

Fornyings- og administrasjonsdepartementet
Postboks 8004 dep
0030 OSLO

Att. Aslaug Bendiksen

Vår dato	16.01.07
Deres dato	17.10.06
Vår referanse	66812-1
Deres referanse	200500392

FORSLAG TIL REGLER OM ARBEIDSGIVERS TILGANG TIL ANSATTES E-POST MV.

NHO viser til Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringsbrev 17. oktober 2006 med høringsfrist 17. januar 2007. Høringssvaret er avgitt på vegne av NHO og NHOs landsforeninger. Enkelte landsforeninger har i tillegg til dette høringsbrevet sendt inn egne kommentarer. For ordens skyld brukes NHO som fellesbetegnelse for NHO og NHOs landsforeninger. NHO har følgende kommentarer:

NHO er positive til lov- og forskriftsbestemmelser som regulerer arbeidsgivers tilgang til ansattes e-post. I likhet med departementet er NHO av den oppfatning at de bestemmelser og den praksis som i dag finnes er opplevd som vanskelige å forholde seg til både for arbeidsgivere og ansatte. Det er viktig med et regelverk som gir forutberegnelighet og som legger opp til et åpent og tillitsfullt forhold mellom partene i arbeidslivet. Bestemmelsene må likevel ikke bli for "firkantete". Ved utformingen av bestemmelsene må en ta hensyn til at virksomhetene er svært forskjellige, og at arbeidsgiver selv står nærmest til å vite hvilke løsninger som er nødvendige og praktiske på den enkelte arbeidsplass. Innenfor gitte rammer bør virksomhetene derfor ha mulighet for selv å utarbeide retningslinjer og rutiner. Dette er ikke minst viktig for de mange bedrifter som driver virksomhet på tvers av landegrensene. For disse virksomhetene vil det være viktig å ha retningslinjer som kan praktiseres noenlunde likt, uavhengig av det land virksomheten drives fra.

Når det gjelder selve utgangspunktet for reguleringen, er NHO helt uenige med departementet. Ved å ta utgangspunkt i at arbeidsgiver ikke skal ha rett til innsyn i den ansattes e-post mener vi at departementet kommer helt galt ut, og viser til pkt. 1 til 3 nedenfor hvor dette begrunnes nærmere. NHO er også av den oppfatning at det er flere åpenbare juridiske og retstekniske svakheter knyttet til forslagets enkeltbestemmelser, og de begrunnelsene som ligger til grunn for disse. Det er nærliggende å anta at mange av svakhetene kan føres tilbake til den måten departementet har valgt å behandle problemkomplekset på.

Når det gjelder saksbehandlingen er det slik at Arbeidslivslovutvalget i 2004 foreslo

en egen lovbestemmelse om bruk av e-post, (NOU 2004:5). Forslaget ble fremmet av et samlet lovutvalg, og med tilslutning fra både arbeidsgiver- og arbeidstakersiden. Forslaget tok utgangspunkt i at arbeidsgiver hadde rett til innsyn i virksomhetsrelatert post. For privat e-post var utgangspunktet snudd. Til tross for at det var enighet i utvalget, og det heller ikke kom inn spesielt kritiske høringsuttalelser fra arbeidslivets parter, ble forslaget likevel ikke fremmet av Arbeids- og Sosialdepartementet i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). Årsaken var de kritiske innvendinger fra Datatilsynet til forslaget, samt at Datatilsynet opplyste at de arbeidet med utforming av forskrifter på dette området. Departementet mente det var mest hensiktsmessig å ikke fremme forslag til regler på dette område da, men vente til ovennevnte forskriftsarbeid var avsluttet.

Det videre arbeidet med regelverksutforming har skjedd i samarbeid mellom Fornyings- og administrasjonsdepartementet, Justis- og politidepartementet og Datatilsynet. Til tross for at departementet i det videre arbeidet har gått bort i fra utgangspunktet som lå til grunn i Arbeidslivslovutvalget er verken Arbeids- og inkluderingsdepartementet, Arbeidstilsynet eller partene i arbeidslivet trukket med i arbeidsgruppen som har utarbeidet forslaget. Det er heller ikke Riksadvokaten, Universitetet, eller andre instanser/organer som sitter med faglig juridisk ekspertise på området. Dette mener NHO er en klar svakhet. På et område som er så vidt komplekst, og som har implikasjoner innenfor flere juridiske fagdisipliner, blant annet strafferett, menneskerett/personvern, arbeidsrett, offentlighetsrett, forvaltningsrett og kontraktsrett, er det viktig å trekke inn mest mulig kompetanse på et tidlig stadium. En slik involvering ville bidratt til å skape mer gjensidig forståelse og et større "eierskap" til bestemmelsene, hvilket burde være et mål i seg selv. I arbeidet burde departementet også trukket inn teknisk ekspertise.

