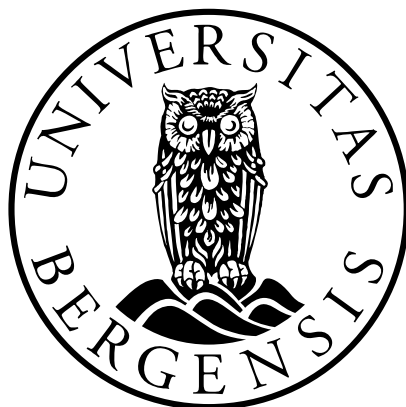


Kontroll av arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor

*Arbeidsgivers adgang til digitale kontrolltiltak
på hjemmekontor etter aml. § 9-1 og GDPR art.
6 nr. 1 bokstav f*

Kandidatnummer: 23

Antall ord: 14826



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema og problemstilling	4
1.2 Rettskildebildet og metodisk tilnærming.....	5
1.3 Begrepsavklaringer	8
1.3.1 Arbeidsgiver og arbeidstaker – behandlingsansvarlig og den registrerte	8
1.3.2 Hjemmekontor.....	9
1.3.3 Retten til privatliv og personvern.....	10
1.3.4 Behandling av personopplysninger	11
1.4 Avgrensninger og presiseringer	12
1.5 Videre fremstilling.....	13
2 Rettslig grunnlag for kontrolltiltak.....	14
2.1 Arbeidsgivers styringsrett.....	14
2.2 Vilkår for å iverksette kontrolltiltak	15
2.2.1 Rettslig utgangspunkt og termen «kontrolltiltak».....	15
2.2.2 Krav til saklighet	16
2.2.3 Krav til forholdsmessighet	17
2.3 Rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger	19
2.3.1 Grunnleggende prinsipper ved behandling av personopplysninger	19
2.3.2 Arbeidsgivers «berettigede interesse[r]» jf. art. 6 nr. 1 bokstav f.....	19
2.4 Forholdet mellom vilkårene i aml. § 9-1 (1) og GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f	23
3 Tiltak for å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor	27
3.1 Bakgrunnen for kontroll av tilstedeværelse.....	27
3.2 Arbeidsgivers «saklig[e] grunn» jf. aml. § 9-1 (1).....	28
3.2.1 Saklighetsvilkårets utgangspunkt.....	28
3.2.2 Saklighetsvilkåret begrunnet i arbeidstakers helse.....	28
3.2.3 Saklighetsvilkåret begrunnet i virksomhetens drift og økonomi	29
3.3 Tilgjengelighetsstatus på samhandlingsverktøy	31
3.3.1 Tiltakets innhold og rettslig grunnlag	31
3.3.2 Forholdsmessighetsvurdering av arbeidsgivers kontroll.....	33
3.3.3 Personvernets rolle ved kontroll av tilgjengelighetsstatus	34

3.4	Logging av tastatur	38
3.4.1	Tiltakets innhold og rettslig grunnlag	38
3.4.2	Kontrolltiltakets vilkår i arbeidsmiljøloven	40
3.4.3	Personvernet må ivaretas gjennom tastaturlogging.....	42
3.5	Pålegg om bruk av webkamera under arbeidsdagen på hjemmekontor	44
3.5.1	Tiltakets innhold og rettslig grunnlag	44
3.5.2	Saklighet- og forholdsmessighet som skranke for tiltaket	45
3.5.3	Kort kommentar til personvernspørsmålet.....	48
4	Avsluttende bemerkninger	50
	Litteraturliste	52

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Antall arbeidstakere på hjemmekontor økte betraktelig da påbud om hjemmekontor ble iverksatt som et smittevernstiltak under koronapandemien. Det anslås at omkring 50 prosent av alle norske arbeidstakere har en arbeidsbeskrivelse som gjør det mulig å jobbe hjemmefra, og av disse er det 72 prosent som har et ønske om delvis hjemmekontor.¹ Forskningen viser at hjemmekontor er en løsning mange arbeidstakere fortsatt ønsker, til tross for at hjemmekontorpåbudet har blitt avvirket som smittevernstiltak. Hjemmekontor gir økt fleksibilitet i hverdagen, og arbeidstakere opplever tilbud om hjemmekontor som et positivt gode på arbeidsplassen.²

Omfattende bruk av hjemmekontor gjør at arbeidsgivere i større grad må basere seg på tillitsbasert ledelse.³ For arbeidsgivere kan det imidlertid by på utfordringer at arbeidstakere benytter seg av hjemmekontor. Særlig arbeidsmiljøet og læringsfellesskapet påvirkes når arbeidstakere befinner seg på hjemmekontor. Arbeidsgivernes bekymringer knyttes hovedsakelig til det sosiale arbeidsmiljøet, og man mister arenaen for uformell læring og kompetanseutvikling mellom kollegaer.⁴ Arbeidsgiver er forpliktet til å følge opp arbeidstakere på hjemmekontor, både arbeidsmiljøet og HMS skal ivaretas på hjemmekontoret.⁵ I tillegg til de sosiale og ergonomiske utfordringene, viser forskning at arbeidsgivere opplever det som utfordrende å følge opp arbeidstakere som ikke befinner seg fysisk på arbeidsplassen.⁶

Digitale plattformer som Teams og Zoom forenkler muligheten for kontakt og samarbeid på tvers av arbeidsplassen og hjemmekontor, og nærmere 90 prosent av arbeidstakere benytter daglig digitale kommunikasjonsplattformer på arbeidsplassen og hjemmekontor.⁷ Den nye

¹ AFI (2022) s. 2

² Ibid. s. 143

³ Ibid. s. 4

⁴ Ibid. s. 3

⁵ Hjemmekontorforskriften §§ 3 og 4

⁶ Ibid. s. 4

⁷ FAFO (2023) s. 65

teknologien gjør det stadig lettere å implementere kontrolltiltak overfor arbeidstakere. Rundt 30 prosent av arbeidsgivere oppgir at de bruker teknologien for å følge med på når arbeidstakere logger seg på og av det digitale systemet.⁸ I takt med den økte bruken av hjemmekontor antar Datatilsynet at arbeidsgivere i større grad vil bruke digitale verktøy for å følge opp arbeidstakere på hjemmekontor.⁹

Digitaliseringen har medført at det samles inn store mengder data og opplysninger om enkeltpersoner, og det har blitt et økt fokus på personvern og digitalt privatliv. I 2018 ble EUs personvernforordning (GDPR) inkorporert i norsk lov. Den nye forordningen styrker individets rettigheter, og mange virksomheter måtte endre sin praksis ved innhenting og behandling av personopplysninger. Likevel har 55 prosent av arbeidstakere manglende oversikt over hvilke opplysninger arbeidsgiver samler inn.¹⁰ Kombinasjonen av nye digitale løsninger og skjerpede krav ved behandling av personopplysninger kan sette personvernet på prøve.¹¹ I tillegg til presset på personvernet, er det problematisk at arbeidstakernes hjem blir berørt ved bruk av kontrolltiltak på hjemmekontor. Det kan være en vanskelig balansegang for arbeidsgivere å ivareta retten til privatliv og personvern, samtidig sikre effektiv og økonomisk drift for virksomheten. Ettersom Datatilsynet antyder økt bruk av kontrolltiltak må adgangen til digitale kontrolltiltak nærmere vurderes. Oppgaven tar sikte på å avklare arbeidsgivers adgang til å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor, herunder kontroll av tilgjengelighetsstatus på samhandlingsverktøy, logging av tastatur og pålegg om webkamera.

1.2 Rettskildebildet og metodisk tilnærming

For å besvare problemstillingen vil jeg ta utgangspunkt i arbeidsmiljøloven, personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR). Arbeidsmiljøloven er det rettslige utgangspunktet for *iverksettelsen* av kontrolltiltak, mens personvernlovgivningen regulerer arbeidsgivers *behandling* av personopplysningene jf. aml. § 9-1. Arbeidsgiver må tolke og praktisere regelverkene i lys av hverandre ved igangsettelse av kontrolltiltak.

⁸ FAFO (2023) s. 49

⁹ Datatilsynet (2022b)

¹⁰ Ibid.

¹¹ FAFO (2023) s. 48

Det rettslige utgangspunktet på arbeidsrettens område er den individuelle arbeidsavtalen. Arbeidsrettslige tvister som ikke gjelder omfanget av arbeidsavtalen, må løses på bakgrunn av arbeidsmiljølovens bestemmelser.¹² Arbeidsmiljøloven oppstiller et arbeidstakervern, og er i utgangspunkt ufravikelig jf. § 1-9.

Arbeidsmiljølovens kapittel 9 regulerer kontroll og overvåkning i arbeidslivet, og er det rettslige utgangspunktet for *iverksettelse* av kontrolltiltak. Den tidligere arbeidsmiljøloven inneholdt ikke regler om kontrolltiltak, men gjeldende hovedbestemmelse § 9-1 var en kodifisering av gjeldende rett.¹³ Det har ikke vært vesentlige endringer i rettstilstanden, rettskilder som gjaldt tidligere rettstilstand er derfor relevant for oppgaven. Det er gjennomgående lite høyesterettspraksis som drøfter kontrolltiltak, og per dags dato er det ikke avsagt noen avgjørelser om kontrolltiltak på hjemmekontor. Underrettspraksis har begrenset rettskildemessig vekt, men i mangel på høyesterettsdommer vil underrettspraksis anvendes som illustrasjon og støtteargument i noen av drøftelsene. På grunn av begrenset med rettspraksis som behandler problemstillingen vil arbeidsmiljølovens forarbeider være en sentral rettskilde i drøftelsene.

Hjemmekontorforskriften regulerer arbeid som utføres i «arbeidstakers eget hjem» jf. forskriftens § 1 (1). Forskriften ble revidert etter to år med pålagt hjemmekontor som følge av koronapandemien, endringene trådte i kraft 1.juli 2022. Forskriften regulerer ikke kontrolltiltak på hjemmekontor, og det rettslige utgangspunktet for oppgaven er arbeidsmiljøloven.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) gjelder som norsk lov jf. menneskerettsloven § 2. Grunnloven skal tolkes i lys av EMK jf. Maria-dommen.¹⁴ Tilhørende praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) er sentral for å tolke konvensjonens innhold. Både konvensjonen og praksis fra EMD-domstolen anvendes i oppgaven.

Personopplysningsloven er det rettslige utgangspunktet for behandling av personopplysninger. Loven gir nasjonale tilpasninger av personvernforordningen.¹⁵ I

¹² Fougner (2019) s. 14

¹³ NOU 2004: 5 s. 431

¹⁴ Rt. 2015 s. 93 Maria

¹⁵ Personvernforordningen 2016/679

oppgaven vil personverndrøftelsene i hovedsak ta utgangspunkt i GDPR som er inkorporert i norsk rett jf. personopplysningsloven § 1.¹⁶ Forordningen skal tolkes og praktiseres likt i alle EU- og EØS-land jf. EØS-avtalen art. 7 bokstav a.¹⁷ For å oppnå rettslig homogenitet er det sentralt i tolkningsprosessen å se hen til hvordan tilsvarende spørsmål er løst av EU-domstolen. GDPR art. 6 viderefører tilsvarende bestemmelse i det opphevede personverndirektivet, tidligere praksis knyttet til direktivet er relevant for tolkning av artikkelen.¹⁸ Høyesterettspraksis, særlig Legeliste-dommen, er aktuell for oppgavens problemstilling da dommen angir de rettslige utgangspunktene for GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.¹⁹

GDPRs fortale er sentral for tolkning av artiklene da den nærmere redegjør forordningens innhold og formål. I tillegg har Artikkel 29-gruppen (WP29) utgitt veiledninger for hvordan personvernlovgivningen skal tolkes. Veiledningene har ikke samme rettskildemessig vekt som forordningen selv, men de gir viktige bidrag for tolkning av GDPR ettersom de er utarbeidet av EU. Veiledningen som er aktuell for oppgaven er utgitt i forbindelse med det gamle personverndirektivet, men den er fortsatt relevante da det ikke er vesentlig forskjell i den aktuelle artikkelen som anvendes i oppgaven.²⁰

Avgjørelser fra Datatilsynet og Personvernemnda kan gi tolkningsbidrag i oppgaven. Datatilsynet er en tilsynsmyndighet som skal føre tilsyn med at personvernlovgivningen overholdes jf. personopplysningsloven § 20 jf. GDPR art. 51. Personvernemnda avgjør klager over Datatilsynets vedtak jf. personopplysningsloven § 22. I oppgaven anvendes det praksis fra Datatilsynet. Avgjørelser fra Datatilsynet og Personvernemnda har begrenset rettskildemessig vekt. Forvaltningspraksisen kan likevel være veiledende, særlig der andre rettskilder ikke angir et bestemt resultat.²¹

¹⁶ Fredriksen (2022) s. 396

¹⁷ Schartum (2020) s. 17

¹⁸ Personverndirektivet 95/46/EF

¹⁹ HR-2021-2303-A Legeliste

²⁰ Jarbekk (2019) s. 38-39

²¹ Kjærstad (2003) s. 160

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Arbeidsgiver og arbeidstaker – behandlingsansvarlig og den registrerte

Begrepene «arbeidsgiver» og «arbeidstaker» er sentrale fordi de angir partene i arbeidsforholdet, og personvernreglementet gjelder for partene «behandlingsansvarlig» og «den registrerte». Arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven anvender ulike terminologi, men i oppgaven vil begrepene til dels være overlappende. Fremstillingen er en arbeidsrettslig problemstilling mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og det er mest treffende å anvende arbeidsmiljølovens begreper. Personvernlovgivningens begreper anvendes der det er nødvendig for å sikre presisjon, men jeg vil langt på vei unngå et dobbelt begrepsapparat.

En «arbeidstaker» er enhver som «utfører arbeid i annens tjeneste» jf. aml. § 1-8 (1). Arbeidstakeren plikter å stille seg disponibel overfor arbeidsgiver i arbeidstiden. Arbeidet må utføres i en «annens tjeneste», selvstendig næringsdrivende og oppdragstakere faller utenfor lovens virkeområde. Forarbeidene angir at det må foreligge en viss tilknytning mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og det beror på en helhetsvurdering om det foreligger et arbeidstakerforhold.²²

En «arbeidsgiver» er definert som enhver som har «ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste» jf. aml. § 1-8 (2). Arbeidsgiveren kan identifiseres etter arbeidsavtalen som foreligger med arbeidstaker. Forarbeidene presiserer at en arbeidsgiver i utgangspunktet er «sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet», hvilket innebærer at arbeidstakers plikter og rettigheter er knyttet opp til virksomheten.²³

For å være beskyttet av personvernreglementet, må personopplysningene knytte seg til «den registrerte» jf. GDPR art. 4 nr. 1. En «registrert[.]» er en fysisk person som er «identifisert eller identifiserbar». I et arbeidsforhold er arbeidsgiver innehaver av personopplysninger om arbeidstaker, i oppgaven vil «den registrerte» være arbeidstaker jf. GDPR art. 4 nr. 1.

²² Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 73

²³ Ibid. s. 74

En «behandlingsansvarlig» er definert som en «fysisk eller juridisk person» som «alene eller sammen med andre» avgjør «formålet med behandlingen av personopplysninger» og «hvilke midler som skal benyttes» jf. GDPR art. 4 nr. 7. Definisjonen angir hvem som er pliktig og ansvarlig for å behandle personopplysninger etter personvernreglementet. Hvem som er ansvarlig må vurderes konkret, i oppgaven legges det til grunn at arbeidsgiver er «behandlingsansvarlig».²⁴

1.3.2 Hjemmekontor

Betegnelsen «hjemmekontor» er sentral i oppgaven. Arbeid som utføres i arbeidstakerens hjem er ikke et nytt fenomen, hjemmearbeid var utbredt allerede på slutten av 1800-tallet.²⁵ Dagens hjemmekontorforskrift gjelder for arbeid som utføres i «arbeidstakers eget hjem» jf. § 1, og gjelder ikke ved «kortvarig eller sporadisk arbeid». Hjemmekontorforskriften krever at det inngås skriftlig avtale om arbeidstakers hjemmearbeid jf. § 2.

Forskriften gjelder kun arbeid som utføres i «eget hjem» jf. § 1, og den får ikke anvendelse der arbeidstaker er på «hytta, på toget på vei til jobb eller tjenestereise».²⁶ Virkeområdet til forskriften er snevert. Begrepet «fjernarbeid» omfatter derimot arbeid som ikke utføres i arbeidstakers hjem, for eksempel på kafé, reise eller hytta.²⁷ Skillene mellom «fjernarbeid» og «hjemmekontor» er ikke skarpe, og langt på vei glir begrepene over i hverandre.

Oppgavens problemstilling om kontrolltiltak på hjemmekontor er relevant uavhengig av om forskriften kommer til anvendelse. Det kan være like aktuelt for arbeidsgiver å iverksette kontrolltiltak der arbeidstaker befinner seg på kafé, reise eller hytta. Ettersom hjemmekontorforskriften ikke regulerer adgangen til å iverksette kontrolltiltak, får ikke dens virkeområde betydning for oppgaven. I tråd med begrepet «fjernarbeid» legges det til grunn en vid forståelse av begrepet «hjemmekontor». Det sentrale er at arbeidstaker ikke befinner seg på arbeidsplassen, og arbeidsgiver ønsker å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor.

