

LIBERAMICORUM
REINHOLD FAHLBECK

Sören Öman, Privat e-post på arbetet, s. 685-708

Juristförlaget i Lund
Distribution: Akademibokhandeln i Lund

Utgivare

Birgitta Nyström, Annamaria Westregård, Hans-Heinrich Vogel

To order a copy of this book please contact
Juristförlaget i Lund
Box 207, S-221 00 Lund, Sweden
or
Hans-Heinrich.Vogel@jur.lu.se

Festskriften är utgiven med generösa bidrag från
Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning
och
Stiftelsen Juristförlaget i Lund

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Juristförlaget i Lund, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

© Författarna och Juristförlaget i Lund
Grafisk form: *Alf Dahlberg*/PAN EIDOS
Layout: HANS-HEINRICH VOGEL
Tryck: Wallin & Dalholm Boktryckeri AB
Lund 2005
ISBN 91-544-0350-2

ISBN 91-544-0350-2



9 1799 1544 40350 8

PRIVAT E-POST PÅ ARBETET

Inledning

Reinhold Fahlbeck är en av de första arbetsrättare i Sverige som intresserat sig särskilt för integritetsskydd i arbetslivet. Han publicerade redan år 1991 i Sverige en artikel i ämnet baserad på en rapport för den internationella arbetsorganisationen ILO.¹ En reviderad version publicerades några år senare i en nordamerikansk tidskrift för komparativ arbetsrätt.² Och han var handledare för Annamaria Westregård som i slutet av år 2002 lade fram den första juridiska doktorsavhandlingen i Sverige om integritetsfrågor i arbetslivet.³

Frågor om integritetsskydd i arbetslivet har fått allt större aktualitet. Ett utökad ansvar för arbetsgivaren att betala sjuklön⁴, att rehabilitera arbetstagare och att hantera ledighet som arbetstagare har rätt till enligt lag⁵ eller rättspraxis⁶ ger arbetsgivaren incitament att ta reda på allt mer om arbetstagarnas personliga egenskaper. I samma riktning verkar moderna ledarskapsmetoder som betonar vikten av att se varje arbetstagare ("medarbetare") som en individ med unika egenskaper och drivkrafter.

Också utvecklingen av informations- och kommunikationstekniken aktualiserar i hög grad frågor om integritetsskydd i arbetslivet. Den nya tekniken gör det möjligt att på ett annat och mer inträngande sätt än tidigare övervaka arbetstagare och registrera och hantera uppgifter om dem. En annan i

¹ Reinhold Fahlbeck, "Employee Privacy in Sweden" i JT 1991-92 s. 41-62.

² Reinhold Fahlbeck, "Employee Privacy in Sweden" i Comparative Labor Law Journal 1995 s. 139-174.

³ Annamaria Westregård, Integritetsfrågor i arbetslivet, Juristförlaget i Lund 2002.

⁴ Se lagen (1991:1047) om sjuklön och senast prop. 2002/03:100 s. 177 ff.

⁵ Se för den senaste genomgången av ledighetslagstiftningen SOU 2003:54 Semesterlagen och övriga ledighetslagar – översyn och förenklingar.

⁶ Se senast AD 2004 nr 30 om "rätt" till ledighet för att avtjäna fängelsestraff om två år och åtta månader och AD 2003 nr 70 om "rätt" till ledighet för att vårda anhörig trots att förutsättningarna enligt ledighetslagstiftningen inte var uppfyllda.

sammanhanget relevant aspekt av teknikutvecklingen är att allt fler arbetstagarare genom arbetsgivaren får tillgång till utrustning (dator, mobiltelefon, telefax osv.) och nyttigheter (Internetuppkoppling, e-post osv.) som arbetstagararna har intresse av att utnyttja för privata ändamål. Ett sådant privat utnyttjande kan ofta ske till ingen eller väldigt låg kostnad för arbetsgivaren. Samtidigt innebär arbetstagarens privata utnyttjande ofta att arbetsgivaren får tekniska möjligheter att ta del av det privata materialet.

I denna uppsats tar jag upp rättsliga frågor kring arbetstagararens användning av arbetsgivarens utrustning och nyttigheter för att sända och ta emot privat e-post och arbetsgivarens möjligheter att ta del av innehållet i sådan e-post.⁷ Att frågorna är aktuella visas bl. a. av att det i tre nordiska länder, Sverige (Integritetsutredningens betänkande SOU 2002:18 Personlig integritet i arbetslivet), Finland (RP 162/2003 med förslag till ny lag om integritetsskydd i arbetslivet)⁸ och Norge (NOU 2004:5 Arbejdslivslovutvalget – Et arbejdsliv for trygghet, inkludering og vekst)⁹, nyligen har övervägts lagreglering av frågan¹⁰ och av att EG-kommissionen överväger en reglering (Second stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data, 2002, samt Social Agenda 2005 KOM[2005] 33 final).

När arbetstagararen får använda arbetsgivarens utrustning privat

Utgångspunkten är att arbetsgivaren i kraft av sin arbetsledningsrätt, som kan ses som ett utflöde av äganderätten till utrustningen och nyttigheterna, kan bestämma om och i vilken utsträckning och på vilka villkor arbetstagararna får använda utrustningen och nyttigheterna för att sända och ta emot privat e-

⁷ I uppsatsen tas upp frågor om själva e-postmeddelandena, och frågor om s. k. loggning (att registrera formella uppgifter kring e-posttrafiken, såsom mottagare, avsändare, ärendemening och tidpunkt för kommunikationen) berörs i princip inte.

⁸ Lagförslaget har efter en långdragen behandling antagits av riksdagen med vissa ändringar och trätt i kraft den 1 oktober 2004, se AJob 8/2004 och RSv 114/2004 samt lagen (759/2004) om integritetsskydd i arbetslivet. Också den tidigare lagen (477/2001) om integritetsskydd i arbetslivet hade en långdragen förhistoria, se RP 121/1998, AJob 22/1998, RSv 291/1998, RP 75/2000, AJob 3/2001 och RSv 43/2001.

⁹ Jämför numera också Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 150. Se vidare rapport den 20 juni 2002 från ett underutvalg till Arbejdslivslovutvalget, Kontroll og overvåking i arbejdslivet.

¹⁰ I Danmark har Peter Blume argumenterat för en rättslig reglering av arbetstagararens e-post, se Peter Blume, "Ansattes e-post" i UfR B 1999 s. 194-199. Se för dansk rätts del också Mads Bryde Andersen, "Overvågning af medarbejdernes Internet-kommunikation" i Jørn Vestergaard & Flemming Balvig (red.) "Med lov ..." Retsvidenskabelige betragninger i anledning af professor Vagn Greves 60 års fødseldag, 1998, s. 53-67, Peter Blume & Jens Kristiansen, Databeskyttelse på arbejdsmarkedet, 2002, særskilt s. 117 ff., och Ruth Nielsen, "Persondata og arbejdsgiverens ledelsesret" i Juridisk Institut Julebog 2000 s. 275-297.

post.¹¹ Det är inte ovanligt att arbetsgivare utfärdar riktlinjer i form av regler för användningen av e-post och Internet. Det förekommer också att arbetsgivaren i riktlinjerna anger att och under vilka förutsättning arbetsgivaren kan komma att ta del av innehållet i e-postmeddelandena. Däremot verkar det inte vara så vanligt att arbetsgivaren ingår kollektivavtal om arbetstagarnas användning av utrustningen för privat e-post eller att frågan regleras i enskilda anställningsavtal.¹²

Integritetsutredningen utgick från att avsaknaden av regler utfärdade av arbetsgivaren innebär att arbetsgivaren i viss begränsad omfattning godtar privat användning.¹³ En sådan ståndpunkt förefaller välgrundad, eftersom det är allmänt bekant att de allra flesta människor i Sverige numera använder e-post privat och att många gör det på arbetet också. Bruket på arbetsplatsen eller arbetsplatser i allmänhet (allmän sedvänja) bör alltså kunna innebära att arbetstagarna i avsaknad av uttryckliga riktlinjer från arbetsgivaren får i viss begränsad omfattning utnyttja arbetsgivarens utrustning för privat användning. Det sagda gäller när arbetsgivaren på grund av arbetet redan tillhållit arbetstagaren nödvändig program- och maskinvara. Däremot får det, i avsaknad av uttryckliga regler utfärdade av arbetsgivaren, normalt anses otillåtet att arbetstagaren på eget bevåg kompletterar arbetsgivarens utrustning med program- eller maskinvara, t. ex. ett e-postprogram och ett s. k. modem som krävs för att komma åt e-post på Internet. Privat användning av e-post får också anses otillåten om användningen orsakar arbetsgivaren några olägenheter eller nämnvärda kostnader. Sådana olägenheter kan bestå i att arbetsgivaren genom e-postens avsändarangivelse kan sammankopplas med innehållet i det privata e-postmeddelandet på ett icke önskvärt sätt eller att meddelandet annars ger sken av att härröra från arbetsgivaren.

