interesseavveining etter tvl. § 22-7, se kapittel 5 og 6.

Flere av de sivile sakene på område for ulovlig erverv av bevis omhandler kameraovervåking på arbeidsplassen. Etter innføringen av GDPR i norsk rett ble bestemmelsen om kameraovervåking på arbeidsplassen flyttet fra forskrift til personopplysningsloven av 2000

⁶⁹ Se Rt. 1997 s. 795 A hvor Høyesterett karakteriserer brudd på ulovfestet rett som følge av brudd på personvern hensyn som "ulovlig".

⁷⁰ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 6-7.

⁷¹ Kongeriket Noregs grunnlov av 17. mai 1814.

⁷² Med behandlere mener de som behandler personopplysninger.

⁷³ Åste Marie Bergseng Skullerud, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad og Marius Engh Pellerud, *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR)*, Universitetsforlaget, kommentarutgave, 2019, s. 174.

over i arbeidsmiljøloven § 9-6.⁷⁴ Aml. § 9-6 hjemler en nærmere regulering av kameraovervåkning som gjøres i forskrift.⁷⁵

Etter aml. § 9-1 kan arbeidsgiver iverksette kontrolltiltak dersom tiltaket har "saklig grunn i virksomhetens forhold".⁷⁶ En naturlig språklig forståelse er at kontrolltiltaket må være egnet til å oppnå et formål som må forankres i behovet til virksomheten. Under begrepet kontrolltiltak faller kameraovervåkning foretatt på arbeidsplassen. Bestemmelsen legger opp til en avveining hvor arbeidsgivers behov for å kontrollere må avveies mot arbeidstakernes krav på personvern. Dersom kameraovervåkningen er foretatt i strid med noen av bestemmelsene nevnt ovenfor vil overvåkningen være ulovlig etter tvl. 22-7.

Som vist gikk Tvistemålsutvalget over til ordlyden "utilbørlig" erverv av bevis. Det innebærer at det ikke stilles krav om at beviset må være skaffet til veie ved brudd på en rettsregel.⁷⁷ Det medfører at ulovlig ervervede bevis er en undergruppe av "utilbørlig" ervervede bevis.⁷⁸ Spørsmålet videre er hva som omfattes av begrepet utilbørlig kameraovervåkning.

4.3 Utilbørlig beviserverv

En naturlig forståelse av utilbørlig tilsier at beviset må være skaffet til veie på en kritikkverdig eller klanderverdig måte. Ordlyden i seg selv gir dermed liten veiledning på hvilke fremgangsmåter for bevisinnhenting som omfattes.

Forarbeidene viser at begrepet utilbørlig dekker ervervsmetoder som er uforenelig med de verdier rettsordenen setter høyt.⁷⁹ Lovgiver trekker eksplisitt frem personvern hensyn som verneverdige verdier etter bestemmelsen.⁸⁰ Det innebærer som vist at de ulovlige ervervede bevisene nevnt ovenfor blir en undergruppe av "utilbørlig" ervervede bevis.

⁷⁴ Prop.56 LS (2017–2018) Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen, s. 177-178 og 227.

⁷⁵ Forskrift 07. februar nr. 1107 om kameraovervåkning i virksomhet § 1.

⁷⁶ Med kontrolltiltak forstås alle typer tiltak som arbeidsgiver kan iverksette for å kontrollere sine ansatte. Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) s. 135 gir eksempler på kontrolltiltak.

⁷⁷ NOU 2001: 32 s. 961.

⁷⁸ Øyen (2010) s. 425.

⁷⁹ NOU 2001: 32 s. 961.

⁸⁰ NOU 2001: 32 s. 961.

Avgjørelsen i Rt. 2011 s. 1324 U er illustrerende for å belyse når en utilbørlig kameraovervåkning foreligger. Saken omhandlet et videoopptak foretatt av A inne i B sin bil. Begge var tidligere varetektsfengslet etter at A hadde trukket inn B som medskyldig gjennom en forklaring til politiet. Hensikten med kameraovervåkingen var å få B til å komme med et utsagn som kunne bygge opp under A sin politiforklaring. Ankeutvalget bemerker at det ikke er ulovlig å ta opp samtaler man selv deltar i.⁸¹ Spørsmålet var dermed om kameraovervåkingen likevel var utilbørlig. I avsnitt 33 ble det uttalt at "ut fra mer allmenne moralbetraktninger vil det imidlertid *normalt* fremstå som illojalt eller utilbørlig å gjøre slike opptak uten samtalepartens vitende". (Min utheving). Utsagnet må tolkes dithen at man står overfor en utilbørlighetsstandard hvor den rådende moraloppfatning i samfunnet skal legges til grunn. Denne kan endre seg med tiden ut fra hvilke normer og verdier som samfunnet finner verneverdig. Videre viser ankeutvalget at en slik kameraovervåking "normalt" vil fremstå som utilbørlig. Det innebærer at dersom et kameraopptak blir gjort i skjul vil det *vanligvis* omfattes av ordlyden. Ordvalget indikerer imidlertid at det må foretas en konkret vurdering hvor det også åpnes for situasjoner hvor skjult kameraovervåking *ikke* betegnes som utilbørlig.

Avgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 A omtales som prinsippavgjørelsen på området. Dommen er avsagt før den nye tvisteloven trådte i kraft og før bestemmelsen om kontrolltiltak på arbeidsplassen. Typetilfellet er likevel aktuelt begrunnet i at bestemmelsene kodifiserer gjeldende ulovfestet rett.⁸² I saken ønsket påtalemyndigheten å fremlegge en skjult kameraovervåking foretatt på arbeidsplassen for å avdekke et antatt underslag. Det var usikkert om tilfellet ble rammet av positive lovbestemmelser og ervervet ble dermed ikke betegnet som ulovlig. Spørsmålet i saken var om kameraovervåkingen likevel skulle avskjæres på bakgrunn av at den var utilbørlig. Høyesterett uttalte i dommen at det er "klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel". Grunnvilkåret i tvl. § 22-7 er dermed oppfylt *til tross* for at beviset ikke er ulovlig ervervet. Høyesterett begrunner konklusjonen med at det foreligger en krenkelse av «alminnelige personvern hensyn».

Avgjørelsen Rt. 1997 s. 795 A omhandlet lydopptak som en mor hadde tatt av barnas far i forbindelse med tvist om samværsrett. I saken hadde mor sendt med barna opptakerutstyr med

⁸¹ Jf. lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.) § 145a første ledd nr. 2 og Rt. 1981 s. 377 A.

⁸² Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 314 som sier at lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.) § 9-1 kodifiserer gjeldende ulovfestet rett.

det formål å overvåke far sine samtaler med deres felles barn. Siden barna selv deltok i samtalen kunne ikke forholdet betegnes som ulovlig.⁸³ Høyesterett vurderte dermed om forholdet kunne omfattes av begrepet utilbørlig. Høyesterett uttalte på side 796;

*“Den ulovfestete adgang til å kreve bevis avskåret må imidlertid etter min oppfatning rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling. Slike hemmelige lydbåndopptak vil ofte være både illojale og støtende. Den annen part må – i alle fall som et utgangspunkt – ha krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handlinger av en slik karakter. **En adgang til å legge frem lydbånd/utskrift basert på hemmelige opptak i denne type saker, ville kunne åpne for en aktivitet fra foreldrene – med barna som mer eller mindre intetanende aktører – som det er grunn til å motvirke**”.* (Min utheving).

Høyesterett uttaler i siste setning at man ikke ønsker en situasjon hvor partene innhenter bevis på en slik måte som i herværende sak. Slik jeg ser det fremstår argumentet som den viktigste grunnen til at tilfellet betegnes som utilbørlig. Det at barna skal stå uten rettsvern når foreldrene utfører skjulte lydopptak vil være en urimelig rettstilstand. Videre er det ikke ønskelig med en rettstilstand som godtar at foreldre utsetter hverandre for den type adferd. Det er neppe heldig for konfliktnivået som det er stor grunn til å begrense i slike saker. Konklusjonene i saken ble som vist at overvåkningen ble kjent utilbørlig og retten gikk over til en konkret helhetsvurdering hvorvidt beviset skulle føres.