²⁴ Blekastad (2021) s. 45

²⁵ Jackhelln (1996) s. 8 og 19

²⁶ Fastsettelse om endring i hjemmekontorforskriften PRE-2022-03-18409

²⁷ Jackhelln (1996) s. 1

1.3.3 Retten til privatliv og personvern

Retten til privatliv er overordnet forankret i Grunnloven § 102, «enhver» har «rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon». Tilsvarende beskyttelse finnes i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske friheter (SP) art. 17. Menneskerettsloven inkorporer EMK og SP i norsk lov. Det er lite høyesterettspraksis som gir bidrag for tolkningen av § 102, men Høyesterett har slått fast at Grl. § 102 skal tolkes i lys av de internasjonale konvensjonene og tilhørende praksis.²⁸

Ordlyden «privatliv» tilsier at enkeltpersoner har rett på beskyttelse av ens privatsfære, integritet og autonomi. Betegnelsen er vid, og omfatter både den fysiske og psykiske integriteten. Bestemmelsen omfatter også «familieliv», «hjem» og «kommunikasjon». Ut over dette er ikke innholdet i bestemmelsen nærmere definert, og det kan ikke angis uttømmende. Begrepene har en glidende overgang til hverandre, og det kan være utfordrende å slå fast hvilket begrep som kommer til anvendelse i den konkrete sak. EMD praktiserer ikke gjennomgående med et skarpt skille mellom de ulike alternativene.²⁹ I oppgaven er det ikke nødvendig å presisere hvilket av alternativene som er mest passende da tilfellene kan falle innenfor samtlige av dem. For eksempel kan filming i arbeidstakers hjem både omfattes av retten til «privatliv», «familieliv» og «hjem». I de videre drøftelsene vil «privatliv» brukes som en sekkebetegnelse for de ulike alternativene jf. Grl. § 102 og EMK art. 8.³⁰

EMD har slått fast at EMK art. 8 omfatter arbeidstakers rettigheter i arbeidslivet.³¹ Niemietz-saken var den første saken EMD konstaterte at retten til privatliv i arbeidsforhold var omfattet av art. 8. Saken gjaldt en tysk advokat der politiet ransaket advokatens kontor i hans eget hjem, domstolen konkluderte med at staten brøt art. 8 ved å gjennomføre advokatens arbeidsplass. Ved tolkningen av «hjem» kom EMD frem til at en snever forståelse ikke var treffende for artikkelens anvendelsesområde. EMD poengterte at man ikke alltid kan trekke presise skiller mellom hjem og yrkesliv fordi arbeidstaker også kan jobbe hjemmefra.³²

²⁸ Rt. 2015 s. 93 Maria avsn. 57

²⁹ For eksempel *Bărbulescu v. Romania*. EMD vurderte brudd på retten til privatliv og korrespondanse samlet, til tross for at klager anførte brudd på rettighetene separat.

³⁰ Høgberg (2010) s. 101

³¹ For eksempel *Niemietz v. Tyskland*, *Halford v. Storbritannia*, *Copland v. UK*

³² *Niemietz v. Tyskland* avsn. 30

Dommen angir at retten til privatliv også gjelder i arbeidsforhold som utøves på hjemmekontor. Den hyppigere bruken av hjemmekontor gjør at betraktningene i Niemietz-dommen får særlig relevans i dag.³³ Retten til privatliv er imidlertid ikke en absolutt rettighet, det kan eksempelvis være rom for inngrep i retten til privatliv der vilkårene i aml. § 9-1 er til stede.

Begrepet «personvern» er en vid betegnelse, men det sentrale er at alle mennesker har rett på vern av deres integritet og privatliv. Det er beskrevet som en tilstand «der det råder stor grad av autonomi og integritet innenfor private sfærer».³⁴ Personvernet har en nær kobling til enkeltmenneskets rett på privatliv jf. Grl. 102 og EMK art. 8. Retten til privatliv utgjør det grunnleggende fundamentet for personvernlovgivningen. Oversikt og kontroll over egne personopplysninger er en sentral del av personvernet, enkeltmennesket skal i størst mulig grad ha kjennskap til hvilke personopplysninger som er delt med andre og hva de brukes til.³⁵

1.3.4 Behandling av personopplysninger

Personvernreglementet kommer til anvendelse ved «behandling» av «personopplysninger» jf. personopplysningsloven § 2. Begrepet «personopplysning» er definert som «enhver opplysning» om en «identifisert eller identifiserbar fysisk person» jf. GDPR art. 4 nr. 1. Ordlyden «enhver opplysning» tilsier at *alle* former for informasjon er omfattet av bestemmelsen. Bestemmelsen angir ingen spesifikke form- eller innholds krav til informasjonen. Forutsetningen er at «personopplysning[en]» har en direkte kobling til en «fysisk person», som omtales som «den registrerte».³⁶ Artikkelen oppstiller et tilknytningskrav til en fysisk person, opplysninger om juridiske personer og selskaper faller utenfor anvendelsesområdet jf. GDPR art. 4 nr. 1.

Videre er «behandling» definert som «enhver operasjon eller rekke av operasjoner» som gjøres enten «automatisert eller ikke» jf. art. 4 nr. 2. Artikkelen lister opp et stort spekter av ulike operasjoner og aktiviteter som omfattes, listen kan ikke oppfattes som uttømmende jf.

³³ Aall (2018) s. 251

³⁴ Schartum (2020) s. 13

³⁵ Se punkt 2.3

³⁶ Se punkt 1.3.1

ordlyden «f.eks.». Enhver håndtering eller bruk av personopplysninger omfattes av ordlyden, og det innebærer at behandlingsvilkåret er oppfylt ved håndtering av personopplysninger.³⁷

1.4 Avgrensninger og presiseringer

Oppgaven avgrenses til å behandle adgangen til å iverksette kontrolltiltak etter hovedbestemmelsen aml. § 9-1. Kun kontrolltiltak som er særlig aktuelle for hjemmekontor drøftes, herunder tilgjengelighetsstatus på samhandlingsverktøy, logging av tastatur og pålegg om kontinuerlig bruk av webkamera. Tiltakene er valgt med bakgrunn i oppgavens problemstilling og de illustrerer en gradering av hvor inngripende kontrolltiltak arbeidsgiver kan iverksette. Fremstillingen vil imidlertid ikke være dekkende for alle tenkelige kontrolltiltak som kan iverksettes på hjemmekontor.

Oppgaven tar utgangspunkt i det individuelle arbeidsforholdet, kollektive tariffavtaler vil ikke behandles. Kontrolltiltakene er ikke omfattet anvendelsesområdet til aml. §§ 9-3 og 9-4. Tiltakene faller også utenfor virkeområdene til aml. §§ 9-5 og 9-6 med tilhørende forskrifter, begrunnelsen for dette kommer jeg tilbake til.³⁸ Andre reguleringer eller begrensninger i spesiallovgivningen er ikke relevant for oppgaven.

Drøftelses- og informasjonsplikten i aml. § 9-2 er en saksbehandlingsregel, og brudd på denne plikten kan være et moment i aml. § 9-1.³⁹ Bestemmelsen oppstiller krav om å involvere arbeidstakere før iverksettelsen av kontrolltiltak, men brudd på plikten medfører ikke automatisk at kontrolltiltaket er ulovlig. I min fremstilling er det ikke treffende å drøfte § 9-2 fordi problemstillingen er avgrenset til å drøfte lovligheten av konkrete kontrolltiltak.

Ved innhenting av personopplysninger skal arbeidsgiver ivareta arbeidstakers personvernrettigheter etter GDPR. På grunn av oppgavens omfang avgrenses personvernspørsmålet til arbeidsgivers lovlighet av å behandle personopplysninger jf. GDPR art. 6. For å unngå overfladisk behandling av spørsmålet vil kun art. 6 nr. 1 bokstav f

³⁷ Skullerud (2022) Kommentar til art. 4

³⁸ Se punkt 3.3.1, 3.4.1 og 3.5.1

³⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

behandles, dette behandlingsgrunnlaget er som regel det aktuelle ved innføring av kontrolltiltak.⁴⁰

1.5 Videre fremstilling

I punkt 2 vil det rettslige grunnlaget for kontrolltiltak gjøres rede for. Her vil både reglene etter arbeidsmiljøloven aml. § 9-1 og GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f generelt bli utpenslet, det setter rammene for den videre vurderingen av utvalgte kontrolltiltak. Det er et komplekst og fragmentert regelverk, og samspillet mellom vilkårene er kommentert i punkt 2.4.

I punkt 3 behandles lovligheten av utvalgte kontrolltiltak, herunder tilgjengelighetsstatus på samhandlingsverktøy, logging av tastatur og pålegg om bruk av webkamera.

Saklighetsvilkåret er behandlet samlet i punkt 3.2, begrunnelsen for dette valget er at saklighetsvilkåret vil ha tilnærmet like vurderinger når arbeidsgiver ønsker å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse.

Avslutningsvis vil jeg i punkt 4 gi en oppsummering og vurdering av problemstillingen.

⁴⁰ Blekastad (2021) s. 261

2 Rettslig grunnlag for kontrolltiltak

2.1 Arbeidsgivers styringsrett

Arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak er utviklet som en forlengelse av arbeidsgivers styringsrett. For å forstå innholdet i styringsretten så må det rettslige utgangspunktet for et arbeidsforhold klarlegges. Utgangspunktet for et arbeidsforhold er den individuelle arbeidsavtalen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Arbeidsavtalen skal være skriftlig og angi «opplysninger om forhold av vesentlig betydning i arbeidsforholdet» jf. aml. §§ 14-5 og 14-6. Arbeidstaker og arbeidsgivers gjensidige plikter og rettigheter kan ikke angis i detalj, det er en konsekvens av at arbeidsavtalen i utgangspunktet er en tidsubestemt kontrakt jf. § 14-9 (1). Arbeidstaker skal stille seg til disposisjon for arbeidsgiver i arbeidstiden,⁴¹ og arbeidsgiver plikter blant annet å gi arbeidsoppgaver og utbetale lønn i henhold til arbeidsavtalen. Arbeidstakers arbeidsoppgaver kan variere over tid etter virksomhetens behov, og eventuelle endringer må foreligge innenfor rammen av arbeidsforholdet.⁴² Arbeidskontrakten er altså dynamisk,⁴³ og arbeidsgivers styringsrett er av betydning ved tolkning av arbeidsforholdet.

Styringsretten er en ulovfestet rett som arbeidsgiver har i kraft av arbeidsavtalen med arbeidstaker. Rekkevidden og innholdet i styringsretten har sterkt juridisk fotfeste, det er blant annet et forutsatt premiss i arbeidsavtalen, arbeidsmiljøloven og lovgivningen ellers. I Nøkkdommen uttalte Høyesterett at styringsretten gir arbeidsgiver rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet». En naturlig konsekvens av styringsretten er at arbeidsgiver står i en maktposisjon overfor arbeidstaker, eksempelvis ved å bestemme arbeidstakers arbeidstid. Arbeidstaker plikter å etterleve arbeidsgivers endringer og pålegg, arbeidstakers lojalitetsplikt er en nødvendig forutsetning for at arbeidsgiver skal ha reell styringsrett.⁴⁴

Arbeidsavtalen er en sentral kilde for å tolke innholdet i styringsretten, men samfunnsutviklingen kan også påvirke hva som er «rimelig» for å fastsette arbeidsgivers

⁴¹ Rt. 2001 s. 418 Kårstø

⁴² Rt. 2000 s. 1602 Nøkk

⁴³ Fougner (2019) s. 90-91

⁴⁴ Rt. 1990 s. 607 Saga Data

styringsrett.⁴⁵ Ettersom innholdet i arbeidsgivers styringsrett varierer blir handlingsrommet omtalt som en «restkompetanse» jf. Kårstø-dommen.⁴⁶ Et eksempel på begrensning i styringsretten finner vi i arbeidsmiljølovens kapittel 9 hvor arbeidsgiver må forholde seg til lovens rettslige rammer for iverksettelse av kontrolltiltak.

2.2 Vilkår for å iverksette kontrolltiltak

2.2.1 Rettslig utgangspunkt og termen «kontrolltiltak»

Det følger av aml. § 9-1 (1) at «arbeidsgiver» kan iverksette «kontrolltiltak» overfor «arbeidstaker». Tiltaket må ha en «saklig grunn i virksomhetens forhold» og det kan ikke innebære en «uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren» jf. § 9-1 (1). Vilkårene for å iverksette kontrolltiltak er selvstendige, men forarbeidene presiserer at bestemmelsen legger opp til en «bred skjønnsmessig avveining [...]».⁴⁷ Innholdet i vilkårene vil bli utpenslet isolert, og den brede vurderingen anvendes i lovlighetsvurderingene av kontrolltiltakene i punkt 3.

Innholdet i termen «kontrolltiltak» må nærmere redegjøres, lovgivningen gir ingen legaldefinisjon. Ordlyden «kontrolltiltak» tilsier at tiltak som innebærer en form for innsyn, tilsyn eller overvåkning er omfattet. Ordlyden er vid, og utgangspunktet er at alle typer kontroll- og overvåkningstiltak omfattes av ordlyden. Eksempler på kontrolltiltak er innsyn i e-post, tidsregistrering og innhenting av helseopplysninger. Forarbeidene angir at kontrolltiltak kan ha grunnlag i «teknologiske, økonomiske, sikkerhets- og helsemessige omstendigheter, samt andre sosiale og organisatoriske forhold i bedriften».⁴⁸ Uttalelsen understreker at ordlyden omfavner et bredt spekter av kontrolltiltak, og det er ikke mulig å angi en uttømmende liste.

På grunn av den vide forståelsen av «kontrolltiltak», kan det være nødvendig å trekke en nedre grense av ordlyden «kontrolltiltak» for å fastslå når aml. § 9-1 kommer til anvendelse. Arbeidslivslovutvalget bekrefter at det er nødvendig å trekke en nedre grense da konkrete saksbehandlingsregler slår inn ved iverksettelse av kontrolltiltak. En nærmere avgrensning må

⁴⁵ Rt. 2000 s. 1602 Nøkk

⁴⁶ Rt. 2001 s. 418 Kårstø

⁴⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144

⁴⁸ Ibid. s. 135

vurderes ut ifra en «utvikling av administrativ praksis og rettspraksis, og hvor tiltakenes formål og hvor inngrepene de virker for arbeidstakerne».⁴⁹ Bestemmelsen § 9-1 er en rettslig standard, hvor innholdet i vilkårene kan endres over tid. Hensikten med bestemmelsen er ikke å innføre et «unødvendig byråkrati» i virksomhetens daglige drift. Arbeidsgiver skal i kraft av sin styringsrett ha mulighet til å treffe beslutninger om arbeidstid og arbeidsoppgaver. Ved tvil om tiltaket er et «kontrolltiltak» er det sentralt å se hen til hvor inngrepene tiltaket er overfor arbeidstaker. Dersom tiltaket ikke er av inngrepene karakter vil man sjeldent stå overfor et «kontrolltiltak» etter § 9-1.⁵⁰ I slike tilfeller kommer ikke reglene i kap. 9 til anvendelse, og arbeidsgivers styringsrett vil være det rettslige utgangspunktet for kontrollen.

2.2.2 Krav til saklighet

Kontrolltiltaket må ha en «saklig grunn» i «virksomhetens forhold» jf. § 9-1 (1). Ordlyden «saklig grunn» tilsier at arbeidsgiver må kunne påvise at det foreligger en konkret årsak som gjør det nødvendig å iverksette et kontrolltiltak. Tiltaket kan ikke være grunnløst eller motivert av utenforliggende hensyn. Forarbeidene viser til at saklighetsvilkåret kan forankres i «teknologiske, økonomiske, sikkerhets-, arbeidsmiljø- og helsemessige forhold».⁵¹

Saklighetsvilkåret må knyttes til «virksomhetens forhold» jf. § 9-1 (1). Ordlyden «virksomhetens forhold» tilsier at kontrolltiltaket *må* knyttes til behov eller formål i den spesifikke virksomheten. Begrunnelser som gis i generelle eller alminnelige samfunnsforhold faller i utgangspunktet utenfor bestemmelsens virkeområde.⁵²

Formålet med saklighetsvilkåret er å verne arbeidstakere mot vilkårlige inngrep i deres personlige integritet. For å verne arbeidstakere er det sentralt at arbeidsgiver har en «saklig grunn» overfor den *enkelt* arbeidstaker. Arbeidsgiver vil ikke nødvendigvis ha grunnlag for å iverksette samme kontrolltiltak overfor alle arbeidstakere i samme virksomhet. Som forarbeidene understreker kan et flyselskap ha «saklig grunn» for å pålegge tilfeldig rusmiddeltesting av flyvere og kabinansatte, men kontrolltiltaket er nødvendigvis ikke «saklig» overfor kontorpersonellet i flyselskapet.⁵³

⁴⁹ NOU 2004: 5 s. 435

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid. s. 145

Vilkåret skal leses som krav om «*tilstrekkelig saklig grunn*», og det innebærer at tiltaket skal være «egnet til å avdekke og forebygge» den sikkerhetsrisikoen som arbeidsgiver ønsker å eliminere.⁵⁴ Arbeidsgiver må altså sørge for at tiltaket er formålstjenlig. Hvilke tiltak som er tilstrekkelige innebærer også at arbeidsgiver skal velge det kontrolltiltaket som er minst inngripende overfor arbeidstaker.⁵⁵ Det er sentralt at arbeidsgiver velger det minst inngripende tiltaket for å opprettholde arbeidstakervernet som arbeidsmiljøloven oppstiller, det innebærer å avstå fra å iverksette uegnede og inngripende tiltak overfor arbeidstaker.