NHO er av den oppfatning at det også lovteknisk sett hefter så store svakheter ved det forslaget som er fremmet, at problemkomplekset må gjennomgås på nytt. I det videre arbeidet er det viktig å trekke inn både arbeidslivets parter, annen juridisk ekspertise, samt personer med teknisk innsikt på område. Behovet for fornyet gjennomgang forsterkes ved at departementet ikke bare har foreslått bestemmelser for arbeidsgivers innsyn i ansattes e-post spesielt, men også foreslått at bestemmelsene skal gjelde innsyn i IT-verktøy mer generelt, så som "mobiltelefon og PDA" og "arbeidstakers internettbruk og private filer". Hva som nærmere ligger i dette er likevel ikke nærmere utredet. Hva departementet mener med "private filer" er heller ikke definert. Hvis de med private filer legger samme definisjon til grunn som "personlig e-post" (som også omfatter virksomhetsrelatert post), kan det synes som om arbeidsgiver som utgangspunkt heller ikke skal få innsyn i saksdokumenter utarbeidet av arbeidstakerne. Hvis dette er tilsiktet, fremstår forslaget som helt virkelighetsfjernt. Dersom forskriften bare er ment å skulle gjelde private brev lagret på arbeidsgivers datamaskin, synes de foreslåtte bestemmelsene ikke å passe. I den utstrekning utkastets bestemmelser skal gjelde for andre tilfelle enn e-post, mener vi dette må utredes på en helt annen måte enn det som er gjort. Det er på ingen måte gitt at retten til innsyn bør være den samme. De personvernmessige hensynene, og den

ansattes rett til en personlig sfære vil variere avhengig av hvilket kommunikasjonsmedium det er aktuelt å bruke. Det samme gjelder arbeidsgivers behov for innsyn.

NHO ser det også som en klar svakhet at det ikke er redegjort for rettstilstanden i andre EU-land. E-post er i dag et svært sentralt kommunikasjonsmiddel og mange bedrifter driver internasjonalt. Samfunnsøkonomisk sett er det viktig å opprettholde tilliten til e-post som kommunikasjonsmiddel og skape størst mulig harmoni på tvers av landegrensene. Også forholdet til EU-retten burde vært utredet. Personopplysningsloven implementerer EU-direktiv (personverndirektiv 95/46 av 24. oktober 1995) som nettopp tar utgangspunkt i det indre marked og erkjennelsen av behovet for rettsregler på fellesskapsnivå. Dette fordi medlemsstatenes ulike måte å regulere personvernet på, forhindret målsettingen om et indre marked. Som ledd i utredningen burde departementet også kommentert uttalelsen fra Artikkel 29 gruppen om overvåking av elektronisk kommunikasjon på arbeidsplassen (WP 55 av 29. mai 2002).

NHO er ellers av den oppfatning at bestemmelsene om arbeidsgivers innsyn i ansattes e-post bør plasseres i arbeidsmiljøloven og ikke i personopplysningsforskriften. Arbeidsmiljøloven er den mest sentrale loven som regulerer rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og av hensyn til en enkel og oversiktlig rettstilstand mener NHO bestemmelsene mest naturlig hører hjemme der.

1. Utgangspunktet for reguleringen

Departementet har tatt utgangspunkt i at arbeidsgiver ikke har rett til innsyn i den ansattes e-post.

Slik utkastet er formulert, hvor en til og med definerer den ansattes e-postkasse som ”personlig”, skapes det et inntrykk av at den ansattes e-postkasse er etablert som et personlig anliggende som krever beskyttelse i seg selv. De rettslige konsekvensene av et slikt utgangspunkt er mangelfullt utredet. Det er eksempelvis ikke vurdert om en tredjemann som velger å kommunisere til en slik ”personlig” e-postkasse i realiteten må sies å kommunisere privat og personlig med vedkommende ansatt, og ikke med virksomheten som sådan. I tilfelle vil dette kunne få konsekvenser for tredjemenns rettigheter og deres muligheter for å gjøre virksomheten som sådan ansvarlig.

Valg av et slikt utgangspunkt burde også vært vurdert opp mot personopplysningsloven. Gjennom det utgangspunktet som departementet har valgt, gis personopplysningsloven anvendelse før en har sett nærmere på innholdet i selve e-postkassen. På denne måten skaper departementet et inntrykk av at retten til personlig integritet på arbeidsplassen automatisk blir krenket ved åpning av ansattes e-post, og det gjelder også der det foretas innsyn i virksomhetsrelatert post hvor personvern hensyn normalt ikke gjør seg gjeldende.

NHO er helt uenige i valget av et slikt utgangspunkt, og kan for øvrig ikke se at det kan søkes støtte for et slikt utgangspunkt i Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2002 side 1500. I denne Høyesterettskjennelsen tas det ikke utgangspunkt i e-postkassen som sådan, men derimot i om meldingene kan karakteriseres som en personopplysning i personopplysningslovens forstand.

