



Det juridiske fakultet

Arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen – i spennet mellom arbeidsrett og personvern

Rettslige skranker i adgangen til å ta skjulte lydopptak og om slike lydopptak er et pliktbrudd som kan danne saklig grunn til oppsigelse.

Linn Sofi Løvås

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2021

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	TEMA OG AKTUALITET.....	1
1.2	PROBLEMSTILLING.....	1
1.3	NOEN UTGANGSPUNKTER.....	2
1.3.1	<i>Skjulte lydopptak</i>	2
1.3.2	<i>Retten til privatliv</i>	3
1.3.3	<i>Arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet</i>	3
1.4	AVGRENSNING.....	4
1.5	METODISKE SÆRTREKK.....	5
1.5.1	<i>Generelle bemerkninger og rettskildebildet</i>	5
1.5.2	<i>Den rettskildemessige vekten av underrettspraksis</i>	6
1.5.3	<i>Den rettskildemessige vekten av forvaltningspraksis</i>	7
1.6	VIDERE FREMSTILLING.....	7
2	STRAFFELOVEN SOM RETTSLIG SKRANKE MOT Å TA SKJULTE LYDOPPTAK	8
2.1	INNLEDNING.....	8
2.2	NÆRMERE OM INNHOLDET OG BETYDNINGEN AV BESTEMMELSEN.....	8
2.2.1	<i>Rekkevidden av vilkåret «deltakelse»</i>	10
2.2.2	<i>Diskusjon om utvidet kriminalisering</i>	12
2.3	KONKLUSJON OG OPPSUMMERING.....	13
3	PERSONOPPLYSNINGSLOVEN OG GDPR SOM RETTSLIG SKRANKE MOT Å TA SKJULTE LYDOPPTAK	14
3.1	INNLEDNING.....	14
3.2	NOEN UTGANGSPUNKTER.....	15
3.2.1	<i>Forholdet mellom personopplysningsloven og GDPR</i>	15
3.2.2	<i>Personvern og personopplysningsvern</i>	15
3.2.3	<i>Hovedaktørene</i>	16
3.3	GJELDER LOVEN OG FORORDNINGEN FOR ARBEIDSTAKER SOM TAR SKJULTE LYDOPPTAK?.....	17
3.3.1	<i>Er lydopptak «personopplysninger»?.....</i>	17
3.3.2	<i>Er lydopptak «behandling» av personopplysninger?.....</i>	18
3.3.3	<i>Er lydopptak «helt eller delvis automatisert behandling»?.....</i>	18
3.3.4	<i>Unntak fra virkeområdet?.....</i>	23
3.3.5	<i>Konklusjon</i>	28
3.4	GRUNNKRAV TIL LOVLIG BEHANDLING.....	28
3.4.1	<i>Behandlingsformål</i>	28
3.4.2	<i>Behandlingsgrunnlag</i>	30
3.4.3	<i>Informasjonsplikten og retten til informasjon</i>	34

3.4.4	<i>Konklusjon</i>	35
3.5	KONSEKVENSER AV ULOVLIG BEHANDLING.....	35
3.6	KONKLUSJON OG OPPSUMMERING	36
4	ARBEIDSTAKERS LOJALITETSPLIKT SOM RETTSLIG SKRANKE MOT Å TA SKJULTE	
	LYDOPPTAK	37
4.1	INNLEDNING.....	37
4.2	NÆRMERE OM ARBEIDSTAKERS LOJALITETSPLIKT	37
4.3	KAN ARBEIDSTAKERS SKJULTE LYDOPPTAK VÆRE I STRID MED LOJALITETSPLIKTEN?.....	39
4.3.1	<i>Vurderingstema</i>	39
4.3.2	<i>Lydopptakets skadeomfang</i>	40
4.3.3	<i>Arbeidstakers hensikt og formål med lydopptaket</i>	44
4.3.4	<i>Arbeidstakers stilling</i>	47
4.4	KONKLUSJON OG OPPSUMMERING	48
5	SKJULTE LYDOPPTAK SOM OPPSIGELSESGRUNN	49
5.1	INNLEDNING.....	49
5.2	UTGJØR SKJULTE LYDOPPTAK SAKLIG GRUNN FOR OPPSIGELSE?	49
5.2.1	<i>Saklighetskravet</i>	50
5.2.2	<i>Sentrale avgjørelser og momenter i oppsigelsesvurderingen</i>	51
5.3	KONKLUSJON OG OPPSUMMERING	54
	REFERANSELISTE	56
	LOVER OG FORSKRIFTER.....	56
	FORARBEIDER	56
	INTERNASJONALE RETTSKILDER	57
	RETTSPRAKSIS OG FORVALTNINGSPRAKSIS.....	58
	JURIDISK LITTERATUR.....	60
	NETTDOKUMENTER.....	61

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Datatilsynet uttalte nylig at de har opplevd en økning i antall klagesaker som knytter seg til lydopptak på arbeidsplassen.¹ Årsaken til dette er trolig den utbredte bruken av smarttelefoner i dagens samfunn. Tall fra Statistisk sentralbyrå viser at hele 95 % av nordmenn mellom 16 og 74 år bruker smarttelefon.² Med andre ord har tilnærmet hele den arbeidende befolkningen i Norge en lydopptaker i lommen. Det gjør det mulig å ta skjulte lydopptak bortimot når som helst og på en diskret måte.

Arbeidstakers motivasjon til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen kan eksempelvis være å sikre bevis i stillingsvernstviser, avdekke kritikkverdige forhold eller få innsikt i hva kolleger sier om en selv. For arbeidsgiver vil det imidlertid kunne oppfattes som både «umoralsk» og «illojalt» at en arbeidstaker tar skjulte lydopptak.³ Følgende spørsmål blir dermed aktuelle for både arbeidsgiver og arbeidstaker: Er skjulte lydopptak på arbeidsplassen ulovlig, og kan arbeidstakers skjulte lydopptak være en saklig oppsigelsesgrunn?

Temaet for avhandlingen er arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen, i spennet mellom arbeidsrett og personvern.

1.2 Problemstilling

Avhandlingen vil undersøke hvorvidt det finnes rettslige skranker i arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak av kolleger og arbeidsgiver på arbeidsplassen, og om slike lydopptak er et pliktbrudd som kan danne saklig grunn til oppsigelse.

Arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen er ikke regulert i arbeidsmiljøloven.⁴ Avhandlingen vil derfor undersøke om det kan utledes noen rettslige skranker i henholdsvis straffeloven⁵ og personopplysningsloven.⁶ Dernest vil det undersøkes om den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforholdet kan tjene som rettslig skranke. Hoved-

¹ Topdahl (2019), <https://www.nrk.no/rogaland/advarer-mot-lydopptaker-trend-pa-jobben-1.14773235>

² Statistisk sentralbyrå (2021), <https://www.ssb.no/statbank/table/12344/tableViewLayout1/>

³ Herlofsen (2020), <https://cdn-wp-multi-prod01.innocode.digital/uploads/sites/76/2020/01/Herlofsen.pdf>

⁴ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)

⁵ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.)

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

fokuset i avhandlingen ligger imidlertid på om personvernregelverket kan tjene som rettslig skranke. Dette behandles i kapittel 3.

I forlengelsen av dette, blir et særlig spørsmål hvilke arbeidsrettslige konsekvenser lydopptaket kan få for arbeidstakeren som tar det, og hvilken betydning brudd på eventuelle rettslige skranke vil få i en oppsigelsesvurdering.

1.3 Noen utgangspunkter

1.3.1 Skjulte lydopptak

Det er en vesentlig forskjell på lydopptak som foretas i det skjulte, og lydopptak som foretas helt åpenlyst. I dag er det vanlig å ta lydopptak i en rekke ulike situasjoner. Det blir eksempelvis tatt lydopptak av samtaler i opplæringsøyemed for nyansatte i bedrifter og opptak av parts- og vitneforklaringer under hoved- og ankeforhandling, jf. tvisteloven § 13-7.⁷ Disse eksemplene har til felles at vedkommende som det blir gjort opptak av, gis informasjon om at det gjøres opptak, på forhånd. Lydopptaket vil dermed ikke være skjult.

Dersom lydopptakene derimot tas i det skjulte, vil de lett oppfattes som mer betenkelige.⁸ Ulempen med skjulte lydopptak er at de kan bidra til å skape konflikter, utrygghet og mistillit på arbeidsplassen.⁹ Lydopptak kan påvirke det psykososiale arbeidsmiljøet negativt, og er derfor lite ønskelig.¹⁰ Arbeidstakeren som tar lydopptaket vil også ha mulighet til å styre og påvirke samtalen, formulere seg annerledes samt provosere frem uttalelser fra motparten, som er uvitende om at samtalen blir tatt opp.¹¹

Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor arbeidstakeren har et aktverdig formål med lydopptaket, slik at opptaket av den grunn, må anses som mindre betenkelig. Eksempelvis dersom lydopptaket tas for å bevise uakseptabel oppførsel fra arbeidsgiver og kolleger eller for å dokumentere og sikre bevis for tilsidesettelse av egne rettigheter i møter eller forhandlinger.

⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

⁸ Se f.eks. Aase (2021), <https://www.vg.no/nyheter/utenriks/i/1E94G7/polsk-professor-i-lydopptak-stryker-utenlandske-studenter> og Andersen (2021), <https://borsen.dagbladet.no/nyheter/diktatorisk/73632694>

⁹ Ot.prp. nr. 56 (1989-1990) s. 26

¹⁰ Aml. §§ 1-1 bokstav a, 4-1 og 4-3 om arbeidsmiljø

¹¹ Styren (2019), <https://rett24.no/articles/-skjult-lydopptak-er-ofte-illojalt>

1.3.2 Retten til privatliv

Personvern er en menneskerettighet som blant annet omfatter retten til privatliv.¹² Retten til privatliv er gjennom Grunnloven § 102 gitt et konstitusjonelt vern.¹³ Videre er retten til privatliv også forankret i EMK artikkel 8¹⁴ og SP artikkel 17¹⁵, som er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven.¹⁶ Bestemmelsene anses som det grunnleggende vernet av privatlivets fred, som samlet sett, danner et universelt personvern. Retten til personvern og privatliv blir også ivaretatt av en rekke andre bestemmelser i lovgivningen.

Personopplysningsloven og EUs personvernforordning¹⁷ regulerer personvern, herunder såkalt personopplysningsvern. Straffeloven kapittel 21 inneholder på sin side bestemmelser som kan sies å understøtte retten til personvern. Selv om avhandlingen behandler de relevante regelsettene som har betydning for adgangen til å ta skjulte lydopptak, er dette likevel bare «deler» av den rettslige reguleringen av personvern i Norge.¹⁸

Skjulte lydopptak kan generelt anses som et vidtgående inngrep i enkeltindividers personlige sfære, integritet og i personvernrettigheter. Hvorvidt slike opptak utgjør en krenkelse av menneskerettighetene til de berørte, er imidlertid et annet spørsmål, som avhandlingen ikke tar sikte på å behandle.¹⁹ Det er uansett viktig å se på personvern i et større perspektiv, slik at man får et overblikk over alle de ulike komponentene som inngår i rettigheten.

1.3.3 Arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet

Arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet er sentrale grunnbegreper i arbeidsretten, og gir rammeverket for det arbeidsrettslige vernet, som følger av arbeidsmiljøloven. I avhandlingen legges arbeidsmiljølovens forståelse av disse begrepene til grunn.²⁰ Gjennom arbeidsavtalen – mellom arbeidsgiver og arbeidstaker – etableres det et arbeidsforhold. Et særtrekk ved arbeidsavtalen og arbeidsforholdet er at arbeidstakeren står i et avhengighetsforhold, noe som

¹² Se punkt 3.2.2 om personvern og personopplysningsvern

¹³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.)

¹⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK)

¹⁵ International Covenant on Civil and Political rights (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – SP)

¹⁶ Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

¹⁷ Europaparlamentets- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personvern i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF [GDPR - General Data Protection Regulation]

¹⁸ Schartum (2020) s. 26

¹⁹ Lagring og frigivning av personopplysninger kan være inngrep i EMK art. 8, jf. NOU 2019: 10 s. 41

²⁰ Aml. § 1-8

innebærer en underordning i forhold til arbeidsgiver og arbeidsgivers styringsrett.²¹ Lovverket er også derfor innrettet mot å beskytte arbeidstakeren som er den «svake» part.

1.4 Avgrensning

Avhandlingen vil se nærmere på tilfeller hvor arbeidstakeren tar skjulte lydopptak av kolleger og av arbeidsgiver. Videre vil både situasjonen hvor arbeidstakeren selv er til stede under lydopptaket og de tilfeller hvor arbeidstaker ikke er til stede, drøftes. Begrunnelsen for å behandle både tilfeller hvor arbeidstaker tar lydopptak av kolleger og arbeidsgiver, er at de rettslige skrankene i stor grad vil være de samme. Arbeidsgivers lydopptak av arbeidstaker, omfattes av reglene om kontrolltiltak i arbeidsmiljøloven kapittel 9, og faller utenfor det oppgaven tar sikte på å behandle.

Koronapandemien har ført til en økt digitalisert arbeidshverdag og en endring i hvor folk jobber. I fremtiden vil trolig flere arbeide mer hjemmefra. Lydopptak kan dermed tenkes tatt både i eget hjem og på arbeidsplassen. Temaet for avhandlingen er imidlertid lydopptak på arbeidsplassen, og det avgrenses mot lydopptak som foretas under arbeid i eget hjem. Med «arbeidsplass» menes i denne avhandlingen alle steder både innendørs og utendørs, hvor det utføres arbeid av fast eller midlertidig karakter.²² Alle lokaler eller rom som arbeidstakere oppholder seg i under arbeidet vil falle inn under begrepet, herunder toaletter, garderober, kantiner og personal- og pauserom.

Problemstillingene i avhandlingen har i stor grad en arbeidsrettslig innfallsvinkel med et strafferettslig og personvernrettslig aspekt. Temaet er omfattende og har forgreininger til flere rettsområder. Innenfor rammene av avhandlingen, er det ikke mulig å gå i dybden på alt.

Tematikken reiser flere spørsmål som må anses å ligge utenfor kjernen av avhandlingen.

I kraft av avtalefriheten og styringsretten, har arbeidsgiver anledning til å innta klausuler i arbeidsavtalen eller utarbeide interne retningslinjer som begrenser bruken av lydopptak på arbeidsplassen, så lenge dette er saklig begrunnet.²³ Slik kan arbeidsavtalen og interne retningslinjer tjene som skranker i adgangen til å ta lydopptak. Det beror imidlertid på en

²¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

²² Forskrift 06. desember 2011 nr. 1356 om utforming og innretning av arbeidsplasser og arbeidslokaler (arbeidsplassforskriften) § 1-4 annet ledd

²³ NOU 2019: 10 s. 83

konkret tolkning av avtalen eller retningslinjene, og faller utenfor rammene for denne avhandlingen.

I stillingsvernstvister oppstår det ikke sjelden spørsmål om bruk av skjulte lydopptak som bevis. Slike problemstillinger aktualiserer reglene om bevisforbud i tvl. § 22-7.²⁴ Reglene om bevisavskjæring faller imidlertid utenfor det avhandlingen tar sikte på å behandle.

Det bemerkes at det ikke vil foretas en utførlig redegjørelse av aml. § 15-7 i kapittel 5 som omhandler oppsigelsesspørsmålet. Hovedlinjene vil imidlertid trekkes opp.

1.5 Metodiske særtrekk

1.5.1 Generelle bemerkninger og rettskildebildet

Avhandlingen tar utgangspunkt i en rettsdogmatisk fremstilling for å kartlegge hva som er innholdet i gjeldende rett.

Det finnes få tungtveiende rettskildefaktorer som berører problemstillingene avhandlingen søker å besvare. En kombinasjon av spredte lovbestemmelser, få forarbeider og beskjeden rettspraksis på området har bydd på noen rettskildemessige utfordringer. Hvorvidt arbeidstakers skjulte lydopptak er et pliktbrudd som kan danne saklig grunn til oppsigelse, har så vidt meg bekjent, ikke vært behandlet av Høyesterett tidligere. Spørsmålet har imidlertid nylig vært gjenstand for behandling i en avgjørelse fra Stavanger tingrett.²⁵ I kjølvannet av avgjørelsen skrev flere advokatfirmaer om saken og satte problematikken rundt bruk av lydopptak på dagsordenen.

Dansk Højesteret har behandlet spørsmål om ileggelse av arbeidsrettslige sanksjoner på grunn av en arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen.²⁶ Selv om utenlandske rettsavgjørelser ikke bør tillegges selvstendig rettsnormerende kraft, kan det i mangel av nasjonale rettskilder, være av interesse å benytte slike rettsavgjørelser som støttemoment for tolkningsresultatet.²⁷ En forutsetning er at reguleringen i den utenlandske staten i stor grad har likhetstrekk med reguleringen i Norge.²⁸ Dansk rett har noenlunde like regler på området.²⁹

²⁴ Se f.eks. LG-2019-72921 (skjulte lydopptak) og HR-2021-966-A (skjulte videoopptak)

²⁵ TSTAV-2019-50592

²⁶ UfR 2019 s. 3878 (Sak BS-42617/2018-HJR)

²⁷ Skoghøy (2018) s. 228

²⁸ HR-2021-605-A avsnitt 48 og Skoghøy (2018) s. 228

²⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 25

En annen utfordring er at avhandlingen vil berøre flere rettsområder, herunder arbeidsrett, personvern og strafferett. Selv om det innenfor hvert rettsområde kan konstateres flere særegenheter, er det ikke rammer for å påpeke samtlige i avhandlingen. Det er imidlertid ønskelig å fremheve at det strafferettslige legalitetsprinsippet står sterkt på strafferettens område og at lojalitetsplikten i arbeidsforhold er en ulovfestet norm på arbeidsrettens område. Videre vil EUs personvernforordning (GDPR) være sentral ved tolkningen av personopplysningsloven.

1.5.2 Den rettskildemessige vekten av underrettspraksis

I mangel av andre autoritative rettskilder, vil det på flere punkter i avhandlingen vises til avgjørelser fra underordnede domstoler. At høyesterettspraksis har større vekt enn underrettspraksis, og at det er legitimt å benytte avgjørelser fattet av underinstansene som «illustrasjonsmateriale», er grunnleggende rettskildelære.³⁰

Det er en pågående diskusjon om rettsanvendere i det hele tatt kan og bør tillegge underrettspraksis vekt. Boe er av den oppfatning at det bør være adgang til å tillegge underrettspraksis vekt i flere tilfeller, især tilfeller hvor andre rettskildefaktorer er vage og det ikke eksisterer noen høyesterettsdom, men hvor det foreligger flere underrettsdommer.³¹ Etter mitt syn kan underrettspraksis sammen med andre rettskildefaktorer, kaste lys over og illustrere hvordan gjeldende rett skal forstås. Jeg er enig i Boes argumentasjon på dette punkt, og viser til hans sammenfatning av debatten rundt underrettspraksis som rettskildefaktor.³² I mangel av relevant høyesterettspraksis, vil underrettspraksis benyttes som illustrasjonsmateriale og således kunne tillegges noe mer vekt enn på områder hvor det foreligger avgjørelser fra Høyesterett.