Saklighetsvilkåret må være oppfylt til enhver tid, forarbeidene betegner det som «*vedvarende saklighet*».⁵⁶ Tiltaket må avvikles når behovet opphører eller er betydelig redusert. At det er krav om vedvarende saklighet, kan også begrunnes i arbeidsmiljølovens mål om å verne arbeidstaker. Arbeidsgiver må sørge for at tiltaket avvikles når saklighetsgrunnen har opphørt slik at arbeidstaker ikke blir utsatt for usaklig kontroll som ikke har grunnlag i lov.

Saklighetsvilkåret kan tolkes som en «inngangsport» for å iverksette et kontrolltiltak jf. § 9-1 (1). Der arbeidsgivers formål med kontrolltiltaket er usaklig, er det ikke videre adgang til å foreta en forholdsmessighetsvurdering. Forarbeidenes presiseringer om tilstrekkelig og varig saklighet gir viktige tolkningsbidrag for å verne arbeidstakere mot usaklige og grunnløse kontrolltiltak.

2.2.3 Krav til forholdsmessighet

Videre må arbeidsgiver vurdere om kontrolltiltaket medfører en «uforholdsmessig belastning» overfor arbeidstaker jf. § 9-1 (1). Ordlyden legger opp til en forholdsmessighetsvurdering, en avveining mellom arbeidsgivers behov for kontrolltiltak og kontrolltiltakets belastning overfor arbeidstaker. Momenter som er drøftet i saklighetsvurderingen er relevant i forholdsmessighetsvurderingen ettersom den angir arbeidsgiverens behov for kontrolltiltaket.⁵⁷

I forholdsmessighetsvurderingen skal man se hen til den «belastning[en]» arbeidstaker påføres. Ordlyden «belastning» sikter til den påkjenning eller ulempe arbeidstaker påføres

⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Se punkt 2.3.2

som følge av tiltaket. Forarbeidene viser til en rekke momenter som er relevante, «tiltakets formål (..), kontrollens art (..), hvordan den praktisk skal gjennomføres, hvilke inngrep i arbeidstakernes personvern det vil være tale om, om sentrale personvern hensyn er ivaretatt gjennom forsvarlige metoder som sikrer klare testresultater, i hvilken grad arbeidsgiver har sikret begrenset tilgang til de data som fremkommer (..)». ⁵⁸ Listen over ikke uttømmende, og arbeidsgiver må konkret vurdere om tiltaket overskrider lovens tålegrense.

Kontrollens art er et sentralt moment i det praktiske rettsliv, altså hvorvidt kontrollen er enkeltstående eller vedvarende. ⁵⁹ Det kan trekkes et skille mellom overvåkning og kontroll. Overvåkning innebærer at opplysninger om arbeidstaker systematisk blir innhentet og rapportert, mens kontroll dreier seg om enkeltstående rapportering i tidsavgrensede perioder. Hvilken form som benyttes har betydning for hvor belastende tiltaket oppleves for arbeidstaker. I fremstillingen praktiseres det ikke et skarpt skille mellom overvåkning og kontroll. Enkelte steder er det aktuelt å vise til momentet, men det er begrenset hvor mye kontrollens art kan vektlegges. Bakgrunnen er at momentet blant annet beror på en konkret vurdering av omfanget av opplysninger som registreres og analyseres. På grunn av oppgavens omfang er det ikke mulig å avdekke all informasjon som innhentes gjennom tjenestene. ⁶⁰

Ved iverksettelse av kontrolltiltak på hjemmekontor er det særlig aktuelt å vurdere hvorvidt tiltaket griper inn i arbeidstakers personlig integritet og privatlivets fred. Vilråene vil bare unntaksvis være oppfylt dersom tiltaket medfører et «ikke ubetydelig inngrep» i rettsgoder som personlig integritet og privatlivets fred. ⁶¹ På grunn av det brede spekteret av ulike kontrolltiltak som kan iverksettes, er det sentralt at aml. § 9-1 (1) inneholder et vilkår om forholdsmessighet for å verne arbeidstakers fysiske og psykiske integritet.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁵⁹ Storeng (2020) s. 414

⁶⁰ FAFO (2023) s. 9

⁶¹ NOU 2004: 5 s. 433

2.3 Rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger

2.3.1 Grunnleggende prinsipper ved behandling av personopplysninger

Enkeltmennesket har en rett til å kontrollere egne personopplysninger, og utgangspunktet er at all behandling av personopplysninger er forbudt, med mindre vilkårene i GDPR er oppfylt. Gjennom kontrolltiltak kan arbeidsgiver få innsikt i arbeidstakers personopplysninger, og arbeidsgiver er pliktig til å overholde personvernlovgivningen jf. aml. § 9-1 (2).

Personopplysningsloven § 2 angir at loven og GDPR gjelder ved «helt eller delvis automatisert» «behandling» av «personopplysninger» jf. § 2.⁶² Det må vurderes konkret om opplysningene som fremkommer av kontrolltiltaket er «personopplysninger». Opplysninger som innhentes gjennom digitale kontrolltiltak skjer «automatisk» fordi opplysningene innhentes og registreres uten noen form for direkte inngrep fra arbeidsgiver, funksjonene kan imidlertid variere fra kontrolltiltak til kontrolltiltak. På et generelt grunnlag, kan det fastslås at digitale kontrolltiltak innhenter opplysninger «automatisk», typisk gjennom en datamaskin eller programvare jf. § 2.

Der arbeidsgiver får innsikt i personopplysninger, må arbeidsgiver kontrollere om det foreligger en lovlig adgang til å behandle personopplysningene. GDPR art. 5 oppstiller de overordnede prinsippene for behandling av personopplysninger, opplysningene skal blant annet behandles på en «lovlig, rettferdig og åpen» måte jf. art. 5 nr. 1 bokstav a. Kravet om lovlighet er en henvisning til at arbeidsgiver må ha et behandlingsgrunnlag. Behandlingen er lovlig hvis et av alternativene i art. 6 nr. 1 er oppfylt, som nevnt er bokstav f det aktuelle behandlingsgrunnlaget i oppgaven.

2.3.2 Arbeidsgivers «berettigede interesse[r]» jf. art. 6 nr. 1 bokstav f

Det følger av art. 6 nr. 1 bokstav f at det må foreligge «berettigede interesse[r]» som begrunner behandlingen av personopplysningene. Videre må behandlingen være «nødvendig» for å ivareta de berettigede interessene. Til slutt må det foretas en interesseavveining hvor de

⁶² Se definisjon av «behandling» av «personopplysninger» i punkt 1.3.4

berettigede interessene må veie tyngre enn de «registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter» jf. bokstav f.

Arbeidsgiver må for det første ha «berettigede interesse[r]» som begrunner behandlingen av personopplysningene jf. art. 6 nr. 1 bokstav f. Ordlyden «berettigede interesse[r]» tilsier at arbeidsgiver må ha en legitim begrunnelse for behandlingen. Interessen må være rimelig og fornuftig for å gi grunnlag til å behandle personopplysningene. Artikkel 29-gruppen poengterer at en av de vanligste situasjonene der det oppstår spørsmål om berettiget interesse er ved overvåking av ansatte med sikkerhets- eller ledelsesformål.⁶³

Fortalepunkt 47 angir presiseringer om hvordan vilkåret skal forstås, eksempler på berettigede interesser kan være å drive markedsføring og beskytte seg mot svindel. Og i fortalepunkt 48 understrekes det at personopplysninger «internt i konsernet med henblikk på interne administrative formål, herunder behandling av kunders eller arbeidstakers personopplysninger» er berettiget. Det skal tas hensyn til «de registrertes rimelige forventinger på grunnlag av forholdet mellom dem og den behandlingsansvarlige». Der den registrerte er i behandlingsansvarliges tjeneste kan det tas utgangspunkt i hva som er relevant og passende etter partenes forhold. En slik vurdering vil i stor grad bero på partenes subjektive oppfatninger og forventninger. Arbeidstaker er underordnet arbeidsgiver, og av hensyn til arbeidstaker må vedkommendes oppfatninger tillegges vekt ved behandling av personopplysningene.

Både ordlyden og fortalepunktene legger til grunn en vid forståelse av «berettigede interesse[r]». Høyesterett har sluttet seg til tilsvarende forståelse av ordlyden, i Legelistedommen ble det enstemmig konkludert at Legelisten.no hadde behandlingsgrunnlag for å registrere og publisere subjektive pasientvurderinger av helsepersonell jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.⁶⁴ Saken gjaldt ikke personvern ved kontrolltiltak, men Høyesteretts generelle redegjørelse av GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f kan klarlegge innholdet i artikkelen. Ved fastsettelse av de rettslige utgangspunktene viser førstvoterende til tingrettens vurdering, de berettigede interessene var flere, herunder «pasienters ytringsfrihet, forbrukerinteresser, konkurransehensyn, andre allmenntilgynnsomme hensyn som mulighet for bedre helsetilbud og

⁶³ WP217 s. 25

⁶⁴ HR-2021-2403-A Legeliste

Legelistens økonomiske formål». ⁶⁵ Dommen bekrefter at det foreligger et bredt spekter av berettigede interesser som ikke kan angis uttømmende jf. art. 6 nr. 1 bokstav f.

Art. 6 nr. 1 bokstav f viser også til at «formål[et]» skal «knytte[s]» opp til de «berettigede interessene». Ordlyden «formål» tilsier at det siktes til at behandlingsansvarlig må oppnå et konkret mål eller hensikt med behandling av opplysningene. Det kan være utfordrende å skille vilkårene «formål» og «berettiget interesse[.]» fordi ordlyden i begrepene langt på vei er sammenfallende. Artikkel 29-gruppen har forsøkt å klarlegge sontringen, formålet skal forstås som den spesifikke årsaken til at personopplysningene skal behandles. Den berettigede interessen sikter til hvilken *fordel* arbeidsgiver får som følge av å behandle personopplysningene. ⁶⁶ I tråd med Artikkel 29-gruppens redegjørelse av «formål» vil vilkåret være sammenfallende med saklighetsvilkåret i aml. § 9-1, formålet vil derfor ikke behandles nærmere. ⁶⁷ Dette støttes av Legeliste-dommens behandling av art. 6 nr. 1 bokstav f, hvor vilkåret «formål» ikke ble tillagt noe vekt i vurderingen av behandlingsgrunnlag. ⁶⁸

For det andre må behandlingen være «nødvendig» for «formål knyttet til de berettigede interessene» jf. art. 6 nr. 1 bokstav f. Ordlyden «nødvendig» tilsier at den aktuelle behandlingen er påkrevd for å oppnå formålet med behandlingen av personopplysningene. Et nødvendighetskrav gir uttrykk for at det foreligger et strengt og absolutt krav. Behandlingen er ikke «nødvendig» der behandlingsansvarlig kan oppnå de berettigede interessene med mindre inngripende og alternative fremgangsmåter. Det innebærer også at behandlingsansvarlig skal innhente et minimum av opplysninger, altså kun de opplysningene som er «nødvendig» for oppnå formålet. Det skal innhentes en begrenset mengde med opplysninger, overflødige opplysninger skal ikke samles inn og behandles. Ordlyden gir uttrykk for prinsippet om dataminimering, prinsippet utgjør en sentral del av personvernretten og kommer blant annet til uttrykk i GDPR art. 5 nr. 1 bokstav c. Med utgangspunkt i ordlyden og minimumsprinsippet skal nødvendighetsvilkåret forstås strengt, hvor behandlingsansvarlig både må sørge for at fremgangsmåten og omfanget av opplysninger som innhentes ikke overskrider hva som er «nødvendig».

⁶⁵ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 51

⁶⁶ WP217 s. 24

⁶⁷ Se punkt 3.2

⁶⁸ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 50

I Legeliste-dommen angir førstvoterende at nødvendighetskravet er «uttrykt (..) noe forskjellig (..) i ulike kilder», det legges videre til grunn at «ordet «nødvendig» [ikke er] et krav om [at] alle sider ved behandlingen må være absolutt påkrevet». ⁶⁹ Høyesteretts tolkning støtter seg til EU-domstolens avgjørelse *Asociația de Proprietari*. ⁷⁰ Saken gjaldt bruk av videoovervåkningsutstyr i et boligsameie som hadde tilfeller av innbrudd og hærverk, andre sikkerhetstiltak var forsøkt uten resultat. EU-domstolen overlot den nasjonale domstolen til å avgjøre installasjonens lovlighet, men ved tolkningen av nødvendighet la domstolen til grunn at man skal velge det tiltaket som med rimelighet kan realisere de berettigede interessene. ⁷¹ Tolkningssuttalelsen fra EU-domstolen gir holdepunkter for vilkåret ikke skal forstås som krav absolutt nødvendighet, og tilsvarende slutter Høyesterett seg til. ⁷² Høyesterett legger til grunn at vurderingstemaet må forstås som «hvilke tiltak som skal til for å *realisere* formål knyttet til de berettigede interessene». ⁷³ En slik forståelse avviker fra ordlydstolkningen, men et krav om absolutt nødvendighet vil medføre urealistisk høye krav ved behandling av personopplysninger. Høyesterett og EU-domstolen er samstemte i forståelsen av «nødvendig», og det må derfor legges til grunn at forståelsen av ordlyden er gjeldende rett.

For det tredje må de «berettigede interessene» veie tyngre enn «de registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter» jf. art. 6 nr. 1 bokstav f. Ordlyden «grunnleggende rettigheter og friheter» omfatter mer enn bare personvernet, andre rettigheter som ytringsfrihet, privatliv og religionsfrihet må vektlegges i vurderingen. ⁷⁴ Bestemmelsen legger opp til en interesseavveining av de grunnleggende rettighetene og arbeidsgivers «berettigede interesse[r]». Høyesterett presenterer vurderingen som en balansetest mellom «motstridende fundamentale rettigheter og friheter som beskyttes av europaretten». ⁷⁵ EU-domstolen har uttrykt at en generell avveining ikke er tilstrekkelig, det må foretas en konkret vurdering i hver sak. ⁷⁶ Den konkrete vurderingen skal verne den registrertes personopplysninger og rettigheter, den brede vurdering sørger for at behandlingsansvarlig må ta stilling til behandlingens konsekvenser og hvordan den registrertes interesser ivaretas.

⁶⁹ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 54

⁷⁰ Sag C-708/18 TK mod *Asociația de Proprietari*

⁷¹ *Ibid.* avsn. 47

⁷² Skullerud (2022) Kommentar til art. 6

⁷³ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 61

⁷⁴ Se GDPR fortalepunkt 4

⁷⁵ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 63

⁷⁶ Sag C-708/18 TK mod *Asociația de Proprietari* avsn. 53

Behandlingsansvarlig må kartlegge hvilke konsekvenser behandlingen kan få for den registrerte interesser, rettigheter og friheter jf. art. 6 nr. 1 bokstav f. I Legeliste-dommen var de grunnleggende rettighetene legenes rett til respekt for privatliv og familieliv, samt rett til beskyttelse av personopplysninger.⁷⁷ Videre poengterer Høyesterett, med henvisning til Asociația de Proprietari-avgjørelsen, at det er vesentlig å se hen til «grovheten av krenkelsen av de registrertes rettigheter og friheter», samt «hvor følsomme personopplysningene er, antallet personer som har fått tilgang til dem, og hvordan man kan få tilgang til dem».⁷⁸ På den andre siden må man se hen til om behandlingsansvarliges berettigede interesser må tillegges nevneverdig vekt, dette vil påvirkes av hvor «aktverdig» interessen er.⁷⁹ Samlet sett omfatter interesseavveiningen et bredt spekter av ulike momenter, og det vurderes konkret hvilke interesser som er aktuelle og hvordan disse skal balanseres.

2.4 Forholdet mellom vilkårene i aml. § 9-1 (1) og GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f

Vilkårene i arbeidsmiljøloven § 9-1 og GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f har visse fellestrekk. Begge bestemmelsene legger opp til en samlet avveining, hvor flere av momentene i drøftelsene langt på vei kan være sammenfallende. Samspillet mellom vilkårene må avklares før den konkrete vurderingen av kontrolltiltakene i punkt 3.

