

**PERSONVERN I ARBEIDSFORHOLD –
ARBEIDSGIVERS INNSYNSRETT I E-POST M.M.**

Kandidatnummer: 412

Veileder: Jens Petter Berg

Leveringsfrist: 27. november 2006

Til sammen 15.363 ord

27.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling og oversikt over oppgavens innhold	2
1.3	Avgrensninger	2
1.4	Metode	3
1.5	Aktuell lovgivning, EF-regulering og menneskerettslig regulering	3
<u>2</u>	<u>INNSYN I OG KONTROLL AV E-POST ETTER GJELDENE RETT</u>	<u>6</u>
2.1	Utgangspunkter	6
2.2	Personopplysningslovens formål og den betydning dette har for spørsmålet om arbeidsgivers innsynsrett i ansattes e-post	9
2.3	Betydningen av personopplysningslovens definisjon av ”personopplysning”	10
2.3.1	Innledning	10
2.3.2	Begrepet ”personopplysning”	11
2.3.3	E-post er personopplysning	11
2.3.4	Skillet mellom privat og virksomhetsrelatert e-post	12
2.3.5	Er arbeidsgivers kontroll av ansattes e-postbruk alltid behandling av personopplysninger	13
2.4	Personopplysningsloven § 8	13
2.4.1	Innledning	13
2.4.2	Samtykke	14
2.4.3	Lov	20
2.4.4	Nødvendighetskravet	20
2.5	Bruk av aktivitetslogger av administrasjons- og sikkerhetshensyn	23

2.6	Personopplysningsloven § 9	25
2.7	Personopplysningsloven § 11	26
2.8	Kontroll etter arbeidsmiljøloven	27
2.9	Arbeidsmiljøloven § 9-1	27
2.9.1	Forholdet mellom personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven § 9-1	31
2.10	Arbeidsmiljøloven § 9-2	33
2.11	Har man et vern av privat e-post etter EMK artikkel 8?	33
2.12	Avsluttende bemerkninger om gjeldende rett	35
<u>3</u>	<u>RETTSPOLITISK DRØFTELSE AV HØRINGSFORSLAG 17.10.2006 TIL REGLER OM ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL ANSATTES E-POST MV.</u>	<u>37</u>
3.1	Innledende betraktninger	37
3.2	Endringer i personopplysningsloven	38
3.2.1	Utvidet forskriftshjemmel	38
3.2.2	Utvidelse av Datatilsynet sanksjonsmulighet	38
3.3	Endringer i arbeidsmiljøloven	38
3.4	Endringer i personopplysningsforskriften	39
3.4.1	E-postforskriftutkastet § 9-1	39
3.4.2	E-postforskriftutkastet § 9-2	40
3.4.3	E-postforskriftutkastet § 9-3	40
3.4.4	E-postforskriftutkastet § 9-4	42
3.4.5	E-postforskriftutkastet § 9-5	45
3.4.6	E-postforskriftutkastet § 9-6	46
3.4.7	E-postforskriftutkastet § 9-7	47
3.4.8	E-postforskriftutkastet § 9-8	47
3.5	Sammenfattende vurdering av forslaget	48

1 Innledning

1.1 Tema

Den uavklarte striden om arbeidsgivers innsynsrett i ansattes e-post av personlig karakter ligger i skjæringspunktet mellom to viktige, men vidt forskjellige interesser, arbeidsgivers interesse i å kontrollere at arbeidstaker overholder sine plikter som følger av bl.a. styringsretten, og personvernet. Mens styringsretten og arbeidsrettslige regler tar sikte på å gi arbeidsgiver de nødvendige midler for å påse at arbeidstaker oppfyller sine plikter i arbeidsforholdet, søker personvernreglene å sikre den enkelte mot krenkelser av den personlige integritet, herunder mot uhjemlet behandling av personopplysninger. Den teknologiske utviklingen har vært enorm de siste tiårene, en utvikling som muliggjør behandling og lagring av opplysninger i et så å si ubegrenset omfang, med store muligheter for å søke etter og gjenfinne informasjon. I tillegg etterlater man seg elektroniske spor i stadig større grad. Elektronisk utstyr, som for eksempel datamaskiner, brukes i stadig større grad i det daglige arbeidet av flere og flere arbeidstakere. Denne utviklingen forenkler på mange måter hverdagen for oss alle, men baksiden av medaljen er at stadig mer informasjon behandles uten at den blir borte og at det er vanskeligere for den enkelte å ha oversikt over hvilke opplysninger som behandles og til hvilke formål. Lovgivningen har lett for å sakke akterut, og det stilles krav til at lovgivningen er fleksibel og ikke låses fast, men gir rom for stadig utvikling. På tross av de nye reglene om kontroll i arbeidsmiljøloven 17. juni 2005 nr. 62, og at personopplysningsloven 14. april 2000 nr. 31 også er forholdsvis ny, fremstår rettsreglene om arbeidsgivers innsynsrett i ansattes e-post som delvis uavklarte. Temaet er meget aktuelt da det er en del av alle arbeidstakeres hverdag, noe som også vises ved at temaet stadig tas opp i media, og ved at Fornyings- og administrasjonsdepartementet 17. oktober 2006 sendte ut et høringsforslag til nye regler – hovedsakelig gjennom et nytt kapittel i forskrift 15.12.2000 nr. 1265 om behandling av

personopplysninger (personopplysningsforskriften) – om arbeidsgivers tilgang til ansattes e-post m.m. (i fortsettelsen omtalt som e-postforskriftutkastet).

1.2 Problemstilling og oversikt over oppgavens innhold

Problemstillingen i oppgaven er tosidig; på den ene siden oppstår spørsmål knyttet til hvorvidt arbeidsgiver kan skaffe seg innsyn i sine ansattes e-post av personlig (privat) karakter som et kontrolltiltak etter arbeidsrettslige regler. På den andre siden finner man spørsmål om arbeidsgiver lovlig kan behandle personopplysningene som fremkommer av kontrolltiltaket, og om kontrollen i så måte er lovlig. Det er vanskelig å separere de to sidene ved problemstillingen, som glir over i og utfyller hverandre. Mange av hensynene bak de aktuelle rettsreglene er også sammenfallende. Det er derfor til en viss grad nødvendig å behandle begge sider, dog slik at det i min oppgave vil være et hovedfokus på personvernet. Jeg vil også til en viss grad se på rettspraksis om ansattes private bruk av elektronisk utstyr på arbeidsplassen som ikke direkte omfatter privat e-post. Typeeksempelet her er de ansattes private surfing på Internett ved hjelp av arbeidsgivers datamaskiner. Dette fordi det er sammenfallende personvern hensyn som gjør seg gjeldende.

Jeg vil i det følgende se på de spesielle problemer som knytter seg til kontroll og innsyn i e-post etter gjeldende rett, dvs. pol. §§ 8, 9 og 11, og aml. §§ 9-1 og 9-2, herunder vurdert i lys av EMK art.8 (avsnitt 2 nedenfor). Deretter (avsnitt 3 nedenfor) vil jeg foreta en drøfting av Fornyings- og administrasjonsdepartementets e-postforskriftutkast av 17. oktober 2006, med forslag til endringer i personopplysningsloven § 3 og § 46, *nytt* kapittel 9 om innsyn i e-post mv. i personopplysningsforskriften og en ny § 9-3 i arbeidsmiljøloven.

1.3 Avgrensninger

Jeg har i stor grad valgt å avgrense oppgaven mot arbeidsgivers ansvar i forhold til straffeloven § 145, personopplysningsloven §§ 48 og 49, samt (den gjeldende) personopplysningsforskriften § 9-3. Arbeidsgivers straffe- og erstatningsansvar er et

interessant, men omfattende tema, og det ville være et for omfattende løft i forhold til denne oppgavens rammer, som først og fremst er å se på de rettslige skranker for lovlig behandling av personopplysninger i form av e-post, å gå detaljert inn i dette. Videre har jeg foretatt en avgrensning mot overføring av personopplysninger til utlandet, se pol. §§ 29–30. I dagens samfunn er det ikke uvanlig at bedrifter har kontorer og avdelinger i flere land, og det er derfor tenkelig at personopplysninger i form av e-post kan bli overført til utlandet. Jeg velger likevel ikke å gå nærmere inn på dette, da arbeidsmiljøloven og e-postforskriftutkastet i utgangspunktet dreier seg om arbeidsforhold i Norge. Arbeidsgivers lovpålagte behandling av personopplysninger er i liten grad behandlet i denne oppgaven, da jeg ikke kan se at det er særlig sannsynlig at regler om dette vil omfatte privat e-post (personopplysningsforskriften §§ 2-14 og 2-16, samt § 7-11 er likevel kommentert, da disse reglene omhandler informasjonssystemer og datalogger). ILO (the International Labour Organisation) har utarbeidet en rekommendasjon på dette området – ”Protection of workers’ personal data: an ILO code of practice” fra 1996. Da dette er retningslinjer og ikke bindende regelverk, har jeg valgt å avgrense mot den. Videre har jeg valgt å avgrense mot arbeidstakers rett til innsyn og arbeidsgivers informasjonsplikt, jf. pol. §§ 18-20.

1.4 Metode

Fremstillingen baserer seg på vanlig juridisk metode, slik den er fremstilt i for eksempel *Eckhoff* 2001. Foruten punktene nedenfor i 1.5 har jeg også sett hen til lovforarbeider, teori og reelle hensyn.

1.5 Aktuell lovgivning, EF-regulering og menneskerettslig regulering

Sentralt i forhold til problemstillingen i oppgaven er lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (heretter omtalt som personopplysningsloven eller pol.). I lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (heretter omtalt som arbeidsmiljøloven eller aml.) fikk man et nytt kapittel, nemlig kapittel 9 om kontrolltiltak i virksomheten. Dette vil også omfatte kontrolltiltak hvor arbeidsgiver behandler personopplysninger, og reglene vil derfor være sentrale i denne fremstillingen.

Arbeidsmiljøloven §§ 9-1 og 9-2 er det arbeidsrettslige utgangspunktet for kontrolltiltak. Disse bestemmelsene stiller mao. opp materielle vilkår for når kontrolltiltak er lovlige.

Direktiv 95/46/EF ”Om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger” (heretter omtalt som personverndirektivet) har som oppgave å samkjøre lovverkene i medlemslandene. Målet er at de forskjellige lands lovverk ikke skal være til hinder for den frie flyt og økonomiske samhandling, men direktivet skal også bidra til å gi den enkelte et sterkere vern. Direktivet er ikke til hinder for at den enkelte stat kan vedta strengere regler, men disse må ikke være til hinder for den frie flyt. Direktivet er søkt gjennomført i norsk lov gjennom personopplysningsloven. Det kan derfor være hensiktsmessig å se hen til direktivet ved tolkingen av denne loven. Da direktivet er antatt å være i overensstemmelse med norsk lov, kommer jeg likevel i liten grad til å gå inn på de enkelte bestemmelsene i direktivet.

Både Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4.11.1950 (heretter EMK) art. 8 og Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16.12.1966 (heretter SP) art. 17 verner om privatlivets fred mv. Det ligger utenfor rammene for denne framstillingen å gå inngående inn på disse reglene, men det er klart at man også på arbeidsplassen har en viss rett til privatliv, og at denne vernes av EMK art. 8 og SP art. 17. Begge bestemmelsene gjelder som norsk lov, se lov 21. mai nr. 30 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), § 2. Norge har også ratifisert Europarådskonvensjon 28.1.1981 (ETS nr. 108) om persondatabelskyttelse, og personopplysningsloven antas å være i overensstemmelse med denne, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998 – 1999), s. 11.

Av betydning for denne oppgaven er også forskrift 15.12.2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger (heretter omtalt som personopplysningsforskriften eller pof). Forskrift 15.12.1994 nr. 1259 om arbeid ved dataskjerm kan også nevnes.

Rettspraksis la tidlig grunnlag for et ulovfestet personvern, og har siden 1950-tallet vært med på å utvikle personvernet slik det fremstår i dag. Jeg har stort sett konsentrert meg om praksis fra Høyesterett, men har også med noe underrettspraksis der denne har hatt betydning. Videre kommer man ikke utenom rettspraksis fra Arbeidsretten,¹ som har hatt stor betydning for rettsforholdene i arbeidslivet.

Arbeidstilsynet har i utgangspunktet ikke kompetanse når det gjelder kontrolltiltak, jf. aml. § 18-6(1), men da det har kompetanse når det gjelder forsvarlig arbeidsmiljø, kan det ikke utelukkes at tilsynets avgjørelser kan få betydning. Datatilsynet er ansvarlig tilsynsmyndighet etter personopplysningsloven og besitter betydelig kompetanse på området. Det er imidlertid ikke alle uttalelser og avgjørelser som kan tillegges like mye vekt. Jeg har derfor kun sett på dets uttalelser i forbindelse med høringer til lovgivning, samt anmeldelsene av tre saker i 2005 - 2006.

¹ For mer om Arbeidsretten og ”den ”dobbeltsporede” prosessordningen”, se Jakhelln 2006, s. 119 flg.

2 Innsyn i og kontroll av e-post etter gjeldende rett

2.1 Utgangspunkter

Personvern er et omfattende rettsområde og det er vanskelig å gi en kortfattet og klar definisjon av begrepet, men man kan si at det dreier seg om et knippe rettigheter knyttet til vernet av ens integritet, vernet av retten til å være privat og vernet av opplysninger om ens person. I teorien har man ofte sett personvernet fra tre forskjellige perspektiv, integritetsperspektivet, beslutningsperspektivet og maktperspektivet.² De utgjør forskjellige tilnærminger til personvernet, men overlapper og utfyller hverandre, og forsøker å klargjøre omfanget av rettsområdet. Det ligger utenfor denne oppgavens rammer å gå i detalj rundt perspektivene, men kort sagt tar integritetsperspektivet utgangspunkt i ideen om at den enkelte "eier" opplysningene om seg selv, beslutningsperspektivet ser hen til at personopplysninger ofte danner grunnlag for beslutninger som får betydning for den registrerte, mens maktperspektivet legger til grunn at kunnskap er makt og at det at man vet noe om en person kan påvirke maktbalansen. Alle perspektivene vil være relevante og kunne legges til grunn i et arbeidsforhold. For mer om perspektivene, se NOU 1997: 19, s. 21.