Om arbetsgivaren väl har utfärdat ett förbud mot all privat användning av utrustningen men sedan inte reagerar trots att han eller hon får kännedom om att sådan användning ändå förekommer, torde man få falla tillbaka på det som får antas gälla om arbetsgivaren inte utfärdat några riktlinjer alls.¹⁴ Avgörande torde alltså vara vad arbetsgivaren tillåtit eller tolererat. Arbetsgivaren kan

¹¹ SOU 2002:18 s. 97 f. Se också t. ex. AD 2004 nr 37.

¹² Jämför Åsa Thunman & Anders Nordström, "Privat e-post och annan datoranvändning i arbetet" i Lemän och Lagerlöfvar, 1999, s. 341, och Kurt Junesjö, Distansarbete, datorer, integritet – Handbok för anställda, 2000, särskilt s. 42 ff. och bilaga 1.

¹³ SOU 2002:18 s. 98. Det bör för ordningens skull nämnas att jag var sakkunnig i utredningen.

¹⁴ Jämför det norska rättsfallet Rt. 2001 s. 1589, omnämnt nedan, där arbetsgivaren hade utfärdat en instruktion om att datorutrustningen bara fick användas för av ledningen godkända tjänsteändamål men där instruktionen inte tycks ha följts fullt ut, och motsvarande situation i Rt. 2005 s. 518 om avskedande för nedladdning av pornografi..

dock utan krav på uppsägning eller liknande bestämma – ge order om – att privat användning inte (längre) är tillåten.

När arbetstagaren bryter mot arbetsgivarens riktlinjer

Om arbetstagaren bryter mot arbetsgivarens uttryckliga riktlinjer eller vad som får anses gälla när arbetsgivaren inte utfärdat sådana riktlinjer, utgör det ett brott mot anställningsavtalet som kan föranleda sanktioner, t. ex. utgöra saklig grund för uppsägning. Det gäller även om den som anställts ännu inte har tillträtt anställningen, men ändå använder arbetsgivarens utrustning.¹⁵

I rättsfallet AD 1999 nr 49¹⁶ hade en arbetstagare som arbetade ensam på en pensionärsorganisations kansli på eget initiativ installerat Internet på arbetsgivarens dator. Enligt Arbetsdomstolen framstod åtgärden som anmärkningsvärd, bl. a. därför att det rimligen bör vara förbehållet arbetsgivaren att besluta om en sådan installation. Internetanvändningen, som till endast en mindre del var arbetsrelaterad, hade kostat drygt 200 kr och dessutom i genomsnitt några minuter per dag blockerat arbetsgivarens telefonlinje. Arbetstagaren hade vidare sänt åtta e-postmeddelanden av privat karaktär med arbetsgivaren som avsändare, trots att han måste ha insett att arbetsgivaren inte stod bakom innehållet. Dessutom hade han i huvudsak under arbetstid bearbetat en mängd dokumentation på datorn som var hänförlig till honom själv. Arbetsdomstolen ansåg att arbetstagaren hade på ett otillbörligt sätt utnyttjat arbetsgivarens arbetsredskap. Med hänsyn till att han som ensam anställd hade en förtroendeställning ansågs arbetsgivaren ha haft saklig grund för uppsägning.

Det norska rättsfallet Rt. 2001 s. 1589 gällde uppsägning av en anställd på IT-avdelningen som i stor omfattning hade för privata ändamål laddat ned musikfiler från Internet på sina två tjänstedatorer, vilket hade förvärrat de kapacitetsproblem som fanns med arbetsgivarens Internetuppkoppling. Høyesterett ansåg uppsägningen sakligt grundad.

I det danska rättsfallet UfR 2003 s. 1430 ansåg Østre Landsret att det inte fanns skäl för ”bortvisning” av en kontorsanställd som haft privat e-postkorrespondens med två pojkvänner och loggat in på en s. k. chat-sida på Internet. Det fanns inga riktlinjer för användningen av företagets Internetuppkoppling, men företagets direktör kände till att det förekom privat användning under ansvar. Domstolen verkar ha fäst vikt vid att företagets e-postadress inte offentliggjordes genom inloggningen på chat-sidan, att den

¹⁵ Se AD 2004 nr 37.

¹⁶ Jämför också t. ex. AD 2001 nr 29 (inte grund för avsked av projektanställd säljare som bl. a. i stor omfattning ringt privata samtal från sin mobiltelefon på arbetsgivarens bekostnad), AD 2002 nr 85 (grund för avsked av städare som för att få bonus själv eller via annan ringt sin mobiltelefon från en kunds telefon) och AD 2004 nr 37 (privat användning av arbetsgivarens datorutrustning för filmredigering).

anställda hade anledning att förvänta att pojkvännerna inte skulle sprida den privata e-posten och att det inte var visat att den anställda använt Internetuppkopplingen privat i sådan omfattning att hon inte kunnat sköta sina arbetsuppgifter.

Informationsfriheten och inskränkningar i den

När det gäller arbetsgivarens möjligheter att ta del av arbetstagarens privata e-post, t. ex. för att kontrollera att utfärdade riktlinjer om e-postanvändningen följs, är utgångspunkten att arbetsgivaren och dennes representant, liksom varje annan medborgare, har rätt att ta del av informationen om inte annat följer av avtal eller lagstiftning. I Sverige råder det nämligen i utgångsläget informationsfrihet, dvs. frihet att inhämta och ta emot upplysningar samt att i övrigt ta del av andras yttranden. Det följer av 2 kap. 1 § första stycket andra punkten regeringsformen. Man kan avstå från sin informationsfrihet genom att ingå avtal med andra, och det allmänna kan genom lagstiftning inskränka friheten under vissa förutsättningar, se 2 kap. 12 och 13 §§ regeringsformen.

Frågan är alltså vilka inskränkningar som kan följa av avtal eller lagstiftning i arbetsgivarens frihet att ta del av arbetstagarens privata e-postmeddelanden i arbetsgivarens utrustning. Frågan om vilka integritetskänsliga åtgärder arbetsgivaren kan vidta mot arbetstagare har varit uppe i en handfull fall i Arbetsdomstolen.¹⁷ I samtliga fall har frågan gällt om arbetstagaren varit skyldig att följa en order av arbetsgivaren att göra något integritetskänsligt, genomgå en s. k. utpasseringskontroll av väskor och annat¹⁸, lämna ett urinprov för hasch- eller alkoholtestning¹⁹ eller läkarundersöka sig²⁰.

Om man bortser från det speciella fallet om läkarundersökning på det statliga området (AD 1984 nr 94) – där den statliga myndighetens order till arbetstagaren att låta läkarundersöka sig ansågs grundad på regler av inte civilrättslig, utan offentligrättslig karaktär – får Arbetsdomstolen i fallen anses ha anknutit till arbetsgivarens arbetsledningsrätt och arbetstagarens motsvarande arbetskyldighet och de inskränkningar som traditionellt ansetts gälla i

¹⁷ Redan i AD 1934 nr 38 slog Arbetsdomstolen fast att arbetsledningsrätten innefattar en rätt för arbetsgivaren att i skäligen utsträckning av arbetstagarna inhämta uppgifter angående mängden av utfört arbete.

¹⁸ AD 1943 nr 77 och 1997 nr 29. Jämför JO 2003/04 s. 140 om "frivillig" inpasseringskontroll, se härom också prop. 2003/04:3. I Norge har frågan kommit upp i ARD 1951 s. 201 och 1987 s. 110.

¹⁹ AD 1991 nr 45, 1998 nr 97 och 2001 nr 3. Jämför AD 2002 nr 51 där det var ostridigt att det fanns en skyldighet att drogtesta sig.

²⁰ AD 1984 nr 94. Jämför AD 1987 nr 52.

dessa hänseenden. I rättsfallet AD 2001 nr 3 sammanfattar Arbetsdomstolen rättsläget i fråga om drogtestning och anför bl. a. (s. 49 i domsamlingen): ”Har någon uttrycklig överenskommelse inte träffats i saken, vare sig som kollektivavtal eller enskilt anställningsavtal, kan arbetsgivaren ändå ha rätt att kräva att arbetstagaren underkastar sig drogtest som en följd av arbetsgivarens arbetsledningsrätt.”

I ett rättsfall om alkohol- och drogtestning av en arbetstare på ett kärnkraftverk (AD 1998 nr 97) anförde Arbetsdomstolen att frågan om utförande av drogtestar syntes ha en ”naturlig anknytning till den verksamhet som företaget driver”. Det verkar alltså som om Arbetsdomstolen även i dessa fall gör en prövning av arbetstagarens arbetskyldighet enligt den s. k. 29/29-principen som innebär att arbetstagaren är skyldig att ”utföra allt sådant arbete för arbetsgivarens räkning som står i naturligt samband med dennes verksamhet och kan anses falla inom vederbörande arbetares allmänna yrkeskvalifikation”. Kriteriet att arbetet skall falla inom arbetstagarens allmänna yrkeskvalifikationer har dock inte uttryckligen berörts i fallen, förmodligen med hänsyn till det aktuella ”arbetets” karaktär (lämnande av urinprov och uppvisande av väska). Vilken närmare innebörd och betydelse kravet på naturlig anknytning till den verksamhet som arbetsgivaren driver har i fall som rör t. ex. drogtestning är oklart.

God sed som förhållningsregel för arbetsgivaren

För arbetsgivarens arbetsledningsrätt anses vidare gälla att den inte får utövas i strid med lag eller god sed på arbetsmarknaden. Inte heller ett avtal, kollektivavtal eller enskilt anställningsavtal, får innebära något som är i strid med lag eller god sed på arbetsmarknaden.²¹ Begreppet god sed på arbetsmarknaden har använts av Arbetsdomstolen för att förhindra åtgärder som verkligen strider mot allmän moral, dvs. i första hand åtgärder som redan vid första anblicken framstår som klart otillbörliga, såsom diskriminerande handlande. I AD 1985 nr 112 talas det om ”mycket särpräglade situationer där arbetsgivarens beteende ligger uppenbart utanför vad som kan accepteras på en arbetsplats”. I vissa fall, särskilt när det gällt s. k. framprovocerad uppsägning och liknande, har det dock förekommit att åtgärder – eller till och med underlåtenhet – av betydligt ”mildare” slag bedömts stå i strid med god

²¹ Se t. ex. AD 1943 nr 77.

sed på arbetsmarknaden. Innebörden av begreppet god sed på arbetsmarknaden får sägas variera beroende på situationen.²²

I just fallen om integritetskänsliga åtgärder har Arbetsdomstolen gjort en än mer finstämd bedömning än vanligt av vad som är god sed, grundad på intresseavvägning och proportionalitetsbedömning i stället för den praxis som faktiskt förekommer på arbetsmarknaden.²³ Arbetsdomstolen har i ett fall om drogtestning²⁴ sammanfattat den bedömning som görs enligt följande: ”Vid bedömningen av om arbetsgivarens beslut om drogtest strider mot god sed har i praxis gjorts en avvägning mellan arbetsgivarens intresse av att drogtesta arbetstagaren och arbetstagarens intresse av att värna om sin personliga integritet. Intrånget i arbetstagarens personliga integritet måste stå i rimlig proportion till det intresse arbetsgivaren vill tillgodose. Om det efter en sådan intresseavvägning kan konstateras att arbetstagaren varit skyldig att medverka i drogtestet kan hans vägran att drogtesta sig utgöra saklig grund för uppsägning.” De bedömningar som Arbetsdomstolen gjort i fallen har dock med bara ett enda undantag resulterat i att åtgärden inte bedömts stå i strid med god sed på arbetsmarknaden. Undantaget gällde ett osäkert alkoholtest som riskerade att leda till ytterligare undersökningar av alkoholvanorna trots att det egentligen inte fanns skäl till det.²⁵

Bedömningen i rättsfallen om integritetskänsliga åtgärder har gällt om arbetsgivaren till följd av avtal har rätt att beordra åtgärden, en orderrätt som arbetsgivaren inte alls skulle ha haft utan avtal/anställningsförhållande (eller särskilt lagstöd); man kan inte med framgång beordra vem som helst att arbeta. Arbetsgivarens möjligheter att ta del av arbetstagarens privata e-post, t. ex. för att kontrollera att utfärdade riktlinjer om e-postanvändningen följs, är däremot normalt inte beroende av någon aktivitet, eller underlåtenhet, från

²² Se om bedömning av god sed på arbetsmarknaden t. ex. AD 1967 nr 22 (uppsägning för att anställd inte velat begå brott mot trafikföreskrifter), 1967 nr 26 (uppsägning av anställd som lämnat uppgifter till yrkesinspektionen), 1983 nr 46 (omplacering av s. k. whistleblower), 1983 nr 107 (diskriminerande avtalsturlista), 1991 nr 106 (omplacering efter uttalanden i massmedier) och, i fråga om s. k. framprovocerad uppsägning och liknande, t. ex. AD 2005 nr 30 (arbetsgivarföreträdarens ofredande), 2002 nr 18 (facklig förtroendeman som påtalat otillfredsställande förhållanden på arbetsplatsen), 1993 nr 30 (underlåtenhet att utreda påstådda sexuella trakasserier), 1991 nr 93 (burdust arbetsgivaruppträdande mot ung arbetstagare), 1991 nr 65 (sexuella trakasserier), 1988 nr 107 (bryskt arbetsgivaruppträdande), 1985 nr 65 (trakasserier) och 1983 nr 3 (vägran att låta ung arbetstagare återta förhastad uppsägning).

²³ Se Kent Källström, ”Tillåtligheten av drogtestning på arbetsplatser” i JT 1998-99 s. 378-387, särskilt s. 386 f. Se för ett försök att genom en s. k. intressentmodell strukturera den särskilda god sed-bedömning som bör göras i fråga om integritetskänsliga åtgärder, Annamaria Westregård, Integritetsfrågor i arbetslivet, 2002.

²⁴ AD 2001 nr 3.

²⁵ AD 1998 nr 97.

arbetstagarens sida och därmed inte heller av något utnyttjande av arbetsgivarens avtalsgrundade arbetsledningsrätt och arbetstagarens motsvarande avtalsgrundade arbetskyldighet. Arbetsgivaren kan nämligen som regel själv rent faktiskt ta del av den e-post som finns i arbetsgivarens utrustning, och utgångsläget är också som nämnts att arbetsgivaren har frihet att göra det om inte annat följer av avtal eller lagstiftning. Frågan gäller här i stället om arbetsgivaren just till följd av avtal/anställningsförhållandet (eller lagstiftning) är förhindrad att på egen hand göra det han eller hon i utgångsläget har frihet att göra beträffande vem som helst.

Eftersom det är fråga om rakt motsatta frågeställningar – om förekomsten av ett avtalsförhållande ger en rätt som annars inte finns respektive om avtalsförhållandet inskränker en frihet som annars finns – kan man undra om de riktlinjer som utbildats i Arbetsdomstolens praxis om gränserna för arbetsgivarens rätt att beordra arbetstagaren att göra något integritetskänsligt har relevans för möjligheterna för arbetsgivaren att på egen hand och kanske utan att arbetstagaren ens känner till det ta del av arbetstagarens privata e-post. Min gissning är att Arbetsdomstolen skulle anse att de utbildade riktlinjerna är relevanta och att domstolen skulle vara beredd att i praktiken införa en praxisskapad inskränkning av informationsfriheten, möjligen mot bakgrund av artikel 8 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) och den svenska lag som inkorporerat den konventionen i svensk rätt (SFS 1994:1219).²⁶ Det förefaller dock oegentligt att tala om inskränkningar i arbetsledningsrätten när arbetsgivaren inte behöver beordra arbetstagaren att göra eller underlåta något. Att arbetsgivaren skall visa just sina arbetstagare större hänsyn än människor i allmänhet kan lämpligen i stället ses som ett utflöde av den arbetsgivarens lojalitetsplikt som ingår i anställningsförhållandet.²⁷

Jag utgår alltså från att det av själva anställningsförhållandet följer att det är otillåtet för arbetsgivaren att ta del av arbetstagarens e-post i arbetsgivarens utrustning i den utsträckning det skulle stå i strid med (lag eller) god sed på arbetsmarknaden i enlighet med den intresseavvägning Arbetsdomstolen tillämpar i fråga om integritetskänsliga åtgärder.

Det verkar inte vara vanligt att det i kollektivavtal eller enskilda anställningsavtal förekommer uttryckliga bestämmelser om när och under vilka förutsätt-

²⁶ Se uttalanden i AD 1998 nr 97 och den s. k. Kellerman-domen AD 1998 nr 17.

²⁷ Se allmänt om arbetsgivarens lojalitetsplikt i olika hänseenden Ds 2002:56 s. 350 ff.

ningar arbetsgivaren avser att ta del av arbetstagarens e-post. Däremot förekommer det som redan nämnts att arbetsgivaren i ensidigt utfärdade riktlinjer för användningen av e-post anger att och under vilka förutsättningar arbetsgivaren kan komma att ta del av innehållet i e-postmeddelanden. Inte heller avtal eller av arbetsgivaren ensidigt utfärdade riktlinjer får emellertid innebära något som står i strid med lag eller god sed på arbetsmarknaden. Arbetstagaren, eller dennes organisation, torde alltså inte med giltig verkan kunna genom avtal eller samtycke gå med på att arbetsgivaren får ta del av e-post när detta står i strid med god sed på arbetsmarknaden. Arbetstagaren kan däremot genom uttryckligt avtal med bindande verkan avstå från sin frihet att ta del av e-post. Om arbetsgivaren väljer att ensidigt utfärda riktlinjer, torde det vara otillåtet att arbetsgivaren tar del av e-post i strid med sina egna riktlinjer.²⁸ Det sagda innebär att arbetsgivaren har att hålla sig till de uttryckliga avtal eller riktlinjer han eller hon har ingått eller utfärdat i fråga om att ta del av e-post och att arbetsgivaren dessutom under inga omständigheter får ta del av e-post i strid med lag eller god sed på arbetsmarknaden.

Det är svårt att säga hur Arbetsdomstolen skulle komma att utföra intresseavvägningen enligt principen om god sed på arbetsmarknaden i ett fall om arbetsgivarens möjligheter att ta del av e-post i arbetsgivarens utrustning. Arbetstagarens syfte med åtgärden skulle förmodligen tillmätas stor betydelse.²⁹ I de fall om drogtestning och utpasseringskontroller som varit uppe har syftet som har att göra med säkerheten i vid mening eller med vikten av att för utomstående kunna garantera att en viss verksamhet i skolor är helt fri från narkotika godtagits och ansetts väga tyngre än arbetstagarnas motstående intresse av integritetsskydd. Vid intresseavvägningen skulle troligen också beaktas vilka alternativ till att ha privat e-post i arbetsgivarens utrustning som stått till buds för arbetstagaren. I dag finns det t. ex. via Internet tillgång till s. k. webbaserad e-post, ofta helt gratis, som gör att arbetstagaren normalt inte behöver spara privata meddelanden i arbetsgivarens utrustning.³⁰ Om arbetstagaren väljer att ha sin privata e-post i arbetsgivarens utrustning trots att det finns enkelt tillgängliga alternativ för att undvika det, borde det kunna

²⁸ Jämför SOU 2002:18 s. 113.

²⁹ Kent Källström delar utifrån syftet in arbetsgivarens kontrollåtgärder i säkerhetskontroller, effektivitetskontroller och kontroll av ordningen på arbetsplatsen, se Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet – Rapport till nordiskt arbetsrättsligt möte 2000, Arbetsliv i omvandling 2000:2, s. 95 ff.

³⁰ Se något närmare om webbaserad e-post Stefan Jørstad, Arbetsgiveres adgang til å kontrollere og overvåke sine ansatte – Med hovedvekt på grunnvilkårene for behandling av personopplysninger i arbeidslivet, 2004 (Complex 3/04), s. 99 f.

inverka på intresseavvägningen åtminstone såvitt avser av arbetstagaren avsända meddelanden.

Förutom att arbetsgivarens syfte med e-postkontrollen skall vara godtagbart krävs det att intrånget i arbetstagarens personliga integritet står i rimlig proportion till det intresset. Kravet på proportionalitet innebär att kontrollen skall vara ägnad att åtminstone bidra till att uppfylla syftet och att kontrollen inte får vara mer inträngande än vad som krävs med hänsyn till syftet. Hemliga e-postkontroller torde bara i rena undantagssituationer av närmast nödkaraktär klara en sådan proportionalitetsbedömning. Att arbetsgivaren informerar i internt tillgängliga e-postriktlinjer om att arbetsledningen kan komma att ta del av e-posten i arbetsgivarens utrustning torde vara tillräckligt. Information inför varje enskild kontroll torde inte krävas. För att en e-postkontroll skall klara proportionalitetsbedömningen torde också regelmässigt krävas att arbetsgivaren har sett till att inte flera personer än nödvändigt med hänsyn till syftet med kontrollen kan ta del av meddelandena och att innehållet i e-postmeddelandena inte sprids mer än nödvändigt.

Att arbetsgivaren tar del av arbetstagarens e-post *för att kontrollera hur arbetet utförs* skulle troligen godtas. För att uppfylla detta syfte behöver inte privat e-post läsas. Kravet på proportionalitet torde därför innebära ett krav på en ordning som medför att e-post som på ett eller annat sätt markerats som privat, t. ex. genom att ordet privat angetts i ärendemeningen eller genom att den i e-postprogrammet sparats i en mapp märkt privat, inte alls läses och att arbetsgivaren annars slutar läsa ett e-postmeddelande så snart det konstaterats att det är privat och inte arbetsrelaterat.³¹

Att arbetsgivaren tar del av arbetstagarens e-post *för att kontrollera att gällande riktlinjer för e-postanvändningen följs* skulle förmodligen också godtas. Om riktlinjerna innebär att all privat användning av e-post är förbjuden, behöver arbetsgivaren för att uppfylla syftet med kontrollen inte läsa e-posten i större utsträckning än vad som krävs för att konstatera att ett e-postmeddelande är av privat karaktär. Innebär däremot riktlinjerna att det beror på innehållet i meddelandena om privat användning är tillåten eller inte, kan arbetsgivaren behöva läsa den privata e-posten i större utsträckning för att uppfylla syftet. Riktlinjerna kan t. ex. innebära att den privata e-postanvändningen inte får vara olaglig, att de privata meddelandena inte får innehålla pornografi, rasistiska eller extrempolitiska yttranden eller att det tydligt skall markeras i meddelandet att det är privat och att arbetsgivaren inte

³¹ Jämför SOU 2002:18 s. 126 f.

står bakom det. En kontinuerlig övervakning i form av läsning av den privata e-posten skulle förmodligen inte klara intresseavvägningen i andra fall än där arbetsgivaren kan peka på misstankar om utbredd bristande följsamhet mot riktlinjerna.³² Stickprovskontroller och kontroll vid konkret misstanke skulle däremot förmodligen godtas.

Att arbetsgivaren tar del av arbetstagarens e-post *för att få kännedom om förhållanden som kan ge grund för arbetsrättsliga åtgärder*, såsom omplacering, uppsägning eller avskedande, torde vara ett i sig godtagbart syfte. Här bör distinktionen privat–arbete vara av särskild betydelse vid intresseavvägningen. Arbetsgivarens intresse av att för det angivna syftet ta del av e-post som arbetstagaren sänder eller tar emot ”i arbetet” torde nämligen normalt överstiga arbetstagarens intresse av integritetsskydd, medan detsamma nog inte alltid är fallet i fråga om ”privat” e-post. En svårighet i detta sammanhang är att skilja ut det som är privat.

Integritetsutredningen använde uppgifternas innehåll eller karaktär för att skilja ut det som är privat.³³ Utredningen betraktade som privata uppgifter sådana uppgifter som ”är hänförliga till arbetstagaren som privatperson i motsats till sådana uppgifter som är hänförliga till arbetet eller annars till arbetstagarens egenskaper av just arbetstagare”. Det norska Datatilsynet verkar på motsvarande sätt använda distinktionen privat–verksamhetsrelaterad e-post.³⁴ Enligt min mening är en sådan uppdelning efter de enskilda uppgifternas karaktär inte särskilt ändamålsenlig i detta sammanhang. Uppgifter om förhållanden som kan ge grund för arbetsrättsliga åtgärder är nämligen alltid – eller i vart fall så gott som alltid – i någon mening ”hänförliga till arbetet eller annars till arbetstagarens egenskaper av just arbetstagare” eller ”verksamhetsrelaterade”, annars skulle ju uppgifterna inte kunna grunda arbetsrättsliga åtgärder. I det norska rättsfallet Rt. 2002 s. 1500 ansågs t. ex. e-postmeddelanden som en arbetstagare sänt för att planera en med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet³⁵ kunna vara ”verksamhetsrelaterade” i

³² Datainspektionen anser t. ex. att om ”kontrollen utförs på ett för arbetstagaren mycket ingripande sätt krävs det synnerligen starka skäl för att den ska vara tillåten med stöd av en intresseavvägning”, se Datainspektionens rapport 2003:3 Behandling av personuppgifter för kontroll av anställda, s. 16.

³³ Se SOU 2002:18 s. 101 f. Jämför också NOU 2004:5 s. 438.

³⁴ Se Datatilsynets webbplats 2004-07-19, www.datatilsynet.no, Arbeidsgeberens innsyn i de ansattes e-post – spørsmål og svar, publicerad 20 maj 2001. Se också Stefan Jørstad, Arbeidsgeberes adgang til å kontrollere og overvåke sine ansatte – Med hovedvekt på grunnvilkårene for behandling av personopplysninger i arbeidslivet, 2004 (Complex 3/04), s. 95 ff.

³⁵ Något som kan vara grund för uppsägning eller avsked i Sverige, se t. ex. AD 1993 nr 12.

stället för ”privata”, trots att det torde ha varit uppenbart att arbetstagaren inte sänt meddelandena ”i arbetet” för arbetsgivaren utan att arbetstagaren åtminstone själv betraktade dem som ”privata” i förhållande till sin arbetsgivare. Ett annat exempel är att telefonsamtal på arbetet som en arbetstagare haft med sitt ombud i en arbetsrättslig tvist med sin arbetsgivare har i ett visst fall av Europadomstolen ansetts röra privatlivet och arbetstagarens korrespondens.³⁶ Uppgifter om en arbetsrättslig tvist med arbetsgivaren kan med fog hävdas vara såväl ”hänförliga till arbetet eller annars till arbetstagarens egenskaper av just arbetstagare” som ”verksamhetsrelaterade”.

Som jag ser det är det mer ändamålsenligt att i detta sammanhang fästa vikt vid om arbetstagaren sänt eller tagit emot ett e-postmeddelande i eller utanför tjänsten/arbetet. Som icke privata e-postmeddelanden bör ses sådana meddelanden som en arbetstagare själv anser att han eller hon har avsänt eller tagit emot som ett led i utförandet av sina arbetsuppgifter och dessutom sådana meddelanden som vid en objektiv bedömning framstår som avsända eller mottagna som ett led i utförandet av arbetstagarens arbetsuppgifter, oavsett arbetstagarens egen syn på meddelandets karaktär och oavsett om meddelandet innehåller också uppgifter av rent privat karaktär, t. ex. om en rent privat relation till en kollega. På det sättet får man en enligt min mening naturlig avgränsning av de meddelanden som arbetsgivaren normalt bör ha rätt att få del av för att få kännedom om förhållanden som kan ge grund för arbetsrättsliga åtgärder. Sådant som i den angivna meningen får anses ha skett i tjänsten har arbetsgivaren som regel ett starkt och befogat intresse av att kunna ta del av. Man kan jämföra med vad som gäller enligt skadeståndslagen (1972:207) i fråga om skada som arbetstagare vållar ”i tjänsten” eller utanför den.³⁷

Att arbetsgivaren kontinuerligt eller ens stickprovsmässigt tar del av också arbetstagarnas i den angivna meningen privata e-postmeddelanden för att få kännedom om förhållanden som kan ge grund för arbetsrättsliga åtgärder torde inte klara en intresseavvägning, eftersom en sådan övervakning skulle innebära ett ganska stort intrång i arbetstagarens personliga integritet samtidigt som arbetsgivarens intresse inte är tillräckligt accentuerat och konkret. Om arbetsgivaren däremot i det enskilda fallet har konkreta misstankar om att en

³⁶ Dom den 25 juni 1997 i målet Halford ./.. Förenade kungariket, refererad av Hans Danelius i SvJT 1997 s. 560 f.

³⁷ Se t. ex. AD 1998 nr 80 och AD 2003 nr 84 om arbetstagares illojala beteende som inte ansågs ha begåtts ”i tjänsten” utan som i stället innefattade handlande som privatperson, jämför AD 2002 nr 38 och AD 2003 nr 21.

arbetstagare gör något som kan ge grund för arbetsrättsliga åtgärder, kan arbetsgivarens intresse väga över.³⁸

Man kan fråga sig om det vid sidan av begränsningar enligt uttryckliga föreskrifter i avtal eller riktlinjer eller enligt principen om god sed på arbetsmarknaden kan av anställningsavtal eller kollektivavtal anses följa några begränsningar i möjligheterna för arbetsgivaren att ta del av e-post.

Vad först gäller klart arbetsrelaterad e-post i arbetsgivarens utrustning torde det bara i rena undantagsfall följa av anställningsavtalet, kollektivavtal eller lagstiftning att det är otillåtet för arbetsgivaren att ta del av innehållet i e-posten för att kontrollera hur arbetstagaren har utfört arbetet. Arbetsgivaren bestämmer i kraft av sin arbetsledningsrätt, inom ramen för arbetstagarens arbetsskyldighet, vilket arbete arbetstagaren skall utföra och hur det skall utföras. Utgångspunkten är också att arbetsgivaren har rätt att ta del av och utnyttja arbetsresultatet och alla de steg, t. ex. i form av e-postkorrespondens, som lett fram till detta. I vissa fall har arbetstagaren till och med en plikt att självmant upplysa arbetsgivaren om förhållanden som har samband med arbetet. Det finns emellertid undantag från arbetsgivarens rätt till arbetsresultatet och förstadier och biprodukter till detta.³⁹ Dessa undantag torde dock som regel inte innebära att det är otillåtet för arbetsgivaren att bara ta del av arbetstagarens arbetsrelaterade e-postkorrespondens i arbetsgivarens utrustning, t. ex. för att kontrollera att arbetstagaren utfört sitt arbete enligt vad arbetsgivaren föreskrivit.⁴⁰ Inte heller bestämmelser om sekretess och tystnadsplikt för uppgifter i arbetstagares arbetsrelaterade e-postkorrespondens torde innebära att det är otillåtet för arbetsgivaren att ta del uppgifter som lagras i arbetsgivarens utrustning för att kontrollera att arbetstagaren utfört sitt arbete enligt vad arbetsgivaren föreskrivit.

När det sedan gäller privat, icke arbetsrelaterad e-post i arbetsgivarens utrustning är det inte heller sannolikt att det av anställningsavtal eller kollektivavtal skulle anses följa begränsningar i möjligheterna för arbetsgivaren

³⁸ Datainspektionen talar om "allvarlig misstanke", se Datainspektionens rapport 2003:3 Behandling av personuppgifter för kontroll av anställda, s. 17 och Datainspektionen informerar 12 Intresseavvägning enligt personuppgiftslagen, s. 15.

³⁹ Se härom Lennart Svensäters doktorsavhandling, med Reinhold Fahlbeck som handledare, Anställning och upphovsrätt – om det enskilda anställningsförhållandets reglering och dess grunder samt om konsekvenserna av att framställda resultat omfattas av 1 § upphovsrättslagen, 1991, särskilt avsnitt I 2.2.3 och I 2.4.5.

⁴⁰ Jämför dock vad Kent Källström säger om s. k. professionell integritet i Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet – Rapporter till nordiskt arbetsrättsligt möte 2000, Arbetsliv i omvandling 2000:2, s. 88.

att ta del av e-post utöver vad som gäller enligt principen om god sed på arbetsmarknaden.

En uppsägning, ett avskedande eller en omplacering kan som nämnts angripas rättsligt om arbetsgivarens handlande i fråga om åtgärden i sig står i strid med god sed på arbetsmarknaden eller lag. Man kan då tycka att en sådan åtgärd som kommit till stånd därför att arbetsgivaren på ett sätt som strider mot god sed på arbetsmarknaden eller lag har fått del av information, t. ex. genom en otillåten e-postkontroll, också skulle kunna angripas rättsligt. Den frågan verkar dock inte ha prövats av Arbetsdomstolen. I det tidigare nämnda rättsfallet om arbetstagaren som utan tillstånd installerat Internet (AD 1999 nr 49) hade arbetsgivaren noga genomsökt datorn och analyserat arbetstagarens privata filer, vilket förfarande inte kommenterades av domstolen. Integritetsaspekterna och frågan om god sed på arbetsmarknaden verkar inte heller ha berörts av domstolen i rättsfall om åtgärder som arbetsgivaren vidtagit med anledning av resultatet av övervakning, t. ex. genom s. k. provköp, av anställda med kassatjänst och liknande.⁴¹ Den s. k. fria bevisföringens princip gör att även otillåtet åtkomna bevis i och för sig får åberopas i domstol i Sverige. I Norge är läget ett annat, och norska domstolar har t. ex. i vissa fall inte tillåtit upptagningar från otillåten hemlig kameraövervakning som bevis i arbetsrättsliga mål.⁴² Det har argumenterats för att något liknande bör gälla i Danmark.⁴³

En arbetsledningsåtgärd som vidtas i strid med god sed på arbetsmarknaden torde normalt inte kunna föranleda allmänt skadestånd.⁴⁴

Lagstadgade begränsningar i informationsfriheten

Arbetsgivaren får som nämnts inte heller ta del av arbetstagarens e-post i arbetsgivarens utrustning i den utsträckning det skulle stå i strid med lag. De särskilda begränsningar i fråga om integritetskänsliga åtgärder mot arbetstagare som kan gälla för offentliga arbetsgivare enligt bl. a. bestämmelserna i Europakonventionen och regeringsformen behandlas av Annamaria Westre-

⁴¹ Se t. ex. AD 1991 nr 82, 1993 nr 65, 1994 nr 102, 1995 nr 89, 1997 nr 47 och 2003 nr 93, jämför AD 1997 nr 144 (fälla gillrad) och t. ex. AD 1975 nr 59 (arbetsgivaren gick igenom en box för personliga tillhörigheter som tilldelats en arbetstagare och hittade stöldgods).

⁴² Se Rt. 2001 s. 668, RG 2000 s. 664 och Agder lagmannsretts dom 1992-10-05, 91-1293, jämför RG 2002 s. 162 (hemlig videoupptagning efter konkret misstanke tillåten som bevis), Rt. 1991 s. 616 (straffrättslig sak om förmögenhetsbrott på arbetsplatsen), Rt. 2002 s. 1500 (kontroll av e-post), RG 2003 s. 707 (kontroll av privata dokument i form av pornografi) och Oslo tingretts dom 2002-04-24, 2001-12516 (kontroll av privata dokument i form av barnpornografi).

⁴³ Se Martin Gräs Lind, "Ulovligt tilvebragte beviser i civile retssager" i UfR B 2004 s. 85–89.

⁴⁴ Jämför AD 1983 nr 46, men jämför dock AD 1991 nr 106.

gård i en uppsats i denna bok. Jag lämnar därför i princip dessa bestämmelser därhän. I fråga om envars rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv och sin korrespondens enligt artikel 8 i Europakonventionen bör det dock nämnas att det är möjligt att skyddet i viss utsträckning bör tillämpas också i förhållandet mellan privata arbetsgivare och arbetstagare.

I 4 kap. brottsbalken finns det i 9 och 9 c §§ bestämmelser om intrång i förvar och dataintrång som kan ha viss betydelse för arbetsgivarens möjligheter att ta del av arbetstagares e-post i arbetsgivarens utrustning. Bestämmelserna föreskriver straff för den som "olovligen" bryter brev eller telegram eller eljest bereder sig tillgång till något som förvaras förseglat eller under lås eller eljest avslutat eller bereder sig tillgång till upptagning för automatisk databehandling. När det är lovligt eller olovligt för en arbetsgivare att ta del av arbetstagarens e-post i sin egen utrustning, torde dock i praktiken avgöras av de arbetsrättsliga bestämmelser som tidigare redogjorts för.⁴⁵ Det är alltså olovligt för arbetsgivaren att ta del av arbetstagares e-post i strid med de uttryckliga avtal eller riktlinjer arbetsgivaren har ingått eller utfärdat i fråga om att ta del av e-post eller i strid med god sed på arbetsmarknaden, men annars lovligt att göra det (om inte annan lag hindrar det).