Relasjonen mellom vilkårene er kommentert i arbeidsmiljølovens forarbeider. I forarbeidene angis det at «mye [...] taler for at de arbeidsrettslige regler og personopplysningslovens vilkår vil kunne fortolkes og praktiseres i lys av hverandre». Videre presiserer departementet at «dette ikke minst [er] fordi arbeidsrettslige prinsipper, som foreslås kodifisert, langt på vei må sies å inneholde de samme personvernnormer som personopplysningsloven bygger på. Dette gjelder særlig bestemmelsen i personopplysningsloven § 8 bokstav f [...]».⁸⁰ Uttalelsen er gitt til den opphevede personopplysningsloven, men forarbeidsuttalelsen er likevel aktuell for dagens rettstilstand fordi bestemmelsen har nærmest sammenfallende ordlyd som GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.⁸¹ Det er også uttalt i forarbeidene til dagens personopplysningslov at det er et

⁷⁷ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 64

⁷⁸ Ibid. avsn. 65

⁷⁹ Skullerud (2022) Kommentar til art. 6

⁸⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 146

⁸¹ Opphevet personopplysningslov § 8 bokstav f

«generelt synspunkt om at vilkårene for å behandle personopplysninger etter personopplysningsloven § 8 bokstav f normalt vil være oppfylt dersom vilkårene for å gjennomføre kontrolltiltaket etter arbeidsmiljølovens regler er til stede».⁸²

Forarbeidsuttalelsene angir et utgangspunkt om at vilkårene er sammenfallende. Der vilkårene for kontrolltiltak er oppfylt, kan arbeidsgiver i utgangspunktet lovlig behandle personopplysningene som fremkommer av tiltaket. Imidlertid kritiserer Datatilsynet i sitt høringssvar om hvordan samspillet mellom vilkårene blir presentert. De poengterer at det er «stor forskjell på en vurdering av om et tiltak kan begrunnes saklig og spørsmålet om arbeidsgiver har behandlingsgrunnlag med hensyn til personopplysningene».⁸³ Departementet støtter Datatilsynets syn, men departementets oppfatning er at vilkåret om «saklig grunn vil normalt føre til at personopplysningslovens vilkår om berettiget interesse vil være oppfylt» og «kravet om forholdsmessighet vil «i alminnelighet [...] innebære at [...] hensynet til arbeidstakernes personvern ikke må overstige arbeidsgivers berettigede interesse [...]».⁸⁴ Langt på vei gir forarbeidene sterkt uttrykk for at vilkårene i aml. § 9-1 (1) og GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f er sammenfallende. Som Datatilsynet poengterer, gir bestemmelsene uttrykk for ulike hensyn, og det er ikke alltid en automatikk i at vilkårene får sammenfallende vurderinger. Rekkevidden av samspillet mellom vilkårene må derfor nærmere klarlegges.

Samspillet mellom vilkårene er ikke avklart av Høyesterett. For å belyse rekkevidden vises til det lagmannsrettsdommer. Dommene har begrenset rettskildemessig vekt, men slutningene kan likevel gi veiledning for forståelsen av samspillet mellom regelverkene. Hålogaland lagmannsrett behandlet en sak om en GPS-logg kunne fremlegges som bevis i en tvist om oppsigelse av et arbeidsforhold.⁸⁵ Høyesterett forkastet anken om lovtolkning og saksbehandling, det ble enstemmig avgjort at anken «klart» ikke kunne føre frem.⁸⁶

Lagmannsretten konkluderte med at beviset var fremskaffet på en utilbørlig måte, men beviset kunne likevel fremlegges av hensyn til sakens opplysning. Formålet med GPS-loggen var å sikre effektiv administrasjon og drift, samt utarbeide arbeidsplaner og normere tidsforbruk ved tømning av søppeldunkene. Lagmannsretten konkluderte med at det opprinnelige formålet ikke var i strid med personopplysningsloven § 8 bokstav f. Bruken av GPS-loggen,

⁸² Prop. 56 LS (2017-2018) s. 171

⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ LH-2011-26141 GPS

⁸⁶ HR-2011-1019-U

herunder arbeidsgivers oppsigelse av arbeidstakeren, hadde dermed et annet formål enn det opprinnelige. Retten anså denne bruken som et selvstendig kontrolltiltak, men denne bruken hadde ikke arbeidsgiver drøftet etter arbeidsmiljøloven. Lagmannsretten mente at arbeidsgivers manglende behandling av arbeidsmiljøloven talte for at personopplysningene var rettmessig behandlet etter personopplysningsloven § 8 bokstav f. Lagmannsrettens forståelse av bestemmelsene illustrerer en nær kobling mellom lovverkene.

Videre behandlet Borgarting lagmannsrett en sak som gjaldt et krav mot arbeidsgiver om erstatning og oppreisning for psykisk skade.⁸⁷ Saken ble anket til Høyesterett, men ble avvist av ankeutvalget.⁸⁸ Arbeidstaker krevde erstatning fordi hun hevdet at hun var utsatt for trakassering av arbeidsgiver i forbindelse med en tvist i arbeidsforholdet, herunder arbeidsgivers bruk av kontrolltiltak for å avdekke til hvilke tider arbeidstaker hadde vært pålogget PC-en. Arbeidsgiver hadde en konkret mistanke om at det var utbetalt lønn for urettmessig fravær, og iverksatte derfor kontrolltiltak for å avdekke arbeidstid. I forholdsmessighetsvurdering la lagmannsretten avgjørende vekt på at informasjonen som var innhentet var avgrenset til å kun gjelde tidsregistreringer i filsystemet, og det forelå ingen alternative måter å kontrollere tilstedeværelsen. Tiltaket avdekket ikke sensitive personopplysninger, og belastningen overfor arbeidstaker var «relativt begrenset». På bakgrunn av disse momentene konkluderte lagmannsretten i Billakkeringsdommen at arbeidsgivers kontrollbehov var mer tungtveiende enn arbeidstakers personvern. Tiltaket medførte ikke en «uforholdsmessig belastning» overfor arbeidstaker jf. aml. § 9-1 (1).

Deretter vurderte lagmannsretten om behandlingen av personopplysningene var lovlig etter dagjeldende personopplysningsloven § 8 bokstav f. Det var problematisk at arbeidsgiver konkluderte kun ut ifra tidsregistreringene fordi arbeidstaker hadde arbeidsoppgaver som ikke var knyttet til bruk av PC. Metoden hadde «betydelige svakheter» som arbeidsgiver ikke tok høyde for. Behandlingen av personopplysningene var ikke i tråd med personopplysningsloven fordi opplysningene ikke kunne anvendes for å konkludere om uberettiget fravær.

Til tross for at vilkårene i GPS-dommen ble behandlet samlet, understreker Billakkeringsdommen at det i enkelte tilfeller må foretas isolerte vurderinger av vilkårene. Det er en naturlig konsekvens at de ulike bestemmelsene er selvstendige vilkår som skal

⁸⁷ LB-2007-121782 Billakkerings

⁸⁸ HR-2008-1570-U

ivareta ulike hensyn. Arbeidsmiljøloven en vernelov som skal sikre og hensynta arbeidstakeres rettigheter i et ansettelsesforhold jf. aml. §§ 1-1 og 1-9, og personopplysningsloven og GDPR skal verne den enkeltes personopplysninger jf. art. 1. Som GPS-dommen poengterer, regulerer arbeidsmiljøloven om kontrolltiltak kan *iverksettes* og personopplysningsloven regulerer om opplysningene kan *behandles*. Hvorvidt Billakkeringsdommen er et unntak eller ikke fra forarbeidenes utgangspunkt er vanskelig å fastslå. Likevel illustrerer den foregående drøftelsen at det nødvendigvis ikke er en automatikk i at vilkårene er helt sammenfallende, og vilkårene vil behandles separat i de konkrete drøftelsene av kontrolltiltak.

Avslutningsvis må det avklares hvilken rolle personvernet skal få i forholdsmessighetsvurderingen i § 9-1 (1). Arbeidsmiljølovens forarbeider angir at arbeidstakers personvern skal være et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen. Blant annet skal arbeidsgiver se hen til hvilket inngrep det er i arbeidstakers personvern, om sentrale personvern hensyn er ivaretatt og om man har sikret begrenset tilgang til opplysningene.⁸⁹ Forarbeidene kan gi uttrykk for at arbeidsgiver ikke kan konkludere på forholdsmessighetsvurderingen før personvernet er drøftet utførlig. Regelverkene skal praktiseres i lys av hverandre, og det er en naturlig konsekvens av at arbeidsgiver må ivareta arbeidstakers personvern for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø etter aml. § 1-1.

Likevel oppstiller regelverkene selvstendige vilkår, og som illustrert har domstolen tidvis drøftet regelverkene separat.⁹⁰ At personvernet skal drøftes i forholdsmessighetsvurderingen i aml. § 9-1 betyr nødvendigvis ikke at *behandlingen* av personopplysningene skal drøftes som sådan. Termen «personvern» dreier seg om å ivareta personlig integritet, altså arbeidstakers mulighet for privatliv, selvbestemmelse og selvutfoldelse.⁹¹ Derfor er det relevant å vurdere graden av inngrep i arbeidstakers personvern i forholdsmessighetsvurderingen, og deretter drøfte behandlingen av personopplysningene i tråd med personvernreglementet. Følgelig er det grunnlag å foreta selvstendige vurderinger av personvernet i aml. § 9-1 (1) og deretter drøfte behandlingen av personopplysningene etter GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) på s. 145

⁹⁰ LB-2007-121782 Billakkerings

⁹¹ Wessel-Aas (2018) s. 26

3 Tiltak for å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor

3.1 Bakgrunnen for kontroll av tilstedeværelse

Arbeidsavtalen skal angi arbeidstakers arbeidssted, og arbeidstaker plikter å utføre arbeidet på avtalt arbeidssted jf. aml. § 14-6 (1) bokstav b. Arbeidsgiver og arbeidstaker kan avtale at arbeidet skal utføres fra virksomhetens adresse eller helt eller delvis hjemmekontorløsning. Når den faste arbeidsplassen er virksomhetens adresse kan arbeidsgiver følge opp arbeidstakers tilstedeværelse på kontoret, eksempelvis få oversikt om arbeidstaker er disponibel til avtalt tid, arbeidstid og pauser. Det vil være relativt enkelt for arbeidsgiver å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse der alle parter befinner seg fysisk på arbeidsplassen, og dermed et mindre behov for å kontrollere tilstedeværelse gjennom andre verktøy. Det stiller seg imidlertid annerledes ved bruk av hjemmekontor, den manglende fysiske tilstedeværelsen kan i enkelte tilfeller gjøre det utfordrende for arbeidsgiver å ha oversikt og kontroll over arbeidstakers tilstedeværelse i arbeidstiden.

Ettersom fokuset i oppgaven er arbeidsgivers kontroll av arbeidstakers tilstedeværelse, vil de «saklig[e] grunn[ene]» langt på vei være sammenfallende for de ulike digitale kontrolltiltakene jf. aml. § 9-1 (1). For å unngå gjentakelse vil saklighetsvilkåret drøftes samlet i punkt 3.2. Forholdsmessighets- og personvernspørsmålene vil drøftes separat. Som forarbeidene har presisert beror lovlighetsvurderingen av kontrolltiltak på en bred skjønnsmessig vurdering.⁹² Saklighetsvilkåret er dermed av betydning for den helhetlige vurderingen av kontrolltiltakets gyldighet, og vilkåret kan derfor få ulikt utslag i drøftelsen av de enkelte kontrolltiltak. Enkelte momenter i saklighetsvurderingen vil imidlertid kun gjelde det konkrete tiltak, for eksempel må det vurderes konkret om tiltakets formål kan ivaretas på en annen mindre inngripende måte.⁹³

⁹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁹³ Ibid.

3.2 Arbeidsgivers «saklig[e] grunn» jf. aml. § 9-1 (1)

3.2.1 Saklighetsvilkårets utgangspunkt

For å kunne kontrollere tilstedeværelsen på hjemmekontor, må arbeidsgiver ha en «saklig grunn» jf. § 9-1 (1). Arbeidsgiver plikter å ivareta arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven og tilhørende forskrifter jf. § 2-1. I tillegg til at arbeidsgiver skal overholde reglene om arbeidsmiljø og HMS på hjemmekontoret, skal arbeidsgiver også sikre omsetning og drifte virksomheten økonomisk forsvarlig.⁹⁴ Kontroll av arbeidstakers tilstedeværelse kan begrunnes både i hensyn av arbeidstakers selv og driften av virksomheten. Det er viktig å poengtere at vilkåret må vurderes konkret overfor den enkelte arbeidstaker. Kontrolltiltaket må opphøre dersom saklighetsgrunnen er opphørt eller redusert, og behovet for digital kontroll vil opphøre dersom arbeidstaker befinner seg fysisk på arbeidsplassen.⁹⁵ I det følgende drøftes ulike «saklig[e] grunn[er]» som kan legitimere arbeidsgivers behov for kontroll av arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor jf. § 9-1.

3.2.2 Saklighetsvilkåret begrunnet i arbeidstakers helse

På hjemmekontor kan arbeidstakere i enda større grad regulere egen arbeidstid. Til tross for at hjemmekontor gir økt fleksibilitet, viser forskning at arbeidstakere på hjemmekontor jobber oftere utenfor normal arbeidstid, har lengre dager og kortere hvile.⁹⁶ Forskningsfunnene begrunnes i at arbeidstaker får kontrollere egen arbeidstid og skillet mellom jobb og privatliv blir flytende. Tendensene som fremgår av forskningen er problematiske fordi uregulert arbeidstid på sikt kan påvirke arbeidstakeres fysiske og psykiske helse.

Det er den individuelle arbeidsavtalen som fastsetter arbeidstakers arbeidstid jf. § 14-6 (1) bokstav j flg. Arbeidsmiljøloven kapittel 10 oppstiller de ytre rammene for regulering av arbeidstid og pauser. Reguleringen av arbeidstid skal beskytte arbeidstaker mot fysiske og psykiske belastninger, for eksempel mot lang og ubekvem arbeidstid jf. § 10-2. Hensynet bak arbeidsmiljølovens regulering av arbeidstid er å verne den enkelte arbeidstakers helse og velferd da arbeidsgivers plikter å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø jf. § 1-1 og 4-1. Det har blitt

⁹⁴ Hjemmekontorforskriften jf. §§ 3 og 4 jf. internkontrollforskriften

⁹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁹⁶ AFI (2022) s. 114

et gjennomgående problem i arbeidslivet at arbeidstakere- og arbeidsgivere sliter med å skille mellom jobb og privatliv. EU anser dette som et omfattende problem, og de vurderer å innføre regler om rett til å logge av utenom arbeidstiden.⁹⁷ Det er sentralt at arbeidsgiver sørger for at arbeidsmiljølovens begrensninger i arbeidstid blir overholdt for å ivareta arbeidstakers behov for fritid og avkobling.

Det er arbeidsgivers plikt å følge opp de ubehagelige konsekvensene arbeidstaker påføres som følge av uregulert arbeidstid. Arbeidstid og forsvarlig arbeidsmiljø utgjør følgelig «saklig[e] grunn[er]» i «virksomhetens forhold» som kan begrunne arbeidsgivers behov for å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor jf. § 9-1 (1).

3.2.3 Saklighetsvilkåret begrunnet i virksomhetens drift og økonomi

På den andre siden kan kontroll av tilstedeværelse begrunnes i virksomhetens interesser, som arbeidsgiver også plikter å ivareta. Som påpekt blir grensene mellom arbeid og privatliv flytende på hjemmekontor, og det kan påvirke arbeidstakers tilgjengelighet på hjemmekontoret. Forskningen viser at arbeidstakers privatliv påvirker arbeidstiden, forstyrrelser som hundelufting, barn, huslige forpliktelser og oppgaver kan medføre at arbeidsdagen forkortes.⁹⁸ Og i enkelte tilfeller kan arbeidsgivere bekymre seg for at arbeidstakere utnytter hjemmekontor til «gjemmekontor», det kan derfor oppstå et legitimt behov for å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse.

Arbeidsmiljøloven forutsetter en grunnleggende plikt at arbeidstaker skal være til stede i avtalt arbeidstid. Plikten kommer blant annet til uttrykk i § 10-1, hvor det angis at arbeidstaker skal være «til disposisjon for arbeidsgiver» i avtalt «arbeidstid». Ordlyden «til disposisjon» tilsier at arbeidstaker skal være til rådighet overfor arbeidsgiver. Forståelsen støttes av forarbeidene hvor det fastslås at vilkåret forutsetter at arbeidstaker er tilgjengelig for å «utføre arbeidsoppgaver i henhold til arbeidsavtalen».⁹⁹ For å drifte en virksomhet effektivt og lønnsomt kan arbeidsgiver ha et behov for disponible arbeidstakere i arbeidstiden. Dette behovet kan være like stort ved bruk av hjemmekontor, eksempelvis at arbeidstaker er disponibel til å påta seg nye arbeidsoppgaver eller være tilgjengelig for kunder. Manglende

⁹⁷ Schau (2023)

⁹⁸ AFI (2022) s. 166

⁹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 315

fysisk tilstedeværelse kan gjøre det nødvendig for arbeidsgiver å få oversikt over arbeidstakers tilstedeværelse. Arbeidstakers plikt om å være til arbeidsgivers rådighet utgjør en «saklig grunn» i «virksomhetens forhold» jf. aml. § 9-1 (1) jf. § 10-1.