Oppsigelse begrunnet i skjulte lydopptak ble som nevnt behandlet av Stavanger tingrett i TSTAV-2019-50592. Dommen er ikke rettskraftig avgjort da avgjørelsen ble anket til lagmannsretten og senere hevet etter at partene inngikk rettsforlik. Det er således rettsforliket som er rettskraftig avgjort, ikke tingrettens avgjørelse, jf. tvl. § 19-12 første ledd, jf. § 19-15. Dette vil påvirke avgjørelsens rettskildemessige vekt. Dommen er likevel av interesse for avhandlingens tematikk.

³⁰ Skoghøy (2018) s. 226

³¹ Boe (2021) s. 400

³² Boe (2021) s. 397 flg.

1.5.3 Den rettskildemessige vekten av forvaltningspraksis

Det vil i avhandlingen også henvises til vedtak og uttalelser fra forvaltningsorganer, herunder fra Personvernemnda og Datatilsynet.³³ Vedtak og uttalelser fra forvaltningen har i utgangspunktet ikke noen selvstendig rettsnormerende kraft, all den tid forvaltningen ikke har kompetanse til med bindende virkning å bestemme hva som er gjeldende rett.³⁴ Dette tilsier at vedtak og uttalelser fra forvaltningsorganer har lav rettskildemessig vekt. Forvaltningspraksis kan imidlertid gi en viss veiledning, i mangel av mer tungtveiende rettskilder.

1.6 Videre fremstilling

Avhandlingen er delt inn i 5 kapitler. I kapittel 2 og 3 vil det undersøkes om straffeloven og personvernregelverket kan tjene som lovfestede skranke i arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen. I kapittel 4 vil det undersøkes om den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforholdet kan tjene som rettslig skranke i adgangen. I kapittel 5 vil det drøftes om arbeidstakers skjulte lydopptak av kolleger og arbeidsgiver er et pliktbrudd som kan danne saklig grunn for oppsigelse. Det bemerkes at jeg vil besvare avhandlingens problemstillinger underveis i hvert enkelt kapittel.

³³ Se punkt 3.2.3 om Datatilsynet og Personvernemnda

³⁴ Skoghøy (2018) s. 233, med videre henvisning til HR-2017-2248-A avsnitt 32

2 Straffeloven som rettslig skranke mot å ta skjulte lydopptak

2.1 Innledning

Dette kapitlet vil undersøke om straffeloven kan tjene som rettslig skranke i arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak av kolleger og arbeidsgiver. Den sentrale bestemmelsen hva gjelder skjulte lydopptak er strl. § 205 bokstav a som lyder:

«Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som uberettiget

- a) og ved bruk av teknisk hjelpemiddel hemmelig avlytter eller gjør hemmelig opptak av telefonsamtale eller annen kommunikasjon mellom andre, eller av forhandlinger i lukket møte som han ikke selv deltar i, eller som han uberettiget har skaffet seg tilgang til.»

Bestemmelsen fastsetter forbud mot å ta hemmelige lydopptak av samtaler mellom andre, som man ikke selv deltar i. Bestemmelsen søker å ivareta hensynet til den personlige integritet og privatlivets fred, herunder verne om den private utvekslingen av følelser, tanker og opplysninger som finner sted muntlig.³⁵

For å kunne ilegge straff, må de fire straffbarhetsvilkårene være oppfylt. Det bemerkes at jeg kun vil ta for meg ett av vilkårene i dette kapitlet, herunder om den objektive gjerningsbeskrivelsen i strl. § 205 bokstav a er overtrådt. I det følgende vil det drøftes og belyses i hvilke tilfeller arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen kan komme på kollisjonskurs med strl. § 205 bokstav a.

2.2 Nærmere om innholdet og betydningen av bestemmelsen

Strl. § 205 bokstav a er i det vesentlige en videreføring av den nå opphevede straffeloven 1902³⁶ § 145 a nr. 1 og 2, med noen modifikasjoner.³⁷ Disse vil påpekes underveis i fremstillingen. Av den grunn, vil forarbeidene til strl. 1902 § 145 a nr. 1 og 2 og rettspraksis knyttet til bestemmelsen, fortsatt ha relevans ved tolkningen av strl. § 205 a.

³⁵ Grl. § 102, EMK art. 8, SP art. 17 og Bratholm (1997) Kommentar til straffeloven 1902 § 145 a punkt 1

³⁶ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven 1902 – strl. 1902)

³⁷ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 404

Ordlyden «teknisk hjelpemiddel» tilsier at alle teknologiske gjenstander som kan lagre innholdet i en samtale, slik at denne kan bli gjengitt på et senere tidspunkt, er omfattet. Det kan være smarttelefoner og datamaskiner med taleopptak, båndopptakere eller diktafoner. En slik forståelse støttes i forarbeidene hvor det er uttalt at straffebudet er teknologinøytralt.³⁸ Da bestemmelsen er avgrenset til avlytting som finner sted ved bruk av tekniske hjelpemidler, vil lytting ved dørene uten bruk av slike hjelpemidler, ikke være en straffbar handling etter bestemmelsen.³⁹ En modifikasjon fra forgiengeren – strl. 1902 § 145 a – er at det etter dagens bestemmelse ikke lenger kreves at det tekniske hjelpemidlet er hemmelig.⁴⁰ Det er tilstrekkelig at selve avlyttingen er hemmelig.

Gjerningspersonen må videre hemmelig avlytte eller gjøre opptak av «telefonsamtale eller annen kommunikasjon mellom andre, eller av forhandlinger i lukket møte», jf. ordlyden.

En naturlig forståelse av ordlyden «annen kommunikasjon» tilsier at all kommunikasjon mellom mennesker er omfattet, også kommunikasjon som ikke kommer eksplisitt til uttrykk i bestemmelsen. Det er presisert i forarbeidene at strl. § 205 bokstav a først og fremst retter seg mot «avlytting og opptak av lyd», men at bestemmelsen også vil kunne omfatte «bildeopptak i den grad bildeopptaket i kombinasjon med lydopptaket kan anses som kommunikasjon».⁴¹ Begrunnelsen er at selve videoen kan fange opp kommunikasjon mellom mennesker. Det er etter dette klart at ordlyden «annen kommunikasjon» også omfatter videoopptak, i den utstrekning kombinasjonen av lyd og bilde kan anses som «kommunikasjon». Eksempler på dette kan være bilde- eller lydopptak av digitale møter som avholdes på Teams og Zoom.

Ordlyden «mellom andre» indikerer at straff er betinget av at kommunikasjonen som tas opp, foregår mellom andre.⁴² Vilkåret er ikke oppfylt i de tilfeller hvor en av deltakerne samtykker eller medvirker i at samtalen kan avlyttes av en tredjemann, og heller ikke i de tilfeller hvor en av deltakerne tar feil av en annens identitet.⁴³

Ordlyden «forhandlinger i lukket møte» setter krav til et bestemt innhold i møtet som kun angår de som deltar i møtet. Etter bestemmelsen vil det anses som en straffbar handling

³⁸ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 54

³⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 54

⁴⁰ NOU 2002: 4 Ny straffelov s. 324 og Matningsdal (2015) s. 121

⁴¹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 54 og s. 404

⁴² Matningsdal (2017) Kommentar til straffeloven 2005 § 205 punkt 2.2

⁴³ Matningsdal (2017) Kommentar til straffeloven 2005 § 205 punkt 2.2

dersom en person hemmelig avlytter eller tar opptak av slike møter, som vedkommende selv ikke deltar i eller «som han uberettiget har skaffet seg tilgang til». De typiske handlingene som ofte kan oppfylle det alternative vilkåret om uberettiget adgang, er at gjerningspersonen sniker seg inn eller oppgir feil identitet.⁴⁴

Selv om det alternative vilkåret om uberettiget adgang kan være aktuelt å benytte i noen tilfeller, er det ofte mer nærliggende å benytte det andre alternative vilkåret «som han ikke selv deltar i». Dette vilkåret – om deltakelse – er det sentrale og avgjørende vilkåret for om arbeidstakers skjulte lydopptak er lovlig etter strl. § 205 bokstav a. Det kan oppstå flere situasjoner på arbeidsplassen som kan gjøre det vanskelig å fastslå arbeidstakers deltakelse. Dette og vilkårets nærmere innhold, behandles nedenfor.

2.2.1 Rekkevidden av vilkåret «deltakelse»

I det følgende vil det ses nærmere på hvilken betydning strl. § 205 bokstav a får i ulike situasjoner når arbeidstaker tar skjulte lydopptak av kolleger. Det legges til grunn at gjerningsbeskrivelsen og de øvrige vilkårene er oppfylt, slik at det bare gjenstår å vurdere hvorvidt arbeidstakeren har deltatt i samtalen eller ikke. Tre typetilfeller vil eksemplifiseres nedenfor, hvor vi i eksemplene møter de fiktive arbeidstakerne Anna og hennes kolleger Bengt og Cecilie.

I typetilfelle 1 legger Anna fra seg telefonen sin på pauserommet med taleopptaksfunksjonen slått på. Bengt og Cecilie befinner seg på pauserommet. Det er kun samtalen mellom Bengt og Cecilie som tas opp, og Anna deltar dermed ikke i samtalen.

I typetilfelle 2 har Anna telefonen sin i lommen med taleopptaksfunksjonen på. Anna går deretter bort til Bengt og Cecilie for å innlede en samtale med disse om et betent tema dem imellom. Anna er da delaktig under hele samtalen.

I typetilfelle 3 legger Anna fra seg telefonen sin på pauserommet med taleopptaksfunksjonen slått på. Bengt og Cecilie befinner seg på pauserommet. Anna deltar i samtalen i om lag 20 minutter, før hun deretter forlater pauserommet. Telefonen blir imidlertid liggende med taleopptaksfunksjonen på i 40 minutter til, slik at den påfølgende samtalen mellom Bengt og Cecilie også tas opp.

⁴⁴ Matningsdal (2017) Kommentar til straffeloven 2005 § 205 punkt 2.3

I hvilke typetilfeller vil Annas lydopptak være straffbart etter strl. § 205 bokstav a? Ordlyden «som han ikke selv deltar i» tilsier at det er straffbart å ta hemmelige lydopptak av samtaler man selv ikke deltar i. En antitetisk tolkning av ordlyden tilsier dermed at det ikke er straffbart å ta lydopptak av samtaler man selv deltar i.⁴⁵ Dette innebærer at Annas lydopptak i typetilfelle 1 er ulovlig, mens Annas lydopptak i typetilfelle 2 er lovlig. Hvorvidt det tredje typetilfellet er lovlig eller ulovlig, beror på hvordan ordlyden «deltar» skal forstås.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «deltar» tilsier at man er tilstedeværende i enten fysisk eller digital form og tar del i samtalen eller kommunikasjonen som finner sted. Det må dessuten være tydelig for alle samtalepartene at man er en del av samtalen. En slik fortolkning medfører at man ikke «deltar» i samtalen, hvis man forlater rommet hvor samtalen fant sted og de øvrige samtalepartene har en oppfatning om at man ikke lenger er en del av samtalen. Ettersom vi befinner oss på strafferettens område, bør man dessuten være varsom med å tolke ordlyden i straffebudet for vidt, jf. det strafferettslige legalitetsprinsippet.⁴⁶

Begrunnelsen for at bestemmelsen ikke omfatter de samtalepartene man selv deltar i, er i forarbeidene begrunnet med at:

«(...) dette er et forhold av en annen karakter enn hvor utenforstående bryter seg inn i forholdet mellom to samtalepartene ved avlytting e l. Ved opptak av egen samtale får man ikke gjennom opptaket kjennskap til opplysninger som man ikke har lovlig adgang til. Man sikrer seg bare beviset for hva som er foregått.»⁴⁷

Stavanger tingretts avgjørelse – TSTAV-2019-50592 – kan benyttes som illustrasjonsmateriale for de tilfeller hvor vedkommende som tar lydopptak, forlater rommet etter en stund. Tingretten behandlet spørsmål om gyldigheten av en oppsigelse.⁴⁸ Saken gjaldt en arbeidstaker (A) som ble oppsagt fordi hun hadde tatt lydopptak av to kolleger (B og C) på personalrommet. Da opptaket ble satt på, oppholdt A seg på personalrommet. A oppholdt seg der i ca. 15-30 minutter før hun forlot rommet med en pasient. Det er antatt at opptaket varte i om lag 3 timer. Telefonen lå slik til at alle samtaler på rommet ble tatt opp. A var delaktig i samtalen i ca. 15-30 minutter, og ikke-delaktig i de resterende minuttene av opptaket.

⁴⁵ Rt. 2011 s. 1324 avsnitt 33 og Storeng (2020) s. 632

⁴⁶ Prinsippet er bl.a. knesatt i Grl. § 96, EMK art. 7, SP art. 15 og strl. § 14

⁴⁷ Ot.prp. nr. 55 (1997-1998) s. 62-63

⁴⁸ Se kapittel 4 og 5 for en nærmere redegjørelse av sakens faktiske forhold

Kollegaene la merke til at det ble gjort opptak, og varslet ledelsen om hendelsen. Ledelsen anmeldte forholdet til politiet som brudd på strl. § 205 bokstav a og helsepersonelloven § 67, jf. § 21a, men saken ble senere henlagt på grunn av bevisets stilling. A hadde slettet opptaket i strid med tydelig instruks fra arbeidsgiver.

Retten uttalte at politiets henleggelse av straffesaken var uten betydning for den sivile saken, ettersom både beviskravet og skyldkravet ville være et annet. Videre fremholdt retten at det sentrale var at et slikt lydopptak blant annet representerte brudd på bestemmelser som var nevnt i anmeldelsen, dersom det «strafferettslige beviskrav hadde vært oppfylt». Flertallet fant at oppsigelsen var gyldig. I flertallets begrunnelse ble det uttalt at lydopptaket var et «klart brudd på arbeidstakers plikt til å følge helsepersonell lovens bestemmelser (...) og straffelovens forbud mot opptak av samtaler hvor en selv ikke deltar». Dette kan tyde på at retten likestilte det å være delvis til stede i samtalen, med å ikke være til stede i det hele tatt.

Dersom bestemmelsen skal forstås slik at det er mulig å unngå straffansvar ved å starte lydopptaket mens en selv oppholder seg i rommet, for deretter å forlate rommet, vil ikke bestemmelsen omfatte det den er ment. Som det fremgår av forarbeidene, er bestemmelsen ment å omfatte de situasjoner hvor vedkommende som tar opptak, får kjennskap til opplysninger vedkommende ikke har lovlig adgang til. Når Anna forlater rommet i typetilfelle 3, vil hun ved lydopptaket få kjennskap til opplysninger hun ikke har lovlig adgang til. Bestemmelsens formål, rimelighetshensyn, ordlyden sammenholdt med det strafferettslige legalitetsprinsippet samt underrettspraksis taler for at man er over i straffbar avlytting, dersom vedkommende som tar lydopptaket forlater rommet. I slike tilfeller kan ikke vedkommende lenger anses for å delta i samtalen.

Det er dermed nærliggende å konkludere med at Annas lydopptak i typetilfelle 3 er ulovlig.

2.2.2 Diskusjon om utvidet kriminalisering

På bakgrunn av alle de betenkeligheter lydopptak medfører, har det ved flere anledninger blitt vurdert hvorvidt det er behov for en lovendring, slik at lydopptak av «egne» samtaler også vil være gjenstand for strafferettslig forfølgning.⁴⁹

⁴⁹ Se punkt 1.3.1 om betenkelighetene ved skjulte lydopptak

I 1990 sendte Justisdepartementet et lovforslag – om endringer av strl. 1902 § 145 a – på høring. Etter en omfattende drøftelse for og mot en slik utvidet kriminalisering, la departementet til grunn at slike tilfeller ikke bør ilegges strafferettslige sanksjoner.⁵⁰ Dette ble begrunnet med at man i visse tilfeller kan ha et sterkt praktisk behov for å ta skjulte lydopptak og at lydopptak er et mer pålitelig verktøy enn en notatblokk, spesielt i forbindelse med bevissikring og etterforskning.⁵¹ Andre argumenter mot et opptaksforbud var avgrensingsproblematikken dette ville medført og at et slikt forbud ville forårsaket betydelige håndhevingsproblemer.⁵²

Utvidet kriminalisering ble også vurdert ved forberedelsen av strl. § 205. Departementet fastholdt imidlertid sin konklusjon om at lydopptak av «egne» samtaler ikke burde strafflegges.⁵³

2.3 Konklusjon og oppsummering

Fremstillingen ovenfor viser at strl. § 205 bokstav a kan tjene som rettslig skranke i arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak av kolleger og arbeidsgiver på arbeidsplassen. Forutsetningen for at bestemmelsen kan tjene som skranke, er imidlertid at arbeidstakeren som tar opptaket, ikke selv deltar i samtalen som tas opp. Bestemmelsen vil dermed ikke tjene som rettslig skranke dersom arbeidstakeren selv deltar i samtalen som tas opp.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 56 (1989-1990) s. 27 og s. 29

⁵¹ Ot.prp. nr. 56 (1989-1990) s. 26-27

⁵² Slik dette ble fremholdt i Ot.prp. nr. 56 (1989-1990) s. 29 og senere gjengitt i Ot.prp. nr. 55 (1997-1998) s. 63

⁵³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 54

3 Personopplysningsloven og GDPR som rettslig skranke mot å ta skjulte lydopptak

3.1 Innledning

Dette kapitlet vil undersøke om personopplysningsloven⁵⁴ og GDPR⁵⁵ kan tjene som rettslig skranke i arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen.

For at loven og forordningen skal kunne tjene som rettslig skranke, må forholdet kunne henføres under regelsettenes saklige virkeområde.⁵⁶ Et sentralt spørsmål er derfor om loven og forordningen gjelder for arbeidstaker som tar skjulte lydopptak på arbeidsplassen. Jeg vil følgelig først vurdere om vilkårene er oppfylt og dernest vurdere om noen unntak gjør seg gjeldende, herunder et unntak som i det følgende vil bli omtalt som «privatlivsunntaket».⁵⁷

Dersom arbeidstakers lydopptak faller inn under regelsettenes saklige virkeområde, oppstår spørsmålet om grunnkravene til lovlig behandling er oppfylt. All den tid det ikke eksisterer regler som eksplisitt regulerer lydopptak, er det alminnelig antatt at slike opptak må skje i overensstemmelse med de generelle reglene som oppstilles i loven og forordningen.⁵⁸

Kort fortalt er hovedregelen om lydopptak at det skal informeres om opptaket, det må innhentes samtykke eller foreligge annen hjemmel for behandling og vedkommende som tar opptak må ha et legitimt formål med behandlingen.⁵⁹ Dersom ett eller flere av kravene ikke er oppfylt, vil arbeidstakers lydopptak være i strid med loven og forordningen. Ulovlig behandling kan medføre en rekke ulike konsekvenser for vedkommende som tar opptaket.⁶⁰

Før jeg går inn på dette vil jeg først si noe om forholdet mellom personopplysningsloven og GDPR, formålet med personopplysningsvern samt foreta en begrepsavklaring av personvern, personopplysningsvern og de sentrale aktørene.

⁵⁴ Heretter også omtalt som loven og pol.