At arbeidstaker har et vern for private opplysninger er uttalt av Asker og Bærum herredsrett i den upåankede dommen i RG 1993 s. 77. Saken gjaldt avskjed på bakgrunn av opplysninger som fremkom etter at ledelsen hadde gått inn på den ansattes private brukerområde i bedriftens databaserte postsystem. Retten sier i dommen følgende:

² I teorien har man også utviklet en teori kalt interesseteorien, for mer om denne, se Selmer 1977, s. 35 eller Schartum og Bygrave 2004, s. 35 flg., hvor teorien er videreutviklet.

”Etter rettens oppfatning må det forhold at ledelsen uten de ansattes viten går inn på de ansattes «private» område på dataanlegget, anses som et inngrep i den personlig integritet.” (s. 85).

Videre sies det:

”Retten finner således at det å gå inn på ansattes private fil på dataanlegget, uten at den ansatte på forhånd blir gjort oppmerksom på det i form av instruks, ved alminnelig kjent praksis eller ved innhenting av samtykke, må regnes som en krenkelse av de krav på beskyttelse av privat informasjon som arbeidstaker må ha overfor arbeidsgiver.” (s. 85).

Alle arbeidstakere har altså, i følge denne dommen – som fordi den ikke er avsagt av Høyesterett, bare har argumentverdi, og ikke prejudikatvekt - et vern mot at arbeidsgiver uten videre kan foreta innsyn i private brukerområder og private opplysninger. Man har krav på en privat sfære som arbeidsgiver ikke kan overskride uten hjemmel. Problemet med innsyn i privat e-post oppstår i det arbeidstaker benytter arbeidsgivers utstyr og e-postadresse knyttet til både bedriften og den ansatte til å sende eller motta e-post av privat karakter. I utgangspunktet kan man si at arbeidsgiver som eier av utstyret må kunne ha full tilgang til filer og lignende lagret på dette. Dette argumentet står seg derimot ikke, fordi gjennomgang og lesning av e-post både av privat og virksomhetsrelatert karakter, vil være behandling av personopplysninger i personopplysningslovens forstand. Som en konsekvens av dette står ikke arbeidsgiver fritt til å foreta innsyn. For å kunne behandle personopplysninger må det foreligge hjemmelsgrunnlag. Arbeidsgiver kan ikke åpne og lese e-post av privat karakter dersom han ikke fyller kravene til slik behandling, se drøftelsen nedenfor i avsnitt 2.5 til 2.7. I tillegg til å oppfylle kravene i personopplysningsloven må arbeidsgiver også holde seg innenfor de skranker arbeidsretten setter for kontrolltiltak, jf. drøftelsen i avsnittene 2.9 til 2.11.

Arbeidsgivers behov for innsyn i e-post generelt er berettiget av flere forskjellige grunner. Ved ansattes fravær vil man i mange tilfeller ha behov for å opprettholde kontakt med kunder, samarbeidspartnere og lignende, besvare innkommende e-post og generelt sørge for at drift og kommunikasjon går sin gang. Da stadig mer av kommunikasjonen mellom bedrifter, forhandlingsparter og ansatte finner sted via e-post, kan arbeidsgiver ha et legitimt behov for innsyn i e-post som angår bedriften. Arbeidsgiver kan også ha et legitimt behov for innsyn i e-post og kontroll av aktivitetslogger m.m. ved mistanke om at arbeidstaker opptrer illojalt, f. eks. utsendelse av e-post med kritikk av ledelsen eller surfing på Internett og annen bruk av utstyret i strid med instruks. Videre vil arbeidsgiver som eier av det elektroniske utstyret måtte ha mulighet til å foreta innsyn ved mistanke straffbare forhold. Typiske eksempler her er nedlastning av barnepornografi eller utsendelse av e-post med taushetsbelagte opplysninger i strid med instruks. Derne har arbeidsgiver et legitimt behov for å opprettholde det sikkerhetsnivå som ansees nødvendig ved den enkelte bedrift, bl.a. for å forhindre spredning av virus. Når så mye kommunikasjon nå foregår via e-post, oppstår det også nye problemer i forhold til arkivering og dokumentasjon. Etter hvert som stadig mer informasjon i form av kontraktsforhandlinger, tilbud og aksept m.m. sendes direkte i e-post eller som vedlegg til e-post, vil arbeidsgiver naturlig nok ha et ønske om å ha tilgang til mest mulig av denne informasjonen.

Arbeidstaker på sin side har et lovfestet krav på vern av privatliv også på arbeidsplassen, både gjennom EMK art. 8, personverndirektivet og etter norsk lovfestet og ulovfestet rett. Det er ikke slik at man i alle henseender legger fra seg sin private sfære når man opptrer som arbeidstaker. Det er en kjensgjerning at man oppfører seg annerledes når man overvåkes, og kontroll/overvåking legger derfor begrensninger på den personlige frihet. Ethvert inngrep i den personlig sfære, herunder innsyn i e-post, som myndighetene foretar, må etter legalitetsprinsippet ha hjemmel. Selv om legalitetsprinsippet etter alminnelig oppfatning ikke gjelder for private arbeidsgivere og det er tvilsomt i hvilken utstrekning det gjelder for myndighetene når disse opptrer som arbeidsgivere, er det trolig at EMK art. 8

legger større skranker på alle arbeidsgivere, private som offentlige, enn det som følger av nasjonale regler ellers. Se nærmere avsnitt 2.12 nedenfor.

I lys av forholdsvis ny teknologi oppstår nye problemer. E-post har likheter med både telefonsamtaler og brev, og favner innholdsmessig alt fra det helt uformelle til det helt formelle i form av kontrakter. Mens man ikke har mulighet til å overvåke og avlytte ansattes telefonsamtaler, er det opplagt at brev adressert til bedriften må kunne leses av arbeidsgiver.

Det kan være hensiktsmessig å skille mellom de situasjoner hvor innsyn skjer på bakgrunn av en konflikt og der hvor innsyn er nødvendig og legitimt for arbeidsgiver. Det er imidlertid ikke utformert et slikt skille i dagens regelverk, og det er ikke lagt til grunn i høringsforslaget. Likevel er det klart at det er stor forskjell på disse to situasjonene. Det er et særlig behov for vern i konfliktsituasjoner, da det nok i slike situasjoner vil kunne være fristende for arbeidsgiver å foreta innsyn for å lete etter kritikkverdige opplysninger.

2.2 Personopplysningslovens formål og den betydning dette har for spørsmålet om arbeidsgivers innsynsrett i ansattes e-post

Pol. § 1 sier at lovens formål ”er å beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger.”. Videre skal loven sørge for at personopplysninger behandles slik grunnleggende personvern hensyn tilsier. Personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på personopplysningene nevnes som eksempel på slike grunnleggende hensyn. Skaugeutvalget var splittet i sitt syn på om hvorvidt formålsparagrafen burde ha et materielt innhold, jf. NOU 1997:19, s. 130 og 131, hvor flertallet kom til at dette ikke var nødvendig. Regelen skal uansett kunne tillegges vekt ved tolkning av lovens andre regler, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 101, og det er derfor viktig å ha den i mente når man tar sikte på å løse problemstillinger knyttet til personvern. Det vises i Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) på side 101 til at formålsparagrafen kan få betydning for å trekke en nedre grense for personopplysninger, i det departementet uttaler:

”– det kan tenkes tilfeller der ordlyden i nr. 1 isolert sett trekker i retning av at en opplysning er «personopplysning», men hvor personvern hensyn ikke kan begrunne at opplysningen vernes.”.

Isolert sett tyder det at en persons navn fremkommer i en e-post på at det er snakk om en personopplysning, også når det dreier seg om virksomhetsrelatert e-post. Det er imidlertid ikke sikkert at det alltid er behov for vern av slik e-post ut fra personvern hensynene, tvert i mot kan det i enkelte tilfeller dreie seg om e-post som ikke inneholder personopplysninger utover det at man må adressere e-posten til noen for at den skal komme frem. Da Høyesterett har lagt til grunn at e-post er personopplysninger, velger jeg likevel ikke å gå nærmere inn på problemstillingen her, men nevner det kun for å vise de mange sidene ved denne formen for kommunikasjon, samt som illustrasjon på hvor vanskelig det er å skille mellom e-poster som trenger vern og de som ikke gjør det. Jeg understreker igjen at e-post etter dagens rett er personopplysninger, uavhengig av innhold.

2.3 Betydningen av personopplysningslovens definisjon av ”personopplysning”

2.3.1 Innledning

Begrepene behandlingsansvarlig og arbeidsgiver vil bli brukt om hverandre og drøftelsene vil alltid være knyttet til arbeidsgiver som behandlingsansvarlig, dvs. den som bestemmer formålet med behandlingen og hvilke hjelpemidler som skal brukes, jf. pol. § 2(4). Dette gjelder uavhengig av om arbeidsgiver benytter seg av en databehandler, jf. pol. § 2(5), eller om en annen ansatt foretar innsyn eller kontroll etter arbeidsgivers ønske. Arbeidstaker er ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”, mens arbeidsgiver er ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”, jf. aml. § 1-8(2). Det er også utenfor oppgavens rammer å se på problemer knyttet til hvem som er arbeidsgiver, for mer om denne problemstillingen, se *Jakhelln* 2006, s. 36 flg.

2.3.2 Begrepet "personopplysning"

Personopplysninger er definert i pol. § 2(1) som "opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkelt person". For det første innebærer dette at det kun dreier seg om opplysninger som kan knyttes til fysiske personer. For det andre må opplysningen kunne knyttes til en enkelt person. Dersom det er knyttet flere brukere til en og samme datamaskin og brukerområde, vil opplysninger som fremkommer her ikke være personopplysninger, med mindre man logger seg på med forskjellige passord, til forskjellige tider eller lignende. Opplysninger kan knyttes til personer direkte eller indirekte, i begge tilfelle vil det være snakk om personopplysninger, slik at også opplysninger som ikke i utgangspunktet er knyttet til et navn er personopplysninger dersom man kan finne ut hvem opplysningen knyttes til. Opplysninger om avdøde omfattes ikke.

2.3.3 E-post er personopplysning

At e-post er personopplysninger ble først fast slått av Borgarting lagmannsrett (jf. LB-2002-2299), og dette synet ble opprettholdt av Høyesterett, jf. Rt. 2002, s. 1500, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler følgende:

"Lagmannsretten har i sin kjennelse forutsett at det her dreier seg om opplysninger som omfattes av personopplysningsloven, og utvalget kan ikke se at denne oppfatning bygger på noen uriktig forståelse av §2 nr. 1." (s. 1503).

Saken gjaldt hvorvidt e-post sendt og mottatt fra en arbeidstakers e-postkasse hos arbeidsgiver kunne fremlegges som bevis i avskjedssak uten arbeidstakers samtykke. Man kan stille spørsmål om hvorvidt det at en e-post sendes til en e-postadresse som inneholder en arbeidstakers navn kun på denne bakgrunn er personopplysninger, da selve e-posten ut over dette ikke nødvendigvis inneholder personopplysninger, se min kommentar under avsnitt 2.2. Etter mitt syn er dette et område hvor det i utgangspunktet ikke i alle tilfeller er behov for vern etter personopplysningsloven. Reelle hensyn taler likevel for et slikt sterkt vern av e-post, fordi det ellers vil åpne for uklarhet med den konsekvens at arbeidsgiver vil

kunne foreta innsyn også i e-post som inneholder personopplysninger under dekke av at man trodde e-posten ikke inneholdt personopplysninger. Arbeidsgivers interesse i e-post som inneholder opplysninger knyttet til bedriften ivaretas av skillet mellom privat og virksomhetsrelatert e-post, se min drøftelse i neste avsnitt.

2.3.4 Skillet mellom privat og virksomhetsrelatert e-post

Skillet mellom privat og virksomhetsrelatert e-post er et skille som har befestet seg gjennom rettspraksis. Det ble benyttet i en dom fra Borgarting lagmannsrett, jf. LB-2002-2299, og ble bekreftet av høyesteretts kjæremålsutvalg, jf. Rt. 2002 s. 1500, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg sier følgende:

”Lagmannsretten har knyttet sin drøftelse til karakteristikken «virksomhetsrelatert». Dette er et begrep som ikke brukes i personopplysningsloven. De elementer som lagmannsretten i denne forbindelse legger vekt på, er imidlertid dekkende i forhold til vurderingen etter paragraf 8 bokstav f, jf. dens krav om «berettiget interesse» (s. 1503).

Høyesterett bekrefter således at det går et skille mellom virksomhetsrelatert og privat e-post. Arbeidsgiver vil som regel ha en berettiget interesse i innsyn i virksomhetsrelatert e-post som overgår arbeidstakers personverninteresse. Avveiningen i forhold til pol. § 8 bokstav f), se nedenfor under punkt 2.4.3, vil når det er snakk om virksomhetsrelatert e-post dermed gå i arbeidsgivers favør. Hvorvidt en e-post er virksomhetsrelatert eller ikke må vurderes ut fra om den ”på en eller annen måte har forbindelse med den type virksomhet som X står for eller er interessert i”, jf. LB-2002-2299. Dette er en konkret vurdering som må foretas i hvert enkelt tilfelle. I denne saken dreide det seg om e-post sendt fra en ansatt til et annet selskap, og innholdet dreide seg om oppstart av konkurrerende virksomhet, og Borgarting lagmannsrett kom til at e-postene var virksomhetsrelaterte.

2.3.5 Er arbeidsgivers kontroll av ansattes e-postbruk alltid behandling av personopplysninger

Kontroll knyttet til bruken av elektronisk utstyr og e-post er behandling av personopplysninger i den grad opplysningene som fremkommer av kontrollen kan knyttes til en fysisk person. Det vil si at det nok kan forekomme kontroll som ikke er personopplysninger, men som faller inn under aml. kap. 9, for eksempel mer overordnet gjennomgang av systembruk m.v. Spørsmål knyttet til dette vil imidlertid falle utenfor denne oppgavens rammer, som jo konsentrerer seg om personvern, og dermed ikke kontroll i seg selv. I de fleste tilfeller vil nok kontrolltiltak likevel generere personopplysninger, og således måtte oppfylle kravene til behandling etter personopplysningsloven.