Den lagstiftning som har störst betydelse för arbetsgivarens möjligheter att ta del av arbetstagares e-post i arbetsgivarens utrustning är personuppgiftslagen (1998:204).⁴⁶ Personuppgiftslagen är tillämplig på all automatiserad behandling av personuppgifter (5 §). Viss behandling av personuppgifter är undantagen från personuppgiftslagen (6–8 §§), men dessa undantag torde inte vara tillämpliga på arbetsgivarens åtgärder med e-post.⁴⁷ Med behandling avses alla åtgärder som vidtas i fråga om personuppgifter, t. ex. att ta del av dem.⁴⁸ E-post behandlas automatiserat i datorer på ett sätt som omfattas av personuppgiftslagen. E-post torde regelmässigt innehålla personuppgifter. Med personuppgift avses nämligen enligt personuppgiftslagen all slags information som direkt eller indirekt kan hänföras till en fysisk person som är livet (3 §), och e-posten innehåller av kommunikationstekniska skäl åtminstone

⁴⁵ Se SOU 2002:18 s. 112–115.

⁴⁶ Lagen genomför i Sverige Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter. Den motsvarande norska personopplysningslovens betydelse för arbetsgivarens möjligheter att ta del av e-post kommenteras av Nina Melsom, "Hvilken rett har arbeidsgiver til å gjøre seg kjent med arbeidstakernes e-post?" i *Arbeidsrett* 2004 s. 178–185.

⁴⁷ Jag har nyligen föreslagit ett ytterligare undantag för – i princip – behandling av personuppgifter som inte ingår och inte heller är avsedda att ingå i ett personregister, se SOU 2004:6 Översyn av personuppgiftslagen, avsnitt 7.

⁴⁸ Se SOU 2002:18 s. 115.

uppgifter om avsändare och mottagare som normalt är att anse som personuppgifter.⁴⁹

Bestämmelserna i personuppgiftslagen riktar sig i första hand till den personuppgiftsansvarige. Den är personuppgiftsansvarig som, ensam eller tillsammans med andra, bestämmer ändamålen med och medlen för behandlingen av personuppgifter (3 §). Den personuppgiftsansvarige är normalt ett företag eller en myndighet och inte en fysisk person. Arbetsgivaren är utan tvekan att anse som personuppgiftsansvarig för behandlingen av personuppgifter i dennes e-postsystem för utförandet av arbetet för arbetsgivarens räkning. Arbetstagarna som använder e-posten för detta syfte är med personuppgiftslagens terminologi sådana ”personer som arbetar under [...] den personuppgiftsansvariges ledning” eller som ”under den personuppgiftsansvariges [...] direkta ansvar har befogenhet att behandla personuppgifter” och som får behandla personuppgifter bara i enlighet med instruktioner från den personuppgiftsansvarige (30 § första stycket och 3 §).

När en arbetstagare – med eller utan arbetsgivarens tillåtelse – använder arbetsgivarens utrustning för att för rent privata ändamål sända eller ta emot e-post, torde arbetstagaren själv vara att anse som personuppgiftsansvarig. Det är ju då arbetstagaren och inte arbetsgivaren som har bestämt för vilka – privata – ändamål behandlingen av personuppgifter skall ske. Arbetstagarens behandling av personuppgifterna i e-posten torde ofta vara en sådan behandling av personuppgifter som en fysisk person utför som ett led i en verksamhet av rent privat natur som är undantagen från personuppgiftslagen (6 §).

Att arbetsgivaren, dvs. någon som handlar för dennes räkning, tar del av arbetstagares e-post, privat eller arbetsrelaterad, utgör som nämnts en behandling av personuppgifter. För just denna behandling – för vilken arbetsgivaren ju bestämt ändamålen – är arbetsgivaren personuppgiftsansvarig oberoende av om det meddelande arbetsgivaren tar del av är arbetstagarens privata.⁵⁰ Arbetsgivaren är normalt inte en fysisk person och tar inte del av e-posten som ett led i en verksamhet av rent privat natur och kan av dessa skäl inte med framgång åberopa undantaget från personuppgiftslagen för rent privat behandling av personuppgifter (6 §) trots att arbetstagarens behandling av uppgifterna i e-posten kan ha fallit under detta undantag.

Personuppgifter får samlas in bara för särskilda, uttryckligt angivna och berättigade ändamål, och personuppgifterna får inte senare behandlas för

⁴⁹ Om e-posten finns på ett e-postkonto som är knutet till en enskild arbetstagare, kan uppgifterna i e-postmeddelandena redan därigenom hänföras till arbetstagaren på ett sätt som gör att uppgifterna är att anse som personuppgifter.

⁵⁰ Se SOU 2002:18 s. 116.

något ändamål som är oförenligt med det för vilket uppgifterna samlades in (9 § första stycket c och d). Det finns inget som hindrar att flera ändamål bestäms vid insamlingen. De personuppgifter som finns i arbetsgivarens e-postsystem för utförandet av arbetet för arbetsgivarens räkning torde primärt vara insamlade⁵¹ för korrespondensändamål. Det är att rekommendera att arbetsgivaren uttryckligen också anger för vilka kontrolländamål dessa uppgifter kan komma att användas, t. ex. genom att ta in den informationen i utfärdade e-postriktlinjer.

Det är inte helt klart hur oförenlighetsbedömningen bör utföras. Enligt ett synsätt som Datainspektionen synes ha ställt sig bakom är ett nytt ändamål inte oförenligt med det ursprungliga om en registrerad, typiskt sett, rimligen har att räkna med att de insamlade uppgifterna också får behandlas för det nya ändamålet.⁵² Det har vidare ansetts ligga i sakens natur att en behandling av personuppgifter som är nödvändig för och har som ändamål att följa personuppgiftslagen inte kan anses oförenlig med de ursprungliga ändamålen.⁵³ Att arbetsgivaren tar del av uppgifterna för att kontrollera att bestämmelserna i personuppgiftslagen följs torde i enlighet härmed inte vara oförenligt med det ursprungliga korrespondensändamålet.

När arbetsgivaren tar del av arbetstagarens privata e-post i arbetsgivarens utrustning – för vilken (privata) behandling arbetstagaren är personuppgiftsansvarig – utgör arbetsgivarens insamling av personuppgifterna en ursprunglig insamling som arbetsgivaren, såsom personuppgiftsansvarig för just den behandlingen, skall ange särskilda, uttryckliga och berättigade ändamål för.

I 9 § personuppgiftslagen finns också flera andra grundläggande krav på den personuppgiftsansvariges behandling av personuppgifter.⁵⁴ De krav på personuppgifternas relevans, omfattning, riktighet och lagringstid som finns i punkterna e, f, g, h och i i första stycket i bestämmelsen torde inte innebära några särskilda problem när arbetsgivaren kontrollerar arbetstagarens e-post. Kraven i punkterna a och b på att personuppgifter skall behandlas bara om det

⁵¹ Det har antagits att med begreppet ”samlas in” avses samtliga tillvägagångssätt genom vilka den personuppgiftsansvarige kan få tag i personuppgifter för sådan behandling som omfattas av personuppgiftslagen, se Sören Öman & Hans-Olof Lindblom, Personuppgiftslagen – En kommentar, andra upplagan 2001, s. 186.

⁵² Se SOU 1999:109 Behandling av personuppgifter inom socialtjänsten s. 160 och Datainspektionen informerar 10 Hur länge får personuppgifter bevaras? s. 8.

⁵³ Sören Öman & Hans-Olof Lindblom, Personuppgiftslagen – En kommentar, andra upplagan 2001, s. 96 f.

⁵⁴ De grundläggande kraven i 9 § personuppgiftslagen kan inte frångås ens med arbetstagarens samtycke.

är lagligt och att uppgifterna alltid skall behandlas på ett korrekt sätt i enlighet med god sed kan ses som referenser till de arbetsrättsliga bestämmelser som tidigare redogjorts för. Är det olagligt (rättsstridigt) att ta del av e-posten, t. ex. för att åtgärden strider mot god sed på arbetsmarknaden, är behandlingen av personuppgifter olaglig och har inte skett på ett korrekt sätt och i enlighet med god sed (vid behandling av personuppgifter).

När personuppgifterna samlas in från arbetstagaren själv, vilket får anses vara fallet i fråga om av arbetstagaren avsänd e-post i arbetsgivarens utrustning, skall arbetsgivaren senast i samband därmed lämna arbetstagaren information om bl. a. de bestämda ändamålen med behandlingen av personuppgifterna (23 och 25 §§). Motsvarande gäller när personuppgifterna samlas in från någon annan källa (24 §), vilket kan vara fallet i fråga om inkommande e-post till en arbetstagare. Information behöver dock inte lämnas om sådant som arbetstagaren redan känner till (25 § andra stycket), vilket innebär att det normalt räcker att arbetsgivaren publicerar informationen lätt tillgänglig, t. ex. i e-postriktlinjer på ett intranät. Bestämmelserna i personuppgiftslagen om information innebär att arbetstagarna i princip måste göras uppmärksamma på att arbetsgivaren kan komma att ta del av e-posten och informeras om för vilka ändamål detta kan komma att ske. I 10 § Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter (AFS 1998:5) om arbete vid bildskärm finns det vidare bestämmelser om att kvantitativ eller kvalitativ kontroll av en arbetstagares arbetsinsats via ett datasystem inte får utföras utan dennes vetskap.⁵⁵ Även bestämmelserna i medbestämmandelagen om s. k. primärförhandling med fackförening torde i vissa fall kunna bli tillämpliga och bidra till att arbetstagarna blir varse övervakningen.

