

UiO • Det juridiske fakultet

Pasienters rettigheter etter tannbehandling hos privatpraktiserende tannlege

Kandidatnummer: 687

Leveringsfrist: 25.4.2014

Antall ord: 17 957



Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	1
1.1. Bakgrunn for avhandlingen	1
1.2. Avgrensning	1
1.3. Begrepsavklaring	2
1.4. Metode og rettskilder	3
1.4.1. Metode	3
1.4.2. Rettskilder	3
1.4.2.1. Lover	3
1.4.2.2. Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper	3
1.4.2.3. Forarbeider	4
1.4.2.4. Rettspraksis	5
1.4.2.5. Nemndspraksis	5
1.5. Opplegg for den videre fremstillingen	7
2. RETTSLIG PLASSERING	7
2.1. Reguleringen av den offentlige tannhelsetjenesten	7
2.2. Rettslig plassering av den private tannhelsetjenesten	8
2.2.1. Kontraktsforholdet mellom tannlege og pasient	8
2.2.2. Samtykke	9
2.2.3. Avtaleinngåelsen	9
2.2.4. Den innholdsmessige delen av avtalen	10
2.2.5. Betalingen	11
2.2.6. Oppsummering	11
2.3. Helselovgivning	11
2.3.1. Lov om helsepersonell	11
2.3.2. Lov om pasient- og brukerrettigheter	12
2.3.3. Lov om erstatning ved pasientskader	12
2.3.4. Konklusjon	12
3. PASIENTENS RETTIGHETER ETTER PASIENTSKADELOVEN	13
3.1. Historikk og bakgrunn for lov om pasientskadeerstatning og veien frem til å omfatte skader etter behandling utført av privatpraktiserende tannleger	13
3.1.1. Nærmere om Norsk pasientskadeerstatning (NPE)	14

3.2.	Vilkår og saksbehandling, praksis i forhold til privatpraktiserende tannleger	15
3.2.1.	Skaden må skyldes behandlingen	15
3.2.2.	Skaden må skyldes svikt i behandlingen	17
3.2.3.	Skaden må ha ført til et økonomisk tap på over 5000 kroner	20
3.2.4.	Kravet må ikke være foreldet	20
3.3.	Tapsutmålingen	20
3.4.	Praksis fra NPE for årene 2009-2012	20
3.5.	Klage til Pasientskadenemnda	21
3.6.	Vurdering av ordningen	22
4.	KLAGENEMNDENE I DEN NORSKE TANNLEGEFORENINGENS LOKALFORENINGER	23
4.3.	Hvilke saker kan lokalforeningens klagenemnd ta stilling til?	24
4.4.	Saksgangen	25
4.5.	Praksis	25
4.6.	Klage til ankenemnd	25
4.7.	Vurdering av klageordningen	26
5.	KRAV ETTER ALMINNELIGE OBLIGASJONSRETTLIGE PRINSIPPER .	28
5.1.	Opplysnings- og informasjonsplikt	28
5.2.	Forhold som kan utelukke at mangelskrav kan gjøres gjeldende	29
5.2.2.	Kontraktsmessige forbehold	29
5.2.3.	Reklamasjonsplikt	29
5.3.	Fastleggelse av forpliktelsens innhold	30
5.3.1.	Resultat- og innsatsforpliktelser	30
5.3.2.	Medisinsk behandling	31
5.3.3.	Estetisk behandling	31
5.4.	Tidspunktet for mangelsvurderingen	31
5.5.	Misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende ved mangelfull ytelse	31
5.5.1.	Rett til oppfyllelse	31
5.5.2.	Retting og omlevering	33
5.5.3.	Prisavslag	34
5.5.4.	Heving	34
5.5.5.	Erstatning	36

5.5.5.1. Erstatning i og utenfor kontrakt	36
5.5.5.2. Objektivt ansvar i kontraktserstatning	36
5.5.5.3. Culpaansvar i kontraktserstatning	37
5.5.5.4. Ansvarssubjektet	38
5.6. Om avbestillingsretten i kontraktsforhold.....	39
5.7. Vurdering	39
6. ANDRE KLAGEADGANGER.....	40
6.1. Klage til Statens helsetilsyn og Helsetilsynet i det enkelte fylke.....	40
6.2. Klage til NTFs råd for tannlegeetikk	40
6.3. Erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler	40
7. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	41
8. LITTERATURLISTE	43
8.1. Lover og internasjonale rettskilder.....	43
8.1.1. Lover	43
8.1.2. Internasjonale rettskilder	43
8.2. Rettspraksis	43
8.2.1. Høyesterettspraksis	43
8.2.2. Lagmannsrettspraksis	44
8.2.3. Sivilombudsmannens praksis	44
8.3. Forarbeider	44
8.3.1. Odelstingsproposisjoner	44
8.3.2. Norges offentlige utredninger	44
8.3.3. Innstillinger til Odelstinget	44
8.3.4. Stortingsmeldinger	44
8.3.5. Høringsnotater	44
8.4. Forskrifter.....	44
8.5. Tannlegeforeningens regelverk.....	45
8.6. Litteratur.....	45
8.7. Artikler.....	45
8.8. Elektroniske kilder	45
8.9. Personlige kilder	46

1. Innledning

1.1. Bakgrunn for avhandlingen

Det er naturlig å gå ut fra at de fleste får sitt første møte med den private tannhelsetjenesten i voksen alder.

Tannhelsetjenesten skiller seg ut fra annen helsebehandling i Norge ved at voksne pasienter, med noen unntak, selv er ansvarlig for å dekke kostnadene for all undersøkelse og behandling. Alle vil før eller siden ha behov for tannlegens tjenester, og flertallet av de tannbehandlingene medfører ingen problemer. Men hva kan pasienten gjøre der noe har gått galt?

Jeg har søkt å lage en fremstilling som redegjør for alternative klagemuligheter der pasienten er misfornøyd med den privatpraktiserende tannlegen og ønsker å klage eller fremme et krav. Med klage menes klage til behandler eller Den norske tannlegeforenings lokale klagenemnder, det er ikke naturlig å omtale klage til klagenemnd som å fremme et krav. En klage kan også rettes til Helsetilsynet eller Den norske tannlegeforenings etiske råd.

Etter en naturlig språklig forståelse av begrepet "krav" forutsettes det at den som fremmer kravet har klart for seg hva han ønsker å oppnå, i motsetning til en klage som kan fremmes på generelt grunnlag. Kravet kan komme til uttrykk overfor tannlegen som et krav om oppfyllelse, retting, prisavslag, heving eller erstatning, eller som et erstatningskrav som fremmes for Norsk pasientskadeerstatning.

Jeg velger å fokusere på pasienters rettigheter overfor tannleger i privat praksis og ikke den offentlige tannhelsetjenesten. Det er større behov for å avklare hvilke rettsregler og juridiske prinsipper som gjelder for den private tannhelsetjenesten enn den offentlige, hvor tannhelsetjenesteloven regulerer partenes rettigheter og plikter.

En sentral problemstilling er hvordan forholdet mellom den privatpraktiserende tannlegen og pasienten skal plasseres rettslig. Helserettlig lovgivning spiller inn på forholdet mellom partene, men relasjonen mellom tannlegen og pasienten har i tillegg så stort preg av å være en avtale at det kan være hensiktsmessig å se relasjonen som kontraktmessig og benytte seg av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper når krav skal fremmes. Det innebærer at pasienten kan ha rettigheter i form av misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende mot tannlegen.

Jeg vil også vurdere om behovet for fremme krav etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper fortsatt er til stede etter at pasientskadeloven trådte i kraft for privatpraktiserende tannleger i 2009. For å få frem det må klageadgangen og praksisen til NPE fremstilles og vurderes.

1.2. Avgrensning

Opgavens tema er pasientens rettigheter der han er misfornøyd med behandlingen han har mottatt hos en privatpraktiserende tannlege. Det som måtte være spesielt for klager rettet mot offentlig ansatte tannleger holdes utenfor og vil ikke bli behandlet, unntatt der det er nødvendig for å belyse det som gjelder spesielt for privatpraktiserende tannleger. Hovedfokuset vil være klageadgangen og krav som kan rettes etter

pasientskadeloven, Den norske tannlegeforenings klagenemnder og obligasjonsrettslige prinsipper. Andre klageadganger vil gis en kort omtale.

Privatpraktiserende tannleger kan inngå avtaler med den offentlige tannhelsetjenesten om refusjon for enkelte behandlingstyper, men det ligger ikke innenfor oppgavens rammer å behandle fremgangsmåten for å klage der disse rettighetene ikke oppfylles for pasienten.

Erstatningskrav etter pasientskadeloven, kontraktmessige erstatningskrav og alminnelige erstatningskrav kan være foreldet etter reglene i foreldelsesloven. Det vil bli for omfattende å behandle reglene i foreldelsesloven nærmere der det henvises til disse.

1.3. Begrepsavklaring

Med *tannlege* menes en person med autorisasjon eller lisens som tannlege etter helsepersonelloven § 48 og som undersøker og behandler pasienter. Med *pasient* menes her en person som skal motta, mottar eller har mottatt tannbehandling i privat regi.

Norsk pasientskadeerstatning (NPE) er en statlig etat under Helse- og omsorgsdepartementet som behandler erstatningskrav fra pasienter på behandling mottatt av både offentlig og privat helsevesen i Norge.

Den norske tannlegeforening (NTF) er tannlegenes fagforening. Til foreningen hører 21 lokalforeninger. Alle medlemmer plikter å rette seg etter NTFs vedtekter og etiske regler.¹

¹ Den norske tannlegeforenings vedtekter § 16.

1.4. Metode og rettskilder

1.4.1. Metode

I oppgaven er det benyttet alminnelig juridisk metode for å finne frem til rettsregler for de enkelte problemstillinger. Lovtolkningen tar utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse, og når et rettsspørsmål skal løses er det naturlig å starte med relevante lovbestemmelser der disse finnes.²

Det er i oppgaven benyttet lov, lovforarbeider, forskrifter, rettspraksis, nemndspraksis, juridisk teori og reelle hensyn.

Under gjennomgåen den rettspraksis som er spesiell for temaet, særlig interessant er det å se på hvordan nemndspraksis uten lovgrunnlag kan benyttes som rettskilde og hvilken vekt denne rettskilden kan ha når det ikke finnes annen relevant praksis.

1.4.2. Rettskilder

1.4.2.1. Lover

Oppgavens tema har sider mot helseretten og obligasjonsretten. For helserettens del er lov om helsepersonell og lov om pasient- og brukerrettigheter særlig relevant for å klarlegge tannlegens plikter og pasientens rettigheter. Lov om pasientskade inneholder bestemmelser for hvordan Norsk pasientskadeerstatning skal behandle krav mot privatpraktiserende tannleger, og er sammen med lovens forarbeider den viktigste rettskildefaktoren på dette området.

1.4.2.2. Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper

Det finnes ikke kontraktsrettslig særlovgivning som regulerer forholdet mellom pasient og tannlege. Det gjelder imidlertid en rekke ulovfestede prinsipper som er gjennomgående for alle typer kontraktsforhold. I Norge var det tradisjonelt ikke noen kodifikasjon av disse reglene, og rettsvitenskapen utviklet alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Hensikten var å komme frem til prinsipper som kunne løse rettsspørsmål man ikke hadde annet grunnlag for å løse. Den gamle kjøpsloven fra 1907 ble ansett som lovfesting av og uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Etter en periode hvor anseelsen av alminnelig obligasjonsrett som rettsdisiplin sank, kom den nye kjøpsloven i 1988. Sammen med annen nyere kontraktslovgivning har denne den gamle kjøpsloven som premissleverandør, og med det har alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper igjen styrket sin posisjon gjennom lovgivningen.³

Kritikken mot å benytte seg av slike prinsipper handler om at de blir for vage og forenklete, men det kan ikke ses bort fra deres eksistens og anvendelse i rettspraksis, se for eksempel Rt. 2014 s. 36. Den påberopte anvendelsen av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper førte ikke frem, men ble tatt stilling til av Høyesterett og ikke

² Torstein Eckhoff, Rettskildelære 3. utgave s. 35.

³ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett 2011 s. 30-32.

avvist som et grunnlag som ikke kan påberopes. I Rt. 1999 s. 408 ble avgjørelsen truffet på bakgrunn av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper og analogier fra kjøpsloven fordi annen lovgivning ikke fikk direkte anvendelse på forholdet. *"Jeg tilføyer at det ikke har så stor praktisk betydning at kjøpsloven ikke kommer til direkte anvendelse, da de sentrale bestemmelser i loven i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper"*.⁴ Uttalelsen viser at der det ikke finnes særlovgivning som regulerer forholdet, kan man benytte seg av visse grunnprinsipper som er sammenfallende for all kontraktslovgivning. Enten ved å si at man anvender kontraktslovgivningen analogisk, eller ved å si at man benytter seg av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Det vil være naturlig å tillegge nyere kontraktslovgivning betydelig gjennomslagskraft også utenfor sitt anvendelsesområde.⁵

Internasjonalt ser man også en økt vektlegging av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. FNs CISG er gjennomført i norsk rett gjennom kjøpsloven § 88. CISG har vært viktig for dannelsen av UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts og EUs Principles of European Contract Law, PECL. PECL har autoritet i Europa.⁶

"Ettersom man i Norge har valgt å gjennomføre CISG ved transformasjon, ikke inkorporasjon, samt å gi en felles lov både for nasjonale og internasjonale kjøp og dermed direkte har åpnet for internasjonale rettskilder i intern rett, må disse obligasjonsrettsprinsippene ha betydelig interesse også for norsk obligasjonsrett".⁷

1.4.2.3. Forarbeider

Lovtekstens ordlyd gir ikke svar på alle rettsspørsmål, til det er den for ufullstendig og vag. Det vil ikke la seg gjennomføre å ta høyde for alle problemstillinger det søkes svar på i en lovtekst alene, og det kan være utfordrende å definere hva som dekkes av et ord i lovteksten. Lovens forarbeider kan bidra til å klargjøre hvordan en lovtekst skal tolkes og forstås. Med forarbeider menes *"forslag, utredninger, debatter og vote-ringer som skriver seg fra dem som har deltatt i lovens forberedelse og vedtakelse"*.⁸ I arbeidet har forarbeider på helserettens område vært til stor hjelp. Å vite hvordan rettstilstanden var før en lov ble gitt og hvordan de som omfattes av lovgivningen blir påvirket er nyttig for å forstå både lovens formål og hvordan loven er ment å skulle fungere. Hvilken vekt som bør legges på forarbeidene varierer ut fra hvilken instans som har gitt bidraget og hva slags stoff det er tale om. Faktiske forhold bør ikke tillegges større vekt enn deres egen pålitelighet tilsier, og hva som var gjeldende rett før loven ble vedtatt stiller i klasse med annen juridisk litteratur. Fremstillinger av denne typen kan ha stor tyngde. I arbeidet med ny pasientskadelov satt det såkalte "Lødruputvalget" med Peter Lødrup i spissen. Deres uttalelser er utførlige og velbegrunnede, og har vært viktig for forståelsen av pasientskadeloven. Høyesterett henviser ofte til forarbeider, og ved tolking av nyere lover er det kun lov og rettspraksis det henvises oftere til enn forarbeider.⁸

⁴ Rt. 1999 s. 408 (s 420).

⁵ Jo Hov, avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II, 2007 s. 31.

⁶ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett. 2. utgave, 2011 s. 31.

⁷ Viggo Hagstrøm, Jussens venner 2003 s 161-168, Den norske obligasjonsretts historie s. 168.

⁸ Torstein Eckhoff, Rettskildelære 3. utgave s. 56.

1.4.2.4. Rettspraksis

Det finnes lite høyesterettspraksis som omhandler oppgavens tema direkte, og det som er har liten verdi etter at pasientskadeloven ble gjort gjeldene også for privat helsetjeneste. Med andre ord er det ingen fast og langvarig høyesterettspraksis som skaper presedens. Dette kan nok forklares med at andre instanser behandler sakene på en slik måte at det sjelden er behov for annet enn konkrete avgjørelser i Høyesterett. Slike enkeltavgjørelser får ikke nødvendigvis stor betydning annet enn for den enkelte. Enkelte høyesterettsavgjørelser har allikevel hatt stor betydning for dagens praksis og hvordan NPE avgjør saker, for eksempel Rt. 1989. 674 "Struma". Her la Høyesterett til grunn en omvendt bevisbyrde der journalen er mangelfullt skrevet, og ansvaret plasseres hos den som skulle ha sikret bevis. På obligasjonsrettens område er det naturligvis avsagt en mengde høyesterettsdommer, og noen av disse kan legges til grunn. For det første for å avklare at Høyesterett også ser relasjonen mellom helsepersonell og pasient som et forhold som har sider mot kontraktsretten, som vises i Rt. 2008 s. 537, for det andre kan avsagte dommer som ikke omhandler denne relasjonen belyse alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Underrettspraksis står ikke i samme stilling som høyesterettsavgjørelser, og har størst interesse om sakens tema ikke har vært oppe for Høyesterett.

1.4.2.5. Nemndspraksis

I oppgaven brukes det mye plass på beskrivelse og anvendelse av nemndspraksis, fordi denne har stor betydning på området. Nemndspraksis er interessant og kan løse aktuelle problemstillinger. Ideen som presenteres er god fordi den er god, ikke nødvendigvis fordi den skriver seg fra en bestemt kilde. Argumentene kan, uavhengig av kildeverdien, være gode. Det er usikkert og omdiskutert hva slags rettskildeverdi nemndspraksis har, og her vil forskjellig nemndspraksis antakelig ha ulik verdi som rettskilde. Den ulike nemndspraksisen som er anvendt i oppgaven vil bli gjennomgått nedenfor.

NPE og Pasientskadenemnda har lov- og forskriftshjemmel. Etter pasientskadeloven skal skade etter behandling av helsepersonell behandles av NPE i første omgang og Pasientskadenemnda ved klage. Saksbehandlingen er utførlig, og relativt få saker fremmes for rettssystemet. Brorparten av sakene etter pasientskadeloven får sin endelige avgjørelse hos NPE.

Svakheten er at sakene ikke publiseres i et søkbart register slik at man kan forutberegne utfallet av tilsvarende saker og se hvordan saksbehandlingen foregår uten å forespørre NPE om utfallet av tidligere avgjørelser, og at jurister ikke deltar i saksbehandlingen hos NPE. Det benyttes sakkyndige i saksbehandlingen, og det virker som ordningen er et fullgodt alternativ til behandling i det ordinære rettssystemet. Som rettskildeverdi har avgjørelsene stilling som forvaltningspraksis, det innebærer at på lovfestede områder, som her, skal praksisen vanligvis stå tilbake for lovteksten.⁹ Praksisen kan være med på å underbygge lovtolkningen.

NTFs lokale klagenemnder er ikke forankret i lov eller forskrift. Medlemmer av foreningen er forpliktet til å la klagesaker behandles av sin lokale klagenemnd og rette

⁹ Eirik Boe, innføring i juss, 2003 s. 269.

seg etter de avgjørelser som gis på bakgrunn av NTFs vedtekter. Klagenemndene har altså stor betydning internt ved at ordningen er preseptorisk for medlemmene og konsekvensen av å ikke følge pålegg fra nemnden er stor – medlemmet risikerer å bli ekskludert fra foreningen. Spørsmålet er hvor stor betydning avgjørelser fra en intern klagenemnd har utad, både for pasienten og som rettskilde. Det er tannleger uten spesiell juridisk kompetanse som sitter i nemndene. I NOU 2010 nr. 11 hevdes det om interne bransjeregler generelt at det er vanskelig å sikre betryggende nøytralitet når det er en part som står for tvisteløsningen. Praksis fra nemndene kan avvike fra rettstilstanden ellers på samme område.¹⁰

Forbrukerrådet har vurdert det til at pasienten får en saklig og objektiv behandling i klagenemndene,¹¹ og Regjeringen vurderte i 2007 klagenemndsordningen som en god ordning.¹² Her er det tale om ordningens funksjon i praksis, og ingen uttalelser om verdien nemndene har som rettskilde. For pasientenes del er det bred enighet om at ordningen fungerer bra. Det er også slik at for de fleste har det større betydning hva resultatet for en selv kan bli i en nemndsavgjørelse enn hva Høyesterett hypotetisk sett kan komme frem til.¹³

Det er usikkert om Høyesterett vil vektlegge klagenemndenes praksis om en sak skulle gå så langt. Det er i seg selv lite sannsynlig etter at NPE tok over klagebehandling også mot privatpraktiserende tannleger. Det er kun saker som ikke overskrider NPEs nedre beløpsgrense som kan behandles av klagenemndene. Klagenemndene har vært i drift i over 100 år, og avgjørelsene kan uansett være interessante som publikumspraksis. I Rt. 1984.248 (258) uttaler førstvoterende at ” De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurranssutvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt.”

Hagstrøm hevder at vekten av nemndsavgjørelser beror på graden av annet materiale. Finnes det ikke annet rettskildemateriale og nemndas uttalelser danner grunnlag for en omforent praksis for bransjen må avgjørelsene tillegges stor vekt, og det skal mye til for at domstolen skal kunne avvike fra denne praksisen.¹⁴ ”*Rent faktisk må det konstateres at Bankklagenemnda er blitt det sentrale tvisteløsningsorgan mellom banker og forbrukere. Antallet klagesaker dokumenterer i seg selv en slik påstand. Saksbehandling er enkel og kostnadsfri, og den allsidige sammensetning av nemnda tilsier at det gjennomgående blir truffet avgjørelser som er forsvarlige, innebærer en rimelig avveining av de kryssende hensyn og reflekterer innsikt i bankjuridiske spørsmål.*”¹⁵

¹⁰ NOU 2010 nr.11 Nemndsbehandling av forbrukertvister 3.2.4.

¹¹ NOU 2005 11 Tannlegeforeningens lokale klagenemnder. 9.2.6.

¹² St. Mld. 35 – 2007. Tilgjengelighet, kompetanse og sosial utjevning. Framtidens tannhelsetjenester. 13.1.3

¹³ Nina Mår og Barbro Andenæs, Klagenemnder 2008.

Kai Krüger – Rettsutvikling ved nemndspraksis, 104-122.

¹⁴ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett. 2. utgave, 2011 s. 58.

¹⁵ Viggo Hagstrøm, Nytt liv i gammel juss. Lov og Rett 1995 s. 503-537 på side 536.

Hagstrøm taler her om hvordan Bankklagenemndens praksis skal vektlegges, men argumentene kan også ha overføringsverdi til NTFs klagenemndsordning.

1.5. Opplegg for den videre fremstillingen

I fremstillingen ser jeg på mulige løsninger der pasienten og tannlegen ikke kommer til enighet og pasienten har behov for å kreve sine rettigheter oppfylt. Med dette tilkommer også å se på hvilke grunnlag for klage som kan gjøres gjeldende etter de forskjellige reglene.

Under punkt 2 gjøres det forsøk på å plassere forholdet mellom pasienten og den privatpraktiserende tannlegen rettslig. I denne sammenheng gis det en kort oversikt over hvilke pasientgrupper som har rett til behandling i den offentlige tannhelsetjenesten.

I punkt 3 gjøres det rede for pasientens rettigheter etter pasientskadeloven. I punkt 4 omtaler jeg NTFs lokale klagenemnder og gjør rede for hva slags type saker som kan behandles av disse. I punkt 5 gjøres det rede for pasientens krav som kan gjøres gjeldende etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Underveis vil det gjøres vurderinger om når de forskjellige grunnlagene for å klage eller å fremme et krav er den mest hensiktsmessige løsningen å velge for pasienten. Til slutt vil jeg kort se på om det er andre instanser som er relevante for pasienten å henvende seg til der vedkommende ikke har oppnådd det ønskede resultat hos tannlegen (punkt 6), og helt avslutningsvis vil jeg i punkt 7 gi min oppfatning de lege ferenda av om rettstilstanden på området er tilfredsstillende og om det er behov for særlovgivning.

2. Rettslig plassering

2.1. Reguleringen av den offentlige tannhelsetjenesten

Lov 3.6.1983 nr. 54 om tannhelsetjenesten (tannhelsetjenesteloven) regulerer blant annet hvem som har ansvaret for den offentlige tannhelsetjenesten i Norge og hvilke persongrupper som skal prioriteres og har rett til behandling av den offentlige tannhelsetjenesten. Loven regulerer også klageadgangen mot den offentlige tannhelsetjenesten. Gjennom oppveksten er retten til tannbehandling finansiert av det offentlige lik for alle. Barn og ungdom har rett til å få informasjon om forebyggende tiltak og vederlagsfri behandling av den offentlige tannhelsetjenesten fra de blir født og frem til de fyller 18 år etter tannhelsetjenesteloven § 1-3 a. Fra 19 år og til man fyller 20 år i behandlingsåret kan man behandles av den offentlige tannhelsetjeneste mot en egenandel på 25 % av departementets fastsatte takster.¹⁶ Psykisk utviklingshemmede har de samme rettigheter som barn og ungdom hele livet

¹⁶ FOR-1984-05-24-1268 om vederlag for tannhelsetjenester i den offentlige tannhelsetjenesten

uavhengig av om de bor i eller utenfor institusjon etter § 1-3 b, og grupper av eldre, langtidssyke og uføre har rett til behandling av den offentlige tannhelsetjenesten under forutsetning av at de er institusjonalisert eller under hjemmesykepleie etter bokstav c.

I tillegg kommer eventuelle andre grupper som fylkeskommunen velger å prioritere i bokstav e, og at voksne pasienter kan kjøpe tannhelsetjenester av den offentlige tannhelsetjenesten der det er kapasitet etter § 1-3 annet ledd.

2.2. Rettslig plassering av den private tannhelsetjenesten

2.2.1. Kontraktsforholdet mellom tannlege og pasient

I St. meld. Nr. 35 (2006-2007) uttales det at *"Tannhelsetjenesten blir i ulike sammenhenger ofte uteglemt i forbindelse med omtalen av helsetjenesten i Norge. I prinsippet er tannhelsetjenester like mye helsetjenester som øvrige helsetjenester. Hovedforskjellene sammenliknet med øvrig helsetjeneste er at de voksne må betale for mesteparten av utgiftene selv, og at ca 3/4 av sektoren utgjøres av privatpraktiserende, uten avtaleordning med det offentlige".*¹⁷

Forholdet mellom privatpraktiserende tannlege og pasient har flere likhetstrekk med kjøp av tjeneste i andre forbrukerkjøpsforhold. Pasienten står som forbruker fritt til å innhente tilbud fra forskjellige tannleger og til å velge hvem han vil til å yte tjenesten. I denne sammenheng kan det være naturlig å betegne pasienten som kreditor for ytelsen, og tannlegen som debitor for ytelsen. Tannlegen utfører en realytelse (i motsetning til en pengeytelse), som dreier seg om å utføre en tjeneste av personlig art.