Gjennomføring, åpning eller lesing av e-post er behandling av personopplysninger og vil som regel være ledd i et kontrolltiltak. Verken behandling av personopplysninger eller kontrolltiltak kan gjennomføres uten hjemmel. Behandling av e-poster må følgelig for det første oppfylle kravene i personopplysningsloven og dernest oppfylle de krav som settes til gjennomføringen av kontrolltiltak. Det er i dag private og personlige e-poster som skaper problemer og jeg vil i det følgende ha hovedfokus på disse.

Det kan være hensiktsmessig å skille mellom innsyn i e-post og innsyn i e-postkasser. Dette er et skille som ikke er særlig mye brukt i dag, men som er foreslått i det nye e-postforskriftutkastet. En e-postkasse vil inneholde alle mottatt e-poster til en adresse, og ofte også en del av de e-poster som er sendt fra adressen, og en oversikt over disse. Ved å åpne en e-postkasse vil man dermed få en oversikt over hvilke e-poster som er sendt og mottatt, uten at man ser hele e-postens innhold.

2.4 Personopplysningsloven § 8

2.4.1 Innledning

Pol. § 8 stiller opp tre alternative vilkår for behandling av personopplysninger; samtykke, lov eller nødvendighet. Dersom man ikke oppfyller et av disse kan man heller ikke lovlig behandle personopplysninger, herunder e-post. I det følgende vil jeg gjøre rede for disse,

med særlig vekt på de problemstillinger som gjelder for arbeidsforholdet, herunder kontroll av e-post.

2.4.2 Samtykke

Det første mulige vilkåret er samtykke. Samtykke er definert i pol. § 2, punkt 7 som en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandlingen av opplysninger om seg selv. Personvern direktivet definerer samtykke i art. 2, bokstav h, som ”enhver frivillig, spesifikk og informert viljesytring om at den registrerte gir sitt samtykke til at personopplysninger om vedkommende blir behandlet.” og i fortalens punkt 33 tillegges samtykket betydelig vekt; ”Opplysninger som er av en slik art at de kan krenke grunnleggende friheter eller privatlivets fred, bør ikke behandles uten den registrertes uttrykkelige samtykke.”. Kravet om samtykke bygger på interessen i selv å ha rådighet over opplysninger om egen person, og innebærer at samtykket må være individuelt, men det kan avgies av person med fullmakt, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999), s.103. Et samtykke kan trekkes tilbake på et hvilket som helst tidspunkt, og videre behandling må da ha annet rettslig grunnlag for å være lovlig. Det har vært lovgivers intensjon at mest mulig behandling skal ha sitt grunnlag i samtykke, se Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108. Dette stemmer bra med det personvernmessige ideal om at man eier opplysninger om seg selv. På bakgrunn av dette kan arbeidsgiver ved å innhente samtykke, sikre seg innsyn i ansattes e-postkasser.

At samtykke må være frivillig innebærer at det ikke må være avgitt under press eller tvang. Det kan ikke knyttes negative konsekvenser til det å ikke gi samtykke. Frivillighetskravet byr på særlige problemer i et arbeidsforhold, da det er en direkte følge av arbeidsforholdet at det oppstår et underordningsforhold. Det kan være vanskelig for en arbeidstaker å ikke gi sitt samtykke, selv om han ikke utsettes for direkte press. Som en følge av dette vil samtykke kunne bli delvis illusorisk. Man kan likevel ikke si at underordningsforholdet i seg selv tilsier at frivillighetskravet ikke er oppfylt, men det er ikke mulig å se bort fra at samtykke i arbeidsforhold sjeldent vil være upåvirket av underordningsforholdet.

Videre må samtykket være uttrykkelig, og i dette ligger det at det må gis ved en aktiv handling fra den registrerte, slik at stilltiende eller passivt samtykke ikke er godt nok. Det stilles ikke opp formkrav til samtykket, men arbeidsgiver vil ha bevisbyrden for at det er avgitt, og det vil derfor være en fordel at samtykket er gitt skriftlig.

At samtykke må være informert innebærer at den registrerte må ha mottatt tilstrekkelig informasjon om hva samtykket innebærer, likevel ikke slik at alle konsekvenser og mulige følger nødvendigvis er skissert. Datatilsynet har utformet en liste om hva slags informasjon den registrerte bør få.³ Konsekvensen av manglende informasjon kan bli at behandlingen ikke er lovlig.

Det har på arbeidsrettens område utviklet seg et velfungerende system av kollektive avtaler; tariffavtaler⁴. Fordelen med tariffavtaler er at man får en forhandlingssituasjon mellom mer likeverdige parter og en utjevning av maktforholdet, noe som også har ført til at det i dag er mulig å tariffeste vilkår ut over hva som ellers er lovlig, se f. eks. aml. § 10-6. Spørsmålet blir da om man gjennom tariffavtale kan gi samtykke til behandling av personopplysninger, herunder innsyn i e-post. Det fremgår av Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103 at samtykke kan gis av en person med fullmakt, som jo inngåelse av tariffavtale i utgangspunktet er, jf. *Jakhelln* 2006, s. 551.

Det reiser seg en rekke problemer knyttet til et eventuelt kollektivt samtykke til behandling av personopplysninger. At kravet om uttrykkelighet må oppfylles, byr på problemer, da stilltiende samtykke ikke oppfyller dette kravet. Dette kan man neppe bøte på ved å åpne for at arbeidstaker kan reservere seg mot avtalen, i det samtykket da ikke vil bygge på en aktiv handling. Man kan uansett stille spørsmål om hvorvidt en reservasjonsadgang vil

³ www.datatilsynet.no/templates/article_876.aspx, 7.11.06

⁴ Tariffavtale – en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold, jf. lov av 5. mai 1927 om arbeidstvister, § 1(8). En tariffavtale er en avtale som ”gir normer for hva en arbeidsavtale kan inneholde i de arbeidsforhold som tariffavtalen gjelder for, eller som regulerer forholdet mellom tariffavtalens parter.”, jf. *Jakhelln*, 2006, s. 538.

være ønskelig; formålet med tariffavtalen vil jo blant annet være å øke forutberegneligheten for både arbeidstaker og arbeidsgiver om hvilke opplysninger som kan behandles. Dersom man åpner for reservasjon vil dette kunne by på vanskeligheter for arbeidsgiver, da arbeidsgiver ikke vil kunne behandle opplysninger på likt grunnlag dersom noen velger å benytte seg av reservasjonsmuligheten. Videre kan man stille spørsmål ved om et kollektivt samtykke vil kunne tilbakekalles. Dersom man åpner for at samtykket kan tilbakekalles, mister tariffavtalen noe av sin hensikt, nemlig å skape fastsatte rammer. Det er også et trekk ved tariffavtaler at de skal være ufravikelige og et tilbakekall av samtykke vil kunne bryte med dette. Til sist kan man spørre om et kollektivt samtykke kan oppfylle informasjonskravet. Det må i alle fall pålegges fagforeningen å sende ut god og omfattende informasjon om hvilke opplysninger som kan behandles etter avtalen m.m., og dette vil måtte fremgå av innmeldingen i fagforeningen.

Hvorfor skulle man så i det hele tatt vurdere å åpne for kollektivt samtykke? Ved å ta spørsmål om personvern med i forhandlinger om tariffavtale, kan man regne med at konsekvensene for arbeidstaker blir bedre belyst enn om den enkelte selv må ta stilling til hvorvidt personopplysningen bør kunne behandles eller ikke, og at spørsmål knyttet til dette blir bedre belyst også for arbeidsgiver, som jo er den som etterspør samtykket og derfor vurderer hvorvidt behandlingen er ønskelig.

Underutvalget til Arbeidslivslovutvalget skriver i sin rapport på s. 27 følgende:

”Ut fra en ren arbeidsrettslig innfallsvinkel er det ikke tvilsomt at det gjennom tariffavtale kan etableres kontrollordninger med bindende virkning for de enkelte ansatte som er medlemmer av den forening som inngår avtalen. Fullmakten som gis foreningen ved den enkelte arbeidstakers medlemskap, omfatter også et samtykke til å avtalefeste kontrollordninger. Etablering og utforming av kontrolltiltak gjennom tariffavtale vil i alminnelighet sikre en betryggende saksbehandling og en forsvarlig interesseavveining. Dette kan tale for at en bør gå forholdsvis langt i å akseptere tariffavtale som rettslig grunnlag for kontrolltiltak i arbeidslivet. Men det går likevel

en grense, særlig inngripende kontrolltiltak må sannsynligvis forankres i et individuelt samtykke.”.

Følgelig kan altså et kontrolltiltak i seg selv få sitt rettelige grunnlag i tariffavtale. Videre sier utvalget på s. 48:

”Personopplysningsloven legger vekt på samtykke. I forhold til ulovfestede arbeidsrettslige prinsipper reises spørsmålet om kollektivt samtykke er tilstrekkelig etter personopplysningsloven §§ 8 og 9. Personopplysningsloven og EUs personverndirektiv bygger på individuelt informert samtykke som hovedregel. Det er på den annen side viktig å være oppmerksom på den spesielle posisjonen kollektiv representasjon har i arbeidslivet. Personopplysningsloven og EUs personverndirektiv er ikke utformet med arbeidslivet spesifikt i tankene, noe som taler for at de spesifikke trekk ved arbeidslivet må tillegges betydelig vekt ved tolkingen av loven. Det kan ikke helt utelukkes at kollektivt samtykke gjennom tariffavtale etter omstendighetene vil kunne tilfredsstillere personopplysningslovens krav til samtykke, men den nærmere rekkevidden av et slikt samtykke er et uavklart spørsmål i norsk rett.”.

Problemet blir altså om selve behandlingen av personopplysninger kan tariffavtales. Henning Jakhelln ser ut til å forutsette at behandling etter samtykke ikke kan ha sitt rettslige opphav i tariffavtaler, se *Jakhelln 2006*, side 401, hvor han skriver at ”det må merkes at det her er tale om et individuelt samtykke fra den enkelte arbeidstaker, og det er antatt at et kollektivt samtykke ikke oppfyller de krav som følger av popplyl. § 2, nr. 7.”, videre i *Jakhelln og Aune, 2006*, s. 69, - ”det innebærer at en arbeidsgiver ikke kan basere seg på et kollektivt samtykke som hjemmelsgrunnlag for behandling av personopplysninger”.

I NOU 1997: 19, s. 133 heter det

”Endelig må samtykket være individuelt (jf. uttrykket «den registrerte»), dvs at den enkelte registrerte selv (eller ved en fullmektig) må ha avgitt erklæringen. Et «kollektivt» samtykke, f eks slik at en organisasjon samtykker på vegne av alle medlemmene, vil i utgangspunktet ikke tilfredsstillere kravet med mindre omstendighetene rundt innmeldingen i organisasjonen gjør at innmeldingen i seg selv tilfredsstiller kravet til samtykke (dvs slik at det tydelig fremgår at innmeldingen medfører behandling av personopplysninger, og innmeldingserklæringen er informert).”.

På bakgrunn av dette, heter det i kommentarutgaven til personopplysningsloven⁵ på s.77 at ”det kollektive samtykke som gjerne er representert gjennom avtale mellom hovedorganisasjonene, er tilendebrakt gjennom definisjonen av samtykke slik dette fremtrer i § 2 nr. 7.”, og videre ”Poenget er at en slik innmelding ikke er kollektiv; den er individuell. Kollektivt samtykke er uforenelig med selvråderetten.”. Jørstad⁶ kommer til at kollektivt samtykke kan være i overensstemmelse med personopplysningsloven dersom innmeldingen innebærer at det opprettes et fullmaktsforhold, men at kontroll av e-post og aktivitetslogger i overvåkingsøyemed er av en slik inngripende karakter at samtykket bør være individuelt.

Etter min mening tilsier de fordeler som ligger i et kollektivt samtykke at man i alle fall ikke utelukker kollektivt samtykke som behandlingsgrunnlag, dersom det fremgår klart av innmeldingen hva man samtykker til og det foreligger reservasjonsmuligheter. Slik regelverket er i dag fremstår det som uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig både for arbeidsgiver og arbeidstaker, i og med at for eksempel skillet mellom privat og virksomhetsrelatert e-post er domsstolsskapt. I tillegg vil samtykke innen arbeidsforhold kunne være illusoriske som følge av underordningsforholdet. Dessuten vil man ved å tariffeste regler om dette, antakelig få en bedre gjennomgang av konsekvensene tiltaket vil ha for arbeidstaker, samt at det vil bli nærmere vurdert hvorvidt tiltaket er nødvendig og

⁵ Wiik Johansen m. fl. 2001.

⁶ Jørstad 2004, s.39 flg.

om mindre inngripende tiltak kan frembringe de ønskede opplysninger. Den danske Lov om bruk av helbredsopplysninger mv på arbeidsmarkedet, vedtatt 16.april1996, § 5, stk. 2, åpner for at det kan innhentes helseopplysninger om de ansatte har sykdommer og symptomer på sykdommer når det er nødvendig av hensyn til virksomhetens drift, dersom det er inngått tariffavtale om dette. Dette kan tilsi at det ikke er i strid med personverndirektivet å inngå tariffavtale om behandling av personopplysninger, men også personverndirektivet vektlegger det individuelle samtykket. Datatilsynet skriver i sin høringsuttalelse til arbeidsmiljøloven⁷ på side 4, at et kollektivt samtykke ikke vil tilfredsstille kravene til samtykke etter personopplysningsloven og personverndirektivet, men at en kollektiv avtale kan være et vurderingsmoment i forhold til pol. 8 f).