⁵⁵ Heretter også omtalt som forordningen, EUs personvernforordning, personvernforordningen

⁵⁶ Pol. § 2 første og annet ledd og GDPR art. 2 nr. 1 og nr. 2

⁵⁷ HR-2021-966-A betegner unntaket som «husstandsunnntaket»/ «the household exemption» i avsnitt 32

⁵⁸ Datatilsynet (2020), <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/overvaking-og-sporing/lydopptak/>, Punkt 1. Innledning

⁵⁹ Se punkt 3.4 om grunnkrav til lovlig behandling

⁶⁰ Se punkt 3.5 om konsekvensene av ulovlig behandling

3.2 Noen utgangspunkter

3.2.1 Forholdet mellom personopplysningsloven og GDPR

Det følger av pol. § 1 at EUs personvernforordning gjelder som norsk lov. Videre fastslår pol. § 2 fjerde ledd at forordningen, i tilfelle konflikt, går foran bestemmelser i annen lov som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 2.⁶¹ Forordningens bestemmelser gjelder «ord for ord» i alle EU/EØS-land, og skal derfor i utgangspunktet tolkes og praktiseres likt i alle land.⁶² Det er forordningen som hovedsakelig regulerer personopplysningsvernet i norsk rett, mens vernet suppleres av enkelte særnorske regler i personopplysningsloven.

Formålet med forordningen er å sikre vern av fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter, særlig deres rett til vern av egne personopplysninger og rett til vern i forbindelse med behandling av slike personopplysninger, jf. GDPR art. 1 nr. 1 og 2 samt GDPR fortalepunkt 2.

3.2.2 Personvern og personopplysningsvern

Personvern er et særnorsk begrep som ikke har noen klar parallell i andre lands rett eller internasjonal rett.⁶³ Personvernkommissjonen har definert «personvern» slik:

«Personvern dreier seg om ivaretagelse av personlig integritet; ivaretagelse av enkeltindividers mulighet for privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse.»⁶⁴

Det er mange ulike hensyn som begrunner beskyttelse av personvernet, herunder hensynet til autonomi og selvbestemmelse, integritet samt vern av privatlivets fred. Personopplysningsloven og personvernforordningen regulerer «personopplysningsvern» som anses for å være en underkategori av personvern.⁶⁵ Personvernkommissjonen fremholder på samme side at personopplysningsvern «(...) dreier seg om regler og standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål». Videre uttales det at et tilfredsstillende personopplysningsvern ofte vil være en forutsetning for et godt personvern og omvendt, og at rettighetene på den måten henger nært sammen.⁶⁶ Dette innebærer at andre

⁶¹ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

⁶² Schartum (2020) s. 17

⁶³ NOU 2019: 10 s. 38

⁶⁴ NOU 2009: 1 s. 32

⁶⁵ NOU 2009: 1 s. 32

⁶⁶ NOU 2009: 1 s. 32

del av personvernet enn personopplysningsvern, handler om personvern og privatliv for øvrig.⁶⁷

Kort oppsummert er personvern en menneskerettighet som både omfatter retten til privatliv og retten til å ha kunnskap om hvordan egne personopplysninger brukes og å kunne bestemme over dette.⁶⁸ Selv om personvern er en menneskerett, er det viktig å ha i mente at hensynet til personvern alltid må veies mot andre tungtveiende samfunnsmessige hensyn som for eksempel ønsket om åpenhet, sikkerhet, effektivitet og kriminalitetsbekjempelse.⁶⁹

3.2.3 Hovedaktørene

De tre sentrale aktørene i forordningen er den registrerte, den behandlingsansvarlige og tilsynsmyndigheten. Med «den registrerte» siktes det til den som har krav på å få personopplysninger om seg selv beskyttet.⁷⁰ Forordningen verner enhver personopplysning som kan bidra til å identifisere en fysisk person, herunder den eller de registrerte.⁷¹ Med «den behandlingsansvarlige» siktes det til «en fysisk eller juridisk person (...) som alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke midler som skal benyttes».⁷² Det er den behandlingsansvarlige som behandler personopplysninger om den eller de registrerte. Hva som nærmere menes med «behandling» og «personopplysninger» vil redegjøres for nedenfor.

Mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige er det et nært samspill. Den behandlingsansvarlige har en rekke plikter etter personvernregelverket, mens den registrerte på sin side er innehaver av en rekke rettigheter.⁷³ De rettigheter og plikter som er sentrale for å besvare avhandlingens problemstillinger, vil behandles nedenfor. Av hensyn til oppgavens omfang er det ikke mulig å gå i dybden på alle.

Tilsynsmyndigheten i Norge – i personvernforordningens forstand – er Datatilsynet.⁷⁴ Det følger av pol. § 20 første ledd at Datatilsynet er et uavhengig forvaltningsorgan administrativt underordnet Kongen og Kommunal- og moderniseringsdepartementet som verken kan

⁶⁷ Se f.eks. GrL. § 102, EMK art. 8, SP art. 17, strl. §§ 266 og 267 om vernet av privatlivets fred og punkt 1.3.2

⁶⁸ Jarbekk (2019) s. 27

⁶⁹ GDPR fortalepunkt 4 og Kjølås (2010) s. 21

⁷⁰ GDPR art. 4 nr. 1 og Schartum (2020) s. 18

⁷¹ GDPR fortalepunkt 14 og 26

⁷² GDPR art. 4 nr. 7

⁷³ NOU 2009: 1 s. 62

⁷⁴ GDPR art. 51

instrueres om behandlingen av enkeltsaker eller om den faglige virksomheten for øvrig. Datatilsynets hovedoppgave er å føre kontroll og tilsyn med overholdelsen av personvernregelverket, slik at personvernet til enkeltindivider ikke krenkes gjennom bruk av personopplysninger som kan knyttes til disse. Tilsynsmyndigheten treffer enkeltvedtak i saker hvor det er uenigheter mellom de ulike aktørene. Dersom slike vedtak påklages, vil Personvernemnda være klageinstans.⁷⁵ Rettslig prøving kan videre skje ved domstolene.

3.3 Gjelder loven og forordningen for arbeidstaker som tar skjulte lydopptak?

Det sentrale spørsmålet er hvorvidt arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen faller inn under personopplysningslovens og forordningens saklige virkeområde. Pol. § 2 angir lovens anvendelsesområde. Pol. § 2 første ledd første punktum tilsvarer GDPR art. 2 nr. 1 og skal tolkes likt som denne.⁷⁶ Pol. § 2 første ledd lyder følgende:

«Loven og forordningen gjelder ved helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger og ved ikke-automatisert behandling av personopplysninger som inngår i eller skal inngå i et register. Loven og personvernforordningen gjelder ikke når annet er bestemt i eller med hjemmel i lov.»

Det er tre vilkår som må være oppfylt for at loven og forordningen skal komme til anvendelse. For det første må det være tale om «personopplysninger». For det andre må det dreie seg om «behandling» av personopplysninger. Endelig er det et krav om at behandlingen er enten «helt eller delvis automatisert» eller at personopplysningene «inngår i eller skal inngå i et register». I det følgende vil det drøftes om vilkårene er oppfylt. Dernest vil det vurderes om noen unntak gjør seg gjeldende, herunder privatlivsunntaket.

3.3.1 Er lydopptak «personopplysninger»?

I GDPR art. 4 nr. 1 er personopplysninger definert som «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person («den registrerte»)). Ordlyden tilsier at enhver opplysning som kan knyttes til en bestemt person, er en personopplysning.⁷⁷ Av forarbeidene kan det utledes at «(...) lydopptak av gjenkjennelige enkeltpersoner anses for å være en

⁷⁵ Pol. § 22

⁷⁶ Prop. 56 LS (2017-2018) s. 210

⁷⁷ F.eks. navn, adresse, telefonnummer, fødselsnummer og fingeravtrykk

personopplysning etter personopplysningsloven».⁷⁸ I sak C-434/16 *Nowak* uttalte EU-domstolen at begrepet «personopplysninger» er et vidt begrep.⁷⁹ At personopplysninger kan komme til uttrykk på mange ulike måter, blant annet i form av lyd, video og skrift, fremholdes også i teorien.⁸⁰ Forutsatt at arbeidstakers lydopptak gjør det mulig å identifisere enkeltindivider, herunder arbeidsgiver eller kolleger, vil lydopptaket anses for å være en personopplysning. Vilkåret er dermed oppfylt.

3.3.2 Er lydopptak «behandling» av personopplysninger?

Det følger av GDPR art. 4 nr. 2 at det med «behandling» menes «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger, enten automatisert eller ikke». Som eksempler nevnes blant annet innsamling, registrering, lagring, gjenfinning, bruk og sletting. Høyesterett fremholder i HR-2021-966-A at definisjonen «behandling» nærmest omfatter enhver befatning med personopplysninger, og at *videoopptak* av en person og videre bruk av filmen er en behandling, jf. avsnitt 30. Kjølaas hevder at opptak av personopplysninger «ved lydfesting» i mange tilfeller vil representere en behandling av personopplysninger.⁸¹

Lydopptak av samtaler innebærer registrering, innsamling og lagring av personopplysninger. Dette er å regne som operasjoner etter forordningen, slik at lydopptaket er å anse som «behandling» av personopplysninger. Vilkåret er oppfylt.

3.3.3 Er lydopptak «helt eller delvis automatisert behandling»?

Videre er det et krav om at behandlingen enten er «helt eller delvis automatisert» eller at personopplysningene «inngår i eller skal inngå i et register». Loven skiller her mellom automatisert og manuell behandling av personopplysninger, jf. ordlyden «ikke-automatisert». Forordningen er teknologinøytral som innebærer at den kommer til anvendelse uavhengig av hvilken teknikk eller teknologi som benyttes ved behandlingen av personopplysningene.⁸²

I det følgende vil det vurderes om arbeidstakers lydopptak er å anse som «helt eller delvis automatisert behandling». Hva som ligger i begrepet «automatisert» er verken definert i loven eller forordningen. Ordlyden «automatisert behandling» tilsier at behandlingen skjer uten direkte menneskelig medvirkning, og i mangel av menneskelig behandling, er det trolig

⁷⁸ NOU 2019: 10 s. 26 og s. 49

⁷⁹ *Peter Nowak [C5] C-434/16* avsnitt 34

⁸⁰ Schartum (2020) s. 48

⁸¹ Kjølås (2010) s. 179-180

⁸² GDPR fortalepunkt 15

digital teknologi som forestår behandlingen.⁸³ Av forarbeidene kan det utledes at begrepet «(...) er forstått å favne vidt slik at det i alle fall inkluderer all behandling ved bruk av informasjonsteknologi».⁸⁴

Personopplysningsloven av 2000 § 3 første ledd bokstav a benyttet ordlyden «behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler».⁸⁵ Ordlyden er endret fra «elektroniske hjelpemidler» til «automatisert behandling» i någjeldende lov. Til tross for ulik ordlyd, er det antatt at virkeområdet etter någjeldende lov og GDPR, er sammenfallende med anvendelsesområdet for personopplysningsloven av 2000.⁸⁶

Det er beskjedent med praksis på området i relasjon til hva som er «automatisert behandling» og hvorvidt lydopptak er å regne som slik behandling. Ettersom virkeområdet i ny og gammel lov er antatt å være sammenfallende, vil også praksis i tilknytning til personopplysningsloven av 2000 § 3 første ledd være av en viss relevans for tolkningen av «automatisert behandling». Det finnes to eldre klagesaker fra Personvernemnda (heretter nemnda) som omhandler tolkning av lovens saklige virkeområde og som kan gi veiledning for spørsmålet om lydopptak kan anses som automatisert behandling. I mangel av holdepunkter i øvrige rettskilder, vil forvaltningspraksisen benyttes som illustrasjonsmateriale.⁸⁷

I klagesak PVN-2005-1 vurderte Personvernemnda en klage på Datatilsynets avvisning om å pålegge et advokatfirma å slette lydbåndopptak. Lydopptaket ble foretatt av advokatfirmaet på vegne av klient, uten å informere motparten om opptaket. Klageren krevde at opptakene skulle slettes. Det ble brukt en vanlig borddiktafon som ikke var tilknyttet en telefon og opptakene ble lagret på fem kassetter og de var merket med klagers navn.

Personvernemnda vurderte først om lydopptakene representerte et personregister. Under henvisning til bl.a. Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen), besvarte nemnda dette avkrefte.⁸⁸ Lydopptakene falt derfor ikke inn under lovens saklige virkeområde etter personopplysningsloven av 2000 § 3 første ledd bokstav b. Nemnda tok dernest stilling til hvorvidt lydopptakene likevel var omfattet av loven fordi det dreide seg om «behandling av

⁸³ Schartum (2020) s. 50

⁸⁴ NOU 2019: 10 s. 49

⁸⁵ Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

⁸⁶ Skullerud (2019) Kommentar til personvernforordningen artikkel 2

⁸⁷ Se punkt 1.5.3 om den rettskildemessige vekten til forvaltningspraksis

⁸⁸ Se PVN-2005-1 punkt 6.2

personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler», jf. personopplysningsloven av 2000 § 3 første ledd bokstav a.

Personvernemnda startet med å finne kriterier for når opptaksutstyr for lyd kunne karakteriseres som «elektroniske hjelpemidler». Etter en gjennomgang av forarbeidene, uttalte nemnda at gjenfinningskriteriet også kunne brukes for å bestemme når man har å gjøre med «elektroniske hjelpemidler». Gjenfinningskriteriet er i utgangspunktet avgjørende for hvorvidt det etter lovens § 3 første ledd bokstav b foreligger et personregister, uavhengig av om registeret føres med elektroniske hjelpemidler eller ikke. Ønsket om å utvide lovens saklige virkeområde i forhold til den tidligere personregisterloven, sammenholdt med de internasjonale instrumentene, kunne imidlertid begrunne en videre tolkning av kriteriet.

Dernest ble det foretatt en tolkning av bestemmelser i andre lands rett, herunder finsk, svensk og tysk rett. Disse landene bygde i hovedsak på et annet kriterium enn gjenfinningskriteriet, nemlig om det ble benyttet «automatiske system» som tilsvarte personverndirektivets engelske ordlyd «by automatic means». Ved en slik tolkning, uttalte nemnda at «man legger avgjørende vekt på om behandlingen skjer automatisk, uten intervensjon av mennesker».⁸⁹ Etter dette konkluderte nemnda med følgende:

«På denne bakgrunn er Personvernemnda kommet til at *når lydopptak startes og stanses manuelt*, kan dette ikke anses å ha skjedd med «elektroniske hjelpemidler» selv om opptakeren teknisk sett må karakteriseres som elektronisk, og uansett om opptaket er digitalt eller analogt.»⁹⁰ (min kursivering)

Lydopptakene falt dermed utenfor det saklige virkeområde etter § 3 første ledd bokstav a, slik at nemnda ikke hadde hjemmel til å pålegge sletting av lydbåndopptaket.

I klagesak PVN-2013-20 vurderte Personvernemnda en klage på flere pålegg, som var gitt av Datatilsynet til en virksomhet – Teletopia Gruppen AS – etter en stedlig kontroll. Tilsynet hadde blant annet gitt pålegg om sletting av lagrede skjulte lydopptak, med mindre behandlingen av personopplysningene kunne henføres under et gyldig behandlingsgrunnlag. I den anledning kom nemnda med noen uttalelser om klagesaken fra 2005, lydopptak og lovens virkeområde. Lydopptakene ble også i denne saken tatt ved bruk av diktafon, som ble startet

⁸⁹ PVN-2005-1 punkt 6.3

⁹⁰ PVN-2005-1 punkt 6.3

og stanset manuelt og som ble lagret på minnekort merket med dato. Nemndas flertall viste til PVN-2005-1 og uttalte at slike opptak i utgangspunktet faller utenfor personopplysningslovens saklige virkeområde. Flertallet fremholdt dernest at det ikke var påkrevd for nemnda å ta stilling til om opptaksutstyret i denne saken var «elektronisk» etter lovens § 3, fordi det under enhver omstendighet forelå lovlig behandlingsgrunnlag etter lovens § 8 bokstav f.⁹¹

Nemnda fant dermed at manuelle lydopptak skulle vurderes opp mot personopplysningslovens § 8 bokstav f, og Teletopias klage ble tatt til følge. På dette punkt var det dissens. Mindretallet fremhevet klagesaken fra 2005 og uttalte at rettstilstanden ikke var endret siden 2005. En slik utvidelse av lovens virkeområde fremsto som uhensiktsmessig fordi det neppe ville være praktisk mulig for tilsynsmyndighetene å overprøve hjemmelsgrunnlaget for lydopptak som tas med ulike typer av opptaksutstyr, herunder blant annet opptaksmuligheten med smarttelefon. Mindretallet uttalte dernest:

«Å insistere på at dette reguleres av personopplysningsloven åpner for en vilkårlig rettshåndhevelse der alle som benytter seg av utstyrets opptaksmulighet kan være potensielle lovbrøyttere, og som det derfor er skapt hjemmel for myndigheter å gripe inn overfor.»⁹²

Mindretallet sluttet seg ikke til vedtaket om at manuelle lydopptak skulle vurderes opp mot lovens § 8 bokstav f, men holdt fast ved nemndas tidligere vedtak fra 2005 og begrunnelsen bak dette. Mindretallet fant dermed at lydopptakene i saken, ikke var omfattet av personopplysningsloven av 2000.

I teorien fremholdes det at vilkåret om «automatisert» behandling er oppfylt når:

«behandling skjer ved bruk av ulike former for informasjonsteknologi, hvor funksjoner for søk og sammenstilling gjør det mulig å gjenfinne personopplysninger, også i informasjonsmengder som ikke er systematisert. Hva begrepet er ment å omfatte ut over dette, er uklart. I praksis vil imidlertid de aller fleste behandlingene falle inn under forordningens virkeområde, idet de skjer helt eller delvis ved bruk av informasjonsteknologi.»⁹³

⁹¹ PVN-2013-20 punkt 6

⁹² PVN-2013-20 punkt 6

⁹³ Skullerud (2019) Kommentar til personvernforordningen artikkel 2

Dette innebærer at all behandling ved bruk av informasjonsteknologi, omfattes av begrepet «automatisert behandling». Informasjonsteknologi er teknologi der informasjon bearbeides, lagres og formidles som tekst, bilder eller lyd i digital form.⁹⁴ Det kan være uklart hva som menes med «delvis» automatisert behandling. Schartum har uttalt at selv om det kun er en liten del av det samlede behandlingsopplegget som er automatisert, som for eksempel tilfeller hvor det blir utført minst én type automatisert operasjon som innsamling eller lagring, så vil hele behandlingen være undergitt personvernreglene i loven og forordningen.⁹⁵

Et særlig hensyn som begrunner at virkeområdet bør tolkes vidt, er hensynet til den eller de registrertes vern av sine personopplysninger. Dersom det finnes digitaliserte opplysninger, vil disse kunne brukes videre på en rekke måter som potensielt kan krenke enkeltindividers personopplysningsvern.⁹⁶ Dette tilsier at personopplysninger i digital form bør omfattes av lovens og forordningens virkeområde, herunder «automatisert behandling».

På den ene siden trekker forvaltningspraksis fra 2005 og mindretallets uttalelser i forvaltningspraksis fra 2013 i retning av at lydopptak ikke omfattes av alternativet «helt eller delvis automatisert behandling» fordi slike opptak som oftest startes og stanses manuelt.

På den annen side trekker de øvrige rettskildene i motsatt retning, herunder ordlyden, forarbeidene, forvaltningspraksis fra 2013 og juridisk teori. Klagesaken fra 2005 må trolig forstås snevert i dag, all den tid vedtaket er over 16 år gammelt og lydopptaket ble tatt ved bruk av en borddiktakon som ikke var tilknyttet en telefon. Det har funnet sted en omfattende teknologisk utvikling siden 2005. Dette tilsier at nemndas vedtak fra 2005 har lav til ingen rettskildemessig vekt.⁹⁷ I tilfeller hvor lydopptak tas med smarttelefon må det klart anses som automatisert behandling, da det er tale om behandling av personopplysninger ved bruk av informasjonsteknologi. Til tross for at opptaket startes og stanses «manuelt» av mennesker, vil lagringen i seg selv være automatisert. Lagring anses som «behandling», jf. punkt 3.3.2. Som teorien viser er det tilstrekkelig at behandlingen er «delvis» automatisert, for at vilkåret om automatisert behandling er oppfylt.