Ved reguleringen av arbeidsgivers tilgang til ansattes e-post mener NHO at det riktige vil være å ta utgangspunkt i hva som er bakgrunnen for etableringen av selve e-postsystemet. E-postsystemene er eiet av arbeidsgiver og opprettet som et arbeidsredskap for kommunikasjon og forsendelse av bedriftsrelevant informasjon. Det er viktig at dette utgangspunktet gjøres klart både for den ansatte og for den som velger å sende post til arbeidstakerens e-postkasse. I den utstrekning ansatte ønsker å etablere en "personlig e-postkasse" må den enkelte selv ta initiativ til dette. Konsekvensene ved et slikt utgangspunkt vil være at forventningene til den ansattes personvern på arbeidsplassen påvirkes, hvilket igjen også vil ha innvirkning på hvordan partene innretter seg, også hva gjelder privat kommunikasjon på arbeidsplassen. Dette vil være det beste for alle parter. Utgangspunktet bør derfor etter NHOs oppfatning være at arbeidsgiver har tilgang til alle e-postkasser som er opprettet som en del av de ansattes arbeidsverktøy.

Til tross for et slikt utgangspunkt, kan det være grunn til å spørre om personvernshensyn og arbeidstakerens personlig sfære på arbeidsplassen likevel tilsier modifikasjoner. For å være best mulig i stand til å besvare dette spørsmålet vil det etter NHOs oppfatning være riktig å gå inn på e-postsystemets "natur" og se på hva dette systemet brukes til.

E-post brukes i dag både som forsendelsesform for forretningsbrev, klager, reklamasjoner eller varebestillinger, samt i den løpende saksbehandlingen. I stedet for å sende slike dokumenter pr. brev eller pr. telefaks brukes e-postsystemet. Årsaken er at denne forsendelsesformen både fremstår som mer effektiv og mer bedriftsøkonomisk enn post/telefaks. Når e-postsystemet brukes til slike formål kan den ansattes personverninteresser vanskelig sees å kunne brukes som argument for å begrense arbeidsgivers rett til innsyn. Valg av forsendelsesform kan ikke være avgjørende for eiendomsretten til dokumentene. På lik linje med det som gjelder ved bruk av det alminnelige postsystemet, må forsendelser som sendes via bedriftens e-postsystem tilkomme bedriften. Dette er viktig for å opprettholde tilliten til systemet.

Selv om e-postsystemet i mange relasjoner har klare likhetstrekk med tradisjonell brevforsendelser og/eller telefaks, er det likevel ikke alltid slik. En del av det som formidles via e-post, det være seg meldinger til kolleger, kunder, klienter eller tredjemenn er meddelelser som ellers ville blitt gitt muntlig eller via telefon. Slike meldinger skjer ofte raskt, er formløse og har et dialogpreg, og det kan derfor i noen tilfeller være likhetstrekk mellom bruk av e-post og telefonsamtaler. Når dette er tilfelle vil personvernshensynet og retten til en personlig sfære på jobben

kommer klarere frem. Samtidig er det viktig å være oppmerksom på at det også er forskjeller mellom bruk av e-post og muntlig kommunikasjon. I motsetning til telefonsamtaler særpreges e-posten ved at den står på trykk, er dokumenterbar og kan hentes frem i ettertid. Dette "særpreget" innebærer at arbeidsgiver har en sterkere interesse av å få kunnskap også om innholdet av slike forsendelser. Ikke sjelden ser en at slike forsendelser er en viktig del av forhistorien til en eventuell kontraktsforhandling og vil derfor ha betydning som skriftlig bevismateriale. Dette kan være i reklamasjonssaker, i tvister som gjelder spørsmålet om det er inngått en bindende avtale mellom to eller flere parter og/eller hva som måtte være innholdet i en avtale (tolkningstvister). Et annet særpreg som skiller slike forsendelser fra en alminnelig telefonsamtale er at disse kan spres videre på en enkel måte. Vitser eller personkarakteristikk kan fort nå langt flere personer enn de som opprinnelig ble definert som målgruppen. Når slike forsendelsene skjer via arbeidsgivers e-post system, kan arbeidsgiver ha en berettiget interesse av å få stanset viderefremmingen for å unngå et eventuelt rettslig ansvar. I tillegg kan slike forsendelser tenkes å ha både en personal- og en omdømmemessig side.

I tillegg til å være et arbeidsverktøy har det nye teknologiske systemet også gitt arbeidstakerne mulighet for å utføre private gjøremål på arbeid i en helt annen utstrekning enn tidligere. Historisk sett har det i de færreste bedrifter vært kultur for å sende personlig post i bedriftens konvolutter og/eller på arbeidsgivers regning. For så vidt gjelder telefon har bildet vært annerledes. Flere arbeidsgivere synes å ha akseptert private samtaler innefor rimelighetens grenser. En tilsvarende kultur synes å ha utviklet seg for så vidt gjelder e-post, og i den utstrekning arbeidsgiver gir aksept for slik bruk – hvilket arbeidsgiver selvsagt står helt fritt til selv å bestemme - bør arbeidstaker også ha en berettiget forventning om beskyttelse fra innsyn i slik post. Samtidig kan det ikke være tvil om at en slik aksept også pålegger den enkelte arbeidstaker et ansvar, et ansvar for å innrette seg etter instruks gitt av arbeidsgiver og et ansvar for å bruke systemet på en akseptabel måte. Ved utformingen av regelverket er det viktig at dette ansvaret gjøres klart for arbeidstaker. I tillegg er det viktig at arbeidstaker gjøres oppmerksom på at det alltid foreligger en mulighet for at arbeidsgiver får tilgang til slik privat post. Ønsker han eller hun å være fullt ut beskyttet fra muligheten for slikt innsyn, må vedkommende oppfordres til å velge en annen forsendelsesform og eventuelt opprette en privat e-postkasse. På denne måten vil også tredjemanns personverninteresser bli bedre ivaretatt. Erfaringsmessig er det gjerne slik at brukeren av e-postsystemet sender svar til den e-postkassen han eller hun mottok "brev" fra.

2. At NHO mener at utgangspunktet for reguleringen skal være at arbeidsgiver skal ha innsyn i den ansattes e-post innebærer således ikke at vi ikke mener at det er behov for unntak og presiseringer.

NHO mener at arbeidsgiver, som utgangspunkt, ikke skal ha rett til innsyn i e-post som åpenbart fremstår som privat. I og med at terskelen mellom privat og

virksomhetsrelatert post er flytende, og fordi e-post som kommunikasjonsmedium i flere sammenhenger kan ha likhetstrekk med telefon, mener NHO at det bør være retningslinjer for å åpne e-post slik at arbeidstakerne ikke utsettes for uberettiget ”snoking”. Ved utformingen av slike retningslinjene mener NHO at arbeidsgiver selv står nærmest til å vite hvilke løsninger som er nødvendige og praktiske på den enkelte arbeidsplass, dog slik at det er gitt noen rammer i lov- eller forskriftsform. NHO er opptatt av at det skal være åpenhet om hvilke retningslinjer bedriften praktiserer.

Når terskelen for åpning skal legges, gjelder det å finne det riktige balansepunktet mellom arbeidstakernes interesser på den ene siden og hensynet til virksomhetens drift på den annen side. Ved utformingen av regelverket er det viktig å ta hensyn til at en for stor vektleggig av den ene parts interesser, kan gi utilsiktede effekter på lengre sikt. Fordi det ofte vil være avgjørende for mange virksomheter å sikre tilgang til virksomhetsrelatert post på en rask og hensiktsmessig måte, vil en kunne få en utvikling av ordninger hvoretter e-postkasser fjernes på personnivå, for så å bli erstattet med avdelingspostkasser. Dette er etter NHOs syn en lite heldig utvikling, verken for arbeidstaker eller for arbeidsgiver.

Utformingen av e-post regelverket må dessuten sees i sammenheng med utviklingen av annet regelverk. Eksempelvis kan nevnes de nye varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven, som har til formål å avdekke kritikkverdige forhold i virksomhetene ved å legge til rette for mer åpenhet. Forslaget om regler for arbeidsgivers innsyn i ansattes e-post kan vanskeliggjøre virksomhetens arbeid med å avdekke slike kritikkverdige forhold, og denne sammenhengen burde derfor vært vurdert av departementet.

Departementet bruker undersøkelsen fra Transportøkonomisk institutt, jf. høringsbrevets pkt. 5.3 som begrunnelse for det fremlagte forslaget, og hevder sågar at forslaget til forskriftsbestemmelsene er i samsvar med resultatene fra undersøkelsen. Etter NHOs oppfatning er det overhodet ikke grunnlag for å hevde at denne undersøkelsen viser at flertallet av arbeidsgiverne ikke ønsker at virksomhetene som utgangspunkt skal ha rett til innsyn i virksomhetsrelatert e-post. Spørsmålet som ble stilt var om arbeidsgiverne burde ha ubegrenset rett til å lese all e-post som de ansatte sender og mottar. Det ble ikke skilt mellom innsyn i virksomhetsrelatert e-post og privat e-post. Etter NHOs oppfatning er det nærliggende å anta at svarene ville ha blitt annerledes dersom en i stedet hadde spurt om virksomhetene i utgangspunktet burde ha rett til innsyn i virksomhetsrelatert e-post.

3. Departementets øvrige spørsmål tar utgangspunkt i at arbeidsgiver ikke skal ha rett til innsyn i e-post. Selv om vi er uenige i dette utgangspunktet finner vi likevel grunn til å komme med noen kommentarer, og peke på noen åpenbare ”hull”. Listen over ”hull” er ikke uttømmende. Vi har i denne omgang nøyd oss med å peke på noen eksempler, eksempler som NHO mener er tilstrekkelig til å

synliggjøre behovet for en fornyet gjennomgang der både arbeidslivets parter og andre aktører trekkes inn. Dersom departementet likevel skulle velge å fremme et forslag til forskrifter uten en slik fornyet gjennomgang, ber vi om å bli varslet. I tilfelle vil vi komme med mer uttømmende kommentarer.

Forskriften er ikke til hinder for at arbeidstaker "uoppfordret gir arbeidsgiver tilgang til e-postkassen eller konkrete e-post i denne".

Spørsmålet om innsyn vil etter dette først være aktuelt dersom arbeidstakeren ikke ønsker å gi et samtykke eller dersom det er uhensiktsmessig å innhente dette. I departementets utkast er det "tatt høyde" for at forskriften må ivareta arbeidsgivers behov for å:

- Holde virksomheten i gang ved arbeidstakers fravær,
- hindre "utro tjenere" og ulovlig bruk av utstyret og
- sørge for tilstrekkelig informasjonssikkerhet

Departementet stiller deretter spørsmål om det er behov for andre konkrete unntak. Svaret på spørsmålet er ja. NHO mener at arbeidsgiver kan ha berettiget interesse i innsyn også når arbeidstaker er på arbeid, men av en eller annen grunn ikke er villig til å medvirke til at arbeidsgiver får tilgang til virksomhetsrelaterte dokumenter. Departementet peker riktignok på at en ansatt "i de aller fleste tilfeller" på en god måte vil sørge for formidling av virksomhetsrelaterte opplysninger. Dette har NHO ingen grunn til å være uenige i. Vi er også enige i at utgangspunktet i arbeidslivet bør være at arbeidsgiver har tillit til at de ansatte følger instruks. Til tross for dette utgangspunktet er det likevel slik at det unntaksvis finnes arbeidstakere som ikke følger gitte instruks eller utviser den nødvendige tilliten, og ved utformingen av regelverk må lovgiver også ta hensyn til slike "atypiske situasjoner".

Når spørsmålet om innsyn blir drøftet, er det dessuten en svakhet at forholdet til offentlighetsloven ikke er kommentert. Forvaltningen er underlagt offentlighetsloven, og det kan stilles spørsmål om forskriftsutkastet er tilfredsstillende sett i relasjon til intensjonene bak denne loven. Spesielt gjelder dette der arbeidstakerne har et lengre fravær. NHO finner ikke grunn til å gå nærmere inn på denne problemstillingen her, men begrenser seg til å vise til den svenske ombudsmannens uttalelse 2002-01-22 (2668-2000) som er illustrerende for så vidt gjelder de spørsmål som burde vært reist og kommentert. I saken ble det lagt vekt på at myndighetene må ha tilfredsstillende rutiner for håndtering av e-post, som også tilfredsstillende offentlighetsloven.

§ 9-4 Fravær

Når det gjelder unntaksbestemmelsen ved arbeidstaker fravær, mener NHO at den foreslåtte bestemmelsen er for streng og ikke ivaretar arbeidsgivers interesser på en tilstrekkelig måte. Bestemmelsen har også retts tekniske svakheter. Den

fremstår dessuten som svært vanskelig tilgjengelig.

Ved planlagt fravær er utgangspunktet at arbeidsgiver ikke har rett til innsyn, med mindre arbeidsgiver har gitt pålegg om hvordan de ansatte skal forholde seg og arbeidstakeren har brutt slike instruksjoner. At det er dette som er utgangspunktet ved planlagt fravær kommer svært dårlig frem i det fremlagte forslaget, noe som i seg selv er en svakhet. Forslaget innebærer at bedrifter som ikke har gitt pålegg rammes unødvendig hardt.

Det er dessuten en svakhet at ikke forholdet til klient- og forbrukerinteresser er vurdert. Behovet for innsyn, for å ivareta klient- eller kundeinteresse kan være sterke, og vil kunne rammes hardt gjennom det fremlagte forslaget. Slik forslaget er utformet kan det dessuten, og som nevnt under punkt 1, spørres om e-post sendt til den ansatts personlig e-postkasse i privat og offentlig virksomhet, herunder departementer, NAV-kontorer, skatteetaten, skoler m.m. må anses som privat og personlig kommunikasjon og ikke som kommunikasjon med virksomheten som sådan. I tilfelle er det en svakhet at regelverket ikke er vurdert opp mot lanseringen av ”min-side” på nettet, og vektleggingen av personlig kontakt med offentlige kontorer. I den utstrekning en forbruker skal kunne kommunisere med offentlig og privat virksomheter på en trygg måte, må det også gis sikkerhet for at kommunikasjonen blir håndtert på en forsvarlig måte, og skal dette være mulig må virksomheten selv ha styringsretten med den kommunikasjon som er rettet til dem. I motsatt fall kan virksomhetene vanskelig ansvarliggjøres. I forslaget er for øvrig heller ikke de rettslige konsekvensene etter kjøpsloven mv. vurdert. Etter alminnelig kontraktsrett har alle dispositive utsagn, som har påbudsvirkninger, virkning fra det tidspunkt de har kommet frem. Dette gjelder eksempelvis alle akseptfrister, oppsigelser og antakeligvis også reklamasjonsfrister. Det kan spørres om slike frister begynner å løpe når utsagnet er kommet frem til arbeidstakers e-postkasse eller fra det tidspunkt virksomheten tidligst har hatt mulighet til å få tilgang til forsendelsen. Etter NHOs oppfatning kan eventuelle frister vanskelig begynne å løpe før forsendelsen kan sies å være nådd virksomheten som sådan.