Etter mitt syn taler mye for å tillegge reelle hensyn betydelig vekt ved vurderingen av om kollektivt samtykke kan godtas som hjemmelsgrunnlag for behandling av personopplysninger. Regelverket om behandling av personopplysninger er, slik det fremstår i dag, vanskelig å få oversikt over. I tillegg overlates vanskelige avveininger i forhold til om behandling er ønskelig og nødvendig, i dag til arbeidsgiver. Dernest er samtykket i arbeidsforhold i en meget spesiell stilling i kraft av underordningsforholdet. Det vil alltid være vanskelig for en arbeidstaker å ikke gi sitt samtykke på forespørsel fra arbeidsgiver, med den konsekvens at samtykket, etter mitt syn, ofte vil bli illusorisk. Dersom man åpner for reservasjonsrett, mener jeg tariffavtalt samtykke, ved å fjerne de vanskelige avveiningene fra arbeidsgiver, utjevne styrkeforholdet og sørge for inngående behandling av spørsmålene, kan være et bedre alternativ enn et samtykke avgitt av en arbeidstaker som kanskje ikke innser rekkevidden av det og som uansett ikke hadde sagt nei av frykt for reaksjoner, til en arbeidsgiver som ikke nødvendigvis har særlig god kjennskap til kravene til behandling av personopplysninger. I tillegg kan nevnes den sterke stilling som kollektive avtaler har fått innen arbeidsretten, og hvor velfungerende de har vist seg å være. Hvorvidt et kollektivt samtykke vil kunne være lovlig

⁷ Høringsuttalelsen er lagt ut på Datatilsynets hjemmesider,

<http://www.datatilsynet.no/upload/Dokumenter/saker/2004/Les%20hele%20høringsuttalelsen%20her.pdf>.

behandlingsgrunnlag, og i tilfelle hvor langt et slikt samtykke vil kunne strekke seg, er fortsatt delvis uavklart i norsk rett.

2.4.3 Lov

Behandling av personopplysninger kan også ha hjemmel i lov. Begrunnelsen for dette vilkåret er at dersom Stortinget har vurdert og funnet at behandling av personopplysninger er nødvendig, taler det for at man skal åpne for dette. Det er ikke nødvendigvis slik at hele behandlingen selv må ha hjemmel i lov, det kan være tilstrekkelig at det i loven er gitt hjemmel for å gi forskrift om behandlingen. Arbeidsgivers lagringsplikt etter pof. §§ 2-14 og 2-16 vil være eksempler på dette. Det er imidlertid lite sannsynlig at man vil finne lovhjemmel som hjemler innsyn i privat e-post. Her kan det imidlertid være hensiktsmessig å skille mellom e-postkasser og selve e-posten. ”Videre må det skilles mellom innsyn i e-post og innsyn i en e-postkasse/e-postboks (som inneholder flere e-postmeldinger). Omstendighetene kan være slik at arbeidsgiver har et saklig behov for innsyn i slik e-postkasse/e-postboks for på den måten å kunne skille ut hva som er privat e-post og hva som er virksomhetsrelatert e-post uten å måtte åpne og lese e-postene som sådan”, jf. *Jakhelln og Aune* 2006, s. 359. Det kan tenkes at arbeidsgiver, særlig dersom arbeidsgiver er en offentlig instans, er underlagt plikter f. eks. i forhold til arkivering (se for eksempel Lov av 4. des. 1992 om arkiv) og at e-post i noen tilfeller kan tenkes å omfattes av disse reglene. I så fall vil arbeidsgiver måtte kunne foreta innsyn i e-postkassene for om mulig å skille ut slik e-post. Uansett er innsyn i e-post og e-postkasser av en slik inngripende karakter at det stilles strenge krav til tilstrekkelig hjemmel. Innsyn i privat e-post som følge av lov, kan neppe tenkes.

2.4.4 Nødvendighetskravet

Som et siste alternativ finner vi nødvendighetskravet. Dersom det er nødvendig for å oppfylle et av alternativene i bokstavene a til f, kan man likevel behandle personopplysninger, selv om man ikke har fått samtykke og behandlingen ikke er hjemlet i lov. Jeg kan vanskelig se at bokstavene c til e vil være relevante når det gjelder behandling

av personopplysninger i forbindelse med kontrolltiltak fra arbeidsgivers side og velger derfor å avgrense mot disse. For mer om disse alternativene, se *Wiik Johansen 2001*, s. 100 flg. For at behandlingen skal være lov må den være nødvendig. Dette betyr at arbeidsgiver ikke kan overvåke og kontrollere sine ansatte uten å ha saklig grunn, samt at det er et reelt behov for behandlingen, noe også Jørstad er enig i.⁸

2.4.4.1 Personopplysningsloven § 8 bokstav a)

Bokstav a tillater behandling dersom det er nødvendig for å oppfylle avtale med den registrerte, og arbeidsavtalen vil således kunne være tilstrekkelig hjemmel i utgangspunktet. Det henvises ofte til arbeidsreglement i arbeidsavtaler og disse blir da tillegg til avtalen, og slike instruksjoner vil dermed omfattes av avtalen. Dermed blir spørsmålet om det å ”oppfylle en avtale” også innebærer at de rettigheter arbeidsgiver har etter avtalen kan kreves oppfylt. Ordlyden kan tilsa at den behandlingsansvarlige kun kan behandle personopplysninger slik at avtalen oppfylles overfor den registrerte og ikke for å få oppfylt sine egne rettigheter. I Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) heter det på side 108 at ”Behandling av personopplysninger kan videre finne sted dersom behandlingen er nødvendig for å oppfylle en avtale der den registrerte er part”.

Alternativet er helt klart relevant i arbeidsrettslig sammenheng og det kan tenkes en rekke situasjoner hvor man må behandle personopplysninger, f. eks. opplysninger om kontonumre for å utbetale lønn.

Når det gjelder behandling i forbindelse med kontrolltiltak blir det imidlertid litt usikkert om bokstav a kan brukes som hjemmel. Stefan Jørstad kommer i sin avhandling⁹ til at også kontrolltiltak må kunne ha sitt utgangspunkt i dette, og at det er meningen at også rettigheter for arbeidsgiver må kunne kreves oppfylt. Jeg er enig med Jørstad i at også arbeidsgivers rettigheter må kunne omfattes av denne bestemmelsen, og følgelig vil arbeidsgiver i utgangspunktet kunne ha rett til innsyn i privat e-post dersom dette er fastsatt

⁸ Jørstad 2004 s. 48.

⁹ Jørstad 2004 s. 52.

i avtale underskrevet av arbeidstaker. Her er det igjen grunn til å merke seg at det vil være vanskelig for arbeidstaker å protestere på avtalens innhold ved ansettelsen, særlig i et presset arbeidsmarked, av frykt for at jobben da skal tilbys noen andre. Dessuten kan man her trekke paralleller til samtykke og spørre om arbeidstaker vil ha mulighet til å senere reservere seg.

2.4.4.2 Personopplysningsloven § 8 bokstav b)

Bokstav b åpner for behandling av personopplysninger når dette er nødvendig for at arbeidsgiver skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse. Fevang og Lauridsen¹⁰ kommer i sin artikkel til at loggføring m.m. for administrasjon og sikkerhet etter pof. §§ 2-14 og 2-16 siste ledd vil falle inn under dette alternativet. Det er etter mitt syn like naturlig å si at slik behandling vil falle inn under behandling fastsatt i lov, jf. min drøftelse under punkt 2.4.2. Utover dette kan jeg ikke se at arbeidsgiver på grunn av rettslige forpliktelser skal ha behov for innsyn i privat e-post.

2.4.4.3 Personopplysningsloven § 8 bokstav f)

Alternativ f stiller opp et siste mulig behandlingsvilkår; behandling er lovlig dersom det er nødvendig for ”at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen”. Dette er, ved siden av samtykke, det mest relevante alternativet når det gjelder kontroll i arbeidsforhold, og baserer seg på en avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. Det må altså foretas en interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for kontrollen og arbeidstakers personvern. Dette innebærer at arbeidsgiver må ha god grunn for å gjennomføre kontrollen. Som nevnt over i punkt 2.3 har arbeidsgiver et legitimt behov for innsyn i virksomhetsrelatert e-post. Når det gjelder privat e-post stiller det seg annerledes. I utgangspunktet vil ikke arbeidsgiver ha en berettiget

¹⁰ Arbeidsrett 2004 nr. 4, Arbeidsgivers adgang og mulighet til å behandle og bruke personopplysninger om arbeidstakere, s. 267.

interesse i å åpne, gjennomgå og lese disse, da de i utgangspunktet ikke er av betydning for bedriften. Kontroll av privat e-post er også av så inngripende karakter at hensynet til arbeidstakers personvern tilsier at arbeidsgiver ikke skal kunne kontrollere disse. Fra dette utgangspunktet må det imidlertid gjøres noen unntak. Interesseavveiningen vil kunne gå i arbeidsgivers favør dersom han har grunn til å anta at arbeidstaker opptrer i strid med lojalitetsplikten eller at e-postens innhold er straffbart. Oslo tingrett (TOSLO-2001-12516) har behandlet en sak som gjaldt nedlastning av barnepornografisk materialet. I dommen uttales det at ”Retten antar imidlertid at § 8 f) gir tilstrekkelig hjemmel.” og videre

”At en arbeidsgiver har et legitimt og forståelig behov for å innlede en personalsak mot en arbeidstaker som har lastet ned store mengder barnepornografi på bedriftens server, må være på det rene. Det dreier seg om straffbar virksomhet ved bruk av arbeidsgivers dataanlegg.”.

At arbeidstaker laster ned ulovlig materiell kan altså godtgjøre innsyn. Videre sier retten at det er lagt vekt på at materialet ikke er oversendt i privat e-post. Dette er etter min mening en reservasjon som i alle fall kun kan gjelde mottatt e-post. Hvis arbeidstaker sender e-post med slikt innhold må arbeidsgiver kunne behandle opplysningene. Dersom arbeidstaker mottar slik e-post, kan det tenkes at resultatet av interesseavveiningen vil falle ut til arbeidstakers fordel, i det man ikke kan kontrollere hva andre sender til e-postkassen. Pol. § 8 bokstav f) har fått et videre omfang og brukes i større utstrekning enn man hadde tenkt, jf. mandatet gitt av Justisdepartementet og moderniseringsdepartementet, Rapport 2006, Utredning av behovet for endring av personopplysningsloven, s. 80. Det er betenkelig at det er opp til den enkelte arbeidsgiver å foreta avveiningen i § 8 f), da arbeidsgivere i noen tilfeller nok ikke kan sies å ha god nok kjennskap til regelverket.

2.5 Bruk av aktivitetslogger av administrasjons- og sikkerhetshensyn

Etter pof. § 7-11 er behandling av personopplysninger som fremkommer av aktivitetslogger unntatt fra meldeplikten etter pol. § 31 dersom formålet med behandlingen er å administrere systemet eller avdekke/opklare brudd på sikkerheten. Det samme gjelder

opplysninger om disposisjoner til ressurser i systemet. Videre følger det av pof. §§ 2-14 og 2-16 at arbeidsgiver i noen tilfeller kan være pliktig til å registrere og behandle opplysninger om bruk av informasjonssystemer. Arbeidsgivers rett til å bruke aktivitetslogger til administrasjon og for å avdekke brudd på sikkerheten har vært prøvd for retten, jf. Rt. 2001 s. 1589. Det var den gang personregisterlovens hovedforskrift § 2-20 som regulerte dette, men bestemmelsen er i all hovedsak videreført i pof. § 7-11, og dommen er derfor fortsatt relevant. Saken gjaldt oppsigelse av en elektroingeniør som hadde lastet ned et betydelig antall mp3-filer fra Internett på bedriftens datamaskiner og herved belastet Internettlinjen. Dette ble oppdaget ved at det ble foretatt en utskrift av brannmursloggen, som viste at elektroingeniørens to PCer sto for 50 % av nedlastningen. På denne bakgrunn ble det tatt en katalogutskrift fra en av disse PCene, og man fant at det var lagret 541 mp3-filer. Elektroingeniøren anket saken og fremholdt for Høyesterett at både det lovfestede og ulovfestede personvernet var overtrådt. Høyesterett kom til at undersøkelsen var administrasjon av systemet, og sier videre:

”Bedriften hadde et legitimt behov for å søke å få bedret utnyttelsen av internettlinjen, som var et tiltagende problem i det løpende arbeid på IT-avdelingen, og jeg kan ikke se at hovedforskriftens § 2-20 annet ledd utgjør noe hinder for bedriften til i dette tilfellet å gå videre med den informasjon man så langt hadde innhentet om As belastning av internettlinjen, og eventuelt benytte denne ved oppsigelse av A.”

Domstolen kom også til at det ikke kunne rettes ”kritikk av betydning” til at ledelsen hadde gått inn på As kontor og PC, da det var vanlig at de ansatte gikk inn på hverandres kontorer og brukte hverandres PCer, og at opplysningene som fremkom kunne brukes i forbindelse med oppsigelsen. Man kan spørre om ikke bruk av slike opplysninger til oppsigelse er sekundærbruk og således trenger selvstendig behandlingsgrunnlag. Høyesterett har imidlertid opprettholdt synet på at slike opplysninger kan brukes som grunnlag for arbeidsrettslige reaksjoner i Rt. 2005 s. 518. Saken gjaldt gyldigheten av avskjed. Det ble oppdaget at arbeidstakere hadde lastet ned pornografisk materiale ved bruk av bedriftens dataanlegg i strid med instruks. I dommen bekreftes for det først at arbeidsgiver i kraft av

styringsretten kan etablere det sikkerhetsnivå han finner nødvendig og at arbeidstaker må etter lojalitetsplikten må følge dette, jf. avsnitt 48. Videre var det ikke i strid med pof. § 7-11 at det ble foretatt undersøkelser for å avdekke nedlastning av pornografiske bilder i strid med bedriftens instruks, jf. avsnitt 58. Det vises i dommen til en uttalelse fra Datatilsynet som finner at det var adgang til å søke i systemet og at opplysningene under tvil kunne brukes som grunnlag for arbeidsrettslig reaksjon, fordi det dreide seg om ”et så klart brudd på fastsatte retningslinjer at det ville være urimelig om man skulle være avskåret fra å sanksjonere.”, jf. avsnitt 56. Det kan til slutt nevnes at avskjed ikke var en berettiget reaksjon fordi den var uforholdsmessig, da instruksene ikke i tilstrekkelig grad var fulgt opp fra arbeidsgivers side. Det er altså hevet over enhver tvil at arbeidsgiver kan søke i og gjennomgå aktivitetslogger av hensyn til sikkerhet og administrasjon, og at opplysningene som fremkommer kan benyttes som bakgrunn for arbeidsrettslige reaksjoner overfor de ansatte dersom det er snakk om grove brudd på lojalitetsplikten. Opplysningene som fremkommer kan ikke senere behandles for å overvåke og kontrollere de ansatte, jf pof. § 7-11, tredje ledd.