I 10 § personuppgiftslagen anges i vilka fall behandling av personuppgifter i allmänhet är tillåten. De två fall som i praktiken är mest aktuella när arbetsgivaren vill ta del av arbetstagarnas e-post i arbetsgivarens utrustning är samtycke och intresseavvägning.

Ett samtycke måste vara en frivillig, särskild och otvetydig viljeyttring genom vilken arbetstagaren, efter att ha fått information, godtar behandlingen av personuppgifter (3 §). Samtycket måste också vara individuellt, och fackföreningar kan därför inte i den egenskapen lämna samtycke för sina medlemmars räkning. Det är i första hand kravet på frivillighet som kan vara problematiskt när en arbetsgivare efterfrågar ett samtycke från sina arbetsta-

⁵⁵ Bestämmelsen grundas på rådets direktiv 90/270/EEG av den 29 maj 1990 om minimikrav för säkerhet och hälsa i arbete vid bildskärm.

gare. Datainspektionen anser att ett giltigt samtycke kan lämnas bara när arbetstagaren har ett verkligt fritt val och senare kan ta tillbaka sitt samtycke utan att det medför några nackdelar för honom eller henne.⁵⁶ Är en behandling av personuppgifter bara tillåten efter samtycke har den registrerade nämligen rätt att när som helst återkalla sitt samtycke, och den personuppgiftsansvarige får därefter inte behandla ytterligare personuppgifter om den registrerade (12 § första stycket). Enligt min mening bör kravet på frivillighet inte hindra att arbetsgivaren som villkor för privat användning av e-postsystemet kräver att arbetstagaren samtycker till att arbetsgivaren för angivna, berättigade ändamål – t. ex. för att kontrollera att gällande riktlinjer för e-postanvändningen följs eller för att få kännedom om förhållanden som kan ge grund för arbetsrättsliga åtgärder – tar del av den privata e-posten.⁵⁷ Att arbetsgivaren för berättigade ändamål tar del av arbetsrelaterad e-post är som kommer att framgå av det följande normalt tillåtet utan samtycke. Därför är det enligt min mening olämpligt att efterfråga samtycke för sådan behandling. Står det klart att en behandling får utföras utan samtycke, bör samtycke nämligen bara efterfrågas om man är beredd att faktiskt avstå från behandlingen om samtycke inte lämnas.

Enligt bestämmelsen i 10 § f personuppgiftslagen om en intresseavvägning får personuppgifter behandlas om det är nödvändigt för att ett ändamål som rör ett berättigat intresse hos den personuppgiftsansvarige skall kunna tillgodoses, om detta intresse väger tyngre än den registrerades intresse av skydd mot kränkning av den personliga integriteten. Med den personuppgiftsansvariges intresse jämförs intresset hos en s. k. tredje man till vilken personuppgifterna skall lämnas ut. Datainspektionen har gett ut vägledning om intresseavvägningen bl. a. i arbetslivet. Arbetsgivaren har, enligt inspektionen, rätt att kontrollera att gällande regler och riktlinjer för användningen av e-post följs.⁵⁸ Enligt inspektionen har arbetsgivaren vidare normalt möjlighet att, i enlighet med god sed på arbetsmarknaden, med stöd av en intresseavvägning avsiktligt ta del av arbetstagares privata e-post vid allvarlig misstanke om illojalt eller brottsligt beteende, men annars normalt inte

⁵⁶ Datainspektionen informerar 7 Personuppgifter i arbetslivet s. 15 och Datainspektionen informerar 11 Samtycke enligt personuppgiftslagen s. 17.

⁵⁷ Jämför SOU 2002:18 s. 128. – I Norge har Mette Borchgrevink rekommenderat att arbetstagarna undertecknar en samtyckesförklaring, se ”Arbeidstaker som misbraker Internett eller e-post – bedre føre var enn etter snar” i Juridisk Årbok 2003 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange s. 64–71.

⁵⁸ Datainspektionen informerar 7 Personuppgifter i arbetslivet s. 20, jämför Datainspektionen informerar 12 Intresseavvägning enligt personuppgiftslagen s. 15 där det dock bara talas om kontroller genom ”loggning av tekniska eller säkerhetsmässiga skäl”.

möjlighet att med stöd av en intresseavvägning läsa arbetstagares privata e-post.⁵⁹ Inspektionen har som exempel nämnt att en arbetsgivare som har välgrundade skäl att misstänka att den anställde använder arbetsredskapen för t. ex. pornografiska eller rasistiska syften kan ha rätt att efter en intresseavvägning behandla personuppgifter för sin kontroll.⁶⁰ Inspektionen verkar förutsätta att arbetsgivaren kan ha möjlighet att ta del av icke privat e-post för att kontrollera hur arbetet utförs och för att få kännedom om förhållanden som kan ge grund för arbetsrättsliga åtgärder. Om behandlingen av personuppgifter innebär att kontrollen utförs på ett för arbetstagaren mycket ingripande sätt krävs det, enligt inspektionen, synnerligen starka skäl för att den ska vara tillåten med stöd av en intresseavvägning.⁶¹

Enligt min mening torde en intresseavvägning enligt personuppgiftslagen innebära att det är tillåtet för arbetsgivaren att ta del av arbetstagares e-post i arbetsgivarens utrustning i samma utsträckning som det följer av en sådan intresseavvägning som Arbetsdomstolen gör för att bedöma om en åtgärd står i strid med god sed på arbetsmarknaden. I Danmark har flera författare särskilt betonat att arbetsrättsliga regler kan vara styrande för tillämpningen av bestämmelser om behandling av personuppgifter som innehåller avvägningsnormer (rättsliga standarder).⁶²

För att känsliga personuppgifter, personuppgifter om lagöverträdelse m.m. och personnummer skall få behandlas gäller enligt personuppgiftslagen tillkommande krav (se närmare 13–22 §§). Dessa tillkommande krav torde ofta inte vara uppfyllda vid den behandling av personuppgifter som utförs när arbetsgivaren tar del av arbetstagarens e-post. Ett särskilt problem är att arbetsgivaren när han eller hon vill ta del av e-posten inte på förhand kan veta om den innehåller sådana typer av personuppgifter. Problemet, som inte är unikt för den aktuella situationen utan också uppkommer vid t. ex. digital inspelning av material från kameraövervakning och inkommande e-post, torde få lösas med sunt förnuft. Ett lämpligt tillvägagångssätt synes vara att så snart det uppdagas att e-posten innehåller sådana typer av personuppgifter se

⁵⁹ Datainspektionen informerar 12 Intresseavvägning enligt personuppgiftslagen s. 15 f.

⁶⁰ Datainspektionens rapport 2003:3 Behandling av personuppgifter för kontroll av anställda s. 17.

⁶¹ Datainspektionens rapport 2003:3 Behandling av personuppgifter för kontroll av anställda s. 16.

⁶² Se t. ex. Peter Blume och Jens Kristiansen, Databeskyttelse på arbetsmarknaden, 2002, särskilt s. 37 ff. och Ruth Nielsen "Persondata og arbejdsgiverens ledelsesret" i Juridisk Institut Julebog 2000 s. 284 ff. Se för norsk rätts del t. ex. Stefan Jørstad, Arbejdsgiveres adgang til å kontrollere og overvåke sine ansatte – Med hovedvekt på grunnvilkårene for behandling av personopplysninger i arbeidslivet, 2004 (Complex 3/04), särskilt s. 12 f.

till att dessa uppgifter inte längre behandlas på ett sätt som omfattas av personuppgiftslagen. Den som av oaktsamhet behandlar känsliga personuppgifter eller personuppgifter om lagöverträdelser m.m. när det är otillåtet kan straffas, om det inte är fråga om ett ringa fall (49 §).⁶³ I praktiken torde dock straff inte komma i fråga för den som tillämpar ett sådant tillvägagångssätt, antingen för att förfarandet inte kan anses oaktsamt eller för att fallet kan klassificeras som ringa.

Arbetsgivaren behöver inte anmäla sin behandling av icke känsliga personuppgifter som avser anställda till Datainspektionen, utan får i stället själv föra en förteckning över behandlingarna.⁶⁴ Finns de behandlade personuppgifterna bara i löpande text, behöver arbetsgivaren inte ens föra en sådan förteckning.⁶⁵

Slutsatsen av denna översiktliga genomgång av de viktigaste bestämmelserna i personuppgiftslagen är att lagen inte innebär några mera betydande begränsningar av arbetsgivarens möjligheter att ta del av arbetstagarnas e-post än vad som redan torde följa av principen om god sed på arbetsmarknaden.