Kjøp av private tannhelsetjenester skiller seg ut fra den offentlige tannhelsetjenesten ved at det betales ordinært honorar fastsatt av tannlegen selv. Pasienten har ikke krav på behandling av en privatpraktiserende tannlege, som kan avslå å yte sine tjenester der han for eksempel ikke har kapasitet til å ta inn flere pasienter. (Tannleger som er medlem av Den norske tannlegeforening kan allikevel ikke avslå å behandle pasienter uten rimelig grunn, det følger av NTFs etiske regler § 6).

I Rt. 2008 s. 537 uttaler Høyesterett:

"Det lar seg likevel ikke bestride at det mellom lege og pasient foreligger en form for kontraktsforhold, og når rekkevidden av legens ansvar skal klarlegges, må kontraktsrettslige synspunkter etter min oppfatning kunne trekkes inn".

Marit Halvorsen drøfter i sin bok "Rettslig grunnlag for medisinsk behandling" (1998) hvordan forholdet mellom lege og pasient skal plasseres rettslig. I drøftelsen er det forholdet mellom tannlege og pasient som skal plasseres, men grunnet de mange likhetstrekkene mellom forholdet lege/pasient og lege/tannlege finner jeg det fruktbart å ta utgangspunkt i de samme vurderingene for å se om man kan se på forholdet som kontraktsmessig; kravet til samtykke, avtalens innhold, om behandlingen kan bestilles og betalingen for ytelsen er særlig interessant.

¹⁷ St.meld. nr. 35 (2006-2007) Tilgjengelighet, kompetanse og sosial utjevning. Framtidas tannhelsetjenester s.

2.2.2. Samtykke

I drøftelsen¹⁸ hevdes det at pasientens samtykke til behandling er en avtaleforutsetning hvis en skal se på forholdet som kontraktsrettslig. Videre at samtykket har betydning for tolkning av rettskildene og hva som skal skje hvis avtalen ikke gjennomføres. I det offentlige helsevesenet kan samtykket trekkes tilbake uten de vanlige avtalerettslige konsekvensene for pasienten. Pasienten kan avslutte behandlingen hos det offentlige helsevesenet uten at det får noen rettsvirkninger.

I det private helsevesenet gjelder en avbestillingsfrist, og pasienten må betale for timen uavhengig av årsak hvis den ikke avbestilles innen fristen. Hagstrøm skriver at en slik avbestillingsrett betyr at kontrakten ikke er bindende for den som har den, han kan trekke seg ut (eller trekke samtykket tilbake om man vil) uten å betale erstatning til medkontrahenten. Videre at en slik avbestillingsrett bare finnes for noen få kontraktstyper, blant annet tannlegetimer.¹⁹

Tannlegen kan også avslutte avtaleforholdet til pasienten ved å si fra om at han ikke ønsker å behandle vedkommende lenger, for eksempel fordi han ikke føler at pasienten har tillit til tannlegens behandlingsforslag eller arbeidsmetode. Pasienten har ingen rett til å få behandling av en bestemt tannlege på den måten som man kan ha pasientrettigheter i det offentlige helsevesenet. Dette taler for å karakterisere forholdet mellom pasienten og tannlegen som kontraktsrettslig.

2.2.3. Avtaleinngåelsen

Avtale om behandling hos privatpraktiserende tannlege kommer i stand på forskjellige måter. Det inngås normalt ingen formell avtale om behandling, men en avtale kan komme i stand på forskjellige og mer uformelle måter uten at det utelukker å benytte avtalebegrepet om forholdet. Det kan *"sies at reglene om inngåelse av kontrakter er kamelonaktige - de skifter med terrenget og tar farge av det livsområde det gjelder"*.²⁰

Der totalprisen for behandlingen som forespeiles vil overstige 5 000 kroner plikter tannlegen uoppfordret å gi pasienten et skriftlig pristilbud før behandlingen tar til. Om all behandlingen foregår i første konsultasjon kan også tilbudet gis muntlig.²¹ I tannlegepraksis er dette antakelig den formen for avtaleinngåelse som ligger nærmest det man tenker på som et tradisjonelt avtaleforhold. Pasienten kan lettere takke nei og heller oppsøke en annen tannlege der han har mottatt et skriftlig prisoverslag i posten enn der avtalen inngås i tannlegestolen.

Det eksisterer ingen krav om at avtaler må inngås skriftlig, flertallet av behandlinger hos tannlege har antakelig muntlig avtalegrunnlag.

De fleste tannleger praktiserer såkalte "recall"-avtaler med faste pasienter. Med det menes at pasienten kalles inn til time med et gitt intervall, for eksempel årlig, til undersøkelse og eventuell behandling. Her må pasienten si fra selv om timen ikke passer eller om han ikke ønsker tjenesten lenger. Avtaleslutning kan også skje ved pas-

¹⁸ Marit Halvorsen, rettslig grunnlag for medisinsk behandling s.36.

¹⁹ Viggo Hagstøm, Obligasjonsrett. 2. utgave, 2011 s. 38.

²⁰ Geir Woxholth, Jussens Venner 1996 s 213-241 s.225.

²¹ FOR 2012-11-14-1066 om prisopplysninger for varer og tjenester § 18.

sivitet og konkludent atferd, man går til den samme tannlegen fast og godtar dennes behandlingsforslag uten videre. Det er tannlegens ansvar at den behandling som finner sted er nødvendig. Etter NTFs etiske regler § 8 skal overflødig eller unødvendig kostbar behandling ikke finne sted.

Avtale om behandling kan også komme i stand på andre måter, for eksempel ved at pasienten tar kontakt med en tilfeldig tannlege grunnet smerter i munnen som bør behandles umiddelbart. Her snevres mulighetene til å velge behandler inn basert på åpningstid, beliggenhet og om tannlegen har kapasitet til å ta imot pasienten.

2.2.4. Den innholdsmessige delen av avtalen

Halvorsen argumenterer for at den innholdsmessige delen av avtalen ikke så lett lar seg beskrive som en gjensidig bebyrdende avtale av den grunn at operasjoner i det offentlige helsevesenet ikke kan bestilles.²² Det er også slik i det private helsevesenet at man må ha medisinsk indikasjon for å kunne bestille en bestemt behandling. For private tannhelsetjenester går det her et skille mellom kosmetisk indisert behandling og medisinsk indisert behandling.

Kosmetisk indisert behandling kan bestilles av pasienten, eksempler på dette er tannbleking og påsetting av skallfasetter (tynne porselensskall som settes utenpå tannen for å forbedre dens utseende).

Medisinsk indisert behandling skal bare gis på medisinsk indikasjon. En privatpraktiserende tannlege vil nok ikke behandle en "bestilling" fra en selvdiagnostisert pasient uten egen undersøkelse, samtidig vil pasientens behov være utgangspunkt for vurderingen av hva som skal gjøres, og tester som røntgen og press mot tannen vil kunne bekrefte pasientens mistanke om hvor smerten kommer fra. Ved rutineundersøkelse kan det være tannlegen som initierer eventuell behandling.

Det kan være ett eller flere mulige behandlingsalternativer, og frivillighetsgraden av avtaleinngåelsen kan diskuteres der det i realiteten bare er ett mulig behandlingsopplegg. Pasienten kan velge å akseptere eller avslå alternativet. For mange typer behandlinger i helsevesenet kan man ikke avslå den eneste mulige behandlingen der denne er nødvendig for å redde livet.

Ved tannbehandling er det normalt ikke livstruende å ikke motta behandling, selv om det kan være svært smertefullt. En kan si at valgfriheten er mer realistisk for en tannlegepasient enn for en pasient i helsevesenet som må behandles for å overleve. En behandling hos privatpraktiserende tannlege kan i en del tilfeller bestilles, og den kan i alle tilfeller avslås eller avbestilles.

²² Marit Halvorsen, rettslig grunnlag for medisinsk behandling s. 41.

2.2.5. Betalingen

Det faktum at pasienten betaler for behandlingen selv uten stønader fra det offentlige er sammenliknbart med kjøp av andre tjenester som regnes for å ha kontraktmessig grunnlag. Tannlegens ytelse, behandlingen, er forutsatt pasientens motytelse, betalingen. Argumentet for å se på andre helsetjenester som forvaltningsrettslig er at det ikke betales vederlag i det hele tatt, eller at man uansett når frikortgrensen raskt ved stort behandlingsbehov.

2.2.6. Oppsummering

Det ovenstående trekker i retning av å se på forholdet mellom tannlegen og pasienten som avtalerettslig. Det er ikke gitt særlovgivning for kontraktsretten på dette området, men alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper for kontraktsrett kan anvendes på forholdet. Samtidig er det slik at det for helsetjenester finnes særskilt lovregulering som også de privatpraktiserende tannleger plikter å rette seg etter.

2.3. Helselovgivning

Jeg vil her gå gjennom den helselovgivning som innvirker på forholdet mellom tannlegen og pasienten.

2.3.1. Lov om helsepersonell

Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) 2.7.1999 nr. 64 erstattet tannlege-loven fra 1980 sammen med flere andre særskilte lover og forskrifter for de enkelte gruppene av helsepersonell. 27 grupper av helsepersonell er nå omfattet av helsepersonelloven. Blant disse er tannleger, tannhelsesekretærer, tannpleiere og tann teknikere. Før lovendringen var den gamle tannlegeloven, sammen med legeloven, de av profesjonslovene hvor pasientens rettigheter kom tydeligst frem, var mest gjennomtenkte og som hadde grundige tilhørende forarbeider. Fra lovgivers side var det ønskelig at disse lovene dannet mønster for en ny, felles profesjonslov.²³

I helsepersonelloven reguleres yrkesmessige forhold for tannlegen i form av krav om forsvarlig yrkesutøvelse, krav til autorisasjon, opplysningsplikt, taushetsplikt og journalføringsplikt.

Forsvarlighetskravet som følger av § 4 er en rettslig og faglig norm for hvordan den enkeltes yrkesutøvelse bør innrettes. Innholdet er dynamisk og endres ut fra forventninger til faglig utvikling, endrede verdioppfatninger og lignende. For at yrkesutøvelsen skal anses som forsvarlig stilles det krav til helsepersonellens faglige kvalifikasjoner og at helsepersonellet ikke skal overskride egen kompetanse. Videre stilles det krav til arbeidets karakter og at helsepersonellet skal holde seg faglig oppdatert, og det skal også tas hensyn til situasjonen for øvrig.²⁴

Det kan ikke her utledes klare rettigheter for pasienten der vedkommende ikke er fornøyd med utført behandling, og loven gir ingen konkret rettledning om hvilke krav som kan stilles til ytelsen.

²³ NOU 1993-33, 2.2

²⁴ Anne Kjersti Befring og Bente Ohnstad, Helsepersonelloven med kommentarer, 2.1.3.1.

2.3.2. Lov om pasient- og brukerrettigheter

Lov om pasient- og brukerrettigheter 2.7.1999 nr. 63 lovfester pasienters rettigheter som motsvarer helsepersonellens plikter etter helsepersonelloven. Her er det også beskrevet en klageadgang i kapittel 7, men denne gjelder for forholdene utenom selve behandlingen, som for eksempel brudd på taushetsplikten.

2.3.3. Lov om erstatning ved pasientskader

Lov om erstatning ved pasientskader mv. 15.6.2001 nr. 53 gir på nærmere angitte vilkår pasienter rett til økonomisk erstatning etter skade påført av privat behandler. Når det er mest hensiktsmessig å benytte seg av denne klageadgangen og hvordan den fungerer vil bli omtalt i punkt 3. Etter pasientskadeloven kan pasienten bare kreve økonomisk erstatning, ingen andre krav kan gjøres gjeldende etter loven.

2.3.4. Konklusjon

Kjøp av private tannhelsetjenester har utvilsomt en side mot helse retten, som forplikter og gir rettigheter til både tannlegen og pasienten, samtidig som den har en side mot obligasjonsretten ved at det inngås en form for avtale mellom pasienten og tannlegen.

Pasienten kan etter dette ha rettigheter på forskjellige grunnlag. Han kan klage på tannlegen som pasient i den mer tradisjonelle betydningen av ordet og få sin klage vurdert av utenforstående, eller henvende seg til tannlegen som en forbruker av private tannhelsetjenester med sitt krav som springer ut av misligholdelse av kontrakten.

3. Pasientens rettigheter etter pasientskadeloven

3.1. Historikk og bakgrunn for lov om pasientskadeerstatning og veien frem til å omfatte skader etter behandling utført av privatpraktiserende tannleger

Vanlige erstatningsrettslige regler ga ikke tilfredsstillende vern for de pasienter som ble skadd ved ytelse av helsetjenester. Å føre en sak om pasientskadeerstatning for retten er tid- og ressurskrevende. Det kunne også være vanskelig for skadelidte å bevise at erstatningsvilkårene var oppfylt.