2.6 Personopplysningsloven § 9

Personopplysningsloven § 9 omhandler retten til å behandle sensitive opplysninger.¹¹ Spørsmålet blir da om kontroll av e-post og aktivitetslogger kan frembringe sensitive personopplysninger. Sensitive personopplysninger er definert i pol. § 2(8) og oppregningen er uttømmende. Det er vel helt klart at private e-poster vil kunne inneholde sensitive personopplysninger. Også aktivitetslogger som viser mønstre knyttet opp mot en bestemt bruker vil måtte kunne regnes som sensitive, da de kan si noe om politisk, filosofisk eller religiøs tilknytning, eller seksuelle forhold. I Oslo tingretts dom som omhandlet barnepornografi (TOSLO-2001-12516) kom retten til at opplysningene var å regne som sensitive personopplysninger. Saken gjaldt nedlastning av barnepornografisk materiale, og dette vil falle inn under opplysninger om seksuelle forhold.

¹¹ Sensitive opplysninger er definert i pol. § 2 (8), og oppregningen er uttømmende.

For at arbeidsgiver skal kunne behandle sensitive personopplysninger må for det første ett av vilkårene i pol. § 8 være oppfylt. For det andre må behandlingen oppfylle et av vilkårene i bokstavene a til f. Både bokstav a og b, som gjelder samtykke og lov vil kunne være relevante i arbeidsforhold, jf. min drøftelse i punktene 2.5.1 og 2.5.2. Bokstav f tillater behandling av sensitive personopplysninger dersom det er nødvendig for å gjennomføre arbeidsrettslige rettigheter og plikter. Det sies forholdsvis lite om § 9 f) i forarbeider og litteratur for øvrig, men det er klart at et av grunnlagene for arbeidsrettslige rettigheter og plikter kan være den individuelle arbeidsavtalen, jf. NOU 1997: nr. 19, s 140. Ut i fra ordlyden vil følgelig et kontrolltiltak som er fastsatt i arbeidsavtalen være lovlig, også om det gjelder behandling av sensitive opplysninger. Det er her grunn til å peke på at arbeidstaker er i en utsatt situasjon når han undertegner en arbeidsavtale. Man vil jo i et presset arbeidsmarked selvsagt strekke seg litt lenger for å vise at man er den arbeidsgiver gjerne vil ansette, og i alle fall ikke være vanskelig og stå på krav man ikke helt vet om får betydning eller ikke. I dommen fra Oslo tingrett som er omtalt i forrige avsnitt kom retten til at arbeidsgiver kunne behandle opplysningene som fremkom etter pol. § 9 e) og f).

2.7 Personopplysningsloven § 11

Det er i pol. § 11 oppstilt en rekke kumulative grunnkrav til behandlingen som må være oppfylt for at behandlingen skal være lovlig. For det første må et av behandlingvilkårene i pol. § 8, eventuelt § 9, være oppfylt, jf. bokstav a og min drøftelse under punktene 2.5 og 2.7. For det andre må opplysningene ”bare nyttes til uttrykkelig angitte formål”, jf. bokstav b, dette vil si at det før behandlingen settes i gang er klargjort og kommer klart til uttrykk hva opplysningene skal brukes til. Dette innebærer at bruk til annet enn de opprinnelige oppgitte formål er sekundærbruk og at denne bruken må ha eget selvstendig grunnlag etter pol. §§ 8 og 9. Formålene må være saklig begrunnet i virksomheten. Dette innebærer at privat e-post kun unntaksvis vil kunne behandles, da arbeidsgiver i utgangspunktet ikke har saklig grunn til å lese slik e-post. Bokstav c slår fast at opplysningene ikke kan brukes til formål som er uforenelige med det opprinnelige formålet uten den registrertes samtykke. I bokstav d stilles det krav om at opplysningene må være tilstrekkelige og relevante for

formålet. Bokstav e krever at opplysningene må være korrekte og oppdaterte og ikke lagres lengre enn nødvendig.

2.8 Kontroll etter arbeidsmiljøloven

Et arbeidsforhold baserer seg på en arbeidsavtale. Arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til disposisjon mot et nærmere bestemt vederlag, vanligvis lønn. Det ligger i arbeidsavtalens natur at det oppstår et underordningsforhold. Som følge av dette oppstår det en styringsrett for arbeidsgiver med en motsvarende lojalitetsplikt for arbeidstaker. Et hvert kontrolltiltak som er inngripende i forhold til den enkelte arbeidstaker eller som begrenser den enkeltes handlefrihet, må ha grunnlag i hjemmel¹², og kontroll i form av innsyn i e-postkasser og e-post, både virksomhetsrelatert og privat, er av en slik karakter at hjemmel kreves. Hjemmel kan være styringsrett, lov, samtykke, arbeidsavtale samt tariffavtale.

2.9 Arbeidsmiljøloven § 9-1

Aml. § 9-1 er en kodifisering av gjeldende, ulovfestet rett, jf. Ot.prp. 49 (2004-2005), s. 143, hvor det sies at ”Etter departementets oppfatning synes det ikke å være behov for vesentlige endringer i rettsstilstanden. Departementet er imidlertid enig med et samlet Arbeidslivslovutvalg om at sterke hensyn taler for å kodifisere gjeldende rett på området.”. Dette begrunnes med hensynet til reglenes tilgjengelighet og ønsket om større bevissthet rundt kontrolltiltak. Regelen stiller opp materielle vilkår for kontrolltiltak. Rettsregelen i aml. § 9-1 bygger på styringsretten, tariffavtaler, rettspraksis på området, særlig fra Arbeidsretten, samt arbeidsrettens generelle saklighetskrav, og det er derfor nødvendig å ha en viss kjennskap til disse for å fastsette grensene for regelen. Jeg velger likevel å begrense redegjørelsen om tidligere ulovfestet rett noe og heller konsentrere meg om forholdet til personopplysningsloven og personopplysningsforskriften. For mer om grunnlaget for § 9-1, se NOU 2004:5, kap. 17, s. 407 flg.

¹² Jf. NOU 2004:5, s. 412.

Arbeidsgivers styringsrett er et godt innarbeidet prinsipp i arbeidsretten som bygger på underordningsforholdet som naturlig oppstår som følge av arbeidskontrakten, og kan betegnes som arbeidsgivers ”rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet”¹³ innenfor rammene av det inngåtte arbeidsforholdet, samt inngå og avslutte arbeidsforhold. En lang rekke dommer fra Arbeidsretten slår fast at det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å foreta kontrolltiltak, jf. f. eks. ARD 1937, s. 114 eller ARD 1951, s. 201. Disse dommene gjelder ikke innsyn i e-post, men de er likevel relevante fordi de så klart tydeliggjør styringsretten som hjemmelsgrunnlag, og dette vil også gjelde for arbeidsgivers innsynsrett i virksomhetsrelatert e-post dersom avveiningen i forhold til pol. § 8 f) går i arbeidsgivers favør. Styringsretten begrenses dog på flere vis. Arbeidsgiver kan selvsagt ikke med forankring i styringsretten gå ut over selve arbeidsavtalen, eventuelle tariffavtaler og lov (hovedsakelig arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven i forhold til denne oppgavens problemstilling). Videre er det i arbeidsretten utarbeidet et generelt saklighetskrav som også må sies å begrense arbeidsgivers bruk av kontrolltiltak, jf. nedenfor under dette punktet. Innsyn i privat e-post er av en slik inngripende karakter at styringsretten i seg selv ikke gir tilstrekkelig hjemmel. Selv om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan fastsette i instruks at privat bruk av elektronisk utstyr ikke er tillatt, åpner ikke dette for at han får innsynsrett ved brudd på instruksen.

Det er i arbeidsretten et generelt saklighetskrav. Dette vil også sette skranker for arbeidsgivers kontrolladgang, noe som kommer fram i bl.a. i Rt. 2001, s 418, hvor Høyesterett sier følgende:

”Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”

¹³ Rt. 2000 s. 1602.

Saken gjaldt endring av oppmøtested og arbeidstid, men den er likevel relevant fordi den trekker opp skranker for styringsretten.

Saklighetskravet innebærer at kontrolltiltaket må være saklig begrunnet i virksomheten, samt at det må være saklig overfor den enkelte arbeidstakeren. Sakligheten må vare så lenge tiltaket varer, det er ikke nok at tiltaket var saklig på igangsettingstidspunktet. Videre må tiltaket være egnet til og nødvendig for formålet. Man må altså vurdere om mindre inngripende tiltak kan benyttes. Til sist må tiltaket ikke praktiseres vilkårlig. Innsyn i e-post av privat karakter vil kun unntaksvis oppfylle kravene til saklighet. Det må i så fall foreligge meget sterke indisier på alvorlig brudd på plikter etter arbeidstakers side. At datasystemet brukes til ulovlige handlinger, som brudd på taushetsplikt og lignende kan nok tilsi at saklighetskravet er oppfylt. Jakhelln¹⁴ mener at avveiningen kan gå i arbeidsgivers favør dersom det er tale om forhold som er så alvorlige at de kan føre til oppsigelse, noe jeg er enig i. Det kan ikke være meningen at arbeidsgiver i slike tilfeller skal være fratatt muligheten til kontroll dersom pol. §§ 8, eventuelt 9, er oppfylt. Det vil imidlertid være særlig aktuelt å se på om mindre krenkende kontrolltiltak kan benyttes for å frembringe ønskede opplysninger.

Det oppstilles også et forholdsmessighetskrav til arbeidsgivers kontrolladgang. Dette kravet innebærer at man må vurdere alle kontrolltiltak samlet. Kravet innebærer en avveining mellom arbeidsgivers interesse i kontroll og hvor inngripende tiltaket er overfor den enkelte ansatte. Tiltakets formål og konsekvenser vil også kunne få betydning for om tiltaket er forholdsmessig. Kontrollens art vil naturlig nok også få betydning, jo større inngrep, desto større krav stilles til arbeidsgivers interesse. Det vil også være av betydning om arbeidstakerne i form av instruks, varsel og lignende er informert om at kontroll kan forekomme. Domstolene synes å ha vektlagt kravet til informasjon, samt at instruks og lignende aktivt må følges opp, jf. RG 1993, s. 77 og Rt. 2005 s. 518, avsnitt 49. Et

¹⁴ Jakhelln og Aune 2006 s. 362.

samtykke som gir arbeidsgiver fullt innsyn i privat e-post og aktivitetslogger m.m. kan ikke sies å være i overensstemmelse med forholdsmessighetskravet.

Kontrolltiltak generelt kan ha sitt grunnlag i samtykke etter arbeidsrettslige regler, og et slikt samtykke vil kunne gis i arbeidsavtalen, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 139. Også etter arbeidsrettslige regler vil samtykket kunne tilbakekalles, men departementet legger til grunn at samtykke gitt i arbeidsavtale kan gjøres ugjenkallelig for kortere eller lengre tid. Dette kan etter mitt syn ikke legges til grunn dersom det dreier seg om behandling av personopplysninger. Det er et viktig element ved samtykket til behandling av personopplysninger at det skal kunne tilbakekalles, og dette kan ikke unngås ved å kreve samtykke i arbeidsavtalen. Videre skriver departementet at samtykke som rettslig grunnlag for kontroll begrenses av "[a]llmenne prinsipper for vern om den personlige integritet", jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 139. Disse allmenne prinsippene er saklighet, forholdsmessighet og ulovfestede prinsipper om vern av den personlige integritet (det finnes bl. a. flere dommer som tilsier at hemmelig videoovervåking på arbeidsplassen er i strid med vernet av den personlige integritet, jf. f. eks. Rt. 1991 s. 616. Dette er nå regulert i kap. 7 i personopplysningsloven). Innsyn i privat e-post er av så inngripende karakter at samtykke neppe vil være godt nok grunnlag for kontroll, jf. *Jakhelln og Aune* 2006 s. 359.

Til sist kan det nevnes at det på arbeidsrettens område ikke har vært uvanlig at løsninger fremforhandlet i tariffavtaler har vist seg å være særlig egnet for å regulere arbeidsforhold, og derfor blitt fast satt i lov. Som eksempel på tariffavtale som har regulert arbeidsgivers kontrolladgang før dette ble hjemlet i lov, kan nevnes Hovedavtalen mellom LO og NHO (heretter omtalt som Ha). Ha § 9-13 som trekker frem saklighet og drøftelse og viser til personopplysningsloven. Videre er det utformet en egen tilleggsavtale V, Avtale om kontrolltiltak i bedriften. Disse reglene bygger i dette tilfellet på ulovfestede prinsipper og rettspraksis og kan derfor ikke sies å ha vært rettsskapende i forhold til arbeidsgivers kontrolladgang.

Aml. § 9-1 annet ledd slår fast at personopplysningsloven gjelder for behandling av opplysninger om ansatte som fremkommer av kontroll, med mindre annet er fast satt i lov.

2.9.1 Forholdet mellom personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven § 9-1

Når man så har kartlagt rekkevidden av de ovennevnte punkter, kan man gå videre til mer konkrete problemer. For det første må det påpekes at man ved vurderingen av om et kontrolltiltak er lovlig også må se hen til arbeidsmiljølovens regler om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Et kontrolltiltak som i seg selv er lovlig etter aml. § 9-1 kan like vel være ulovlig dersom summen av kontrolltiltak overstiger kravene til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Det kan absolutt stilles spørsmål ved om hvorvidt omfattende overvåking av e-post og annen elektronisk kommunikasjon vil være i strid med et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, når man vet hvilke begrensninger overvåkning legger på den enkeltes handlemåte. Ubegrenset adgang til å overvåke ansattes kommunikasjon må antas å være i strid med aml. § 9-1.

Arbeidsmiljøloven § 9-1 setter i enkelte tilfeller strengere krav til kontroll enn personopplysningsloven. Samtykke vil være behandlingsgrunnlag etter pol. § 8 (man kan likevel ikke behandle opplysningene til tross for samtykke, dersom man ikke oppfyller kravene i pol. § 11), mens samtykke som behandlingsgrunnlag etter aml. § 9-1 ikke kan godtas som rettmessig kontrollgrunnlag ved inngripende tiltak som innsyn i privat e-post, da dette bryter med saklighetsprinsippet.

En annen konkret problemstilling er i hvilken grad man kan foreta ”snoking” i ansattes e-post og på ansattes private områder på PCer. Her vil både personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven sette strenge skranker og slikt innsyn vil ikke være lov, med mindre det finnes mistanke om illojalitet eller straffbare forhold. Innsyn på bakgrunn av en konfliktsituasjon er heller ikke tillatt.

Når det gjelder forholdet mellom aml. 9-1 og pol. 8 f) er det i forarbeidene til arbeidsmiljøloven lagt til grunn at dersom aml. § 9-1 er oppfylt vil vanligvis også kravene

til behandling i pol. § 8 f) være oppfylt. Likevel er det ikke utenkelig at det av og til ikke vil være samsvar mellom reglene, og lovgiver viser da også til at forholdet mellom de to bestemmelsene må fastsettes nærmere i praksis. Videre vises det til at reelle hensyn tilsier at de to bør tolkes i lys av hverandre og at det bør være slik at de to er sammenfallende. Uansett vil de to kunne bidra til å være oppklarende for hverandre. For at arbeidsgiver lovlig skal kunne foreta innsyn i privat e-post eller benytte andre elektronisk fremkomne opplysninger i kontroll, må uansett både kravene til behandling i personopplysningsloven og de materielle skranker for kontroll i aml. § 9-1 være oppfylt. Det vil si at innsyn i privat e-post kun unntaksvis vil være tillatt, og det samme må gjelde for kontroll av aktivitetslogger og andre elektronisk lagrede opplysninger.

Det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å fastsette arbeidsinstrukser. Arbeidsgiver vil dermed også kunne sette skranker for ansattes bruk av elektronisk utstyr og e-postkasser knyttet til bedriften, herunder bestemme at all privat bruk, for eksempel surfing på Internett og privat kommunikasjon, ikke skal finne sted. Selv om det skulle foreligge brudd på slik instruks i form av at arbeidstaker har mottatt eller sendt privat e-post gir ikke dette i seg selv hjemmel til å lese privat e-post, men arbeidsgiver kan i slike tilfeller slette privat e-post. Dette er nok et tilfelle hvor det kan være hensiktsmessig å skille mellom åpning av e-postkasser og åpning av e-poster, arbeidsgiver kan ha lov til å åpne e-postkassen for å sortere ut privat e-post. Brudd på slike instruks vil være brudd på lojalitetsplikten. Slike instruks gjør det mulig for arbeidsgiver å opprettholde det sikkerhetsnivå man finner er nødvendig, slik det fremgår i Rt. 2005, s. 518 (ConocoPhillips), hvor Høyesterett uttaler: ”Generelt må det imidlertid ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett å etablere det sikkerhetsnivå som han finner nødvendig og formålstjenelig for virksomheten, med plikt for arbeidstaker til å innrette seg lojalt i samsvar med det.”(avsnitt 48). Av samme dom fremgår det imidlertid en begrensning i bruk av sanksjoner mot overtredelse av slike instruks. Dersom arbeidsgiver ikke følger opp reglementet over for de ansatt, vil en reaksjon overfor enkelte være vilkårlig og uforholdsmessig, og dermed urettmessig, og førstvoterende uttaler:

”Det er som nevnt ikke tvilsomt at det fra ankemotpartens side foreligger et langvarig og forsettlig brudd på reglene om bruk av bedriftens internettlinje. Men dette må holdes opp mot det jeg har fremholdt om selskapets manglende oppfølging til tross for kunnskap om at det over tid forekom misbruk fra en del ansatte. At man i en slik situasjon valgte å gå til avskjed, fremstår som en uforholdsmessig reaksjon.”(avsnitt 59).

Det var imidlertid ikke i strid med personopplysningsloven med forskrift å foreta undersøkelser for ”å avdekke ansattes nedlasting av filer med pornografisk materiale i klar strid med bedriftens regler ut fra en saklig begrunnet oppfatning om at slik aktivitet utgjør en sikkerhetsrisiko”, jf drøftelsen i avsnitt 2.5.

2.10 Arbeidsmiljøloven § 9-2

Aml. § 9-2 stiller krav om drøfting, informasjon og evaluering i forbindelse med kontrolltiltak. Paragrafens første ledd slår fast at arbeidsgiver så tidlig som mulig skal drøfte behov, utforming og endring av kontrolltiltak med de tillitsvalgte. Drøftelsene trenger ikke finne sted før hver kontroll, men før en type kontroll innføres. Det vil være arbeidsgiver som har siste ord og arbeidsgiver kan innføre kontrolltiltak selv om det ikke er oppnådd enighet. Arbeidstakerne skal etter annet ledd informeres om formål, praktiske konsekvenser og varighet. Etter tredje ledd skal tiltakene vurderes jevnlig.

2.11 Har man et vern av privat e-post etter EMK artikkel 8?

Europarådets konvensjon 4.11.1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) er implementert i norsk rett ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), og gjelder dermed som norsk lov. Konvensjonens art. 8(1) verner om retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. I utgangspunktet regulerer EMK forholdet mellom staten og borgerne, og gir altså et vern mot inngrep fra myndighetenes side. EMK kan

likevel også innebære en plikt for staten til å sikre borgerne mot inngrep fra andre private.¹⁵ Det er ikke tvil om at man har et vern for privatliv også i et arbeidsforhold. Dette er bl.a. fastslått gjennom EF-domstolens tolkning av personverndirektivet i Rechnungshof-saken.¹⁶ Underutvalget til Arbeidslivslovutvalget skriver i sin rapport følgende om EMK art. 8 ”[v]idere slås det i fortalen til EUs personverndirektiv fast at nasjonal lovgivning skal sikre privatlivets fred i arbeidsforhold i samsvar med artikkel 8 nr. 1.”¹⁷ I NOU 1997:19, s. 41, heter det om forholdet til EMK art. 8 at ”[u]tvalget finner det klart at artikkel 8 kan få anvendelse på områder som omfattes av den nye loven om personopplysninger. Utvalget er imidlertid av den oppfatning at så lenge loven implementerer reglene fra Europarådskonvensjonen om persondatabeskyttelse og EF-direktivet, vil kravene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 også være oppfylt.” Indirekte sier man her at man antar at kravene til personvern etter EMK art. 8 er gjennomført i norsk rett gjennom personopplysningsloven. Arbeidslivslovutvalget hadde i sitt forslag med en bestemmelse om innsyn i e-post (dette ble ikke vedtatt, fordi arbeidet med forskriftsendring var påbegynt) og i den forbindelse kommenterte utvalget følgende: ”Kravet om særlig beskyttelse av privat e-post korresponderer videre med det som kan utledes av EMK artikkel 8 nr. 1 om beskyttelse av privatlivets fred og av korrespondanse.”¹⁸ Det synes altså å være enighet om at art. 8 gir en rett til vern av privatlivet også i arbeidsforhold, og at det derfor påligger staten en plikt til å treffe positive tiltak for å verne arbeidstakerne, uten at man går mer konkret inn i problemstillingen og avklarer spørsmålet nærmere.

Man kunne også stille spørsmålet om stat og kommune er underlagt EMK art. 8 når de opptrer som arbeidsgiver, eller om de da må regnes som en privat aktør. Utgangspunktet her må nok være at myndighetene når de opptrer som arbeidsgiver, står i samme posisjon i forhold til EMK som private arbeidsgivere. Men ut fra det grunnhensyn i EMK at det er den nasjonale implementeringen som er avgjørende, ville det undergrave EMK, dersom

¹⁵ Jf. Møse 2002 s. 401.

¹⁶ EF-domstolens dom 20.5.2003, C-456/00 m.fl., Saml. 2003 s. I-04989.

¹⁷ Underutvalgets rapport 2002 s. 12.

¹⁸ Jf. NOU 2004:5 s. 436.

man fastholder dette synspunktet. Myndighetene må derfor gå foran som et godt eksempel også som arbeidsgivere. Dette er ikke bare i best samsvar med det folkerettslige effektivitetsprinsippet, det er også i samsvar med Grl. § 110 c, som pålegger staten å sikre og respektere menneskerettighetene.

2.12 Avsluttende bemerkninger om gjeldende rett

Rettsområdet er delvis vanskelig å få oversikt over for både arbeidsgiver og arbeidstaker, noe som er betenkelig, da det etter personopplysningsloven legges opp til at behandlingsansvarlig selv skal vurdere om behandlingen er lov, og ved at pol. § 8f kan ”tenkes å begrunne interesseovervekt for den behandlingsansvarlige i nesten ethvert tilfelle.”¹⁹.

Dersom det oppstår strid om rettmessigheten av et kontrolltiltak, oppstår spørsmålet om hvordan denne tvisten skal løses. Etter arbeidsrettslige prinsipper er det slik at arbeidstaker da har en plikt til å rette seg etter tiltaket inntil spørsmålet er avklart, med mindre kontrolltiltaket åpenbart er urimelig, særlig inngripende eller arbeidsgiver ikke har saklig eller rimelig grunn for å avvente før kontrolltiltaket iverksettes, jf. ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 144. I Jakhelln, Aune 2006 s. 369 legges det til grunn at strid omkring et kontrolltiltak må løses i domstolene. Etter Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 108 kan skjønnet den enkelte behandlingsansvarlige utøver ved vurderingen av om behandling av personopplysninger etter pol. § 8 er lovlig, overprøves av Datatilsynet, jf. pol. § 46. Datatilsynet kan derfor overprøve den behandlingsansvarliges vurderinger, og gi pålegg om endring eller opphør av ulovlig behandling.

Henning Jakhelln synes å forutsette at arbeidsgiver også vil kunne ha innsyn i helt privat e-postkasse tilknyttet ekstern server, i det han skriver at e-post knyttet til en webbasert tjeneste som går via en ekstern server i større grad vil måtte regnes som privat.²⁰ Dersom

¹⁹ Rapport 2006, Utredning av behov for endringer i personopplysningsloven, Schartum, Bygrave, s.87.

²⁰ Jakhelln, Aune 2006, s. 361.

det ikke foreligge en konkret avtale om at slik e-postkasse er virksomhetsrelatert, vil den etter mitt syn være privat. Arbeidsgiver vil da ikke under noen omstendighet ha innsyn, selv om e-post er mottatt i arbeidstiden og med arbeidsgivers utstyr, også om det skulle foreligge instruks som forbyr slik bruk. Dette må, slik jeg ser det, kunne sidestilles med at arbeidstakeren mottar et personlig brev på jobben, og arbeidsgiver vil da ikke ha rett til å åpne dette.

Datatilsynet har i 2005 og 2006 anmeldt Redningsselskapet og Vinmonopolet til politiet for brudd på personopplysningsloven. Datatilsynet mener Redningsselskapet og Vinmonopolet har brutt informasjonsplikten i pol. §§ 19 og 20, noe som straffbart dersom det foreligger forsett eller grov uaktsomhet, jf. pol. § 48. Sakene ble henlagt, men Datatilsynet har klaget på henleggelsene til henholdsvis Riksadvokaten (Redningsselskapet) og politiet (Vinmonopolet). Sakene dreier seg om innsyn i e-post. Da sakene så langt er henlagt og påklaget, har de liten rettskildemessig verdi. Det vil de derimot kunne få dersom klagen tas til følge og sakene kommer for retten. Uansett er det saker som har opptatt allmennheten og vist at innsyn i e-post er et svært aktuelt tema.

Til sist kan det nevnes at forskrift om arbeid ved dataskjerm, som gjelder for arbeidstakere som jevnlig og under en betydelig del av sitt arbeid utfører arbeid ved en dataskjerm, har en bestemmelse om kontroll. § 8 regulerer samspeillet mellom menneske og maskin, og bestemmelsens bokstav b slår fast at ”det kan ikke benyttes kvantitative eller kvalitative kontrollinnretninger uten at arbeidstakerne kjenner til dette.”.

3 Rettspolitisk drøftelse av høringsforslag 17.10.2006 til regler om arbeidsgivers adgang til ansattes e-post mv.

3.1 Innledende betraktninger

Det er etter Datatilsynet og departementets mening behov for klargjøring av reglene på området, noe jeg er helt enig i, jf. framstillingen ovenfor. Datatilsynet melder om mange henvendelser og vurderinger som gir vanskelige avveininger for bedriftene og uenighet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere i forhold til begrepene privat og virksomhetsrelatert e-post.²¹ Det er foreslått regulering i forskrift fremfor lov, bl.a. for letter å kunne oppdatere lovverket i takt med den teknologiske utviklingen.

Forslaget skal ”sikre arbeidstaker vern mot innsyn i verktøy som arbeidsgiver har stilt til arbeidstakers disposisjon”²², og søker å bevisstgjøre partene i arbeidslivet²³. Videre er det et formål å ”forsøke å vekte hensynene til arbeidsgiver og arbeidstaker på en god måte”²⁴, samt sikre forutberegnelighet i forhold til når innsyn er lov og sikre ”betryggende innsyn” når innsyn faktisk er lov²⁵. Det stilles opp to mulig utgangspunkter for reguleringen²⁶: man kan enten legge til grunn at arbeidsgiver har innsyn og legge begrensninger på dette, eller man kan legge til grunn at arbeidsgiver ikke har innsyn og så stille opp unntak som gir arbeidsgiver innsyn i særlige tilfeller. Det er det siste alternativet som er valgt i forslaget og man ber om at høringsinstansene kommer med kommentarer til dette. Utgangspunktet som er valgt innebærer en forskyvning fra dagens regler, som jo gir arbeidsgiver rett til å føre

²¹ Høringsnotatet s. 5.

²² Høringsnotatet s. 1.

²³ Høringsnotatet s. 2.

²⁴ Høringsnotatet s. 13.

²⁵ Høringsnotatet s. 14.

²⁶ Høringsnotatet s. 16.

kontroll i kraft av styringsretten og som eier av utstyret, med de begrensninger som følger av arbeidsmiljøloven, personopplysningsloven og rettspraksis. Det må kunne sies å innebære en forholdsvis stor inngripen i arbeidsgivers kontrolladgang, og dermed også styringsretten, selv om det i praksis ikke nødvendigvis vil være så stor endring.

3.2 Endringer i personopplysningsloven

3.2.1 Utvidet forskriftshjemmel

Det er per i dag ikke hjemmel for å foreta slike endringer i forskriften som er foreslått. Utvalget ønsker derfor å utvide pol. § 3, slik at det kan gis forskrift også *om særskilte former for behandling av personopplysninger*.

3.2.2 Utvidelse av Datatilsynet sanksjonsmulighet

Videre foreslår utvalget at Datatilsynet gis utvidede sanksjonsmuligheter for overtredelse av personopplysningsloven og personopplysningsforskriften. Dette vil kunne innebære at arbeidsgivere som foretar ulovlig kontroll og overvåkning lettere vil kunne straffes og trusselen om dette vil nok føre til at arbeidsgivere vil føle seg presset til å sette seg inn i og følge lovverket. For arbeidstaker vil det bety at hensynet til personvernet settes mer i fokus. Avveilingen mellom de to vidt hensynene vil alltid være vanskelige og i det nye forslaget har personvernet i alle fall ikke tapt terreng. Arbeidsgivers styringsrett er dog fortsatt ivaretatt ettersom adgangen til å fatte instruks er bevart, jf. nedenfor under avsnitt 3.4.8.

3.3 Endringer i arbeidsmiljøloven

Det foreslås en ny § 9-3, *Innsyn i arbeidstakers e-post m.v.*, som slår fast at ”arbeidsgiver kan bare gjennomføre, åpne eller lese e-post i arbeidstakers personlige e-postkasse eller andre elektronisk lagrede opplysninger der dette følger av personopplysningsloven eller forskrifter gitt i medhold av denne”. Denne bestemmelsen har i følge departementet to

funksjoner. For det første vil den henviser til at det finnes bestemmelser utover arbeidsmiljøloven som får betydning på området, noe som kan være viktig, da de fleste innen arbeidslivet først og fremst forholder seg til arbeidsmiljøloven. Videre skal bestemmelsen motvirke at det ved senere endringer i lovene oppstår uregelmessigheter. Dette er nok en fornuftig klargjøring av forholdet mellom de to lovene. Bestemmelsen er en innsnevring av arbeidsgivers bruk av kontrolltiltak etter aml. § 9-1, da aml. § 9-1 gir mulighet for kontrolltiltak dersom kravet til saklighet og forholdsmessighet er oppfylt, og er en innskrenkning i arbeidsgivers styringsrett. En ny § 9-3 i arbeidsmiljøloven tar bort mulighetene for denne avveiningen når det gjelder e-post og andre elektroniske opplysninger og flytter vurderingen av om slike kontrolltiltak er lovlige til personopplysningsloven og personopplysningsforskriften.

3.4 Endringer i personopplysningsforskriften

Det foreslås et nytt kapittel 9 som skal gjelde innsyn i e-post mv. og at gjeldende §§ 9-1 til 9-3 blir nye §§ 10-1 til 10-3.

3.4.1 E-postforskriftutkastet § 9-1

Denne paragrafen angir formålet for kapittelet til å være ”arbeidstakers rett til vern mot arbeidsgiveres gjennom søking, åpning eller lesing av e-post og overvåking av elektronisk utstyr.”. Allerede her fremkommer det at man søker å gi arbeidstaker et utvidet vern i forhold til dagens regelverk ved at man nevner e-post generelt, og ikke opprettholder skillet mellom privat og virksomhetsrelatert e-post. Det fremgår av kommentarene til regelen²⁷ at vernet er ment å være omfattende; alt fra datamaskiner og printere til mobiltelefoner og PDAer omfattes, og gjennomgang omfatter alt fra gjennomgang av selve utstyret til gjennomgang av aktivitetslogger, samt fjerntilgang. Videre omfattes både metadata (jeg antar at man med metadata sikter til trafikk- og lokasjonsdata) og innholdsdata, og både innledende kartlegging og konkret gjennomgang.

²⁷ Høringsnotatet s. 23 flg.

3.4.2 E-postforskriftutkastet § 9-2

Denne bestemmelsen står for to viktige definisjoner som det nok har knyttet seg noe usikkerhet til tidligere. For det første defineres personlig e-postkasse som ”e-postkasse ved virksomheten som er knyttet til en bestemt persons navn eller som etter avtale skal være personlig” (for eksempler, se høringsnotatet, s. 25). Dette innebærer at også e-postkasser opprettet av arbeidsgiver for bruk i arbeidet, er å betrakte som personlige. E-postkasse hos andre, for eksempel hotmail, gmail og lignende er, med mindre annet er avtalt, helt privat og arbeidsgiver har ikke under noen omstendighet rett til innsyn, like lite som han har rett til innsyn i brev i arbeidstakers vanlige postkasse.

Dernest defineres virksomhetsrelatert e-post som ”e-post som er knyttet til gjennomføring av arbeidsoppgaver”. Her utdyper departementet at ”gjennomføring” vil være både planlegging og selve gjennomføringen av arbeidsoppgaver. Videre heter det i høringsnotatet at beskrivelser av oppgaver, arbeidssituasjon og lignende faller utenfor, det samme gjør illojal opptreden fra arbeidstakers side. Det presiseres også at tillitsvalgtes kommunikasjon i forbindelse med vervet ikke faller inn under begrepet. Dette er etter mitt syn også en definisjon som styrker personvernet, da det begrenser begrepet, og sørger for at arbeidsgiver ikke uten videre kan sjekke all kommunikasjon som kan knyttes opp til arbeidet, men åpner for at arbeidstaker kan ytre seg om arbeidet i sin alminnelighet uten fare for å av den grunn bli overvåket. Det skal legges til at illojale ytringer likevel kan omfattes av unntaket i e-postforskriftutkastet § 9-5, bokstav c.

3.4.3 E-postforskriftutkastet § 9-3

Dette er hovedregelen og den slår fast at ”arbeidsgiver har ikke adgang til å gjennomsøke, åpne eller lese e-post i en ansatts personlige e-postkasse. Det samme gjelder for annen elektronisk kommunikasjon og for elektronisk lagrede opplysninger for øvrig”.

Departementet poengterer at dette gjelder uansett hvor opplysningene hentes fra, enten det er i det elektroniske utstyret, på backup-taper, speilkopier eller lignende. Her kommer det

tydelig frem hvilket utgangspunkt departementet har lagt til grunn – og utgangspunktet er en klar styrking av arbeidstakers personvern. Mens man etter dagens regler har som utgangspunkt at arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan foreta kontroll, med de begrensninger som følger, se drøftelsen ovenfor under avsnitt 2.9, er altså fokus flyttet – arbeidsgiver kan i utgangspunktet ikke foreta kontroll, med mindre det finnes unntak som åpner for det. En slik begrensning i styringsretten vil nok ikke gå upåaktet hen og arbeidsgiversiden vil nok protestere. Videre betyr det at dagens skille mellom virksomhetsrelatert og privat e-post i utgangspunktet forsvinner (det beholdes dog til en viss grad ved arbeidsgivers innsynsrett ved arbeidstakers fravær, dette kommer jeg tilbake til).

At arbeidstaker vil få et sterkere vern er det ikke tvil om. Det er behov for at arbeidstaker får et sterkere vern ved arbeidskonflikter, men man kan absolutt stille spørsmål om dette er den beste løsningen. Som jeg har nevnt tidligere er det i dag en rekke viktig informasjon som sendes med e-post, og som er viktig for arbeidsgiver. Etter det nye forslaget vil arbeidsgiver kun ha begrenset adgang til selv å innhente denne informasjonen. Samtidig kan man argumentere for at man må ha tillit til at arbeidstaker klarer å videreformidle og arkivere de e-poster som inneholder viktig informasjon, slik man forventer at de behandler vanlig post. Man bør se på om ikke andre metoder enn innsyn er egnet til å påse at arbeidstaker følger de rutiner for videreformidling og arkivering som arbeidsgiver finner nødvendig, for eksempel opplæring og instruks, som vil være et mindre inngripende tiltak. Ifølge departementet er det ikke opp til lovgivning på dette området å følge opp hvorvidt arbeidstaker følger reglementer om lagring og lignende. Dette er etter mitt syn en forenkling av problemstillingen som ikke er hensiktsmessig da man distanserer seg fra et omfattende behov for innsyn, og flytter det til et område som i liten grad er lovregulert. Det å fjerne skillet mellom virksomhetsrelatert og privat e-post i så stor grad er etter min mening betenkelig, og kan gjøre personvernet unødvendig sterkt. Arbeidsgiver har et legitimt behov for en viss kontroll med arbeidstaker, i det det er arbeidsgiver og ikke arbeidstaker som bærer risikoen for arbeidsresultatet, jf. Jakhelln 2006, s. 23.

Annet ledd fastsetter at arbeidsgiver ikke kan overvåke arbeidstakers bruk av elektronisk utstyr, og det presiseres at dette inkluderer bruken av Internett. Slik fjerner man en hver tvil om arbeidsgivers rett til å kontrollere bl.a. arbeidstakers tidsbruk på arbeidsplassen, men dette vernet følger allerede av pof. § 7-11, og arbeidsgiver fratas ikke muligheten til å administrere og avdekke brudd på sikkerheten i systemet. Slik behandling vil fortsatt være unntatt meldeplikten.

3.4.4 E-postforskriftutkastet § 9-4

Bestemmelsen gjelder unntak fra hovedregelen ved arbeidstakers fravær, og åpner for at arbeidsgiver under visse omstendigheter kan åpne en personlig e-postkasse og sortere ut og lese virksomhetsrelatert e-post i denne, dersom visse vilkår er oppfylt. Her kan det merkes at skillet mellom virksomhetsrelatert og privat e-post opprettholdes, slik at arbeidsgiver fortsatt ikke kan lese privat e-post. Jeg understreker igjen at det bare er personlig e-postkasse knyttet til bedriften som kan åpnes. Det er etter mitt syn, en god løsning å skille mellom åpning av e-postkasser og e-post, da det er innholdet i e-posten som trenger vern. Etter min oppfatning vil det sjelden fremkomme personopplysninger fra oversiktslisten.

For at arbeidsgiver skal kunne få innsyn, må tre kumulative vilkår være oppfylt. For det første(bokstav a) må arbeidstaker være fraværende i mer enn tre dager. Dette vilkåret kan fravikes ved instruks etter reglene i § 9-8. Dette bygger på føre var-prinsippet. Ved å ta stilling til problemene rundt fravær før de oppstår, kan arbeidsgiver sette en kortere (eller lengre, men det er vel neppe like aktuelt) frist. Det sies i kommentarene²⁸ at bestemmelsen kun kan brukes ved reelt fravær, og som eksempel nevnes det at arbeidsgiver ikke vil få innsyn i forbindelse med pauser. ”Fravær” er etter min mening et begrep som byr på problemer. I dag er det mer og mer vanlig at man har mulighet til å sjekke e-post selv om man ikke sitter på kontorpulten sin. Mange har tilgang til Internett og mulighet til å sjekke jobbmail hjemme og andre steder. I dag er det også fullt mulig å sjekke e-post på mobiltelefoner. Videre kan man spørre hva som skal til for å være fraværende. Innebærer

²⁸ Jf. Høringsnotatet, s. 27.

det at man er forkjølet og derfor er hjemme at man er fraværende dersom man er tilgjengelig per telefon? Dernest kan man spørre om arbeidstakere som deltar på kurs, seminarer og lignende, er fraværende ved at de ikke er tilstede på kontorpulten. Og i så fall, hva da med dem som reiser rundt, for eksempel byggeledere og lignende, som kanskje bare er på kontoret et par dager i uken? Det hadde vært ønskelig om man i kommentarene hadde spesifisert nærmere hva som regnes som ”reelt fravær”. På den annen side er det nok svært forskjellig fra bedrift til bedrift når det er behov for innsyn. I lys av hovedregelen må det antas at retten til innsyn og grensene for denne er ment å være snever. Videre vil det være opp til arbeidsgiver å avgjøre når arbeidstaker er reelt fraværende, men slik at det stilles strenge krav for at regelen ikke skal uthules.

Dernest (bokstav b) er det er vilkår at arbeidstaker ”på tross av skriftlig pålegg ikke har sørget for videresending av e-post eller svar med opplysning om hvor virksomhetsrelatert e-post skal sendes og heller ikke på annen måte har gitt arbeidsgiver adgang til opplysningene”. For det første er det her et skriftlighetskrav. For det andre vil arbeidsgiver bære risikoen for at slikt pålegg er gitt. Det understrekes i kommentarene til regelen²⁹ at dersom arbeidsgiver ikke har gitt skriftlig pålegg om videresending eller lignende ved planlagt fravær, innebærer dette at han ikke vil kunne åpne og lese e-postkasse og virksomhetsrelatert e-post. Det pålagges her arbeidsgiver et ansvar om å ta tak i eventuelle problemer før de oppstår, dersom man har sørget for at arbeidstaker videresender e-post som er virksomhetsrelatert vil arbeidsgiver heller ikke ha behov for innsyn i den private e-postkassen.. Man kan stille spørsmål om som hva menes med ”eller svar om hvor virksomhetsrelatert e-post skal sendes”, er det snakk om at arbeidsgiver skal kunne åpne privat e-postkasse og sende virksomhetsrelatert e-post til arbeidstaker, på annen adresse for eksempel i forbindelse med ferie, eller at arbeidstaker har bestemt hvor de skal sendes (hvilken kollega), og benyttet seg av automatisk videresending? Antakelig vil den beste løsningen være at arbeidstaker sørger for videresending eller gir arbeidsgiver samtykke til å åpne e-postkassen.

²⁹ Jf. Høringsforslaget, s. 27.

Siste vilkår (bokstav c) er at arbeidsgiver må ha ”god grunn til å tro at det har innkommet virksomhetsrelatert e-post” og at behandlingen av denne ikke kan vente til arbeidstaker er tilbake. Her åpnes for avveininger som kan bli vanskelige i praksis. At arbeidsgiver må ha god grunn til å tro må nok tolkes forholdsvis strengt for å unngå uthuling av regelen, og det er vanskelig å si noe konkret om dette. Man kan trolig basere ”tro” på flere grunnlag, for det første kan det tenkes at avsender i kontakt med bedriften direkte eller indirekte kommer med opplysninger. I så måte vil arbeidsgiver ha oppfylt kravet til god tro. Videre vil det avhenge mye av bedriften når arbeidsgiver kan ha god tro – noen bedrifter bruker e-post mye, mens andre steder vil bruken være begrenset. Dersom man i en bedrift har mye kontakt med andre via e-post, kan dette tilsi at arbeidsgiver vil kunne ha god tro til at det kun etter få dager har kommet virksomhetsrelatert e-post til e-postkassen. Det stilles også krav til at behandling av e-posten ikke kan vente av hensyn til virksomhetens drift. Også dette byr på vanskelig avveininger. Alt avhengig av hvordan den enkelt bedrift bruker e-post som kommunikasjonsmiddel, vil det også her være forskjell fra sted til sted. Dersom man foretar kontraktsforhandlinger via mail, vil dette selvsagt være viktig for virksomhetens drift. Mer komplisert blir det i forhold til det å opprettholde god kontakt og kommunikasjon. Hvor viktig dette er, vil jo avhenge av bedriften, men de lege ferenda kan man si at det bør være strenge skranker for å tillate innsyn på slikt grunnlag. Det vil, dersom forslaget blir vedtatt i sin nåværende form, være opp til tilsynsmyndighetene og retten til å fastsette de nærmere skranker for når vilkårene om god grunn og viktigheten for virksomhetens drift er oppfylt.

De to første vilkårene kan fravikes ved instruks, noe som nok kommer av ønsket om at arbeidsgiver selv aktivt skal ta stilling til spørsmålene. At siste vilkår ikke kan fravikes kommer av at arbeidsgiver ikke skal ha innsyn i e-postkasser og e-post som utgangspunkt.

Ved uforutsett fravær skal arbeidsgiver ved å for eksempel gjøre e-postkassen inaktiv, begrense behovet for innsyn.

Dersom innsyn etter denne regelen er berettiget, skal det være tilstede en representant for arbeidstaker, og dersom arbeidstaker krever det, skal arbeidsgiver dokumentere at reglene for innsyn er oppfylt, hva man har gått gjennom, samt resultatet. Dette er en god tanke, fordi det kan bidra til at reglene for innsyn overholdes. På den annen side gis flere innsyn, og det er vel ikke utenkelig at det oppstår situasjoner der arbeidstaker ikke ønsker at for eksempel verneombud skal ha innsyn. I kommentarene sies det at dersom bedriften ikke har verneombud, kan annen representant, for eksempel advokat, være tilstede. Det oppstår et problem dersom arbeidstaker ikke har mulighet til å gi beskjed om hvem som skal være den ansattes representant, f. eks. ved akutt, alvorlig sykdom, antakelig må man da velge en annen ansatt til representant.

3.4.5 E-postforskriftutkastet § 9-5

Regelen i § 9-5 ivaretar arbeidsgivers mulighet til innsyn i e-post under visse gitte omstendigheter. Gjennomsøking omfatter både manuell gjennomsøking og automatiske søk (f. eks. søk på bestemte ord), jf. Høringsutkastet, s. 28. Dette innebærer at arbeidsgiver vil kunne gå inn og lese e-post for e-post, eller søke mer generelt, og både privat og virksomhetsrelatert e-post omfattes. Det er et krav om at det må foreligge ”begrunnet mistanke” om at en av situasjonene i bokstav a – c foreligger. Dette begrepet forklares ikke nærmere, men de leger ferenda må man kunne si at det må stilles forholdsvis strenge krav til begrunnet mistanke. En begrunnelse kun basert på at det foreligger en konfliktsituasjon vil ikke være godt nok til å søke etter illojal e-post dersom ikke noe annet tilsier at slik e-post er sendt.

Bokstav a åpner for innsyn i e-post dersom man har begrunnet mistanke om at innholdet i e-posten er straffbart. Dette vil for eksempel ramme e-post som inneholder barnepornografi, og det er helt nødvendig for arbeidsgiver som eier av utstyret skal kunne oppfylle sin plikt til å tilse at utstyret ikke benyttes til å utføre ulovlige handlinger. Både innkommende og utgående e-post omfattes.

Bokstav b omhandler situasjoner der e-posten inngår som ledd i gjennomføringen av en straffbar handling, for eksempel brudd på taushetsplikt eller spredning av virus. Også her synes forslaget å omfatte både innkommende og utgående e-post.

Bokstav c gir arbeidsgiver rett til innsyn i sendt e-post som medfører grovt brudd på plikter etter arbeidsforholdet, arbeidsreglement eller annet skriftlig regelverk, altså brudd på lojalitetsplikten. For det første er det grunn til å gjøre oppmerksom på at det kun er *sendt e-post* som omfattes. Dette innebærer at mottatt e-post ikke kan gjennomføres og leses, den ansatte kan ikke stilles ansvarlig for hva andre måtte sende til ham eller henne. Videre vil dette innebære at e-post som er skrevet, men ikke sendt, av den ansatte heller ikke omfattes. Dernest kan det være grunn til å påpeke at det her kun dreier seg om e-post, arbeidsgiver kan ikke på bakgrunn av denne bestemmelsen lete i dokumenter på den privates brukerområde, eller sjekke andre lagrede elektroniske spor. Det må foreligge et ”grovt brudd” på lojalitetsplikten, uten at dette utdypes nærmere. Det må imidlertid stilles strenge krav også her, og man kan spørre om ikke pliktbruddet bør være så grovt at oppsigelse eller annen streng arbeidsrettslig reaksjon er tenkelig for at kravet til grovhet skal være oppfylt. Den ansatte skal om mulig få mulighet til å uttale seg før innsynet, og om mulig få være til stede. Det kan trolig ikke stilles så strenge krav til arbeidsgiver her, antakelig holder det at man har forsøkt å få tak i den ansatte og den ansatte kan ikke forhindre innsyn ved å ikke respondere. Dersom det ikke foreligger e-post som beskrevet ovenfor skal e-posten og e-postkassen straks lukkes og opplysninger som har fremkommet skal slettes.

3.4.6 E-postforskriftutkastet § 9-6

Når en ansatt slutter skal den personlige e-postkassen avsluttes og innholdet slettes. Dette vil også gjelde dersom den ansatte dør. Bestemmelsen kan avvikes ved avtale eller instruks. Dette er en bestemmelse som kan komme til å by på store problemer for arbeidsgivere. Som tidligere nevnt, kan bruk av e-post by på problemer i forhold til lagrings- og dokumentasjons hensyn. Dersom e-post slettes ved den ansattes avgang uten at man gjennomgår e-postkassen (og bestemmelsen åpner ikke for at slik gjennomgang er lovlig)

kan viktige dokumenter gå tapt. Det er nok også her lagt til grunn at man må ivareta arkiveringsrutiner på andre, og mindre inngripende måter.

3.4.7 E-postforskriftutkastet § 9-7

Denne bestemmelsen slår fast at arbeidstaker skal varsles før innsyn. Dette er i overensstemmelse med prinsippet om at man skal vite hvilke opplysninger som behandles. At varselet skal inneholde informasjon om begrunnelsen for behandlingen og opplysninger om arbeidstakerens rettigheter etter personopplysningsloven og personopplysningsforskriften, er etter mitt syn svært positivt. Dette vil styrke arbeidstakers mulighet til å ivareta egne interesser.

3.4.8 E-postforskriftutkastet § 9-8

Ved instruks kan enkelte av forslagetts bestemmelser fravikes, men det forutsetter at arbeidsgiver har drøftet dette med arbeidstakerne, eventuelt tillitsvalgte. Begrepet ”etter drøfting” må innebære at arbeidsgiver har siste ord i henhold til styringsretten dersom partene ikke blir enige, en drøftingsplikt for arbeidsgiver innebærer naturlig nok ikke en medbestemmelsesrett for arbeidstaker. Instruks er et godt redskap for klargjøring av både hva arbeidsgiver forventer og hva arbeidstaker kan forvente. For store bedrifter med ressurser og kunnskap er det ikke et problem å utarbeide detaljerte instruks, og således begrense den private bruken til å ikke være tillatt i det hele tatt. Dette kan derimot være et problem i mindre bedrifter, og da vil lovgivningen, som kanskje både arbeidsgiver og arbeidstaker i liten grad kjenner til, være det eneste grunnlaget for å vurdere kontroll og innsyn. Det er ikke gitt at forslaget i tilstrekkelig grad klargjør rettsområdet i så måte.

At det ikke er lov å bestemme at all innkommende e-post og kommunikasjon skal ansees som virksomhetsrelatert, kommer av at arbeidstaker ikke kan ha full kontroll av hva andre sender til for eksempel e-postkassen. Det er viktig å merke seg at arbeidsgiver fortsatt har anledning til å bestemme at arbeidstaker ikke kan benytte det elektroniske utstyret til privat kommunikasjon. I så fall vil arbeidsgiver ha full anledning til å slette slik kommunikasjon,

men han må nok da først underrette den ansatte. Slik instruks vil likevel ikke gi utvidet innsynsrett.

3.5 Sammenfattende vurdering av forslaget

Det er utvilsomt behov for klargjøring av reglene om arbeidsgivers muligheter for kontroll og behandling av personopplysninger i den forbindelsen, og forslaget greier langt på vei å sette klarer rammer.

Forslaget begrenser, slik det er utformet per i dag, bruken av aml § 9-1, men denne vil fortsatt gjelde annen kontroll og har ikke utspilt sin rolle.

Samtykke som behandlingsgrunn faller mer eller mindre bort på dette området og etter mitt syn er dette positivt, ettersom underordnings- og maktforholdet i et arbeidsforhold tilsier at det kan være vanskelig for arbeidstaker å nekte samtykke, særlig i ansettelsesprosessen.

Heller ikke arbeidsgiver vil etter mitt syn tjene på en for vid adgang til innsyn i kommunikasjonsmidler. Man ordlegger seg naturlig nok forskjellig ut fra hvem man har kontakt med og spillerommet for å komme med utspill som tar sikte på å fastlegge hverandres grenser vil begrenses dersom man vet at dette vil leses av flere enn dem man i utgangspunktet forholder seg til. Det er en fordel med e-post og det vide spenn av hva slags kommunikasjon e-post omfatter, at det åpner for uformell og enkel kontakt. Dersom arbeidsgiver hadde hatt mulighet til å kontrollere all e-post, ville dette etter mitt syn antakelig føre til at arbeidstakere i mindre grad benyttet seg av e-post. Dette er en konsekvens som ikke er til gunst for arbeidsgiver.

Forslaget søker å klargjøre rettsområdet men lykkes kun delvis. Ikke alt er avklart og til dels nye problemer oppstår. Det går etter min mening tidvis forlangt i å sikre arbeidstaker og man kan stille spørsmål om et så vidt vern er nødvendig etter personvern hensyn når det gjelder virksomhetsrelatert e-post.

4 Litteraturliste

Litteratur

Blekeli, Ragnar Dag og Selmer, Knut S. (Red.) *Data og personvern*. Universitetsforlaget 1977

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Universitetsforlaget Oslo 2001

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*, N.W. Damm & Søn. Oslo 2006

Jakhelln, Henning og Aune, Helga (Red.) *arbeidsrett.no*. 2. utg. N.W. Damm & Søn. Oslo 2006

Jørstad, Stefan. *Arbeidsgivers adgang til å kontrollere og overvåke sine ansatte – Med hovedvekt på grunnvilkårene for behandling av personopplysninger i arbeidslivet*, Complex nr. 3, 2004

Møse, Erik *Menneskerettigheter* 1. utgave J.W.Cappelens Forlag Oslo 2002

Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A. *Personvern i informasjonssamfunnet*. Fagbokforlaget. Oslo 2004

Michael Wiik Johansen, Knut-Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng Skullerud, *Personopplysningsloven - Kommentanutgave*, Universitetsforlaget. Oslo 2001

Artikler

Fevang, Therese og Lauridsen, Grete Søreide. *Arbeidsgivers adgang og mulighet til å behandle og bruke opplysninger om arbeidstakere*.

Arbeidsrett 2004 Nr. 04

Rapporter

Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A. Rapport 2006. Utredning av behov for endringer i personopplysningsloven. Justis- og politidepartementet.

Kontroll og overvåking i arbeidslivet. Underutvalgets rapport. Avlevert til Arbeidslivslovutvalget 20. juni 2002

Forarbeider

NOU 1997: 19 Et bedre personvern

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget

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

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

Andre kilder

Fornyings- og administrasjonsdepartementet: *Forslag til regler om arbeidsgivers tilgang til ansattes e-post mv. – endring av personopplysningsloven § 3 og § 46, nytt kapittel i personopplysningsforskriften og ny bestemmelse i arbeidsmiljøloven*

Hovedavtalen mellom LO - NHO 2006

Tilleggsavtale V

http://www.datatilsynet.no/templates/article_876.aspx

<http://www.datatilsynet.no/>

Rettspraksis

Rt. 2005 518

Rt. 2002 1500
Rt. 2001 1589
Rt. 2001 418
Rt. 2000 1602
LB-2002-2299
TOSLO-2001-12516
RG 1993 77 Asker og Bærum
ARD 1951 201
ARD 1937 114

Lover

Lov 14-04-2000 nr. 31 Lov om behandling av personopplysninger
(personopplysningsloven)
Lov 17-06-2005 nr. 62 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.
(arbeidsmiljøloven)
Lov 21-05-1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven)

Forskrifter

Forskrift 15.12.2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger
(personopplysningsforskriften)
Forskrift 15.12.1994 nr. 1259 om arbeid ved datamaskin

Folkerettslige kilder

Europarådets konvensjon 4.11.1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)

Direktiv 95/46/EF ”Om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger”

Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16.12.1996

Europarådskonvensjon 28.1.1981 (ETS nr. 108) om persondatabelskyttelse