⁹⁴ Rossen (2019), <https://snl.no/IT>

⁹⁵ Schartum (2020) s. 50

⁹⁶ Schartum (2020) s. 51

⁹⁷ Se punkt 1.5.3 om den rettskildemessige vekten av forvaltningspraksis

Lydopptak er dermed «helt eller delvis automatisert behandling» av personopplysninger, slik at det tredje vilkåret i pol. § 2 første ledd også er oppfylt.

Det kan også reises spørsmål om lydopptak kan utgjøre et personregister. Det kan tenkes tilfeller hvor lydopptak er lagret på ulike lagringsmedier og merket på en slik måte, at det kan sies å utgjøre et personregister.⁹⁸ Dette vil imidlertid ikke behandles nærmere, da alternativet om helt eller delvis automatisert behandling er oppfylt og av hensyn til avhandlingen omfang.

Ettersom alle tre vilkår er oppfylt, tilsier det isolert sett at arbeidstakers lydopptak faller inn under lovens og forordningens saklige virkeområde. Det må imidlertid først vurderes om noen av unntakene fra virkeområdet gjør seg gjeldende. Dersom unntak kommer til anvendelse, vil behandlingen av personopplysningene ikke omfattes av personopplysningsloven og personvernforordningen. Dette drøftes i punktet under.

3.3.4 Unntak fra virkeområdet?

Det er oppstilt to unntak fra personopplysningslovens anvendelsesområde i pol. § 2 annet ledd. I GDPR art. 2 nr. 2 er det oppstilt fire unntak. Det fremholdes i forarbeidene at unntakene som er oppstilt i loven, går foran unntakene i forordningen.⁹⁹ Følgen av dette er at unntakene i forordningen ikke får selvstendig betydning, fordi unntak i tråd med artikkel 2 nr. 2 må fastsettes i eller med hjemmel i lov, jf. pol. § 2 første ledd annet punktum.

Før det kan konstateres at loven og forordningen kommer til anvendelse, må det vurderes om arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen omfattes av unntakene i loven. Pol. § 2 annet ledd lyder som følger:

«Loven og personvernforordningen gjelder ikke

- a) ved behandling av personopplysninger som utføres av en fysisk person som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter.»
- b) for saker som behandles eller avgjøres i medhold av rettspleielovene (domstolloven, straffeprosessloven, tvisteloven og tvangsfullbyrdelsesloven mv.)»

Det er særlig «privatlivsunnntaket» i pol. § 2 annet ledd bokstav a som er av interesse. Det avgrenses dermed mot å behandle unntaket i pol. § 2 annet ledd bokstav b. I forarbeidene

⁹⁸ Schartum (2020) s. 53

⁹⁹ Prop. 56 LS (2017-2018) s. 210

fremgår det at det tilsvarende unntaket i GDPR art. 2 nr. 2 bokstav c likevel skal gjelde, selv om unntakene i loven går foran unntakene i forordningen.¹⁰⁰ GDPR art. 2 nr. 2 bokstav c fastslår at forordningen ikke får anvendelse på behandling av personopplysninger som utføres «av en fysisk person i rent personlige eller familiemessige aktiviteter».

Unntaket innebærer en begrensning i lovens og forordningens saklige virkeområde, i form av at reglene ikke gjelder for behandling av personopplysninger til private formål, herunder som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter.¹⁰¹ Begrunnelsen for unntaket er at «behandlingsregler som åpner for kontroll med hvordan man behandler opplysninger som privatperson i personlige forhold, vil fremstå som et uønsket inngrep i den enkeltes privatliv» og at privat informasjonsbehandling «normalt vil ha beskjedne personvernkonsekvenser».¹⁰²

I utgangspunktet er arbeidsplassen et sted for «yrkesutøvelse», og dermed ikke et sted for rent personlige eller familiemessige aktiviteter.¹⁰³ Yrkesutøvelse skjer normalt innenfor alminnelig arbeidstid. Spørsmålet som aktualiserer seg, er om arbeidstakers skjulte lydopptak av kolleger og arbeidsgiver i noen tilfeller kan anses som en rent personlig eller familiemessig aktivitet, selv om lydopptaket finner sted på arbeidsplassen. Dersom privatlivsunntaket kommer til anvendelse, vil arbeidstakers lydopptak falle utenfor regelverket og slik at loven og forordningen ikke utgjør en rettslig skranke i arbeidstakers adgang til å ta lydopptak.

Det er på det rene at arbeidstakeren som behandler personopplysningene er en «fysisk person», slik ordlyden krever. Tvilen knytter seg imidlertid til hva som ligger i «rent personlige eller familiemessige aktiviteter» og om slike aktiviteter kan forekomme på arbeidsplassen. En naturlig forståelse av ordlyden «rent personlige eller familiemessige aktiviteter» tilsier at det kun er behandling av personopplysninger til private formål som omfattes. Av forarbeidene kan det utledes at unntaket må forstås «relativt snevert» og at et personlig formål ikke i seg selv er avgjørende, men at det er selve aktiviteten som behandlingen inngår i, som må være av personlig karakter.¹⁰⁴

Av GDPR fortalepunkt 18 kan det utledes at privatlivsunntaket ikke kommer til anvendelse på aktiviteter som er «(...) knyttet til en yrkes- eller forretningsvirksomhet». I samme

¹⁰⁰ Prop. 56 LS (2017-2018) s. 25

¹⁰¹ GDPR fortalepunkt 18

¹⁰² Kjølås (2010) s. 55

¹⁰³ Datatilsynet (2020), Punkt 6. Spesielt om lydopptak i arbeidslivet

¹⁰⁴ NOU 2019: 10 s. 50

fortalepunkt uttales det at kjerneområdet for privatlivsunntaket er den enkeltes korrespondanse, føring av adresselister, aktiviteter på sosiale nettverk eller aktiviteter på internett. Dette er imidlertid bare eksempler på aktiviteter som omfattes av unntaket.

Privatlivsunntaket er hovedsakelig en videreføring av personverndirektivets¹⁰⁵ artikkel 3 nr. 2 andre alternativ, slik at praksis i tilknytning til artikkelen fortsatt er relevant å se hen til.¹⁰⁶ I sak C-101/01 *Lindqvist* uttalte EU-domstolen at unntaket må tolkes dithen at det kun relaterer seg til «activities which are carried out in the course of private or family life of individuals (...)».¹⁰⁷ Saken omhandlet Bodil Lindqvist som hadde offentliggjort personopplysninger om 18 kollegaer på en egen hjemmeside, uten å ha opplyst eller innhentet samtykke fra kollegaene. EU-domstolen fant at behandlingen ikke var omfattet av privatlivsunntaket, slik at det nå opphevede personverndirektivet kom til anvendelse på forholdet.

I sak C-212/13 *Ryneš* var også privatlivsunntaket i direktivet gjenstand for tolkning. Saken gjaldt en huseier som satt opp kameraovervåkning i hagen sin, hvor offentlige områder også ble fanget opp på film. Domstolen uttalte i avsnitt 29 at unntaket skal undergis en streng fortolkning. En slik fortolkning ble begrunnet i hensynet og formålene bak personvernreglene som var å beskytte grunnleggende rettigheter og i ordlyden «rent».¹⁰⁸ EU-domstolen uttalte:

«To the extent that video surveillance such as that at issue in the main proceedings covers, even partially, a public space and is accordingly directed outwards from the private setting of the person processing the data in that manner, it cannot be regarded as an activity which is a purely ‘personal or household’ activity for the purposes of the second indent of Article 3(2) of Directive 95/46».¹⁰⁹

Ettersom kameraovervåkningen også filmet deler av offentlige områder, der personer som gikk forbi risikerte å komme med på opptaket, konkluderte EU-domstolen med at overvåkningen ikke var å regne som en rent personlig eller familiemessig aktivitet.

¹⁰⁵ Europaparlamentets- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger. [Personverndirektivet 1995]

¹⁰⁶ NOU 2019: 10 s. 49 og HR-2021-966-A avsnitt 33

¹⁰⁷ *Bodil Lindqvist [C5] C-101/01*, avsnitt 47

¹⁰⁸ *František Ryneš [C5] C-212/13*, avsnitt 27 til 30

¹⁰⁹ *František Ryneš [C5] C-212/13*, avsnitt 33

Datatilsynet har, som nevnt ovenfor, uttalt at arbeidsplassen «i utgangspunktet» er et sted for yrkesutøvelse. Det er således aktiviteten «yrkesutøvelse» som finner sted på arbeidsplassen, og ikke rent personlige eller familiemessige aktiviteter. Datatilsynet har imidlertid også uttalt at lydopptak som utføres av arbeidstakere, i enkelte tilfeller, vil falle utenfor regelverket såfremt situasjonen er av rent personlig art for arbeidstakeren.¹¹⁰ At situasjonen er av «rent personlig art» betyr at den har stor betydning for arbeidstakeren som privatperson og ikke som arbeidstaker, og at det dreier seg om tilfeller som er avgjørende for vedkommendes personlige integritet og verdighet.

Datatilsynet eksemplifiserer dette med at en arbeidstaker som fyller år, samler kollegaene i kantina på arbeidsplassen for å feire og spise kake. Jubilanten tar så lydopptak av kollegaene når de synger bursdagssang til vedkommende. Datatilsynet er av den oppfatning at dette vil være knyttet til vedkommendes rolle som privatperson selv om det skjer på arbeidsplassen, og at unntaket trolig kommer til anvendelse på tilfellet.

Datatilsynet kommer videre med eksempler på ulike situasjoner som «kan» anses som rent personlige aktiviteter og dermed falle inn under unntaket, herunder «gjentatte tilfeller av» trakassering, mobbing og trusler. Datatilsynet benytter følgende eksempel på dette:

«En arbeidstaker blir mobbet og trakassert av sin arbeidsgiver og ønsker å dokumentere dette gjennom lydopptak for å kunne følge det opp.»¹¹¹

Videre er Datatilsynet av den oppfatning at dette eksemplet ikke omfattes av unntaket:

«En arbeidsgiver innkaller arbeidstakeren til en samtale. Arbeidstakeren ønsker å ta skjult lydopptak av møtet. Arbeidstakeren har hatt et ryddig og profesjonelt forhold til sin arbeidsgiver, og ingen indikasjoner på at arbeidsgiver vil oppføre seg kritikkverdig i møte.»¹¹²

Schartum har uttalt at dersom man «behandler personopplysninger privat med tanke på at det kan være nyttig i f.eks. jobb- eller foreningsammenheng, er ikke dette unntatt».¹¹³ I teorien fremholdes det videre at jo svakere tilknytningen er mellom den behandlingsansvarlige og den

¹¹⁰ Datatilsynet (2020), Punkt 6. Spesielt om lydopptak i arbeidslivet

¹¹¹ Datatilsynet (2020), Punkt 6. Spesielt om lydopptak i arbeidslivet

¹¹² Datatilsynet (2020), Punkt 6. Spesielt om lydopptak i arbeidslivet

¹¹³ Schartum (2020) s. 53

registrerte, desto vanskeligere vil det være å argumentere for at behandlingsaktiviteten er rent personlig eller familiemessig.¹¹⁴

På den ene siden trekker Datatilsynets uttalelser i retning av at privatlivsunntaket kan komme til anvendelse i enkelte situasjoner som finner sted på arbeidsplassen, såfremt situasjonen er av rent personlig art for arbeidstakeren. Datatilsynet legger vekt på hvilken kontekst lydopptaket tas i og formålet med opptaket. Som eksempel på situasjoner som vil være av rent personlig art for arbeidstaker, nevnes gjentatte tilfeller av trakassering, mobbing og trusler.

Det kan argumenteres for at en slik adgang har gode grunner for seg. Særlig av hensyn til arbeidstaker som den «svake» part såfremt vedkommende har et legitimt formål og et reelt behov for å ta lydopptaket. Mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er det et ubalansert maktforhold. Det kan tenkes at arbeidstaker ser på skjulte lydopptak som den eneste muligheten til å bevise uakseptabel oppførsel fra arbeidsgiver eller bevise at mobbing og trakassering forekommer på arbeidsplassen. Dersom arbeidstakeren, på forhånd, må informere om lydopptaket, vil trolig arbeidsgiver eller kollegaene moderere sine utsagn deretter. Dette taler for at unntaket bør komme til anvendelse i enkelte situasjoner på arbeidsplassen.

På den annen side trekker de øvrige rettskildene i motsatt retning av det Datatilsynet fremholder. Det finnes ingen holdepunkter for å skille mellom ulike situasjoner som kan oppstå på arbeidsplassen, slik tilsynet gjør. Uttalelser fra forvaltningsorgan har som nevnt lav rettskildemessig vekt.¹¹⁵ Det er grunn til å bemerke at det ikke er tale om en tolkningsuttalelse fra Datatilsynet, men en generell uttalelse om privatlivsunntaket på tilsynets hjemmesider. Dette tilsier at Datatilsynets synspunkter har lav til ingen rettskildemessig vekt. Som forarbeidene og praksis fra EU-domstolen viser, skal unntaket tolkes snevert. At arbeidstakeren har et personlig formål med lydopptaket er ikke i seg selv avgjørende, da det er selve aktiviteten behandlingen inngår i, som må være av personlig karakter for at unntaket skal komme til anvendelse, jf. forarbeidene. Dette, sammenholdt med fortalen og juridisk teori, tilsier at rent personlige eller familiemessige aktiviteter ikke kan forekomme på arbeidsplassen innenfor alminnelig arbeidstid, ettersom det er aktiviteten «yrkesutøvelse» som finner sted.

¹¹⁴ Skullerud (2019) Kommentar til personvernforordningen artikkel 2 (2) bokstav c

¹¹⁵ Se punkt 1.5.3 om den rettskildemessige vekten av forvaltningspraksis

Det er derfor nærliggende å konkludere med at arbeidstakers skjulte lydopptak av kolleger og arbeidsgiver ikke kan anses som en rent personlig eller familiemessig aktivitet, når lydopptaket tas på arbeidsplassen. Privatlivsunntaket kommer ikke til anvendelse.

3.3.5 Konklusjon

Ettersom vilkårene i pol. § 2 første ledd første punktum er oppfylt, og forholdet ikke omfattes av privatlivsunntaket i pol. § 2 annet ledd bokstav a, er konklusjonen at arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen faller inn under lovens og forordningens saklige virkeområde.

At lydopptaket omfattes av lovens og forordningens virkeområde, innebærer at lydopptaket må skje i overensstemmelse med grunnkravene til lovlig behandling som oppstilles i personvernregelverket. I det følgende vil det drøftes om grunnkravene er tilfredsstilt ved bruk av skjulte lydopptak. Arbeidstakeren som tar lydopptaket vil være den behandlingsansvarlige, mens arbeidsgiver og kolleger som uvitende blir tatt opp, vil være den eller de registrerte.

3.4 Grunnkrav til lovlig behandling

Hovedregelen om lydopptak er som tidligere nevnt at det skal informeres om opptaket, det må innhentes samtykke eller foreligge annen hjemmel for behandling og den behandlingsansvarlige må ha et legitimt formål med behandlingen.

I det følgende vil det redegjøres for de sentrale reglene som arbeidstakeren må følge for at behandlingen av personopplysningene – ved bruk av skjulte lydopptak – skal være lovlig. Kravene som oppstilles er kumulative, slik at alle må være oppfylt for at behandlingen skal være lovlig.¹¹⁶

Det bemerkes at GDPR art. 5 inneholder en rekke generelle prinsipper og retningslinjer for behandling av personopplysninger. Det vil ikke foretas en utførlig redegjørelse av disse, men de vil kommenteres i den utstrekning dette er nødvendig for å belyse problemstillingen i sin helhet.

3.4.1 Behandlingsformål

GDPR art. 5 nr. 1 bokstav b fastslår at behandling av personopplysninger skal samles inn for «spesifikke, uttrykkelige angitte og berettigede formål og ikke viderebehandles på en måte som er uforenlig med disse formålene». Artikkelen er både formulert som et prinsipp og som

¹¹⁶ Schartum (2020) s. 101

et krav til lovlig behandling av personopplysninger. Dette innebærer at den behandlingsansvarlige må ha ett eller flere bestemte formål med behandlingen.

Bestemmelsen stiller visse krav til angivelsen av formålet med behandlingen. Det må være et reelt formål med behandlingen som innebærer at det ikke er tilstrekkelig at innhenting skjer fordi opplysningene en dag vil komme den behandlingsansvarlige til nytte. Ordlyden «spesifikke» tilsier at formålene skal være konkret angitt slik at det er mulig å vurdere om de registrerte opplysningene er nødvendige og om behandlingen skjer i samsvar med forordningens bestemmelser.¹¹⁷ Ordlyden «uttrykkelig angitte» tilsier at formålene skal formidles klart, og ikke kan være underforstått.¹¹⁸ Ordlyden «berettigede» tilsier at den behandlingsansvarlige må ha et tilstrekkelig legitimt behov for å behandle personopplysninger til formålet.¹¹⁹

Bestemmelsen tilsvarer langt på vei de krav som fulgte av personopplysningsloven av 2000 § 11 første ledd bokstav c samt av personverndirektivet art. 6 nr. 1 bokstav b. Rettspraksis i tilknytning til forgjengerne vil således være relevant. I Rt. 2013 s. 143 (Avfallservice) avsnitt 47 uttalte Høyesterett at lovens § 11 første ledd bokstav c ga uttrykk for et formålsprinsipp som innebar at «innsamling av opplysninger skal skje til uttrykkelig angitte og saklige formål, og at senere behandling ikke må være uforenlig med disse formål». Selv om forordningen tillater en vid bruk av personopplysninger, gjelder det noen begrensninger, som Høyesterett er inne på.¹²⁰ Begrensningene vil imidlertid ikke behandles nærmere.

Den behandlingsansvarlige vil som oftest behandle personopplysninger for å oppnå formål vedkommende selv har satt seg. Eksempelvis ble lydopptak i PVN-2005-1 benyttet for å sikre bevis for advokatfirmaets klient, mens formålet med lydopptaket i PVN-2013-20 var å bevise at klageren ble utsatt for grove trusler.¹²¹

Schartum fremholder at all behandling av personopplysninger minst skal ha ett formål, at det er mulig å tenke seg utallige formål fordi den behandlingsansvarlige står relativt fritt til å fastsette formålet og at formålsangivelsen begrenser hva opplysningene kan brukes til.¹²²

¹¹⁷ Skullerud (2019) Kommentar til personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav b

¹¹⁸ Skullerud (2019) Kommentar til personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav b

¹¹⁹ Storeng (2020) s. 436

¹²⁰ GDPR art. 6 nr. 4

¹²¹ Se punkt 3.3.3 om klagesakene fra Personvernemnda

¹²² Schartum (2020) s. 100 og s. 102

En arbeidstaker kan ha både kontroversielle og ukontroversielle formål med behandling av personopplysninger. Det kan tenkes at formålet er å avdekke kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, dokumentere hva som blir sagt i drøftings- og forhandlingsmøter eller sikre bevis for at mobbing og trakassering forekommer på arbeidsplassen. Dersom arbeidstakeren har et spesifikt, berettiget og uttrykkelig angitt formål, vil kravet til behandlingsformål ofte være oppfylt. Det kan tenkes at eksemplene som nettopp ble nevnt, er tilstrekkelig til at kravet er oppfylt. Hvis arbeidstakeren derimot har tatt lydopptak «preventivt», med den hensikt å holde det over arbeidsgiver eller kolleger i fremtiden, taler gode grunner for at kravet ikke vil være tilfredsstillt. Dette fordi arbeidstakeren på tidspunktet opptaket ble tatt, ikke hadde et bestemt formål med behandlingen. Dette viser at det må foretas en konkret vurdering av om kravet er oppfylt i hver enkelt sak.