Lagstiftningsinitiativ

Det har, som nämnts, i Sverige, Finland och Norge övervägts lagstiftning om just arbetsgivarens möjligheter att ta del av arbetstagares e-post. Avslutningsvis skall dessa nordiska lagstiftningssträvanden – och EG-kommissionens tankar om en reglering på EU-nivå – gås igenom kortfattat i relevanta delar.

I Sverige föreslog Integritetsutredningen i början av 2002 ett principiellt förbud mot att arbetsgivare avsiktligt tar del av en arbetstagares privata e-post. Med privat e-post avsåg utredningen sådan e-post som är hänförlig till arbetstagaren som privatperson i motsats till sådan e-post som är hänförlig till arbetet eller annars till arbetstagaren i egenskap av just arbetstagare.⁶⁶ Begränsningen till avsiktliga förfaranden innebar enligt utredningen att en arbetsgivare i oklara fall kunde ta del av uppgifterna för att undersöka om de är privata, men att arbetsgivaren, om det därvid visade sig att uppgifterna faktiskt var privata, inte fick vidta några ytterligare åtgärder för att ta del av uppgifterna.⁶⁷ Från det principiella förbudet fanns det enligt förslaget ganska

⁶³ Jag har föreslagit att det för straffbarhet skall krävas att oaktsamheten är grov, se SOU 2004:6 Översyn av personuppgiftslagen, avsnitt 12.

⁶⁴ 5 § i Datainspektionens föreskrifter (DIFS 1998:2) i fråga om skyldigheten att anmäla behandlingar av personuppgifter till Datainspektionen.

⁶⁵ 4 § personuppgiftsförordningen (1998:1191).

⁶⁶ SOU 2002:18 s. 101.

⁶⁷ SOU 2002:18 s. 260 f., se också s. 126 f.

vittgående undantag. För det första skulle förbudet inte gälla om arbetstagaren lämnat sitt samtycke till åtgärden, varvid samtyckeskravet var avsett att ha samma innebörd som enligt personuppgiftslagen.⁶⁸ För det andra skulle förbudet inte heller gälla om åtgärden var nödvändig för arbetsgivarens verksamhet. Vid bedömningen av om så var fallet skulle särskilt beaktas om det fanns

- a) en fara för informationssäkerheten (t. ex. vid virusangrepp eller när arbetstagarens avsiktliga eller oavsiktliga spridande av information innebär en sådan fara),
- b) en skäligen misstanke om att arbetstagaren gjort sig skyldig till brott vid användningen av arbetsgivarens elektroniska utrustning, eller
- c) en skäligen misstanke om att arbetstagaren gjort sig skyldig till sådant illojalt beteende som kan utgöra saklig grund för uppsägning eller föranleda skadeståndsskyldighet (t. ex. konkurrerande verksamhet eller spridande av konfidentiell information).

Ett enligt den föreslagna bestämmelsen otillåtet förfarande skulle kunna bestraffas som dataintrång enligt 4 kap. 9 c § brottsbalken⁶⁹ och kunna föranleda skadeståndsskyldighet.

Integritetsutredningens förslag har remissbehandlats men inte i övrigt föranlett någon åtgärd, tydligen i avvaktan på att det skall komma regler på EUnivå i ämnet.⁷⁰

I Norge lämnade Arbetslivslovutvalget våren 2004 ett förslag till ny lagstiftning om arbetslivet som innehöll bestämmelser om kontroll av e-post som inspirerats av och liknar Integritetsutredningens förslag.⁷¹ På grund av invändningar från det norska Datatilsynet lade regeringen dock inte fram något förslag i den delen.⁷² Enligt Arbetslivslovutvalgets förslag skulle arbetsgivaren ha rätt till (avsiktlig) insyn i en arbetstagares privata e-post bara

- a) om arbetstagaren har lämnat sitt samtycke till insynen,
- b) om det finns en fara för säkerheten eller informationssäkerheten i verksamheten,
- c) om det finns saklig grund att misstänka att arbetstagaren har använt arbetsgivarens elektroniska utrustning på ett sätt som kan utgöra grund för uppsägning eller avsked, eller
- d) om det finns någon annan särskild anledning som gör insyn nödvändig.

⁶⁸ SOU 2002:18 s. 127 f. och 261.

⁶⁹ SOU 2002:18 s. 132 f.

⁷⁰ Se t. ex. AU 2003/04:4 s. 45 och 2004/05:8.

⁷¹ NOU 2004:5 s. 437 f.

⁷² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 150.

I de svenska och norska förslagen har man alltså koncentrerat sig på att försöka reglera i vilka fall arbetsgivaren avsiktligt får ta del av arbetstagares e-post som faktiskt är privat. I Finland har riksdagen sommaren 2004 beslutat om en ny lag (759/2004) om integritetsskydd i arbetslivet som innehåller bestämmelser om hämtning och öppning av elektroniska meddelanden och som trädde i kraft den 1 oktober 2004.⁷³ I den finländska lagen har man valt ett helt annat angreppssätt. Lagen innehåller nämligen inga bestämmelser som ger arbetsgivaren rätt att öppna och ta del av arbetstagares e-post som är privat. Lagen syftar i stället till att skydda arbetstagares privata e-post genom att införa en administrativ ordning som gör det möjligt att skilja mellan arbetstagares konfidentiella e-post och sådan e-post som hör till arbetsgivaren. Om arbetsgivaren över huvud taget vill – utan arbetstagarens samtycke – ta del av e-post som tagits emot eller skickats på en e-postadress som ställts till arbetstagarens förfogande, måste han eller hon fullgöra en omsorgsplikt som innebär att nödvändiga åtgärder vidtas för att skydda meddelanden som arbetstagaren under eget namn tagit emot eller skickat. Arbetsgivaren måste därvid se till att arbetstagaren har tillgång till automatisk funktion för frånvaromeddelanden eller vidarebefordran eller att arbetstagaren kan ge annan, av arbetsgivaren godkänd, person möjlighet att vid frånvaro ta del av mottagen e-post.

Har arbetsgivaren uppfyllt sin omsorgsplikt, har han eller hon rätt att vid arbetstagarens frånvaro och under förutsättning bl. a. att arbetstagarens samtycke inte kan inhämtas inom rimlig tid i viss utsträckning ta reda på om arbetstagaren under sin frånvaro mottagit eller omedelbart före frånvaron skickat e-post som hör till arbetsgivaren. Om det är nödvändigt för arbetsgivaren att få vetskap om e-post som hör till arbetsgivaren för att a) kunna slutföra förhandlingar i anslutning till verksamheten, b) betjäna kunder eller c) i övrigt trygga arbetsgivarens funktioner, får arbetsgivaren med hjälp av systemadministratören hämta och ta del av uppgifter om e-postens avsändare, mottagare och rubrik. Bara om det med ledning av dessa uppgifter är a) uppenbart att e-posten klart hör till arbetsgivaren och b) arbetsgivaren av något av de skäl som nyss nämnts måste få vetskap om innehållet och det dessutom c) inte går att få reda på innehållet genom kontakt med avsändaren eller mottagaren, får arbetsgivaren med hjälp av systemadministratören och i närvaro av en annan person öppna e-posten och ta del av innehållet. Uppgifter som arbetsgivaren får reda på får inte behandlas i större omfattning än vad som

⁷³ RP 162/2003 och RSv 114/2004.

är nödvändigt för syftet med hämtandet eller öppnandet. Arbetsgivaren skall upprätta en rapport över sina åtgärder och tillstålla arbetstagaren rapporten.

Vad slutligen gäller en eventuell reglering på EU-nivå har EG-kommissionen i enlighet med EG-fördraget genomfört en konsultation med arbetsmarkandens parter på EU-nivå om en eventuell reglering av skydd för arbetstagares personuppgifter. Kommissionen anser att en sådan reglering behövs, och arbetsmarknadens parter har inte kunnat träffa någon överenskommelse i frågan. Kommissionen har aviserat att ett "initiativ" i fråga om skydd för arbetstagares personuppgifter kommer under år 2005.⁷⁴

Av kommissionens konsultationsdokument från slutet av år 2002 framgår att kommissionen har tankar på att särskilt reglera vissa principer i fråga om e-post enligt följande.⁷⁵ Rutinmässig övervakning, annat än genom helt automatiserade förfaranden för övervakning av säkerheten och systemets funktioner, av varje enskild arbetstagares användning av e-post borde vara förbjudet. Individuell övervakning borde däremot vara tillåten i de fall där det finns en rimlig misstanke om kriminella aktiviteter eller allvarlig misskötsel under förutsättning att det inte finns några mindre inträngande åtgärder som kan vidtas i stället. Det borde i princip vara förbjudet för arbetsgivaren att öppna privat e-post, särskilt om e-posten markerats som privat, oberoende av om privat användning av arbetsutrustningen är tillåten eller inte. Privat e-post borde betraktas som privat korrespondens, och ett generellt samtycke av arbetstagaren, t. ex. i samband med att anställningsavtalet ingås, borde inte kunna undanröja den konfidentiella naturen av den korrespondensen.

⁷⁴ Social Agenda 2005 KOM(2005) 33 final s. 7.

⁷⁵ Second stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data, 2002, s. 17