Huslige og familiære forstyrrelser som kan påvirke arbeidstiden, alternativt kan arbeidstiden innhentes med kvelds- eller helgearbeid.¹⁰⁰ Det kan imidlertid også innebære at arbeidstaker ikke får anledning til å jobbe resterende arbeidstid på kveldstid. Konsekvensen er at arbeidstaker får ulegitimert fravær. Det er arbeidsavtalen som er utgangspunktet for å vurdere om arbeidstaker har ulegitimert fravær. Minstekravene til pause fremkommer av § 10-9, arbeidstaker har krav på pauser på «til sammen [...] minst en halv time» der daglig arbeidstid er minst åtte timer. Arbeidstaker har ikke krav på lønnet pause ut over hva som følger av arbeidsavtalen eller § 10-9. Det er ikke kostnadseffektivt for arbeidsgiver å lønne arbeidstakere i pauser de i utgangspunktet ikke har krav på. Arbeidstakers ulegitimerte fravær kan også videre påvirke virksomhetens drift, ved at arbeidsgiver eksempelvis ikke oppnår ønsket effektiv drift. Med ineffektive arbeidstakere taper arbeidsgiver omsetning, og på sikt kan arbeidsgiver risikere å måtte legge ned driften av virksomheten. For å sikre omsetning og drift er det derfor sentralt for arbeidsgiver å kontrollere at pauser blir overholdt, og det utgjør en «saklig grunn» i «virksomhetens forhold» jf. § 9-1 (1).

Ulegitimert fravær over tid kan innebære mislighold av arbeidsavtalen, og arbeidsgiver må eventuelt vurdere oppsigelse eller avskjed etter aml. kap. 15. Manglende fysisk tilstedeværelse kan medføre at arbeidstaker misligholder arbeidsavtalen ved å ikke arbeide eller være til stede på hjemmekontoret. Avfallsservice-dommen gjaldt en sjåfør som ble sagt opp som følge av avvik mellom timelister og bilens elektroniske logg.¹⁰¹ Tvisten dreide seg om arbeidsgivers gjenbruk av personopplysninger for å avdekke om arbeidstaker hadde tatt urettmessige pauser, opplysningene var opprinnelig innsamlet til virksomhetens administrasjon. Dommen kan derfor ikke anvendes direkte for drøftelsen av saklighetsvilkåret, men den illustrerer at det kan være grunnlag for å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse der det er mistanke om mislighold av arbeidsavtalen. Tilsvarende problem kan oppstå på hjemmekontor, arbeidsgiver kan for eksempel mistenke at arbeidstaker starter arbeidsdagen sin for sent eller er borte fra arbeidet uten tillatelse. Mistanke om mislighold av

¹⁰⁰ AFI (2022) s. 166

¹⁰¹ Rt. 2013 s. 143 Avfallsservice

tilstedeværelse på hjemmekontor utgjør en «saklig grunn» for arbeidsgiver til å iverksette kontrolltiltak på hjemmekontor jf. § 9-1 (1).

3.3 Tilgjengelighetsstatus på samhandlingsverktøy

3.3.1 Tiltakets innhold og rettslig grunnlag

Det finnes en rekke digitale arbeidsverktøy som tas i bruk på arbeidsplasser for å effektivt samarbeide og kommunisere med kollegaer, det er særlig praktisk der arbeidstakere befinner seg på tvers av arbeidsplassen og hjemmekontor. Enkelte av programvarene kan angi hvorvidt arbeidstaker er tilstedeværende på hjemmekontoret, for å illustrere problemstillingen tas det utgangspunkt i Microsoft Teams som leveres av skytjenesten Microsoft 365.

Gjennom Teams kan det arrangeres digitale møter, ringe og chatte med kollegaer og kunder, dele filer og oppgaver. Teams registrerer og rapporterer arbeidstakers individuelle arbeidsatferd i tjenesten, disse opplysningene er tilgjengelig for arbeidsgiver gjennom et administrasjonssenter.¹⁰² Arbeidsgiver får innsyn i store mengder opplysninger om den enkelte arbeidstaker, opplysninger som møtedeltagelse, samtalehistorikk og skjermdelingstid. I tillegg får arbeidsgiver innsyn i når arbeidstaker sist var aktiv i tjenesten.

Tilgjengelighetsstatusen blir oppdatert til et grønt symbol med statusen «tilgjengelig» når arbeidstaker bruker Teams. Aktivitet som endrer statusen, kan være å svare på en chat-tjeneste eller deltagelse i en Teams-samtale. Tilsvarende endres statusen automatisk når datamaskinen låses eller går i inaktiv- eller hvilemodus. Arbeidstakers inaktivitet vises som status «borte» eller «frakoblet».¹⁰³ Tilgjengelighetsstatusen i Teams kan dermed være en kilde for å kontrollere om arbeidstaker er tilstedeværende på hjemmekontoret.

Det må vurderes om tilgjengelighetsstatusen i Teams er et «kontrolltiltak» jf. § 9-1 (1). Til tross for at teknologien legger til rette for kontroll og overvåkning, har arbeidsgiver nødvendigvis ikke tenkt at Teams potensielt kan benyttes for kontroll av arbeidstaker.¹⁰⁴ Teams har en innebygd kontrollfunksjon, og det kan variere hvorvidt arbeidsgiver bruker funksjonen til kontroll av tilstedeværelse. Der arbeidsgiver jevnlig eller hyppig kontrollerer

¹⁰² FAFO (2023) s. 27

¹⁰³ Microsoft (u.å.) (b)

¹⁰⁴ Blekastad (2021) s. 238

tilgjengelighetsstatusen, kan kontrollen oppleves som belastende for arbeidstaker. Hvis arbeidsgivers formål er å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse gjennom tilgjengelighetsstatusen, utgjør det et «kontrolltiltak» jf. aml. § 9-1 (1).

Videre må det avklares hva som er kontrolltiltakets rettslige grunnlag. I aml. § 9-5 henvises det til forskrift om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale (e-postforskriften). Forskriften regulerer arbeidsgivers «innsyn» i opplysninger lagret i arbeidstakers «elektronisk utstyr» som er stilt til arbeidstakers disposisjon i arbeidet jf. forskriftens § 1 (1) bokstav b. Ordlyden «elektronisk utstyr» tilsier at teknologiske produkter, apparater og verktøy er omfattet. Datatilsynet slår fast at elektroniske kommunikasjonsmedier og utstyr er omfattet, eksempelvis en chat-tjeneste.¹⁰⁵ Ut i fra ordlyden er utgangspunktet at Teams er omfattet av forskriften siden Teams blant annet leverer en chat-tjeneste. Imidlertid er formålet med forskriften å verne arbeidstakere mot arbeidsgivers innsyn i elektronisk innhold som i utgangspunktet kun er til arbeidstakers rådighet, slik som e-post, chat, mobiltelefon og filer. Tilgjengelighetsstatusen er imidlertid synlig for arbeidsgiver uten at arbeidsgiver må kreve særskilt «innsyn» i arbeidstakers Teams, det tilsier at e-postforskriften ikke kommer til anvendelse. Dette støttes også av at innholdet i statusen ikke kan sammenlignes med den private korrespondansen som fremkommer av e-post, tekstmeldinger og lignende elektronisk materiale. Tilgjengelighetsstatus er ikke omfattet av ordlyden «elektronisk utstyr», og følgelig kommer arbeidsmiljølovens alminnelige regler om kontrolltiltak til anvendelse jf. kap. 9.

Arbeidsgiver må kunne påvise en «saklig grunn» som gjør det nødvendig å kontrollere tilgjengelighetsstatusen jf. aml. § 9-1. Saklighetsgrunnene som drøftet i punkt 3.2 kan legitimere arbeidsgivers behov for kontroll. Kontroll av tilgjengelighetsstatusen er egnet til å oppnå arbeidsgivers formål, herunder avdekke av arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontoret. Saklighetsgrunnene som illustrert i punkt 3.2 er dermed aktuelle ved for å begrunne behov for kontroll av tilgjengelighetsstatus. Vilkåret om «saklig grunn» er oppfylt jf. aml. § 9-1 (1).

¹⁰⁵ Datatilsynet (2022a)

3.3.2 Forholdsmessighetsvurdering av arbeidsgivers kontroll

Kontroll av tilgjengelighetsstatusen i Teams må ikke medføre en «uforholdsmessig belastning» overfor arbeidstaker jf. aml. § 9-1 (1). Innholdet i forholdsmessighetsvurderingen er redegjort for i punkt 2.2.3, og det beror det på en konkret vurdering om kontroll av arbeidstakers tilgjengelighetsstatus i Teams oppfyller forholdsmessighetsvilkåret.

Kontroll av tilgjengelighetsstatus er et verktøy som gjør det mulig å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse. Det kan effektivt gi en pekepinn om arbeidstaker er til stede på hjemmekontoret. Statusen oppdateres automatisk, og gjennomføringen av kontrollen er praktisk og enkel for å både arbeidsgiver og arbeidstaker. Ettersom tilgjengelighetsstatusen er egnet til å avdekke arbeidstakers tilstedeværelse taler det for at tiltaket er forholdsmessig jf. § 9-1.

Tradisjonelle kontrolltiltak som tidsregistrering vil normalt anses som forholdsmessig, eksempelvis gjennom stemplingsur eller registrering i datasystem.¹⁰⁶ Informasjonen som fremkommer gjennom tilgjengelighetsstatusen kan sammenlignes med informasjonen fra tradisjonell tidsregistrering, siden det kun gir innsikt i arbeidstakers tilstedeværelse. Tilgjengelighetsstatusen kan således betegnes som en moderne form for tidsregistrering. Likevel er det ulike utgangspunkter for tiltakene ettersom tradisjonell tidsregistrering baserer seg på egenrapportering. Tilgjengelighetsstatusen blir derimot automatisk oppdatert, og arbeidsgiver kan aktivt kontrollere tilstedeværelsen gjennom arbeidsdagen. Kontroll av tilgjengelighetsstatus har dermed et større kontrollpotensiale enn tradisjonell tidsregistrering. Tiltaket vil medføre et større inngrep i arbeidstakers arbeidshverdag, og kan oppleves som mer «belastende» for arbeidstaker enn den tradisjonelle tidsregistreringen jf. § 9-1.

Arbeidsgiver kan også bli varslet når noen status endres i Teams, og det øker tiltakets hyppighet og intensitet.¹⁰⁷ Tjenesten innebærer at arbeidsgiver kan få et skrivebordsvarsel når statusen til arbeidstaker endres. Aktivisering av skrivebordsvarsel kan øke følelsen av overvåkning, og dermed oppleves som en større «belastning» for arbeidstaker jf. § 9-1.

På den andre siden er tilgjengelighetsstatusen synlig for alle kontakter og kollegaer i Teams. Opplysningene som kommer frem, og muligheten for skrivebordsvarsel, er ikke særegent som

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

¹⁰⁷ Microsoft (u.å.) (a)

kun er forbeholdt arbeidsgiver. Arbeidstaker kan tilsvarende overvåke tilgjengelighetsstatusen til sin egen arbeidsgiver og kollegaer. At informasjonen er allment kjent for en større gruppe mennesker taler klart for at tiltaket er forholdsmessig jf. § 9-1 (1).

Tiltaket er begrenset til å kun gi arbeidsgiver innsikt i tilgjengelighetsstatusen, det gis ikke innsikt i andre opplysninger om arbeidstakeren på hjemmekontor. Tilgjengelighetsstatusen avdekker ikke opplysninger av personlig eller privat karakter. Forarbeidene angir at tiltak som ikke medfører et inngrep i rettsgoder som personlig integritet blir sjelden ansett som uforholdsmessig.¹⁰⁸ Ettersom tilgjengelighetsstatusen ikke medfører et inngrep i arbeidstakers personlige integritet taler det klart for at tiltaket er forholdsmessig.

Samlet sett er tiltaket egnet til avdekke om arbeidstaker tilstedeværelse på hjemmekontoret. På grunn av den manglende fysiske tilstedeværelsen vil arbeidsgiver ha et mer tungtveiende behov for å kontrollere om arbeidstaker overholder arbeidstid for å verne arbeidstakers helse, samt sikre administrativ og økonomisk drift. At tiltaket er forholdsmessig støttes særlig av at statusen er tilgjengelig for alle kontakter i Teams, og gir ikke innsikt i opplysninger av privat eller personlig karakter. Kontroll av tilgjengelighetsstatus vil dermed ikke medføre en «uforholdsmessig belastning» overfor arbeidstaker jf. aml. § 9-1 (1).

3.3.3 Personvernets rolle ved kontroll av tilgjengelighetsstatus

Kontroll av tilgjengelighetsstatusen er «behandling» av «personopplysninger» ettersom det blir registrert informasjon om en konkret arbeidstaker jf. GDPR art. 4 jf. aml. § 9-1 (2).¹⁰⁹ Arbeidsgivers kontroll av tilgjengelighetsstatus krever et lovlig behandlingsgrunnlag, lovligheten skal vurderes etter art. 6 nr. 1 bokstav f. Spørsmålet er om behandling av tilgjengelighetsstatus er «nødvendig» for å ivareta de «berettigede interessene», de berettigede interessene må overstige «de registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og interesser» jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.

Det kan foreligge flere «berettigede interesse[r]» som kan begrunne arbeidsgiver interesse i tilgjengelighetsstatusen. Kontroll kan begrunnes i virksomhetens administrative og økonomiske hensyn, herunder ivareta arbeidstakers helse og sikre effektiv og økonomisk

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

¹⁰⁹ Se definisjoner i punkt 1.3.4

drift.¹¹⁰ Artikkel 29-gruppen har uttalt av overvåkning av medarbeidere i sikkerhet- eller ledelsesøyemed er et eksempel på en berettiget interesse.¹¹¹ I et arbeidsforhold foreligger det forventninger om at arbeidskontrakten og arbeidsmiljølovens forpliktelser blir overholdt. Arbeidstaker plikter eksempelvis å være disponibel overfor arbeidsgiver i arbeidstiden, og det foreligger dermed en rimelig forventning at arbeidsgiver til en viss grad kontrollerer arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor jf. fortalepunkt 47 og 48. Den manglende fysiske tilstedeværelsen på hjemmekontor gjør det særlig aktuelt for arbeidsgiver å kontrollere overholdelse av arbeidstid og pauser slik at virksomheten kan driftes effektivt og lønnsomt. Fordelene arbeidsgiver oppnår gjennom kontroll av tilgjengelighetsstatusen oppfylder vilkåret om «berettiget interesse» jf. art. 6 nr. 1 bokstav f.

Den aktuelle behandlingen må videre være «nødvendig» for å ivareta de «berettigede interessene» jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f. Som påpekt av Høyesterett er det ikke krav om absolutt nødvendighet, det er tilstrekkelig at tiltaket realiserer formålet knyttet til de berettigede interessene.¹¹² Det kreves en forbindelse mellom behandlingen av opplysningene som fremkommer gjennom tilgjengelighetsstatusen og behovet for tilstedeværelseskontroll. Kontroll av tilgjengelighetsstatusen er et lite inngripende tiltak, det har minimalt med personvernutfordringer ettersom tiltaket ikke griper inn i arbeidstakers personlige integritet. Andre metoder for å avdekke arbeidstakers pålogging på PC-en vil være mer tidkrevende og omfattende, fordi arbeidsgiver må innhente data- og programvarerapport fra et eksternt selskap. Ettersom tilgjengelighetsstatusen gir avgrensede opplysninger om arbeidstakers aktivitet så vil trolig eksterne rapporter innhente større mengder med opplysninger om arbeidstaker. Kontroll av tilgjengelighetsstatusen er «nødvendig» for å ivareta arbeidsgivers «berettigede interesse[r]» jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.