Til tross for at saken omhandler lydopptak har den overføringsverdi til avhandlingens problemstilling om kameraovervåkning. De to ervervsmetodene har mye til felles ved at begge metodene i skjul sikrer argumentasjon av noe som er skjedd eller sagt.⁸⁴ I et skjult lydopptak forekommer det i tillegg kommunikasjon mellom to personer som ikke føler seg overvåket. Integritetskrenkelsen kan derfor være større ved hemmelig telefonopptak enn ved hemmelig kameraovervåkning hvor partene ikke kommuniserer.⁸⁵ Tilsvarende kan en kameraovervåkning være en større krenkelse hvor bevisverdien ligger i det visuelle. Det er dermed ingen tunge prinsipielle grunner til å skille mellom de to ervervsmetodene.

⁸³ Jf. strl. § 145a første ledd nr. 2 som sier at det ikke er ulovlig å ta opp samtaler med andre som man selv er med i.

⁸⁴ Mette Borchgrevink, *Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern – en gjennomgang av norsk rettspraksis*, Unipub AS, 2011, s. 78.

⁸⁵ Borchgrevink (2011) s. 78.

Rettstilstanden er at utilbørlig ervervede bevis er en egen kategori etter tvl. § 22-7. Her faller situasjoner hvor overvåkingen anses å være både illojal og støtende. Meningsinnholdet kan endres med tiden og utvikle seg i takt med rådende moraloppfatninger. I kjernen av begrepet ligger imidlertid tilfeller som vil innebære en krenkelse av tungtveiende personvern hensyn. Ofte vil vurderingen av om beviset er utilbørlig gli over i interesseavveiningen som skal fremstilles i det videre.

5 Interesseavveiningen – når foreligger

"særlige tilfeller"?

5.1 Innledning

Som tidligere nevnt er det alene ikke tilstrekkelig at beviset er skaffet til veie på en "utilbørlig" måte. I tillegg fordrer ordlyden "særlig tilfelle" at det foretas en konkret helhetsvurdering. Formålet med herværende kapittel er å klarlegge hvilke momenter som inngår i interesseavveiningen.

I forarbeidene legger Tvistemålsutvalget til grunn at ordlyden "særlige tilfeller" markerer at det "dreier seg om en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde".⁸⁶ En naturlig forståelse av uttalelsen er at det i svært få tilfeller vil bli oppstilt en bevisavskjæring. Imidlertid må uttalelsen ses i sammenheng med Tvistemålsutvalgets øvrige synspunkter. Som vist i kapittel 3 oppstiller utvalget et krav om at beviservervet må medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- og rettssikkerhetshensyn. En nærliggende tolkning i overensstemmelse med praksis er at bestemmelsens "snevre anvendelsesområde" er de tilfellene hvor beviservervet krenker tungtveiende personvern- og rettssikkerhetshensyn. Videre uttalelser i forarbeidene støtter opp under en slik tolkning.⁸⁷ Etter dette skal det dermed foretas en skjønsmessig helhetsvurdering for å avgjøre bevisavskjæringsspørsmålet.

Forarbeidene til tvl. § 22-7 viser at det må foretas en "bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning".⁸⁸ I interesseavveiningen står særlig hensynet til sakens opplysning og målsetningen om en materielt riktig avgjørelse sentralt.⁸⁹ På motsatt hånd står hensynet til rettssikkerhet og personvern.⁹⁰ Videre uttaler forarbeidene hvilke momenter som skal vektlegges i interesseavveiningen. Momentene er utviklet gjennom langvarig praksis frem mot kodifiseringen av rettsregelen. Formålet med de

⁸⁶ NOU 2001: 32 s. 961.

⁸⁷ NOU 2001: 32 s. 961.

⁸⁸ NOU 2001: 32 s. 961.

⁸⁹ NOU 2001: 32 s. 961

⁹⁰ NOU 2001: 32 s. 961

påfølgende punktene er å vise kort hvilke momenter som er relevante når det skal avgjøres hvorvidt en kameraovervåkning er et "særlig tilfelle". Analysen i kapittel 6 vil vise hvordan disse momentene vektes i saker som omhandler kameraovervåkning.

5.2 Motstanden - hensynet til sakens opplysning

Forarbeidene til tvl. § 22-7 uttaler at "for å tillate beviset teller *særlig* hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse". (Mine uthevelser). Tanken synes å være at en bevisavskjæring kan innebære at retten treffer sin avgjørelse på mangelfullt eller uriktig grunnlag.⁹¹ Målet om å komme frem til en materielt riktig dom gjennom å søke sannheten fremstår dermed som det bærende argument *mot* å avskjære et "utilbørlig" ervervet bevis.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 1997 s. 795 A belyser hvor sentralt hensynet til sakens opplysning står i interesseavveiningen. I dommen uttaler Høyesterett at det ikke kan ses bort fra at;

"hemmelige lydbandopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte, at de hensyn som jeg har nevnt i det foregående bør vike".⁹²

Her presiserer Høyesterett at dersom saken ikke kan opplyses på annen måte vil hensynet til sakens opplysning medføre at beviset tillates ført. Utsagnet indikerer videre at hensynet til sakens opplysning vil ha varierende vekt alt etter hvilken bevisverdi det konkrete bevis kan tillegges.⁹³ Bevisretten er således bygd på en forutsetning at hensynet har relativ vekt.⁹⁴ Det innebærer at retten må se på det totale bevisbilde for å avgjøre om saken er et "særlig tilfelle". Dersom det finnes andre bevis som kan opplyse saken tilstrekkelig vil hensynet tillegges mindre vekt.⁹⁵ Videre viser uttalelsen at hensynet til sakens opplysning kan trumfe

⁹¹ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 18.

⁹² S. 796 i dommen.

⁹³ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 18.

⁹⁴ Øyen (2010) s. 426.

⁹⁵ NOU 2001: 32 s. 961.

interesseavveiningen på bekostning av de øvrige hensyn. Hensynet vil ilegges varierende vekt avhengig av med hvilken styrke de øvrige momentene gjør seg gjeldende.⁹⁶

Hvor tungt hensynet til sakens opplysning gjør seg gjeldende kan avhenge av sakens viktighet. Med andre ord vil hensynet til sakens opplysning vil ha varierende vekt ut fra hvor *viktig* saken er. Det medfører at graden av viktighet virker styrende på statusen til den materielle sannhets prinsipp i den konkrete sak.⁹⁷ Hva som ligger i begrepet *viktig* kan variere fra sak til sak. I begrepet viktig faller også hvor alvorlig saken objektiv sett fremstår. Avgjørelsen inntatt i Rt. 1992. s. 698 U omhandlet en begjæring om gjenopptakelse.⁹⁸ I sin interesseavveining fremmer kjæremålsutvalget at "hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold. Tiltalen mot A gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart".⁹⁹ Dommen viser at hensynet til sakens opplysning stiger proporsjonalt med sakens alvorlighet. Hva som kategoriseres som en viktig sak kan vanskelig generelt besvares. For partene i saken vil avgjørelsen uansett føles viktig slik at målestokken må trekkes ut fra allmennhetens interesse. Likevel er det forsvarlig ut fra rettssikkerhetshensyn å konkludere med at domstolen – når det gjelder sakens opplysning – gjennomgående legger til grunn et noe høyere *ambisjonsnivå* i straffesaker enn i sivile saker.¹⁰⁰ En umiddelbar tanke kan dermed være at hensynet til sakens opplysning tillegges større vekt i mer alvorlige saker enn i mindre alvorlige saker.