3.4.2 Behandlingsgrunnlag

Videre er det et krav om at all behandling av personopplysninger må ha et rettslig grunnlag for å være lovlig. Før innsamling kan finne sted, må den behandlingsansvarlige derfor vurdere om det finnes et behandlingsgrunnlag. De rettslige grunnlagene fremgår av GDPR art. 6 nr. 1 for behandling av alminnelige personopplysninger og av GDPR art. 9 nr. 2, jf. art. 9 nr. 1 for behandling av de særlige kategoriene av personopplysninger. Av hensyn til avhandlingens omfang, vil det kun fokuseres på behandlingsgrunnlagene i art. 6 nr. 1.

GDPR art. 6 nr. 1 bokstav a til f fastsetter under hvilke vilkår personopplysninger kan behandles lovlig. Dersom behandling finner sted, uten hjemmel i et av de seks grunnlagene som bestemmelsen oppstiller, er behandlingen ulovlig.¹²³ Grovt skissert er det to typer rettslige grunnlag etter bestemmelsen, herunder samtykke fra den eller de registrerte i bokstav a og nærmere bestemte «nødvendige grunner» i bokstav b til f. Dersom hjemmel ikke kan konstateres etter disse grunnlagene, må den behandlingsansvarlige avstå fra å behandle personopplysningene eller slette opplysningene som allerede er behandlet, fordi behandlingen vil være i strid med personvernreglene.¹²⁴

Skjulte lydopptak innebærer imidlertid at samtykke ikke har blitt innhentet, all den tid opptaket foretas i hemmelighet. Samtykke etter GDPR art. 6 nr. 1 bokstav a er dermed ikke et aktuelt behandlingsgrunnlag. Behandlingen må baseres på et annet grunnlag. Det aktuelle

¹²³ GDPR fortalepunkt 40

¹²⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109

behandlingsgrunnlaget for situasjonen hvor arbeidstaker tar skjulte lydopptak av kolleger eller arbeidsgiver, vil da være GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f som lyder:

«Behandlingen er bare lovlig dersom og i den grad minst ett av følgende vilkår er oppfylt:

f) behandlingen er *nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige* eller en tredjepart, med mindre den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter går foran og krever vern av personopplysninger, særlig dersom den registrerte er et barn.» (min kursivering)

Bestemmelsen gir den behandlingsansvarlige hjemmel til å behandle personopplysninger, såfremt det er «nødvendig» for å ivareta vedkommendes «berettigede» interesse, og dersom den berettigede interessen veier tyngre enn den registrertes personverninteresser.

For det første må det være tale om en berettiget interesse. Ordlyden «berettigede» tilsier at interessen må være legitim eller ha en fornuftig begrunnelse. Det må vurderes om interessen er lovlig, herunder om interessen er i samsvar med øvrig lovgivning.¹²⁵ Dersom interessen er lovlig, vil den trolig være berettiget.¹²⁶ Av forarbeidene kan det utledes at det er svært mange og forskjelligartede interesser som kan være berettigede, og at varsling og ytringsfrihet kan være interesser som begrunner behandlingen.¹²⁷

I GDPR fortalepunkt 47 blir blant annet interessen i å drive markedsføring og interessen i å beskytte seg mot bedrageri brukt som eksempler på hvilke interesser som anses som berettigede. Det er grunn til å merke seg at begrepet «interesse» benyttes, og ikke «formål». Med «formål» forstås den spesifikke årsaken til at behandling finner sted, hvor målet eller intensjonen til den behandlingsansvarlige, er i fokus.¹²⁸ Med «interesse» siktes det imidlertid til den behandlingsansvarliges bredere interesse for behandling, hvor fordelene som den behandlingsansvarlige oppnår, er i fokus.¹²⁹

¹²⁵ Jf. prinsippet om lovlig, rettfærdig og åpen behandling i GDPR art. 5 nr. 1 bokstav a

¹²⁶ Schartum (2020) s. 132

¹²⁷ NOU 2019: 10 s. 52

¹²⁸ Wessel-Aas (2018) s. 148

¹²⁹ Wessel-Aas (2018) s. 148

For det andre må behandlingen være «nødvendig» for å ivareta den berettigede interessen. Dette kravet kan ses på som et utslag av proporsjonalitetsprinsippet som innebærer at den behandlingsansvarlige må vurdere om vedkommende kan oppnå formålet på en måte som bedre ivaretar personvernet.¹³⁰ Eksempelvis ved å ta notater i et møte, i stedet for lydopptak.

For det tredje gir bestemmelsen anvisning på en interesseavveining som innebærer at hensynet til den registrertes personvern, grunnleggende rettigheter og friheter skal veies opp mot den behandlingsansvarliges berettigede interesse. Momenter som skal vektlegges er blant annet hvilken interesse den behandlingsansvarlige har i behandlingen, om det er sensitive opplysninger, opplysningenes omfang og hvilken ulempe behandlingen medfører for den registrerte.¹³¹ I fortalepunkt 47 fremgår det at behandlingen krever en nøye vurdering av om «(...) en registrert på tidspunktet for og i forbindelse med innsamling av personopplysninger med rimelighet kan forvente at disse behandles for nevnte formål». Vurderingen og avveiningen foretas av den behandlingsansvarlige selv, og jo mer aktverdig interessen er, desto tyngre vil den veie.¹³² Ettersom det skal gjennomføres en slik balansetest, er det særlig viktig at den berettigede interessen er tilstrekkelig klart formulert.

I PVN-2005-1 punkt 5 fremholdt *Datatilsynet* i sin vurdering at personopplysningsloven av 2000 § 8 bokstav f – som langt på vei tilsvarer GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f – kunne benyttes som behandlingsgrunnlag for situasjonen hvor advokatfirmaet tok lydopptak der formålet var å innhente bevis. Forutsetningen var imidlertid at den registrerte på forhånd hadde fått informasjon om at opptak ville skje, og dersom slik informasjon ikke ble gitt, hevdet tilsynet at personvernulempen ville veie tyngre. Dernest la tilsynet til grunn at informasjonsplikten etter personopplysningsloven av 2000 § 19¹³³ ikke var oppfylt, slik at § 8 bokstav f heller ikke var oppfylt. Til tross for dette, valgte tilsynet å ikke pålegge sletting, jf. forvaltningens frie skjønn og en uklar rettstilstand på tidspunktet da lydopptakene ble foretatt.

I PVN-2013-20 fant Personvernemnda at det forelå lovlig behandlingsgrunnlag etter personopplysningsloven av 2000 § 8 bokstav f. Nemnda uttalte at:

¹³⁰ NOU 2019: 10 s. 52

¹³¹ NOU 2019: 10 s. 52 og Storeng (2020) s. 432

¹³² Skullerud (2019) Kommentar til personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav f

¹³³ GDPR art. 13 viderefører i stor grad personopplysningsloven av 2000 § 19, jf. Prop. 56 LS (2017-2018) s. 58

«En person som opplever seg utsatt for så grove trusler som i denne saken må kunne ta opp samtaler han deltar i. Lydopptakene kan dermed beholdes.»

Klagesaken PVN-2015-13 gjaldt en stor taxisentral – Trønder Taxi – som hadde tatt opptak av telefonsamtaler mellom taxisjåfører og taxisentralen med det formål å forhindre at upassende og sjikanerende samtaler fant sted siden telefonlinjen ble brukt til å klage over upresise oppdragsspesifiseringer mv. Det var en sjåfør tilknyttet sentralen som sendte Datatilsynet en anmodning om å vurdere taxisentralens retningslinjer for telefonopptak. Datatilsynet konkluderte med at sentralens opptak av sjåfører var uforholdsmessig etter personopplysningsloven av 2000 § 8 bokstav f. Nemnda uttalte at taxisentralen hadde en berettiget interesse i å ivareta arbeidsmiljøet, og at lydopptak kunne være et hensiktsmessig virkemiddel i saken. Dernest fremholdt nemnda at tiltaket ikke var forholdsmessig ettersom det var grunn til å anta at andre metoder kunne gi et tilfredsstillende resultat. Nemnda konkluderte dermed med at det ikke forelå behandlingsgrunnlag etter lovens § 8 bokstav f.

Forvaltningspraksisen viser at behandlingsgrunnlaget om berettiget interesse kan være aktuelt å benytte som rettslig grunnlag i saker hvor det foretas skjulte lydopptak, men at det må foretas en konkret vurdering av om vilkårene er oppfylt i hver enkelt sak.

Datatilsynet fremholdt som nevnt i PVN-2005-1 at det var en nær sammenheng mellom behandlingsgrunnlaget om berettigede interesser som fulgte av personopplysningsloven av 2000 § 8 bokstav f og lovens § 19 om informasjonsplikten. En slik forståelse er fortsatt gjeldende i dag etter GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f og GDPR art. 13.¹³⁴ Selv om et lydopptak har rettslig grunnlag i GDPR art. 6, kan opptaket vanskelig anses som lovlig dersom reglene om informasjon ikke er fulgt.¹³⁵

Dersom behandlingen baserer seg på GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f, følger det av GDPR art. 13 nr. 1 bokstav d at den behandlingsansvarlige skal informere den registrerte om hvilke berettigede interesser som forfølges. Videre fastslår GDPR art. 21 nr. 1 at den registrerte, til enhver tid, har rett til å protestere mot behandling av personopplysninger som har grunnlag i art. 6 nr. 1 bokstav f. Den behandlingsansvarlige må da påvise at det foreligger «tvingende berettigede grunner for behandlingen som går foran den registrertes interesser, rettigheter og

¹³⁴ HR-2021-966-A avsnitt 37

¹³⁵ Se punkt 3.4.3 om informasjonsplikten

friheter, eller for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare rettskrav», jf. art. 21 nr. 1. Det følger videre av art. 21 nr. 4 at den registrerte, senest på tidspunktet for den første kommunikasjonen, skal gjøres oppmerksom på rettigheten i art. 21 nr. 1 og nr. 2. De nevnte bestemmelsene i art. 13 og 21 kan dermed tjene som «skranker» i adgangen til å benytte behandlingsgrunnlaget om berettiget interesse, som i utgangspunktet er en svært vid hjemmel for å behandle personopplysninger. Schartum fremholder at bokstav f er ment å være et «sikkerhetsnett» som skal fange opp grunner til å behandle personopplysninger som ikke faller inn under de andre mer spesifikke alternativene.¹³⁶

Kort oppsummert er det tre vilkår som må være oppfylt for at en arbeidstaker kan benytte behandlingsgrunnlaget om berettigede interesser som hjemmel. Arbeidstakeren må ha en berettiget interesse som er lovlig, behandlingen må være nødvendig for å ivareta denne interessen og arbeidstakers interesse i behandlingen må veie tyngre enn personvernulempen lydopptaket medfører for kollegaene eller arbeidsgiver. Vilkårene vil trolig være oppfylt dersom arbeidstaker for eksempel tar lydopptak for å bevise at vedkommende blir mobbet, trakassert og truet, eller for å varsle om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

Dersom vilkårene er oppfylt, vil arbeidstakeren isolert sett ha hjemmel i bokstav f til å behandle personopplysningene. All den tid lydopptaket foretas i det skjulte, vil det være mer tvilsomt om informasjonsplikten er oppfylt.¹³⁷ Er slik informasjon ikke gitt, er det nærliggende å komme til at behandlingsgrunnlaget ikke kan benyttes.

Dersom vilkårene ikke er oppfylt, og behandlingen ikke kan baseres på et annet rettslig grunnlag, må vedkommende avstå fra å behandle personopplysningene eller slette opplysningene som allerede er behandlet, fordi behandlingen vil være i strid med kravene til lovlig behandling.

3.4.3 Informasjonsplikten og retten til informasjon

GDPR art. 12 nr. 1 fastslår at den behandlingsansvarlige skal treffe egnede tiltak for å gi den registrerte informasjon som nevnt i GDPR art. 13. Bestemmelsene stadfester således informasjonsplikten til den behandlingsansvarlige og den registrertes rett til informasjon ved behandling av personopplysninger om vedkommende. Informasjonsplikten må ses i

¹³⁶ Schartum (2020) s. 132

¹³⁷ Jf. GDPR art. 13 nr. 1 bokstav d og art. 21 nr. 1 og 4. Se punkt 3.4.3 om informasjonsplikten

sammenheng med prinsippet om rettferdig og åpen behandling i GDPR art. 5 nr. 1 bokstav a.¹³⁸ Av GDPR art. 13 nr. 1 kan det utledes at den behandlingsansvarlige skal gi informasjon til den registrerte på tidspunktet for innsamlingen av personopplysningene.¹³⁹ Det skal blant annet gis informasjon om formålene med og rettsgrunnlaget for den tiltenkte behandlingen, de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige dersom behandlingen er basert på forordningens art. 6 nr. 1 bokstav f og identiteten til den behandlingsansvarlige.¹⁴⁰ Videre skal det gis informasjon om en rekke andre forhold som fremgår av art. 13 nr. 2-3.

Informasjonsplikten kan neppe sies å være overholdt, all den tid arbeidstaker tar lydopptaket i det skjulte. Dette innebærer at kravene til informasjon som oppstilles i personvernregelverket, ikke er oppfylt. Det påpekes at nasjonal rett har anledning til å fastsette unntak fra de registrertes rettigheter.¹⁴¹ I pol. § 16 er det gjort flere unntak fra retten til informasjon etter bl.a. GDPR art. 13. Disse unntakene vil imidlertid ikke behandles nærmere.

3.4.4 Konklusjon

Drøftelsen viser at det vil bli vanskelig å følge hovedregelen om lydopptak. Ved skjulte lydopptak vil informasjonsplikten sette en stopper for behandlingen. Ettersom kravene er kumulative, er konklusjonen at grunnkravene til lovlig behandling ikke er tilfredsstillt når arbeidstaker tar skjulte lydopptak av arbeidsgiver og kolleger. Dette innebærer at arbeidstakers skjulte lydopptak er ulovlig og i strid med personvernregelverket, såfremt opptaket fanger opp personopplysninger om fysiske personer som kan identifiseres.

Det bemerkes at personvernregelverket også oppstiller en rekke andre krav til behandlingen enn de som det er redegjort for. Den behandlingsansvarlige må blant annet overholde kravene til informasjonssikkerhet¹⁴² og kunne påvise etterlevelse av GDPR.¹⁴³ Det vil imidlertid føre for langt å drøfte alle de øvrige kravene som oppstilles.

3.5 Konsekvenser av ulovlig behandling

Ulovlig behandling kan medføre en rekke konsekvenser for den behandlingsansvarlige. Dersom lydopptaket allerede er tatt, vil den registrerte blant annet ha rett til å få

¹³⁸ GDPR fortalepunkt 61

¹³⁹ GDPR fortalepunkt 60

¹⁴⁰ GDPR art. 13 nr. 1 bokstav a, c og d

¹⁴¹ GDPR art. 23

¹⁴² GDPR art. 24, art. 32 og prinsippet om integritet og konfidensialitet i art. 5 nr. 1 bokstav f

¹⁴³ GDPR art. 5 nr. 2 og art. 24 nr. 1

opplysningene om seg selv slettet uten ugrunnet opphold.¹⁴⁴ Videre vil overtredelse av personvernregelverket kunne medføre ulike sanksjoner som overtredelsesgebyr, tvangsmulkt eller erstatning.¹⁴⁵ Datatilsynet kan også gi advarsler, irettesettelser, pålegg eller stanse behandling som er i strid med loven og forordningen.¹⁴⁶ I personopplysningsloven av 2000 var det inntatt en egen bestemmelse om straff i § 48 som regulerte straffansvar for handlinger som var i strid med personvernreglene. Bestemmelsen ble imidlertid ikke videreført i den nye loven. Departementet begrunnet dette med at handlinger i strid med personopplysningsloven, samtidig kunne være overtredelser av en eller flere bestemmelser i straffeloven.¹⁴⁷

Datatilsynet har imidlertid fram til nå vært tilbakeholdne med å sanksjonere privatpersoner som behandler personopplysninger i strid med loven og forordningen.¹⁴⁸ Grunnen til det, kan tenkes å være at forordningen i stor utstrekning tar utgangspunkt i at den behandlingsansvarlige er en virksomhet eller organisasjon, og at det dermed kan virke kunstig å stille tilsvarende krav til en privatperson.¹⁴⁹ Et spørsmål som kan reises, men som ikke vil behandles nærmere, er om det må foretas en pragmatisk tilnærming til personvernregelverket når den behandlingsansvarlige er en privatperson.

3.6 Konklusjon og oppsummering

Arbeidstakers skjulte lydopptak faller inn under personopplysningslovens og forordningens saklige virkeområde, slik at personvernreglene kommer til anvendelse på forholdet. Det er videre usikkert om privatlivsunntaket kommer til anvendelse i enkelte tilfeller, men de fleste kilder trekker i retning av at unntaket ikke får anvendelse når arbeidstaker tar skjulte lydopptak på arbeidsplassen. Dette innebærer at arbeidstaker må følge kravene i loven og forordningen. Ettersom informasjonsplikten ikke vil være tilfredsstillende, vil slike lydopptak som oftest være i strid med personvernreglene. Loven og forordningen vil således anses som en rettslig skranke i arbeidstakers adgang til å ta lydopptak.

¹⁴⁴ Se særlig GDPR art. 17 nr. 1 bokstav c og bokstav d

¹⁴⁵ Se personopplysningsloven kapittel 7 om sanksjoner og tvangsmulkt

¹⁴⁶ GDPR art. 58

¹⁴⁷ Prop. 56 LS (2017-2018) s. 150, f.eks. strl. §§ 266, 266 a, 267 og kapittel 21

¹⁴⁸ NOU 2019: 10 s. 51

¹⁴⁹ Skullerud (2019) Kommentar til personvernforordningen artikkel 2 nr. 2 bokstav c, Rt. 2012 s. 1669 avsn. 43

4 Arbeidstakers lojalitetsplikt som rettslig skranke mot å ta skjulte lydopptak

4.1 Innledning

Adgangen til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen er ikke regulert i arbeidsmiljøloven. I arbeidsforhold gjelder det imidlertid en ulovfestet lojalitetsplikt som innebærer at arbeidsgiver og arbeidstaker plikter å opptre lojalt overfor hverandre.¹⁵⁰

Skjulte lydopptak vil i mange tilfeller oppfattes som umoralsk, illojalt, ukollegialt og et vidtgående inngrep i enkeltindividers personlige sfære og integritet. Slike lydopptak er derfor betenkelige av mange grunner, særlig på grunn av det tillitsbruddet de representerer.¹⁵¹

Dette kapitlet vil undersøke om den ulovfestede lojalitetsplikten kan tjene som rettslig skranke i arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen. Det vil kun fokuseres på arbeidstakers lojalitetsplikt.