Videre må de «berettigede interessene» veie tyngre enn «de registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter» jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f. Utgangspunktet er at økonomiske interesser har begrenset vekt sett opp mot arbeidstakers personverninteresser.¹¹³ Likevel kan ikke dette tillegges vekt fordi kontroll av tilgjengelighetsstatusen ikke medfører et særlig inngrep i arbeidstakers personvern eller andre grunnleggende rettigheter. Det

¹¹⁰ Se punkt 3.1, sammenfallende vurdering med saklighetsvilkåret i aml. § 9-1 (1)

¹¹¹ WP217 s. 25

¹¹² HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 54

¹¹³ Ibid. avsn. 66

forsterkes av at EU-domstolen vektla i Asociația de Proprietari at opplysningene allerede var offentlig kjent, tilgjengelighetsstatusen er kjent for alle Teams-kontaktene og det må tillegges betydelig vekt i interesseavveiningen.¹¹⁴

Det er relevant å se hen til hvordan arbeidsgiver skal bruke personopplysningene i interesseavveiningen. I den nevnte Billakkeringsdommen vurderte lagmannsretten om arbeidsgiver lovlig hadde behandlet opplysninger om arbeidstakers av- og pålogging på PC etter den opphevede personopplysningsloven § 8 bokstav f. Lagmannsretten la avgjørende vekt på at arbeidsgiver ikke hadde tatt høyde for rapportens begrensninger, og konkluderte med at behandlingen av opplysningene ikke var lovlig. Begrunnelsen var at tidsregistreringene på PC-en ikke alene var egnet til å trekke konklusjoner om arbeidstakers arbeidstid. To forhold begrunnet konklusjonen, det tekniske systemet klarte ikke å registrere all aktivitet fra arbeidstaker og alle arbeidsoppgavene til arbeidstakeren var ikke tilknyttet PC.¹¹⁵ Arbeidsgiver hadde ikke tatt høyde for rapportens begrensninger, og det var unødvendig belastende for arbeidstaker å måtte forsvare seg mot overdrevne påstander om uberettiget fravær når rapporten hadde betydelige svakheter. De tekniske svakhetene som lagmannsretten henviste til var blant annet at filsystemet i Windows ikke registrerte alle endringer som var foretatt i et dokument. Rapportens svakheter som lagmannsretten vektla, får nødvendigvis ikke samme betydning ved kontroll av tilgjengelighetsstatus i dag. Det har skjedd en stor teknologisk utvikling siden lagmannsrettens avgjørelse i 2007. Tjenesten i Teams oppdateres i takt med arbeidstakers aktivitet og inaktivitet, og med dagens teknologi kan man i større grad stole på informasjonen som samles inn. Likevel må det alltid tas høyde for teknologiske svakheter ved iverksettelse av kontrolltiltak, og dommen illustrerer at det er nødvendig å ta høyde for om tilgjengelighetsstatusen gir korrekt bilde av arbeidstakers tilstedeværelse.

Billakkeringsdommen gir også holdepunkter for at arbeidstakers konkrete arbeidsbeskrivelse er et moment for å fastslå om opplysningene er egnet til å avdekke tilstedeværelsen på hjemmekontoret. Det vil for eksempel være lite hensiktsmessig å kontrollere tilgjengelighetsstatusen i Teams dersom arbeidstaker ikke bruker tjenesten hyppig i løpet av arbeidsdagen. Der arbeidstaker bruker Teams, vil tilgjengelighetsstatusen i større grad gi en realistisk fremstilling av arbeidsdagen. Dersom arbeidstaker kun tidvis bruker Teams kan

¹¹⁴ Sag C-708/18 TK mod Asociația de Proprietari avsn. 54

¹¹⁵ LB-2007-121782 Billakkerings

tiltaket alternativt kombineres med andre tiltak, eksempelvis kan jevnlig oppfølgingssamtaler eller krav om rapportering av gjennomført arbeid sørge for samlet å gi en bedre fremstilling av arbeidstakers tilstedeværelse. Men, der arbeidsgiver kombinerer flere kontrolltiltak må arbeidsgiver vurdere den totale belastningen arbeidstaker påføres.¹¹⁶

Dersom arbeidstaker opplever personvernulempene gjennom kontrolltiltaket, kan arbeidstaker benytte seg av en reservasjonsadgang som begrenser ulempene.¹¹⁷ I Legeliste-dommen konkluderte Høyesterett med at reservasjonsadgangen var av begrenset praktisk betydning, men tiltaket tilfredstilte likevel hva man med rimelighet kunne forvente.¹¹⁸ Arbeidstaker kan selv overstyre Teams ved å tilpasse egen tilgjengelighetsstatus, samt angi dens varighet.¹¹⁹ Arbeidstaker kan velge at statusen kontinuerlig vises som «frakoblet», denne funksjonen begrenser arbeidsgivers kontrolladgang. Arbeidstakers reservasjonsrett er praktisk gjennomførbar, og det taler tungtveiende for at arbeidstaker «interesser eller [...] rettigheter» er ivarett jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.

Arbeidsgivers kontroll av tilgjengelighetsstatus har et lovlig behandlingsgrunnlag etter GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f. Det er særlig sentralt at tiltaket ikke er et betydelig inngrep i arbeidstakers rett til personvern og andre grunnleggende rettigheter, samt foreligger det en praktisk gjennomførbar reservasjonsadgang for arbeidstaker. Det er imidlertid viktig å påpeke at kontroll av tilgjengelighetsstatus må vurderes konkret for å fastslå om det foreligger et lovlig behandlingsgrunnlag. I enkelte situasjoner kan det foreligge forhold som tilsier at tiltaket ikke er egnet til å trekke konklusjoner om arbeidstakers tilstedeværelse.¹²⁰ Samlet sett kan man likevel generelt konkludere med at arbeidsgivers «berettigede interesse[r]» overstiger arbeidstakers interesser jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

¹¹⁷ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 83 flg.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Microsoft (u.å.) (b)

¹²⁰ LB-2007-121782 Billakkering

3.4 Logging av tastatur

3.4.1 Tiltakets innhold og rettslig grunnlag

Logging av tastatur er et verktøy som registrerer arbeidstakers tastetrykk på PC-en, også omtalt som «keyloggers». Tastetrykkene registrerer om en bestemt PC er i bruk, og tastetrykkenes aktivitet og inaktivitet gir en pekepinn om arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor.¹²¹ Tastaturloggingens omfang og innhold kan variere etter hvilken type tastaturlogging som installeres på arbeidstakers PC. For eksempel kan loggingen registrere tastatur- og musebevegelser, andre loggeverktøy kan også lagre tastetrykkene i den rekkefølgen de har blitt tastet inn for å si noe om innholdet i teksten.¹²² I oppgaven vil kun tastaturlogging som registrerer museklikk og tastetrykk bli drøftet, det avgrenses mot tiltak som sier noe om innholdet i teksten til arbeidstaker. Hensikten med tastaturloggingen er å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse og tiltaket er derfor et «kontrolltiltak» jf. aml. § 9-1.

Det rettslige grunnlaget for logging av tastatur må avklares. E-postforskriften regulerer innsyn i arbeidstakers e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale jf. aml. § 9-5.¹²³ Forskriften regulerer «innsyn» i opplysninger lagret i arbeidstakers «elektronisk utstyr» som er stilt til arbeidstakers disposisjon i arbeidet jf. forskriftens § 1 (1) bokstav b. Som påpekt i punkt 3.3.1, tilsier ordlyden «elektronisk utstyr» at teknologiske produkter, apparater og verktøy er omfattet. Utgangspunktet er at tastatur klart er omfattet av ordlyden. Imidlertid gir logging av tastatur kun innsyn i arbeidstakers tastaturbevegelse, innholdet i tastaturloggingen skiller seg markant fra e-postforskriftens øvrige virkeområde. Forarbeidene har ikke nærmere redegjort innholdet i ordlyden «annet elektronisk utstyr», og rettspraksis avklarer ikke spørsmålet. Følgelig må det vurderes om det er grunnlag for å avvike ordlyden «annet elektronisk utstyr», og heller vurdere tiltaket etter arbeidsmiljølovens alminnelige bestemmelser om kontrolltiltak.

E-postforskriftens virkeområde er arbeidstakers «e-postkasse», «personlige områder i virksomhetens datanettverk» og «annet elektronisk utstyr» som er stilt til arbeidstakers disposisjon til bruk i arbeidet jf. § 1 (1). Fellestrekket for de ulike alternativene er at verktøyene i utgangspunktet kun er til arbeidstakers rådighet, og det kreves derfor særskilt

¹²¹ Datatilsynet (2022b)

¹²² Ibid.

¹²³ Se punkt 3.2.1

«innsyn» i opplysningene. Eksempelvis må en arbeidstaker benytte sin personlige pålogging for å ta i bruk sin e-post, en e-postkasse som er tilgjengelig for alle arbeidstakere er ikke omfattet av forskriften.¹²⁴ Logging av tastatur er en ekstern programvare installert på arbeidstakers PC, og loggingen rapporteres automatisk til arbeidsgiver. For å få innsyn i loggingen kreves det derfor ingen «innsyn» i arbeidstakers øvrige elektroniske materiale som kun er til arbeidstakers rådighet. I lys av forskriftens øvrige virkeområde tilsier det at forskriften gjelder for elektronisk materiale hvor det kreves at arbeidsgiver får særskilt «innsyn» i opplysningene jf. §§ 1 og 2.

Forskriften skal beskytte arbeidstakers rett på privat korrespondanse, som er i kjernen av retten til privatliv.¹²⁵ Den inneholder spesialregler for når innsyn i elektronisk materiale er tillatt. Arbeidsgiver har kun rett til innsyn der det for eksempel er «nødvendig for å ivareta den daglige driften» eller er det er mistanke om uredelige forhold i arbeidsforholdet som kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed jf. § 2 bokstav a og b. Spesialreglene i e-postforskriften gir et tydelig signal overfor arbeidsgiver at innsyn kun er lov i enkeltstående tilfeller, og det forutsetter at de strenge vilkårene i § 2 er oppfylt. Hensikten med e-postforskriften er å verne arbeidstakere mot inngripende kontrolltiltak. Opplysningene som kan fremgå gjennom innsyn i e-postkasse, private filer eller lignende må særlig beskyttes mot innsyn på grunn av opplysningens karakter. På grunn av opplysningens karakter har også arbeidstakere en høy forventning om å ha innhold i e-post og lignende elektronisk materiale privat.¹²⁶ Logging av tastatur gir kun innsikt i hvorvidt PC-en er i aktiv bruk eller ikke, slik tastaturlogging skiller seg klart fra hva som er hensikten med forskriften. Med utgangspunkt i forskriftens øvrige anvendelsesområde og formål synes det lite treffende å anvende forskriften på tastaturlogging.

I et høringsnotat fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet i 2006 redegjorde departementet for forslag til regler om arbeidsgivers tilgang til arbeidstakers e-post og andre elektronisk virkemidler.¹²⁷ Uttalelsen er gitt før e-postforskriften ble innført, og dagens bestemmelser skiller seg fra det opprinnelige høringsutkastet. Det er derfor noe uklart hvilken rettslig status merknaden har.¹²⁸ I redegjørelsen nevnes imidlertid tastaturlogging som et

¹²⁴ Claude (u.å.) Kommentar til § 9-5

¹²⁵ Datatilsynet (2022a)

¹²⁶ Datatilsynet (2022a)

¹²⁷ Nedlagt departement i 2013. Regjeringen (2014)

¹²⁸ Claude (u.å.) Kommentar til § 9-5

mulig tiltak. Departementet viser til at en arbeidsgiver kan «[...] registrere alle tastetrykk på den ansattes tastatur», og eksemplifiseres tiltaket med at «Et amerikansk selskap reklamerer med at verktøyet kan brukes for å undersøke om ansatte sløser bort arbeidstiden med å surfe på Internett».¹²⁹ Ved kontrolltiltaket som departementet beskriver, vil arbeidsgiver få innsikt i arbeidstakers konkrete handlinger på PC-en i arbeidstiden, herunder «om ansatte sløser bort arbeidstiden med å surfe på Internett». Et slikt tiltak er langt mer inngripende fordi det sier noe om de konkrete handlingene til arbeidstaker på PC-en. Tastaturloggingen som drøftes rapporterer kun om PC-en er i aktiv bruk eller ikke. Det klare faktiske skiller mellom hva slags opplysninger som de forespeilede tiltakene innhenter, og taler for departementet ikke mente å omfatte tastaturlogging som kun registrerer aktivitet. Høringsutkastet kan ikke tillegges vekt ettersom det er endringer i rettstilstanden, og tiltakene har klare forskjeller i innhold.

Samlet sett er det grunnlag for å avvike ordlyden «annet elektronisk utstyr» jf. e-postforskriften § 1 (1). Det innebærer at tastaturlogging ikke omfattes av e-postforskriftens virkeområde. Forskriftens formål og kontekst taler for at tastaturlogging, som kun registrerer arbeidstakers tastaturbevegelser, ikke skal være omfattet av ordlyden. E-postforskriften skal verne arbeidstakere mot arbeidsgivers innsyn i kommunikasjonsmedier og andre elektroniske opplysninger for å ivareta retten til privatliv. Tastaturlogging gir ikke innsikt i arbeidstakers private opplysninger eller korrespondanse. Forskriften skal verne arbeidstakere mot innsyn i tekst, beskjeder eller opplysninger som i utgangspunktet kun er til arbeidstakers rådighet. Tastaturlogging registrerer kun om arbeidstakers PC er i aktiv bruk eller ikke, og tiltaket må derfor vurderes etter arbeidsmiljølovens alminnelige bestemmelser jf. aml. § 9-1.

3.4.2 Kontrolltiltakets vilkår i arbeidsmiljøloven

Tastaturlogging må ha en «saklig grunn» og ikke medføre en «uforholdsmessig belastning» for arbeidstaker jf. aml. § 9-1 (1). De presenterte saklighetsgrunnene i punkt 3.2 kan legitimere arbeidsgivers behov for kontroll av tastaturlogging. Loggingen registrerer hvorvidt arbeidstakers PC er i aktiv bruk eller ikke gjennom arbeidsdagen, og tiltaket er derfor egnet til å kontrollere tilstedeværelse. Dette støttes av Billakkeringsdommen hvor lagmannsretten slo

¹²⁹ Fornyings-, administrasjonsdepartementet (2006) s. 12

fast av saklighetsvilkåret var oppfylt da arbeidsgiver ønsket å kontrollere arbeidstakers datalogger for å avdekke om arbeidstiden ble overholdt. Dataloggene gir innsikt arbeidstakers bruk av PC-en i arbeidstiden, og tilsvarende skjer gjennom kontroll av tastaturlogg.¹³⁰ Saklighetsgrunnene som illustrert i punkt 3.2 kommer derfor til anvendelse for arbeidsgivers kontroll av tastaturlogg, og det må vurderes om tiltaket er forholdsmessig jf. § 9-1 (1).

Tastaturlogging kan langt på vei sammenlignes med kontroll av tilgjengelighetsstatus i Teams. Begge tiltakene registrerer arbeidstakernes aktivitet og bruk av PC, og gir en oversikt over arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontoret.¹³¹ Derfor vil det enkelte steder i forholdsmessighetsdrøftelsen vises til drøftelsen av tilgjengelighetsstatus i Teams.

Loggen samler inn et stort omfang av opplysninger gjennom arbeidsdagen. I motsetning til tilgjengelighetsstatusen i Teams, er ikke loggen avgrenset til en spesifikk tjeneste på PC-en. Registreringen skjer på tvers av applikasjoner og programmer som blir brukt gjennom arbeidsdagen, logging av tastatur skjer uavhengig av hvilken programvare arbeidstaker benytter på PC-en. Kontrollpotensialet og intensiteten er derfor langt større enn kontroll av tilgjengelighetsstatus i Teams. Kontinuerlig rapportering av arbeidstakers bruk av PC-en i arbeidstiden kan derfor oppleves som et inngripende tiltak. Tastaturloggingens omfang og intensitet taler for at det kan medføre en «uforholdsmessig belastning» for arbeidstaker jf. § 9-1 (1).

I likhet med kontroll av tilgjengelighetsstatus i Teams så er tastaturlogging et effektivt verktøy for arbeidsgiver å kontrollere tilstedeværelse. Loggen skjer automatisk, og gir grundig oversikt over arbeidstakers tilstedeværelse. Opplysningene er kun tilgjengelige for arbeidsgiver, og opplysningene om arbeidstaker er skjermet for resten av arbeidsplassen. Loggen gir heller ikke arbeidsgiver innsyn i private eller personlige opplysninger om arbeidstaker. Som illustrert i punkt 3.3.2 presiserer forarbeidene at tiltak som ikke griper inn i arbeidstakers personlige integritet sjeldent blir ansett som uforholdsmessig.¹³² Tastaturloggen gir utelukkende opplysninger knyttet til arbeidstakers PC, og arbeidsgiver får således ikke vite hva arbeidstaker gjør på PC-en i arbeidstiden. Eksempelvis kan arbeidstaker gjøre private

¹³⁰ LB-2007-121782 Billakking

¹³¹ Se punkt 3.3

¹³² Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 145

gjøremål på PC-en i arbeidstiden, men likevel bli registrert som tilstedeværende av arbeidsgiver. Kontrollens begrensede art taler for at tiltaket er forholdsmessig jf. § 9-1 (1).

Samlet sett er det avgjørende at tastaturloggingen ikke gir arbeidsgiver innsikt i private forhold, og tiltaket er egnet til å avdekke arbeidstakers tilstedeværelse. Opplysningene er av en begrenset art, og griper ikke inn i den personlige integritet. Det kan oppleves som belastende for arbeidstaker å bli logget gjennom arbeidsdagen. Likevel kan arbeidstaker gjøre private aktiviteter på PC-en i arbeidstiden og bli registrert som tilstedeværende. Logging av tastatur medfører ikke en «uforholdsmessig belastning» overfor arbeidstaker jf. § 9-1 (1).