Rettspraksis bidrar imidlertid til å nyansere denne tanken. I *Allan mot Storbritannia* ville en adgang til å føre beviset innebære et brudd på selvinkrimineringsforbudet.¹⁰¹ Saken gjaldt et drap hvor påtalemyndigheten ønsket å benytte et "utilbørlig" ervervet bevis. EMD kom til at en adgang til å føre beviset ville være i strid med kravet til "fair" rettergang etter EMK art. 6. Dommen illustrere at det selv i en drapssak kan forekomme omstendigheter som medfører at bevis blir avskåret.

⁹⁶ Bjørnvik og Selfors (2000) s 18.

⁹⁷ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 18.

⁹⁸ Treholt II saken.

⁹⁹ Rt. 1992. s. 698 U s. 706.

¹⁰⁰ Det har sammenheng med strpl. § 294 som stadfester at den materielle sannhets prinsipp står sterkere i straffeprosessen.

¹⁰¹ Dom 5. november 2002, 48539/99.

I avgjørelsen inntatt i Rt. 1999 s. 1269 A, som omhandlet en fengselsbetjent som bisto til en rømning, kom Høyesterett til at det måtte oppstilles en bevisavskjæring. Saken omhandlet alvorlige lovbrudd gjennom brudd på våpenlovgivningen og flere straffebestemmelser. Til støtte for tiltalen ønsket påtalemyndigheten å fremlegge en "utilbørlig" ervervet overvåkning. Til tross for sakens alvorlighet besluttet retten å avskjære overvåkingen. Resultatet ble den samme i Rt. 2004 s. 878 U hvor et bevis ble avskåret i en sak som omhandlet underslag på arbeidsplassen. I saken ønsket arbeidsgiver å fremlegge en skjult kameraovervåkning som bevis for den straffbare handlingen. Ingen av de to sakene er bagatelmessige lovbrudd og viser at det også kan oppstilles en bevisavskjæring også i alvorlige saker.

Det er også gode reelle grunner for at sakens alvorlighet ikke ubetinget tillegges vekt i retning av en bevisavskjæring. Det er klart at det er størst grunn til å oppklare de alvorligste forbrytelsene. Likevel er det betenkelig å akseptere en lemping av rettssikkerhetskravene som et virkemiddel for å nå dette målet.¹⁰² Utgangspunktet bør heller være at jo mer alvorlig saken er, jo viktigere er det å oppnå en riktig avgjørelse. Sakens alvorlighet kan dermed også være et argument *mot* å tillatte beviset ført.¹⁰³

5.3 Bevisverdi

Videre viser forarbeidene til tvl. § 22-7 at bevisverdien er et relevant moment i interesseavveiningen.¹⁰⁴ Bevisverdi knytter seg til det aktuelle bevisets egnethet til å belyse de faktiske forholdene i saken.¹⁰⁵ Bevisverdien står sentralt begrunnet i at det "utilbørlige" ervervet kan ha betydning for bevismidlets kvalitet.¹⁰⁶ Med andre ord kan ervervsmetoden påvirke både kvaliteten og påliteligheten til det fremskaffede beviset.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 1997 s. 795 viser at bevisverdien kan påvirkes når beviset er "utilbørlig" skaffet til veie. Her vektlegger Høyesterett at det kun er parten som har fremskaffet beviset som har kontroll over materialet. Spesielt innen kameraovervåkning kan overvåkingen være manipulert, redigert eller fremprovosert. Det kan gjøre beviset upålitelig uten av partene

¹⁰² Aall (1994) s. 314.

¹⁰³ Aall (1994) s. 314.

¹⁰⁴ NOU 2001: 32 s. 961.

¹⁰⁵ brukes i Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 468.

¹⁰⁶ Skoghøy (2017) s. 880.

og retten trenger å være klar over forholdet. Imidlertid er det ingen automatikk i at alle "utilbørlig" ervervede bevis har lavere bevisverdi. Ervervet alene kan ikke være et selvstendig rasjonelt grunnlag for bevisavskjæring i større grad en det som kan anføres for alle bevis.¹⁰⁷ Likevel kan det være et spesielt viktig argument i saker om kameraovervåkning grunnet mulighetene til manipulering.

5.4 Gjentatt krenkelse av personvern hensyn

Det fremgår av forarbeidene til tvl. § 22-7 at;

*"For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning (...), og ikke minst at (bevisføringen) lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet".*¹⁰⁸ (Mine uthevninger).

En naturlig fortolkning av uttalelsen er at det *særlig* skal vektlegges om føring av det "utilbørlig" ervervede beviset vil representere en fortsatt krenkelse. Det innebærer at momentet er et spesielt viktig argument *for* bevisavskjæring i interesseavveiningen. En fortsatt eller forsterket krenkelse innebærer at en tillatt bevisføring vil medføre en krenkelse av samme karakter som den som fant sted ved beviservervet.¹⁰⁹

I rettskildene finnes forskjellige formuleringer av momentet, herunder "fortsatt"¹¹⁰, "gjentatt"¹¹¹, "fornytt"¹¹² og "forsterket"¹¹³ krenkelse. Til tross for ulik begrepsbruk er ikke uttrykkene ment å ha ulikt meningsinnhold. Videre i avhandlingen vil begrepet "fortsatt eller forsterket krenkelse" benyttes, begrunnet med at denne betegnelsen brukes i forarbeidene til den nåværende tvisteloven.¹¹⁴

Avgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 A omhandlet en skjult kameraovervåkning foretatt på arbeidsplassen. Arbeidsgiver ønsket å benytte overvåkingen for å bevise at arbeidstakeren

¹⁰⁷ Torgersen (2009) s. 37.

¹⁰⁸ NOU 2001: 32 s. 961.

¹⁰⁹ Torgersen (2009) s. 136.

¹¹⁰ Se f.eks. Rt. 1999 s. 1296 og Rt. 2003 s. 549 A.

¹¹¹ Se f.eks. Rt. 2004 s. 858 A og Rt. 2006 s. 582 A.

¹¹² Uttrykket «fornytt eller fortsatt krenkelse» ble brukt i NOU 2005: 19 s. 29.

¹¹³ Uttrykket «fortsatt eller forsterket» brukes i NOU 2001: 32 s. 961.

¹¹⁴ NOU 2001: 32 s. 961.

gjorde seg skyldig i straffbare forhold. Spørsmålet for Høyesterett var om kameraovervåkningen kunne benyttes som bevis. Høyesterett svarte nektende på spørsmålet og uttalte;

"Det vil videre 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".¹¹⁵

I avgjørelsen Rt. 1999 s. 1269 A fulgte Høyesterett opp denne linjen og tilkjente gjentakelsesmomentet en sentral plass i interesseavveiningen. I den allerede nevnte saken var en fengselsbetjent mistenkt for å bidra til en rømning fra fengsel. På bakgrunn av mistanken utstyrte politiet en politibetjent med opptakerutstyr for å ta opp samtaler med den aktuelle fengselsbetjenten. Spørsmålet var om forklaringen som var fremskaffet på bakgrunn av utradisjonelle etterforskningsmetoder kunne fremlegges for retten. Verken byretten og lagmannsretten foretok en avskjæring av forklaringen. Imidlertid kom Høyesterett til at den utradisjonelle fremgangsmåten representerte et brudd på mistenktes rett til å forholde seg taus.

Førstvoterende uttalte; «i tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført». ¹¹⁶ Momentet om fortsatt eller forsterket krenkelse var her alene nok til å forsvare en bevisavskjæring. Imidlertid omhandlet denne saken et menneskerettighetsbrudd gjennom en krenkelse av vernet mot selvinkriminering. En slutning om at en fortsatt eller forsterket krenkelse alltid vil medføre at beviset skal avskjæres kan dermed ikke utledes fra dommen grunnet den grove krenkelsen.