Hensikten med lov om erstatning ved pasientskader m.v.²⁵ (pasientskadeloven) er å styrke pasientenes rettsstilling og å gjøre det enklere for skadelidte å få erstatning for pasientskader.²⁶

Formålet er søkt ivaretatt ved å innføre et objektivisert ansvar for pasientskader knyttet til feil og svikt i helsetjenesten. Pasienten slipper å påvise uaktsomhet eller teknisk svikt, og helsepersonellet slipper stigmatisering og negativ omtale når saken blir avgjort på objektivt grunnlag hos Norsk pasientskadeerstatning (NPE). Ansvar er imidlertid ikke rent objektivt, det må ha skjedd en svikt i behandlingen.

Da loven trådte i kraft 1.1.2003 behandlet NPE kun saker mot offentlig helsepersonell (NPE er en statlig etat som er ansvarlig for skade som kan kreves erstattet etter pasientskadeloven, jfr. § 8).

Privatpraktiserende helsepersonell måtte tegne ansvarsforsikring for sin virksomhet, og skadelidte måtte rette krav mot tjenesteyterens forsikringsselskap.

Ingen av aktørene i forsikringsbransjen var interessert i å tilby forsikringer basert på ansvarsreglene i pasientskadeloven.²⁷ Regjeringen fremmet derfor forslag²⁸ om at ordningen med NPE også skulle gjelde for privat helsetjeneste. Stortinget vedtok endringer i pasientskadeloven 29.6.2007, slik at alle skadelidte pasienter får kravet sitt behandlet etter de samme reglene. Endringen trådte i kraft 1. januar 2009.

Enkelte bestemmelser i helsepersonelloven ble endret for å samsvare med pasientskadeloven. Der § 20 tidligere hjemlet et krav om at privatpraktiserende helsepersonell måtte stille sikkerhet for det økonomiske ansvaret som kunne oppstå overfor pasienter i forbindelse med yrkesutøvelsen, lyder den nye § 20 som følger:

” Den som utenfor den offentlige helse- og omsorgstjenesten yter helsehjelp som nevnt i pasientskadeloven § 1, skal melde fra og yte tilskudd til Norsk pasientskadeerstatning etter pasientskadeloven § 8”.

Tannleger i privat praksis er blant de som yter helsehjelp etter pasientskadeloven § 1 bokstav c, i henhold til offentlig autorisasjon eller lisens, og som nå er omfattet av

²⁵ Lov 15.6.2001 nr. 53.

²⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 1.

²⁷ PRE-2008-10-31-1166. Statsråd Bjarne Håkon Hanssen, innledning.

²⁸ Ot.prp.nr.103 (2005-2006) s. 5.

pasientskadeloven.

I tillegg til § 8, som gir plikt til å melde fra og yte tilskudd til NPE for de som driver privat helsetjeneste, er det gitt forskrifter med nærmere bestemmelser om tilskuddsplikten, meldeplikten og satsene for tilskudd.²⁹ Disse vil ikke bli behandlet nærmere.

3.1.1. Nærmere om Norsk pasientskadeerstatning (NPE)

NPE er som nevnt et statlig organ. Det er underlagt Helse- og omsorgsdepartementet og ble opprettet som en midlertidig erstatningsordning i 1988 i påvente av det som skulle bli pasientskadeloven. NPEs ansvar for erstatning skadelidte har krav på ved pasientskader følger av pasientskadeloven § 6. Krav om erstatning for pasientskade skal meldes NPE etter § 9, og saken skal utredes av NPE etter § 10. Vedtak om erstatningen skal ytes og dens størrelse skal fattes av NPE etter § 12. Nærmere bestemmelser om NPE er gitt i forskrift.³⁰

Forvaltningsloven og offentlighetsloven gjelder for NPEs virksomhet etter pasientskadeloven § 14, jfr. § 17 annet ledd.

NPE behandler erstatningskrav fra pasienter som har blitt påført en skade under behandling av offentlig eller privat helsetjeneste, og målet er at pasienten ikke skal lide økonomisk tap som følge av feilbehandling. Jeg vil her beskrive NPEs saksbehandling, gå gjennom vilkårene for å få erstatning samt se på hvordan ordningen har fungert i forhold til krav mot privatpraktiserende tannleger i løpet av de første årene (2009-2012) ordningen har vært i drift overfor disse.

Skadelidte som har behov for advokatbistand kan etter § 11 få utgiftene dekket hvis den som utreder saken har truffet vedtak om det eller utgiftene må regnes for å følge av skaden. Skadelidte har rett til å få vite på forhånd i hvilken grad advokatutgifter vil bli dekket.

Skadelidte sender inn et skademeldingsskjema til NPE, som deretter henter inn journaler og uttalelser fra behandlingsstedet. Den skadelidte får så informasjon om forventet saksbehandlingstid, behandlingsstedets uttalelser og annen informasjon og får muligheten til å kommentere dette.

Kartlegging av faktum står sentralt (om hovedregel er mandatet begrenset til spørsmålet om pasientskade) og NPE benytter seg av medisinske eksperter for å vurdere enkeltsakene. Når saken er utredet og NPE anser den for å være tilstrekkelig opplyst etter forvaltningsloven § 17 første ledd, fattes et vedtak om erstatning skal ytes.³¹

Vedtak fra NPE kan klages inn for Pasientskadenemnda etter pasientskadeloven § 15. Klagefristen er på tre uker, i samsvar med forvaltningsloven § 29.

²⁹FOR-2008-10-31-1166 Forskrift om pasientskadelovens virkeområde og om tilskuddsplikt for den som yter helsehjelp utenfor den offentlige helse- og omsorgstjenesten.

³⁰ FOR-2002-12-20-1625 Forskrift om Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda.

³¹ Pasientskaderett 2011, Rolf Gunnar Jørstad, ”Avgjøringsorganer og saksbehandlingsregler”, s. 194-195.

3.2. Vilkår og saksbehandling, praksis i forhold til privatpraktiserende tannleger

For at pasienten skal få rett til erstatning fra NPE, må skaden skyldes behandlingen, og det må ha vært svikt i denne. Videre må skaden ha ført til et økonomisk tap for pasienten på over 5000 kroner. Jeg vil her gå gjennom erstatningsvilkårene og forhold som kan utelukke erstatning. NPEs praksis i behandlingen av erstatningskrav mot privatpraktiserende tannleger vil også bli belyst.

3.2.1. Skaden må skyldes behandlingen

Bestemmelsen i pasientskadeloven § 1 begrenser erstatningsreglene i pasientskadeloven til kun å gjelde for pasientskader ved å stadfeste at det kreves tilknytning til helsevesenet. Det må foreligge en skade, og denne må ha inntruffet ved behandling hos nærmere angitt type helsepersonell. Tannleger i privat praksis omfattes av regelen etter § 1 c), som *"helsepersonell som yter helsehjelp i henhold til offentlig autorisasjon eller lisens"*, jfr. helsepersonelloven § 48. Regelen gjelder også for *"personer som opptrer på vegne av disse"*, for eksempel tannhelsesekretærer og tannpleiere som deltar i behandling av pasienten.

Med skader her menes personskade. Begrepet omfatter sykdom, psykisk og fysisk skade. Tingsskade og rene formuestap faller utenfor.³²

Skaden må videre ha oppstått i en situasjon der det er helsehjelp som ytes for at det skal være en pasientskade, om pasienten for eksempel snubler på venterommet til tannlegen og slår ut en tann gir det ikke rett til erstatning etter pasientskadeloven.

Hvilke situasjoner skaden kan ha oppstått i og som regnes som pasientskader er uttømmende oppramset i § 1 annet ledd, skaden må være voldt under:

"veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling, ekspedisjon av legemidler fra apotek, pleie, vaksinasjon, prøvetaking, analyse av prøver, røntgen, forebygging av helseskader, medisinsk forsøksvirksomhet samt donasjon av organer, blod og vev" for at erstatning etter pasientskadeloven skal kunne kreves.

Det er ikke et krav om at behandlingen må ha vært nødvendig, og også kosmetiske operasjoner omfattes av loven.³³

Uttrykket kosmetiske operasjoner passer ikke for tannbehandling, men tannbehandling kan også ha kosmetisk/estetisk indikasjon. Hensynet bak reglene tilsier at pasientskader som er oppstått under kosmetisk tannbehandling gir rett til pasientskadeerstatning hvis vilkårene ellers er oppfylt.

Etter henvendelse til NPE har de opplyst om at de ikke har noen kode for kosmetisk/estetisk tannbehandling og derfor må benytte seg av fritekstsøk for å finne frem til slike avgjørelser i sitt arkiv. Søkemetoden ga ett treff på sak om kosmetisk tannbehandling:

³² NOU 1992:6 – Erstatning ved pasientskader. Kap 13 – til § 1.

³³ Ot. Prp. 31 (1998-1999) s. 90.

En tannlegepasient krevde erstatning da hun mente at tannbleking hadde medført tilbaketrunket tannkjøtt på to av tennene. Kravet ble avslått fordi behandlingen var utført i samsvar med gjeldende retningslinjer og prinsipper. Det var heller ikke tidligere rapportert om denne type bivirkning i tilknytning til blekingsmiddelet.³⁴

Det er tidligere gitt medhold til pasienten i en sak om kosmetisk behandling av rynker i ansiktet som heller ikke var en operasjon. Vurderingen i saken gjaldt hovedsakelig informasjonssvikt. Det ble satt injeksjoner i ansiktet som førte til smerter, kløe og hevelse i etterkant. Pasienten var ikke informert om risikoen på forhånd, og NPE antok at pasienten ville ha avstått fra behandlingen om hun hadde fått tilstrekkelig informasjon.³⁵

NPE behandler altså erstatningskrav med kosmetisk/estetisk indikasjon, selv om behandlingen ikke kan kalles operasjon. Forutsetningen er at det foreligger en skade. Om pasienten ikke er fornøyd med det kosmetiske resultatet er det opp til NPE å avgjøre om avviket fra det ønskede resultat utgjør en skade etter pasient-skadeloven. Slike vurderinger er foreløpig ikke gjort, og vil i praksis være vanskelige å vurdere etter objektive kriterier.

På hvilke måte skaden rent praktisk har oppstått er ikke av betydning.

³⁴ Sølvi Flåte, seniorrådgiver i NPE.

³⁵ <http://www.npe.no/no/Om-pasientskader/Eksempel-pa-saker1/Kosmetisk-behandling/>

3.2.2. Skaden må skyldes svikt i behandlingen

Pasientskadeloven § 2 gir reglene om ansvarsgrunnlag. Det er bare der ansvarsgrunnlaget foreligger at pasientskaden gir rett til erstatning etter pasientskadeloven.

Etter § 2 bokstav a har skadelidte rett til erstatning etter loven når pasientskaden skyldes *”svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes”*.

Ansvar er objektivisert ved at det er skaden og resultatet av den som avgjør om pasienten har rett til erstatning selv om man ikke kan påvise uaktsomhet hos helsepersonellet.

Pasienten kan være skadet uavhengig av ansvarsgrunnlaget selv om dette foreligger. I disse tilfellene har ikke skadelidte krav på erstatning. Lovtekstens formulering *«når skaden skyldes»* er ment som en henvisning til alminnelige rettslige prinsipper om årsakssammenheng.³⁶ Bruken av ordet svikt i stedet for uaktsomt er ment å markere at terskelen for hva som regnes som erstatningsbetingende er relativt lav.

”Terskelen for hvilke handlinger som skal utløse ansvar, skal være lavere enn i den alminnelige erstatningsrett”.³⁷

I alminnelig erstatningsrett begrunnes objektivt ansvar med at virksomheten skjer i skadevolderens interesse økonomisk og at det er skadevolder som kan forsikre seg mot ansvar. I NOU 1992 nr. 6 uttalte utvalget at dette hensynet ikke kunne anføres for pasientskader, hvor virksomheten tvert imot skjer i skadelidtes interesse. Begrunnelsen for å objektivisere pasientansvaret på tross av dette er blant annet at det kan være vanskelig å dokumentere uaktsomhet, og det kan igjen føre til at skadelidte ikke får den erstatning han har krav på. Ansvar må likevel kunne spores tilbake til en feil. Utgangspunktet må være at det har skjedd en svikt, selv om ingen kan lastes for svikten.³⁸

Bestemmelsen må ses i sammenheng med § 3 om uopklarte årsaksforhold, *”Dersom årsaken til en skade på en pasient ikke kan bringes på det rene, og skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen, skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp”*. Ansvarsgrunnlaget antas da å foreligge selv om svikten ikke kan påvises.

Eksempler på praksis fra NPE vedrørende tannlegesaker hvor vurderingstemaet er svikt i behandlingen:

Tannbehandling med påfølgende nerveskade. Avslag.

En kvinne krevde erstatning for nerveskade grunnet vedvarende følelsesløshet i deler av leppe og ansikt etter fjerning av visdomstann. NPE mente at inngrepet var kor-

³⁶ Ot. Prp. 31 (1998-1999) s. 91.

³⁷ Innst. O. nr. 68 (2000-2001).

