

Arbeidsgivers rett til innsyn i arbeidstakers e-post

Kandidatnr: 160649

Leveringsfrist: 2.juni 2008

Veileder: Egil Horstad

Til sammen 14695 ord

Per 30.05.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	TEMA	3
1.2	PROBLEMSTILLING	4
1.3	BEGREPSAVKLARING	4
1.3.1	E-POST	4
1.3.2	KONTROLLTILTAK	4
1.3.3	HVA MENES MED INNSYN I E-POST?	5
1.3.4	ARBEIDSGIVER OG ARBEIDSTAKER	6
1.4	AVGRENSNING	6
1.5	OVERSIKT OVER DEN VIDERE FREMSTILLING	7
<u>2</u>	<u>OVERBLIKK OVER RETTSKILDEBILDET</u>	<u>8</u>
2.1	HISTORIKK	8
2.2	LOVER OG FORARBEIDER	9
2.3	RETTSPRAKSIS	10
2.4	DATATILSYNETS RETTSKILDEMESSIGE VEKT	10
2.5	INTERNASJONAL RETT	11
2.6	SAMMENLIGNING MELLOM NORDISKE LAND AV GRENSENE FOR INNSYNRETT	12
<u>3</u>	<u>HENSYN BAK REGLENE OM INNSYNSRETT I E-POST</u>	<u>14</u>
3.1	INNLEDNING	14
3.2	HENSYN SOM TALER FOR INNSYN	14
3.3	HENSYN SOM TALER MOT INNSYN	16
<u>4</u>	<u>NÅR KAN ARBEIDSGIVER KREVE INNSYN I E-POST?</u>	<u>17</u>
4.1	INNLEDNING	17
4.2	SKILLET MELLOM VIRKSOMHETSRELATERT OG PRIVAT E-POST	17
4.3	GRENSENE FOR INNSYN ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN	19
4.3.1	INNLEDNING	19
4.3.2	SAKLIGHET	19

4.3.2.1	Innledning	19
4.3.2.2	Saklig grunn i virksomheten som sådan	20
4.3.2.3	Saklighet vurdert opp mot den enkelte arbeidstaker	25
4.3.2.4	Krav til vedvarende saklighet i forhold til formålet med innsynet	28
4.3.3	FORHOLDSMESSIGHET	29
4.4	BEGRENSNINGER I INNSYNSRETTE	31
	PERSONOPPLYSNINGSLOVEN	31
4.4.1	INNLEDNING	31
4.4.2	ER E-POST EN PERSONOPPLYSNING?	32
4.4.3	GRUNNLEGGENDE KRAV FOR BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER	36
4.4.4	SAMTYKKE SOM GRUNNLAG FOR INNSYN	38
4.4.5	INTERESSEAVVEININGEN	42
4.5	SAMMENHENGEN MELLOM ARBEIDSMILJØLOVEN OG	49
	PERSONOPPLYSNINGSLOVEN	49
4.6	INTERNASJONAL RETT	51
4.6.1	GIR EMK ARTIKKEL 8 ET VERN MOT KONTROLL AV E-POST?	51
4.6.2	EMK ARTIKKEL 8 SOM SELVSTENDIG SKRANKE	53
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	55
5.1	LITTERATUR	55
5.2	LOVER OG DIREKTIVER	56
5.2.1	NORSKE LOVER	56
5.2.2	UTENLANDSKE LOVER	57
5.2.3	DIREKTIVER	58
5.3	FØRARBÆIDER	58
5.3.1	NORSKE FØRARBÆIDER	58
5.3.2	UTENLANDSKE FØRARBÆIDER	58
5.4	DOMSREGISTER	59
5.4.1	NORSKE DOMMER	59
5.4.2	UTENLANDSKE DOMMER	59
5.5	ELEKTRONISKE DOKUMENTER	59

1 Innledning

1.1 Tema

Stadig flere virksomheter anvender teknologiske virkemidler for å utføre daglige gjøremål. Bruk av e-post og tilgang til internett er på de fleste arbeidsplasser ansett som nyttige og ofte helt nødvendig redskaper.

En arbeidsgivers rett til innsyn i arbeidstakers e-post er et omdiskutert tema. Arbeidsgivers adgang til innsyn er ikke spesifikt lovregulert og manglende lovregulering har ført til en rekke uavklarte spørsmål og grensedragninger. Innsynsretten vil berøre alle arbeidsgivere og arbeidstakere som sender og mottar e-post i forbindelse med utførelsen av sitt arbeid. Behovet for klare regler og retningslinjer for når innsyn kan skje er derfor stort.

Datatilsynet uttalte i sin høringsuttalelse til NOU 2004:5 at de mottar ”(...)daglig henvendelser og spørsmål knyttet til innsyn i arbeidstakers e-postkasser og e-post. Spørsmålene kommer både fra arbeidsgivere og arbeidstakere, og ingen andre problemstillinger medfører tilsvarende mengde henvendelser.”¹

Problemstillingen ble for alvor satt på dagsorden i den offentlige debatten da Datatilsynet i 2005 anmeldte både Redningsselskapet og Vinmonopolet for brudd på personopplysningsloven §§ 19 og 20, jf. § 48 første ledd litra f. Grunnlaget for anmeldelsene var at arbeidsgiverne hadde gjennomgått e-postene til en bestemt krets av ansatte uten at personene dette gjaldt fikk informasjon om den planlagte kontrollen. Statsadvokaten i Oslo henla saken mot Redningsselskapet, i det intet straffbart forhold ble ansett som bevist. Oslo politidistrikt henla saken mot Vinmonopolet med samme begrunnelse. Begge sakene ble anket til Riksadvokaten. Også Riksadvokaten fant at det ikke var rettslig grunnlag for

¹ Datatilsynets høringsvar, s.6

straffeforfølgelse i saken, i det de anmeldte handlingene ikke dekkes naturlig av lovens ordlyd eller system.²

1.2 Problemstilling

Hovedproblemstillingen i oppgaven er: Når kan en arbeidsgiver kreve innsyn i arbeidstakers e-post? Med dette menes hva som skal til for at arbeidsgiver rettmessig kan kreve innsyn og hvor grensene går for å kreve slikt innsyn.

Innsyn i arbeidstakers e-post er først og fremst en arbeidsrettslig problemstilling og arbeidsmiljølovens regler om kontrolltiltak vil bli behandlet. Problemstillingen har også en personvernrettslig side. Dersom arbeidsmiljølovens regler sammenholdt med ulovfestede arbeidsrettslige regler er oppfylt, må det vurderes om personopplysningsloven likevel setter begrensninger for kontrolladgangen.

1.3 Begrepsavklaring

1.3.1 E-post

Verken arbeidsmiljøloven eller personopplysningsloven nevner e-post eksplisitt, eller definerer begrepet på noen måte. Dette er heller ikke tilfelle i forarbeidene til de to lovene.

E-post, eller elektronisk post, kan defineres som en elektronisk posttjeneste, der meldinger og dokumenter blir sendt fra en datamaskin til en annen, over et nettverk.³

1.3.2 Kontrolltiltak

Kontrolltiltak kan enkelt defineres som et tiltak arbeidsgiver gjennomfører for å føre kontroll med arbeidstakerne sine. Et kontrolltiltak kan være av forskjellig art og kan omfatte alt fra

² Riksadvokatens begrunnelse for henleggelse av sakene finnes tilgjengelig på http://www.datatilsynet.no/templates/Page_____1776.aspx

³ <http://www.caplex.no/Web/ArticleView.aspx?id=9700163>

inngripende helseundersøkelser til vanlig tidsregistrering.⁴ Innsyn i arbeidstakers e-post vil være et kontrolltiltak.

Ethvert kontrolltiltak som virker inngripende på den enkelte arbeidstaker, eller som begrenser dens handlefrihet, krever et rettslig grunnlag.⁵ Arbeidsgivers adgang til kontrolltiltak reguleres av kapittel 9 i arbeidsmiljøloven, der hovedbestemmelsen er § 9-1.

1.3.3 Hva menes med innsyn i e-post?

Selve begrepet *innsyn i e-post* er ikke benyttet i arbeidsmiljøloven eller personopplysningsloven. Begrepet blir i oppgaven brukt som en betegnelse på en type *kontrolltiltak* som en arbeidsgiver kan iverksette.

Det finnes forskjellige måter for arbeidsgiver å få innsyn i arbeidstakers e-post på.⁶ For det første kan dette skje ved at arbeidsgiver skaffer seg tilgang til arbeidstakers e-postkonto. Gjennom denne tilgangen kan arbeidsgiver se alle innkomne og utgående e-poster. Spørsmålet i forbindelse med denne fremgangsmåten blir på hvilket tidspunkt innsynet kan karakteriseres som et kontrolltiltak. Er det i øyeblikket tilgangen til e-postkontoen er fremskaffet eller kreves det at arbeidsgiver fysisk klikker på de e-postene han eller hun ønsker å lese.

Mye taler for å karakteriseres det som et kontrolltiltak i det øyeblikk en arbeidsgiver har tilgang til selve e-postkontoen hos vedkommende. Arbeidsgiver har da skaffet seg tilgang til samtlige e-poster og kan i emnefeltet se hva alle e-postene omhandler.

En annen fremgangsmåte ved innsyn er såkalt *speiling*.⁷ Speiling skjer ved at arbeidsgiver henter frem informasjon som ligger på virksomhetens server. Dette kan beskrives som at det tas kopi av all informasjonen som er lagret på serveren. Gjennom speilkopien får man tilgang til alle ansattes e-postkontoer, også slettet e-post kan hentes frem via eldre sikkerhetskopier.

⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.135

⁵ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.139

⁶ Opplystingen av fremgangsmåter ved innsyn er ikke ment å være uttømmende

⁷ Flesland 2006, s.51

Metoden er godt egnet for å sikre bevis, hvis arbeidsgiver for eksempel har mistanke om lovbrudd eller illojalitet blant en eller flere arbeidstakere.⁸

I oppgaven vil begrepene innsyn i e-post eller e-postkontroll bli brukt om hverandre. Begge er uttrykk for at arbeidsgiver benytter en av de nevnte metodene for å få tilgang på ansattes e-post. Hvilken metode arbeidsgiver benytter er ikke utslagsgivende for oppgaven, men grensene for innsyn kan variere etter hvilken metode som benyttes og hvor omfattende gjennomgangen av e-post er.

1.3.4 Arbeidsgiver og arbeidstaker

Det vil også være hensiktsmessig å kort presisere hva som menes med begrepene arbeidsgiver og arbeidstaker.

En *arbeidsgiver* blir i arbeidsmiljøloven § 1-8 (2) definert som enhver som har ansatt en arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det er arbeidsgiver som kan iverksette kontrolltiltak i form av innsyn i e-post. Rent praktisk er det ofte en ansatt hos arbeidsgiver eller innleide konsulenter som foretar selve innsynet, jf. personopplysningsloven § 2 nr.5.⁹

En *arbeidstaker* blir i arbeidsmiljøloven § 1-8 (1) omtalt som enhver som utfører arbeid i annens tjeneste. Det sentrale er at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon i bytte mot vederlag som gis av arbeidsgiver. I denne oppgaven vil også *vikarer* og *innleide arbeidstakere* likestilles med fast arbeidstaker, selv om ansettelse i disse tilfellene er midlertidig, jf. arbeidsmiljøloven §§ 14-9 og 14-12. Benevnelsen arbeidstaker vil dermed i denne oppgaven omfatte både faste ansatte, vikarer og innleide arbeidstakere i virksomheten.

1.4 Avgrensning

I forbindelse med innsynsrett i e-post vil det oppstå mange interessante og vanskelige grensedragninger og problemstillinger. Av hensyn til de foreliggende rammer for

⁸ Speiling ble for øvrig benyttet av Redningsselskapet da de foretok innsyn i cirka 35 000 e-poster

⁹ Disse blir i personopplysningsloven omtalt som "databehandler[e]", jf. § 2 nr.5.

masteroppgaven er det nødvendig å foreta en avgrensning av avhandlingens problemstillinger og rekkevidde.

Oppgaven avgrenses for det første mot virkningene av ulovlig innsyn i e-post.¹⁰

Innsyn i e-post vil også medføre en informasjonsplikt for arbeidsgiver ovenfor arbeidstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 9-2 og personopplysningsloven kapittel III. Oppgaven avgrenses mot informasjonsplikten som utløses ved innsyn i e-post.

I tillegg avgrenses det mot forholdet til ”tredjemann”. En arbeidstaker kan ofte ikke selv styre hvilke e-poster vedkommende mottar og hvem som er avsender av e-postene. Ved e-postkontroll kan det forekomme at arbeidsgiver får innsyn i e-poster og personopplysninger fra ”tredjemenn”, som er utenforstående i forhold til formålet med innsynet. De rettslige skrankene som regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og en tredjeparts behov for vern for sin korrespondanse, vil bli holdt utenfor oppgaven.¹¹

1.5 Oversikt over den videre fremstilling

Kapittel 2 gir en presentasjon av rettskildesituasjonen ved innsyn i e-post.

Når grensene for arbeidsgivers innsynsrett i e-post skal drøftes, er det naturlig å diskutere ulike grunnleggende hensyn som taler for og mot innsyn. Disse blir behandlet i kapittel 3.

I kapittel 4 drøftes spørsmålet om når en arbeidsgiver kan kreve innsyn. Skillet mellom virksomhetsrelatert og privat e-post blir omtalt i punkt 4.2. Arbeidsmiljølovens regler om kontrolltiltak blir drøftet i punkt 4.3 og personopplysningslovens regler i punkt 4.4. Til slutt i punkt 4.5 vil forholdet til den internasjonale retten drøftes.

¹⁰ Arbeidsgiver kan ved ulovlig innsyn få et straffe- og erstatningsansvar etter både straffeloven § 145, arbeidsmiljøloven § 19-1 og personopplysningsloven §§ 48 og 49

¹¹ Nærmere om problematikken, se Coll, s.178

2 Overblikk over rettskildebildet

2.1 Historikk

I forbindelse med utarbeidelse av ny arbeidsmiljølov ble det foreslått et nytt kapittel som inneholdt regler om kontrolltiltak. I dette kapittelet ble det lagt frem forslag om å lovfeste kontrolladgangen til privat e-post:

§ 8-3 Kontroll av epost og andre private elektroniske opplysninger

(1) Arbeidsgiver har ikke rett til innsyn i arbeidstakers private epost eller andre private elektroniske opplysninger, med mindre arbeidstaker har gitt skriftlig samtykke til innsyn.