Av dommen fremgår det at bevis *normalt* skal avskjæres dersom bevisføringen medfører en fortsatt eller forsterket krenkelse. Det er kun et utgangspunkt og unntak kan følgelig ikke utelukkes. ¹¹⁷ Likevel er det en presumsjon for at det oppstilles en bevisavskjæring dersom det foreligger en fortsatt eller forsterket krenkelse. En enstemmig rettslitteratur har tatt til orde for en todeling hvor det automatisk oppstilles en bevisavskjæring der bruk av beviset innebærer en fortsatt eller forsterket krenkelse. ¹¹⁸

¹¹⁵ Rt. 1991 s. 616 A s. 623.

¹¹⁶ Rt. 1999 s. 1269 A s. 1272.

¹¹⁷ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 13.

¹¹⁸ Jo Hov, *Rettergang i sivile saker*, Papinian, 1994, s. 420, Skoghøy (2017) s. 883, Torgersen (2009) s. 150 og Øyen (2010) side 431.

Imidlertid synes nylig avsagte HR-2021-966-A å bryte med denne forståelsen. I avsnitt 45 i dommen sier Høyesterett at det ikke er "naturlig å skille ut som en særskilt kategori de tilfellene hvor føring av beviser vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet". Høyesterett slår her fast at det ikke er ubetinget avgjørende at en føring av beviset vil innebære en fortsatt eller forsterket krenkelse. Høyesterett faller i dommen tilbake på en samlet vurdering hvor momentet inngår som en del av den samlede interesseavveiningen.

Høyesterett begrunner denne nedtoningen med at uttrykket fortsatt eller forsterket krenkelse er vagt og temmelig skjønnspreget.¹¹⁹ Det gjør begrepet dårlig egnet som et avgrensingskriterium for en egen kategori tilfeller.¹²⁰ Likevel er det gode grunner for å tillegge momentet tidvis *betydelig* vekt. Det er imidlertid lite ønskelig at domstolen viderefører rettskrenkelser under en behandling i rettssystemet. Systemet bygger på en oppfatning om at avgjørelsene som treffes i domstolen i stor utstrekning er korrekte og at prosessen er rettferdig.¹²¹ En regel som motarbeider denne oppfatningen kan utfordre borgerne tillitt til rettsapparatet. Samtidig kan en rettferdig prosess være betinget av at "utilbørlige" bevis tillates for å få opplyst saken tilstrekkelig. Det viser den nære sammenhengen mellom de ulike momentene i interesseavveiningen.

5.5 Andre sentrale momenter

Forarbeidene til tvl. § 22-7 trekker videre frem at det skal vektlegges om "bevisavskjæring vil kunne virke preventivt".¹²² Det innebærer at domstolen gjennom sin rettsskapende virksomhet skal bidra til å skape holdninger som motvirker borgerne til å benytte "utilbørlige" ervervsmetoder. Som rettshåndhevende organ er en naturlig oppgave for domstolen å søke å hindre overtredelser av rettsreglene, samt å ta avstand fra utilbørlig aktivitet i sin alminnelighet.¹²³ Rettspraksis viser at preventive hensyn tidvis kan tillegges større vekt enn

¹¹⁹ HR-2021-966-A avsnitt 22.

¹²⁰ HR-2021-966-A avsnitt 22.

¹²¹ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 26.

¹²² NOU 2001: 32 s. 961.

¹²³ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 23.

selv hensynet til sakens opplysning.¹²⁴ Vurderingen av vekten til momentet vil være konkret og beroende på omstendighetene i saken.¹²⁵

Et annet moment som fremmes i forarbeidene er graden av krenkelse ved beviservertet.¹²⁶ Det må med andre ord foretas en avveining av graden og grovheten av den krenkelsen som er begått. Her vil det avgjørende være hvilken krenkelse av personvern- og rettssikkerhetshensyn som foreligger, se punkt 3.2 og 3.3. Innen kameraovervåkning fremstår momenter som bærende *for* en bevisavskjæring

Avslutningsvis vil det være av betydning om en føring av beviset vil stride mot allmennhetens rettsfølelse.¹²⁷ Imidlertid kan det være vanskelig å oppstille retningslinjer for hva som er oppfatningen til folk flest. En forsvarlig antakelse er at mange vil finne det urettmessig at et "utilbørlig" ervertet bevis tillates ført for domstolen. Riktignok kan en nektelse føre til at avgjørelsen treffes på mangelfullt grunnlag, noe som i seg selv kan stride mot allmennhetens rettsfølelse. Det viser at momentene ofte er argumenter både for og imot en bevisavskjæring.

I de foregående kapitlene er det klarlagt når en "utilbørlig" kameraovervåkning foreligger og hvilke momenter som skal vektlegges i helhetsvurderingen. I herværende kapittel er av omfangsmessige og hensiktsmessige grunner kun de mest sentrale momentene innenfor "utilbørlig" kameraovervåkning fremstilt. Avhandlingen vil i det videre analysere om kameraovervåkning er et "særlig tilfelle" etter tvl. § 22-7.

¹²⁴ Se f.eks. Rt. 1997 s. 795 A og Rt. 1991 s. 616.

¹²⁵ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 23.

¹²⁶ NOU 2001: 32 s. 961 og feks Rt. 2003 s. 1266 U avsnitt 20.

¹²⁷ NOU 2001: 32 s. 961.

6 Er kameraovervåkning et "særlig tilfelle" etter tvisteloven § 22-7?

6.1 Innledende bemerkninger

Hovedanliggende i foreliggende kapittel er å fremstille *når* og *om* en kameraovervåkning betegnes som et "særlig tilfelle" etter tvl. § 22-7. Momentene som ble fremstilt i det foregående kapittelet vil fungere som et bakteppe for analysen.

Kildematerialet nødvendiggjør at typetilfellene oppdeles etter termene *skjult* og *synlig* kameraovervåkning. Hva som ligger i begrepene antas selvforklarende, men skjult overvåkning er når vedkommende som overvåkes *ikke* er klar over forholdet. Dette stiller seg motsatt ved en synlig overvåkning.

6.2 Skjult kameraovervåkning

Gjennom skjult kameraovervåkning kan det avdekkes forhold man ønsker ført som et bevis i en hovedforhandling. Opptaket kan være foretatt målrettet grunnet mistanke om et straffbart forhold eller en allerede oppsatt kameraovervåkning kan ha tatt opp noe ved en tilfeldighet. Førstnevnte - som tidligere vist til - har vært tilfellet i flere saker som omhandler skjult kameraovervåkning på *arbeidsplassen*. Overvåkingen er gjerne målrettet begrunnet i mistanke om illojal opptreden med siktemål på en eventuell oppsigelse- eller avskjedssak.

Den allerede nevnte dommen inntatt i Rt. 1991 s. 616 A er ansett som prinsippavgjørelsen på området. I saken hadde arbeidsgiver over en lengre tidsperiode mistenkt arbeidstaker for underslag på gatekjøkkenet. Som følge av forholdet monterte arbeidsgiver et overvåkningskamera som filmet kunder og betjening. Opptakene ble gjort i skjul med en varighet på til sammen fjorten timer. Påtalemyndigheten ønsket i sin bevisoppgave å fremlegge den "utilbørlige" kameraovervåkingen som bevis. Konklusjonen til domstolen var at

kameraovervåkningen skulle avskjæres og den mistenkte ble frifunnet grunnet manglende bevis.

I den konkrete vurderingen kom Høyesterett til at kameraovervåkningen var foretatt i strid med det tiltenkte formålet. Opprinnelig var kameraovervåkningen begrunnet i praktiske hensyn slik at de ansatte kunne oppholde seg på pauserommet og samtidig ha oversikt over lokalet. Når påtalemyndigheten ønsket å benytte overvåkning av kassaområdet – i strid med formålet – uttalte Høyesterett at bruken vil medføre "et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel".¹²⁸ I interesseavveiningen vektla domstolen at det å bli utsatt for skjult kameraovervåkning på arbeidsplassen er en "alvorlig integritetskrenkelse" som for den utsatte vil oppleves som "sterkt belastende".¹²⁹ På bakgrunn av det talte "vesentlige personvern hensyn" for at beviset skulle avskjæres.

Høyesterett trakk uttrykkelig frem preventive hensyn i interesseavveiningen. Videre ble det vist til at en adgang til å føre slike bevis vil kunne oppfattes som "støtende". En naturlig fortolkning av "støtende" er at domstolen viser til den alminnelige rettsfølelse. Det å bli hemmelig overvåket på arbeidsplassen vil for folk fleste virke som et tungt inngrep i privatlivet. Tidvis opplever borgeren at livet i det private hjem og arbeidsplassen flyter sammen. Den senere års sammensmelting mellom hjem og arbeidsplass gjør at forholdet trolig ikke ville opplevdes som mindre støtende i dag enn det gjorde da dommen ble avsagt.

Avslutningsvis ble det vist til at en slik bevisføring "vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket".¹³⁰ Her trekker domstolen frem momentet om fortsatt eller forsterket krenkelse som vist i punkt 5.4. Dersom kameraovervåkningen hadde blitt tillatt ført ville domstolen forfektet en gjentatt krenkelse av personvernet. Begrunnet i de ovennevnte momentene la Høyesterett til grunn at hovedregelen om skjult overvåkning på arbeidsplassen er at kameraovervåkningen skal avskjæres. Denne konklusjonen medførte at saken ikke kunne opplyses tilstrekkelig slik at den mistenkte som vist ble frifunnet. Til tross for at saken omhandlet en straffesak der hensynet til å oppnå en materielt riktig dom står sentralt, var det ikke adgang til å føre beviset for den dømmende rett, se punkt 5.2.

¹²⁸ Rt. 1991 s. 616 A s. 623.

¹²⁹ Rt. 1991 s. 616 A s. 623.

¹³⁰ Rt. 1991 s. 616 A s. 623.

Kameraovervåkning på arbeidsplassen har også vært behandlet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i to sivile kjennelser. Avgjørelsen i Rt. 2004 s. 878 U gjaldt spørsmål om avskjæring av kameraovervåkning på arbeidsplassen grunnet mistanke om underslag. I saken hadde arbeidsgiver foretatt en målrettet kameraovervåkning mot arbeidstaker som varte kontinuerlig i åtte timer. Kjæremålsutvalget konkluderte med at kameraovervåkningen ikke kunne tillates ført som bevis. De uttalte at "ulovlige opptak i slike saker som hovedregel ikke kan tillates brukt som bevis".¹³¹ Resultatet i saken ble avskjæring av beviset med i det vesentlige samme begrunnelse som avgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 A.

Den andre sivile saken for Høyesterett er inntatt i Rt. 2001 s. 668 U. Saken omhandlet en arbeidstaker som var avskjediget fra sin stilling grunnet mistanke om et større underslag. Kvinnen reiste sak mot arbeidsgiver med krav om at avskjedigelsen skulle kjennes ugyldig. Til støtte for sin sak ønsket arbeidsgiver å fremlegge en skjult kameraovervåkning som angivelig beviste at vedkommende begikk et lovbrudd. Høyesterett trakk frem at;

*"Det er i denne saka tale om ei alvorleg integritetskrenking. Målretta, hemmeleg videoovervaking på arbeidsplassen vil av ein arbeidstakar måtte opplevast som sterkt krenkande. Som framheva I Rt. 1991 s. 616 vil domstolane ved si allmenne haldning til slike bevis kunne motvirke bruk av bevis som er skaffa fram på ein slik måte."*¹³²

Videre uttales det at "prinsipielle hensyn" må veie tyngre enn vekten til en slik kameraovervåkning i en konkret sak. På bakgrunn av det ble kameraovervåkningen avskåret i tråd med begrunnelsen i Rt. 1991 s. 616 A.

Avgjørelsene ovenfor viser at Høyesterett går langt i å avskjære skjult kameraovervåkning som bevis i både sivile saker og straffesaker. Det er påfallende at Høyesterett ikke drøfter om en avskjæring vil være i strid med hensynet til sakens opplysning. I sakene ble den mistenkte frifunnet og i de sivile sakene ble ikke avskjedigelsene tilstrekkelig bevist. I samtlige saker hadde påtalemyndighet og motpart bevis som trolig ville ført til det motsatte resultat dersom beviset ble tillatt ført. En slutning fra avgjørelsene er at gjeldende rett går langt i å beskytte arbeidstakers personvern på bekostning av hensynet til sakens opplysning og partenes frie bevisføringsrett.

¹³¹ Rt. 2004 s. 878 U avsnitt 18.

¹³² Rt. 2001 s. 668 U s. 671.

Det kan stilles spørsmål ved om en slik rettsregel er rimelig. For både påtalemyndighet og motpart vil det umiddelbart virke som en urimelig løsning. Tilsvarende kan det utfordre borgerens tillitt til rettssystemet. Imidlertid har denne løsningen også svært gode grunner for seg. En overvåkning vil kunne gripe inn i grunnleggende personvern hensyn og føles som et tillitsbrudd fra arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker skal frykte for en slik skjult overvåkning på arbeidsplassen kan det legge bånd på den sosiale og frie utfoldelsen man bestreber. En adgang til å føre slike bevis vil også medføre en fortsatt eller forsterket krenkelse av de samme personvern hensynene som allerede ble krenket under overvåkningen. Her er det verdt å bemerke at bevisavskjæringen medførte at avgjørelsene ovenfor ikke ble tilstrekkelig opplyst slik at kameraovervåkningen var det *sentrale* beviset. Til tross for dette lander Høyesterett på at andre hensyn må veie tyngre.

Rettslig interessant er at Høyesterett har en annen konklusjon på bevisavskjæringsspørsmålet når kameraovervåkningen *ikke* er foretatt på arbeidsplassen. I allerede nevnte HR-2021-966-A omhandlet en kvinne som stadig opplevde å få bilen sin ripet opp i sameiets parkeringsanlegg. Forholdet ble anmeldt til politiet for så å bli henlagt grunnet manglende bevis. Etter en ny hendelse besluttet kvinnen i samråd med andre i sameiet å montere en mobiltelefon som ble benyttet til sporadisk overvåkning. Telefonen gjorde opptak av en person som medførte at kvinnen på nytt anmeldte forholdet. Spørsmålet for Høyesterett var om overvåkningen skulle tillates ført for domstolen.

Det påpekes at Høyesterett i saken hadde begrenset kompetanse etter strpl. § 388. Med andre ord har domstolen kun mulighet til å vurdere om lagmannsretten har foretatt en korrekt lovforståelse. Det innebærer at subsumsjonen faller utenfor domstolens kompetanse.¹³³ I dommen gir Høyesterett en bred og grundig avveining av ulike momentene i interesseavveiningen.

Høyesterett siterer fra lagmannsrettens dom og viser at kameraovervåkningen var "den eneste praktiske mulighet" til å avklare hvem som utførte hærverket.¹³⁴ Videre ville det være "nærmest nytteløst å få avslørt hvem som var gjerningspersonen" på annen måte.¹³⁵ Det ble vist til at hærverket trolig ble begått av noen i sameiet, grunnet tilgangen til parkeringsanlegget. Det

¹³³ HR-2021-966-A avsnitt 15 og 16.

¹³⁴ HR-2021-966-A avsnitt 43.

¹³⁵ HR-2021-966-A avsnitt 43.

innebærer at det ville være fånyttet å eventuelt ta opp forholdet med sameiets styre. Domstolen trekker uttrykkelig frem at filmingen på denne bakgrunn var "legitim".¹³⁶

En tolkning av dommen viser at Høyesterett legger betydelig vekt på at kameraovervåkingen fremstår som "legitim". Det er grunn til å minne om at domstolen var klar på at overvåkingen var "utilbørlig" etter tvl. § 22-7. I forlengelsen av det må det spørres hva domstolene legger i begrepet "legitim". En naturlig forståelse er at kameraovervåkingen fremstår som *rettmessig*. Likevel må begrepet romme noe annet enn begrepene lovlig eller tilbørlig, begrunnet i domstolens konklusjon av overvåkingens "utilbørlighet". Ser man på begrepet "legitim" sammen med den øvrige begrunnelsen for konklusjonen i avsnitt 43 får man en forklaring på meningsinnholdet. I legitim synes Høyesterett å vurdere om vedkommende som foretar kameraovervåkingen hadde *gode grunner* for ervervet. I foreliggende sak hadde kvinnen som nevnt ingen andre praktiske muligheter til å oppklare lovbruddet. Hun hadde forsøkt en anmeldelse til politiet som raskt ble henlagt grunnet bevisets stilling.