I tillegg til å være kritiske til den retts tekniske utformingen av bestemmelsen, er vi også kritiske til den begrunnelsen som er gitt for at arbeidsgiver ikke skal ha rett til innsyn ved planlagt fravær.

Departementets begrunnelse for ikke å gi arbeidsgiver innsyn er at bedriften kan minimere behovet for innsyn med pålegg om bruk av blant annet ”fraværssassistent og automatisk videresending”. I det tekniske miljøet er det likevel slik at flere og flere advarer mot bruk av slikt verktøy. Dette fordi slikt verktøy kan øke utbredelsen av spam. Et av de organer som fraråder slikt verktøy er Post- og teletilsynet. Post- og teletilsynets nettvettsregler (nettvett.no) er utarbeidet av Post- og teletilsynet på oppdrag fra Samferdselsdepartementet og i samarbeid med andre offentlige myndigheter, IKT-bransjen og representanter for brukerne. Før

departementet bruker slike automatiske løsninger som argument for å nekte arbeidsgiver innsyn, bør departementet i det minste innhente uttalelser fra miljøer med teknisk ekspertise.

Som argument mot innsyn argumenterer departementet dernest for at post kan videresendes, enten automatisk eller manuelt. Det skal være opp til den ansatte selv å velge mellom automatisk eller manuell videreforsendelse. Ved manuell videreforsendelse skal den ansatte selv kunne velge hvilke kolleger som skal få fullmakt til å åpne posten. Det synes også å være opp til den som innehar fullmakten å avgjøre hvilken post som skal videresendes.

NHO er kritisk til ovennevnte. For det første er det en svakhet at departementet ikke har redegjort nærmere for hvordan de ser for seg at post automatisk skal videresendes, og til hvem. Det er heller ikke redegjort for hvilke personvernmessige konsekvenser et slikt system vil ha, målt opp mot det utgangspunkt at arbeidsgiver skal ha rett til innsyn i virksomhetsrelatert post? Skal den som posten automatisk videresendes til eksempelvis ha rett til innsyn i all post, også privat? Og hvordan vil dette i tilfelle bli oppfattet av avsenderen av posten? Det er vel neppe gitt at et slikt system vil ivareta avsenders personverninteresser på en bedre måte enn om utgangspunktet for reguleringen var at arbeidsgiver hadde rett til innsyn, dog med unntak for post som åpenbart fremstår som privat?

Når posten videresendes, eller en kollega gis fullmakt til å åpne posten på den ansattes vegne, reises også spørsmål om forholdet til arbeidsgivers styringsrett. Forholdet til arbeidsgivers styringsrett er overhodet ikke kommentert i høringsnotatet. Selv om skillet virksomhetsrelatert og privat e-post i mange tilfelle fremstår som klart kan ikke lovgiver mene at arbeidstakeren eller en kollega alene står nærmest til å ta stilling hva som skal rubriseres som virksomhetsrelatert post og som derfor skal videresendes til arbeidsgiver. Det klare utgangspunkt må tvert i mot være at det er arbeidsgiver som står nærmest til å trekke dette skillet. I e-postkassen kan det dessuten tenkes å komme inn post som er fortrolig eller taushetsbelagt. Ut i fra et slikt perspektiv blir det helt galt om arbeidstakerne fritt skal kunne bestemme hvem posten i første omgang skal videresendes til. Det er dessuten grunn til å nevne at den foreslåtte bestemmelsen helt ser bort i fra at det er arbeidsgiver som har styringsretten i en virksomhet. I den utstrekning en arbeidstaker er fraværende (vi kan for eksempel tenke oss at en saksbehandler i NAV er fraværende), må det være arbeidsgiver og ikke arbeidstakeren som er nærmest til å avgjøre hvem som skal stå som saksbehandler i vedkommendes fravær. Spørsmålet i forhold til styringsretten burde i det minste ha vært vurdert.