(2) Første ledd gjelder ikke dersom det foreligger fare for sikkerheten eller informasjonssikkerheten i virksomheten, dersom det er saklig grunn til å mistenke arbeidstaker for å ha benyttet arbeidsgivers elektroniske utstyr på en måte som kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed eller dersom det foreligger en annen særlig grunn som gjør at innsyn er nødvendig.¹²

Forslaget ble imidlertid nedstemt, mye på grunn av en kritisk holdning fra Datatilsynet, som mente at det var behov for langt mer detaljerte bestemmelser enn det som ble foreslått.¹³

En annen grunn til at e-postbestemmelsen ble nedstemt var at Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) holdt på med utarbeidelsen av nye forskrifter på dette området.

I oktober 2006 sendte FAD ut et høringsforslag om regler angående arbeidsgivers innsyn i ansattes e-post. Utkastet foreslår følgende hovedregel:

§ 9-3 Hovedregel

Arbeidsgiver har ikke adgang til å gjennomføre, 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.

¹² NOU 2004:5 s.511

¹³ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.150

*Arbeidsgiver har ikke adgang til å overvåke ansattes bruk av elektronisk utstyr, herunder bruk av Internett..*¹⁴

Regelen er relativt lik den som ble foreslått i NOU 2004:5 s.511. Forskjellen er at det foreligger flere og mer detaljerte unntak fra hovedregelen i FADs høringsforslag.¹⁵ Etter forslaget skal arbeidsgiver under visse nærmere angitte betingelser kunne foreta innsyn dersom arbeidstaker er fraværende fra arbeidet, for eksempel på grunn av uforutsett sykdom, samt der det foreligger begrunnet mistanke om at e-postkassen kan inneholde informasjon om at arbeidstaker har begått straffbare forhold eller grove brudd på sine plikter som arbeidstaker.

Det kom inn svært mange og til dels sprikende høringsvar.¹⁶ Etterarbeidet etter høringen er per dags dato ikke ferdigstilt.

2.2 Lover og forarbeider

Selv om det ikke ble vedtatt en ny bestemmelse om e-postkontroll i den nye arbeidsmiljøloven fra 2005, kom det et nytt kapittel om kontrolltiltak. I mangel av spesifikk lovhjemmel må lovligheten av en e-postkontroll vurderes ut fra den generelle bestemmelsen om kontrolltiltak i arbeidsmiljøloven § 9-1. Vurderingen må også skje på bakgrunn av de begrensningene personopplysningsloven setter, dersom kontrolltiltaket innebærer behandling av personopplysninger. Dette er også spesifikt nevnt i arbeidsmiljøloven § 9-1 (2).

Ettersom forslaget om ny e-postbestemmelse i NOU 2004:5 ble utsatt, er det uklart hvilken rettskildemessig vekt forarbeidene til arbeidsmiljøloven har for e-postkontroll. Departementet sa seg i stor grad enig med de vurderinger som Arbeidslivslovsutvalget har gjort¹⁷, selv om Stortinget ikke vedtok loven slik den ble foreslått. Arbeidslivslovsutvalget gjorde en grundig vurdering av rettstillingen angående innsyn i e-post, og i mangel av andre rettskilder bør momentene som kommer fram av NOU 2004:5 og Ot.prp. nr.49 (2004-2005) kunne anvendes som tolkningsmomenter i spørsmålet om når en arbeidsgiver kan kreve innsyn.

¹⁴ FAD, s.32

¹⁵ FAD, s.32 følgende

¹⁶ Disse er tilgjengelige på www.regjeringen.no/fad

¹⁷ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) for eksempel på s.148

Forarbeidene til personopplysningsloven, Ot.prp. 92 (1998-1999) og NOU 1997:19, vil også være av betydning for når en arbeidsgiver kan kreve innsyn. Et viktig poeng er her at personopplysningsloven er utformet generelt og ikke spesifikt i forhold til arbeidslivet.¹⁸ Innsyn i e-post og problemstillinger rundt dette er dermed ikke særskilt omtalt i forarbeidene.

2.3 Rettspraksis

Det eksisterer forholdsvis lite rettspraksis om kontrolltiltak, særlig rundt kontroll av e-post. Dette har trolig sammenheng med at bestemmelsene om kontrolltiltak er forholdsvis nye, selv om reglene i stor grad kodifiserer gjeldende rett på dette området.¹⁹ Det finnes imidlertid noen dommer som berører kontrolltiltak og innsynsretten, for eksempel RG 1993 s.77 og Rt.2002 s.1500. Disse vil bli brukt i oppgaven.

2.4 Datatilsynets rettskildemessige vekt

I forhold til personopplysningsloven spiller *Datatilsynet* og *Personvernemnda* en viktig rolle.²⁰ Datatilsynet skal blant annet føre tilsyn med at loven blir fulgt og er gitt myndighet til å ilegge sanksjoner dersom de finner brudd på loven.²¹

Utgangspunktet er at uttalelser og retningslinjer fra uavhengige organ ikke vil ha særlig rettskildemessig vekt.²²

Det kan likevel være grunn til å vektlegge Datatilsynets uttalelser, på grunn av den spesielle rollen tilsynet er gitt i personopplysningsloven. De har både en kontrollerende og veiledende funksjon, jf. personopplysningsloven § 42 tredje ledd nr. 3 og 6. De kan også gi pålegg om endring eller kreve opphør av ulovlige behandlinger av personopplysninger, jf. personopplysningsloven § 46.

¹⁸ Underutvalgets rapport, s.67

¹⁹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.140

²⁰ Personvernemnda er klageorgan for vedtak fattet av Datatilsynet

²¹ Kap.VIII i personopplysningsloven

²² Eckhoff, s.230

En videre indikasjon på at Datatilsynets uttalelser og retningslinjer må tillegges rettskildemessig vekt er at det i Rt.2002 s.1500 på side 1503 blir direkte referert til Datatilsynets hjemmeside angående spørsmål om innsyn i e-post. Dette bør føre til at Datatilsynet vil ha en rettskildemessig vekt i spørsmål om personvern og personopplysningsloven.

2.5 Internasjonal rett

Kontrolltiltak og spørsmålet om innsynsrett i e-post er også delvis underlagt internasjonal regulering.

EUs personverndirektiv²³ har som siktemål å etablere noen felles prinsipper for regulering av behandling av personopplysninger, slik at det i mest mulig grad kan oppstå et felles vern for dette i hele EU-området.²⁴ Direktivet skal verne personers grunnleggende rettigheter og friheter, og angir en minimumsstandard for beskyttelse av personvernet i tilknytning til behandling av personopplysninger.

Personopplysningsloven bygger hovedsaklig på EUs personverndirektiv. Direktivet var ikke en del av EØS-avtalen da personopplysningsloven ble vedtatt, men ettersom direktivet var EØS-relevant, tok man derfor hensyn til direktivets bestemmelser.²⁵

Direktivet er nå blitt en del av EØS-avtalen, og Norge er derfor forpliktet til å overholde dens bestemmelser.²⁶

Det kan være verdt å merke seg at EUs personverndirektiv ikke inneholder særskilte bestemmelser om arbeidsgivers innsynsrett i e-post. Det slås imidlertid fast i fortalens punkt 10 at medlemsstatenes lovgivning må sikre overholdelse av retten til privatlivets fred, jf. Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon artikkel 8.

²³ Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995

²⁴ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.13

²⁵ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.15

²⁶ Direktivet ble inntatt i EØS-avtalens vedlegg XI om telekommunikasjonstjenester ved EØS-komiteens beslutning av 25.juni 1999 (nr.83), jf. St.prp. nr.34 (1999-2000) på side 1

Reglene i **Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK)** er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven. EMK bygger på tanken om at alle mennesker har noen grunnleggende og allmenngyldige rettigheter.²⁷

I forhold til innsynsrett i e-post er særlig EMK artikkel 8 aktuell. Bestemmelsen regulerer retten til respekt for sitt ”privatliv (...)og sin korrespondanse”.

2.6 Sammenligning mellom nordiske land av grensene for innsynsrett

Ettersom det i Norge ikke finnes spesifikk lovregulering som angir når en arbeidsgiver kan kreve innsyn e-post, kan det være hensiktsmessig å foreta en kort komparativ sammenligning mellom Norge og de øvrige nordiske land.²⁸ Det vil tas utgangspunkt i Finland, Sverige og Danmark, da disse har lovregulering eller forslag om lovregulering for arbeidsgivers kontrolladgang.

Finland har egen lov om integritetsvern i arbeidslivet.²⁹ Dette er en supplerende særlov i tillegg til personopplysningsloven. Bakgrunnen for loven er at personopplysningsloven alene ikke ivaretar arbeidslivets spesielle karakter i tilstrekkelig grad.³⁰

Finland er per i dag det eneste landet i Norden som har egne bestemmelser om arbeidsgivers innsynsrett i arbeidstakers e-post. Kapittel 6 (§§ 18,19 og 20) i loven inneholder bestemmelser om arbeidsgivers håndtering og åpning av arbeidstakers e-post.

I korte trekk gir lovens kapittel 6 en arbeidsgiver rett til innsyn i arbeidstakers virksomhetsrelaterte e-post. Begrunnelsen synes å være at dette gir arbeidsgiver mest mulig trygghet for å ivareta sine interesser, for eksempel ved å kunne slutføre eventuelle forhandlinger arbeidsaker har påbegynt eller for å betjene kunder generelt.

Det må merkes at en forutsetning for innsyn etter den finske loven er at den aktuelle arbeidstakeren skal ha blitt gitt muligheten til å bruke såkalt automatisk

²⁷ NOU 1993:18 s.19

²⁸ Tatt i betraktning masteroppgavens ordgrense, vil dette gjøres kort.

²⁹ Lag om integritetsskydd i arbetslivet, 8.juni 2001:477

³⁰ Underutvalgets rapport, s.20

fraværsassistent/automatisk videresending (jf. § 18 nr.1) og at det ikke er mulig å innhente arbeidstakerens samtykke innen rimelig tid (jf. § 19 nr.4).

Sverige har ingen spesifikke bestemmelser om arbeidsgivers innsynsrett i e-post. Muligheten for en regulering av arbeidsgivers innsynsrett, da særlig i arbeidstakernes private e-post, ble imidlertid inngående behandlet i Integritetsutredningen.³¹

Lovforslaget ble imidlertid ikke vedtatt, og Sverige har per i dag dermed ikke noen spesifikk lovregulering om innsyn i e-post. Hensynene som ble fremstilt i utredningen har uansett hatt betydning for norsk rett ved at den foreslåtte norske lovregelen angående e-post bygger på de samme hensynene som ble drøftet i Sverige.³²

Danmark har heller ingen spesifikk lovregulering av en arbeidsgivers rett til innsyn i arbeidstakers e-post. Også i Danmark følger kontrolladgangen etter både *arbejds miljøloven* og *personopplysningsloven*. Personopplysningsloven bygger på EUs direktiv, og dermed på de samme prinsippene som den norske personopplysningsloven gjør.

³¹ SOU 2002:18 på side 81 til 146

³² NOU 2004:5 s.437 og 438

3 Hensyn bak reglene om innsynsrett i e-post

3.1 Innledning

Spørsmålet om hvor grensene for innsynsrett skal settes, og når en arbeidsgiver kan kreve innsyn, vil nødvendigvis bygge på ulike grunnleggende hensyn som ligger bak reglene om innsyn. Når grensen for arbeidsgivers innsynsrett skal fastsettes, vil disse hensynene bli brukt som tolkningsmomenter.

3.2 Hensyn som taler for innsyn

Styringsretten er sentral ved innsyn i e-post. Selve begrepet er ikke lovdefinert, men styringsretten er forutsatt i lovverket, se for eksempel arbeidsmiljøloven kapittel 14 og ferieloven § 6.

Høyesterett har definert styringsretten som en arbeidsgivers ”(...)rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet(...)”³³

Et arbeidsforhold medfører etter sin art et underordningsforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Dette underordningsforholdet danner grunnlaget for styringsretten. For at den daglige driften i en virksomhet skal kunne utøves på en forsvarlig måte, må ledelsen i virksomheten ha adgang til å treffe beslutninger om hvordan driften skal utøves, samt sørge for at beslutningene blir gjennomført. Styringsretten er dermed en nødvendig og naturlig rett en arbeidsgiver har i en virksomhet.

Det må anses som et utslag av styringsretten at en arbeidsgiver kan bestemme hvilke kontrolltiltak bedriften skal gjennomføre.³⁴ Det er dermed opp til den enkelte arbeidsgiver selv, som en følge av styringsretten, å velge hvilke kontrolltiltak som anses mest hensiktsmessig.

³³ Rt. 2000 s.1602 på side 1609

³⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.139

En arbeidsgiver står imidlertid ikke helt fritt. Styringsretten er undergitt begrensninger i lov, tariffavtaler og av selve arbeidsavtalen. Styringsretten kan derfor anses som en *restkompetanse*³⁵, det vil si den kompetanse arbeidsgiver har igjen etter de begrensninger som nevnt. Ved kontrolltiltak i form av innsyn i e-post, er styringsretten undergitt begrensninger etter arbeidsmiljøloven kapittel 9 og personopplysningsloven.

Videre må hensynet til en *forsvarlig drift av virksomheten* anses som grunnleggende for innsynretten til arbeidsgiver. Med forsvarlig drift av virksomheten menes at virksomheten blir drevet på den mest effektive og funksjonelle måten.

I forlengelsen av hensynet til forsvarlig drift kommer *hensynet til et praktisk arbeidsliv*. Dette kan defineres som et effektivitetshensyn. Ved spørsmålet om når innsyn kan kreves, kan hensynet benyttes som et argument for at innsyn i bestemte tilfeller medfører en mer effektiv og enklere måte å gjennomføre den daglige driften av virksomheten.

Arbeidsgiver er også *ansvarlig for eget datanett* og hva som distribueres gjennom dette. Dersom det foreligger mistanke om at en eller flere arbeidstakere bryter loven gjennom e-postforsendelser, vil det være viktig for virksomheten å få oppklart dette, spesielt dersom arbeidsgiver kan trekkes til ansvar for arbeidstakers handlinger.

Troverdighet og seriøsitet ovenfor tredjepart er også hensyn som ligger bak reglene om innsynsrett. Med dette menes at dersom en arbeidsgiver har mistanke om en arbeidstaker som opptrer illojalt, kan dette påvirke virksomhetens troverdighet og seriøsitet. Dette gjelder spesielt konkurransebaserte virksomheter, men vil også ha gjennomslagskraft ved offentlige organer som for eksempel driver med saksbehandling.

Dette hensynet vil også spille inn dersom en arbeidstaker er fraværende fra jobb, for eksempel ved sykdom. Dersom det er av viktighet for virksomheten å få tilgang til den fraværendes e-post for å eksempelvis avslutte en avtale eller slutføre saksbehandling, kan unnlatelse av dette påføre virksomheten troverdighets- og seriøsitetsproblemer. Det vil være et vesentlig moment for alle virksomheter å opprettholde sin kredibilitet overfor sine kunder, arbeidslivet og offentligheten som sådan.