³⁸ NOU 1992:6 – Erstatning ved pasientskader. Kap 13 – til § 3 (i gjeldende pasientskadelov omhandler disse uttalelsene § 2).

rekt utført i tråd med gjeldende medisinske retningslinjer og prinsipper, og at nerveskade av denne typen er en kjent risiko ved denne type operasjon. Journalen viste at inngrepet hadde foregått på riktig måte. Kvinnen fikk ikke medhold i erstatningskravet. Skaden skyldtes behandlingen, men det forelå ikke svikt i denne.³⁹

Rotfyllingsbehandling. Medhold.

En kvinne søkte erstatning for dårlig utført rotfylling som to år senere måtte gjøres på nytt hos en annen tannlege. NPE mente at den første rotfyllingen ikke var korrekt utført og at det var den mest sannsynlige årsaken til at rotfyllingen måtte gjøres om. Tannlegen kunne ikke dokumentere at behandlingen var utført i tråd med gjeldende medisinske retningslinjer og prinsipper. Kvinnen fikk medhold i erstatningskravet og har fått dekket utgifter til tannbehandling for å rette opp skaden. Skaden skyldtes behandlingen, og det forelå svikt i denne.⁴⁰

Pasientskadeloven § 2 bokstav b statuerer et rent objektivt ansvar der svikten skyldes svikt ved apparater, redskap eller utstyr som er brukt for å yte helsehjelp. Bestemmelsen samsvarer med reglene i alminnelig erstatningsrett, hvor det kan kreves erstatning på objektivt grunnlag for skader voldt ved teknisk svikt. Se for eksempel RG 1959 s. 150 hvor en mann fikk varig skade etter røntgenbehandling med for høy dose. Kommunen ble ansett ansvarlig på objektivt grunnlag. Lagmannsretten uttalte her at faremomentet røntgenapparatet representerer er ikke noe pasienten kan beskytte seg mot, og det er rimelig å legge ansvaret på den eller de som i sin virksomhet benytter et slikt apparat. Bestemmelsen er en lovfesting av det objektive erstatningsansvaret for teknisk svikt.⁴¹

Etter § 2 bokstav c kan pasienten gis rett til erstatning for skade som skyldes smitte eller infeksjon når det ikke hovedsakelig skyldes pasientens tilstand eller sykdom. Det skilles ikke her mellom smitte og infeksjon, og ansvaret er gjort objektivt av prosessøkonomiske hensyn og for at skadelidtes bevisbyrde ikke skal bli for vanskelig å oppfylle.⁴² På et tannlegekontor er det flere utfordringer knyttet til smittevern; Det er stor pasientgjennomstrømming, høy forekomst av blod og det benyttes roterende instrumenter som forårsaker sprut. Tannlegen har ingen forutsetning for å vite annet om pasientens generelle helsetilstand og smitterisiko enn det pasienten opplyser om selv. Gode hygienerutiner anses som svært viktig, og det er ingenting som tyder på at svikt i disse rutinene med påfølgende smitte er et stort problem i tannlegepraksis.

NPE har kun gitt kun to medhold på grunn av smitte/infeksjon i tannlegepraksis. Den ene saken gjaldt infeksjon som oppstod etter trekking av tann 38. Den andre saken gjaldt infeksjon som følge av fjerning av rotspiss og innsetting av implantat. NPE gikk ikke inn på årsaken til smitten/infeksjonen, og pasientene fikk medhold fordi NPE

³⁹ <http://www.npe.no/no/Om-pasientskader/Eksempel-pa-saker1/Tannbehandling/Tannbehandling---nerveskade/>

⁴⁰ <http://www.npe.no/no/Om-pasientskader/Eksempel-pa-saker1/Tannbehandling/Tannbehandling---medhold/>

⁴¹ Aslak Syse, pasientskadeloven med kommentarer s. 108 note 4.

⁴² Ot. Prp. 31 (1998-1999) Smitte- og infeksjonsskader. 11.4.4.3.

konkluderte med at smitten/infeksjonen ikke skyldtes forhold ved pasientenes sykdom eller tilstand.⁴³

Pasientskadeloven § 2 bokstav d omhandler rett til erstatning etter vaksinasjonsskade og har ingen relevans her.

Der utgangspunktet er en pasientskade etter § 1 kan pasienten få erstatning for skader på grunn av forhold som etter alminnelige erstatningsregler medfører ansvar for helsepersonell eller helse- og omsorgstjenesten, men som allikevel ikke fanges opp under de andre bestemmelsene om erstatning etter pasientskadeloven, jfr. § 2 bokstav e. Pasienten får en fordel her ved at NPE kostnadsfritt tar stilling til om det foreligger et erstatningskrav.⁴⁴

Etter § 2 andre ledd skal det tas hensyn til *”om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt”*. Bestemmelsen handler mer om pasientens forventninger enn helsepersonellens handlinger. Skadelidtes forventninger er objektivisert, og vil måtte variere etter omstendighetene.⁴⁵ Vurderingen må gå ut fra hva pasienter generelt kan forvente av behandlingen. En må kunne gå ut fra at pasienten har berettigede forventninger til behandlingen hos en privatpraktiserende tannlege. Forholdene vil normalt sett være optimale for behandling, med mindre det er en svært akutt situasjon. Ressurssituasjonen skal tas med i vurderingen, og her må det kunne stilles større krav til den private tannhelsetjenesten enn til for eksempel et offentlig sykehus. Pasienten betaler selv for tannlegens tid, og situasjoner med tidsnød og mange andre ressurskrevende pasienter vil ikke oppstå her på samme måte som det kan i helsevesenet ellers.

En unntaksbestemmelse følger av § 2 tredje ledd. Der verken første eller andre ledd gir rett til erstatning, kan det i noen tilfeller ytes erstatning for pasientskade som er særlig stor og uventet, men bare hvis den ikke er et utslag av en risiko pasienten må akseptere.

”Departementet vil understreke at bestemmelsen er ment som en sikkerhetsventil, og at erstatning på rimelighetsgrunnlag kun skal tilkjennes i særlige tilfeller. Som eksempel kan nevnes at det ved en operasjon oppstår en svært sjelden og alvorlig komplikasjon som fører til skader som ikke står i rimelig sammenheng med det forhold pasienten ble behandlet for. Er det nødvendig å utsette en pasient for fare for å redde livet, utløses imidlertid ikke erstatningsansvar om faren manifesterer seg. Skaden er i dette tilfelle en kalkulert risiko”.⁴⁶

Det skal legges vekt på om pasienten har fått tilstrekkelig informasjon på forhånd. Det kan vanskelig tenkes en behandling utført på tenner som kan utløse ansvar etter denne unntaksbestemmelsen.

⁴³ Sølvi Flåte, seniorrådgiver i NPE.

⁴⁴ Aslak Syse, pasientskadeloven med kommentarer s. 113 note 7.

⁴⁵ Ot. Prp. 31 (1998-1999) merknad til § 2, s. 90.

⁴⁶ Ot. Prp. 31 (1998-1999) merknad til § 2, s. 91.

3.2.3. Skaden må ha ført til et økonomisk tap på over 5000 kroner

Skadelidte må ha hatt et økonomisk tap på minst 5000 kroner etter § 4. Beløpsgrensen har sin årsak i at man ønsker å prioritere pasienter med store økonomiske tap og av hensyn til saksbehandlingskostnader og administrasjon av ordningen.⁴⁷ Man ønsker med andre ord å unngå bagatellklager av prosessøkonomiske grunner.

3.2.4. Kravet må ikke være foreldet

Kravet kan falle bort ved foreldelse etter de alminnelige reglene i forledelsesloven. Etter § 9 er hovedregelen at kravet foreldes etter tre år. Fristen løper fra den dagen skadelidte fikk eller burde ha fått nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige. Foreldelsen avbrytes når pasienten melder kravet inn for NPE i samsvar med pasientskadeloven § 9. Det vil bli for omfattende å gå nærmere inn på foreldelsesreglene her.

3.3. Tapsutmålingen

NPE utbetaler erstatning til skadelidte som har fått medhold så snart som mulig etter at saken er avgjort, jf. pasientskadeloven §§ 6 og 13.

Reglene for tapsutmåling, skadelidtes medvirkning mv. følger lov om skadeserstatning og alminnelige erstatningsrettslige regler, med unntak av erstatning og oppreisning for skade som ikke er av økonomisk art etter skadeserstatningsloven § 3-5. Tap under 5000 kroner erstattes som nevnt ikke, og heller ikke skader som er under lov om yrkesskadeforsikring § 10s virkeområde.

Henvisningen til bestemmelsen om skadelidtes medvirkning klargjør at erstatning ikke ytes der pasienten har skyld i den mislykkede behandlingen.⁴⁸ Det kan tenkes at tannlegen har gitt pasienten beskjed om enkelte forholdsregler som at det ikke kan tygges på en nylagt fylling før det har gått en viss tid eller at tomrommet etter en ekstrahert tann må renses for å unngå betennelse. Følger ikke pasienten opp tannlegens anbefaling kan erstatningen etter en konkret vurdering settes ned eller falle helt bort.

Gjennomsnittsutbetalingen fra NPE er på 125 000 kroner.⁴⁹ Den største tilkjente erstatningssummen i en tannlegesak er på hele 6 millioner.⁵⁰

3.4. Praksis fra NPE for årene 2009-2012

I perioden 2009-2012 fattet NPE vedtak i 480 saker om tannbehandling i privat sektor, hvorav 201 fikk medhold og 279 fikk avslag på sitt erstatningskrav. Andelen av medholdssaker er på 42 prosent, og er med det den høyeste medholdsandelen i pri-

⁴⁷ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-1999). Særlig om småskader. 13.2.

⁴⁸ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-1999) 13.1

⁴⁹ Norsk Pasientskadeerstatning, rapport for privat helsetjeneste 2009-2012 s. 15.

⁵⁰ Saken ble omtalt i flere medier, blant annet VG. I artikkelen står det feilaktig at det ble tilkjent oppreisning, erstatningssummens størrelse er grunnet menerstatning.

vat sektor. Den totale medholdsandelen er på 35 prosent. Klager på tannbehandling utgjør 47 prosent av sakene mot alle typer privatpraktiserende behandlere som omfattes av ordningen, mens saker mot kirurger er nummer to med 19 prosent.⁵¹

De vanligste skadetyperne er tap eller fraktur av tann eller tannimplantat, mangelfull behandling, infeksjon og betennelse. Mangelfull behandling er den skadetypen flest får medhold i, etterfulgt av feil behandlingsteknikk eller behandlingsmetode.⁵²

Utbetalingene øker; i 2013 beløp utbetalingene seg til 9 725 126 kroner, mot 2 000 551 kroner i 2010. Dette kan skyldes at ordningen blir mer kjent etter hvert som tiden går, ordningen trådte som nevnt i kraft for privatpraktiserende tannleger først 1.januar 2009.

En mulig forklaring på hvorfor det er så mange flere klagesaker mot tannleger enn de andre typene helsepersonell kan være at flere personer behandles av tannlege enn av andre typer privatpraktiserende helsepersonell. De fleste voksne må oppsøke privat tannhelsetjeneste for å få tannbehandling, og det er en handling som gjentar seg relativt ofte. Andre typer av helsetjenester som typisk utføres privat, for eksempel å få utført en kosmetisk operasjon, er stort sett en engangsforeteelse som dessuten er langt mindre utbredt enn tannlegebesøk. I 2008 hadde 77 prosent av norske kvinner og 72 prosent norske menn vært hos tannlegen i løpet av det siste året.⁵³

3.5. Klage til Pasientskadenemnda

Vedtak fra NPE kan etter pasientskadeloven § 15 påklages til Pasientskadenemnda innen tre uker.

Pasientskadenemnda er et uavhengig forvaltningsorgan administrativt underlagt Helse- og Omsorgsdepartementet som behandler klager på vedtak fattet av NPE. Ved anke behandles saken på nytt etter de samme saksbehandlingsreglene som gjelder for NPE og som følger av kapittel 3 i pasientskadeloven, jf. § 17.

Leder av Pasientskadenemnda skal ha juridisk embetseksamen, jf. § 18. Pasientskadenemnda settes i hver sak med fem medlemmer. To av medlemmene skal være medisinsk sakkyndige, og ett skal være brukerrepresentant.

Det har tidligere vært antatt at nemndsbehandling utløser litispensens for de alminnelige domstoler, slik at pasienter som krever erstatning etter pasientskadeloven ikke kan bringe saken inn for domstolene før det foreligger endelig vedtak fra Pasientskadenemnda. Dette standpunktet er ikke lenger holdbart etter en kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2013. s. 544 hvor ankeutvalget kom til at en pasient etter gjeldende rett kan fremme krav om erstatning overfor NPE og samtidig reise søksmål mot tannlegen gjennom rettssystemet etter de alminnelige erstatningsrettslige regler. Begrunnelsen fra Høyesterett var at sakene ikke var mellom de samme parter og at kravene hadde ulike ansvarsgrunnlag.

⁵¹ Norsk Pasientskadeerstatning, rapport for privat helsetjeneste 2009-2012 s. 12.

⁵² Skader etter tannbehandling, temaark utarbeidet av NPE.

⁵³ Statistisk Sentralbyrå, Rapporter 29/2010 Trond Ekornrud og Arne Jensen Tannhelse, Personell og kostnader, tannhelsetilstand og Tannlegebesøk s. 42

For perioden 2003 -2012 fikk 12,5 prosent av pasientene som har klaget til Pasientskadenemnda helt eller delvis medhold i sine klager.⁵⁴ Den generelle medholdsprosenten for 2013 er 15,8 prosent.⁵⁵ Tallene gjelder for alle klager til Pasientskadenemnden og ikke spesielt for saker som har sitt utgangspunkt i klage på tannbehandling hos privatpraktiserende tannleger. Pasientskadenemnda har opplyst at det ikke har noe statistikkverktøy for å hente ut informasjon om antall vedtak som handler om tannleger i privat praksis.

3.6. Vurdering av ordningen

Pasientskadeloven er ikke til hinder for at det fremmes erstatningskrav direkte mot skadevolder i privat helsetjeneste, jfr. § 4 andre ledd. Reglene supplerer ellers gjeldende erstatningsrett, og hindrer ikke søksmål på annet grunnlag.

Som vist over er det enklere for pasienten å nå frem med et erstatningskrav fremmet mot norsk pasientskadeerstatning enn å fremme erstatningskravet etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Det er gratis å få saken behandlet av NPE. Kun 3-3,5 % av sakene som behandles årlig fremmes for domstolene.⁵⁶ Tallene kan tyde på at ordningen fungerer tilfredsstillende, eller at pasienten mister motet eller ikke har ressurser til å fremme kravet for rettssystemet.

NPE foretar en uavhengig vurdering og har ingen egeninteresser i å avslå erstatningskrav for å beskytte helsepersonell, et argument som noen ganger fremmes mot Den norske tannlegeforenings klagenemnder som omtales i punkt 4.

Saksbehandlingstiden er i snitt på 9,5 måneder etter opplysninger fra NPE. Sivilombudsmannen har av eget tiltak undersøkt enkelte forhold ved NPE og gitt uttrykk for at saksbehandlingstiden er uakseptabel lang og at det er uheldig grunnet den store betydningen sakene har for skadelidte.⁵⁷

Pasientskadeloven dekker ikke alle krav. For at erstatningskravet skal kunne tas under behandling av NPE må skadelidte ha hatt et økonomisk tap på minst 5 000 kroner. Det ble som nevnt vurdert å ikke sette noen nedre beløpsmessig grense for krav som kan fremmes for NPE, men departementet kom til at det skulle være en fortsatt beløpsgrense grunnet administrasjonskostnader og at man ønsket å prioritere de med store tap både hva angår fordelingen av midlene og saksbehandlingskapasitet.⁵⁸ For pasienter med et økonomisk tap på under 5 000 kroner kan det avhengig av livssituasjon være et stort økonomisk tap for den enkelte, men her er pasienten henvist til å benytte seg av de andre klagemulighetene. Skaden kan også oppleves som alvorlig for pasienten uavhengig av økonomiske vurderinger.

⁵⁴ <http://pasientskadenemnda.no/Statistikk/Avviklede-saker-totalt1/>

⁵⁵ Hege Mangset, seksjonssjef i pasientskadenemnda.

⁵⁶ <http://www.npe.no/no/Om-NPE/Aktuelt/Verdens-beste-pasientskadeordning/>

⁵⁷ Sak 2007/2381.

⁵⁸ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-1999). Særlig om småskader. 13.2.

4. Klagenemndene i Den norske tannlegeforenings lokalforeninger

Om pasienten og tannlegen ikke kommer til enighet når pasienten ønsker å klage på forhold ved behandlingen og kravet er for lite til å kunne fremmes for Norsk Pasient-skadeerstatning, kan pasienten henvende seg til klagenemndene i NTFs lokalforeninger.

Den norske tannlegeforening har 21 lokalforeninger, som alle plikter å ha en klagenemnd valgt på generalforsamling⁵⁹. Hver enkelt klagenemnd skal bestå av minst tre medlemmer som alle deltar i behandlingen av den enkelte sak. "Regler for lokalforeningenes klagenemnder" gir regler for nemndenes sammensetting, mandat, saksbehandling, hvilken klagenemnd saken skal behandles i, ankemuligheter, habilitet og taushetsplikt.

Etter NTFs regler for lokalforeningenes klagenemnder § 1 er formålet å *"bidra til å forebygge og løse konflikter mellom pasienter og tannleger som er medlemmer av Den norske tannlegeforening (NTF)"*. Formålet søkes ivaretatt ved behandling av pasientklager, men også ved å besvare muntlige og skriftlige pasienthenvendelser.

4.1. NTFs klagenemnder - historien

Klagenemndene oppstod på 1920-tallet etter presseoppslag om urimelige priser hos tannlegene. Fra begynnelsen av måtte pasienten fraskrive seg retten til å gå videre med saken for at den skulle kunne tas under behandling av en klagenemnd. Etter kritikk av ordningen utarbeidet NTF retningslinjer for klagenemndene i samarbeid med professor dr. juris Kristen Andresen. Han foreslo å begrense nemndenes mandat til saker som kunne omgjøres ved avvisning, omgjøring, honorarnedsettelse og tilbakebetaling av honorar. Krav som ikke kunne tas under behandling av nemndene måtte pasienten eventuelt fremme som et vanlig erstatningssøksmål for domstolene. Videre skulle avgjørelsene forplikte tannlegen, men ikke pasienten.⁶⁰ Sosialdepartementet uttalte at det ikke ville være behov for en offentlig klageinstans hvis reglene ble som foreslått.⁶¹ Tidligere var det en forbrukerrepresentant med i lokalforeningenes klagenemnder, men fra 1990 avgjorde Forbrukerrådet at de ikke lenger skulle delta i dette arbeidet. Avgjørelsen skyldes i første rekke et ressurspørsmål, men det

⁵⁹ Den norske tannlegeforenings regler for lokalforeningenes klagenemnder, sist endret 30. november 2013.

⁶⁰ Den norske tannlegeforening gjennom 100 år, 1884-1984 s. 386-387.

⁶¹ Op. cit. s. 386-387.

ble ved vurderingen også lagt vekt på at pasienten, etter deres oppfatning, fikk en saklig og objektiv behandling i klagenemndene.⁶²

Etter reglens vedtakelse er de blitt endret flere ganger. Det skjer ved at NTFs hovedstyre fremmer forslag for representantskapet som stemmer over det. Foreløpig siste endring ble vedtatt 30.11.2013. For å klargjøre klagenemndenes mandat ble det her innført en bestemmelse om at klagenemndene ikke kan behandle saker om nedsettelsen av honoraret eller der korrigeringen/omgjøringen har større verdi enn NPEs nedre grense for behandling av klagesaker. Siden privatpraktiserende tannleger ble omfattet av NPE i 2009 hadde ordningene overlappet hverandre. Pasienten måtte velge hvilken klageadgang vedkommende ønsket å benytte seg av, og den innklagede tannlegen var prisgitt pasienten med tanke på om ansvarsforsikringen (NPE) kom til nytte.

4.2. Hvilke saker kan lokalforeningens klagenemnd ta stilling til?

Klagenemndene behandler pasientklager mot tannleger som tilhører den enkelte lokalforening. For at klagenemnden skal kunne ta klagen under behandling må tannlegen være privatpraktiserende og medlem av Den norske tannlegeforening. I tillegg må saken være forsøkt løst mellom tannlegen og pasienten.

Klagenemndenes mandat er klarlagt i reglens § 3 ” *Klagenemndens mandat er begrenset til saker som fullt ut kan løses ved at klagen underkjennes, honoraret nedsettes eller tilbakebetales, eller tannlegen med klagerens samtykke pålegges å korrigere arbeidet eller gjøre det om*”.

Vi ser at det kreves samtykke fra pasienten for at den som har utført behandlingen skal kunne få sjansen til å korrigere eller gjøre arbeidet om igjen. Denne problemstillingen vil bli nærmere behandlet under punkt 5.4 om misligholdsbeføyelser.

Videre skal klagen som nevnt etter regelendringen avvises der nedsettelsen av honoraret eller korrigeringen/omgjøringen overstiger verdien for NPEs nedre grense for behandling, altså 5000 kroner p.t. I praksis henviser klagenemnden pasienten videre til NPE slik at kravet ikke går tapt.

Opplyser klageren om at vedkommende vil reise krav utover honorarnedsettelse eller tilbakebetaling skal saken avvises etter § 3 punkt 2.

Klagen kan heller ikke tas til behandling av klagenemnden der saken dreier seg om rimeligheten av pris på utført behandling, manglende overholdelse av prisopplysningsforskriften, feil ved trygdeoppgjør, over- eller underbehandling eller saker som ikke kan løses ved nedsettelse av honoraret (for eksempel varige nerveskader), jfr. § 3 punkt 3-6.

Avvises saken skal klageren etter § 3 siste ledd informeres med begrunnelse for avslaget og informasjon om eventuelle andre klagemuligheter.

⁶² NOU 2005 nr. 11. *Tannlegeforeningens lokale klagenemnder*. 9.2.6.

4.3. Saksgangen

Pasienten må sende inn en skriftlig klage til sin lokale klagenemnd. Klagenemnden sender kopi til den innklagede tannlegen, som må sende inn sin redegjørelse av saken til klagenemnden. Det må også legges ved kopi av journalen. Pasienten får kopi av tannlegens redegjørelse og mulighet til å kommentere. Ved nødvendighet innkalles pasienten til klinisk undersøkelse.

Nemnden avsier en avgjørelse på bakgrunn av de fremkomne opplysningene. Avgjørelsen skal etter § 4 inneholde navn på de som deltok i avgjørelsen, hva saken gjelder og forklaring av saken, hva slags dokumentasjon som ligger til grunn for avgjørelsen, en omtale av de vurderinger som er gjort og om avgjørelsen er enstemmig.

Reglene inneholder ingen bestemmelser om hva som er riktig oppfyllelse eller hvilke vurderinger som skal legges til grunn. Det er heller ikke gitt regler om foreldelse.

Etter NTFs vedtekter § 16 plikter tannlegen å la klagen bli behandlet etter gjeldende regler, gi de nødvendige opplysninger og følge de avgjørelsene som fattes. Unnlater tannlegen å følge klagenemndens pålegg kan det føre til eksklusjon fra NTF etter en konkret vurdering i NTFs hovedstyre. Tilsvarende er også presisert i reglene for NTFs klagenemnder § 7.

Klagebehandlingen er gratis for pasienten.

4.4. Praksis

Praksisen fra de lokale klagenemndene er vanskelig tilgjengelig. Den publiseres ikke, klagen i seg selv er taushetsbelagt og det er 21 lokalforeninger som hver må sende inn sin statistikk til NTF som sammenfatter denne.

Fra 2002 til 2005 fikk lokalforeningenes klagenemnder mellom 350 og 450 henvendelser årlig. Mellom 37 og 47 prosent av henvendelsene ble til klagesaker, og mellom 40 og 43 prosent av sakene blir avgjort i klagerens favør.⁶³

Det finnes ikke statistikk for saksbehandlingstiden.

Oslo tannlegeforening som er den største lokalforeningen opplyser at de hittil i 2014 har hatt 12 henvendelser. Flesteparten av disse er utenfor mandat og er henvist videre til blant annet NPE. I 2013 ble totalt 65 saker behandlet av 113 innkomne henvendelser. 8 klager ble avvist fordi tannlegen ikke var medlem av NTF, og 28 ble avvist fordi klagenemnden ikke hadde mandat til å behandle saken.

4.5. Klage til ankenemnd

Ankenemnden er oppnevnt av NTFs hovedstyre og består av to medlemmer og ett varamedlem i tillegg til en av NTFs advokater.

Klagemuligheten følger av reglenes § 6. Det er kun tannlegen som kan klage inn en avgjørelse, og det må gjøres innen 14 dager etter av avgjørelsen er mottatt. Tannle-

⁶³ Den norske tannlegeforenings Tidende 2007 nr. 117 s. 290-292.

gen vil naturligvis bare klage inn avgjørelsen der pasienten har fått medhold. Pasienten på sin side har ingen klagemulighet, og må eventuelt ta saken inn for rettsystemet. Det er imidlertid lite sannsynlig at det vil forekomme grunnet beløpsgrensen. Det kan synes rart at det bare er tannlegen som har mulighet for å få saken behandlet på nytt, men det er bare tannlegen som er bundet av avgjørelsen fra klagenemnden.

4.6. Vurdering av klageordningen

Fra et juridisk ståsted er det av betydning at kontradiksjonsprinsippet ivaretas i saksgangen. Habilitetsregler, regler om taushetsplikt og et klart avgrenset mandat bidrar også til det helhetsinntrykk at ordningen er gjennomtenkt og bygger på alminnelige rettsprinsipper selv om den ikke har grunnlag i lov. Nærmere om betydningen av klagenemnders praksis er omtalt innledningsvis i 1.4.

Regelendringene som ble vedtatt og innskrenket klagenemndenes mandat for ikke å overlapse med NPEs virkeområde tyder på at NTF ikke forsøker å kontrollere klagebehandling mot tannleger. Av antall saker som må avvises grunnet manglende mandat ser man at klagenemndenes betydning er snevret inn.

Publikumsinformasjonsdelen av klagenemndenes virksomhet kan i seg selv virke konfliktløsende. Nemnden kan gå i dialog med tannlegen og komme frem til en minnelig løsning, og gi pasienten forklaringer på forhold ved behandlingen som vedkommende kan ha trodd er et klagegrunnlag. Over halvparten av henvendelsene som kommer inn til klagenemndene blir ikke klagebehandlet fordi saken blir løst før det kommer så langt.

Det kunne vært en utfordring forbundet med at tannlegen må være medlem av NTF for at klagen skal kunne behandles. En kunne tenke seg at enkelte tannleger velger å avslutte medlemskapet i foreningen om vedkommende skjønner at det vil komme en sanksjon. Det er tatt høyde for denne problemstillingen i NTFs vedtekter, og det følger av § 11 at det er seks måneders utmeldingstid i foreningen. En annen sak er naturligvis at klagenemndene ikke har myndighet til å pålegge ikke-medlemmer sanksjoner. En svakhet ved ordningen er at medlemskapet i NTF ikke er pliktig. Hadde klageordningen vært offentlig organisert kunne reglene vært slik at alle som praktiserer som tannlege i Norge plikter å la saken behandles i klagenemnd og rette seg etter vedtak fra denne. Slik reglene er nå kan det virke fristende for de tannleger som vet de ikke driver slik de bør å la være å melde seg inn i foreningen. Tall fra NTF viser at oppslutningen om foreningen er god, om lag 90 % av de som praktiserer som tannleger i Norge er medlem,⁶⁴ så dette vil sjelden være et praktisk problem.

Klagenemndene ilegger som nevnt sanksjoner som ikke har grunnlag i lov, og kan oppleves som en pasientrettighetsorganisasjon av den innklagede når vedkommende blir gått etter i sømmene av kollegaer som inngående vurderer de arbeidsmetoder som er brukt og hva som kunne vært gjort annerledes. At det er tannleger som sitter i klagenemndene kan gjøre at vurderingene blir subjektive og tar mest hensyn til odon-

⁶⁴ Medlemstall for Den norske tannlegeforening.

<https://www.tannlegeforeningen.no/storypg.aspx?id=910&MenuNode=634257583035149059&zone=8>

tologien som fag. Det kan gjøre det vanskelig for pasienten å lese avgjørelsen dersom det fokuseres på odontologi fremfor juridiske prinsipper.

Pasienten kan oppfatte tannlegeforeningen som en slags brorskapsforening, og anse det som sannsynlig at tannlegene som sitter i klagenemndene vil beskytte sine egne på bekostning av pasienten. Det er tannleger som er tilknyttet samme lokalforening som den innklagede tannlegen som skal vurdere klagen og komme med en uttalelse. En undersøkelse i Danmark viste at 67 % gikk ut fra at legen ville beskytte en kollega som har begått en feil. Få hadde tro på at det var hensiktsmessig å klage. 82 % anså det som "vanskelig" å få medhold i en klagesak, og 6 % holdt det for "umulig".⁶⁵ På landsbasis fikk klagenemndene i årene 2002 til 2005 som nevnt mellom 350 og 450 henvendelser årlig. Mellom 37 og 47 prosent av henvendelsene blir reelle klagesaker. "På spørsmål om dette er en ordning der det er «bukken som passer havressekken» kan det være greit å vise til at de siste årene har 40–43 prosent av klagen blitt avgjort i pasientenes favør".⁶⁶ Tallene er sammenliknbare med NPEs medholdsandel (42 prosent). Ut fra dette er det ingen grunn til å anklage klagenemndene for kameraderi.

Etter regler for lokalforeningenes klagenemnder § 8 om habilitet gjelder forvaltningslovens habilitetsregler i § 6 så langt de passer. Spesielt er det slektskap til en av partene eller er andre forhold som gjør at tilliten til klagenemndens avgjørelse svekkes som kan medføre at medlemmene i klagenemnden anses som inhabile. Vurderingen av om det foreligger andre særegne forhold skal legge vekt på om avgjørelsen kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for medlemmet selv eller andre han har spesiell tilknytning til. Et medlem av klagenemnden kan heller ikke behandle pasientklager fra egne pasienter eller pasienter som han i løpet av de siste to år har hatt til behandling. Habilitetsreglene bør forsikre pasientene om klagenemndenes legitimitet. Om tannlegen ikke følger nemndens avgjørelse risikerer vedkommende å bli ekskludert fra foreningen. Det er en alvorlig sanksjon, og det kan øke pasientens tiltro til at klageordningen fungerer at tannlegen risikerer følger utover å måtte gjøre om arbeidet eller tilbakebetale deler av honoraret. Klageordningen kunne allikevel hatt enda større tyngde ved at man hadde latt en ikke-tannlege være med i klagesaksbehandlingen.

Ordnningen må være velkjent for å fungere. NTF opplyser om den på sitt nettsted og får også mange henvendelser på e-post og telefon fra pasienter som ønsker å vite hvilke klagemuligheter de har. I tillegg har NTF opprettet en tjeneste hvor pasienten blir henvist til en ekstern tannlege som etter avtale med foreningen svarer på pasientens spørsmål og også informerer om klageordningen. Tannlegen selv kan også informere pasienten om ordningen, og den er omtalt på Forbrukerrådets nettsted www.hvakostertannlegen.no. Det er allikevel vanskelig å vurdere hvor kjent ordningen er.

Regjeringen vurderte i 2007 klagenemndsordningen som en god ordning for mange pasienter, og omtaler det som et lavterskeltilbud. Det er gratis og relativt enkelt å klage. Riktignok må det sendes inn en skriftlig klage, men pasienten kan kontakte sin

⁶⁵ I Harald Monrad Aas og Ragna Valen, Pasientklager/Risk Management i Odontologien 1988 s 12-13.

⁶⁶ Den norske tannlegeforenings Tidende, 2007 nr. 117 s. 290-292.

lokale klagenemnd på forhånd og få avklart forventninger og hvilket innhold den skriftlige klagen skal ha. Videre ble det uttalt *”at de fleste sakene løses i all minnelighet, er et signal på at ordningen fungerer etter hensikten. Tannlegeforeningens administrasjon og organisering av ordningen, fører dessuten til en viss form for selvjustis i kollegiet, som anses hensiktsmessig. Hvis staten skulle overta en slik klageordning, ville det innebære oppbygging av et administrativt apparat, tilknytning av fagpersoner til å forestå de kliniske vurderinger av både fag og av priser. Ikke sjelden kan det dreie seg om behandlinger til en pris av flere 10 000-talls kroner. Alternativt er deltagelse av representanter fra offentlig forvaltning i klagenemndene. Regjeringen vil be Tannlegeforeningen vurdere om det er mulig å legge til rette for at klagenemndsordningen også kan omfatte tannleger som ikke er medlemmer av foreningen i en eller annen form. Regjeringens vil også be Tannpleierforeningen vurdere om det skal opprettes en tilsvarende ordning for denne yrkesgruppen”*.⁶⁷

Jeg anser det som lite sannsynlig at tannlegeforeningen vil la ikke-medlemmer som er tannleger delta i klagenemndene, det er naturligvis ønskelig fra foreningens side at alle praktiserende tannleger skal stå som medlem. Medlemskap er også en forutsetning for å kunne ha verv i lokalforeningene. Det er nok også mindre sannsynlig nå enn tidligere at staten vil ta over klageordningen fordi klagen som ligger innenfor lokalforeningenes mandat å behandle har liten økonomisk verdi.

5. Krav etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper

Som nevnt i punkt 2 om rettslig plassering innebærer forholdet mellom pasient og privatpraktiserende tannlege at enkelte sider ved kontraktsretten spiller inn på området. Det inngås en avtale i en av de nevnte former (muntlig, etter prisoverslag, recall, konkludent atferd, passivitet). Noen ganger avviker resultatet fra pasientens forventning, og det er behov for avklaring av om forventningene er berettiget og om avviket fra normal oppfyllelse utgjør en mangel som tannlegen bærer risikoen for. Tannlegen er den næringsdrivende profesjonelle parten, mens pasienten er forbrukeren. Styrkeforholdet mellom partene er skjevt.

De andre klageadgangene som er vist over er ikke til hinder for at pasienten heller fremsetter krav mot tannlegen etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

5.1. Opplysnings- og informasjonsplikt

Tannlegen har informasjonsplikt overfor pasienten etter helsepersonelloven § 10, og pasienten har rett til informasjon etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2. Informasjon til pasienten øker pasientens bevissthet om muligheten for at ønsket resultat ikke oppnås.

Tannlegen har også risikoen for den informasjon som blir gitt etter prinsipper i kontraktsretten. Kreditors forventninger til ytelsen kan bli avgjørende der debitor kunne avverget forventningene ved å gi opplysninger om hva kreditor kunne forvente seg av ytelsen. For at kreditors forventninger til ytelsen skal bli avgjørende for innholdet i forpliktelsen, må de tilbakeholdte opplysningene være om vesentlige forhold ved

⁶⁷ St. Mld. 35 – 2007. Tilgjengelighet, kompetanse og sosial utjevning. Framtidas tannhelsetjenester. 13.1.3

ytelsen som kreditor hadde grunn til å regne med å få. Det må også kunne antas at realdebitors taushet har virket inn på avtalen. Dette anses som en sikker regel innen kontraktsretten, men er også lovfestet flere steder i kontraktslovgivningen.⁶⁸

Har tannlegen latt være å opplyse om at behandlingen innebærer stor risiko for at ønsket resultat ikke oppnås, kan pasientens forventninger om at behandlingen vil bli vellykket være avgjørende. Kreditors undersøkelsesplikt (som blant annet er lovfestet i kjøpsloven § 20) må for pasienten her være begrenset. Det er tannlegen som er den profesjonelle part og som kan forventes å inneha den nødvendige kompetanse for å uttale seg om behandlingens forventede vellykkethet. Pasienten har som regel tillit til tannlegens uttalelser og ikke grunnlag for å uttale seg om behandlingsoalternativer.

Å bli informert på forhånd om forventet levetid på forskjellige typer behandlinger og å bli orientert om mulige komplikasjoner kan også justere pasientens forventninger til behandlingen og avverge at konflikter oppstår i etterkant.

5.2. Forhold som kan utelukke at mangelskrav kan gjøres gjeldende

5.2.2. Kontraktsmessige forbehold

Misligholdskrav kan utelukkes ved at det tas spesifiserte kontraktsmessige forbehold. Tar debitor spesifiserte forbehold innebærer det at debitor tar forbehold for de egenskaper ved ytelsen han er usikker på ved å informere kreditor om at det ikke er sikkert at ytelsens egenskaper er ideelle. Etter kjøpsloven § 20 kan kreditor akseptere en ytelse han vet er mindreverdig, det følger også av forbrukerkjøpsloven § 15 at tingens egenskaper skal svare til forventningene der ikke annet er avtalt. Prinsippet som fastlegges her er tydelig; aksept av spesifisert risiko gjør at misligholdskrav går tapt.⁶⁹ Der kreditor aksepterer risikoen ved ytelsens egenskaper er det ikke rimelig at han senere skal kunne gjøre krav gjeldende om de samme egenskapene.

Det er vanlig i bransjen å ta forbehold om resultatet ved å for eksempel si at man skal prøve å rotfylle en tann, men ikke er sikker på resultatet. Pasienten som kreditor kan takke ja til tilbudet med det spesifiserte forbeholdet, og senere misligholdskrav vil da være utelukket.

Misligholdskrav kan også utelukkes ved at det tas uspesifiserte kontraktsmessige forbehold. Grunnlaget for uspesifiserte forbehold kan være at debitor ikke har kunnskap om ytelsen⁷⁰, og dermed ikke kan innestå for kvaliteten. Det kan ikke gjelde for tannleger som den profesjonelle part i kontraktsforholdet.

5.2.3. Reklamasjonsplikt

Hvis kreditor ønsker å gjøre mangelskrav gjeldende, må han selv ta initiativ ved å fremsette en reklamasjon mot debitor. Reklamasjonsplikten er utslag av de alminnelige lojalitetskrav som gjelder mellom kontraktparter, og derfor gjelder reklamasjonsplikten også utenfor lovregulerte tilfeller. Manglende eller for sent fremsatt reklama-

⁶⁸ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett 2011 s. 147.

⁶⁹ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett 2011 s. 340.

⁷⁰ Op. cit. s. 342.

sjon kan føre til at mangelskrav går tapt. Det vil føre for langt med en nærmere omtale av reklamasjonsreglene her.

5.3. Fastleggelse av forpliktelsens innhold

Der andre omstendigheter ikke utelukker å gjøre misligholdskrav gjeldende må forpliktelsens innhold fastlegges før man kan se på hvilke misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende. Hva som kan kreves av ytelsen avhenger av om den er en resultat- eller innsatsforpliktelse og hva som er blitt forespeilet. Jeg vil også se på om de krav som kan stilles til ytelsen varierer for medisinsk behandling og estetisk behandling.