NHO finner ellers grunn til å stille spørsmål om forskriften åpner for at arbeidstaker i stedet for å bruke ”fraværsassistent eller videresende post” kan samtykke til at arbeidsgiver åpner den ansattes e-post, eller mener departementet at arbeidstaker skal være avskåret fra å gi et slikt ”forhåndssamtykke”? Det er

også en svakhet at departementet ikke har sagt noe nærmere om hva de legger i begrepet "fravær". Er arbeidstakeren fraværende om han eller hun er på ferie, men har tilgang til mailen fra sitt feriested? Hvilken rett til innsyn mener departementet at arbeidsgiver da skal ha?

Ved uforutsett fravær legger departementet opp til at arbeidsgiver skal ha rett til innsyn etter en viss tid. Etter utkastets § 9-4 tredje ledd pålegges imidlertid arbeidsgiver å begrense behovet for at e-posten åpnes, "for eksempel ved å gjøre e-posten inaktiv". Skal bestemmelsen ha noen betydning, og arbeidstakeren få et gjennomført vern, vil arbeidsgiveren i prinsippet og allerede ved første fraværsdag måtte inaktivere e-postkassen. NHO kan vanskelig se at denne bestemmelsen er godt gjennomtenkt. Bestemmelsen er umulig å følge opp i praksis, i hvert fall for større bedrifter. Det er dessuten ikke gitt at arbeidstakeren selv er interessert i at e-postkassen gjøres inaktiv. Flere arbeidstakere har tilgang til bedriftens e-postsystem hjemme, og det kan hende at enkelte arbeidstakeren makter og ønsker å følge opp mailpostkassen fra "sykesengen". Ved lengre sykefravær kan det dessuten være grunn til å spørre hvorfor det skal være noe prinsipielt skille mellom arbeidsgivers tilgang der han eller hun har planlagt fravær, og der han eller hun har uforutsett fravær. Til det kan det selvfølgelig hevdes at det må være mulig å inngå individuelle avtaler med hver enkelt arbeidstaker. Samtidig må en se i øynene at en slik individuell oppfølging vil kreve enorme ressurser fra arbeidsgiver.

NHO er også kritisk til de saksbehandlingsreglene som er foreslått. Etter vår oppfatning er disse svært omstendelige, og synes å ta utgangspunkt i at det foreligger en konfliktsituasjon mellom partene. I de aller fleste saken som skal behandles etter § 9-4 er dette ikke tilfellet.

Paragraf 9-4 femte ledd, der det foreslås at arbeidsgivers rett til innsyn i e-post som er slettet skal følge § 9-5, er dessuten for streng. I og med at e-post kan brukes som forsendelsesmåte av bedriftsrelevante dokumenter som tidligere ble sendt pr. brev, og kan inneholde svært viktig dokumentasjon, for eksempel om forhistorien til et avtaledokument, mener vi at arbeidsgiver må ha en mye videre tilgang enn det som er foreslått. Det kan ikke være slik at det er arbeidstakeren alene, som kan styre hva som er lagringsverdig materiale. Arbeidsgiver har eiendomsretten til virksomhetsrelevante dokumenter, og må selvsagt selv kunne avgjøre hva som er arkivverdig.

Tiltak for å "forebygge" behovet for innsyn

Departementet peker på at det finnes en "rekke tiltak som en arbeidsgiver kan benytte for å forebygge behovet for innsyn i e-post". Det er pekt på at gode tekniske løsninger kan forhindre nedlasting og videreforsendelse av uønsket materiale, som for eksempel pornografiske bilder, og at god opplæring og gode skriftlige rutiner for bruk av systemet og for arkivering i de fleste tilfellene vil begrense arbeidsgivers behov for innsyn for å finne virksomhetsrelaterte

opplysninger på en god måte. NHO kan se at disse betraktninger til en viss grad kan ha noe for seg, men det er samtidig viktig å merke seg at svært mange bedrifter som benytter e-postsystemer er små. Disse bedriftene har gjerne liten teknisk kompetanse, og dermed begrenset mulighet for å følge med i den raske teknologiske utviklingen som er påkrevd for å etablere de ”gode tekniske løsningene som er nødvendig for å forhindre nedlasting og videreforsendelse av uønsket materiale”.

Praksis har dessuten vist at gode og vanntette systemer for arkivering ennå ikke er på markedet. Selv innenfor det offentlige, som er pålagt å følge arkiveringsloven, er det store problemer knyttet til arkivering av elektroniske dokumenter. Før en benytter et slikt argument for å snu utgangspunktet for arbeidsgivers innsyn, burde departementet som et minstekrav være i stand til å presentere konkrete forslag til ”gode praktiske løsninger”, og som samtidig gir sikkerhet for at ansatte faktisk bruker løsningene.