3.4.3 Personvernet må ivaretas gjennom tastaturlogging

Videre må arbeidsgivers logging av tastatur ivareta arbeidstakers rett på personvern jf. aml. § 9-1 (2). Tastaturlogging er «behandling» av «personopplysninger» fordi tiltaket lagrer opplysninger om en konkret arbeidstaker jf. GDPR art. 1 og 4. Spørsmålet er om arbeidsgiver lovlig kan behandle personopplysningene etter GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f. Vurderingen vil også her være langt på vei sammenfallende med personvern vurderingen av tilgjengelighetsstatusen i Teams.¹³³

For det første må arbeidsgivers behov for å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor utgjøre en «berettig[e]t interesse[...]». Som påpekt i punkt 3.3.3 kan de ulike berettigede interessene begrunnes i arbeidsgivers administrative og økonomiske interesser. Arbeidsgiver oppnår flere fordeler gjennom tastaturloggingen. Det foreligger en forventning at arbeidsgiver overholder forpliktelsene etter arbeidskontrakten og arbeidsmiljøloven. Det gagnar arbeidsmiljøet og virksomheten at arbeidsgiver lettere kan ivareta arbeidstakers helse og sikre økonomisk drift av virksomheten. Fordelene arbeidsgiver oppnår gjennom tastaturloggingen oppfylder vilkåret om «berettig[e]t interesse[...]» jf. art. 6 nr. 1 bokstav f.

Nødvendighetskravet innebærer at arbeidsgiver skal velge tiltaket som kan «realisere formål[et] knyttet til de berettigede interessene».¹³⁴ Tastaturlogging er begrenset til å kun innhente informasjon om arbeidstakers tastaturaktivitet. Tiltaket vil være særlig treffende der arbeidstakere ikke benytter Teams hyppig, slik at tilgjengelighetsstatusen ikke kan gi et

¹³³ Se punkt 3.3.3

¹³⁴ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 61

korrekt bilde av arbeidstakers arbeidsdag. Innhenting av tilsvarende opplysninger vil ikke realiseres like effektivt med andre tiltak. For eksempel kan tiltak som inkluderer lyd og bilde gi en korrekt og effektivt oversikt over arbeidstakers tilstedeværelse, men vil i langt større grad gripe inn arbeidstakers personlige sfære. Logging av tastatur er «nødvendig» for å avdekke tilstedeværelsen og realisere arbeidsgivers berettigede interesser jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.

Til slutt må det foretas en interesseavveining av arbeidsgivers «berettigede interesse[r]» og arbeidstakers «interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter» jf. art. 6 nr. 1 bokstav f. Verken arbeidstakers personvern eller andre grunnleggende rettigheter er særlig tungtveiende i vurderingen, tastaturloggingen gir ikke arbeidsgiver innsikt i private forhold om arbeidstaker på hjemmekontor.¹³⁵ Arbeidsgiver kan ha et sterkt behov for informasjon om arbeidstakers tilstedeværelse, for eksempel der det er vanskelig å følge opp arbeidstaker på hjemmekontor. Det kan derfor være viktig at arbeidsgiver får innsikt i arbeidstakers tilstedeværelse for å ivareta HMS, arbeidsmiljø og virksomhetens interesser når arbeidstaker benytter seg av hjemmekontor.

Det kan oppleves som belastende for arbeidstakere at arbeidsgiver fører kontinuerlig kontroll av tilstedeværelse på hjemmekontoret. Arbeidstakere kan oppleve økt press om å være «tilstede» i arbeidstiden, men på den andre siden vil tiltaket sørge for at arbeidstakeres helse og arbeidstid i større grad blir fulgt opp. I relasjonen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver foreligger det en forventning om at arbeidsgiver skal ha kunnskap om arbeidstakers tilstedeværelse i arbeidstiden jf. fortalepunkt 47. Arbeidsgiver ville fått omtrent tilsvarende opplysninger dersom arbeidstaker hadde vært fysisk på arbeidsplassen, herunder om arbeidstaker jobbet ved sin arbeidspult i arbeidstiden. Det taler for at arbeidsgivers behov for informasjon om arbeidstakers tilstedeværelse veier tyngre enn hensynet til arbeidstakers grunnleggende rettigheter jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.

I motsetning til tilgjengelighetsstatus på Teams kan ikke arbeidstakeren reservere seg mot tiltaket. Imidlertid vil opplysningene kun være tilgjengelige overfor arbeidsgiver,¹³⁶ og behovet for en reservasjonsadgang er begrenset. Dette støttes også av at arbeidstakere kan gjøre private aktiviteter på PC-en i arbeidstiden, men likevel bli registrert som

¹³⁵ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 65

¹³⁶ Ibid.

tilstedeværende. I Legeliste-dommen la ikke Høyesterett nevneverdig vekt på det forelå en snever reservasjonsadgang.¹³⁷ At arbeidstakerne er avskåret fra å reservere seg mot tiltaket kan ikke tillegges nevneverdig vekt jf. art. 6 nr. 1 bokstav f.

Logging av tastatur vil også gi et mer korrekt bilde av arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontoret ettersom loggingen skjer uavhengig av hvilke programmer arbeidstaker bruker på PC-en.¹³⁸ Det skiller seg fra kontroll av tilgjengelighetsstatus i Teams som er lite egnet der arbeidstaker ikke bruker tjenesten i løpet av arbeidsdagen. Tiltaket gir en god fremstilling av arbeidstakers tilstedeværelse, og taler for at interesseavveiningen må gå i arbeidsgivers favør jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.

Det er grunnlag for å konkludere med at arbeidsgiver har et lovlig behandlingsgrunnlag ved logging av tastatur etter GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f. Det er særlig sentralt at tiltaket ikke griper inn i arbeidstakers rett til personvern eller andre grunnleggende rettigheter. Tiltaket vil gi en realistisk fremstilling av arbeidshverdagen der arbeidstaker bruker PC på hjemmekontoret. Dermed foreligger det behandlingsgrunnlag fordi arbeidsgivers «berettigede interesse[r]» overstiger arbeidstakers interesser jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f.

3.5 Pålegg om bruk av webkamera under arbeidsdagen på hjemmekontor

3.5.1 Tiltakets innhold og rettslig grunnlag

En naturlig konsekvens av videomøter- og samtaler er at arbeidstakere må benytte webkamera på hjemmekontor. Webkamera fanger opp lyd og bilde, og det danner et bedre utgangspunkt for kontakt og dialog. Den økte bruken av webkamera og hjemmekontor under koronapandemien medførte at Datatilsynet fikk henvendelser fra arbeidstakere som ble pålagt å kontinuerlig ha på webkamera gjennom arbeidsdagen for å avdekke tilstedeværelse.¹³⁹ I den videre drøftelsen tas det utgangspunkt i Datatilsynets henvendelse, altså tiltak hvor arbeidstaker selv skrur på webkamera etter pålegg fra arbeidsgiver. Tiltak hvor arbeidsgiver

¹³⁷ HR-2021-2403-A Legeliste avsn. 88

¹³⁸ LB-2007-121782 Billakkerings

¹³⁹ Datatilsynet (2022b)

overstyrer arbeidstakers webkamera blir ikke drøftet. Pålegg om kontinuerlig bruk av webkamera er et «kontrolltiltak» fordi hensikten er å kontrollere arbeidstakere på hjemmekontor jf. aml. § 9-1.

Det må først vurderes hva som er det rettslige utgangspunktet for kontrolltiltaket. Forskrift om kameraovervåkning i virksomhet er en særregulering som gjelder ved iverksettelse av kameraovervåkning av arbeidstakere jf. § 9-6, dens formål er å beskytte arbeidstaker mot vilkårlig filming. Forskriftens gjelder ved «kameraovervåkning i virksomhet» jf. § 1 (1). Kameraovervåkning defineres som «vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåkning ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende overvåkningskamera eller annet lignende utstyr som er fastmontert» jf. § 1 (2). Utstyret må være «fastmontert», og overvåkingen må skje «automatisk» eller «fjernbetjent» jf. § 1 (2). På hjemmekontoret må arbeidstaker *selv* godta videosamtalen og skru webkameraet på, webkameraet er således ikke «fjernbetjent eller automatisk». Pålegg om bruk av webkamera på hjemmekontor faller utenfor forskriftens virkeområde jf. § 1 (2), og kontrolltiltaket må vurderes ut fra de alminnelige reglene i arbeidsmiljøloven jf. § 9-1 (1).

3.5.2 Saklighet- og forholdsmessighet som skranke for tiltaket

Arbeidsgiver må ha en «saklig grunn» for å iverksette pålegg om bruk av webkamera på hjemmekontor jf. aml. § 9-1 (1). Som saklighetsgrunnene illustrerer i punkt 3.1 kan arbeidsgiver ha et behov for å kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor, og webkameraet vil klart gi arbeidsgiver innsikt i arbeidstakers faktiske tilstedeværelse. Imidlertid er kontinuerlig filming i arbeidstakers hjem et særdeles inngripende virkemiddel. Selv om kameraforskriften ikke kommer til anvendelse, illustrerer forskriftens vilkår at det foreligger en høy terskel for å benytte kamera som kontrolltiltak. Kameraovervåkning skal kun benyttes der virksomheten har behov for å «forebygge at farlige situasjoner oppstår og ivareta hensynet til ansattes eller andres sikkerhet [...] et særskilt behov for overvåkingen» jf. § 3. Høyesterett har lagt seg på en restriktiv holdning for å motvirke kameraovervåkning på arbeidsplasser.¹⁴⁰ Kameraovervåkning skal begrenses til å kun anvendes der det er nødvendig for sikkerhet og kriminalitet. I lys av forskriften og Høyesterett, tilsier det at pålegg om bruk

¹⁴⁰ Rt. 1991 s. 616 Gatekjøkken og Rt. 2001 s. 668 Tippekasse

av webkamera for å avdekke tilstedeværelse ikke utgjør en tilstrekkelig «saklig grunn» jf. aml. § 9-1.

Dette støttes av at arbeidsgivers formål om å avdekke arbeidstakers tilstedeværelse kan oppnås ved mindre inngripende virkemidler, eksempelvis kontroll av tidsregistrering, tilgjengelighetsstatus, logging av tastatur eller krav om arbeidsrapporter.¹⁴¹ Pålegg om webkamera er et uegnet virkemiddel for å avdekke arbeidstakers tilstedeværelse på hjemmekontor, og kontrolltiltaket er derfor usaklig jf. § 9-1 (1).

Arbeidsgivers behov for å kontrollere tilstedeværelse er ikke tilstrekkelig som «saklig grunn» for å iverksette pålegg om bruk av webkamera på hjemmekontor jf. § 9-1 (1). Dette standpunktet støttes av kameraforskriftens snevre anvendelsesområde og Høyesteretts restriktive holdning til bruk av kamera. Kontroll av tilstedeværelse gjør det ikke nødvendig for arbeidsgiver å ta i bruk et inngripende kontrolltiltak. Det er imidlertid ikke rettslig avklart, og det kan ikke utelukkes at arbeidsgiver kan finne en tilstrekkelig «saklig grunn» for tiltaket. Følgelig må det vurderes om tiltaket medfører en «uforholdsmessig belastning» overfor arbeidstaker jf. § 9-1 (1).

Arbeidstaker skal ikke påføres en «uforholdsmessig belastning» gjennom pålegget om kontinuerlig bruk av webkamera på hjemmekontor jf. § 9-1 (1). Kontinuerlig bruk av webkamera på hjemmekontor innebærer at arbeidsgiver kan få stor innsikt i arbeidstakerens privatliv, både gjennom lyd og bilde. Det kan fanges opp et stort omfang av private opplysninger gjennom kameraet, eksempelvis detaljer om arbeidstakers hjem og familie, hvordan arbeidstaker ser ut og oppfører seg. Sensitive opplysninger vil fanges opp gjennom kameraet, og GDPR art. 9 oppstiller skjerpede krav til behandling av slike opplysninger. Tiltaket medfører et alvorlig inngrep i arbeidstakerens personlige integritet, og det taler for at kontinuerlig bruk av webkamera under arbeidsdagen er en «uforholdsmessig belastning» for arbeidstaker jf. § 9-1 (1).

Høyesterett har ikke avklart spørsmålet om bruk av webkamera for å kontrollere tilstedeværelse. For å belyse problemstillingen vises det til lagmannsrettsdommer hvor kontrolltiltak ved arbeidstakers hjem var tema. Dommene har som nevnt begrenset rettskildemessig vekt, men kan gi holdepunkter for lovlighetsvurderingen av webkamera på

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.145

hjemmekontor. Frostating lagmannsrett behandlet en sak hvor arbeidsgiver iverksatte hemmelig spaning med fotografering utenfor arbeidstakers hjem.¹⁴² Saken ble anket til Høyesterett, men avvist da kjæremålsutvalget fant det «enstemmig klart at kjæremålet, som gjelder lagmannsretten [...] lovtolkning, ikke kan føre frem».¹⁴³ Saken gjaldt avskjæring av bevis i en avskjedssak, hvor det ble vurdert om arbeidsgivers kontrolltiltak var lovlig. Arbeidsgivers iverksette hemmelig spaning utenfor arbeidstakers hjem basert på konkrete tips om underslag av varer. Andre mindre inngripende tiltak var ikke egnet for å avdekke misligholdet, og spaningen var derfor et adekvat og forholdsmessig tiltak. Til tross for at kontrolltiltaket var inngripende, illustrerer saken at det i enkelte tilfeller kan være forholdsmessig å spane utenfor arbeidstaker hjem. Dette skiller seg imidlertid fra webkamera som fanger opp forhold på innsiden av arbeidstakers hjem, og lagmannsrettsdommen gir begrenset veiledning for om arbeidsgiver kan pålegge bruk av webkamera som kontrolltiltak.

Videre har Borgarting lagmannsrett behandlet en tilsvarende sak, hvor kontrollen delvis foregikk i arbeidstakerens hjem.¹⁴⁴ Saken gjaldt også bevisavskjæring i en oppsigelsessak, hvor lagmannsretten måtte vurdere kontrolltiltakets lovlighet. Arbeidsgiver iverksatte kontroll fordi det forelå forhold som ga saklig grunn til å undersøke om arbeidstakeren arbeidet i sykemeldingsperioden. En kontrollør henvendte seg til arbeidstakeren for å undersøke om vedkommende reparerte biler i eget verksted, som var tilknyttet hjemmet. I forholdsmessighetsvurderingen la lagmannsretten avgjørende vekt på at kontrolløren fikk tilgang til arbeidstakerens hjem, og overhørte private samtaler. Lagmannsretten fastslo at det var et vesentlig inngrep i personvernet som ikke kunne aksepteres, og på generelt grunnlag skal man motvirke at slike inngripende tiltak tas i bruk i arbeidslivet. Dommen viser at kontrolltiltak som skjer på innsiden av arbeidstakers hjem skal unngås. Lagmannsrettens vurdering av kontrolltiltak i arbeidstakers hjem taler for at kontinuerlig bruk av webkamera på hjemmekontor er en «uforholdsmessig belastning» overfor arbeidstaker jf. § 9-1 (1).

En vurdering av Datatilsynet går også i samme retning, hvor Telenor måtte endre sin praksis med bruk av skjermbildeopptak fordi overvåkningen av arbeidstakernes PC-er var ulovlig.¹⁴⁵ Skjermopptakene var iverksatt for at Telenor kunne trene og utvikle medarbeidere for å yte

¹⁴² LF-2006-145694

¹⁴³ HR-2007-540-U

¹⁴⁴ LB-2006-114896 Nettbuss

¹⁴⁵ Datatilsynet (2018)

god og riktig service. Tiltaket var imidlertid ulovlig, det var en risiko for at personlige forhold, for eksempel e-post, kunne komme med på opptaket. Datatilsynets vurdering har begrenset rettskildemessig vekt, men illustrerer at det er problematisk at arbeidsgiver fanger opp personlige forhold gjennom kontrolltiltak. Det foreligger en tilsvarende risiko for at private forhold fanges opp gjennom pålegg om kontinuerlig bruk av webkamera på hjemmekontor. Arbeidsgivers innsikt i de personlige forhold gjennom webkameraet kan oppleves som svært belastende for arbeidstaker, og tilsier at tiltaket er «uforholdsmessig» jf. § 9-1 (1).

Det må legges avgjørende vekt på at krav om kontinuerlig bruk av webkamera på hjemmekontor utgjør en alvorlig integritetskrenkelse overfor arbeidstaker. Kontinuerlig filming gir arbeidsgiver en stor innsikt i arbeidstakerens privatliv når filmingen skjer på innsiden av arbeidstakers hjem, og praksis viser at man langt på vei skal unngå slike inngripende kontrolltiltak. Pålegg om kontinuerlig bruk av webkamera kan oppleves «uforholdsmessig belastning» overfor arbeidstaker jf. § 9-1 (1). Som allerede påpekt er ikke spørsmålet rettslig avklart av Høyesterett, og det må derfor knyttes noen kommentarer til personvernspørsmålet.

