

Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 OSLO

Vår ref.
24/1666 - 2

Deres ref

Dato
01.10.2024

Høringssvar - krav om bakgrunnssjekk

Vi viser til departementets høringsbrev av 24. juni 2024.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har som mandat å arbeide for likestilling og mot diskriminering på grunnlag av blant annet kjønn, etnisitet, religion, seksuell orientering, alder og funksjonsnedsettelse.

Ombudet har tilsynsansvar med at norsk rett og forvaltningspraksis er i samsvar med de forpliktelsene Norge har etter FNs rasediskrimineringskonvensjon (CERD), FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (CEDAW) og FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD).

Når det gjelder personellsikkerhet, er det særlig forholdet til diskrimineringsgrunnet etnisitet som blir aktualisert, men også funksjonsnedsettelse og seksuell orientering kan være relevant i denne sammenhengen.

Våre kommentarer nedenfor er gitt med dette som utgangspunkt.

Behovet for regulering av bakgrunnssjekk for personell til visse stillinger og funksjoner i helse- og omsorgssektoren

Ut fra faktumbeskrivelsen i høringsnotatet legger vi til grunn at det kan være tungtveiende sikkerhetsinteresser knyttet til visse stillinger og funksjoner innen helse- og omsorgssektoren. Som departementet skriver, vil en regulering av bakgrunnssjekk knyttet til disse stillingene og funksjonene måtte harmoniseres med flere ulike regelverk, inkludert diskrimineringslovgivningen.

Vår erfaring er at arbeidsgivere føler behov for å sikre egne eller mer overordnede interesser gjennom en utvidet bakgrunnssjekk av arbeidssøkere eller ansatte i flere

situasjoner enn de sikkerhetsloven regulerer i dag. Ønsker om mer inngående bakgrunnssjekk kan i slike tilfeller støte an mot flere ulike regelverk, slik departementet beskriver i høringsnotatet, herunder likestillings- og diskrimineringsloven (Idl) § 30, som regulerer adgangen til å innhente visse opplysninger i ansettelsesprosesser.

Bakgrunnen for denne lovbestemmelsen er et mål om å effektivisere diskrimineringsvernet, gjennom å begrense tilgangen til visse opplysninger som kan tenkes å vektlegges negativt i en ansettelsesprosess. Unntak kan likevel gjøres der slike opplysninger *har avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket*, jf. Idl § 30 andre ledd. Etter en konkret vurdering kan slike opplysninger da også vektlegges ved ansettelse, dersom å nekte ansettelse på dette grunnlaget i tillegg anses saklig, nødvendig og forholdsmessig, sett opp mot formålet om vern av sikkerhetsinteresser. Det samme gjelder direkte forskjellsbehandling ellers i arbeidsforhold. Dette er imidlertid et snevert unntak etter likestillings- og diskrimineringsloven.

Både det å kreve en bakgrunnssjekk og det å vektlegge visse opplysninger i en ansettelsesprosess, eller under et arbeidsforhold, vil altså reise spørsmål om diskriminering.

Retten til arbeid og retten til ikke å bli diskriminert tilsier at en regulering av bakgrunnssjekk i spesiallovgivningen som tillater innhenting av opplysninger som går utover adgangen som følger av Idl § 30, bør være begrenset ut fra de samme kriteriene som følger av diskrimineringslovgivningen. Det vil si at det kun er etter en konkret vurdering av behovet for utvidet bakgrunnssjekk for den enkelte stillingen, funksjonen eller oppgavene, i den enkelte sak, at slik bakgrunnssjekk kan vurderes. En beslutning om bakgrunnssjekk må da bygge på en grundig vurdering av sikkerhetsrisikoen og nødvendigheten av å innhente bestemte opplysninger. Dette må da være opplysninger som må anses avgjørende for utøvelsen av stillingen eller funksjonen. Presiseringen som er tatt inn i de foreslåtte lovbestemmelsene om at det ikke skal kreves bakgrunnssjekk dersom det kan iverksettes andre egnede tiltak, er derfor svært viktig.

Når det gjelder selve ansettelsesvurderingen, så skriver departementet på side 23 i høringsnotatet at «*Departementet mener at et krav om bakgrunnssjekk med vektlegging av nasjonalitet, landbakgrunn o.l. kan være saklig, nødvendig og forholdsmessig, og således ikke diskriminerende.*» Her vil vi påpeke at ved direkte forskjellsbehandling er det et tilleggsvilkår at forholdene som vektlegges har *avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket*, jf. Idl § 9 andre ledd. Dette stiller strenge krav til den konkrete analysen av sikkerhetsrisikoen for stillingen eller funksjonen, og til vurderingen av den enkelte personen stilt opp mot denne. Dersom denne delen av vurderingen tilfredsstillende disse kriteriene, vil en eventuell forskjellsbehandling lettere være saklig, nødvendig og forholdsmessig, slik departementet skriver.

Lovforslaget - Begrepet bakgrunnssjekk

Vi har noen merknader knyttet til hvordan begrepet «bakgrunnssjekk» er ment å forstås i lovforslaget.

Vi legger til grunn at formålet med en bakgrunnssjekk er å vurdere om personer er sikkerhetsmessig skikket til å inneha visse stillinger, oppgaver eller funksjoner. Vår erfaring er at arbeidsgivere bruker bakgrunnssjekk som begrep om den delen av en ansettelsesprosess som handler om innhenting og vurdering av opplysninger om arbeidssøkere i forkant av en ansettelsesvurdering. I høringsnotatet og i lovforslaget brukes imidlertid begrepet «bakgrunnssjekk» og «krav om bakgrunnssjekk» underforstått som et kvalifikasjonskrav i seg selv som en arbeidssøker må oppfylle, altså en klareringsvurdering, uten at dette sies rett ut. Dette mener vi kan være egnet til å skape forvirring.

Vi ber departementet vurdere å ta inn en setning i de foreslåtte lovbestemmelsene om at formålet med bakgrunnssjekken er å vurdere om personen er sikkerhetsmessig skikket til den aktuelle stillingen eller funksjonen. I tillegg foreslår vi at ordlyden justeres slik at det fremgår tydelig at utfallet av bakgrunnssjekken avgjør om personen kan tilsettes i den aktuelle stillingen eller tildeles de aktuelle funksjonene.

Tilknytningsdiskriminering

I lovforslaget står det at opplysninger om nærstående personer bare skal tillegges vekt «dersom opplysningene er sikkerhetsmessig relevante». Det er en viktig presisering. Vi vil imidlertid legge til at forskjellsbehandling som skjer på grunn av en persons tilknytning til en annen person, regnes som forskjellsbehandling som må vurderes opp mot diskrimineringsforbudet i likestillings- og diskrimineringsloven § 6 tredje ledd. I praksis er nettopp en persons tilknytning til andre personer, for eksempel ektefeller, kjærester osv., en veldig aktuell problemstilling i denne sammenhengen. Etter loven er det ikke større åpning for å tillate forskjellsbehandling når det gjelder egenskaper eller forhold hos personer en arbeidssøker har tilknytning til enn når det gjelder forskjellsbehandling av arbeidssøkeren selv på grunn av tilsvarende egenskaper eller forhold. Dette kan med fordel presiseres i forarbeidene og ev. i forskrift eller rundskriv til bestemmelsene.

Krav til begrunnelse ved bakgrunnssjekk

Det følger av de foreslåtte lovbestemmelsene at beslutning om krav til bakgrunnssjekk for den konkrete stillingen skal begrunnes. Det er viktig at dette fremgår tydelig av loven, slik det er foreslått. Vi mener for øvrig at det bør være et krav at begrunnelsen blir gjort skriftlig, og at også dette kravet tas inn i loven.

Så vidt vi kan se er det ikke lagt opp til at den enkelte arbeidssøker eller ansatte kan få innsyn i egen bakgrunnssjekk eller kreve noen begrunnelse for de vurderingene som gjøres om sikkerhetsmessig skikkethet. Vi savner en drøfting av denne

problemstillingen i høringsnotatet, siden dette er et grunnleggende rettssikkerhetsspørsmål for den enkelte.

Vi peker dessuten på at ved klareringer etter sikkerhetsloven, er krav til begrunnelse og rett til innsyn regulert i egne bestemmelser, jf. sikkerhetsloven §§ 8-13 og 8-14. Det må legges til grunn at personer som blir avvist som følge av en bakgrunnssjekk etter de foreslåtte bestemmelsene i helselovgivningen vil kreve begrunnelse og innsyn i sin sak. Av hensyn både til arbeidsgiver og til personen bør behandling av slike krav reguleres i loven.

Klageadgang

Det legges opp til at avgjørelsen om å kreve bakgrunnssjekk for stillingen eller funksjonene kan påklages, men ikke den konkrete vurderingen av den enkelte arbeidssøker eller ansatte. Begrunnelsen er, ifølge høringsnotatet, at *«selve bakgrunnssjekken vil være basert på mer objektive kriterier og at aksept av risiko forbundet med om personen er sikkerhetsmessig skikket må avgjøres av arbeidsgiveren/dataansvarlig»* (side 25).

Dette stiller vi oss kritiske til. Selv om kriteriene som ligger til grunn for bakgrunnssjekken kan være objektive, vil det nærmere innholdet av dem og vurderingene knyttet opp mot enkeltpersoner nødvendigvis bli skjønnsmessige i større eller mindre grad. Dessuten kan opplysninger som fremkommer under en bakgrunnssjekk være mangelfulle eller feilaktige, eller det kan forekomme misforståelser og lovanvendelsesfeil. En adgang til å klage på den konkrete vurderingen, basert på innsyn og fremlagt begrunnelse, jf. ovenstående, vil kunne avdekke slike feil eller føre til andre eller mer nyanserte vurderinger. Da vil man kunne sikre at saken blir så godt opplyst som mulig og at klareringsvurderingen blir riktig. Sterke rettssikkerhetshensyn tilsier at det bør være klageadgang for den enkelte i slike tilfeller – noe som til sammenligning er regulert i sikkerhetsloven, jf. § 8-17.

Vi vil også peke på at selv om den enkelte ikke får fullt innsyn i begrunnelsen for klareringsnektelse i saker etter sikkerhetsloven, fører slike klager i en del tilfeller frem. Det er også eksempler fra rettspraksis på at vedtak i klareringssaker er blitt kjent ugyldige på grunn av lovanvendelsesfeil og saksbehandlingsfeil, se for eksempel TOSLO-2019-191463.

Endelig vil vi minne om at en eventuell forskjellsbehandling som følge av en bakgrunnssjekk kan påklages til Diskrimineringsnemnda dersom vernede diskrimineringsgrunnlag er tillagt vekt i saken. Det vil være en fordel om eventuelle feil ved beslutninger eller vedtak kan avdekkes og rettes ved klage innad i sektoren fremfor å måtte bli behandlet i Diskrimineringsnemnda – både av hensyn til personen saken gjelder, men også for utvikling og korrigerende av praksis hos den enkelte arbeidsgiver.

Vennlig hilsen

May Schwartz
avdelingsdirektør

Margrethe Søbstad
fagdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent, og gyldig uten signatur.