Påstanden om at e-post er lite egnet som bevis

Som begrunnelse for ikke å gi arbeidsgiver innsyn i den ansattes e-post er det vist til at ”e-post” er lite egnet som bevis i personal- eller straffesaker. NHO har vanskeligheter med å se hva som her menes. Flere aktuelle saker har vel nettopp vært egnet til å kaste lys over at e-post kan være relevant som bevis. Slik korrespondanse kan gi viktig innsyn i en ”avtalehistorie”, noe som alltid vil være relevant når kontrakter skal fortolkes. Men, som ved et hvert bevis, må kvaliteten på dette etterprøves. Til syvende og sist vil det være domstolene som må ta stilling til verdien og relevansen av det fremlagte beviset.

§ 9-5 Unntak ved straffbare forhold med mer

Etter § 9-5 er det foreslått at arbeidstaker skal ”om mulig” ha rett til å uttale seg og være til stede ved åpningen av e-post der det foreligger begrunnet mistanke om straffbar virksomhet m.v. Slik bestemmelsen nå er utformet kan det synes som om det bare er der det foreligger forhold på arbeidstakers side at dette utgangspunktet kan fravikes. Det kan likevel ikke utelukkes at også forhold på arbeidsgivers side kan begrunne en slik modifikasjon. Dessuten er det grunn til å være oppmerksom på at en ubetinget plikt til å informere, kan skape en unødvendig konfliktfylt stemning. Vi kan for eksempel tenke oss at arbeidsgiver har begrunnet mistanke om at e-postsystemet brukes til å spre barnepornografisk materiale. Etter innsyn viser mistanken seg likevel å være uberettiget. I stedet for å varsle arbeidstaker, kunne det i et slikt tilfelle muligens vært mer hensiktsmessig å sikre saksbehandlingen på annen måte, eksempelvis ved å varsle tillitsvalgte eller andre. Dette spørsmålet burde i det minste vært vurdert.

§ 9-6 Innsyn ved arbeidsforholdets opphør

Denne bestemmelsen synes for uklar. Slik den er utformet kan den gi det inntrykk at all e-post skal slettes uten at arbeidsgiver skal ha mulighet for å være med på å sortere ut arkivverdig e-post. Det er selvsagt ikke akseptabelt for virksomheten.

For øvrig er det en svakhet at det ikke er redegjort for muligheten fra å avvike bestemmelsen gjennom et samtykke. NHO ser ikke bort i fra at flere arbeidstakere, i stedet for selv å skulle sortere ut hva som er arkiverdig eller ikke, kan være interessert i å avgi et samtykke for at e-posten kan gjennomføres.

§ 9-7 Varsling

Den foreslåtte bestemmelsen legger opp til at varsling alltid skal skje skriftlig og inneholde begrunnelsen for behandlingen samt gi den ansatte opplysninger om sine rettigheter etter så vel personregisterloven og den foreslåtte forskriften.

Etter NHOs oppfatning synes dette svært omstendelig og svært upraktisk, særlig når det gjelder arbeidsgivers behov for innsyn i virksomhetsrelatert e-post. I slike tilfeller vil det kun unntaksvis være innvendinger til at innsyn foretas.

§ 9-8 Instruks for bruk av virksomhetens elektroniske utstyr

Bestemmelsens første ledd er uklar med hensyn til hvem arbeidsgiver plikter å drøfte utformingen av instruksene med. I kommentarene til bestemmelsen er det vist til at bestemmelsen samsvarer med arbeidsmiljølovens § 9-2. Dette er ikke tilfelle.

Hvis hensikten har vært å ha like regler på disse områdene vil NHO anbefale at man benytter den samme ordlyd som der er brukt.

§ 10-8 Forslag til nye straffebestemmelser

Personopplysningsloven § 48 gir hjemmel for at det i forskrift kan gis regler om at brudd på forskriftsbestemmelsene straffes med bøter eller fengsel i opp til ett år, eller begge deler.

§ 10-8 er foreslått endret slik at den som forsettlig eller grovt uaktsomt unnlater å følge de foreslåtte bestemmelsene i kapittel 9 kan straffes med bøter eller fengsel eller begge deler.

NHO mener at det er uhensiktsmessig at hele kapittel ni straffsanksjoneres, som foreslått. Slik forslaget nå er utformet kan bestemmelsen gi et inntrykk av at ethvert avvik fra reglene i kapittel ni, kan utløse straff og det er neppe meningen. For å kunne straffesanksjonere mener vi imidlertid det må det stilles vesentlig større krav til gjerningsbeskrivelse i et straffebud enn det som nå følger av kapittel ni.

Forholdet til § 7-11 i dagens forskrift

NHO finner for ordens skyld grunn til å presisere at det fortsatt må være mulig å administrere IT-systemene, eksempelvis ved unormal ressursbruk, mistanke om

virusinfeksjon etc. Arbeidsgivers behov i så måte legger vi til grunn må kunne utledes av personopplysningsloven og forskriftens § 7-11.

Vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON
Område for arbeidslivspolitik

Sigrun Vångeng
Direktør