3.5.3 Kort kommentar til personvernspørsmålet

Personvernforordningen kommer til anvendelse fordi webkameraet «behandl[er]» «personopplysninger» om en konkret arbeidstaker jf. GDPR art. 1 og 4. Imidlertid kan arbeidstakers personlige eller familiemessige forhold bli registrert gjennom webkameraet. GDPR art. 2 oppstiller unntak for forordningens virkeområde, unntaksbestemmelsen gjelder for opplysninger som utføres som ledd i «rent personlige eller familiemessige aktiviteter» jf. GDPR art. 2 (2) bokstav c. I Ryneš-dommen konkluderte EU-domstolen med at unntaket skal tolkes restriktivt og unntaket kommer kun til anvendelse der det er «rent» personlige eller familiemessige aktiviteter.¹⁴⁶ Personlige og familiemessige aktiviteter blir fanget opp av kameraet *i arbeidstiden*, og GDPR kommer derfor til anvendelse uavhengig av personopplysningens karakter.

Arbeidsgivers kontroll av tilstedeværelse gjennom webkamera krever et lovlig behandlingsgrunnlag, lovligheten skal vurderes etter art. 6 nr. 1 bokstav f. Kravet om

¹⁴⁶ Sag C-212/13 Ryneš mod Úřad avsn. 33

«berettiget interesse» sikter til de fordelene arbeidsgiver oppnår gjennom behandling av personopplysningene jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f. Som illustrert i drøftelsen av tilgjengelighetsstatus vil arbeidsgivers behov for personopplysningene som fremkommer gjennom kontrolltiltaket oppfylle vilkåret om «berettigede interesse[r]». Bakgrunnen for dette er at informasjon som fremkommer kan være til fordel for virksomhetens administrasjon, drift og økonomi.¹⁴⁷ Imidlertid vil ikke pålegg om bruk av webkamera være «nødvendig» for å realisere formålet knyttet til arbeidsgivers berettigede interesser, som illustrert i punkt 3.4.2 kan arbeidsgiver avdekke arbeidstakers tilstedeværelse uten å påføre arbeidstaker en alvorlig integritetskrenkelse.

I interesseavveiningen er arbeidstakers rett på privatliv det tungtveiende momentet, og belastningen som arbeidstaker påføres som følge av filmingen kan vanskelig rettferdiggjøres med arbeidsgivers interesser.¹⁴⁸ Det er også særlig sentralt at art. 6 nr. 1 bokstav f også oppstiller skjerpede krav til behandlingen av personopplysninger der den «registrerte er et barn». Det foreligger en forhøyet risiko for at arbeidstakers barn blir fanget opp på webkameraet gjennom lyd eller bilde. Når barn er involvert skal det mer til for at vilkårene i art. 6 nr. 1 bokstav f blir oppfylt.¹⁴⁹ Uavhengig av om arbeidstakers barn fanges opp på kameraet, påføres arbeidstaker en alvorlig integritetskrenkelse som ikke kan rettferdiggjøre arbeidsgivers behov for kontrolltiltaket.

Tiltaket er problematisk både ut i fra et arbeidsrettslig- og personvernrettslig perspektiv. Det er flere forhold som tilsier at kontinuerlig bruk av webkamera i arbeidstakers hjem er ulovlig. Eksempelvis kan mindre inngripende metoder avdekke tilnærmet samme informasjon. Tiltaket medfører en alvorlig integritetskrenkelse, retten til privatliv skal ikke gå på bekostning av arbeidsgivers behov for kontroll av tilstedeværelse. Mye tyder derfor på at arbeidsgiverne som har pålagt arbeidstakerne om å kontinuerlig bruke webkameraet på hjemmekontor har overtrådt arbeidsmiljøloven og personvernlovgivningen.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Se punkt 3.2

¹⁴⁸ HR-2021-2403-A avsn. 65

¹⁴⁹ Skullerud (2022) Kommentar til art. 6

¹⁵⁰ Datatilsynet (2022b)

4 Avsluttende bemerkninger

Fremstillingen viser at arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak på hjemmekontor avhenger av en rekke forhold, og det kan derfor ikke formuleres én konklusjon på hvor grensen for kontrolladgangen på hjemmekontor går. Forskningen viser at det er utfordrende for arbeidsgivere å følge opp arbeidstakere på hjemmekontor, og i min fremstilling har jeg illustrert hvordan man bør og ikke bør kontrollere arbeidstakers tilstedeværelse.¹⁵¹

Det finnes en rekke kontrolltiltak som kan avdekke tilstedeværelse, og kun tre tiltak har blitt drøftet. Fremstillingen har imidlertid vist at arbeidsgiver må være bevisst på arbeidstakers arbeidsbeskrivelse ved valg av kontrolltiltak. Som illustrert er det lite hensiktsmessig å kontrollere tilgjengelighetsstatusen i Teams der arbeidstakere ikke bruker plattformen gjennom arbeidsdagen. Logging av tastatur registrerer derimot aktivitet uavhengig av hvilke programmer eller applikasjoner arbeidstaker bruker på PC-en i løpet av arbeidsdagen. Begge tiltakene er effektive for arbeidsgiver, og griper ikke inn i arbeidstakers rett på privatliv på hjemmekontoret.

Det er bekymringsfullt at arbeidstakere har blitt pålagt å kontinuerlig bruke webkamera gjennom arbeidsdagen på hjemmekontor.¹⁵² Som illustrert i punkt 3.4 fanger webkameraet opp et stort omfang av opplysninger, og tiltaket gjennomføres på bekostning av arbeidstakers rett på privatliv. Henvendelsene Datatilsynet har fått om tiltaket har ikke blitt videre klaget inn. En årsak til dette kan være det ujevne styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. At arbeidsgivere likevel pålegger slike tiltak kan tyde på kunnskapsmangel og manglende oversikt over adgangen til å iverksette inngripende kontrolltiltak overfor arbeidstakere.

Regelverket arbeidsgiver må forholde seg til ved iverksettelse av kontrolltiltak er fragmentert og komplekst. Arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven har mange lignende vilkår som kan behandles sammenfallende, men regelverkene er begrunnet i ulike hensyn som må ivaretas. Datatilsynet anslår at arbeidsgivere i større grad fremover vil bruke digitale verktøy for å følge opp arbeidstakere på hjemmekontor. Med stadig nye teknologiske verktøy på markedet innebærer det at arbeidsgiver kommer til å samle inn enda flere personopplysninger

¹⁵¹ AFI (2022) s. 4

¹⁵² Datatilsynet (2022b)

om arbeidstakere. Allerede 55 prosent av arbeidstakere har manglende oversikt over hvilke opplysninger arbeidsgiver samler inn.¹⁵³ På grunn av den digitale arbeidshverdagen tilsier det at det er et økende behov for å forenkle regelverket – både av hensyn til arbeidstaker og arbeidsgiver.

Til tross for økende søkelys på personvern de siste årene, så endrer digitaliseringen seg raskere og regelverket som regulerer arbeidslivet henger etter. Både arbeidsmiljøloven og personvernreglementet er teknologinøytrale, men mange av de digitale kontrolltiltakene kan ikke sammenlignes med tradisjonelle kontrolltiltak. Datatilsynet har selv gitt uttrykk for at det er behov for en oppdatering av lovverket, blant annet behov for å tydeliggjøre rekkevidden av e-postforskriften.¹⁵⁴ Den økte bruken av hjemmekontor, kombinert med digitaliseringen, medfører at kontrolltiltak kan tas inn i arbeidstakers hjem. Arbeidstakere sliter med å skille mellom arbeidstid og fritid på hjemmekontor, og de glidende overgangene utfordrer arbeidstakers rett på privatliv. Digitaliseringen åpner opp for nye former for kontroll og overvåkning, og vi står overfor en rekke digitale kontrolltiltak som bør få rettslig avklaring.

¹⁵³ Datatilsynet (2022b)

¹⁵⁴ Datatilsynet (2023)

Litteraturliste

Norske lover

- 1814 Lov 17. mai 1814. Kongeriket Norges Grunnlov
(Grunnloven – GrL.)
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109. Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- 1999 Lov 21. mai nr. 20 1999. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2000 Lov 13. april 2000 nr. 31. Behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) Opphevet.
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62. Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)
- 2018 Lov 15. juni 2018 nr. 38. Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Norske forskrifter

- 1996 Forskrift 12.juni 1996 nr. 1127. Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften)
- 2002 Forskrift 4.juli 2002 nr. 715 Forskrift om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem (hjemmekontorforskriften)

2018	Forskrift 2.juli 2018 nr. 1107. Forskrift om kameraovervåkning i virksomhet (kameraovervåkningsforskriften)
2018	Forskrift 2.juli 2018 nr. 1108. Forskrift om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale (e-postforskriften)
PRE-2022-03-18-409	Fastsettelse av forskrift om endring i forskrift 5. juli 2002 nr. 715 om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem

Trakater

SP	<i>Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter.</i> 16. desember 1966. [Offisiell norsk oversettelse].
EMK	<i>Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter,</i> Roma 4. november 1950. [Offisiell norsk oversettelse].
EØS	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde,</i> Oporto 2. mai 1992. [Offisiell norsk oversettelse].

EU-rettsakter

Personverndirektivet 95/46/EF	<i>Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger</i> [Personverndirektivet 1995]. Opphevet.
Personvernforordningen 2016/679	<i>Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri</i>

utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR].

Norske lovforarbeider

- NOU 2004: 5 *Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst (arbeidsmiljøloven)*
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- Fornyings-,
administrasjonsdepartementet
(2006) *Høringsnotat om forslag til regler om arbeidsgivers tilgang til ansattes e-post mv. 17.10.2006.*
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/fad/hdk/2006/0011/ddd/pdfv/293858-horingsnotat_epost.pdf
- Prop. 56 LS (2017–2018) *Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen*

Rettspraksis

Rettsavgjørelser fra norsk Høyesterett

- Rt. 1990 s. 607 (Saga Data).
- Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkken).
- Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk).
- Rt. 2001 s. 668 (Tippekasse).
- Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

HR-2007-540-U.

HR-2008-1570-U.

HR-2011-1019-U.

Rt. 2013 s. 143 (Avfallsservice).

Rt. 2015 s. 93 (Maria).

HR-2021-2403-A (Legeliste).

Rettsavgjørelser fra norsk lagmannsrett

LF-2006-145694.

LB-2006-114896. (Nettbuss)

LB-2007-121782 (Billakking).

LH-2011-26141 (GPS).

Rettsavgjørelser fra EMD

Niemietz v. Tyskland	<i>Case of Niemietz v. Germany</i> , nr. 13710/88, 16.12.1992.
Halford v. Storbritannia	<i>Case of Halford v. the United Kingdom</i> , nr. 20605/92, 25.06.1997
Copland v. Storbritannia	<i>Case of Copland v. the United Kingdom</i> , nr. 62617/00, 03.04.2007
Bărbulescu v. Romania	<i>Case of Bărbulescu v. Romania</i> , nr. 61496/08, 05.09.2017

Rettsavgjørelser fra EU-domstolen

Sag C-708/18 TK mod ECLI:EU:C:2019:1064

Asociația de Proprietari

Sag C-212/13 Ryneš mod ECLI:EU:C:2014:2428

Úřad

Datatilsynet

Datatilsynet (2018)

Datatilsynets vurdering - Telenors bruk av systemet
Transaction Monitoring Remote. Sak 18/00586-2/JHN,
25.oktober 2018

Juridisk litteratur

Aall (2018)

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 5.utg.,
Bergen: Fagbokforlaget, 2018

Claude (u.å.)

Claude, Lenth. «Arbeidsmiljøloven: kommentarutgave.» I
arbeidsrett.no u.å. [Hentet 09.05.23]

Fredriksen (2022)

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen,
EØS-rett. 2.utg., Bergen: Fagbokforlaget 2022

Fougner (2019)

Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett: styringsrett, samarbeid og
arbeidstakervern*, 1.utg., Oslo: Universitetsforlaget 2019

Blekastad (2021)

Blekastad, Signhild og Marion Holte Hirst, *Personvern og
kontroll i arbeidslivet*, 1.utg., Oslo: Gyldendal Akademisk
2021

Høgberg (2010)

Høgberg, Alf Petter og Njål Høstmælingen,
«Grunnlovsfesting av retten til privatliv?» *Jussens Venner*

årg. 45, nr. 2 (2010) s. 98-146.

<https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2010-02-02>

- Jackhelln (1996) Jackhelln, Henning, «Fjernarbeid. Noen sentrale rettsspørsmål ved nyere former for hjemmearbeid og arbeid utenfor arbeidsgivers øvrige virksomhet» *Complex* 5/96.
<https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/complex/1990-1999/complex-1996-05.pdf>
- Jarbekk (2019) Jarbekk, Eva og Simen Sommerfeldt, *Personvern og GDPR i praksis*. 1.utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk 2019
- Kjærstad (2003) Kjærstad, Håvard, «Forvaltningspraksis som rettskilde – belyst med praksis fra ett eller flere forvaltningsområder» *Jussens Venner* årg. 38, nr. 3 (2003) s. 138-160.
<https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2003-03-02>
- Schartum (2020) Schartum, Dag Wiese. *Personvernforordningen – en lærebok*. 1.utg., Bergen: Fagbokforlaget 2020
- Skullerud (2022) Skullerud, Åste Mare Bergseng mfl.
«Personvernforordningen: kommentarutgave.» I *Juridika.no* 2022. [Hentet 09.05.23]
- Storeng (2020) Storeng, Nils H mfl. *Arbeidslivets spilleregler*, 5.utg., Oslo: Universitetsforlaget 2020
- Wessel-Aas (2021) Wessel-Aas, Jon og Magnus Ødegaard, *Personvern - publisering og behandling av personopplysninger*, 1.utg., Oslo: Gyldendal Akademisk 2021

Artikler, rapporter, veiledninger og nettsider

- Arbeidsforskningsinstituttet (AFI) (2022) Arbeidsforskningsinstituttet ved OsloMet (AFI) ved Mari Holm Ingelsrud mfl. *Hjemme-Borte-Uavgjort. Hjemmekontor og annet fjernarbeid: Kartlegging av omfang, utviklingstrekk og konsekvenser*. AFI-rapport 2022:04. 26. april 2022. <https://oda.oslomet.no/oda-xmlui/handle/11250/2992422>
- Datatilsynet (2023) Datatilsynet. *Årsrapport for 2022*. 25. april 2023. <https://www.datatilsynet.no/om-datatilsynet/arsmeldinger/arsrapport-for-2022/>
- Datatilsynet (2022a) Datatilsynet. *Innsyn i e-post og annet elektronisk lagret materiale*. 11. mars 2022. <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/personvern-pa-arbeidsplassen/innsyn-epost-filer/>
- Datatilsynet (2022b) Datatilsynet. *Sjefen ser deg? Overvåkning og kontroll av arbeidstakeres digitale aktiviteter*. 28. juli 2022. <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/rapporter-og-utredninger/sjefen-ser-deg-overvaking-og-kontroll-av-arbeidstakeres-digitale-aktiviteter/>
- FAFO (2023) FAFO ved Mona Bråten mfl. *Digitalisering, personvern og tillitsvalgtes medvirkning*. FAFO-rapport 2023:12. <https://www.fafo.no/images/pub/2023/20847.pdf>
- Microsoft (u.å.) (a) Microsoft Teams. «Bli varslet når noens status endres i Teams.» (u.å.) <https://support.microsoft.com/nb-no/office/bli-varslet-når-noens-status-endres-i-teams-7363ccdb-40d2-4628-b03d-c8f515830933> [hentet 09.05.23]
- Microsoft (u.å.) (b) Microsoft Teams. «Endre statusen sin i Teams» (u.å.) <https://support.microsoft.com/nb-no/office/endre-statusen->

[din-i-teams-ce36ed14-6bc9-4775-a33e-6629ba4ff78e](https://www.regjeringen.no/din-i-teams-ce36ed14-6bc9-4775-a33e-6629ba4ff78e) [hentet 09.05.23]

Regjeringen (2014) Regjeringen. «Norske departementer siden 1945». 22. mai 2014 https://www.regjeringen.no/no/om-regjeringa/tidligere-regjeringer-og-historie/historiske-artikler/ministerier_regjeringer/nyere_tid/statsradet-siden-1945/id438700/ [hentet 09.05.23]

Schau (2023) Schau, Stensholt Mette. «Kan bli forbudt for sjefen å kontakte deg på fritiden.» *NRK*, 30. mars 2023, <https://www.nrk.no/vestfoldogtelemark/det-kan-bli-forbudt-for-sjefen-a-kontakte-deg-pa-fritiden-1.16304901> [hentet 09.05.23]

WP217 Artikkel 29-gruppen (WP217). *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/44/EC*. 9. April 2014 https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf