

Sivilombudsmannens årsmelding. Referat av saker. - SOMB-2007-29 (2007 S 95)

Instans	Sivilombudsmannens årsmelding. Referat av saker.
Dato	2007
Doknr/publisert	SOMB-2007-29 (2007 S 95)
Stikkord	Forbud mot bierverv for radiograf ansatt i helseforetak. (Tilsetting i offentlige stillinger, offentlige tilsettingsforhold)
Sammendrag	Saken gjelder spørsmål om et helseforetak kan forby en radiograf å ta betalte oppdrag ved et privat røntgeninstitut. Helseforetakets forbud mot å ha bierverv i en privat helsevirksomhet brøt med en langvarig praksis og uttalelser i forarbeidene til helsepersonelloven. Inngrep i tilsattes rett til å bestemme over egen fritid må ha et klart rettslig grunnlag. Ombudsmannen kom til at det var tvilsomt om arbeidsavtalen sammenholdt med den arbeidsrettslige lojalitetsplikten ga helseforetaket rett til å forby radiografen å ha bierverv ved et privat røntgeninstitut. Helseforetaket ble bedt om å behandle saken på nytt. Ombudsmannen ba også Helse- og omsorgsdepartementet vurdere det rettslige grunnlaget for dagens praksis knyttet til helseforetakenes forbud mot bierverv.
Saksgang	(Sak 2006/823)
Parter	
Forfatter	Arne Fliflet

A arbeider som radiograf ved et sykehus i Helse Nordmøre og Romsdal HF.

I arbeidskontrakten mellom A og helseforetaket undertegnet i april 2004 fremgår følgende:

«Ansatte i Helse Nordmøre og Romsdal HF har ikke anledning til å ta annet arbeid, eie, drive eller ha styreverv i konkurrerende virksomhet, uten samtykke fra direktøren. Tillatelsen kan ikke gis for mer enn ett år av gangen.

Jeg bekrefter at jeg aksepterer arbeidsforholdet på ovennevnte betingelser.»

Side 96

I helseforetakets styrevedtak 1. oktober 2004 i sak 61/04 fremgår det at:

1. Styret for Helse Nordmøre og Romsdal HF vil ha ryddige arbeidsforhold, der ansatte sitt arbeidsforhold til konkurrerende virksomhet bør opphøre. Styret ber om at administrerende direktør følger opp de enkeltsaker det gjelder med sikte på å få gjennomført dette. Innenfor fagfelt der det er underkapasitet, ber styret administrasjonen finne løsninger som innebærer at de ansattes totale arbeidskapasitet blir fullt utnyttet - fortrinnsvis innenfor eget foretak.
2. Styret forutsetter at oppfølgingsarbeidet harmoniseres med de prosesser som foregår i Helse Midt-Norge for øvrig, og nasjonalt på dette feltet.»

I saksutredningen til styresak 61/04 fremgår det at:

«*Konkurrerende virksomhet* er definert som:

- Virksomheten finansierer sin virksomhet ved å ta pasienter som kunne vært behandlet av helseforetaket
- Virksomhetens aktiviteter fører til reduserte inntekter for helseforetaket eller dets eier
- Virksomhetens aktivitet fører til overkapasitet hos helseforetaket.»

I et brev informerte A helseforetaket om at:

«jeg på min fritid er i ferd med å påta meg ekstraarbeid ved X Røntgeninstitutt. Min arbeidsoppgave vil utelukkende dreie seg om utførelse av MR-undersøkelser. Arbeidet vil i hovedsak foregå på helg og fridager i den grad det er behov for ekstrahjelp.»

I sitt svar meddelte Helse Nordmøre og Romsdal HF følgende:

«Med bakgrunn i styrets sitt vedtak 1. oktober 2004, i sak 61/04, finner vi ikke å kunne gi samtykke til at du påtar deg ekstraarbeid ved X Røntgeninstitutt i tillegg til den arbeidsavtalen du har med Helse Nordmøre og Romsdal HF.»

Norsk Radiografforbund tok saken opp med helseforetaket, som fastholdt avgjørelsen om å forby A å ta bierverv ved X Røntgeninstitutt. I brev til helseforetakets styre ba Radiografforbundet om omgjøring av vedtaket, men avslaget ble opprettholdt med følgende begrunnelse:

«I forhold til styrets vedtak fra 2004, har vi definert X Røntgeninstitutt som en konkurrerende virksomhet når det gjelder røntgentjenester. Dette gjelder ikke bare konkurranse om pasienter, men også konkurranse om arbeidskraft med spesielle kvalifikasjoner.

Vi har brukt flere år på å skaffe oss en stab av radiografer som har god kompetanse i arbeidet med MR-undersøkelser. Flere av disse radiografene har flyttet og vi har derfor ikke hatt radiografkompetanse nok til å utnytte MR-maskinen i en grad vi ønsker. Målet har hele tiden vært å drive denne aktiviteten med forlenget åpningstid 4-5 dager i uken. Under oppbygging av dette tilbudet er vi foreløpig avhengig av at de aktuelle radiografene kan arbeide ekstra overtid på ettermiddag/kveld.

Som hovedarbeidsgiver har vi derfor behov for at eget personale som ønsker å arbeide ekstra gjør dette innenfor vår egen virksomhet.

Av denne grunn mener vi at det avslaget som vi har gitt på denne søknaden er i overensstemmelse med styrets intensjoner med vedtaket fra 2004.»

Norsk Radiografforbund brakte deretter saken inn for ombudsmannen. Det ble vist til at helseforetakets begrunnelse for nektelsen var skjematisk og mekanisk, uten at reelle ulemper for arbeidsgiver var utredet. Det ble også vist til at henvisningen til «konkurranse om arbeidskraft med spesielle kvalifikasjoner» innebærer en

svært utvidende tolkning av klausulen i arbeidskontrakten. Videre viste Radiografforbundet til at X Røntgeninstitutt har inngått avtale om driftstilskudd med Helse Midt-Norge HF, og at As eventuelle bierverv ved røntgeninstituttet vanskelig kan sies å være i konkurranse med helseforetaket. Radiografforbundet mente at den restriktive praksisen med hensyn til godkjenning av bierverv «utgjør i realiteten et partielt yrkesforbud». Radiografforbundet hevdet at As bierverv uansett ikke kunne oppfattes som illojal konkurranse, fordi han ikke kan påvirke hvor pasientene blir undersøkt, eller hvor mange som blir henvist til røntgeninstituttet. Endelig ble det påpekt at adgangen til bierverv for helsepersonell ble vurdert som positiv i forarbeidene til helsepersonelloven. Helsepersonelloven § 19 fastslår en meldeplikt til arbeidsgiver, men gir ikke adgang til å forby bierverv.