³⁵ Begrepet brukes av Høyesterett i Rt. 2001 s.418 på side 427

3.3 Hensyn som taler mot innsyn

For det første vil *personvern*hensyn være et moment som kan tale mot innsynsretten. Sentralt ved personvernensyn er personlighetens rettsvern og det enkelte menneskets ukrenkelighet.³⁶ Et vesentlig element i dette er den enkeltes ønske om kontroll over egne personopplysninger og individets rett til selv å bestemme hva andre skal få vite om egne forhold.

I direkte sammenheng med hensynet til arbeidstakernes personvern står lovgivers hensikt om å *begrense og kontrollere arbeidsgivers kontrolladgang*.³⁷ Den teknologiske utviklingen har medført større muligheter for kontroll av arbeidstakere og det derfor viktig å balansere arbeidsgivers og arbeidstakers behov ved kontrolltiltak. Dette medfører at saklighets og forholdsmessighetskravet etter arbeidsmiljøloven § 9-1 ikke må tolkes for vidt, slik at arbeidsgiver gis en utvidet adgang til å gjennomføre innsyn.

Et annet hensyn er at arbeidstaker kan få *følelsen av å bli mistenkeliggjort* ved at arbeidsgiver ønsker innsyn i dennes e-post. Dette kan bli oppfattet som en mistillitserklæring fra arbeidsgiver. Dette var noe som kom frem i saken mot Redningsselskapet:

Advokat Ellen Dehn Arvesen ved advokatfirmaet Brækhus Dege laget en sluttrapport på vegne av Redningsselskapet angående den såkalte e-postsaken. I denne rapporten fremkommer det at det var sterke følelser knyttet til det faktum at man stod på listen over arbeidstakere som hadde fått gjennomgått sin e-post, og det følte som ubehagelig for *samlige* av de navngitte personene.³⁸ Det ble oppfattet som en integritetskrenkelse at arbeidsgiver gjennomgikk deres e-poster. De berørte ansatte ble også frustrert når deres e-poster var lest uten at de var gitt muligheten til å imøtegå, og eventuelt supplere innholdet i e-postene slik at de ble mest mulig fullstendige og ikke tatt ut av en sammenheng.

³⁶ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.19

³⁷ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.143

³⁸ Redningsselskapet, s.3

4 Når kan arbeidsgiver kreve innsyn i e-post?

4.1 Innledning

Spørsmålet er her hvor grensene for innsynsrett skal settes etter arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven? Når kan arbeidsgiver rettmessig kreve innsyn etter reguleringene i disse lovene?

4.2 Skillet mellom virksomhetsrelatert og privat e-post

Det har utviklet seg et skille mellom virksomhetsrelatert og privat e-post. Grensene for innsynsrett etter arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven vil være forskjellige alt ettersom det kreves innsyn i virksomhetsrelatert eller privat e-post. Når man skal vurdere om innsyn er i samsvar med arbeidsmiljøloven § 9-1, vil det være av betydning både for saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen om det søkes innsyn i virksomhetsrelatert eller privat e-post. Det samme gjelder for vurderingen av om innsyn er nødvendig for å ivareta en ”berettiget interesse”, jf. personopplysningsloven § 8 litra f. Skillet mellom virksomhetsrelatert og privat e-post er dermed sentralt for spørsmålet om når en arbeidsgiver kan foreta innsyn i arbeidstakers e-post etter arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven.

Spørsmålet blir dermed hva som avgjør om en e-post kan karakteriseres som virksomhetsrelatert eller privat.

Det finnes foreløpig ingen lovregler om dette skillet. I NOU 2004:5 side 428 uttales det imidlertid at:

*”Et helt sentralt skille går mellom privat og virksomhetsrelatert epost/dokumenter.”*³⁹

Skillet er benyttet i Rt. 2002 s.1500, der hovedspørsmålet var om bevis som en arbeidsgiver hadde fremskaffet ved kontroll av en arbeidstakers e-post, kunne fremlegges i retten.

Høyesteretts kjæremålsutvalg henviste til lagmannsrettens uttalelse:

³⁹ NOU 2004:5 s.428

*”Ut fra de foreliggende opplysninger legger lagmannsretten til grunn at alle meldingene gjelder aktiviteter, spørsmål, planer o.l. som på en eller annen måte har forbindelse med den type virksomhet som X står for eller er interessert i. I et slikt perspektiv er det ikke grunn til oppfatte meldingene som private(...)”*⁴⁰

Dommen omhandlet imidlertid ikke direkte skillet mellom virksomhetsrelatert og privat e-post, og grensedragningen for disse typene e-post ble dermed ikke prinsipielt gjennomgått. Den rettskildemessige vekten av dommen på dette punkt kan derfor diskuteres. Det som imidlertid er klart er at Høyesteretts kjæremålsutvalg knyttet sin argumentasjon opp mot begrepene virksomhetsrelatert og privat e-post.

Med bakgrunn i Rt.2002 s.1500 må vurderingen være om en e-post inneholder informasjon som *”(...) på en eller annen måte har forbindelse med den type virksomhet som X står for eller er interessert i.”*, jf. den siterte delen av dommen ovenfor.

Utgangspunktet blir derfor at virksomhetsrelatert e-post er e-post knyttet til gjennomføringen av arbeidsoppgaver i tilknytning til virksomheten. Privat e-post må da avgrenses negativt, det vil si all e-post som ikke er knyttet til gjennomføringen av arbeidsoppgavene eller forøvrig har noen tilknytning til virksomhetens drift.⁴¹ For å avgjøre om en e-post er virksomhetsrelatert eller privat kan man legge vekt på om e-posten er merket med ”privat” eller lignende i emnefeltet, hvem som er avsender og hvem som mottar den sendte e-posten.⁴² Dersom arbeidstakeren påstår at innholdet i e-posten er privat, skal dette tillegges vekt i vurderingen, men det vil ikke nødvendigvis være avgjørende. Det sentrale momentet ved grensedragningen er hvorvidt e-post er sendt eller mottatt i regi av arbeidstakeren som privatperson eller i regi av arbeidstakeren som nettopp arbeidstaker.⁴³

Søkes det innsyn i virksomhetsrelatert e-post har som oftest e-postens innhold direkte relasjon til virksomhetens daglige drift. Innsyn begrunnes da ut fra hensyn som utelukkende går på forsvarlig drift av virksomheten. Slike hensyn veier tungt i vurderingen av når en arbeidsgiver

⁴⁰ Rt.2002 s.1500 på side 1503

⁴¹ Privat e-post må rettslig sett trolig likestilles med et tradisjonelt privat brev i konvolutt som mottas på arbeidsplassen av arbeidstaker, slik at dersom arbeidsgiver uberettiget leser privat e-post kan straffeloven § 145 andre ledd være overtrådt, jf. NOU 2004:5 s.428

⁴² Datatilsynet 2008, s.3

⁴³ Jørstad, s.98

kan kreve innsyn etter både arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven. I tillegg må det hevdes at hensynet til arbeidstakernes personvern i slike tilfeller er mindre fremtredende. Ved innsyn i privat e-post vil normalt hensynet til arbeidstakerens personvern være mer fremtredende. Slike e-poster har heller ikke samme relasjon til virksomhetens daglige drift. Terskelen vil derfor være høyere for å hevde at arbeidsgiver rettmessig kan kreve innsyn i private e-poster.

4.3 Grensene for innsyn etter arbeidsmiljøloven

4.3.1 Innledning

Hovedbestemmelsen i arbeidsmiljøloven om kontrolltiltak er § 9-1. Bestemmelsen angir to kumulative vilkår: Kontrolltiltaket må ha ”saklig grunn i virksomhetens forhold” og må ikke være en ”uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren”. I mangel av spesifikk lovregulering, må grensene for når en arbeidsgiver kan kreve innsyn i arbeidstakers e-post, tolkes gjennom arbeidsmiljøloven § 9-1. Spørsmålet blir dermed hvor disse grensene skal settes etter denne bestemmelsen.

4.3.2 Saklighet

4.3.2.1 Innledning

Det første kumulative vilkåret etter arbeidsmiljøloven § 9-1 (1) er at kontrolltiltak i form av innsyn i e-post bare kan iverksettes hvis det har ”saklig grunn i virksomhetens forhold”.

Saklighetskravet er en rettslig standard som inneholder to hovedelementer. Det følger av Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.144 at tiltaket for det første må ha et saklig formål som kan begrunnes i virksomheten *som sådan*. Formålet må altså være knyttet eksplisitt til virksomhetens behov. På samme side i Ot.prp. nr.49 (2004-2005) uttales det at saklighetskravet også må prøves opp mot den *enkelte arbeidstaker* som omfattes av kontrolltiltaket. Vurderingen av kontrolltiltakets saklighet må foretas konkret i hvert enkelte tilfelle.

4.3.2.2 Saklig grunn i virksomheten som sådan

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at et kontrolltiltak må være forankret i en berettiget grunn relatert til virksomhetens forhold, dersom tiltaket skal være saklig. Kravet til saklighet vil dermed forhindre vilkårlige og ubegrunnede inngrep i arbeidstakernes personlige integritet.

Vilkåret medfører at tiltak som er knyttet opp mot andre hensyn, for eksempel alminnelige samfunnsinteresser, ikke har hjemmel etter § 9-1. Disse hensynene er i prinsippet uvedkommende for virksomheten.⁴⁴

En arbeidsgiver kan ha flere og ulike grunner for å ønske innsyn i en eller flere arbeidstakers e-poster. Grunnlagene vil være viktige for å fastsette grensen for når innsyn vil være saklig begrunnet, fordi hensynene arbeidsgiver har i de enkelte tilfellene vil påvirke grensedragningen på ulik måte. I det følgende drøftes ulike grunnlag som en arbeidsgiver kan ha for å kreve innsyn, opp mot at innsynet må være saklig begrunnet i virksomhetens forhold.⁴⁵

Arbeidsgiver kan for det første ha **mistanke** om ulike misligheter. I NOU 2004:5 side 430 uttales det:

”Dersom arbeidsgiver har en velbegrunnet mistanke om misligheter av en viss betydning, vil avveiningen av hensynet til arbeidsgivers behov for kontrolltiltak på den ene siden og personvern hensynet på den andre siden, slå noe annerledes ut. Dette taler for at arbeidsgivers tilgang til kontroll går lenger i slike tilfeller. Det er likevel grunn til en viss varsomhet med å strekke argumentet for langt.”

Ved konkret mistanke om misligheter har arbeidsgiver dermed en relativt vidtgående adgang til å gjennomføre kontrolltiltak. Terskelen vil være høy for å anse at slike kontrolltiltak ikke er saklig begrunnet i virksomhetens forhold.

⁴⁴ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s.144

⁴⁵ Opplistingen er ikke ment å være uttømmende ettersom flere tilfeller kan tenkes

En situasjon kan være at det foreligger mistanke om e-postforsendelser som har et *straffbart innhold*, for eksempel barnepornografi. Arbeidsgiver er ansvarlig for sitt datanett og hva som distribueres gjennom dette. I slike tilfeller vil det være i virksomhetens interesse å få avdekket eventuelle lovbrudd. Dersom mistanken gjelder barnepornografi har arbeidsgiver en straffesanksjonert plikt til å forhindre befatning med barnepornografi etter straffeloven § 204a tredje ledd andre punktum.

En annen situasjon kan være at en arbeidsgiver har mistanke om at en arbeidstaker sender *e-poster som ledd i gjennomføringen av en straffbarhandling*, for eksempel at en arbeidstaker ved hjelp av e-post bryter lovpålagt taushetsplikt. Også her har arbeidsgiver en egeninteresse i å kreve innsyn ettersom arbeidsgiver selv er ansvarlig for hva som sendes fra deres datanett. Et annet moment er at det vil være viktig for en virksomhet, enten den er privat eller offentlig, å avdekke brudd på lovpålagte plikter både for å være lovlydig og for å opprettholde sin troverdighet. For offentlig ansatte følger det en straffesanksjonert plikt av straffeloven § 121 for å opprettholde lovpålagt taushetsplikt. Også visse former private virksomheter er undergitt lovpålagt taushetsplikt, jf. for eksempel foretningsbankloven § 18. Innsyn på bakgrunn av slike grunnlag vil kunne begrunnes saklig ut fra virksomhetens forhold.

Det kan videre tenkes tilfeller der en arbeidstaker bruker arbeidsgivers datasystemer til å kontakte kunder, laste ned kundelister og lignende med tanke på å blant annet starte *konkurrerende virksomhet*. Arbeidsgiver må kunne forsvare sine egne interesser og dette hensynet veier tungt ved vurderingen av når en arbeidsgiver har saklig grunn til å kreve innsyn.

I Rt.2002 s.1500 ble en arbeidstaker (A) avskjediget på grunnlag av at virksomheten (X) han jobbet i mente at han hadde fått tilbud om eller tatt ansettelse i konkurrerende virksomhet, og at han forsøkte å ta med seg Xs kunder til sin nye arbeidsgiver. Grunnlaget for å hevde dette var at ledelsen i X hadde skaffet seg innsyn i As virksomhetsrelaterte e-poster. Høyesteretts kjæremålsutvalg opprettholdt lagmannsrettens kjennelse om at avskjedigelsen var rettmessig og godtok fremleggelse av e-postene som bevis i saken.

Kjennelsen viser at forsvar av virksomhetens egne interesser vil være et vesentlig moment i forhold til innsynrett. Innsyn i e-post var riktig nok bare en liten del av kjennelsen, men den

viser at slike hensyn vil være relevant i vurderingen for hvor grensen skal gå ved innsyn. En virksomhet har en legitim interesse i å avdekke forsøk på å svekke bedriftens driftsgrunnlag.

Det kan også tenkes tilfeller der en arbeidsgiver mistenker en arbeidstaker for å benytte e-post til å formidle informasjon som må anses i strid med interne retningslinjer eller på annen måte mistenker den ansatte for *illojal atferd*. Arbeidsgiver har her en klar oppfordring til å reagere for å verne om sine interesser. Illojalitet kan for det første påvirke arbeidsmiljøet innad i virksomheten på en negativ måte. I tillegg kan illojalitet få betydning for virksomheten utad, enten det gjelder tillitsforhold mellom nåværende eller fremtidige kunder, eller allmennheten som sådan. Innsyn på bakgrunn av illojalitet må derfor anses å være saklig begrunnet i virksomhetens forhold.

Innsyn kan også kreves på bakgrunn av **fravær** blant en eller flere ansatte. Spørsmålet blir hvor grensen går for når innsyn i e-post ved slike tilfeller vil være saklig begrunnet ut fra virksomhetens forhold.

Et typetilfelle er at en arbeidstaker er borte på grunn av *sykdom*. Sykdomsfravær vil ofte komme uanmeldt for arbeidsgiver. Dersom arbeidsgiver har grunn til å tro at den fraværende arbeidstaker har mottatt virksomhetsrelatert e-post som av hensyn til virksomhetens drift ikke kan vente, taler dette for at arbeidsgiver har en saklig grunn til å kreve innsyn i disse e-postene. I slike tilfeller kan det være av stor betydning for virksomhetens daglige drift at e-posten til vedkommende blir kontrollert.

En annen type fravær er *ferieavvikling*. Ved ferieavvikling vil stort sett de samme hensynene som ved sykdom kunne gjøres gjeldende. Hovedforskjellen mellom sykdom og ferie er at ferieavvikling er noe arbeidsgiver i utgangspunktet er klar over på forhånd. Dette medfører at arbeidsgiver vil ha tid til å forberede en eventuell ferievikar til vedkommende eller legge inn en automatisk videresending av dennes e-poster. Ved slike tiltak kan ofte innsyn i vedkommendes e-post unngås, og terskelen for å anse innsyn som saklig begrunnet vil derfor i utgangspunktet være høyere. Arbeidsgiver er ved kontrolltiltak forpliktet til å anvende det tiltaket som er minst inngripende for arbeidstakeren.⁴⁶ Dersom innsyn kan unngås ved å anvende et mindre inngripende tiltak, vil dette høyne terskelen for saklighetskravet.

⁴⁶ Se også forholdsmessighetsvurderingen i punkt 4.3.3

Både ved sykdom og ferieavvikling har jeg tatt utgangspunkt i at virksomheten har behov for tilgang til arbeidstakers e-post for å sikre en forsvarlig drift. Et spørsmål er hvordan saklighetskravet stiller seg dersom innsyn kreves på *bekvemmelighetshensyn*. Med *bekvemmelighetshensyn* menes at innsyn kun gjøres gjeldene for å spare tid og arbeidskraft. Et eksempel kan være at en arbeidstaker holder på å utarbeide et forslag til en avtale med en annen part gjennom korrespondanse på e-post. Denne arbeidstakeren er nå fraværende fra arbeid på grunn av sykdom, og arbeidsgiver vil kreve innsyn i disse e-postene for å opprettholde kontakten med den andre part. Sett at arbeidsgiver ved en telefon eller e-post til den andre part kunne fått opplyst den forutgående korrespondansen, men dette vil ta opptil en dag å få rede på. Hvordan blir dette i forhold til saklighetskravet?

Det foreligger ingen tvil om at innsyn i slike tilfeller er begrunnet ut fra virksomhetens forhold. Spørsmålet er om slike effektivitetshensyn er tiltrekkelig saklig begrunnet i virksomhetens forhold for å kreve innsyn.

Det finnes ingen uttalelser i forarbeidene som kan gi grunnlag for å fastsette en grense for hvordan saklighetskravet stiller seg i disse tilfellene. Praksis angående denne problemstillingen er også fraværende.

Spørsmålet må dermed avgjøres på bakgrunn av en konkret tolkning av de reelle hensyn som foreligger i den enkelte sak. Grensene for når innsyn ved *bekvemmelighetshensyn* kan anses å være saklige kan dermed variere fra tilfelle til tilfelle.

Hensynet som taler mot å anse innsyn som saklig begrunnet i disse tilfellene er at dersom en åpner for innsyn her vil innsynsretten bli betydelig utvidet. Dersom terskelen for å anse et kontrolltiltak som saklig begrunnet settes for lavt, vil det medføre en utvidet adgang til innsyn for arbeidsgiver. Noe som igjen fører til at rettsikkerheten til arbeidstakerne vil bli vesentlig svekket. Dette er neppe tilsiktet fra lovgiver.

Arbeidsgiver ønsker imidlertid i disse tilfellene å få innsyn i e-post for å utføre gjøremål som er begrunnet i å forbedre og effektivisere virksomhetens daglige drift. Ved å åpne for innsyn ved *bekvemmelighetshensyn* vil man få et mer smidig og praktisk arbeidsliv. En virksomhet

vil ofte være avhengig av effektivitet i den daglige driften, både i privat og offentlig sektor. Dette er hensyn som må vektlegges i saklighetsvurderingen.

Ved innsyn grunnet bekvemmelighetshensyn vil også situasjonen i virksomheten være avgjørende. I RG 1993 side 77 var spørsmålet om en arbeidsgiver kunne gå inn på arbeidstakers private filer som lå lagret på virksomhetens dataanlegg. Retten uttalte at:

”Som et utgangspunkt må bedriften ha anledning til å gå inn på den enkeltes private brukerområde dersom bedriften har fastsatt regler eller instruks som gir ledelsen en slik rett, og de ansatte er kjent med disse reglene.”⁴⁷

Dersom det finnes interne retningslinjer vil dette selvsagt påvirke sakligheten. Blir retningslinjene brukt i utstrekning og dette er kjent blant alle arbeidstakerne, vil det kunne tilsi at innsyn vil være saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Arbeidstakeren vil her være forberedt på at innsyn i hans eller hennes e-post kan forekomme dersom vedkommende er fraværende fra jobb, og kanskje til og med forvente at slikt innsyn skal skje.

Situasjonen stiller seg annerledes dersom disse retningslinjene foreligger, men aldri blir anvendt. Arbeidstakeren har i dette tilfelle ikke samme forventning om at innsyn vil kunne skje. Innsyn vil her bære preg av vilkårlighet. I slike tilfeller må bedømmelsen om innsyn anses for å være saklig skje på samme måte som for virksomheter som ikke har retningslinjer for hvordan innsyn i e-post skal forekomme.

Det vil i saklighetsvurderingen også bli et spørsmål om hvor effektivt det vil være for virksomheten å få innsyn i vedkommendes e-post. Grensen for å hevde at innsyn vil være saklig begrunnet kan variere avhengig av hvor tidsbesparende innsyn i arbeidstakers e-post vil være for arbeidsgiver.

Det vil være vanskelig å gi et eksakt tall på hvor tidsbesparende innsyn må være. Også her vil det være av betydning om det foreligger interne retningslinjer i virksomheten, og om disse blir anvendt i stor eller liten grad. I tillegg vil det sannsynligvis ikke være tale om innsyn i et større antall e-poster. Det må også legges betydelig vekt på at innsyn her søkes i

⁴⁷ Punkt I avsnitt 10

virksomhetsrelatert e-post. Grensene for innsynsrett i slike e-poster, er videre enn dersom innsyn søkes i private e-poster.⁴⁸

Samlet sett må det fremholdes at innsyn på grunnlag av bekvemmelighetshensyn som hovedregel må anses å være saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Hensynene som begrunner innsyn må her veie tyngre enn det forhold at innsynretten i utgangspunktet kan bli utvidet.

Som en oppsummering må det hevdes at dersom arbeidsgiver krever innsyn på bakgrunn av **mistanke** eller **fravær**, vil dette som hovedregel være saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Hensynene bak å kreve innsyn vil her være å sikre forsvarlig drift av virksomheten, i tillegg til for eksempel å forsøke å avdekke eventuelle straffbare forhold eller illojal opptreden, og disse hensynene er eksplisitt begrunnet i relasjon til virksomheten

Det forhold at innsynretten kan saklig begrunnes ut fra virksomhetens forhold er ikke ensbetydende med at innsyn anses for å være rettmessig etter arbeidsmiljøloven § 9-1. Saklighetskravet må også prøves opp mot hver enkelt av dem som rammes av innsynet og innsyn må ikke medføre en uforholdsmessig belastning.

4.3.2.3 Saklighet vurdert opp mot den enkelte arbeidstaker

Saklighetskravet må vurderes opp mot den *enkelte arbeidstakeren* som rammes av tiltaket.⁴⁹ Et mye brukt eksempel fra Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.145 er at et flyselskap kan ha saklig grunn i å rusmiddelteste flygere og kabinpersonell, men dette gir neppe saklig grunn til rusmiddeltesting ovenfor kontorpersonalet.

Kravet om individuell saklighet gir rom for en konkret skjønnsmessig vurdering. Dette kan medføre at innsynsrett til e-post kan være saklig begrunnet i forhold til arbeidstaker X, men ikke i forhold til arbeidstaker Y. Saklighetskravet må dermed forstås som et krav om tilstrekkelig saklig grunn, slik som tilfelle er ved saklighetskravet knyttet til oppsigelse.⁵⁰

⁴⁸ Se oppgavens punkt 4.2

⁴⁹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.144

⁵⁰ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.145

Dersom grunnlaget for å kreve innsyn er **mistanke** om lovbrudd eller illojalitet, vil situasjonen ofte være at arbeidsgiver mistenker en bestemt arbeidstaker. Arbeidsgiver kan ved slike tilfeller ikke foreta innsyn i alle ansattes e-post. Også i forhold til den konkrete arbeidstakeren må det foretas en vurdering om det foreligger tilstrekkelig saklig grunn til å kreve innsyn i dennes e-post.⁵¹

Et spørsmål blir hvilket *bevisskrav* som må stilles til mistanken for at arbeidsgiver kan sies å ha saklig grunn til innsyn.

Saklighetskravet vil i seg selv stille et visst krav til mistanken. Dersom mistanken baserer seg på løse antagelser og ubegrunnede hypoteser vil saklighetskravet neppe være oppfylt.

I NOU 2004:5 side 430 uttales det at det må foreligge en ”*velbegrunnet mistanke*” om misligheter dersom et kontrolltiltak skal basere seg på dette. Hva som menes med ”*velbegrunnet*” utdypes ikke nærmere.

I FADs høringsforslag var hovedregelen at arbeidsgiver i utgangspunktet ikke kan kreve innsyn i e-post. Det ble likevel gjort unntak dersom det forelå ”*begrunnet mistanke*” om ulike opplistede forhold.⁵²

Hva som ligger i begrepet ”*begrunnet mistanke*” er nærmere beskrevet på side 28 i høringsnotatet, der det uttales:

”Arbeidsgiver får til en viss grad større anledning til å samle bevis enn politiet har med hensyn til ransaking av kommunikasjonsutstyret m.m., jf. straffeprosessloven der vilkåret er skjellig grunn til mistanke.”

Kravet til å foreta ransaking etter straffeprosessloven kapittel 15 er dersom noen ”med skjellig grunn mistenkes”, jf. straffeprosessloven § 192. Med skjellig grunn menes god eller rimelig grunn, det vil si at det må være tale om en sannsynlighetsovervekt.⁵³

⁵¹ Denne vurderingen vil også ha betydning og dels gli over i forholdsmessighetsvurderingen – se punkt 4.3.3

⁵² FAD, s.33

⁵³ Andenæs, s.153

Etter høringsnotatet å tolke, skal altså *begrunnet mistanke* forstås som et mildere krav enn *skjellig grunn til mistanke*. En slik tilnærming kan være uheldig. Dette fordi hensynet til arbeidstakeren i disse tilfellene vil være særdeles fremtredende. Det kan være en påkjenning å bli mistenkt for forhold som nevnt ovenfor og av den grunn bør kravet til mistanke være sannsynlighetsovervekt for at innsyn på slike grunnlag skal anses som saklig.

Det kan likevel ikke utelukkes at beviskravet kan variere ut fra alvorlighetsgraden av tilfellet som arbeidstakeren mistenkes for. Dersom arbeidsgiver har grunn til å tro at arbeidstaker distribuerer barneporno, taler reelle hensyn for at terskelen for innsyn bør være lav. Hensyn til å få oppklart kriminelle handlinger av denne typen taler for at beviskravet bør nedjusteres. Ved slike tilfeller bør også politiet kontaktes. Etterforskning er et offentlig anliggende, og eventuelle bevis som arbeidsgiver selv fremskaffer kan bli forspilt dersom politiet ikke kontaktes.

Hittil er det drøftet en situasjon der arbeidsgiver mistenker *en bestemt* arbeidstaker. Det kan også oppstå tilfeller der arbeidsgiver mistenker *flere* av sine ansatte, for eksempel for illojal opptreden, eller er usikker på hvor mange som kan ha opptrådt illojalt. Spørsmålet blir da hvordan saklighetskravet stiller seg til disse ansatte. Det som uansett er klart er at det må foreligge en individuell saklig begrunnelse for å kreve innsyn i disse arbeidstakernes e-post. Ett tenkt tilfelle er at en arbeidsgiver mistenker tre av sine arbeidstakere for å ha opptrådt illojalt. Dersom det foreligger sannsynlighetsovervekt for mistanken mot to av disse, mens mistanken til den siste arbeidstakeren er basert på løse antagelser, vil dette kunne tilsi at innsyn kun anses som saklig for to av de tre arbeidstakerne.

Også dersom innsyn kreves på bakgrunn av **fravær**, må saklighetskravet vurderes opp mot den som rammes av innsynet. Et viktig poeng er her at innsyn som oftest kreves i en eller flere virksomhetsrelatert e-poster. Hensynet til den konkrete arbeidstakeren er da mindre fremtredende.

4.3.2.4 Krav til vedvarende saklighet i forhold til formålet med innsynet

Kravet til saklighet må være *oppfylt til enhver tid*. Dette medfører at et kontrolltiltak må opphøre på det tidspunktet formålet som begrunnet tiltaket ikke lenger eksisterer eller er vesentlig redusert. Det må altså innleses et krav om vedvarende saklighet i forhold til kontrolltiltaket.⁵⁴

Problemer med vedvarende saklighet er nok ikke et hyppig problem i forhold til kontrolladgang av e-post. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der e-post blir kontrollert regelmessig over lang tid eller i løpet av en avgrenset tidsperiode. I disse tilfellene må saklighetskravet være oppfylt til enhver tid ved gjennomføringen av kontrollen. Dette stiller et krav til arbeidsgiver om å avslutte tiltaket, når grunnlaget for gjennomføringen ikke er tilstede. Kravet om vedvarende saklighet er også en rettssikkerhetsgaranti for arbeidstakeren, som ikke trenger å tolerere innsyn i hans eller hennes e-post, dersom grunnlaget for innsynretten har falt bort.

Kontrolltiltaket må videre være egnet til å *oppnå formålet* med tiltaket for å anses som saklig.⁵⁵ Dette vil for det første medføre at dersom formålet overhodet ikke kan oppnås ved det foreslåtte kontrolltiltaket, oppfyller ikke tiltaket saklighetskravet. Dersom arbeidsgiver ønsker å rusmiddelteste arbeidstakerne, vil ikke innsyn i deres e-poster være et tiltak som kan oppnå dette formålet. Kontrolltiltak som er utjenelige for formålet er ikke saklige.