Spørsmålet er i det følgende om arbeidstakers skjulte lydopptak av kolleger og arbeidsgiver kan være i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt. Svaret vil trolig avhenge av en rekke elementer, og det kan tenkes at arbeidstakers skjulte lydopptak i én situasjon utgjør brudd på lojalitetsplikten, mens handlingen ikke utgjør brudd i en annen. Før jeg kan vurdere dette, er det imidlertid nødvendig å få klarhet i lojalitetspliktens nærmere innhold.

4.2 Nærmere om arbeidstakers lojalitetsplikt

Gjennom arbeidsavtalen dannes grunnlaget for lojalitetsplikt i arbeidsforhold.¹⁵² På bakgrunn av arbeidsforholdets personlige karakter og det særlige behovet for tillit det er mellom partene, sies det gjerne at lojalitetsplikten skjerpes i arbeidsforhold.¹⁵³ Lojalitetsplikten gjelder under hele ansettelsesforholdet, utenfor arbeidstiden og i oppsigelsesperioden.¹⁵⁴

Lojalitetspliktens nærmere innhold er utviklet i samspill mellom rettspraksis og juridisk litteratur.¹⁵⁵ Til tross for at lojalitetsplikten er et anerkjent kontraktsrettslig prinsipp, som kommer til uttrykk i en rekke rettskilder og har særlig god støtte i rettspraksis, sies det

¹⁵⁰ Rt. 1918 s. 575 på s. 577, Rt. 1960 s. 371 på s. 381, Rt. 1990 s. 607 på s. 614 og Rt. 1996 s. 1401 på s. 1407

¹⁵¹ Se punkt 1.3.1 om betenkelighetene rundt skjulte lydopptak og Rt. 2011 s. 1324 avsnitt 33

¹⁵² Fanebust (2015) s. 137

¹⁵³ Skjønberg (2017) s. 244 og Fanebust (2015) s. 140

¹⁵⁴ Rt. 1995 s. 1460 på s. 1469 og Dege (2009) s. 813

¹⁵⁵ Prop. 85 L (2014-2015) s. 20 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 128

gjennomgående lite om hvilke krav som stilles til kontraktspartenes lojalitet. I rettspraksis fremgår det ofte bare hva som var tilstrekkelig i den aktuelle saken til at en adferd ble ansett illojal, uten å oppstille en generell norm for lojalitetsplikten eller eksplisitte vilkår og minstekrav til lojalitetsvurderingen.¹⁵⁶ Av hensyn til prinsippets dynamiske karakter og anvendelighet, er det ikke heldig å oppstille konkrete minstekrav som overlater lite til rettsanvenderens skjønn.¹⁵⁷

Det sies gjerne at arbeidstakers lojalitetsplikt har en positiv og negativ side. Den positive siden innebærer at arbeidstakeren har en plikt til å gå aktivt inn for å fremme virksomhetens interesser, mens den negative siden innebærer at arbeidstakeren plikter å avstå fra å utføre handlinger som er til skade for arbeidsgivers interesser.¹⁵⁸ Det er den negative siden av lojalitetsplikten som er mest interessant. Slik kan lojalitetsplikten begrense arbeidstakers handlefrihet, herunder adgangen til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1990 s. 607 gjaldt – Viking AS sitt – krav om erstatning for påstått illojal opptreden i forbindelse med at den administrerende direktøren og systemsjefen sa opp sine stillinger i Viking AS, og stiftet et konkurrerende selskap kalt Saga Data AS. Høyesterett konstaterte at det forelå en ulovfestet lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Etter en samlet vurdering av de påståtte illojale handlingene i saken, konkluderte retten med at direktøren og systemsjefen hadde opptrådt illojalt. Vurderingstemaet var formulert som et krav til ikke å «opptre i strid med arbeidsgivers interesser».¹⁵⁹

Nazarian hevder at formuleringen «plikt til å ivareta andres interesser» er vag og at den i liten grad bidrar til å løse problemstillinger som oppstår i praksis.¹⁶⁰ I sin fremstilling forsøker hun derfor å oppstille noen minstekrav som åpner for skjønn og fleksibilitet, og som kan benyttes i vurderingen av om en adferd er illojal. Nazarian oppstiller blant annet minstekrav om negativ effekt og klanderverdig adferd. Dersom disse er oppfylt, trekker det i retning av at handlingen er i strid med arbeidsgivers interesser og at handlingen utgjør brudd på lojalitetsplikten.¹⁶¹

¹⁵⁶ Nazarian (2007) s. 96

¹⁵⁷ Nazarian (2007) s. 195

¹⁵⁸ Prop. 85 L (2014-2015) s. 20, Storeng (2020) s. 44, Skjønberg (2017) s. 244-245 og Fanebust (2015) s. 140

¹⁵⁹ Rt. 1990 s. 607 s. 614

¹⁶⁰ Nazarian (2007) s. 195-196

¹⁶¹ Se punkt 4.3.2 og 4.3.3 om skadeomfang og hensikt

Lojalitetsvurderingen er en vurdering av hvor den nedre grensen for lojalitet ligger. Det er ikke den ideelle adferden som etterspørres, men et situasjonsbetinget krav om et minimum av lojalitet.¹⁶² Siktemålet er således å trekke opp grensene for lojalitetsplikten ved spørsmål om brudd på denne. Det innebærer at lojalitetspliktens nærmere innhold må fastlegges skjønnsmessig i hvert enkelt tilfelle.¹⁶³ Det er videre forholdene på handlingstidspunktet som skal legges til grunn når norminnholdet fastlegges, herunder når lydopptaket blir tatt.¹⁶⁴

4.3 Kan arbeidstakers skjulte lydopptak være i strid med lojalitetsplikten?

4.3.1 Vurderingstema

Det sentrale vurderingstemaet for om arbeidstakers skjulte lydopptak kan anses som illojalt og således utgjøre brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt, er om handlingen er i strid med arbeidsgivers interesser.¹⁶⁵ Som nevnt, innebærer lojalitetspliktens negative side at arbeidstaker må avstå fra å utføre handlinger som er «til skade» for disse interessene.

Det kan reises spørsmål om hva som ligger i begrepet «arbeidsgivers interesser» og hva som kan skade disse. Arbeidsgivers interesser er et komplekst begrep. Det er imidlertid naturlig å identifisere arbeidsgivers interesser med virksomhetens interesser, og bak enhver virksomhet kan det sies å ligge en interesse om økonomisk gevinst og vekst. Virksomheter blir som oftest opprettet med dette mål for øyet. Til tross for at det rent økonomiske ofte er hovedinteressen, vil virksomheter også ha andre interesser. Eksempelvis vil det være viktig for virksomheter å ha et godt omdømme, et godt arbeidsmiljø og gode kundeforhold. Handlinger som skader slike interesser, vil dermed kunne være i strid med arbeidsgivers interesser og utgjøre brudd på lojalitetsplikten.¹⁶⁶

Lojalitetsvurderingen er en konkret avveiningsnorm, og det må i hvert enkelt tilfelle foretas en totalvurdering av arbeidstakerens adferd og om grensen for lojalitet er overtrådt.¹⁶⁷ I totalvurderingen må det også foretas en interesseavveining. Arbeidstakerens alminnelige behov for handlefrihet og vedkommendes interesse i å ta lydopptaket må avveies mot

¹⁶² Nazarian (2007) s. 196

¹⁶³ Fanebust (2015) s. 140 og Borch (2016) s. 34

¹⁶⁴ Simonsen (1997) s. 163

¹⁶⁵ Rt. 1990 s. 607 s. 614

¹⁶⁶ Se punkt 4.3.2 om skadeomfang

¹⁶⁷ Rt. 1990 s. 607 s. 615

arbeidsgivers og de øvrige ansattes interesse i å ikke bli tatt opptak av. Det kan tenkes tilfeller hvor arbeidstakers interesse og formål med opptaket overgår arbeidsgivers og virksomhetens interesser.¹⁶⁸

Det finnes få rettskilder som uttrykker noe om hvorvidt arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen er å anse som en handling i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt. Veiledning for hvilke momenter som er sentrale i vurderingen av om lojalitetsplikten er brutt når arbeidstaker tar skjulte lydopptak på arbeidsplassen, kan imidlertid finnes i underrettspraksis og i en avgjørelse fra dansk Højesteret.¹⁶⁹ I teorien fremholdes det at hemmelige lydopptak «(...) kan være et brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt».¹⁷⁰

I det følgende vil det belyses momenter som er av betydning for om det kan konstateres brudd på lojalitetsplikten eller ikke. Det bemerkes at momentene vil kunne variere fra sak til sak, og at dette ikke er en uttømmende oversikt over alle.

4.3.2 Lydopptakets skadeomfang

Et sentralt moment i vurderingen av om arbeidstakers lydopptak er i strid med arbeidsgivers interesser, er om handlingen «skader» arbeidsgivers interesser.

I LB-2017-45903 behandlet lagmannsretten spørsmål om gyldigheten av en avskjed. Arbeidstakeren ble avskjediget fordi vedkommende hadde deltatt i planlegging av konkurrerende virksomhet mens han var ansatt. Rettens flertall oppstilte spørsmål om arbeidstakeren hadde opptrådt på en måte som var skadelig overfor arbeidsgiver. Mindretallet var imidlertid av den oppfatning at det ikke nødvendigvis måtte være begått en handling som påførte arbeidsgiver skade, men at lojalitetsplikten også kunne være brutt i tilfeller hvor det var begått en handling som «potensielt» kunne påføre arbeidsgiver skade. Retten fant at lojalitetsplikten ikke var brutt. Det forelå dermed ikke grunnlag for avskjed eller oppsigelse.

I LA-2018-13876 behandlet lagmannsretten spørsmål om en oppsigelse var saklig begrunnet. Grunnlaget for oppsigelsen var at arbeidstakeren hadde sendt en e-post til virksomhetens konkurrent og samarbeidspartner, med et innhold som var «svært kompromitterende» for

¹⁶⁸ Se f.eks. TSALT-2020-70225 og UfR 2019 s. 3878

¹⁶⁹ TSALT-2020-70225, TSTAV-2019-50592 og UfR 2019 s. 3878

¹⁷⁰ Storeng (2020) s. 632

virksomheten. Det ble anført at handlingen var et alvorlig tillitsbrudd og en svært illojal handling. Lagmannsretten uttalte at:

«Den lojalitetsplikten som påhviler en arbeidstaker innebærer at arbeidstakeren ikke må foreta handlinger som *er egnet til å skade arbeidsgiveren.*»¹⁷¹ (min kursivering)

Lagmannsretten fremholdt at handlingen var illojal og et tillitsbrudd overfor arbeidsgiver, men at advarsel ville vært en tilstrekkelig reaksjon. Oppsigelsen var dermed ikke saklig begrunnet. Underrettspraksisen illustrerer at både handlinger som påfører skade, og handlinger som er egnet til å påføre arbeidsgivers interesser skade, omfattes. Det er således tilstrekkelig at arbeidstakers handling medfører en risiko for skade.

Dege fremholder at det er tilstrekkelig at handlingen strider mot formålet eller den målsetting foretaket har med sin virksomhet for å påberope at noe er til skade eller egnet til å skade arbeidsgiveren.¹⁷² Det behøver ikke å være tale om en økonomisk skade. Nazarian betegner kravet om skade og skadepotensial, som minstekravet om at lojalitetssubjektets adferd må være egnet til å påføre medkontrahtenten «negativ effekt». Hun hevder også at det ikke er avgjørende at det har oppstått et økonomisk tap ettersom det er adferden i seg selv som vurderes, og at lojalitetsplikt bør beskytte et videre spekter av interesser enn bare det rent økonomiske.¹⁷³

Et av de bærende hensyn bak lojalitetsplikten i arbeidsforhold er samarbeid og tillit mellom partene, slik at arbeidsforholdet skal fungere på en tilfredsstillende måte.¹⁷⁴ Hvis en arbeidstaker gjennom handling, ytring eller unnlattelse opptrer i strid med virksomhetens interesser, vil det være fare for at samarbeidet og tillitsforholdet mellom partene svikter. Forretningsmessige hensyn er også et viktig hensyn bak lojalitetsplikten. Dersom ansatte for eksempel sprer forretningshemmeligheter eller driver med nedsettende omtale av bedriften, kan dette skade bedriftens autoritet, konkurransemessige posisjon eller omdømme.¹⁷⁵ I tillegg til at dette er viktig for bedriften, er det også viktig for bedriftens publikum eller klienter at følsomme opplysninger ikke bringes ut til utenforstående.¹⁷⁶

¹⁷¹ Gjengitt i LF-2019-167204

¹⁷² Dege (2009) s. 811

¹⁷³ Nazarian (2007) s. 240

¹⁷⁴ Fanebust (2015) s. 138

¹⁷⁵ Fanebust (2015) s. 138

¹⁷⁶ Fanebust (2015) s. 138

Dersom arbeidstakers lydopptak skader, er egnet til å skade eller medfører negativ effekt for arbeidsgivers interesser, er det et moment som trekker i retning av at handlingen er i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt. Det kan tenkes tilfeller hvor lydopptaket fanger opp forretnings- og bedriftshemmeligheter i virksomheten, personlige opplysninger om arbeidsgiver eller interne samtaler om virksomhetens klienter. Uavhengig av om informasjonen deles eller ikke, vil slik informasjon i mange tilfeller være *egnet til å skade* arbeidsgivers interesser.

Informasjonen kan for eksempel påvirke arbeidsgivers omdømme, skade etablerte og nye kundeforhold eller skape dårlig publisitet for virksomheten, som på sikt også kan medføre et økonomisk tap. Dersom informasjonen videreformidles til utenforstående, vil det i mange tilfeller medføre faktisk *skade* på arbeidsgivers interesser.

Det kan også tenkes tilfeller hvor lydopptaket for eksempel kun fanger opp opplysninger om arbeidstakerens eget arbeidsforhold eller lydopptak som ikke inneholder noen sensitive opplysninger som kan være egnet til å skade arbeidsgiver eller virksomheten. Spørsmålet som da aktualiserer seg, er om tillitsbruddet som et lydopptak representerer, kan skade eller være egnet til å skade eller påføre arbeidsgivers interesser negativ effekt.

I LB-2015-152275 behandlet lagmannsretten spørsmål om en permittering var en skjult oppsigelse som ga grunnlag for erstatning. Retten fant at oppsigelsen var ulovlig som ga grunnlag for erstatning. Et moment i erstatningsutmålingen var om det kunne rettes nevneverdig kritikk mot arbeidstakerens håndtering av situasjonene som ledet fram til permitteringen. Det ble anført at det var kritikkverdig av arbeidstakeren å ta hemmelige lydopptak av møter og samtaler med arbeidsgiver. Flertallet uttalte at slike opptak kan være egnet til å redusere tilliten mellom partene, og at de derfor utgjør en uheldig praksis. I Salten tingretts kjennelse - TSALT-2020-70225 – uttalte retten at skjulte lydopptak i et arbeidsforhold vil kunne «oppfattes som krenkende og et tillitsbrudd».¹⁷⁷

Det fremholdes i teorien at begrepet «negativ effekt» kan omfatte andre typer negativ effekt enn økonomisk tap, fare for tap eller skade.¹⁷⁸ Nazarian uttaler at det kan dreie seg om negativ effekt som gjør det umulig eller vanskelig å fortsette avtaleforholdet, typisk ved tap av tillit til lojalitetssubjektet i kontraktsforhold hvor tillit står sentralt. Et av de bærende hensynene bak lojalitetsplikten er nettopp tillit og samarbeid mellom partene. Skjulte lydopptak kan gjøre

¹⁷⁷ Se kapittel 5 for en nærmere redegjørelse av sakens faktiske forhold

¹⁷⁸ Nazarian (2007) s. 248

samarbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vanskelig. Tillitsbruddet som lydopptaket medfører, kan dermed også påføre arbeidsgivers interesser negativ effekt.

Det kan videre stilles spørsmål ved om arbeidstakers lydopptak *av kolleger* kan skade, være egnet til å skade eller påføre arbeidsgivers interesser negativ effekt, all den tid det ikke er arbeidsgiver som direkte rammes av lydopptaket.

Av forarbeidene kan det utledes at arbeidstakere også har en «viss» lojalitetsplikt overfor andre ansatte.¹⁷⁹ Det følger videre av rettspraksis og teori at arbeidsgivers interesser kan tilsidesettes av en arbeidstaker, selv om ytringen eller handlingen ikke er rettet mot arbeidsgiver, såfremt adferden er egnet til å påføre arbeidsgiver negativ effekt eller at arbeidsgiver med rette har følt et sterkt behov for å få satt en stopper for adferden.¹⁸⁰

Arbeidstakers skjulte lydopptak av kolleger kan på lik linje som lydopptak av arbeidsgiver skade, være egnet til å skade eller påføre arbeidsgivers interesser negativ effekt. Et element som er særlig fremtredende når det gjelder lydopptak av kolleger, i motsetning til opptak av arbeidsgiver, er konsekvensene slike opptak kan få for arbeidsmiljøet.

TSTAV-2019-50592 illustrerer hvilken betydning skjulte lydopptak kan få for arbeidsmiljøet og senere samarbeid med kolleger. Saken gjaldt sykehusansatt (A) som ble oppsagt fordi hun hadde tatt et skjult lydopptak av to kolleger på personalrommet (B og C) uten at hun selv var til stede.¹⁸¹ Retten kom til at det var saklig grunn for oppsigelse, under dissens 2-1. Det sentrale for flertallet var at lydopptaket representerte et «kvalifisert brudd på alminnelige forventninger til en arbeidstaker» og et «grovt overtramp i forhold til kolleger». Hensynet til de øvrige ansatte på enheten og behovet for å opprettholde et akseptabelt arbeidsmiljø, ble tillagt stor vekt.

Nazarian fremholder at negativ effekt i arbeidsforhold kan bestå i uro blant de ansatte eller at det psykososiale arbeidsmiljøet blir dårlig, som igjen kan lede til at effektiviteten reduseres slik at handlingen på sikt kan få økonomiske konsekvenser for virksomheten.¹⁸²

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 128

¹⁸⁰ Rt. 2003 s. 1614 avsnitt 44-45 og Nazarian (2007) s. 214-215

¹⁸¹ Avgjørelsen ble også omtalt i punkt 2.2.1

¹⁸² Nazarian (2007) s. 239 og 248

Som tingrettsdommen illustrerer, kan skjulte lydopptak på arbeidsplassen få konsekvenser for arbeidsmiljøet, herunder skape utrygghet, mistillit og dårlige samarbeidsforhold samt hindre fri meningsutveksling blant de ansatte i frykt for at samtaler tas opp. Arbeidsgiver har en selvstendig reaksjonsplikt og omsorgsplikt overfor sine ansatte, og plikter å sikre et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø.¹⁸³ Arbeidstaker har på sin side en lojalitets- og medvirkningsplikt.¹⁸⁴ En handling som forringer arbeidsmiljøet på arbeidsplassen, vil være et brudd på medvirkningsplikten. I slike tilfeller har arbeidsgiver en reaksjonsplikt. På den måten kan arbeidstakers lydopptak av kolleger være i strid med arbeidsgivers interesser.

Arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen kan skade, være egnet til å skade eller påføre arbeidsgivers interesser negativ effekt. Dersom dette kan påvises, er det et moment som trekker i retning av at lojalitetsplikten er brutt.

4.3.3 Arbeidstakers hensikt og formål med lydopptaket

Et annet sentralt moment av betydning i vurderingen av om arbeidstakers lydopptak er i strid med arbeidsgivers interesser, er arbeidstakers hensikt og formål med lydopptaket.