Imidlertid kan dette synspunktet ha betenkeligheter ved seg. Gjennom at Høyesterett åpner for en føring av slike bevis gir det en aksept for relativt omfattende overvåking i samfunnet. Slik målrettet etterforskning og overvåking er myndighet som ligger hos politiet gjennom deres politimonopol. En åpning som Høyesterett her tillater, kan bidra til å uthule denne myndigheten gjennom en forflytning over til privat borgervern. En tillatt føring av slik bevis kan i praksis også bety et vern av lovbruddet begått ved ervervet. Gjennom å nekte føring av slike bevis kan det preventivt bidra til å stoppe "utilbørlig" overvåking og sikre en bedre ivaretagelse av personvernet. Oppsummert er det klart at Høyesterett i denne saken *ikke* ilegger preventive hensyn i retning av personvernet særlig tungtveiende vekt, se punkt 5.5. Imidlertid kan denne løsningen også bidra til å hindre kriminalitet gjennom at man får opplyst saken tilstrekkelig for å få avklart det straffbare forholdet. Således har det preventive hensyn to sider som står i et motsetningsforhold i foreliggende sak.

Det er imidlertid grunn til å nyansere argumentene i avsnittet ovenfor noe. Som allerede nevnt har vedkommende i HR-2021-966-A kameraovervåking som "eneste praktiske mulighet" til å avsløre hærverket. Etter tillatelse fra andre i sameiet ble et begrenset areal filmet og opptak som ikke bidro til oppklaring av hærverket ble slettet jevnlig. Det viser at det stilles rigide krav til hvilke handlinger som må være forsøkt før slik aktivitet kan iverksettes. Begrunnelsen for at

¹³⁶ HR-2021-966-A avsnitt 43.

beviset ble tillatt er forankret i et av de bærende hensyn for å tillate et bevis etter tvl. § 22-7 – nettopp av hensynet til sakens opplysning.

I avsnitt 44 i dommen uttaler Høyesterett at kameraovervåkningen "må antas å være det sentrale beviset i saken". En naturlig fortolkning er at saken ikke ville blitt tilstrekkelig opplyst uten kameraovervåkningen. Dersom sakens sentrale bevis hadde blitt avskåret er det nærliggende å tro at saken ikke ville fått en materielt riktig avgjørelse i tråd med den materielle sannhetsprinsipp, se punkt 5.2. En best mulig opplyst sak er som vist en grunnleggende målsetning i vår prosessordning.

Videre trekker domstolen frem sakens viktighet som et hensyn, se punkt 5.3. Denne saken omhandlet et skadeverk på til sammen rundt 70 000 kroner. Til tross for at det samfunnsmessig sett er et relativt begrenset beløp vektlegger Høyesterett at det ikke er "ubetydelige verdier" for kvinnen.¹³⁷ Det viser at domstolen foretar en relativ vurdering av hensynet til sakens viktighet hvor også subjektive forhold kan vurderes. Videre vises det til at skadeverkene skapte en "utrygghetsfølelse" for kvinnen. Hun hadde ingen andre muligheter enn å flytte fra sameiet dersom forholdet ikke ble oppklart, noe som innebærer relative store konsekvenser for vedkommende. En tolkning av dommen viser at sakens viktighet blir tillagt stor vekt i retning av en tillatt føring av beviset.

I punkt 4.5 ble det vist at den tidligere forståelsen av fortsatt eller forsterket krenkelse har blitt endret gjennom den nylig avsagte HR-2021-966-A. Tidligere har tilfellene hvor en føring av beviset vil være en fortsatt eller forsterket krenkelse blitt skilt ut som en egen kategori. Høyesterett uttalte som vist i saken at skillet imidlertid er "nedtonet". I den konkrete vurderingen uttaler Høyesterett i avsnitt 45 at det ikke er "utrykk for en uriktig generell lovforståelse når lagmannsretten ikke har konkludert uttrykkelig på dette punktet". Domstolen sikter her til at kategorien fortsatt eller forsterket krenkelse *ikke* er skilt ut som en egen kategori. Høyesterett faller her tilbake på en samlet vurdering hvor momentet inngår som en del av den samlede interesseavveiningen uten at det tillegges særlig vekt her. Etter en grundig vurdering kom Høyesterett som vist til at kameraovervåkningen ikke skulle avskjæres.

Imidlertid kom Høyesterett til en annen konklusjon i allerede nevnte Rt. 1997 s. 795. Saken omhandlet et skjult lydopptak foretatt av en mor i forbindelse med tvist om samværsrett.

¹³⁷ HR-2021-966-A avsnitt 43.

Høyesterett konkluderte med at det var adgang til å avskjære beviset. Som vist under punkt 4.3 er det ikke grunn til å skille mellom lydopptak og kameraovervåkning. Det medfører at Høyesterett konkluderer motsatt i Rt. 1997 s. 795 enn de gjorde i HR-2021-966-A. Begrunnelsen for resultatet var at barna bør være "beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handlinger av en slik karakter".¹³⁸ Videre skriver Høyesterett at bevisførselen neppe vil "tilføre saken opplysninger av særlig verdi".¹³⁹

Imidlertid så er det vesensforskjeller mellom de to sakene. I HR-2021-966-A var beviset svært sentralt – antakelig helt avgjørende - for oppklaring av saken. En naturlig slutning fra kjennelsen inntatt i Rt. 1997 s. 795 A er at en tillatt føring av beviset ikke kunne begrunnes i hensynet til sakens opplysning. Saken var i tillegg indispositiv noe som medfører at den allmenne interessen i et riktig resultat er styrket, se punkt 2.4. Videre omhandlet avgjørelsen personvernet til barn som i senere tid har blitt ytterligere styrket gjennom GDPR art. 8.¹⁴⁰ Avgjørelsen må dermed tas til inntekt for å være en særegen avgjørelse grunnet et spesielt faktum. Videre ser Høyesterett ut til å ha foretatt en særs konkret vurdering som det vanskelig kan utledes noe generelt fra.

I forlengelse av drøftelsen ovenfor må de stilles spørsmål om hva som kan utledes fra HR-2021-966-A. Avgjørelsen omhandlet som vist en hendelse foretatt i et lukket garasjelegg. Spørsmålet er om bevisavskjæringsspørsmålet ville blitt behandlet likt dersom kameraovervåkingen hadde skjedd i det offentlige rom. Til tross for at Høyesterett ikke har vurdert typetilfellet har underrettspraksis behandlet tematikken.

I avgjørelsen LB-2014-48321 (Borgarting) kom domstolen til en konklusjon i tråd med begrunnelsen i HR-2021-966-A. Saken omhandlet bevis innhentet av et forsikringselskap grunnet mistanke om svik. Til innsamling av opplysninger benyttet selskapet skjult observasjon og filming på offentlig område. Kameraovervåkingen viser at vedkommende gjør ulike dagligdagse aktiviteter for å belyse en påstått funksjonshemming. Borgarting lagmannsrett uttaler at "i utgangspunktet vil observasjon og filming, foretatt utendørs og på offentlig sted, være mindre inngripende enn overvåking på arbeidsplassen". De uttaler videre at en føring ikke vil innebære en krenkelse av tungtveiende rettssikkerhets- eller personvern hensyn.

¹³⁸ Rt. 1997 s. 795 A s. 796.

¹³⁹ Rt. 1997 s. 795 A s. 796.

¹⁴⁰ GDPR art. 8 har en egen bestemmelse om barns samtykke.

Løsningen er godt i tråd med HR-2021-966-A og overvåkningen ble avskåret begrunnet i at overvåkning i det offentlige er mindre privat og inngripende enn filming på arbeidsplassen.

Imidlertid kommer samme lagmannsrett til en annen konklusjon i LB-2014-35455 (Borgarting). Saken omhandlet en forsikringstaker som ble utsatt for spaning og aktiv infiltrasjon med vedvarende overvåkning. Saken er spesiell i den form at vedkommende er utsatt for massiv overvåkning og infiltrering. Forsikringsgiver hadde her oppsøkt vedkommende på ferie, spist middag med ham, oppsøkt arbeidsplassen og oppsøkt hans hjem. Under infiltrasjonen ble det benyttet skjult kameraovervåkning med lyd og bilde. Konklusjonen til lagmannsretten var at personvern hensyn måtte veie tyngre og besluttet en avskjæring etter tvl. § 22-7. Begrunnelsen for avskjæringen var at overvåkningen var inngripende samtidig som den i beskjeden grad bidro til sakens opplysning.

Til tross for ulike konklusjoner er begge lagmannsrettsdommene godt i tråd med avgjørelsen HR-2021-966-A. Konklusjonen til lagmannsretten i førstnevnte dom er at kameraovervåkning kan føres som bevis når det er foretatt i det offentlige rom. I dommen LB-2014-35455 (Borgarting) kom domstolen tilsynelatende til en annen konklusjon enn HR-2021-966-A som velger å avskjære kameraovervåkning foretatt i offentligheten. Likevel fremstår denne avgjørelsen som særegen. Det var foretatt omfattende overvåkning i krysningspunktet mellom det offentlige og private hjem. I tillegg var hovedbegrunnelsen for avskjæring at overvåkningen ikke kunne bidra til sakens opplysning, som var det bærende hensyn bak en bevisavskjæring. Samlet sett synes underrettspraksis å forfekte en rettsstilstand som er i tråd med HR-2021-966-A. Det er rimelig av kameraovervåkning foretatt i det offentlige rom får samme aksept som overvåkning foretatt i et lukket garasjeanlegg.

Etter det ovennevnte må gjeldende rett være at domstolen *ikke* har adgang til å avskjære bevis innhentet gjennom skjult kameraovervåkning foretatt i det offentlig rom. Hovedbegrunnelsen synes å være at skjult kameraovervåkning krenker tungtveiende personvern hensyn. I vurderingen skal det særlig vektlegges om kameraovervåkningen fremstår som *legitim*. Imidlertid er gjeldende rett motsatt dersom den skjulte kameraovervåkningen er foretatt på *arbeidsplassen*. I disse tilfellene viser praksis fra Høyesterett at domstolen har adgang til å avskjære overvåkningen som et "særlig tilfelle" etter tvl. § 22-7. Til tross for utgangspunktene må den klare hovedregel være at det må foretas en konkret vurdering av den foreliggende sak, hvor særlig graden av krenkelse må veies opp mot hensynet til sakens opplysning.

6.3 Synlig kameraovervåkning

I lys av drøftelsen ovenfor er det nærliggende å vurdere gjeldende rett for bevis fremskaffet gjennom *synlig* kameraovervåkning. Spørsmålet er om en synlig kameraovervåking er et "særlig tilfelle" etter tvl. § 22-7.

Høyesterett har ikke direkte tatt stilling til spørsmålet, men vurdert tematikken i en sak som omhandlet *lydopptak*. Kjennelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1366 U omhandlet et *lydopptak* foretatt av far som mor på forhånd av telefonsamtalen var gjort kjent med. Forholdet fant sted som følge av en foreldretvist som omhandlet samvær med felles barn. Spørsmålet for Høyesterett var om opptaket skulle avskjæres som bevis. Til det svarte kjæremålsutvalget at beviset "normalt" ikke kunne avskjæres "når det er gjort kjent for vedkommende at slike opptak vil finne sted".¹⁴¹ I det konkrete tilfellet fant utvalget at hensynet til personvern og rettssikkerhet ikke tilsa av beviset skulle avskjæres. Som vist i punkt 4.3 har saker om lydopptak overføringsverdi til avgjørelser om kameraovervåkning.

Avgjørelsen antyder at synlig kameraovervåkning betegnes som en mindre inngripende personvernkrænkelser enn skjult kameraovervåkning. Et slikt synspunkt har god støtte i allerede nevnte Rt. 1997 s. 795, se punkt 4.3. Denne dommen har sammenfallende faktum med avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1366 U unntatt at far på forhånd *ikke* var gjort kjent med lydopptaket. I saken ble begjæring om fremleggelse av opptaket ikke tatt til følge begrunnet i at vedkommende må ha "krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handling av en slik karakter".¹⁴² Her kommer Høyesterett til en annen konklusjon enn dommen i avsnittet over begrunnet med at opptaket *ikke* var kjent for vedkommende. Poenget er at avgjørelsene oppstiller et skille mellom *synlig* og *skjult* kameraovervåkning til tross for at Høyesterett ikke har behandlet problemstillingen konkret.

Underrettspraksis har behandlet problemstillingen vedrørende *synlig* kameraovervåkning i sakene LH-2003-20703 (Hålogaland) og LB-2010-202030 (Borgarting). Førstnevnte sak omhandlet mistanke fra arbeidsgiver om antatt underslag på arbeidsplassen. For å få bekreftet sin mistanke foretok arbeidsgiver en kameraovervåkning av kassaområdet som *ikke* ble opplyst

¹⁴¹ Rt. 2004 s. 1366 U avsnitt 14.

¹⁴² Rt. 1997 s. 795 A s. 796.

til de ansatte. Høyesterett besluttet å avskjære denne kameraovervåkningen som bevis i rettssaken. Det rettslig interessante er imidlertid at arbeidstaker i løpet av den skjulte kameraovervåkningen ble varslet om forholdet. Hålogaland lagmannsrett kom til at overvåkningen som var skaffet til veie *etter* vedkommende ble varslet om kameraovervåkningen ikke skulle avskjæres som bevis. Retten argumenterer her for at det skal være et skille mellom den skjulte og den synlige kameraovervåkningen når det kommer til bevisavskjæringsspørsmålet.

Videre er faktum i kjennelsen fra Borgarting lagmannsrett i stor grad sammenfallende med dommen i det foregående avsnittet.¹⁴³ Saken gjaldt et spørsmål om avskjed hvor kameraovervåkningen fra arbeidsplassen ble tillatt ført som i dommen ovenfor. I saken var arbeidstakeren klar over at det ble foretatt kameraovervåkning på arbeidsplassen, men vedkommende ønsket ikke å vite nøyaktig hvor kameraene var montert. Det ble begrunnet i at vedkommende ikke ønsket følelsen av å være overvåket. I sin begrunnelse la Borgarting lagmannsrett vekt på at arbeidstaker *visste* at området var overvåket, samt at kameraovervåkningen var varslet gjennom opphengt skilt. Domstolen uttaler at "hvilken kjennskap den ansatte" har til at lokalet er overvåket er et moment i interesseavveiningen. Lagmannsrettsdommen synes her å vektlegge den graden av krenkelse som er begått ved beviservervet. Spørsmålet er om denne argumentasjonen har gode rettskildemessige grunner for seg.¹⁴⁴

En slik rettstilstand fremstår som rimelig sett i sammenheng med gjeldende rett ved skjult kameraovervåkning, se punkt 6.2.1. En *synlig* overvåkning vil ikke gripe inn i like grunnleggende personvern hensyn som en *skjult* overvåkning. En kameraovervåkning som vedkommende er kjent med vil heller ikke fremstå som et like stort tillitsbrudd. Det er også godt i tråd med GDPR art. 5 nr. 1 som sier at overvåkningen skal være "åpen", se punkt 4.2. Den integritetskrenkelsen som finner sted vil dermed være langt mildere, parallelt med at forholdet ikke vil innebære en fortsatt krenkelse av like tungtveiende personvern hensyn, se punkt 5.4. Etter vurderingen av underrettspraksis og reelle hensyn er det dermed ikke

¹⁴³ Her siktes det til LB-2010-202030 (Borgarting).

¹⁴⁴ Som vist i punkt 2.1 har dommer fra underrettspraksis ikke prejudikatsvirkning og gjenspeiler ikke gjeldende rett. Dommer fra lagmannsretten har som vist og fremst betydning som illustrasjonsmateriale jf. Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2004 s. 75-76

rettskildemessig grunnlag for å kategorisere synlig kameraovervåkning som et "særlig tilfelle" etter tvl. § 22-7.

6.4 Oppsummering og sammenligning

Oppsummert viser rettspraksis et skille mellom *skjult* kameraovervåkning foretatt på arbeidsplassen og *skjult* kameraovervåkning foretatt utenfor arbeidsplassen. Ved førstnevnte oppstiller gjeldende rett en presumsjon om at kameraovervåkningen skal avskjæres som bevis. Motsatt er gjeldende rett utenfor arbeidsplassen at kameraovervåkningen ikke er et "særlig tilfelle" som skal avskjæres. Hovedbegrunnelsen for skille synes å være at tillitsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker samt en ivaretagelse av grunnleggende personvern hensyn fordrer en bevisavskjæring. Utenfor arbeidsplassen får hensynet til sakens opplysning avgjørende gjennomslagskraft.

Dersom kameraovervåkningen er *synlig* er gjeldende rett at beviset ikke skal avskjæres som et "særlig tilfelle" etter tvl. § 22-7. Samlet sett synes et bærende argument å være hvordan den som krenker personvernet *går frem* ved beviservervet. Utgangspunktet er godt i tråd med ordlyden "skaffet til veie" i tvl. § 22-7.

7 Avsluttende betraktninger

De foregående drøftelsene viser at gjeldende rett gir en viss adgang til å avskjære "utilbørlig" kameraovervåkning som bevis i sivile saker. Bevisavskjæringsadgangen begrenses imidlertid av ulike tungtveiende hensyn. Det kan nødvendiggjøre at retten faller tilbake på utgangspunktet om fri bevisføring.

Avhandlingen viser at det må foretas en konkret helhetsvurdering av bevisavskjæringsadgangen grunnet den skjønnsmessige ordlyden i tvl. § 22-7. Utformingen betinger at andre rettskilder supplerer lovteksten for å klarlegge meningsinnholdet. En slik rettsregel kan fornemmes som både utilgjengelig og lite forutberegnelig. For å kompensere for den skjønnsmessige ordlyden er det viktig at domstolen anvender de etablerte momentene med utførlige begrunnelser for sine avgjørelser. Videre kan Høyesterett tillate flere anker for å klarlegge rettstilstanden ved andre typetilfeller. En viktig klarlegging ble gjort tidligere i år gjennom den nylig avsagte HR-2021-966-A.

Parallelt med en skjønnsmessig ordlyd inneholder lovteksten en utilbørlighetsstandard. Til tross for betenkelighetene med en slik ordlyd fremstår formuleringen som hensiktsmessig. Bestemmelsen legger til rette for en utvikling av rettsregelen i samsvar med teknologi- og samfunnsutvikling. I tillegg åpner en rettslig standard for en dynamisk tolkning i tråd med våre internasjonale forpliktelser. Et alternativ for å redusere uforutsigbarheten ved en skjønnsmessig ordlyd er å oppstille noen vurderingsmomenter i lovteksten. På den måten vil privatpersoner og arbeidsgivere være bevisst hvilke momenter som vektlegges i interesseavveiningen. For å bevare den dynamiske formen kan vurderingsmomentene være ikke-uttømmende, noe vi ser spredte eksempler på i lovgivningen.¹⁴⁵ Etter mitt skjønn er det hensiktsmessig især å fremheve *hensynet til sakens opplysning* og *behovet* for ervervsmetoden. En tydeliggjøring av hvilke momenter som vektlegges kan bidra til færre tvister rundt temaet "utilbørlig" ervervede bevis.

¹⁴⁵ Se f.eks. strl. § 61 og tvl. § 2-1 (2).

Litteraturliste

Lover

- 1814 17. mai 1814, Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven)
- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) [opphevet]
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1995 Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)
- 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) [opphevet]
- 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)
- 2018 Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Forskrift

- 2018 Forskrift 07. februar nr. 1107 om kameraovervåkning i virksomhet

Forarbeid

NOU 2001: 32	NOU 2001: 32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)	Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp.nr. 51 (2004–2005)	Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Prop.56 LS (2017–2018)	Prop.56 LS (2017–2018) Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen

Internasjonale konvensjoner

1950	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)
------	--

Forordninger

2016	Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) (GDPR)
------	---

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

<i>Schenk mot Sveits</i>	Saksnummer 10862/84
<i>Barberà, Messegué og Jabardo mot Spania</i>	Saksnummer 10588/83; 10589/83; 10590/83
<i>Allan mot Storbritannia</i>	Saksnummer 48539/99
<i>Jalloh mot Tyskland</i>	Saksnummer 54810/00
<i>Gäfgen mot Tyskland</i>	Saksnummer 22978/05
<i>López Ribalda og andre mot Spania</i>	Saksnummer 1874/13; 8567/13

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1981 s. 377 A
Rt. 1991 s. 616 A
Rt. 1992. s. 698 U
Rt. 1997 s. 795 A
Rt. 1997 s. 1778 A
Rt. 1999 s. 1269 A
Rt. 2000 s. 996 P
Rt. 2001 s. 668 U
Rt. 2002 s. 1500 U
Rt. 2003 s. 549 A
Rt. 2003 s. 1266 U
Rt. 2004 s. 858 A
Rt. 2004 s. 878 U
Rt. 2004 s. 1366 U
Rt. 2005 s. 833 A
Rt. 2006 s. 582 A

Rt. 2007 s. 920 U
Rt. 2009 s. 1526 A
Rt. 2011 s. 1324 U
Rt. 2013 s. 1282 U
Rt. 2014 s. 916 U
HR-2021-966-A

Lagmannsrettsavgjørelser

LB-2014-48321 (Borgarting)
LB-2014-35455 (Borgarting)
LB-2018-155792 (Borgarting)
LH-2003-20703 (Hålogaland)
LB-2010-202030 (Borgarting)

Litteratur

- Aall (1994) Aall, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter*, Universitetsforlaget, 1994.
- Andenæs (2008) Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2008.
- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, M.H. Andenæs, 2. utgave, 2009.
- Backer (2015) Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget, 2015.
- Bjørnvik og Selfors (2000) Bjørnvik, Arve Martin, Selfors, Rolf Fridtjof, "Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål", *Jussens Venner*, nr. 1, Universitetsforlaget 2000, s. 19-40.
- Borchgrevink (2011) Borchgrevink, Mette, *Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern – en gjennomgang av norsk rettspraksis*, Unipub AS, 2011.

- Bratholm (1959) Bratholm, Anders, Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1959 s. 109-132.
- Eckhoff (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget, 2018.
- Gisle (2010) Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4. utgave, Kunnskapsforlaget, 2010.
- Hov (1994) Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, Papinian, 1994,
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2004.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2017
- Skullerud (2019) Bergseng Skullerud, Åste Marie, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad og Marius Engh Pellerud, *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR)*, Universitetsforlaget, kommentarutgave, 2019.
- Smith (1999) Smith, Eivind, "Kongen og masten – om grunnlovens rolle i vår tid", *Jussens venner* 1999/4, Årgang 57, s. 193-209.
- Strandbakken (2003) Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldpresumsjonen «In dubio pro reo»*, Fagbokforlaget, 2003.
- Torgersen (2009) Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Papinian, 2009.
- Øyen (2010) 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 s. 423–438, 2010.