Kravet til saklighet i forhold til formålet medfører også at arbeidsgiver må gjennomføre det tiltaket som er minst inngripende for arbeidstakeren. Saklighetskravet overlapper på denne måten kravet til forholdsmessighet. Dette medfører at et tiltak i form av e-postkontroll sjelden vil være saklig begrunnet dersom formålet kan oppnås på en annen måte som er mindre belastende for arbeidstakeren. Et eksempel på dette kan være at arbeidsgiver lager interne retningslinjer som regulerer grunnlaget for å kreve innsyn. Dersom formålet med innsynet er å undersøke om noen arbeidstakere bruker virksomhetens dataanlegg til å sende og motta private e-poster, kan arbeidsgiver lage interne retningslinjer som beordrer alle ansatte om å

⁵⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.145

⁵⁵ Fougner og Holo, s.380

ikke bruke arbeidstiden på private gjøremål. Dette er et mindre inngripende tiltak enn å søke innsyn i deres e-poster.

4.3.3 Forholdsmessighet

Dersom kontrolltiltaket anses for å være saklig begrunnet må det videre vurderes om tiltaket vil innebære en ”uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren”, jf. arbeidsmiljøloven § 9-1 (1). Den alminnelige språklige forståelsen av ordlyden tyder på at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering av hensynene for og mot kontrolltiltaket. Kontrolltiltaket må ikke fremstå som en uforholdsmessig ulempe eller påkjenning for arbeidstakeren.

Arbeidsmiljøloven oppstiller ikke hvilke hensyn som skal vektlegges ved forholdsmessighetsvurderingen. Forarbeidene nevner at vurderingen vil bero på en rekke momenter.⁵⁶ Forholdsmessighetskravet har for det første en nær sammenheng med saklighetskravet, og momentene nevnt under behandlingen av saklighetskravet vil være av betydning.

Videre er *tiltakets formål* relevant. Med dette menes hvor tungtveiende er virksomhetens formål med kontrolltiltaket og hvor stort er behovet for kontroll. Det må foreligge forholdsmessighet mellom det arbeidsgiver søker å oppnå og den krenkelsen dette medfører for arbeidstakeren. Mens saklighetskravet i § 9-1 (1) oppstiller krav til formålet med selve kontrolltiltaket og om tiltaket kan oppnå de ønskede resultatene, oppstiller forholdsmessighetskravet et krav om proporsjonalitet mellom de interesser som taler for og mot tiltaket.⁵⁷

Forholdsmessighetskravet skal blant annet sikre inngrep mot den personlige integritet og privatlivets fred, og dersom et tiltak medfører betydelige inngrep i disse rettsgodene, er terskelen høy for at tiltaket skal anses som forholdsmessig.⁵⁸ Motsatt skal det mye til for at mer tradisjonelle kontrolltiltak i arbeidslivet, for eksempel tidsregistrering, adgangskontroll etc., vil bli ansett som uforholdsmessige.

⁵⁶ Momentene som det tas utgangspunkt i er hentet fra Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.145

⁵⁷ Fougner og Holo, s.381

⁵⁸ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.145

Forarbeidene nevner også at:

”[Det] skal mye til for at (...)kontroll i forbindelse med konkret mistanke om straffbare og andre mislige forhold i arbeidsforholdet osv., vil bli ansett som uforholdsmessig.”⁵⁹

Dette medfører at dersom innsynet har grunnlag i konkret **mistanke** om lovbrudd eller andre betenkelige forhold, er terskelen høy for at innsynsretten skal anses for å være uforholdsmessig. Dette er et tydelig eksempel på at forholdsmessighetsvurderingen henger nøye sammen med kravet til saklighet. Dersom en arbeidsgiver har konkret mistanke om lovbrudd eller andre mislige forhold hos en arbeidstaker vil arbeidsgiver som hovedregel ha saklig grunn i virksomhetens forhold til å søke innsyn i vedkommendes e-post, se punkt 4.3.2.2. Terskelen for å hevde at innsyn på slike grunnlag er uforholdsmessig vil være høy fordi forholdsmessighetsvurderingen beror på de samme momentene.

Det må også legges til grunn at terskelen må være høy for å anse e-postkontroll for uforholdsmessig ved **fravær** av en eller flere ansatte, og innsyn kreves i virksomhetsrelatert e-post for å utføre daglige gjøremål. Det kan vanskelig tenkes tilfeller der innsyn i slike e-poster kan anses for å være uforholdsmessig for arbeidstakeren.

Et annet moment ved forholdsmessighetsvurderingen er kontrolltiltakets *omfang, utforming og praktisering*. For det første må det vurderes om formålet med kontrolltiltaket kan oppnås med et annet, og mindre inngripende kontrolltiltak. Arbeidsgiver er gjennom proporsjonalitetskravet forpliktet til å benytte de tiltakene som er minst inngripende for arbeidstakerne.⁶⁰

Det vil også være av betydning om innsyn skal skje ved ett enkeltstående tilfelle, for eksempel at arbeidsgiver ønsker å få tilgang på en konkret e-post hos arbeidstaker, eller om innsyn skal foretas over en tidsperiode der flere e-poster skal sjekkes. Terskelen for å hevde at innsyn ved enkeltstående tilfeller er uforholdsmessig vil generelt være høyere, enn i de tilfeller innsyn skal skje over en tidsperiode. Hensynet til arbeidstakeren stiger i takt med hvor

⁵⁹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.145

⁶⁰ Vurderingen henger nøye sammen med kravet til saklighet, se oppgavens punkt 4.3.2.4.

omfattende innsynet skal være, slik at en enkeltstående kontroll vil ofte oppleves som mindre inngripende enn vedvarende kontroll.⁶¹

Det vil videre være av betydning om *sentrale personvern* blir ivaretatt gjennom forsvarlige metoder for gjennomføring av kontrollen. Dersom arbeidsgiver ikke kan påvise at behandlingen av eventuelle personopplysninger vil skje på en forsvarlig måte i forkant av kontrolltiltaket, vil dette være et moment for at tiltaket er en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren.

Ved forholdsmessighetsvurderingen er også *summen* av kontrolltiltak(ene) av betydning. Det er ikke holdbart å vurdere de enkelte tiltak hver for seg. Det betyr at kontroll av e-post isolert sett kan være rettmessig, men dersom kontrollen sees i sammenheng med andre tiltak som bedriften har gjennomført, kan e-postkontrollen være uforholdsmessig.

Kravet om at det er summen av kontrolltiltak som er avgjørende må ses i sammenheng med arbeidsmiljøloven § 4-1, som oppstiller et krav om at arbeidsmiljøet i virksomheten skal være "fullt forsvarlig". Et kontrolltiltak i form av innsyn i e-post vil selvsagt påvirke og være en faktor i forhold til arbeidsmiljøet i virksomheten. Dette medfører at et saklig og forholdsmessig kontrolltiltak etter § 9-1, i noen tilfeller kan være ulovlig, fordi grensen for et forsvarlig arbeidsmiljø overskrides.

4.4 Begrensninger i innsynsretten som følger av personopplysningsloven

4.4.1 Innledning

Personopplysningslovens formål og hensikt er blant annet å beskytte borgerne mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger, jf. personopplysningsloven § 1. Dersom innsyn i e-post tilfredsstiller arbeidsmiljølovens krav, oppstiller personopplysningsloven ekstra begrensninger i innsynsretten. På denne måten får personopplysningslovens regler selvstendig betydning for spørsmålet om hvor grensen går for når en arbeidsgiver kan kreve innsyn.

⁶¹ Jakhelln og Aune, s.343

Det vil i dette kapittelet for det første ses nærmere på hva som skal til for at en e-post er å regne som en personopplysning.

Deretter skal ulike rettslige grunnlag som personopplysningsloven oppstiller for behandling av personopplysninger drøftes. Personopplysningsloven § 8 første ledd oppstiller tre alternative behandlingsgrunnlag. Det må enten foreligge *samtykke* fra den registrerte, *hjemmel i lov* eller dersom innsyn fremstår som *nødvendig* etter nærmere angitte vilkår i § 8 litra a til f. Minst ett av disse grunnlagene må være oppfylt før innsyn kan iverksettes.

Ved innsyn i e-post vil samtykke og den interesseavveining som § 8 litra f legger opp til være de mest aktuelle grunnlagene å påberope seg for arbeidsgiver.⁶²

Datatilsynets seniorrådgiver Astrid Flesland legger også til grunn at samtykke og interesseavveiningen etter personopplysningsloven § 8 litra f er de mest naturlige grunnlagene for en arbeidsgiver å påberope seg ved krav om innsyn.⁶³

4.4.2 Er e-post en personopplysning?

Et vesentlig spørsmål er om e-post kan regnes som en personopplysning. En personopplysning defineres i personopplysningsloven § 2 nr.1 som ”opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson”. Etersom virkeområde for personopplysningsloven er ved ”behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler(...)”, jf. § 3 første ledd litra a, er det for det første viktig å fastsette om en e-post er en ”personopplysning” i lovens forstand. Dersom dette svares bekreftende, må det vurderes om innsyn i e-post er å regne som ”behandling av personopplysninger(..)”

En personopplysning kan etter personopplysningsloven § 2 nr.1 bestå av både ”opplysninger” og ”vurderinger”. En ordlydstolkning av begrepene tilsier at ”opplysninger” vil være konstante former for opplysninger om en person, slik som navn, personnummer eller bilde, mens ”vurderinger” vil være mer sammensatte betraktninger eller resonnementer. Etter

⁶² Dette betyr ikke at grunnlag for innsyn er utenkelig med hjemmel i lov eller ut fra de øvrige alternativene som § 8 litra a til e oppstiller, men disse vil det bli avgrenset mot i denne sammenheng.

⁶³ Flesland 2006, s.45

bestemmelsen må disse opplysningene eller vurderingene kunne knyttes *direkte* til en "enkeltperson" for å være personopplysninger.

I Ot.prp. nr.92 (1998-1999) på side 101 uttales det:

"Med uttrykket « enkeltperson » menes en person som direkte eller indirekte kan identifiseres(...)"

Etter forarbeidene vil også opplysninger og vurderinger som *indirekte* kan identifisere en person være personopplysninger. Med indirekte identifisering menes opplysninger som *kan* knyttes til en enkeltperson. I praksis vil dette medføre at et stort antall av opplysninger og vurderinger vil falle inn under lovens regler, på grunn av at de implisitt kan knyttes til en konkret person. Slike indirekte opplysninger kan være telefonnummer, yrkestittel, bostedsadresse etc.

Det uttales videre i Ot.prp. nr.92 (1998-1999) på side 101 at det er tale om personopplysninger selv om opplysningene som indirekte kan identifisere personen, bare er kjent av noen få personer. I vurderingen om en person kan identifiseres, skal det tas i betraktning alle hjelpemidler som det er rimelig å tro at noen kan anvende for identifiseringsformål. Hvis det for eksempel i en e-post oppgis et telefonnummer eller bilregistreringsnummer vil dette være personopplysninger, fordi det er mulig å finne ut hvem som eier telefonnummeret eller bilen på bakgrunn av opplysningene.

Forarbeidene åpner dermed for en videre tolkning av begrepet "personopplysninger", enn hva ordlyden skulle tilsi.

I rettspraksis er det lagt til grunn at e-post er en personopplysning. I Rt. 2002 s.1500 på side 1503 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg:

"Kjæremålsutvalget vil bemerke at forutsetningen for at personopplysningsloven overhodet skal kunne anvendes på X AS' fremgangsmåte i denne saken, er at e-post meldingene kan karakteriseres som personopplysninger i lovens forstand, jf. lovens §2 nr. 1. 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.”

Dommen gjaldt riktignok hvorvidt bevis som en arbeidsgiver hadde fremskaffet ved kontroll av en arbeidstakers e-post, kunne fremlegges i retten. Retten sa seg likevel enig i lagmannsrettens vurdering av at e-postene vil være personopplysninger i lovens forstand.

En e-post vil som oftest inneholde informasjon som direkte kan knyttes til en enkeltperson, for eksempel navn, og det må dermed legges til grunn at en e-post som hovedregel må anses som en personopplysning.

Et spørsmål er hva som blir situasjonen dersom det er åpenbart at den konkrete e-posten ikke inneholder noen personopplysninger, for eksempel en e-post som kun inneholder et budsjett eller tegninger av maskiner som en virksomhet vurderer å gå til innkjøp av etc.

En e-post vil uansett hvilket innhold den har, kunne knyttes opp mot innehaveren av e-postkontoen. Dersom arbeidstaker har personlig e-postkonto slik som kari.nordmann@virksomhet.no, vil navnet til arbeidstakeren i e-postkontoen i seg selv være en personopplysning. Dette gjelder uavhengig av innholdet i e-postene vedkommende sender eller mottar. Dersom det kreves innsyn i arbeidstakerens e-poster, vil dette være innsyn i personopplysninger på grunn av tilknytningen e-postene har til vedkommendes e-postkonto.

En slik tolkning er i tråd med Datatilsynets syn om at e-poster sendt til en arbeidstakers e-postkonto er en personopplysning i seg selv, uavhengig av innholdet i e-posten.⁶⁴

Også e-poster som en arbeidstaker mottar, vil som oftest være undertegnet med avsenders navn eller e-postadresse. Selv om den konkrete e-posten ikke inneholder personopplysninger, vil e-posten likevel karakteriseres som en personopplysning, ettersom navnet eller e-postadressen kan knyttes til avsenderen.

E-post er dermed å regne som en personopplysning uavhengig av innholdet i e-posten.

⁶⁴ Datatilsynet 2008, s.2 og Flesland 2007, s.70

Spørsmålet blir videre om innsyn i e-post kan karakteriseres som ”behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler(...)”, § 3 første ledd litra a. Dette er en forutsetning for at personopplysningsloven skal komme til anvendelse.

”Behandling av personopplysninger” er i personopplysningsloven § 2 nr.2 definert som ”enhver bruk av personopplysninger, som f.eks. innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering eller en kombinasjon av slike bruksmåter”.

En ordlydstolkning tilsier at begrepet har et vidt anvendelsesområde. Utrykket ”behandling” sikter til ulike metoder som kan utføres i forbindelse med bruken av personopplysninger. Loven gir selv eksempler på ulike bruksmåter som kan benyttes, men denne opplistingen er ikke uttømmende, jf. uttrykket ”f.eks.”. *Innsamling* nevnes eksplisitt som eksempel på behandling av personopplysninger, noe som trekker i retning av at innsyn i e-post vil være behandling av personopplysninger.