Ombudsmannen tok saken opp med Helse Nordmøre og Romsdal HF, som ble bedt om å gi en kort redegjørelse for hvordan styrevedtaket om «konkurrerende virksomhet» praktiseres, og om helseforetaket har inngått tilsvarende arbeidsavtaler med andre helseprofesjoner ved foretaket. Videre ble det bedt om en nærmere redegjørelse for på hvilken måte helseforetaket betrakter X Røntgeninstitutt som «konkurrerende virksomhet». Det ble bedt om en nærmere beskrivelse av de konkrete markedsmekanismene som gjør seg gjeldende, og hvordan pasientstrømmen foregår. Helseforetaket ble spurt om det er helseforetaket som henviser pasientene til det private røntgeninstituttet. Videre ble det bedt om en kommentar til Radiografforbundets anførsel om at forbudet mot bierverv i konkurrerende virksomhet er tolket svært utvidende og i strid med det opprinnelige formålet.

I brev samme dag til Helse- og omsorgsdepartementet ble det vist til at klagen fra A reiser flere prinsipielle spørsmål, både knyttet til hvilken adgang helseforetakene generelt sett har til å begrense enkeltpersoners adgang til å ta bierverv, samt mer overordnede helsepolitiske problemstillinger. Det ble vist til forarbeidene til helsepersonelloven, der det ble drøftet om det burde innføres meldeplikt for

Side 97

bierverv for helsepersonell, og at det i forarbeidene ble pekt på at adgangen for helsepersonell til å ta bierverv har flere positive sider. Det ble videre vist til at forarbeidenes drøftelse av eventuelle negative konsekvenser ved bierverv først og fremst var knyttet til interesse- og habilitetsproblemer, og at bierverv for helsepersonell skulle være problematisk ut fra et konkurransesynspunkt ikke syntes å ha vært nevnt. På denne bakgrunn ble departementet bedt om å redegjøre for den markedsmessige situasjonen for helseforetak, og på hvilken måte dette eventuelt hadde endret seg etter at helsepersonelloven ble vedtatt. Det ble bedt om departementets syn på i hvilken grad konkurranseforhold av den typen som eksisterer i det private næringslivet kan sies å gjøre seg gjeldende på det markedet helseforetak opptrer, både generelt sett, og særlig i en situasjon der et helseforetak har inngått driftsavtale med et røntgeninstitutt. I brev hit opplyste Helse Nordmøre og Romsdal HF bl.a.:

«Styrets intensjon med meldeplikt er å forebygge situasjoner hvor bierverv og/eller eierinteresser kan bidra til å svekke tillitsforholdet mellom pasienter og helsetjenesten ved at beslutninger som tas kan tenkes å være påvirket av private interesser. I arbeidslivet generelt har adgangen til bierverv alltid vært begrenset gjennom kravet til forsvarlighet, lojalitet og habilitet.

Vi er oppmerksom på at bestemmelsen i loven ikke gir arbeidsgiver uten videre rett til å nekte ansatte å utføre bierverv, siden alle i utgangspunktet selv bestemmer over sin fritid. Men både arbeidsgiver og ansatte må ta ansvar for at arbeidsforholdene er ryddige når det gjelder lojalitet og habilitet. Derfor har, etter vårt syn, arbeidsgiver både en rett til og et ansvar for å regulere dette innenfor de lov- og avtalemessige rammer som gjelder.

I forbindelse med sykehusreformen ble alle tilsatte overført fra Fylkeskommunen til helseforetaket med samme rettigheter og plikter som de hadde før reformen. Arbeidsavtalene ble ikke endret. I disse tilfellene må det forhandles med hver enkelt om bierverv. For A er det tatt slikt forbehold i arbeidsavtalen.»

Til spørsmålet om hvordan styrevedtakene om konkurrerende virksomhet praktiseres het det:

«Konkurrerende virksomhet har vi definert slik:

- Virksomheten finansierer sin virksomhet ved å ta pasienter som kunne vært behandlet av helseforetaket
- Virksomhetens aktiviteter fører til reduserte inntekter for helseforetaket eller dets eier
- Virksomhetens aktivitet fører til overkapasitet hos helseforetaket

Det er avdelingssjefene som har ansvar for å tilsette personell på avdelingene. Det er derfor de som skal vurdere hva som er konkurrerende virksomhet med utgangspunkt i definisjonen.

I utgangspunktet er det ingen tilsatte som skal arbeide i konkurrerende virksomhet. Det var noen som alt hadde slikt bierverv på det tidspunktet styrene gjorde sine vedtak. Det har vært noe uklart om de skal omfattes av nektingen. Imidlertid er det ingen som har fått godkjent bierverv i konkurrerende virksomhet etter at vedtakene ble fattet.

Alle nytilsatte i Helse Nordmøre og Romsdal HF har samme klausul i sin avtale. Som nevnt over er det ikke utferdiget nye arbeidsavtaler for de som alt hadde en arbeidsavtale, men det har hele tiden vært forutsatt at de omfattes av ordningen. Dette gjelder også A.»

Til spørsmålet om forholdet mellom helseforetaket og X Røntgeninstitut svarte foretaket:

«Hva som er konkurrerende virksomhet går fram over. Jeg gjør imidlertid oppmerksom på at det ikke er Helse Nordmøre og Romsdal HF som har inngått avtale med X Røntgeninstitut, men Helse Midt-Norge RHF. Helse Nordmøre og Romsdal HF har derfor ingen driftsavtale med X Røntgeninstitut, det er det regionale helseforetaket som har. Disse avtalene er rammeavtaler der det bestilles et visst antall undersøkelser/prøver og det er det regionale foretaket som betaler.

Søknadene kommer i hovedsak fra fastlegene eller primærlegene. I de tilfeller helseforetaket ikke klarer å holde behandlingsfristen vil vi også kunne henvise pasientene til private. Omfanget av dette er lite.»

Til Radiografforbundets anførsel om at konkurranseklausulen er tolket utvidende het det:

«Innen helsesektoren har vi knapphet på personell. Den offentlige helsetjeneste utdanner i stor grad personalet sjøl og vi bruker store ressurser til kompetanseheving. Den private helsetjeneste har brukt svært lite ressurser på å utdanne og kvalifisere sitt personell. De har i sin helhet rekruttert personell fra den offentlige sektor. Dette er personell som vi har brukt store ressurser på å kvalifisere til viktige samfunnsoppgaver. Vi konkurrerer altså om det samme personellet, som det er knapphet på. Vi finner det derfor rimelig, og i samsvar med de styringssignaler vi har fått, at vi legger rekrutteringshensyn til grunn når vi nekter bierverv.»

I svaret fra Helse og omsorgsdepartementet ble det innledningsvis vist til helsepersonelloven § 19 om helsepersonells plikt til å gi melding til arbeidsgiver om bierverv og andre engasjement i annen virksomhet. Departementet viste til at denne bestemmelsen ikke regulerer hva arbeidsgiver i sin ansettelseskontrakt kan stille begrensninger om, og at det alminnelige arbeidsrettslige prinsippet om arbeidstakerens lojalitetsplikt kommer til anvendelse. Det ble vist til at lojalitetsplikten kan begrense arbeidstakerens adgang til å ha bierverv ut fra tre hensyn, hensynet til vedkommendes habilitet, hensynet til at biarbeid ikke skal svekke arbeidstakerens innsats i hovedstillingen, og ut fra konkurransehensyn. Det ble vist til at å ha bistilling hos en konkurrerende virksomhet vil kunne bryte med lojalitetsplikten, og at Høyesterett har akseptert dette i utstrakt grad. Departementet erkjente at det for ansatte i forvaltningen i noen tilfeller kan tenkes at lojalitetsplikten

Side 98

ikke begrenser adgangen til å ha bistilling ut fra konkurransebetragtninger. Et slikt synspunkt bygger på at forvaltningen ikke befinner seg i en konkurransesituasjon ettersom den ikke har et økonomisk formål. Videre het det:

«Dette utgangspunktet gjelder etter departementets syn ikke for helseforetakene. Selv om disse ikke har som formål å gå med overskudd, produserer de tjenester av økonomisk verdi og opererer i en situasjon hvor deres økonomiske resultater og øvrige måloppnåelse i noen grad avhenger av hvor konkurransedyktige de er.»

Departementet ga deretter en redegjørelse for helseforetakenes virksomhet. Det ble vist til at de regionale helseforetakene har som en hovedoppgave å sørge for at befolkningen tilbys spesialisthelsetjenester, herunder radiologiske tjenester. Helseforetakene kan velge å la sine helseforetak produsere disse tjenestene eller kjøpe tjenester av private leverandører. For helseforetakenes del ble det pekt på at den viktigste oppgaven, produksjon av helsetjenester, utvilsomt er en økonomisk oppgave. Det ble vist til uttalelser fra Konkurransetilsynet og til at den delen av helseforetakenes virksomhet som ikke er myndighetsutøvelse omfattes av foretaksbegrepet i EØS-avtalen. Det ble konkludert med at helseforetakene befinner seg i en økonomisk situasjon som preges av reell konkurranse selv om det ikke er priskonkurranse mellom helseforetakene og private tjenesteytere.

Departementet uttalte:

«I forbindelse med vurderingen av lojalitetspliktens begrensning av arbeidstagerne s anledning til å ha bierverv er det særlig tre konkurranserelasjoner som er av betydning.

For det første vil spørsmålet om hvem som skal løse de offentlige oppgavene innefor spesialisthelsetjenesten være preget av konkurranse. De regionale helseforetakene har begrensede midler og det vil således være en situasjon preget av en viss konkurranse, sett fra det enkelte helseforetakets side, hvilket av helseforetakene som skal gis det offentlige oppdraget - å yte helsetjenester til befolkningen. Det er for tiden en omfattende diskusjon om oppavefordeling mellom sykehusene. De regionale helseforetakene er under sterkt press for å levere regnskaper i balanse slik Stortinget har krevd. Det helseforetaket som er mest konkurransedyktig både med hensyn til kvalitet i pasientbehandlingen og effektiv ressursbruk har størst mulighet til å beholde og styrke sin stilling som produsent av spesialisthelsetjenester til befolkningen. På samme måte som det er en viss konkurranse mellom de forskjellige helseforetakene, er det et spørsmål preget av konkurranse om tjenestene skal produseres i egenregi - av helseforetakene - eller om tjenesten skal kjøpes av private aktører. Hvilken løsning det regionale helseforetaket velger vil blant annet avhenge av forhold som kvaliteten på den tjenesten de forskjellige helsetjenesteyterne kan levere, hvor sikre tjenestene er for pasientene og hvilke kostnader de forskjellige alternativene vil ha for det regionale helseforetaket. Helseforetakene opererer altså i en situasjon hvor det løpende vurderes hvilke oppgaver det enkelte foretak skal ha. Dette er ikke det samme som å måtte selge tjenestene sine i et kommersielt marked med priskonkurranse. Likevel er helseforetakenes prestasjoner både med hensyn til kvalitet, kostnad og leveringsdyktighet av betydning for utviklingen av foretakets virksomhet og økonomi. Dersom en arbeidstager i et helseforetak har bistilling hos en privat arbeidsgiver som også har avtale om å levere helsetjenester som ledd i et regionalt helseforetaks «sørge for»- ansvar, eller ønsker å få en slik avtale, vil det kunne fremme biarbeidsgivers muligheter til å nå sine mål på bekostning av helseforetaket.

For det annet er det en situasjon preget av konkurranse i relasjonen mellom helseforetaket og pasientene. Pasientene kan fritt velge hvilket sykehus som skal behandle dem, se pasientrettighetsloven § 2-4. Det er en forutsetning at sykehuset eies av et regionalt helseforetak eller, for private, har avtale med et regionalt helseforetak som gir pasienten rett til å velge å få behandling der. Inntektene til helseforetakene og de private helsetjenesteleverandørene avhenger, slik finansieringssystemet for spesialisthelsetjenesten er innrettet, av hvor mange pasienter de behandler. Bevilgningen fra det regionale helseforetaket til helseforetaket er basert på hvor mye helseforetaket produserer. På samme måte er betalingen til de private aktørene, inkludert laboratorie- og røntgenvirksomheter som har avtale med et regionalt helseforetak, avhengig av hvor mange pasienter som velger å motta tjenester fra dem.

Som nevnt kan pasienter som benytter spesialisthelsetjenesten fritt velge blant de offentlige tjenesteyterne og de private tjenesteyterne. Helseforetakene befinner seg altså i en situasjon preget av reell konkurranse om pasienter. De konkurrerer med hverandre og med de kontraherte private tjenesteleverandørene. Det er av økonomisk betydning for helseforetaket hvor pasienten velger å la seg behandle. Ventetider, tjenesteyterens renommé, tjenestens kvalitet og andre forhold som preger forbrukeradferd preger også pasientenes valg.»

Departementet viste til uttalelser i forarbeidene til ordningen med fritt sykehusvalg i Ot.prp.nr.63 (2002-2003) s. 21. Departementet uttalte videre:

«Dersom helsepersonell med hovedstilling i et helseforetak har bistilling hos en privat leverandør, vil det øke denne leverandørens kapasitet og evne til å levere tjenestene raskt. Dette innebærer at bistillingen styrker biarbeidsgiver i forhold til hovedarbeidsgiver. I en situasjon hvor hovedarbeidsgiver har lang ventetid i forhold til biarbeidsgiver vil dette være av særskilt stor betydning, ettersom biarbeidsgivers konkurransefortrinn - kort ventetid - styrkes ytterligere på bekostning av hovedarbeidsgiver.

Den tredje situasjonen hvor helseforetakene må sies å opptre i en situasjon preget av konkurranse er i forhold til tilgangen på kvalifisert personell. Innenfor noen av helsepersonellgruppene er det mangel på kvalifisert personell. Det bør i denne sammenheng nevnes at radiografer er en slik gruppe. Tilgangen på kvalifisert personell som generelt er den viktigste innsatsfaktoren i helsesektoren, er av stor betydning for om helseforetakene lykkes i de to relasjonene preget av konkurranse som er nevnt over. Tilgangen på personell har også økonomisk betydning for

Side 99

foretakene på andre måter. Det er for eksempel kostbart å ikke nytte til fulle kapasiteten til dyrt medisinskteknisk utstyr - som røntgenapparater og annet radiologisk utstyr. Dersom foretaket ikke har tilstrekkelig personell til å operere utstyret vil effektiviteten til foretaket svekkes. Personelltilgangen har således økonomisk betydning for helseforetakene.»

Departementet ga deretter en redegjørelse for ulike vurderinger som var gjort av helsepersonells bierverv. Departementet skrev:

«I sin styring av regionale helseforetak har departementet fastsatt følgende i styringsdokumentene for 2003:

«De regionale helseforetakene skal inngå avtaler med private aktører når de aktuelle helsetjenestene inngår i det samlede opplegget for oppfyllelsen av «sørge for»-ansvaret. Dette er ikke til hinder for at forvaltningen av avtalen utføres av helseforetaket. De retningslinjer som angis ovenfor, tilsikter å gi klarere roller for de private aktørene i relasjon til de foretakene. Et supplerende element i et slikt klargjøringsarbeid er hvordan det eventuelt tillates at medarbeidere som har sitt hovedarbeidsforhold i foretakene, tillates å ha supplerende arbeid i private virksomheter eller drive virksomhet i egen regi, og der dette eventuelt også er i en konkurransesituasjon i forhold til helseforetakene. Det forutsettes at foretakene med utgangspunkt i sin arbeidsgiverposisjon vurderer retningslinjer for slike supplerende arbeidsforhold. Vurderingene forutsettes gjort ut fra de rammebetingelser som følger av helsepersonelloven (jf § 19) og øvrig relevant lovgivning. Det må legges vekt på hva som best tjener realiseringen av de helsepolitiske målene, at forutsetningene for god drift i helseforetakene ikke svekkes, og at det heller ikke etableres rollemessige uklarheter som er egnet til å svekke helsetjenestens legitimitet.»

I Ot.prp.nr.63 (2002-2003) vises det til styringsdokumentet på dette punkt og det uttales (på de 21):

«Et supplerende element i klargjøringsarbeidet er hvordan ansatte som har sitt hovedarbeidsforhold i foretakene, eventuelt tillates å ha bierverv i private virksomheter eller drive virksomhet i egen regi som kan komme i en konkurransesituasjon i forhold til foretakene. Det forutsettes at foretakene, med utgangspunkt i sin arbeidsgiverposisjon, vurderer retningslinjer for slike biervervsforhold. (...) Det må legges vekt på hva som best tjener realiseringen av de helsepolitiske målene, at forutsetningene for god drift i helseforetakene ikke svekkes, og at det heller ikke etableres rollemessige uklarheter som er egnet til å svekke helsetjenestens legitimitet. (...) For å sikre nødvendig tillit til at helsetjenester leveres på et faglig grunnlag, må de regionale helseforetakene påse at personell verken på egne eller andres vegne mottar gave, provisjon, tjeneste eller annen ytelse som kan være egnet til å påvirke handlinger på en utilbørlig måte, eller som kan gi grunnlag for tvil om handlinger påvirkes, jf. helsepersonelloven §§ 6 og 9. Slik tvil kan også oppstå dersom arbeidstaker har bierverv eller annen tilknytning til leverandører eller tjenesteytere i forhold til foretaket.»

I 2005 ble det gjort en kartlegging av helseforetaksgruppens praksis i forhold til helsepersonells bierverv. Den viste at alle foretakene, om enn på noe forskjellig måte, begrenset de ansattes anledning til å ha bierverv hos andre arbeidsgivere eller til å drive egen virksomhet som yter elsetjenester. Riksrevisjonen gjorde også en kartlegging av dette i 2005 og uttalte i brev til Helse- og omsorgsdepartementet av 5. juli 2005:

«Etter Riksrevisjonens vurdering er det ikke tilstrekkelig å kun etablere og utarbeide retningslinjer for ansattes bierverv. Retningslinjene må også implementeres i praksis. Riksrevisjonen vil påpeke viktigheten av at alle regioner har lik praksis på området.»

I de regionale helseforetakenes foretaksmøter avholdt i januar 2006, fastsatte departementet, med henvisning til den nevnte kartleggingen av helsepersonells bierverv, at:

«Det er grunnleggende at befolkningen har tillit til helsepersonell og at tilliten ikke kan brytes ved at helsepersonell har former for bierverv som gjør at det kan reises tvil om den enkelte ansattes integritet og uavhengighet. Foretaksmøtet forutsetter at [de regionale helseforetakene] utvikler gjennomgående retningslinjer for ansattes bierverv.»

Som det framgår av ovenstående gjennomgang har det de senere årene vært knyttet en god oppmerksomhet til helsepersonells bierverv og det har vært en uttalt målsetning at helseforetakene som arbeidsgivere skal regulere og begrense de ansattes adgang til å ha bierverv. Dette skal ivareta flere hensyn hvor et særlig fokus har vært rettet mot å unngå rollemessig uklarhet.»

Norsk Radiografforbund ga 22. november 2006 merknader til departementets og helseforetakets syn på saken. Radiografforbundet uttalte blant annet at departementets uttalelse om at helseforetakene befinner seg i en konkurransesituasjon var svært problematisk og vanskelig å forene med departementets og de regionale helseforetakenes (RHF) ansvar for å «sørge for» at befolkningen i helseregionene tilbys spesialisthelsetjenester. Det ble vist til uttalelser i forarbeidene til spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a om at helseforetakenes

overordnede målsetting er å fremskaffe best mulige helsetjenester for de tildelte ressurser basert på behovet i helseregionene. Radiografforbundet uttalte:

«Vi har problemer med å se at denne overordnede målsettingen kan nås dersom de private aktører det inngås avtale med defineres som konkurrerende virksomhet slik departementet synes å gjøre. Dersom de private aktører defineres som konkurrerende virksomhet, vil lovens intensjon om å utnytte den helsefaglige kompetanse på en bedre og mer formålstjenlig måte heller ikke bli oppfylt. Departementets uttalelse om at forvaltningen, i dette tilfellet det enkelte helseforetak eller sykehus, befinner seg i en konkurransesituasjon kan derfor *ikke* gjelde de private aktører som har inngått avtale om leveranse av helsetjenester med RHFene.»

Side 100

Radiografforbundet uttalte også at en eventuell mangel på kvalifisert personell vil variere over tid. Det ble vist til at tilgangen på nyutdannede radiografer de siste årene har økt betraktelig, og at radiografer ikke lenger kan anses å være en knapphetsfaktor for helseforetakene. Videre ble det understreket at Stortinget har uttalt at det er positivt at helsepersonell tar bierverv og derved øker tilbudet av helsetjenester. Forbundet uttalte videre:

«Vi er helt enig i at det er grunnleggende og viktig at befolkningen har tillit til helsepersonell og at tilliten ikke kan brytes ved at helsepersonell har former for bierverv som gjør at det kan reises tvil om den enkelte ansattes integritet og uavhengighet. Dette er også bakgrunnen slik vi oppfatter det for lovreguleringen om bierverv og informasjonsplikten etter § 19. Samtidig er det også viktig å skille på grunnlaget for en slik habilitetsvurdering. Radiografer utfører undersøkelse etter rekvisisjon/henvisning for diagnostisering og har ingen innflytelse eller påvirkning på pasientens valg av undersøkelsessted. Radiografer har med andre ord ingen mulighet til å henvise eller påvirke en pasient til å velge hvilken institusjon de ønsker å bli undersøkt ved. Vurderingen av den ansattes integritet og uavhengighet må derfor fra foretakets side nyanseres også i forhold til hvilken helsepersonellgruppe denne tilhører og hvorvidt det foreligger forhold som tilsier at den ansattes habilitet og integritet kan stilles spørsmål ved. Dette understreker nok en gang behovet for at hver sak vurderes individuelt og ikke fattes etter en skjematisk og unyansert behandling.»

Radiografforbundet hadde også merknader til svaret fra helseforetaket. Det ble anført at det må følge av lov, forskrift eller arbeidsavtale dersom bierverv på fritiden skal kunne nektes. Forbundet uttalte at en nektelse av bierverv må fattes etter en konkret og individuell vurdering, og ikke som en generell henvisning til et styrevedtak. For øvrig opplyste Radiografforbundet at A selv hadde bekostet sin videreutdanning, og at dette underbygger forbundets syn om at alle saker om bierverv må vurderes individuelt og ikke etter en av partene i arbeidsavtalens føringer og behov.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Problemstillingen

Det sentrale spørsmålet i saken er i hvilken grad et helseforetak, som hovedarbeidsgiver, har adgang til å nekte en radiograf å ha bierverv ved et privat røntgeninstitut.

Radiografen har undertegnet en arbeidsavtale med helseforetaket der det er inntatt en klausul om forhåndssamtykke fra sykehusdirektøren for å kunne ta annet arbeid i såkalt «konkurrerende virksomhet». Etter at arbeidsavtalen ble undertegnet presiserte styret i et generelt vedtak hva som ble regnet som «konkurrerende virksomhet». Det private røntgeninstituttet ble ansett omfattet av styrets definisjon av konkurrerende virksomhet, og radiografen ble nektet adgang til å ha bierverv ved røntgeninstituttet. Spørsmålet er om helseforetaket hadde rettslig adgang til å nekte radiografen å arbeide ved røntgeninstituttet.

2. Rettslige utgangspunkter

Utgangspunktet i norsk rett er at en arbeidstaker selv bestemmer over sin fritid, herunder om han eller hun ønsker å ha bierverv hos en annen arbeidsgiver. Adgangen til å ha bierverv er imidlertid ikke ubegrenset, men et inngrep i den ansattes rett til fritt å bruke sin fritid til å ta lønnet arbeid må bygge på et klart rettslig grunnlag. Alminnelige arbeidsrettslige prinsipper om at biervervet f.eks. ikke må gå utover hovedarbeidet, kan begrense en arbeidstakers rett til å ha bierverv. Det samme gjelder andre utslag av den ulovfestede lojalitetsplikten. I det private næringslivet har det tradisjonelt, ut fra slike lojalitetsbetraktninger, vært adgang til å forby en arbeidstaker å ha bierverv i konkurrerende virksomhet.

Norsk rett åpner også for at det i arbeidsavtaler settes restriksjoner med hensyn til arbeidstakernes adgang til å påta seg fritidsarbeid. Det er for eksempel adgang til å stille krav om forhåndssamtykke til bierverv. Ved praktiseringen av slike avtaler om forhåndssamtykke har rettspraksis oppstilt et generelt krav til saklighet.

For offentlig ansatt helsepersonell er det flere hensyn som gjør seg gjeldende i spørsmålet om adgangen til å ha bierverv. En arbeidsgiver kan motsette seg bierverv som er så omfattende at det kan gjøre helsepersonellens yrkesutøvelse i hovedstillingen uforsvarlig. Videre kan arbeidsgiveren motsette seg bierverv som innebærer at det oppstår fare for habilitetskonflikter. Som eksempel kan nevnes helsepersonell som har mulighet for å henvise pasienter til egen praksis og der det kan oppstå tvil om henvisningen styres av faglige vurderinger eller av personlige økonomiske interesser. For begge disse situasjonene følger det av alminnelige lojalitetsbetraktninger at adgangen til å ha bierverv er begrenset.

For å unngå at habilitets- og lojalitetskonflikter oppstår, ble det i helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 19 inntatt en bestemmelse om meldeplikt for bierverv. Bestemmelsen lyder slik:

«Melding til arbeidsgiver om bierverv og andre engasjement i annen virksomhet

Helsepersonell med autorisasjon eller lisens skal av eget tiltak gi arbeidsgiveren opplysninger om bierverv og engasjement, eierinteresser o.l. i annen virksomhet som vil kunne komme i konflikt med hovedarbeidsgivers interesser.

Arbeidsgiveren kan i tillegg kreve at helsepersonell med autorisasjon eller lisens gir opplysninger om all helsefaglig virksomhet som helsepersonellet utfører som selvstendig næringsdrivende, for andre arbeids- eller oppdragsgivere i Norge eller i utlandet, og om eierinteresser, samarbeidsforhold o.l.

Side 101

Det skal gis opplysning om virksomhetens navn og arten og omfanget av helsepersonells bierverv eller engasjement.

Denne bestemmelsen begrenser ikke plikten til å opplyse om bierverv som følger av avtale eller andre rettsregler.»

Det må antas at det også i forhold til offentlig ansatt helsepersonell er adgang til å inngå arbeidsavtaler som stiller krav om forhåndssamtykke til bierverv. Praktiseringen av en klausul om forhåndsgodkjenning må underlegges krav til saklighet og forsvarlig saksbehandling. Arbeidsavtalen må for øvrig tolkes i lys av de ulovfestede prinsippene om styringsrett og lojalitetsplikt.

Spørsmålet er om arbeidsavtalen med A, sammenholdt med alminnelige rettsgrunnsetninger, i dette tilfellet ga helseforetaket det nødvendige rettslige grunnlag for å forby bierverv ved X Røntgeninstitutt.

3. Arbeidsavtalen

Styret ved Helse Nordmøre og Romsdal HF vedtok i 2003 at ansatte ved helseforetaket måtte ha direktørens samtykke til å ta arbeid i «konkurrerende virksomhet». I As tilfelle ble klausulen inntatt i hans arbeidsavtale i april 2004. Avtalen som ble inngått mellom A og helseforetaket innebærer at A har godtatt å måtte søke om forhåndssamtykke for å ta arbeid i «konkurrerende virksomhet». Et krav om forhåndssamtykke betyr imidlertid ikke at det gjelder et generelt forbud mot bierverv. Ved behandlingen av en søknad om samtykke til bierverv vil det både ut fra arbeidsavtalens ordlyd, og alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling, måtte skje en konkret vurdering av hver enkelt søknad.

I nytt styrevedtak 1. oktober 2004 fastslo styret at «ansatte sitt arbeidsforhold til konkurrerende virksomhet bør opphøre». Samtidig ble begrepet «konkurrerende virksomhet» gitt en vid definisjon. Sammenholdt med opplysninger som er gitt i helseforetakets brev hit om at ingen ansatte har fått godkjent bierverv i virksomheter som er definert som «konkurrerende virksomhet» etter styrevedtaket 1. oktober 2004, kan det se ut til at helseforetaket har tolket bestemmelsen i arbeidsavtalen til A som et totalforbud mot bierverv i slike virksomheter som X Røntgeninstitutt.

Jeg kan ikke se det slik at A ved å undertegne arbeidsavtalen også aksepterte styrets senere praktisering av arbeidsavtalen. Det er forskjell på å kreve et forhåndssamtykke til bierverv, og å praktisere et totalforbud mot bierverv av denne typen. Spørsmålet om helseforetaket kunne nekte A bierverv ved X røntgeninstitutt må videre bero på en tolkning av begrepet «konkurrerende virksomhet» i arbeidsavtalen. Etter mitt syn må tolkningen skje i lys av alminnelige arbeidsrettslige lojalitetsbetraktninger, da jeg vanskelig kan se at et

bierverv i tråd med lojalitetsplikten vil kunne innebære brudd på den arbeidsavtalen A inngikk med helseforetaket. Spørsmålet er med andre ord om det er rettslig grunnlag for å tolke begrepet «konkurrerende virksomhet» på den måten som styret ved Helse Nordmøre og Romsdal HF har gjort.

4. «Konkurrerende virksomhet» og forholdet til lojalitetsplikten

Helseforetaket redegjorde i brev hit for ordlyden i alle nye arbeidsavtaler ved helseforetaket. Helseforetaket uttalte deretter:

«Det har vært underforstått at disse reglene også gjelder for tilsatte som hadde et arbeidsforhold i Helse Nordmøre og Romsdal da vedtaket ble fattet. Dette har vi altså lagt til grunn når vi har nektet A å ha bierverv.»

Helseforetaket mener da at nye bierverv i private helseinstitusjoner som styret har definert som konkurrerende virksomhet, anses å være i strid med ansattes alminnelige lojalitetsplikt til helseforetaket. Også departementet har pekt på den alminnelige lojalitetsplikt som rettslig grunnlag for å nekte en tilsatt ved et helseforetak å inneha bierverv ved private helseinstitusjoner.

Det er i Norge langvarig praksis for at helsepersonell har bierverv i private helseinstitusjoner. I forarbeidene til helsepersonelloven § 19, både i høringsnotatet fra Sosial- og helsedepartementet juli 1997 og i Ot.prp.nr.13 (1998-1999), heter det at bierverv for helsepersonell anses som positivt for samfunnet. I Ot.prp.nr.13 ble det uttalt i punkt 10.4.5., «Sosial- og helsedepartementets vurderinger», at:

«Det forhold at offentlig ansatt helsepersonell påtar seg bierverv har flere positive virkninger. For det første kan ekstraarbeid innebære en mer effektiv utnyttelse av det enkelte helsepersonells ressurser, idet vedkommende da i fritiden utfører helsetjenester i tillegg til de helsetjenester som utføres i hovedarbeidet. Ved å påta seg bierverv vil dermed helsepersonell bidra til å øke det samlede helsetilbudet. Offentlig ansatt helsepersonell vil dessuten gjennom bierverv kunne få erfaring som vil være til nytte i hovedvervet.»

Det var enighet om at det var behov for å innføre meldeplikt om bierverv som vil kunne komme i konflikt med hovedarbeidsgiverens interesser. Debatten om meldeplikt, og adgangen for helsepersonell til å inneha bierverv, var først og fremst knyttet til interesse- og habilitetsproblemer som kunne oppstå. At bierverv i private helseinstitusjoner skulle kunne nektes ut fra lojalitetsbetraktninger i forhold til «konkurrerende virksomhet» ble ikke drøftet, verken i forarbeidene eller av Stortinget. Det er ut fra dette lite som tyder på at Stortinget i 1999 mente at det ut fra arbeidsrettslige lojalitetsbetraktninger var adgang til å nekte helsepersonell å ta bierverv i private helseinstitusjoner ut fra konkurransebetraktninger. Spørsmålet er om det i ettertid har skjedd slike

Side 102

endringer i helsesektoren at den arbeidsrettslige lojalitetsplikten er blitt utvidet innenfor denne sektoren.

Problemet knyttet til om helsepersonells rett til bierverv er begrenset ut fra konkurransebetraktninger synes å ha oppstått etter reformen der staten overtok ansvaret for sykehusene og den øvrige spesialisthelsetjenesten. Gjennom helseforetaksloven 15. juni 2001 nr. 91 ble det opprettet helseforetak som eies av regionale helseforetak, som igjen eies av staten ved Helse- og omsorgsdepartementet. Det synes som om spørsmålet ble ytterligere aktualisert gjennom lovfestingen av pasienters rett til fritt sykehusvalg i pasientrettighetsloven § 2-4. I kjølvannet av disse reformene har det vært spørsmål om å begrense adgangen til bierverv utover det som følger av kravene til forsvarlighet og kravene til habilitet.

I forbindelse med innføringen av såkalt «fritt sykehusvalg» i pasientrettighetsloven § 2-4, ble spørsmålet om helsepersonells bierverv berørt i Ot.prp.nr.63 (2002-2003), kap. 4.5.2 «Departementets vurdering av å utvide retten til fritt sykehusvalg til å omfatte private sykehus som har avtale med de regionale helseforetakene om fritt sykehusvalg». I proposisjonen side 21 heter det:

«Etter departementets vurdering, bør derfor pasientrettighetsloven § 2-4 endres slik at ordningen med fritt sykehusvalg kan omfatte alle privat eide og drevne sykehus som inngår avtaler med de regionale helseforetakene om fritt sykehusvalg.

Dette forslaget vil støtte opp om det generelle formålet med pasientrettighetslovens bestemmelser om fritt sykehusvalg. Det spesifikke formålet med utvidelsen er for det første en bedre utnyttelse av kapasiteten i den samlede sykehussektoren. For det andre er det et formål å øke pasientenes valgmuligheter og øke retten til å medvirke til beslutninger som gjelder egen helse. Forslaget gir pasienter mulighet til å velge mellom offentlig og privat helsetjeneste der det finnes et aktuelt privat tilbud. Forslaget endrer ikke, slik enkelte høringsinstanser anfører, den overordnede helsepolitiske målsettingen om at det offentlige skal ha ansvaret

for å sørge for lik tilgang til helsetjenester av god kvalitet til befolkningen uavhengig av pasientens bosted. Det vil heller ikke føre til kommersialisering og privatisering av helsevesenet. Vi har en lang tradisjon for at pasienter også skal kunne dra nytte av helsetjenester som drives i privat regi, for eksempel helsetjenester som ytes av sykehus drevet av private organisasjoner. Pasientenes rett til fritt sykehusvalg omfatter allerede i dag disse private sykehusene. Det som er nytt i lovforslaget, er at også private sykehusvirksomheter som det ikke står ideelle organisasjoner bak, skal omfattes av ordningen. Dersom forslaget fører til at det offentlige helsevesenet får noe økt konkurranse fra privat sektor, kan det være sunt. Med konkurranse menes da ikke først og fremst konkurranse i et økonomisk marked, men konkurranse når det gjelder å dekke pasientenes medisinske behov på en måte som pasientene er fornøyd med. Det vil si konkurranse om kvalitet og pasienttilfredshet.

I departementets styringsdokument til de regionale helseforetakene for 2003 blir det imidlertid minnet om at foretakene i forbindelse med avtaleinngåelse med private virksomheter må være bevisste på at partene får klarere roller. Et supplerende element i klargjøringsarbeidet er hvordan ansatte som har sitt hovedarbeidsforhold i foretakene, eventuelt tillates å ha bierverv i private virksomheter eller drive virksomhet i egen regi som kan komme i en konkurransesituasjon i forhold til foretakene. Det forutsettes at foretakene, med utgangspunkt i sin arbeidsgiverposisjon, vurderer retningslinjer for slike biervervsforhold. Vurderingene forutsettes gjort i samsvar med blant annet helsepersonelloven § 19 og annet relevant regelverk. Det må legges vekt på hva som best tjener realiseringen av de helsepolitiske målene, at forutsetningene for god drift i helseforetakene ikke svekkes, og at det heller ikke etableres rollemessige uklarheter som er egnet til å svekke helsetjenestens legitimitet. De regionale helseforetakene skal legge til rette for og påse at helsepersonell utfører arbeidet i samsvar med kravene til faglig forsvarlighet, jf helsepersonelloven § 4. I dette ligger at den helsehjelpen som ytes, ikke skal påføre pasienter, helseinstitusjon, trygden eller andre unødvendig tidstap eller utgift. For å sikre nødvendig tillit til at helsetjenester leveres på et faglig grunnlag, må de regionale helseforetakene påse at personell verken på egne eller andres vegne mottar gave, provisjon, tjeneste eller annen ytelse som kan være egnet til å påvirke handlinger på en utilbørlig måte, eller som kan gi grunnlag for tvil om handlinger påvirkes, jf helsepersonelloven §§ 6 og 9. Slik tvil kan også oppstå dersom arbeidstaker har bierverv eller annen tilknytning til leverandører eller tjenesteytere i forhold til foretaket.»

I Innst.O.nr.23 (2003-2004) fra Sosialkomiteen til lov om endringer i pasientrettighetsloven ble det i sammendraget uttalt:

«Det vises til at det i departementets styringsdokument til de regionale helseforetakene for 2003 ble minnet om at foretakene i forbindelse med avtaleinngåelse med private virksomheter må være bevisste på at partene får klarere roller. Det uttales at et supplerende element i klargjøringsarbeidet er hvordan ansatte som har sitt hovedarbeidsforhold i foretakene, eventuelt tillates å ha bierverv i private virksomheter eller drive virksomhet i egen regi som kan komme i en konkurransesituasjon i forhold til foretakene.»

Komiteen tilrådte lovendringen og viste til merknadene og proposisjonen.

Departementets og Stortingets oppmerksomhet i forbindelse med diskusjonen om helsepersonells adgang til bierverv, også i forbindelse med helsereformene, var særlig rettet mot å unngå rollemessig uklarhet. Dette er også Helse- og omsorgsdepartementets syn, jf. brevet hit 20. oktober 2006. Spørsmålet om private helseinstitusjoner, og da særlig private sykehus, kan tenkes å være i en konkurransesituasjon til de offentlige helseforetakene, er så vidt nevnt. Det kan ikke sees at det i forbindelse med innføringen av helsereformene har vært drøftet om det på helt generelt grunnlag skulle være adgang til å nekte helsepersonell bierverv i en privat helseinstitusjon av den typen som X Røntgeninstitutt driver.

Side 103

Gjennom styrevedtaket 1. oktober 2004, og senere praksis ved helseforetaket, synes Helse Nordmøre og Romsdal HF å ha innført et generelt og vidtrekkende forbud mot arbeid i private helseinstitusjoner, såkalt «konkurrerende virksomhet». Gjennomføringen av styrevedtaket synes blant annet å bygge på en tolkning av det arbeidsrettslige lojalitetsbegrepet. Det er fra departementets side gitt en omfattende redegjørelse for hvordan lojalitetsbegrepet må forstås innenfor helsesektoren.

Det arbeidsrettslige lojalitetsbegrepet, og spørsmålet om adgangen til å nekte bierverv i konkurrerende virksomhet, er i det alt vesentlige utviklet i det private næringsliv. Begrepene konkurranse og konkurrerende virksomhet må forstås i lys av den økonomiske situasjonen og det markedet arbeidsgiveren befinner seg på. Situasjonen for X Røntgeninstitutt er, sett i forhold til helseforetaket, preget av andre økonomiske og

konkurransmessige forhold enn slike som er typiske i det private næringsliv. De vurderinger som må foretas i et slikt tilfelle må derfor være andre enn de som foretas for konkurrerende virksomheter i det private næringsliv. Om den virksomheten X Røntgeninstitutt driver er av en slik art og står i et slikt forhold til helseforetaket at det må anses illojalt for en arbeidstaker ved helseforetaket å ta arbeid ved røntgeninstituttet, må avgjøres konkret.

Statens drift av sykehusene styres ut fra overordnede helsepolitiske og samfunnsmessige formål, og ikke ut fra hensynet til økonomisk overskudd for de statlig eide helseforetakene, selv om lønnsomhet også skal være styrende. I det private næringsliv må lojalitetsbegrepet i forhold til konkurrerende virksomhet særlig være knyttet til den priskonkurransen som foregår i det økonomiske markedet aktørene opererer i. Når det ikke er tale om konkurranse i et slikt typisk økonomisk marked, blir det mer problematisk å se at hensynene bak adgangen til å begrense arbeidstakeres bierverv slår til.

I denne konkrete saken har Helse Midt-Norge RHF inngått driftsavtale med X Røntgeninstitutt. Det er opplyst at dette er en rammeavtale, der det bestilles et visst antall undersøkelser/prøver og det er det regionale foretaket som betaler. Videre er det opplyst at søknadene om undersøkelser/prøver i hovedsak kommer fra fastleger eller primærleger. I de tilfeller helseforetakene ikke klarer å holde behandlingsfristen, vil helseforetaket også kunne henvise pasientene til private. Omfanget av dette er imidlertid lite. Det fremgår at røntgeninstituttet i all hovedsak utfører undersøkelser/prøver på direkte oppdrag fra primærhelsetjenesten, og det synes ikke å være en aktuell problemstilling at disse pasientene i stedet skulle vært henvist til helseforetaket. Prøvene/undersøkelsene er bestilt av og blir betalt av det regionale helseforetaket. Det er i lys av dette vanskelig å se at røntgeninstituttet dermed kan betraktes som «konkurrerende virksomhet», på linje med det som er tilfellet i det private næringsliv.

I denne saken er det heller ikke uten videre gitt at «konkurranse i forhold til tilgangen på kvalifisert personell», som det er vist til i departementets brev hit 20. oktober 2006, er et argument som taler for at det foreligger «konkurrerende virksomhet». I hvilken grad konkurranse om arbeidskraft kan være relevant for å hindre en arbeidstaker bierverv ut fra lojalitetsmessige betraktninger, må vurderes konkret. A er ansatt i helseforetaket i full stilling. Innenfor arbeidsmiljølovens grenser vil det være adgang for hovedarbeidsgiver å pålegge ham å arbeide overtid med sikte på å kunne utnytte dyrt medisinteknisk utstyr best mulig, jf. den problemstillingen som er nevnt av både helseforetaket og departementet. I den grad et eventuelt bierverv vil fortrenge den ansattes mulighet for å utføre pålagt overtidarbeid, vil det kunne være adgang til å nekte den ansatte bierverv ut fra hensynet til hovedervervet. Det er ikke opplagt at A har motsatt seg pålagt overtidarbeid.

Det ser heller ikke ut til at As bierverv ville ha medført andre uheldige konsekvenser for hovedarbeidsgiver. Jeg nevner her at helseforetaket ikke har anført at et eventuelt bierverv ville påvirke As arbeid i hovedstillingen, eller at bierverv ved røntgeninstituttet ville medføre habilitets- eller interessekonflikter for ham.

Etter en samlet vurdering har jeg etter dette kommet til at det knytter seg begrunnet tvil til om arbeidsavtalen mellom Helse Nordmøre og Romsdal HF og A, sammenholdt med det arbeidsrettslige lojalitetsbegrepet, gir rettslig grunnlag for å nekte A bierverv ved X Røntgeninstitutt.

5. Konklusjon

Det er tvilsomt om arbeidsavtalen, tolket i lys av den arbeidsrettslige lojalitetsplikten, gir rettslig grunnlag for å begrense adgangen for A til å ta bierverv ved X Røntgeninstitutt.

Den praksisen som nå synes å utvikles ved de offentlige helseforetakene bryter med en langvarig adgang for helsepersonell til å ta bierverv i private helseinstitusjoner. I lys av de ovenfor siterte forarbeidene til helsereformene, og de merknadene jeg har hatt til anvendelsen av konkurransebegrepet på dette området, synes den endrede praksisen å hvile på et tvilsomt rettslig grunnlag. Inngrep i tilsattes rett til å bestemme over egen fritid må etter mitt syn være forankret i et klart rettslig grunnlag og bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Helse Nordmøre og Romsdal HF bes om å behandle saken på nytt, og se nærmere på praksisen knyttet til å nekte arbeidstakere bierverv.

Jeg ber også Helse- og omsorgsdepartementet, som eier av de regionale helseforetakene, vurdere nærmere den praksisen som synes å ha utviklet seg på dette området.

Helseforetaket og departementet bes om å holde ombudsmannen orientert om den videre behandlingen av saken.»