Det fremgår av forarbeidene – i relasjon til reglene om varsling og motivene bak offentliggjøring – at det lettere vil foreligge brudd på lojalitetsplikten, dersom den ansatte uttaler seg «(...) i den hensikt å henge ut arbeidsgiveren eller presse vedkommende i en konflikt».¹⁸⁵ Til tross for at uttalelsen knytter seg til vurderingen av om en ytring er illojal, vil de samme hensyn gjøre seg gjeldende dersom det er tale om en handling. Lojalitetsplikten kan som nevnt begrense arbeidstakers handlings- og ytringsfrihet. Dette tilsier at det lettere vil foreligge brudd på lojalitetsplikten, dersom arbeidstakeren tar lydopptak med den «hensikt» å henge ut, holde noe over eller presse arbeidsgiveren i konflikt.

Dommen inntatt i Rt. 2003 s. 1614 gjaldt en arbeidstaker som ble avskjediget på grunn av at vedkommende hadde kommet med kritikk og rettet alvorlige beskyldninger mot en av arbeidsgivers kunder. Beskyldningene ble ansett å ligge utenfor hva som kunne godtas, og avskjedigelsen var derfor rettmessig. I avsnitt 47 uttalte retten at det skal tas hensyn til om «(...) arbeidstakerens forhold kan skyldes ubetenksomhet, eller om det er tale om en overveiet adferd». I den tidligere nevnte LA-2018-13876 uttalte flertallet om det angivelige

¹⁸³ Aml. §§ 1-1 første ledd bokstav a, 4-1, 4-3 og LA-2018-13876

¹⁸⁴ Aml. § 2-3 og LG-2018-161055

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 130

lojalitetsbruddet i saken, at handlingen ikke var «foranlediget av noe overlegg fra hans side» og at det tvert imot var tale om en «uoverveid og spontan reaksjon».¹⁸⁶

I en avgjørelse fra dansk Højesteret – UfR 2019 s. 3878– tok retten blant annet stilling til spørsmål om en arbeidstakers skjulte lydopptak var tilstrekkelig til at vedkommende kunne avskjediges. Opptaket ble tatt under et lønnsforhandlingsmøte hvor arbeidstakeren, arbeidsgiveren og to andre kundekonsulenter deltok. Byretten og landsretten – som tilsvarende norsk tingrett og lagmannsrett – fant at arbeidstakeren grovt hadde misligholdt sin arbeidsrettslige lojalitetsplikt slik at avskjedigelsen var rettmessig.

Højesteret kom imidlertid til motsatt resultat, og presiserte at vurderingen av om lydopptaket representerer en misligholdelse av ansettelsesforholdet, beror på en konkret avveining av hensynet til den ansatte holdt opp mot hensynet til arbeidsgiveren og andre berørte. Højesteret uttalte at følgende forhold måtte vektlegges i lojalitetsvurderingen og i vurderingen av om det var grunnlag for sanksjoner:

«(...) formålet med og baggrunden for optagelsen, herunder om den ansatte havde særlig anledning til at sikre sig bevis for en tilsidesættelse af sine rettigheder. Det må endvidere indgå, hvilke oplysninger den ansatte forventede eller havde til hensigt at optage, herunder om der er tale om oplysninger om rent private forhold eller oplysninger, som bør være fortrolige af hensyn til virksomheden eller andre.»¹⁸⁷

Dette viser at det må ses hen til hva som er formålet med og bakgrunnen for lydopptaket, og hvilke opplysninger arbeidstakeren forventet eller hadde til hensikt å ta opp.

I teorien skilles det mellom det som karakteriseres som mellommenneskelig lojalitet og rettslig lojalitet, hvor det fremholdes at en adferd kan være uheldig, uten at den rettslig sett kan karakteriseres som illojal.¹⁸⁸ Simonsen fremholder at lojalitetsplikten forutsetter en tilstedeværelse av skyld, som faller sammen med den alminnelige culpanormen.¹⁸⁹ Nazarian er av den oppfatning at det allerede i begrepet «illojal» ligger en antydning om skyld, all den tid lojal beskrives som hederlig, trofast og ærlig.¹⁹⁰ Hun betegner dette som minstekravet om

¹⁸⁶ Se punkt 4.3.2 om sakens faktiske forhold

¹⁸⁷ UfR 2019 s. 3878 på s. 3893

¹⁸⁸ Nazarian (2007) s. 199, se f.eks. LA-2018-13876

¹⁸⁹ Simonsen (1997) s. 164

¹⁹⁰ Nazarian (2007) s. 249

at lojalitetssubjektets adferd må være klanderverdig. Dersom adferden er klanderverdig, vil det være et moment som taler for at adferden er illojal. Videre uttaler Nazarian at et krav om culpa innebærer at adferden er illojal såfremt lojalitetssubjektet «(...) innså eller burde ha innsett at den kunne lede til negativ effekt for medkontrahenten, og han ut fra de krav som stilles på vedkommende område, burde ha handlet annerledes».¹⁹¹

Dette viser at det må foretas en subjektiv vurdering av arbeidstakerens skyld i hver enkelt sak og om arbeidstakeren kunne eller burde ha handlet annerledes. Dersom den tilstrekkelige grad av skyld er utvist sammenholdt med at det eksisterte andre handlingsalternativer, vil handlingen kunne karakteriseres som illojal. Jo mer klanderverdig handlingen er, jo mer nærliggende er det å konstatere handling i strid med arbeidsgivers interesser og brudd på lojalitetsplikten. Det vil være relevant å se hen til hvilke opplysninger den ansatte forventet eller hadde til hensikt å fange opp, formålet med opptaket, om det ble tatt til eget bruk eller om det ble tatt utelukkende med den hensikt å skade arbeidsgiver.

Visse forhold vil arbeidstaker være forpliktet til å holde taushet om, herunder opplysninger som bør være fortrolige av hensyn til virksomheten eller arbeidsgiver som bedrifts- og forretningshemmeligheter. Lydopptak som fanger opp slike opplysninger vil som oftest anses som svært klanderverdig, og videreformidling utad kan dessuten medføre brudd på regler om taushetsplikt og straffansvar.¹⁹² Lydopptak som fanger opp helseopplysninger om pasienter vil kunne medføre brudd lovgivning og vil av den grunn representere et grovere tillitsbrudd.¹⁹³ Dersom arbeidstakeren ikke selv deltar i samtalen som tas opp, vil det også kunne utgjøre brudd på strl. § 205 bokstav a, som tilsier at handlingen er svært klanderverdig.¹⁹⁴ Dette er forhold som kan tillegges stor vekt i vurderingen av om lojalitetsplikten er brutt.

En handling kan også være uheldig, uten at den rettslig sett kan karakteriseres som illojal. Det betyr at ethvert lydopptak ikke nødvendigvis vil anses som klanderverdig. Det kan tenkes tilfeller hvor opptaket er tatt til eget bruk uten noen intensjon om å dele opplysningene eller skade arbeidsgiver. Eksempelvis hvis lydopptak blir brukt som «notatblokk». Arbeidstakeren kan videre ha en adekvat forklaring på hvorfor lydopptaket ble tatt, herunder hvis

¹⁹¹ Nazarian (2007) s. 259

¹⁹² Storeng (2020) s. 538-539 og strl. § 209

¹⁹³ TSTAV-2019-50592

¹⁹⁴ Se kapittel 2 og f.eks. TSTAV-2019-50592

arbeidstakeren har en begrunnet frykt for at ledelsen er ute etter å ta vedkommende for noe¹⁹⁵, eller dokumentere og sikre bevis for tilsidesettelse av egne rettigheter i eksempelvis lønnsforhandlinger med arbeidsgiver.¹⁹⁶

Dersom arbeidstakeren blir mobbet, trakassert eller truet på arbeidsplassen, og lydopptak er den eneste muligheten til å bevise dette, kan det tenkes at lydopptaket har et aktverdig formål. Dersom lydopptaket tas for å bevise kritikkverdig opptreden fra arbeidsgiver, vil det trolig legitimere opptak i større grad, enn opptak av kolleger i lignende situasjoner. Det vil antakelig være «vanskeligere» for arbeidstakeren å varsle om forholdet til ledelsen, på grunn av den nære relasjonen mellom arbeidsgiver og resten av ledergruppen. Før anklager rettes mot arbeidsgiver, vil det være betryggende å ha bevis, slik at det ikke blir ord mot ord.

Dersom lydopptaket tas preventivt, for å beskytte seg mot fremtidige anklager fra arbeidsgiver¹⁹⁷, uten å ha et reelt behov for å sikre sin rettsstilling på opptakstidspunktet, vil opptaket vanskelig kunne sies å ha et aktverdig formål som kan rettferdiggjøre handlingen. Har arbeidstakeren et aktverdig formål, kan den etterfølgende bruken av opptaket likevel medføre at lydopptaket er illojalt. Tas opptaket utelukkende for å skade arbeidsgiver, vil det være en handling som er foranlediget av overlegg, og ikke en uoverveid og spontan reaksjon.

Endelig må det vurderes om arbeidstaker kunne eller burde benyttet andre og mindre inngripende metoder for å avdekke forholdene, herunder varsle til ledelsen, be tillitsvalgte eller en annen om å delta i møter med arbeidsgiver mv. Dette behandles ikke nærmere.

4.3.4 Arbeidstakers stilling

Et annet moment som kan få betydning i vurderingen av om arbeidstakers lydopptak er i strid med arbeidsgivers interesser, er arbeidstakers stilling.

Det følger av rettspraksis at type stilling har betydning for innholdet i lojalitetsplikten, og at det stilles strengere krav til arbeidstakere i ledende stillinger.¹⁹⁸ I tillegg til at det må ses hen til arbeidstakers stilling, vil arbeidstakers arbeidssted og hvorvidt det gjelder særlige regler om taushetsplikt på arbeidsplassen, også være av betydning.¹⁹⁹ I teorien fremgår det også at

¹⁹⁵ TSALT-2020-70225

¹⁹⁶ UfR 2019 s. 3878

¹⁹⁷ TSTAV-2019-50592

¹⁹⁸ Rt. 1990 s. 607 på s. 614, Rt. 1997 s. 1128 på s. 1133, LB-2017-45903 og LF-2019-167204

¹⁹⁹ TSTAV-2019-50592

det gjelder en strengere norm for arbeidstakere i ledende stillinger, nettopp fordi det er et større behov for tillit mellom arbeidsgiver og arbeidstakere i sentrale roller i virksomheten.²⁰⁰ Hensynet bak at lojalitetsplikten skjerpes er identifikasjonshensynet. Ansatte i fremtredende stillinger vil i mange tilfeller identifiseres med virksomheten og således fungere som bedriftens ansikt utad, slik at uheldig opptreden fra arbeidstakerens side, vil kunne «slå tilbake» på bedriften.²⁰¹

Dette viser at arbeidstakers stilling og arbeidssted er av betydning. Dersom arbeidstakeren har en ledende stilling, vil lojalitetsplikten skjerpes ytterligere. Skjulte lydopptak som tas av arbeidstakere i ledende stillinger, vil trolig lettere komme i konflikt med lojalitetsplikten.

4.4 Konklusjon og oppsummering

Drøftelsen viser at arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen i enkelte tilfeller kan karakteriseres som en illojal handling i strid med arbeidsgivers interesser. Konklusjonen på spørsmålet som ble oppstilt i punkt 4.3 er således at arbeidstakers lydopptak *kan* være i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt.

Illojalitet kan imidlertid bare fastslås etter en totalvurdering av situasjonen i hvert enkelt tilfelle, hvor alle aspekter ved rettsrelasjonen må trekkes inn ved fastleggelsen av lojalitetsgrensen. Interesseavveiningen blir viktig, og praksis viser at det er av stor betydning om arbeidstaker har et legitimt behov og aktverdig formål med lydopptaket. Det kan tenkes tilfeller hvor arbeidstakers interesser overgår arbeidsgivers interesser, slik at lojalitetsplikten ikke er brutt. Det er derfor viktig å foreta en konkret vurdering i hver enkelt sak.

Arbeidstakers lojalitetsplikt kan dermed tjene som rettslig skranke i arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen. Det bemerkes at spørsmålet om arbeidstakers lojalitetsplikt er brutt sjelden kommer opp i praksis med mindre arbeidsgiver vurderer eller har iverksatt arbeidsrettslige sanksjoner som følge av adferden.²⁰² Dette behandles i neste kapittel.

²⁰⁰ Skjønberg (2017) s. 245

²⁰¹ Fanebust (2015) s. 139

²⁰² Nazarian (2007) s. 55

5 Skjulte lydopptak som oppsigelsesgrunn

5.1 Innledning

Fremstillingen ovenfor viser at det eksisterer flere skranker i arbeidstakers adgang til å ta skjulte lydopptak på arbeidsplassen. For det første vil det være straffbart å ta hemmelige lydopptak av samtaler arbeidstakeren selv ikke deltar i, mens handlingen vil være straffri i de tilfeller hvor arbeidstakeren deltar i samtalen. For det andre vil skjulte lydopptak ofte være i strid med personopplysningsloven og personvernforordningen. For det tredje vil arbeidstakers skjulte lydopptak, i enkelte tilfeller, utgjøre brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt.

Det kan tenkes tilfeller hvor arbeidstakers skjulte lydopptak ikke er å anse som en illojal handling i strid med lojalitetsplikten, men samtidig overtredelse av andre rettslige normer, og omvendt. Overtredelse av de rettslige normene som er gjennomgått i avhandlingen, kan potensielt, på selvstendig grunnlag, utgjøre saklig grunn til oppsigelse. Av den grunn har jeg funnet det hensiktsmessig å vurdere om arbeidstakers skjulte lydopptak er et «pliktbrydd» som kan medføre arbeidsrettslige sanksjoner, og dermed ikke utelukkende vurdere om lydopptaket er et «lojalitetsbrudd» som kan medføre sanksjoner.

Avhengig av pliktbruddets grovhet kan det gi grunnlag for arbeidsrettslige sanksjoner som advarsel, oppsigelse eller avskjed. Avhandlingen tar imidlertid kun for seg oppsigelse. I det følgende vil hovedlinjene i aml. § 15-7 trekkes opp.

5.2 Utgjør skjulte lydopptak saklig grunn for oppsigelse?

Spørsmålet er om arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen er et pliktbrudd som kan danne saklig grunn for oppsigelse. Aml. § 15-7 første ledd er den generelle bestemmelsen om vern mot usaklig oppsigelse. Bestemmelsen lyder som følger:

«Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er *saklig begrunnet* i virksomhetens, arbeidsgivers eller *arbeidstakers forhold*.» (min kursivering)

Ordlyden «arbeidstakers forhold» tilsier at begrunnelsen bak oppsigelsen på en eller annen måte kan føres tilbake til arbeidstaker selv.²⁰³ Ettersom lydopptaket er tatt av arbeidstaker, vil det utgjøre et forhold som kan føres tilbake til arbeidstaker selv.

²⁰³ Storeng (2020) s. 520

5.2.1 Saklighetskravet

Ordlyden «saklig begrunnet» tilsier at oppsigelsen ikke kan være begrunnet i usaklige eller utenforliggende hensyn.²⁰⁴ Kravet til saklighet er det sentrale vilkåret for oppsigelse.

Saklighetskravet er en rettslig standard.²⁰⁵ Det følger dermed ikke av loven eller forarbeidene hva som nærmere ligger i kravet. Innholdet er imidlertid fastlagt gjennom rettspraksis.

Høyesterett fremholder i Rt. 2009 s. 685 at terskelen for å si opp en ansatt er høy og at arbeidsgiver derfor må vise til gode grunner, jf. avsnitt 52. Førstvoterende uttaler videre i samme avsnitt at spørsmålet er om det «etter en samlet avveining av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør». Det følger videre av rettspraksis at bestemmelsen gir anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser.²⁰⁶ Hva som nærmere ligger i en slik interesseavveining, er drøftet i punkt 4.3 og det vises til denne.

Dersom arbeidstakers pliktbrudd er i strid med lojalitetsplikten, er det grunn til å bemerke at selv om en handling isolert sett er illojal, så er det ikke slik at alle illojale handlinger kan gi grunnlag for oppsigelse.²⁰⁷ Terskelen for oppsigelse er høy, og det skal derfor noe mer til for å si opp arbeidstakeren.

På samme måte som i vurderingen om arbeidstakers skjulte lydopptak skader arbeidsgivers interesser, er risikoen for tap og skade også sentralt i saklighetsvurderingen.²⁰⁸ Jo større skade eller risiko for skade som kan oppstå som følge av arbeidstakers handling, desto lettere vil grunnlag for oppsigelse foreligge.²⁰⁹

Storeng fremholder at saklighetskravet er objektivt, og at det ikke er noe krav om at arbeidstakeren kan bebreides for forholdet, selv om grad av bebreidelse kan være et viktig moment i vurderingen.²¹⁰ Subjektive rimelighetshensyn kan også tillegges en viss vekt i vurderingen, herunder om det er muligheter for omplassering, om oppsigelse er en forholdsmessig reaksjon eller om oppsigelse vil ramme arbeidstaker særlig hardt.²¹¹ Videre på

²⁰⁴ Skjønberg (2017) s. 416

²⁰⁵ Storeng (2020) s. 522

²⁰⁶ HR-2019-928-A avsnitt 43, Rt. 2011 s. 1674 avsnitt 35 og Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52

²⁰⁷ RG-1995-887 og Dege (2009) s. 810

²⁰⁸ Se punkt 4.3.2 om skadeomfang

²⁰⁹ Storeng (2020) s. 524

²¹⁰ Storeng (2020) s. 524

²¹¹ Storeng (2020) s. 524

samme side uttaler Storeng at det ikke er noe vilkår for rettmessig oppsigelse at advarsel er gitt, men dersom advarsel er gitt, er det et forhold som kan vektlegges i vurderingen.

Saklighetskravet gir således anvisning på en konkret helhetsvurdering av om det er rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Hvorvidt arbeidstakers skjulte lydopptak er et pliktbrudd som kan danne saklig grunn til oppsigelse, beror på en kombinasjon av en rekke forhold. I det følgende vil det redegjøres for sentrale avgjørelser og momenter i vurderingen.

5.2.2 Sentrale avgjørelser og momenter i oppsigelsesvurderingen

I LB-2005-36557 behandlet lagmannsretten spørsmål om gyldigheten av en oppsigelse. Saken gjaldt en drosjesjåfør (A) som ved flere anledninger hadde tatt skjulte lydopptak av passasjerer. Til tross for gjentatte advarsler og et skriftlig pålegg om å slutte med opptakene, fortsatte A å ta lydopptak. Dette resulterte i at kjøreløyvet hans ble inndratt. A kunne følgelig ikke kjøre drosje uten løyve, og han ble dermed oppsagt. A ble ikke trodd på at han tok opp passasjerenes samtaler fordi han skulle gjennomføre en arbeidsmiljøundersøkelse. Retten kom til at oppsigelsen var saklig og gyldig.

Lagmannsretten uttalte at dersom en arbeidstakers utførelse av arbeid er avhengig av lisens, sertifikat eller lignende, så vil det ofte foreligge saklig grunn til oppsigelse dersom dette blir inndratt. Det ble vektlagt at A klart kunne «klandres» for de forhold som førte til inndragningen, all den tid han fortsatte å ta lydopptak av passasjerenes samtaler, selv om det var gjort klart for han at det var uakseptabelt. Dette viser at *grad av klanderverdighet* har betydning i oppsigelsesvurderingen, og hvorvidt det er tale om en *engangshendelse eller gjentatte forhold*. Dernest ble det uttalt at det ikke fantes «alternativ beskjeftigelse» for A i virksomheten, og det var heller ingen særlige sosiale hensyn som gjorde seg gjeldende.

Det bemerkes at dommen for det første gjaldt arbeidstakers skjulte lydopptak av kunder, og ikke av arbeidsgiver eller kollegaer. For det andre var det hovedsakelig manglende kjøreløyve som medførte at det var saklig grunn til oppsigelse, og dermed ikke arbeidstakerens lydopptak isolert sett. Inndragelsen av kjøreløyvet var imidlertid foranlediget av lydopptakene. Dommen kan dermed tolkes som et typetilfelle hvor retten legger til grunn at skjulte lydopptak kan føre til inndragning av kjøreløyve, som igjen kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse.

I TSTAV-2019-50592 ble, som tidligere nevnt, en sykehusansatt (A) oppsagt fordi hun tok et skjult lydopptak av to kolleger uten at hun selv deltok i samtalen.²¹² Flertallet kom til at oppsigelsen var saklig. Avgjørelsen illustrerer hvilke momenter som er relevante i en konkret vurdering av om arbeidstakeren har brutt sin lojalitetsplikt ved å ta skjulte lydopptak, og om skjulte lydopptak er et pliktbrudd som kan danne saklig grunn til oppsigelse. Momentene vil i stor grad være de samme, selv om lojalitetsvurderingen og saklighetsvurderingen er to ulike vurderinger. I punkt 4.3 ble det nevnt at momenter av sentral betydning blant annet er *formålet og bakgrunnen* for lydopptaket, *opptakets varighet*, *arbeidstakers stilling*, *arbeidssted*, hvorvidt det gjelder *særlige regler om taushetsplikt*, hvor *omfattende tillitsbrudd lydopptaket representerer* og *overfor hvem*.²¹³ Det vil også ha betydning om lydopptaket *påvirker arbeidsmiljøet* negativt eller forringer samarbeidsforholdene på arbeidsplassen.

Av særlig betydning var det at lydopptaket representerte *brudd på lovbestemmelser*. I saken ble forholdet anmeldt som brudd på strl. § 205 bokstav a og helsepersonelloven § 67, jf. 21a. Straffesaken ble imidlertid henlagt på grunn av bevisets stilling. A hadde slettet opptaket etter råd fra fagforeningens jurist. Retten uttalte likevel at lydopptaket representerte et klart brudd på arbeidstakers plikt til å følge både helsepersonellovens bestemmelser og straffelovens forbud, dersom det strafferettslige beviskravet hadde vært oppfylt. Det bemerkes at det ofte vil foreligge oppsigelsesgrunn dersom en arbeidstaker begår en straffbar handling rettet mot arbeidsgiver eller kolleger under utførelsen av arbeidet, herunder brudd på strl. § 205 a.²¹⁴

I interesseavveiningen ble også *As personlige forhold* og *mulighetene for omplassering*, vurdert. A hadde vært ansatt i mer enn 9 år og hadde fem barn. Selv om en oppsigelse ville ramme henne hardt, fant ikke retten å kunne tillegge disse forholdene avgjørende vekt. Arbeidsforholdet kunne heller ikke opprettholdes ved omplassering. Avgjørelsen illustrerer at arbeidstakers skjulte lydopptak kan være et pliktbrudd som utgjør saklig grunn for oppsigelse.

Salten tingretts kjennelse – TSALT-2020-70225 – gjaldt en arbeidstakers (A) begjæring om gjeninntreden i forbindelse med en pågående avskjedssak. Avskjeden var primært begrunnet i at A hadde tatt hemmelige lydopptak av samtaler og møter med arbeidsgiver som han hadde deltatt i. Arbeidsgiver anførte at A hadde utvist «grov tillitssvikt» ved å ta skjulte lydopptak

²¹² Se punkt 2.2.1 og 4.3.2 for en nærmere redegjørelse av sakens faktiske forhold

²¹³ Se punkt 4.3.2 til 4.3.4 hvor flere av momentene i saken ble nevnt

²¹⁴ Hirst (2018) s. 236

og at det var tale om et uopprettelig tillitsbrudd som umuliggjorde et fremtidig samarbeid mellom arbeidsgiver og A.

Retten fant det tvilsomt at lydopptakene kunne danne grunnlag for avskjed. At slike opptak etter omstendighetene, kan inngå i grunnlaget for en avskjed, kunne imidlertid ikke utelukkes. Retten tok utgangspunkt i at opptakene i saken ikke var straffbare. Dernest uttalte retten:

«Det vises til at skjulte opptak i et arbeidsforhold vil, uavhengig av om opptakene er straffbare eller ikke, kunne oppfattes som krenkende og et tillitsbrudd. Hvorvidt slike opptak kan danne grunnlag for reaksjoner mot arbeidstaker må bero på en helhetsvurdering av omstendighetene omkring opptakene. Herunder vil *begrunnelsen for opptakene og hvem som er tatt opp* være relevant.» (min kursivering)

Retten fant at A hadde en *adekvat forklaring* for hvorfor han hadde tatt skjulte lydopptak. For det første hadde A en begrunnet frykt for at ledelsen var ute etter å ta han for noe. Daglig leder i virksomheten hadde blant annet gått ut med kraftige og udokumenterte påstander mot tidligere ledelse i avisen, deriblant A, uten varsel og mulighet til kontradiksjon. For det andre hadde virksomheten arbeidet med en omorganisering som medførte at A, som eneste ansatt, ble overflødig og oppsagt. Retten tok begjæringen om gjeninntreden til følge, og A fikk fortsette i sin stilling.

For at det skal foreligge grunnlag for avskjed må arbeidstaker ha gjort seg skyldig i et grovt pliktbrudd.²¹⁵ Det forhold at retten ikke utelukket at skjulte lydopptak kunne inngå i grunnlaget for en avskjed og at det er en lavere terskel for oppsigelse enn avskjed, tilsier at arbeidstakers skjulte lydopptak kan være et pliktbrudd som kan gi oppsigelsesgrunn.

I avgjørelsen fra dansk Højesteret – UfR 2019 s. 3878 – ble som nevnt en arbeidstaker avskjediget fordi han hadde tatt et skjult lydopptak fra et lønnsforhandlingsmøte med arbeidsgiver og to kolleger.²¹⁶ I motsetning til Højesteret, kom begge underinstansene til lydopptaket var et grovt lojalitetsbrudd som ga grunnlag for avskjed.

Højesteret uttalte at det ikke er en grov misligholdelse av lojalitetsplikten å ta lydopptak av et møte, hvor man selv deltar, såfremt lydopptaket har et *saklig formål*.²¹⁷ Det må imidlertid

²¹⁵ Aml. § 15-14

²¹⁶ Se punkt 4.3.3 for en nærmere redegjørelse av sakens faktiske forhold

²¹⁷ UfR 2019 s. 3878 på s. 3893

foretas en konkret vurdering og interesseavveining. Hvilke momenter som er relevant å se hen til, ble gjengitt i punkt 4.3.3, og det vises til disse. Avgjørelsen illustrerer at dansk rett åpner for at arbeidstakers lydopptak av arbeidsgiver og kolleger kan utgjøre et såpass grovt lojalitetsbrudd som kan gi grunnlag for avskjed.

Det kan reises spørsmål om hvilken betydning brudd på personopplysningsloven og personvernforordningen kan få i vurderingen av om det er saklig grunn til oppsigelse. Det finnes få holdepunkter i norske rettskilder vedrørende dette. Høyesteret kom imidlertid med noen bemerkninger om dette i den ovennevnte danske avgjørelsen. Det fremholdes at selv om lydopptaket ikke i seg selv utgjør en misligholdelse av arbeidsforholdet, så vil den etterfølgende oppbevaring og anvendelse av opptaket etter omstendighetene kunne utgjøre en misligholdelse. Høyesteret uttaler så:

«(..) ikke enhver overtrædelse af databeskyttelseslovgivningen i forbindelse med en lydoptagelse vil udgøre en misligholdelse af ansættelsesforholdet, der kan begrunde opsigelse eller bortvisning.»²¹⁸

Avgjørelsen viser at den etterfølgende oppbevaring og anvendelse av lydopptaket potensielt kan utgjøre en misligholdelse av lojalitetsplikten. Det betyr imidlertid ikke at enhver overtredelse av personvernreglene i forbindelse med lydopptaket, vil utgjøre et lojalitetsbrudd som kan begrunne inngripende arbeidsrettslige sanksjoner.

5.3 Konklusjon og oppsummering

Oppsummeringsvis viser rettspraksis at det er en rekke momenter som spiller inn i den konkrete helhetsvurderingen. Det er særlig tre momenter som er fremtredende i vurderingen av om arbeidstakers skjulte lydopptak er et pliktbrudd som kan danne saklig grunn til oppsigelse, herunder begrunnelsen bak lydopptaket, om arbeidstakeren ved lydopptaket har overtrådt én eller flere rettslige normer og lydopptakets skadeomfang.

Arbeidstakers skjulte lydopptak kan som nevnt være i strid med lojalitetsplikten, straffeloven § 205 bokstav a og personvernlovgivningen.²¹⁹ Skjulte lydopptak kan dessuten være brudd på

²¹⁸ UfR 2019 s. 3878 på s. 3893

²¹⁹ Se kapittel 2 til 4

interne retningslinjer eller instruksjoner.²²⁰ Dersom én eller flere av disse rettslige normene er overtrådt, trekker det i retning av at det foreligger et pliktbrudd.

Dersom lydopptaket skader eller innehar skadepotensiale, er det et moment som også trekker i retning av at det foreligger et pliktbrudd.²²¹ Det er blant annet relevant å se hen til hvem som berøres av lydopptaket, om det er en engangshendelse eller gjentatte forhold og om lydopptaket påvirker arbeidsmiljøet negativt. En arbeidstaker som ved sin opptreden skaper samarbeidsproblemer, kan etter omstendighetene sies opp.²²²

Hvis lydopptaket for eksempel inneholder forretnings- og bedriftshemmeligheter, vil det trolig kunne ha stort skadeomfang om dette videreformidles til utenforstående. Det er særlig den etterfølgende bruken av lydopptaket som vil kunne skade eller inneha stort skadepotensiale. Dette må derfor ses i sammenheng med arbeidstakers formål og hensikt med opptaket. Skjulte lydopptak representerer uansett et tillitsbrudd. Misbruk og tap av tillit vil kunne gjøre selv mer bagatellmessige handlinger til oppsigelsesgrunn.²²³

Dersom arbeidstaker har et legitimt og aktverdig formål med opptaket, vil det være et moment som trekker i retning av at det ikke foreligger et pliktbrudd, og omvendt.²²⁴ Det kan for eksempel tenkes at det vil være en høyere terskel for oppsigelse, dersom arbeidstakeren selv deltar i samtalen sammenholdt med at arbeidstakeren har et saklig formål med lydopptaket.

Dette viser at det må foretas en konkret vurdering av om det er rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør i hvert enkelt tilfelle. En økt bruk av skjulte lydopptak på arbeidsplassen kan bidra til å svekke den kollegiale tilliten og bidra til et mer dysfunksjonelt arbeidsliv.²²⁵ Skjulte lydopptak av arbeidsgiver og kolleger vil i mange tilfeller trolig ikke være forenelig med et fortsatt ansettelsesforhold.

Konklusjonen er at arbeidstakers skjulte lydopptak på arbeidsplassen *kan* være et pliktbrudd som danner saklig grunn til oppsigelse.

²²⁰ Se f.eks. LB-2005-36557

²²¹ Se punkt 4.3.2 om skadeomfang

²²² Storeng (2020) s. 552 og Dege (2009) s. 890

²²³ Storeng (2020) s. 545

²²⁴ Se punkt 4.3.3 om arbeidstakers hensikt og formål med lydopptaket

²²⁵ Styren (2019), <https://rett24.no/articles/-skjult-lydopptak-er-ofte-illojalt>

Referanseliste

Lover og forskrifter

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.)
1902	Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven 1902 – strl. 1902)
1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
1999	Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
2000	Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)
2011	Forskrift 06. desember 2011 nr. 1356 om utforming og innretning av arbeidsplasser og arbeidslokaler (arbeidsplassforskriften)
2018	Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven – pol.)

Forarbeider

NOU 2002: 4	NOU 2002: 4 Ny straffelov, Straffelovkommissjonens delutredning VII
NOU 2009: 1	NOU 2009: 1 Individ og integritet, Personvern i det digitale samfunnet
NOU 2019: 10	NOU 2019: 10 Åpenhet i grenseland, Bilder, film og lydopptak i helse- og

	omsorgstjenesten, barnevernet, skolen og barnehagen
Ot.prp. nr. 56 (1989-1990)	Ot.prp. nr. 56 (1989-1990) Om lov om meglings i konfliktråd og om endringer i straffeloven m.m. (hemmelige opptak av samtale og offentlig gjengivelse; fjernsynsovervåkning; uforsiktig omgang med skytevåpen; ulovlig innførsel, produksjon og omsetning av alkohol; falsk utrykningsmelding; skyldkravet ved heleri m.m.)
Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)	Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
Ot.prp. nr. 55 (1997-1998)	Ot.prp. nr. 55 (1997-1998) Om lov om endringer i rettergangslovene m.m. (kildevern og offentlighet i rettspleien)
Ot.prp. nr. 92 (1998-1999)	Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)	Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
Prop. 85 L (2014-2015)	Prop. 85 L (2014-2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurransbegrensende avtaler i arbeidsforhold)
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 rettskilder

Traktater og forordninger

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen - EMK), vedtatt 4. november 1950, i kraft 3. september 1953
Personverndirektivet	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger. [Personverndirektivet 1995]
Personvernforordningen	Europaparlamentets- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personvern i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [PVF, GDPR]
SP	International Covenant on Civil and Political rights (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – SP), vedtatt 16. desember 1966, i kraft 23. mars 1976

Den europeiske unions domstol

Dom av 6. november 2003 [C5], *Bodil Lindqvist*, C-101/01, EU:C:2003:596

Dom av 11. desember 2014 [C5], *František Ryneš*, C-212/13, EU:C:2014:2428

Dom av 20. desember 2017 [C5], *Peter Nowak*, C-434/16, EU:C:2017:994

Rettspraksis og forvaltningspraksis

Høyesterett

Rt. 1918 s. 575

Rt. 1960 s. 371

Rt. 1990 s. 607 (Saga Data)

Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen)

Rt. 1993 s. 300

Rt. 1996 s. 1401 (Autronica)

Rt. 1997 s. 1128

Rt. 2003 s. 1614

Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør)

Rt. 2011 s. 1324

Rt. 2011 s. 1674

Rt. 2012 s. 1669

Rt. 2013 s. 143 (Avfallservice)

HR-2019-928-A

HR-2021-605-A

HR-2021-966-A

Lagmannsretten

RG-1995-887

LB-2015-152275

LB-2017-45903

LA-2018-13876

LG-2018-161055

LG-2019-72921

LF-2019-167204

Tingretten

TSTAV-2019-50592

TSALT-2020-70225

Personvernemnda

PVN-2005-1

PVN-2013-20

PVN-2015-13

Juridisk litteratur

- Boe (2021) Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2021
- Borch (2016) Borch, Alex (red.), Einar Engh, Else Bugge Fougner, Amund Fougner mfl., *Konkurransereguleringer i arbeidsforhold*, Universitetsforlaget 2016
- Bratholm (1997) Bratholm, Anders og Magnus Matningsdal (red.), *Straffeloven med kommentarer, Anden del*, 1. utgave, Universitetsforlaget 1997
- Dege (2009) Dege, Jan Tormod, *Den individuelle arbeidsrett del II*, Minerva AS 2009
- Fanebust (2015) Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2015
- Hirst (2018) Hirst, Marion Holthe og Sven Ivar Lønneid, *Arbeidsrett i et nøtteskall*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2018
- Jarbekk (2019) Jarbekk, Eva og Simen Sommerfeldt, *Personvern og GDPR i praksis*, 1. utgave, Cappelen Damm Akademisk 2019
- Kjølaas (2010) Kjølaas, Christian, *Personvern i arbeidsforhold*, Universitetsforlaget 2010
- Matningsdal (2015) Matningsdal, Magnus, *Nytt i ny straffelov*, Universitetsforlaget 2015
- Matningsdal (2017) Matningsdal, Magnus, *Straffeloven: De straffbare handlingene, Kommentartutgave*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2017
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Cappelen Akademisk Forlag 2007
- Schartum (2020) Schartum, Dag Wiese, *Personvernforordningen – En lærebok*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2020

- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse, *Prekontraktuelt ansvar*, 1. utgave, Universitetsforlaget 1997
- Skjønberg (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2017
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018
- Skullerud (2019) Skullerud, Åste Marie Bergseng, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad og Marius Engh Pellerud, *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR), Kommentartutgave*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2019
- Storeng (2020) Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund og Kari B. Andersen mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2020
- Wessel-Aas (2018) Wessel-Aas, Jon og Magnus Ødegaard, *Personvern – publisering og behandling av personopplysninger*, 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2018

Nettdokumenter

- Aase (2021) Aase, Kari Aarstad og Maren Olava Ask Hütt, «Polsk professor i lydopptak: Styrker utenlandske studenter» i VG, sist endret 04.03.2021, <https://www.vg.no/nyheter/utenriks/i/IE94G7/polsk-professor-i-lydopptak-stryker-utenlandske-studenter> (Sist lest 03. mai 2021)
- Andersen (2021) Andersen, Jon Even og Nicolai Eriksen, «Wizz Air-lekkasjen: Diktatorisk» i Dagbladet, 18. april 2021, <https://borsen.dagbladet.no/nyheter/diktatorisk/73632694> (Sist lest 03. mai 2021)
- Datatilsynet (2020) Datatilsynet, «Lydopptak av samtaler», sist endret 28.03.2020, <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/overvaking-og-sporing/lydopptak/> (Sist lest 10. mai 2021)

- Herlofsen (2020) Herlofsen, Erik Råd, «Kan du gjøre lydopptak av en samtale for å bruke det som «bevis» senere?» i Vi over 60, januar 2020, <https://cdn-wp-multi-prod01.innocode.digital/uploads/sites/76/2020/01/Herlofsen.pdf> (Sist lest 11. mai 2021)
- Rossen (2019) Rossen, Eirik, «IT» i Store norske leksikon, 6. november 2019, <https://snl.no/IT> (Sist lest 11. mars 2021)
- Statistisk sentralbyrå (2021) Statistisk sentralbyrå, «Statistikkbanken - Bruk av IKT i husholdningene, 12344: Bruk av smarttelefon og sikkerhet knyttet til denne (prosent), etter kjønn, alder, statistikkvariabel og år», <https://www.ssb.no/statbank/table/12344/> (Sist lest 10. februar 2021)
- Styren (2019) Styren, Lars Fr., «Skjult lydopptak er ofte illojalt» i Rett24, 09. september 2019, <https://rett24.no/articles/-skjult-lydopptak-er-ofte-illojalt> (Sist lest 14. mai 2021)
- Topdahl (2019) Topdahl, Rolv Christian, «Advarer mot lydopptaker-trend på jobben» i NRK, 18. november 2019, <https://www.nrk.no/rogaland/advarer-mot-lydopptaker-trend-pa-jobben-1.14773235> (Sist lest 28. april 2021)