I forarbeidene nevnes det at uttrykket ”behandling av personopplysninger” omfatter ”(...)enhver form for formålsrettet håndtering av personopplysninger(...)Det som kjennetegner en behandling, er at den er formålsbestemt - den utføres for å oppnå et bestemt resultat.”⁶⁵

Det vil alltid foreligge ett eller flere formål som danner grunnlaget for arbeidsgivers ønske om innsyn i arbeidstakers e-post. Formålet med innsyn kan være av forskjellig art, for eksempel å avdekke lovbrudd eller å sikre en forsvarlig drift av virksomheten. Et hvert innsyn vil dermed være formålsbestemt, det vil si at innsynet utføres for å oppnå et bestemt resultat.

På bakgrunn av dette må innsyn i e-post derfor anses som ”behandling av personopplysninger”, jf. personopplysningsloven § 2 nr.2.

Det er i utgangspunktet bare behandling av personopplysninger som skjer ”helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler”, som omfattes av lovens regler, jf. personopplysningsloven § 3 første ledd litra a.

⁶⁵ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.102

En naturlig ordlydsforståelse av ”elektroniske hjelpemidler” tilsier at all behandling av personopplysninger som skjer ved hjelp av en datamaskin og et datasystem, vil omfattes av personopplysningslovens regler.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven syntes nesten å forusette at en e-post er å regne som behandling av personopplysninger:

”Kontroll av epost vil i alminnelighet måtte betraktes som elektronisk behandling av personopplysninger, og omfattes derfor av personopplysningsloven.”⁶⁶

Innsyn i e-post må derfor anses å være ”behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler(...)”, jf. § 3 første ledd litra a. Kontrolltiltak i form av innsyn i e-post vil dermed være omfattet av personopplysningslovens regler, og vilkårene som loven setter for behandling av personopplysninger må være oppfylt dersom innsynet skal være lovlig.

4.4.3 Grunnleggende krav for behandling av personopplysninger

Personopplysningsloven § 11 oppstiller grunnleggende krav til behandling av personopplysninger og bygger på EU-direktivets artikkel 6.⁶⁷ Kravene i § 11 første ledd litra a til f stilles til arbeidsgiver og er kumulative.

Etter § 11 første ledd litra a må arbeidsgiver sikre at innsyn i e-post bare kan skje dersom det foreligger et tilstrekkelig behandlingsgrunnlag for dette etter §§ 8 og 9. Innsynsretten er dermed avhengig av at vilkår i § 8 og eventuelt § 9 er oppfylt.

Bestemmelsens litra b angir at personopplysningene som kommer frem ved e-postkontrollen bare kan nyttes til uttrykkelig angitte formål som er saklig begrunnet i virksomheten. Det foreligger her en klar sammenheng med saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 9-1 (1). Arbeidsgiver må forut for en e-postkontroll angi et konkret og klart avgrenset formål, som kan begrunnes i virksomhetens forhold. Dette er ment for å skape åpenhet og klarhet i hva

⁶⁶ NOU 2004:5 s.436

⁶⁷ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.112

innsynet skal tjene til, og det stiller et visst nøyaktighetsnivå for angivelse av formålet, slik at svært vage og generelle beskrivelser ikke vil være godtatt.⁶⁸

Videre er informasjonen som kommer frem under kontrollen i utgangspunktet bundet til det på forhånd angitte formålet, jf. § 11 første ledd litra c. Det vil si at informasjon som fremkommer under en e-postkontroll kun kan benyttes til det formål som utgjorde grunnlaget for innsynsretten. Formålet kan imidlertid endres dersom dette ikke er ”uforenelig” med det opprinnelige formålet. Et eksempel på dette kan være at grunnlaget for å kreve innsyn i en bestemt arbeidstakers e-post er at vedkommende er mistenkt for straffbare forhold. Dersom det kommer frem av innsynet at arbeidstakeren ikke har begått noe straffbart, men har opptrådt illojalt, kan informasjonen brukes til dette formålet. Det nye formålet, nemlig illojalitet, fremmer samme type interesse som det opprinnelige, og kan dermed ikke hevdes å være ”uforenelig” med dette.

Dersom et nytt formål må anses å være ”uforenelig” med det opprinnelige, kan det startes ny behandling for det nye formålet, forutsatt at saklighetskravet etter § 11 litra b er oppfylt. Behandlingen krever også selvfølgelig et rettslig grunnlag i form av samtykket, hjemmel i lov eller berettiget interesse, jf. personopplysningsloven § 11 første ledd litra a og § 8.

Personopplysningene som behandles må være ”tilstrekkelige og relevante” for det formål som er satt for behandlingen, jf. § 11 første ledd litra d. Med tilstrekkelige menes at opplysningene må være så fullstendige som formålet krever. Det at personopplysningene må være relevante, markerer i følge forarbeidene en ytre grense for opplysninger som kan trekkes inn i behandlingen. Unødvendige og overflødige personopplysninger, i forhold til formålet, kan ikke tas med i behandlingen.⁶⁹

Etter § 11 første ledd litra e skal personopplysningene være ”korrekte og oppdatert[e]”. Dette innebærer en plikt for behandlingsansvarlig til å rette og slette uriktige og overflødige personopplysninger.⁷⁰ Personopplysningene kan heller ikke lagres lenger enn det formålet med e-postkontrollen tilsier.

⁶⁸ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.113

⁶⁹ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.114

⁷⁰ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.114

4.4.4 Samtykke som grunnlag for innsyn

Samtykke er definert i personopplysningsloven § 2 nr.7 som en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte. Personopplysningslovens definisjon av samtykke bygger på EU-direktivets artikkel 2 litra h.

I utgangspunktet kan det høres uproblematisk ut med samtykke som grunnlag for innsyn. Det kan imidlertid forekomme vanskelige grensedragninger for når en arbeidsgiver kan sies å ha rett til innsyn på bakgrunn av samtykke fra arbeidstakeren.

Samtykke bygger på grunntanken om selvråderett over sine egne personopplysninger.⁷¹ Det er i utgangspunktet opp til den enkelte om denne vil gi fra seg egne personopplysninger til andre. Det er nesten åpenbart og selvsagt at et samtykke må være **frivillig** for at det skal være gyldig. Med frivillighet menes at vedkommende må ha et reelt valg og at dette valget ikke vil ha negative konsekvenser dersom samtykke ikke blir gitt eller om det blir tatt tilbake. Et samtykke fremkallet ved for eksempel svik, trusler eller tvang vil uansett være ugyldig etter avtaleloven §§ 29 og 30.

Det kan imidlertid tenkes tilfeller der samtykke reelt sett ikke er frivillig. Hvis man søker på en stilling som krever at man på forhånd må godta at all e-post man mottar på arbeidsplassen kan gjennomleses av arbeidsgiver, kan det stilles spørsmålsteget om samtykket reelt sett er frivillig.⁷² En arbeidsgiver har anledning til å stille visse vilkår om for eksempel behandling av personopplysninger, i selve arbeidsavtalen. Dette følger av styringsretten. Den arbeidssøkende kan uansett velge å takke nei til jobben dersom han eller hun mener at vilkåret er uholdbart. Frivillighetskravet vil i disse tilfellene være oppfylt, ettersom en arbeidsavtale inngås på frivillig grunnlag mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

Derimot er det tvilsomt om frivillighetskravet er oppfylt dersom arbeidsgiver gjennom en *ensidig instruks* krever at alle ansatte skal samtykke i at all e-post som sendes og mottas av dem skal kunne overvåkes.⁷³ Her kan det ikke hevdes at et eventuelt samtykke skjer på

⁷¹ Johansen m.fl., s.72

⁷² Johansen m.fl., s.77

⁷³ Jørstad, s.36

frivillig grunnlag. Arbeidstakerne instrueres til å godta innsyn i deres e-post, og frivillighetsaspektet ved samtykke er dermed fraværende.⁷⁴

Det stilles ingen formkrav til hvordan samtykke blir gitt, men samtykket må være **uttrykkelig**. Dette må ikke foreligge tvil om at samtykket er gitt og den ansatte må foreta seg noe aktivt for å samtykke. Konkludent adferd eller stilltiende samtykke tilfredsstillers ikke lovens regler.

Et samtykke må også være **informert**. Det er arbeidsgiver som må gi informasjon til arbeidstaker. Kravet til informasjon må trolig gjelde slik at arbeidstakeren må få tilstrekkelig informasjon til å forstå hva han eller hun samtykker til, og konsekvensene av at samtykke blir gitt.

Et spørsmål er om **kollektivt samtykke** kan etablere grunnlag for å kreve innsyn i e-post. Et kollektivt samtykke kan defineres som at eksempelvis en organisasjon samtykker på vegne av alle sine medlemmer.

Ut fra et arbeidsrettslig synspunkt vil man godta kollektivt samtykke som grunnlag for kontrolltiltak. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven uttaler at:

”Kontrolltiltakets rettmessighet kan(...) bygge på samtykke fra arbeidstakeren, i form av en individuell eller kollektiv avtale.”⁷⁵

I personopplysningsloven § 2 nr.7 er det fastsatt at samtykke må komme ”fra den registrerte”. Forarbeidene til personopplysningsloven uttaler i samme retning at samtykke i utgangspunktet må gis av den registrerte selv, og at:

”Et kollektivt samtykke, f.eks et samtykke av en organisasjon på vegne av alle medlemmene, vil bare unntaksvis være tilstrekkelig(…)”⁷⁶

⁷⁴ Dersom arbeidstakerne skulle nekte en slik ensidig instruksjon fra arbeidsgiver, vil uansett stillingsvernreglene beskytte disse, jf. for eksempel arbeidsmiljøloven § 15-7.

⁷⁵ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.139

⁷⁶ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.103

De to regelsettene står her tydelig i mot hverandre, og det finnes ingen veiledning i noen av forarbeidene om hvordan forholdet mellom lovene skal tolkes på dette punktet.

Slik rettsstillingen er nå, på bakgrunn av forarbeidene til de to lovene, er kollektivt samtykke godtatt som grunnlag for å gjennomføre et kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven, men et slikt samtykke vil som hovedregel ikke tilfredsstillere personopplysningslovens krav til samtykke.

Overført til kontroll av e-post vil dette medføre at man kollektivt kan samtykke til innsyn, men dette samtykke vil etter hovedregelen ikke være lovlig som rettslig grunnlag for å behandle opplysningene som fremkommer.

Forarbeidene til personopplysningsloven åpner opp likevel for bruk av kollektivt samtykke ved enkelte tilfeller:

”Et kollektivt samtykke, f.eks. slik at en organisasjon samtykker på vegne av alle medlemmene, vil i utgangspunktet ikke tilfredsstillere kravet [til individuelt samtykke] med mindre omstendighetene rundt innmeldingen i organisasjonen gjør at innmeldingen i seg selv tilfredsstillere kravet til samtykke(...)”⁷⁷

Underutvalget uttalte i sin rapport på side 27 at:

”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 et rettslig grunnlag for kontrolltiltak i arbeidslivet. Men det går likevel en grense, særlig inngripende kontrolltiltak må sannsynligvis forankres i et individuelt samtykke.”

For at kollektivt samtykke skal kunne tilfredsstillere personopplysningslovens krav må omstendighetene rundt innmeldingen i en organisasjon være på en slik måte at selve innmeldingen oppfyller kravet til samtykke i personopplysningsloven § 2 nr.7. Med dette menes at den som skal melde seg inn i en organisasjon vet hva som er konsekvensene av samtykke og hvilken type behandling av personopplysninger organisasjonen kan samtykke til.

⁷⁷ NOU 1997:19 s.133

Et kollektivt samtykke blir på denne måten en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring, og oppfyller dermed personopplysningslovens krav til samtykke.

Spørsmålet blir om unntaket som nevnes i forarbeidene bør gjelde ved innsyn i e-post eller om innsyn i e-post må anses som et særlig inngripende kontrolltiltak som krever et individuelt samtykke.

Et moment er at personopplysningsloven ikke er utformet spesielt med tanke på arbeidslivet. Kollektive avtaler spiller på dette området en fremtredende rolle. Ved å godta kollektivt samtykke i forhold til innsyn i e-post, kan det hevdes at man da vektlegger de spesifikke trekk ved arbeidslivet.⁷⁸

Et annet moment ved kollektiv regulering av kontrolltiltak er at de store interesseorganisasjonene som for eksempel LO og NHO besitter et stort og ressurssterkt apparat, og rettighetene og pliktene i avtalene som inngås er ofte nøye avveid. Den enkelte arbeidstaker vil normalt sett ikke ha en tilsvarende maktposisjon i forhold til sin arbeidsgiver.⁷⁹

En innvending mot å la kollektivt samtykke være lovlig ved innsyn i e-post er at dette vil medføre en vesentlig svekkelse av selvbestemmelsesretten over egne personopplysninger. Dette momentet står sterkt i forhold til personopplysningsloven og loven bygger på dette.

FADs forslag til regler om arbeidsgivers innsynsrett i e-post, som ble sendt ut på høring oktober 2006, inneholdt ingen regler eller spesifisering om kollektivt samtykke til innsyn i e-post. Dette medfører at rettstilstanden per i dag angående kollektivt samtykke videreføres også dersom de nye reglene blir vedtatt.

Innsyn i e-post må karakteriseres som et inngripende kontrolltiltak, sett i forhold til andre kontrolltiltak som kan benyttes av en virksomhet, for eksempel tidsregistrering og lignende. Innsyn kan oppfattes som krenkende og vil ofte være forbundet med mistillit for en arbeidstaker, særlig i tilfeller der en arbeidstaker mistenkes for lovbrudd eller illojalitet. Ut fra forarbeidene å tolke må det være sterke holdepunkter dersom adgangen til å godta innsyn skal

⁷⁸ Underutvalgets rapport, s.48

⁷⁹ Jørstad, s.40

fratas den enkelte arbeidstaker. Slike holdepunkter kan ikke anses å foreligge. Dersom samtykke er det rettslige grunnlaget for innsyn, må dette gis individuelt av arbeidstakerne.

4.4.5 Interesseavveiningen

Dersom samtykke til innsyn i e-post ikke gis eller ikke vil være hensiktsmessig å innhente, kan personopplysningsloven § 8 litra f være et alternativt rettslig grunnlag for innsyn.

Bestemmelsen åpner for behandling av personopplysninger dersom behandlingen er ”nødvendig” for at arbeidsgiver skal kunne ivareta en ”berettiget interesse”, under forutsetning at hensynet til arbeidstakerens personvern ikke overstiger denne interessen. Ordlyden taler for en konkret vurdering av arbeidsgivers saklige interesser i å behandle personopplysningene i e-posten veid opp mot arbeidstakers personverninteresser i at disse opplysningene ikke behandles.

Selve begrepet ”nødvendig” er ikke definert eller eksemplifisert i loven. En språklig forståelse tilsier at det må foreligge et kvalifisert og påkrevd behov for å kreve innsyn i e-post.

I Ot.prp. nr.92 (1998-1999) side 108 uttales det at personopplysningsloven § 8 gir et visst skjønn til den behandlingsansvarlige, men at dette skjønnnet uansett kan overprøves av Datatilsynet, jf. personopplysningsloven § 46. Det uttales videre på samme side at:

”På sikt vil [Data]tilsynets praksis utfylle de skjønnsmessige bestemmelsene og lette anvendelsen av dem.”

Datatilsynet og eventuelt Personvernnemndas praksis vil dermed være viktig for hvordan nødvendighetskravet skal tolkes.

Personvernnemnda uttalte i sak nr. 2004/01 i forbindelse med nødvendighetskravet at:

”For at man skal kunne gjøre et avvik fra hovedprinsippet [om samtykke], må det (...)foreligge en begrunnelse. Denne begrunnelsen kan, (...), ikke bare være en ren hensiktsmessighetsbetraktning, f.eks å unngå kostnader, spare tid eller lignende – selv

*om slike begrunnelser selvsagt også må vurderes konkret i forhold til den enkelte sak.*⁸⁰

I vurderingen av om behandlingen av personopplysninger anses å være ”nødvendig”, må vilkåret knyttes opp mot nødvendighetsgrunnen ”berettiget interesse” i personopplysningsloven § 8 litra f. Drøftelsen blir ikke fullstendig dersom nødvendighetskravet bare vurderes isolert. Det er en forutsetning at det vurderes hvorfor behandling av personopplysninger er nødvendig.

Begrepet ”berettiget interesse” er ikke definert nærmere i bestemmelsen. Ordlyden trekker i retning av at arbeidsgiver må ha en begrunnet og legitim interesse å ivareta. Det må være interesser av en viss substans for at man kan sies å ha en *berettiget* interesse. Begrepet vil ha selvstendig betydning, ved at det legger føringer på hvilke interesser den behandlingsansvarlige kan ha ved å kreve innsyn i e-post.

Selv om begrepet vil ha en selvstendig betydning skal det mye til for at innsyn i e-post blir nektet på grunnlag av at virksomheten ikke har en ”berettiget interesse” å ivareta. En arbeidsgiver vil som oftest ha legitime formål med å søke innsyn. Uansett hvilket grunnlag en arbeidsgiver krever innsyn etter, vil grunnlaget relatere seg til virksomhetens interesser. Det er først når interessen ses i sammenheng med den registrertes personvern hensyn at nektelse kan bli aktuelt.

I forarbeidene nevnes det at avveiningen i personopplysningsloven § 8 litra f beror på fordeler og ulemper sett fra begge sider.⁸¹ Det er den behandlingsansvarlige selv som skal foreta denne vurderingen, noe som kan føre til vanskelige vurderinger.⁸² Behandlingsansvarlig må foreta en vurdering sett både fra arbeidstaker og arbeidsgivers side.

Et spørsmål som må stilles er om **manglende samtykke** kan påvirke arbeidsgivers vurdering. Situasjonen er her at en arbeidstaker nekter å gi sitt samtykke til at hans eller hennes e-post blir kontrollert. Spørsmålet vil da være om det er en sammenheng mellom nektelsen, og

⁸⁰ Punkt 6.2, avsnitt 5

⁸¹ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.109

⁸² Johansen m.fl., s.103

interesseavveiningen i § 8 litra f – det vil si om nektelse av samtykke påvirker interesseavveiningen på noen måte.

Forarbeidene til personopplysningsloven uttaler at:

”Dersom en registrert gir den behandlingsansvarlige beskjed om at han eller hun ikke vil at behandlingen skal gjennomføres eller fortsette, bør dette tilleggs vesentlig vekt.”⁸³

Dette må medføre at dersom samtykke er nektet, vil det være en høyere terskel for å påvise interesseovervekt for arbeidsgiver.

Dersom en arbeidsgiver krever innsyn på grunnlag av mistanke om for eksempel illojalitet, kan det spørres om nektelse fra arbeidstaker da vil forsterke denne mistanken og dermed gi arbeidsgiveren en økt interesse i å få innsyn i vedkommendes e-post.

Det som imidlertid er klart er at arbeidsgiver ikke kan fremprovosere et samtykke fra arbeidstakeren ved å presse med at manglende samtykke i seg selv vil medføre en innsynsrett etter interesseavveiningen i § 8 litra f. Det kan ikke være automatikk i at manglende samtykke vil føre til en ”berettiget interesse” for arbeidsgiveren som overstiger arbeidstakerens personvern. Dette vil føre til at arbeidsgiver gis innsynsrett uansett, enten i form av forhåndssamtykke fra arbeidstakerne, eller dersom samtykke nektes, ut fra interesseavveiningen i § 8 litra f, med den begrunnelse at forhåndssamtykke ikke gis.

Man kommer imidlertid ikke utenom det faktum at nektelse av samtykke rent faktisk kan påvirke en arbeidsgivers avgjørelse om å kreve innsyn i arbeidstakers e-post. Det er tross alt arbeidsgiveren som i første omgang selv skal foreta vurderingen om interesseavveiningen peker i dennes favør.

Det vil videre være av betydning for interesseavveiningen om det søkes innsyn i virksomhetsrelatert eller privat e-post.

⁸³ Ot.prp. nr.92 (1998-1999) s.109

Ved innsyn i arbeidstakers **virksomhetsrelaterte e-post** uttales det i forarbeidene til arbeidsmiljøloven at:

”Det må antas å være gjeldende norsk rett at arbeidsgiver som regel vil ha adgang til å kontrollere virksomhetsrelatert e-post. De reelle grunner som taler for en slik løsning gir seg selv.”⁸⁴

De reelle hensynene som det siktes til i forarbeidene kan være mangfoldige og forskjellige. Hensynet til en forsvarlig drift av virksomheten vil være viktig. Også hensynet til et effektivt og praktisk arbeidsliv vil være relevante hensyn når grensen for innsynsrett i virksomhetsrelatert e-post skal fastsettes.

I Rt.2002 s.1500 på side 1503 viser Høyesteretts kjæremålsutvalg til Datatilsynets hjemmesider hvor det heter at:

”Arbeidsgiveren har (...)rett til innsyn i virksomhetsrelatert e-post. Arbeidsgiverens interesse i å lese disse meldingene overstiger hensynet til ditt personvern.”

Hovedregelen må derfor være at en arbeidsgiver i utgangspunktet vil ha en ”berettiget interesse” i å kunne kreve innsyn i virksomhetsrelatert e-post og denne interessen vil overgå hensynet til arbeidstakeren personvern. Slike e-poster er sendt eller mottatt av arbeidstakeren i egenskap av nettopp å være arbeidstaker, og hensynet til vedkommendes personvern er dermed mindre fremtredende.

Hva gjelder **privat e-post** er grensene for innsyn etter interesseavveiningen annerledes. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven uttaler at:

”Utgangspunktet etter norsk rett er at arbeidsgiver ikke kan kontrollere arbeidstakernes private epost uten samtykke fra den ansatte.”⁸⁵

Hensynet til arbeidstakerens personvern vil som hovedregel ved innsyn i disse e-postene overstige arbeidsgivers behov for innsyn. Private e-poster vil normalt ikke ha et innhold som

⁸⁴ NOU 2004:5 s.436

⁸⁵ NOU 2004:5 s.436

er knyttet til virksomhetens forhold og terskelen for å ha en berettiget interesse som overstiger arbeidstakerens personvern vil dermed være høy.

Selv om hovedregelen er klar, kan det likevel tenkes tilfeller der en arbeidsgiver har sterke grunner for å kreve innsyn i arbeidstakers private e-post.

For det første kan situasjonen være at arbeidsgiver mistenker en arbeidstaker for *lovbrudd*.

I FADs forslag til endring av personvernforskriften ble det foreslått å regulere en arbeidsgivers rett til innsyn ved mistanke om straffbare forhold i forskriftens § 9-5.⁸⁶ Det uttales på side 28 i høringsnotatet at:

”Innsyn etter denne bestemmelsen vil kunne skje i så vel privat som virksomhetsrelatert e-post.”

Selv om etterarbeidet etter høringen ikke er ferdigstilt, viser de foreslåtte reglene at det ikke nødvendigvis vil være forskjell på om innsyn søkes i privat eller virksomhetsrelatert e-post, dersom innsyn kreves på bakgrunn av mistanke om straffbare forhold.

I RG 2002 s.162 hadde arbeidsgiver mistanke om lovbrudd blant en eller flere ansatte. Arbeidsgiver foretok videoopptak med skjult kamera for å avdekke eventuelle straffbare forhold. Spørsmålet i saken var om opptakene kunne brukes som bevis i saken og om opptakene representerte et ulovlig inngrep i de ansattes personvern.

Dommen gjaldt kontrolltiltak i form av videoovervåkning, men domstolens resonnerer kan likevel ha overføringsverdi til spørsmålet om innsyn i privat e-post er rettmessig etter interesseavveiningen i personopplysningsloven § 8 litra f.

Lagmannsretten uttalte at:

⁸⁶ FAD, s.33

”Jo alvorligere forhold det er mistanke om, jo sterkere mistanken i utgangspunktet er og jo vanskeligere det er å sikre tilstrekkelige bevis på annen måte, jo lettere vil det reelt sett være å akseptere et visst inngrep i personvernet(…)”⁸⁷

Arbeidsgivers behov for å sikre bevis gikk i denne saken foran hensynet til arbeidstakerens personvern. Lagmannsretten kom til at:

”[V]ideoopptakene i dette tilfellet representerer et inngrep i personvernet som må tåles i et rettssamfunn(…)Å beskytte seg mot kriminalitet og andre mot unødig mistanke om straffbare forhold, må derfor antas å være relevante hensyn(…)”⁸⁸

Dersom en arbeidsgiver har konkret mistanke om straffbare forhold kan dette medføre at terskelen, for å hevde at arbeidsgiver har en berettiget interesse i innsyn i vedkommendes private e-post, er lavere. Å avsløre kriminalitet og ikke minst å eventuelt avkrefte mistanke mot uskyldige vil være momenter som taler for at interesseavveiningen går i favør av arbeidsgiver.

Dersom arbeidsgiver selv kan bli stilt til ansvar for arbeidstakernes handlinger, vil dette tale for at arbeidsgiver vil ha berettiget interesse i å kreve innsyn i arbeidstakers private e-post, som overstiger arbeidstakerens personvern. Ved mistanke om at en arbeidstaker har befatning med barnepornografi, er arbeidsgiver forpliktet til å gripe inn. Arbeidsgiver har en straffesanksjonert plikt til å forhindre befatning med barnepornografi etter straffeloven § 204a tredje ledd andre punktum.

Ved konkret mistanke om lovbrudd må det derfor anføres at en arbeidsgiver vil ha en ”berettiget interesse” i å kreve innsyn privat e-post, og denne interessen vil i utgangspunktet veie tyngre enn hensynet til arbeidstakerens personvern.

Interesseavveiningen kan bli annerledes dersom det foreligger mistanke om andre *misligheter* ved arbeidsforholdet, som mistanke om brudd på interne retningslinjer eller illojalitet. Forskjellige momenter kan tillegges vekt i denne vurderingen. Det vil være av stor betydning

⁸⁷ Avsnitt 7

⁸⁸ Avsnitt 11

hva mistanken gjelder. Et viktig moment er om mistanken som søkes avdekket er av et innhold som kan medføre oppsigelse av arbeidsforholdet.⁸⁹

I RG 2004 side 347 fremla arbeidsgiver, som bevis i en oppsigelsessak, oversikt over filer fra en bærbar pc som arbeidsgiver hadde stillet til arbeidstakers disposisjon. Grunnlaget for å hente filer fra arbeidstakerens bærbare pc var mistanke om privat bruk av virksomhetens datautstyr i strid med interne retningslinjer. Spørsmålet var om beviset var fremskaffet i strid med personopplysningsloven § 8 litra f og om beviset av den grunn eventuelt skulle avskjæres.

Selv om dommen ikke direkte gjelder spørsmålet om innsyn i privat e-post, vil dommen likevel ha betydning for hvilke momenter som kan vektlegges i interesseavveiningen ved konkret mistanke om mislige forhold blant en arbeidstaker. Dommen omhandler innsyn i private filer som er lagret på en virksomhets datautstyr, noe som er nært beslektet med innsyn i privat e-post.

Lagmannsretten uttalte:

”Det var en mistanke om misbruk av pc til privat bruk som gjorde at det ble tatt stikkprøver som avslørte den private bruk. Når det da ikke foreligger noen avtale om slik kontroll, intet samtykke, ingen interne retningslinjer eller instruksjoner som var kjent for arbeidstageren, ser lagmannsretten det slik at interesseavveiningen må slå ut til fordel for personvernet for den ansatte.”⁹⁰

Retten kom dermed frem til at beviset var ervervet på en utilbørlig måte. I denne vurderingen ble det også lagt betydelig vekt på at innsynet kunne vært unngått dersom arbeidsgiver på forhånd hadde pålagt alle arbeidstakere om å fjerne private filer fra virksomhetens datasystemer. Dette ville i følge retten vært *”(...)et langt mindre integritetskrenkende inngrep enn å gå inn i de filer som var klart angitt som private - og det ville ha vært et inngrep tilstrekkelig for formålet.”⁹¹*

⁸⁹ Datatilsynet 2008, s.4

⁹⁰ Avsnitt 7

⁹¹ Avsnitt 8

Dette må medføre at terskelen i interesseavveiningen er annerledes dersom innsyn i privat e-post kreves på bakgrunn av mistanke om lovbrudd og dersom innsyn kreves ved mistanke om brudd på interne retningslinjer eller illojal opptreden. Ved mistanke om lovbrudd er det tale om brudd på bestemmelser som kan medføre et strafferettslig ansvar for både arbeidstaker og arbeidsgiver, avhengig av hvilke bestemmelser som eventuelt er overtrådt. Ved mistanke om brudd på interne retningslinjer, vil normalt resultatet ikke bli straffeforfølgelse. Det foreligger dermed en forskjell i alvorlighetsgrad mellom tilfellene, noe som tilsier at terskelen for å hevde at arbeidsgiver har interesseovervekt ved mistanke om brudd på interne retningslinjer eller illojalitet er høyere. Dette gjelder spesielt dersom formålet ved innsynet kan oppnås ved mindre integritetskrenkende inngrep.

4.5 Sammenhengen mellom arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven

Det foreligger en naturlig sammenheng mellom arbeidsmiljøloven og personopplysningslovens regler. Dette kommer blant annet til uttrykk i arbeidsmiljøloven § 9-1 (2) der personopplysningslovens regler skal anvendes dersom et kontrolltiltak medfører behandling av personopplysninger. Det er også forutsatt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven at arbeidsrettslige regler og personopplysningslovens vilkår skal kunne fortolkes og praktiseres i lys av hverandre.⁹² Et synlig likhetstrekk er at begge lovene bygger på allmenne saklighets og forholdsmessighetsprinsipper, for eksempel arbeidsmiljøloven § 9-1 (1) og personopplysningsloven § 8 litra f.

Et spørsmål i forbindelse med anvendelse av de to lovene er følgende: Dersom et kontrolltiltak i form av innsyn i arbeidstakers e-post er lovlig etter arbeidsmiljøloven § 9-1, vil dette da medføre at kontrolltiltaket automatisk må anses å oppfylle personopplysningslovens regler og særlig § 8 litra f? Vil det forhold at innsyn i e-post er ansett å ha saklig grunn i virksomhetens forhold og ikke er uforholdsmessig, medføre at arbeidsgiver også har ”berettiget interesse”, som overstiger arbeidstakers personvern, jf. personopplysningsloven § 8 litra f?

⁹² Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.146

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven syntes å forutsette dette:

”Etter departementets oppfatning er det (...) mye som taler for at vilkårene etter personopplysningsloven §8 bokstav f for å behandle opplysninger om arbeidstakerne i samband med kontrolltiltak regulært vil være oppfylt dersom lovvilkårene for å gjennomføre selve kontrollen er til stede. Kravet om saklig grunn vil normalt føre til at personopplysningslovens vilkår om berettiget interesse vil være oppfylt, mens vilkåret om forholdsmessighet/proporsjonalitet i alminnelighet vil innebære at kravet om at hensynet til arbeidstakerens personvern ikke må overstige arbeidsgivers berettigede interesse ikke vil være krenket”⁹³

Det uttales videre noe mer reservert at:

”[D]et imidlertid ikke tas for gitt at vurderingen etter den arbeidsrettslige regel og etter personopplysningsloven vil være sammenfallende.”⁹⁴

Det foreligger ikke noe rettspraksis som tar opp dette spørsmålet. Rettstilstanden på dette område er dermed uavklart.

Et moment som taler for at personopplysningsloven § 8 litra f er oppfylt dersom det foreligger et rettmessig kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven § 9-1, er at dette vil gi best mulig sammenheng mellom reglene. Sammenhengen vil være lite tilfredsstillende dersom det er adgang til å iverksette kontrolltiltak, men ikke adgang til å behandle de personopplysningene som fremkommer.

Ved innsyn i e-post er imidlertid hensynet til arbeidstakernes personvern fremtredende. Arbeidstakernes personvern kan bli svekket dersom det er automatikk i at en arbeidsgiver som har saklig grunn til å gjennomføre en e-postkontroll og kontrollen anses som forholdsmessig, også automatisk har en ”berettiget interesse” som overstiger den ansattes personvern hensyn etter personopplysningsloven § 8 litra f.

⁹³ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.146

⁹⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.146

Det er en betydelig forskjell på en vurdering om et kontrolltiltak kan begrunnes saklig og forholdsmessig, og på en vurdering av arbeidsgivers behandlingsgrunnlag som følge av personopplysningene som fremkommer av tiltaket. Både saklighets og forholdsmessighetsvurderingene som foretas etter arbeidsmiljøloven § 9-1 (1) vil ikke nødvendigvis inneholde de samme betraktningene hva angår arbeidstakerens personvern, som interesseavveiningen etter personopplysningsloven § 8 litra f inneholder. Ved å la disse vurderingene være sammenfallende, vil man dermed miste personvernaspektet ved vurderingen av om kontrolltiltaket kan anses som rettmessig. Noe som igjen kan føre til at det blir enklere for arbeidsgiver å gjennomføre nye kontrolltiltak.⁹⁵

Når dette er sagt, vil det likevel være store likheter mellom vurderingene etter de to reglene. Ofte vil situasjonen være nettopp slik at personopplysningsloven § 8 litra f vil være oppfylt dersom et kontrolltiltak er rettmessig etter arbeidsmiljøloven § 9-1. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at vurderingene er sammenfallende.

4.6 Internasjonal rett

4.6.1 Gir EMK artikkel 8 et vern mot kontroll av e-post?

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) er folkerettslig bindende for staten. I tillegg er konvensjonen inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven. EMK er dermed å regne som norsk lov på lik linje med andre lover.

EMK artikkel 8 oppstiller et generelt vern om blant annet privatlivet og korrespondanse.

Retten til ”respekt for sitt privatliv” er et vidt begrep og kan defineres som en rett individet har til å motsette seg at andre griper inn i deres privatliv uten samtykke.⁹⁶

”Korrespondanse” kan kort defineres som kommunikasjon, for eksempel telefon, brev eller e-post.

Det finnes mange dommer i Den Europeiske menneskerettsdomstol (EMD) omkring artikkel 8. Disse dommene har imidlertid begrenset betydning i forhold til kontroll av e-post.

Innsynsrett i e-post var imidlertid tema i **Copland vs. Storbritannia**.

⁹⁵ Se også Datatilsynets høringssvar s.5

⁹⁶ Aall, s.175

Copland jobbet på et college i Wales og saken gjaldt arbeidsgivers innsyn i hennes telefonsamtaler, e-post og internettbruk. Innsynet ble foretatt for å bevise at hun brukte for mye tid til personlige gjøremål mens hun var på jobb. EMD kom enstemmig til at overvåkingen som ble foretatt var et brudd på både retten til ”privatliv” og ”korrespondanse” etter artikkel 8.

Et spørsmål var hvilket vern e-post skulle ha etter artikkel 8. Domstolen henviste til *Halford vs. Storbritannia*⁹⁷, der telefonsamtaler fra arbeidsplassen var beskyttet etter artikkel 8, og mente av denne grunn at det var naturlig at også e-post som er sendt fra jobb bør ha samme vern:

*”It follows logically that e-mails sent from work should be similarly protected under Article 8.”*⁹⁸

Det ble også lagt vekt på at Copland ikke hadde fått noen advarsel om at innsyn skulle skje. Domstolen uttaler at advarsel var et viktig moment i forhold til avlytting av telefonsamtaler i Halford-saken, og at det av den grunn også forelå forventning om advarsel i forhold til overvåking i forbindelse med e-post og internettbruk i Copland-saken:

*”The same expectation should apply in relation to the applicant's e-mail and internet usage.”*⁹⁹

Avgjørelsen stadfester at e-post og datafiler knyttet til bruk av arbeidsgivers utstyr er gitt samme beskyttelse etter EMK artikkel 8 som bruk av tradisjonelle kommunikasjonsformer som for eksempel telefon.

⁹⁷ I *Halford vs. Storbritannia* kom EMD enstemmig frem til at telefonavlytting på arbeidsplassen var en krenkelse av rett til ”privatliv” og ”korrespondanse”

⁹⁸ Note 41

⁹⁹ Note 42

4.6.2 EMK artikkel 8 som selvstendig skranke

Spørsmålet er her for det første om EMK artikkel 8 kan benyttes som et separat rettsgrunnlag for private parter.

EMK regulerer i utgangspunktet kun forholdet mellom borgere og staten, noe som skiller EMK fra arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven. Det er de enkelte stater som er forpliktet til å følge konvensjonens bestemmelser, jf. EMK artikkel 1. Det er dermed staten som er pliktsubjektet etter EMK, ikke en arbeidsgiver. Ved en rettstvist mellom to private parter kan dermed EMK artikkel 8 ikke påberopes som selvstendig rettsgrunnlag.

Det er imidlertid ikke omstridt at EMK får betydning for forholdet mellom private.¹⁰⁰ Konvensjonsstatene kan bli ansvarlige etter EMK for handlinger begått av privatpersoner mot andre private. Dette pålegger staten en plikt til å treffe positive tiltak som verner borgernes rett til ”privatliv” og ”korrespondanse”.

Spørsmålet blir dermed om det kan forekomme en situasjon der innsyn i e-post anses rettmessig etter både arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven, men urettmessig etter EMK artikkel 8, slik at staten kan bli trukket til ansvar.

I utgangspunktet kan det tenkes at innsyn er lovlig etter de nasjonale reguleringene, men innsynet bryter det internasjonale kravet til vern av privatliv og korrespondanse. EMK artikkel 8 er gjennom menneskerettloven en selvstendig regel.

Rt.2007 s.687 omhandlet to personer som krevde økonomisk oppreisning av Se og Hør for tre reportasjer som de hevdet innebar en rettsstridig krenking av deres privatliv, jf. skadeserstatningsloven § 3-6, straffeloven § 390 og EMK artikkel 8. Førstevoterende uttalte i forbindelse med sammenhengen mellom disse bestemmelsene at:

”Gjennom menneskerettslova er EMK gjort til intern norsk rett. I saka no er både artikkel 8 om respekt for privatlivet og artikkel 10 om yringsfridommen sentrale. Det er her tale om tilsvarande avvegingar som dei som må gjerast etter skadebotlova § 3-6

¹⁰⁰ Aall, s.50

første ledd og straffelova § 390, og det må i denne situasjonen vere rett å tolke desse føresegnene slik at innhaldet blir i samsvar med EMK artikkane 8 og 10.”

Høyesterett benytter her EMK artikkel 8 som et tolkningsmoment i forhold til skadeserstatningsloven 3-6 og straffeloven § 390, slik at innholdet i disse bestemmelsene blir tolket i samsvar med EMK artikkel 8.

I forbindelse med utarbeidelsen av personopplysningsloven uttales det i NOU 1997:19 på side 41 at:

”Utvalget finner det klart at [EMK] artikkel 8 kan få anvendelse på områder som omfattes av den nye loven om behandling om personopplysninger. Utvalget er imidlertid av den oppfatning at sålenge loven implementerer reglene fra Europarådskonvensjonen om persondataskyttelse og EF-direktivet, vil kravene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 også være oppfylt.”

Personopplysningsloven bygger i hovedsak på EF-direktivet.¹⁰¹ Forarbeidene legger dermed til grunn en presumsjon for at dersom behandling av personopplysninger tilfredsstiller personopplysningslovens krav, vil dette også medføre at EMK artikkel 8 er oppfylt.

Det er lite som tyder på at arbeidsmiljøloven og personopplysningslovens regler ikke korresponderer med EMK artikkel 8. Vurderingene som foretas etter EMK artikkel 8 vil stort sett bygge på de samme hensynene som legges til grunn når innsynretten vurderes etter de nevnte lovene. Det skal derfor mye til dersom staten skal ilegges et ansvar etter EMK artikkel 8, dersom et kontrolltiltak er rettmessig etter både arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven.

Hovedregelen må derfor være at dersom et kontrolltiltak både er i samsvar med arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven, vil tiltaket ikke krenke en arbeidstakers rett til ”respekt for sitt privatliv(...)og sin korrespondanse” etter EMK artikkel 8.

¹⁰¹ Se oppgavens punkt 2.5

- Jakhelln og Aune Henning Jakhelln og Helga Aune, *Arbeidsrett.no*, 2.utgave, Damm forlag 2006
- Johansen m.fl. Michal Wiik Johansen, Knut Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng Skullerud, *Personopplysningsloven kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2001
- Jørstad Stefan Jørstad, *Arbeidsgivers adgang til å kontrollere og overvåke sine ansatte, med hovedvekt på grunnvilkårene for behandling av personopplysninger i arbeidslivet*, utgitt i Complex nr.3 2004
- Redningsselskapet *Sluttrapport – E-postsaken*, avgitt den 7.november 2007 av Brækhus Dege advokatfirma v/advokat Ellen Dehn Arvesen. Rapporten er ikke offentlig tilgjengelig, og er kun ment internt for Redningsselskapet. Rapporten ble laget på beslutning av sentralstyret i Redningsselskapet.
- Aall Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2.utgave, Fagbokforlaget 2007

5.2 Lover og direktiver

5.2.1 Norske lover

- Arbeidsmiljøloven Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17.juni 2005 nr.62
- Avtaleloven Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31.mai 1918 nr.4

EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27.november 1992 nr.109
Ferieloven	Lov om ferie av 29.april 1988 nr. 21
Foretningsbankloven	Lov om foretningsbank av 24.mai 1961 nr.2
Menneskerettsloven	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai 1999 nr.30 – (Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen – EMK - er inntatt i denne loven)
Personopplysningsloven	Lov om behandling av personopplysninger av 14.april 2000 nr.31
Skadeserstatningsloven	Lov om skadeserstatning av 13.juni 1969 nr.26
Straffeloven	Almindelig borgerlig Straffelov av 22.mai 1902 nr.10
Straffeprosessloven	Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22.mai 1995 nr.25

5.2.2 Utenlandske lover

Danmark	Lov om arbejdsmiljø af 11.oktober 1999 nr.784 Lov om behandling af personoplysninger af 31. maj 2000 nr.429
Finland	Lag om integritetsskydd i arbetslivet, 8.juni 2001:477

5.2.3 Direktiver

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

5.3 Forarbeider

5.3.1 Norske forarbeider

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter

NOU 1997:19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger

Ot.prp. nr.92 (1998-1999) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Underutvalgets rapport Arbeidslivslovsutvalget, Kontroll og overvåkning i arbeidslivet, underutvalgets rapport avlevert 20.juni 2002

NOU 2004:5 Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

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

5.3.2 Utenlandske forarbeider

Sverige SOU 2002:18 Integritetsutredningen

5.4 Domsregister

5.4.1 Norske dommer

Rt. 2000 s.1602

Rt. 2001 s.418

Rt. 2002 s.1500

RG 1993 s.77

RG 2002 s.162

RG 2004 s.347

Personvernemndas avgjørelse - Klagesak 2004/01

5.4.2 Utenlandske dommer

European Court of Human Rights (EMD):

Sak 20605/92 - Halford vs. United Kingdom (25.juni 1997)

Sak 62617/00 – Copland vs. United Kingdom (3.april 2007)

5.5 Elektroniske dokumenter

Caplex – Definisjon av e-post: <http://www.caplex.no/Web/ArticleView.aspx?id=9700163>

(sist sjekket 30.mai 2008)

Datatilsynet – Riksadvokatens henleggelse av sakene mot Redningsselskapet og

Vinmonopolet: http://www.datatilsynet.no/templates/Page_1776.aspx (Sist sjekket 30.mai 2008)

Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringsbrev -

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/Horinger/Horingsdokumenter/2006/Forslag-til-regler-om-arbeidsgivers-adgang-til-ansattes-e-post-mv/1.html?id=270943> (Sist sjekket 30.mai 2008)