5.3.1. Resultat- og innsatsforpliktelser

Begrepene resultatforpliktelse og innsatsforpliktelse brukes for å definere om realdebitor har plikt til å oppnå et bestemt resultat (resultatforpliktelse), eller om det er tilstrekkelig at realdebitor gjør en faglig god innsats (innsatsforpliktelse). Er forpliktelser en innsatsforpliktelse innebærer det som regel at realdebitors vederlagskrav består så lenge den kontraktsmessige forpliktelsen som kan kreves i forsøk på å oppnå resultatet er utført, slik at ikke kontraktsbrudd foreligger.⁷¹

I UNIDROIT principles art.5.1.4 beskrives resultatforpliktelser som *"duty to achieve a specific result"* og innsatsforpliktelser som *"duty of best efforts"*. Innholdet i innsatsforpliktelser beskrives videre som *"bound to make such efforts as should be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances"*. Ytelsens innhold kan altså sammenliknes med det en annen person med samme bakgrunn og under samme forhold ville oppnådd.

Etter håndverkertjenesteloven § 17 kan forbrukeren bare kreve resultatet hvis det ville vært oppnådd med fagmessig innsats etter § 5 eller det er avtalt. Bestemmelsen i § 5 er også et eksempel på abstrakt mangelsbegrep, et krav om innsats etter vanlig god praksis der man ikke har holdepunkter i kontrakt eller annet for å fastlegge innholdet i forpliktelsen.

Bestemmelsene uttrykker sammen et prinsipp om at det er hva en annen fagperson i samme forhold ville oppnådd som er det avgjørende. Selv om ytelsen er en innsatsforpliktelse vil man kunne stille krav til dens innhold. Debitor må kunne forvente fagmessig ytelse. Det innebærer at debitor må beherske arbeidet han forplikter seg til å utføre.

I Rt. 2008 s. 537 uttaler Høyesterett at *"dersom ikke annet er avtalt, har en lege som har påtatt seg å yte helsehjelp, bare påtatt seg en innsatsforpliktelse, og ikke noen resultatforpliktelse. Hvis ikke legen har påtatt seg en resultatforpliktelse, vil en ny operasjon fordi den første ikke gav de forventede resultater, måtte anses som en fortsettelse av oppfyllelsen av den opprinnelig avtalte behandling"*.⁷²

Det samme må gjelde for innholdet i tannlegens ytelse, som i utgangspunktet vil være en innsatsforpliktelse.

⁷¹ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett 2011 s. 126.

⁷² Rt. 2008 s. 537 (54).

Hvis tannlegen garanterer for et bestemt resultat kan ytelsen være en resultatforpliktelse. Reelle hensyn tilsier at avvik fra et resultat det er gitt garanti for lettere må føre til at det foreligger en mangel ved ytelsen enn der det er tatt forbehold om resultatet. Garantien har ellers ikke noe reelt innhold.

5.3.2. Medisinsk behandling

Selv om det tas forbehold om resultatet og ytelsen er en innsatsforpliktelse må det kunne stilles visse krav til resultatet av nødvendige behandlinger. Ytelsen skal holde en viss faglig standard, og avvik fra denne kan utgjøre en mangel. Ved enkle rutinemessige behandlinger er det mindre grunn til å ta forbehold om resultatet og at resultatet ikke skal bli som forventet enn ved stort behandlingsbehov som har utviklet seg over tid. Ikke alle tenner kan reddes, men det er verdt et forsøk å rotfyller i stedet for å ekstrahere en tann med en gang. En trukket tann må eventuelt erstattes ved hjelp av kostbar implantatbehandling, og grunntanken er at det er best å reparere egne tenner.

5.3.3. Estetisk behandling

Pasienten har antakelig større forventninger til hvordan resultatet skal bli ved estetisk behandling enn ved medisinsk, men det i seg selv er ikke avgjørende for om det foreligger en mangel der resultatet ikke er som forventet. Er pasienten forespeilet et visst resultat, for eksempel ved bruk av før- og etterbilder av skallfasetter eller resultat av tannbleking, må det kunne sies at pasienten har en berettiget forventning om resultatet og at det utgjør en mangel der resultatet ikke foreligger. Ytelsen er også mangelfull om den ikke holder en viss faglig standard, uavhengig av hvilket resultat som er forespeilet. Resultatet vil i alle tilfeller bero på individuelle forutsetninger hos pasienten.

5.4. Tidspunktet for mangelsvurderingen

Om en mangel først viser seg etter en tid er i utgangspunktet uten betydning. Det avgjørende er om mangelen forelå da ytelsen ble levert. Prinsippet kommer til uttrykk i kjøpsloven § 21 (1) *"Ved bedømmelse av om tingen har mangel, skal det tidspunktet da risikoen går over på kjøperen legges til grunn, selv om mangelen først viser seg seinere"*. Fastleggelsen av risikoens overgang vil i de fleste tilfeller være uproblematisk her, når behandlingen er utført er ytelsen levert.

5.5. Misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende ved mangelfull ytelse

Der ytelsen avviker fra faglig standard, garantert resultat eller berettigede forventninger kan misligholdsbeføyelser gjøres gjeldende. De misligholdsbeføyelsene som er mest aktuelle for pasienter å gjøre gjeldende mot privatpraktiserende tannlege vil gjennomgå under.

5.5.1. Rett til oppfyllelse

For det første kan pasienten kreve oppfyllelse av kontrakten.

"Pacta sunt servanda" er et grunnleggende prinsipp i kontraktsretten. Prinsippet er internasjonalt anerkjent og betyr at avtaler skal holdes. I Norge kom prinsippet til uttrykk allerede i Kong Christian Den Femtis Norske lov 15.4.1687 5-1-2. Rett til oppfyllelse er ikke egentlig en misligholdsbeføyelse, men en oppfyllelse av kontrakten. Der

det foreligger mangel ved ytelsen vil oppfylleleskravet som regel skje ved at mangelen rettes eller ved omlevering av ytelsen.⁷³

For retten til naturaloppfyllelse må det tas noen forbehold. Avtaler kan i noen tilfeller settes til side som urimelige etter avtaleloven § 36, men det vil ikke bli behandlet nærmere her.

Kreditor har ofte en særlig interesse i å kunne kreve naturaloppfyllelse for ikke-fungible ytelser (ytelser som ikke kan erstattes av noe annet.) Om det er vanskelig eller mange ulemper forbundet med å få oppfyllelse fra en annen debitor vil det også være i kreditors interesse å kunne kreve naturaloppfyllelse. Enkelte pasienter vil for eksempel måtte reise svært langt for å få behandling av en annen tannlege, særlig der det er behov for behandling hos spesialist.

Hovedregelen i norsk rett er at kontrakter skal oppfylles, men unntak kan forekomme. Unntakene begrunnes i hensynet til realdebitor, som ikke bør tvinges til å oppfylle når det vil være urimelig byrdefullt. Det kan være problematisk å avgjøre hvor grensen går i forhold til adgangen til å kreve oppfyllelse av kontrakter hvor personlig ytelse utgjør et stort element. I rettspraksis ble det lagt til grunn oppfyllelesplikt i Rt. 1972.449. Her ble en entreprenør dømt til å oppfylle i et krav om retting, som er en videreføring av naturaloppfyllelse. Etter håndverkertjenesteloven § 14 kan forbrukeren kreve at debitor utfører ytelsen så lenge det ikke medfører urimelig kostnad eller ulempe for debitor sett i forhold til debitors interesse i å få tjenesten utført. Grensen for hva det kan kreves naturaloppfyllelse for ser ut til å gå der en dom på naturaloppfyllelse og gjennomføring av kontrakten ved tvang vil være *"et urimelig inngrep i den personlige frihet"*.⁷⁴

Etter UNIDROIT principles art. 7.2.2. litra d er naturaloppfyllelse utelukket der utførelsen av arbeidet er av rent personlig karakter.

Spørsmålet blir etter dette om tannlegens ytelse har så stort preg av personlig ytelse at det ville gripe inn i hans personlige frihet om det kunne kreves dom på naturaloppfyllelse. Ytelsen har etter mitt syn større preg av håndverkertjeneste enn av et unikt arbeid som krever sjelelig innsats, som for eksempel det som utføres av en kunstner. Tannlegens arbeid kan i de fleste tilfeller like gjerne utføres av en annen tannlege, som ved de fleste håndverkertjenester. Dette vil ikke være tilfelle der arbeidet er av rent personlig karakter, hvor man er avhengig av en bestemt persons innsats for å få den ytelsen man ønsker.

En annen sak er at det vil være upraktisk og lite sannsynlig at en pasient vil kreve dom på naturaloppfyllelse overfor en tannlege.

Retten til å kreve oppfyllelse har også en begrensning i at retten ikke kan fastholdes der det vil medføre urimelig kostnad eller ulempe for debitor å oppfylle sett i forhold til kreditors interesse i å få ytelsen utført. Misforholdsbegrensningen er lovfestet i blant annet kjøpsloven § 23 og i den nevnte håndverkertjenesteloven § 14. Det må foretas en interesseavveining hvor debitors ulemper og kostnader ved å måtte utføre ytelsen veies opp mot kreditors interesse i å motta ytelsen. For tannbehandling vil det for

⁷³ Jo Hov, avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II, 2007 s. 130.

⁷⁴ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett 2011 s. 381.

tannlegens del handle om tapt fortjeneste og eventuelle materialkostnader. For pasienten handler det om å få rettet opp et kosmetisk, smertefullt eller plagsomt problem som følge av tannbehandlingen. Sistnevnte hensyn vil antakelig i de fleste tilfeller veie tyngre enn hensynet til tannlegens økonomiske tap, det oppleves som viktig for pasienten å få riktig behandling av åpenbare årsaker som hensynet til pasientens selvbylde og at pasienten mottar den ytelsen han egentlig hadde rett til i utgangspunktet.

5.5.2. Retting og omlevering

Krav på retting er en videreføring av retten til oppfyllelse der ytelsen har mangler.⁷⁵ Det kreves ikke at mangelen er vesentlig eller at debitor har skyld i mangelen.⁷⁶ En alminnelig misforholdsbegrensning gjelder for rettekravet som for retten til naturaloppfyllelse (se for eksempel kjøpsloven § 34 (1)). Det kan bare kreves retting der det ikke vil være til urimelig ulempe eller kostnad for debitor å rette mangelen, da kan han i stedet foreta omlevering. Som for retten til naturaloppfyllelse må det kunne antas at hensynet til pasienten veier tyngst. Der mangel foreligger har kreditor et ubetinget, objektivt krav på retting.

Ofte vil retting av en mangel være i begge parters interesse. For pasienten vil det å få rettet opp i det som har gått galt være bedre enn et prisavslag, som ikke reparerer mangelen. For tannlegen vil det være mindre byrdefullt å bli møtt med et krav om retting enn et hevingskrav. Retting har særlig interesse for begge kontraktsparter der ytelsen er irreversibel.⁷⁷

Retting forutsetter et tillitsforhold mellom partene som ikke nødvendigvis er i behold der pasienten ikke har fått riktig oppfyllelse første gang. Det er heller ikke sikkert at tannlegen ønsker å fortsette behandlingen av en pasient som kan oppleves som uberegtiget misfornøyd. I kontraktsforhold hvor debitor har en retteplikt, har han normalt også rett til å tilby retting som en defensiv beføyelse for å avverge at kreditor fremsetter andre misligholdskrav.⁷⁸ I mangel av klare regler må grensen for kreditors rett til å tilby retting trekkes etter *"et urimelighetskriterium etter kontraktsforholdets egenart"*.⁷⁹ Der tilliten er brutt mellom partene kan debtors rett til å tilby retting være utelukket. Retting vil også suspendere andre misligholdsbeføyelser og er ikke alltid til kreditors fordel hvis rettingen ikke gir et helt vellykket resultat. Er resultatet av rettingsforsøk mislykket er de andre misligholdsbeføyersene i behold.

Det er upraktisk å benytte omleveringsbegrepet om utført tannbehandling. Omlevering er bare aktuelt for fungible ytelser, og er mest praktisk for produkter hvor en kan byttes ut med en annen fordi det er noe galt med det opprinnelig innkjøpte produktet. Det er kunstig å omtale en tannbehandling som en ytelse som kan byttes ut, rettebegrepet passer bedre fordi beføyelsen normalt sett handler om at hele eller deler av

⁷⁵ Jo Hov, avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II 2007, s. 134.

⁷⁶ Viggo Hagstøm, Obligasjonsrett. 2. utgave, 2011 s. 391.

⁷⁷ Op. cit. s. 389.

⁷⁸ Op. cit. s. 405.

⁷⁹ Op. cit. s. 405.

det utførte arbeidet må gjøres på nytt. Unntak kan forekomme der det for eksempel er laget et tannimplantat som ikke passer og må produseres på nytt.

5.5.3. risavslag

Retten til prisavslag er en gjensidighetsvirkning, som skal reparere balansen i et avtaleforhold der debitors ytelse er mangelfull. Av den grunn forutsetter ikke retten til prisavslag skyld hos misligholderen.⁸⁰ Det stilles ikke vilkår om at mangelen må være vesentlig.

Hvilken måte prisavslaget skal beregnes på varierer mellom de ulike kontraktstypene. Forholdsmessig prisavslag som i kjøpsloven § 38 beregnes ved at prisen reduseres prosentvis like mye som varen har sunket i verdi der det er betalt markedspris. Er det avtalte vederlaget lavere enn markedsverdien, skal handelen være like god etter at prisen har blitt redusert, og tilsvarende skal en kjøper som har betalt overpris få et større prisavslag enn verdireduksjonen. Prisavslaget kan også beregnes i samsvar med utbedringskostnadene, som i håndverkertjenesteloven § 25. Begrunnelsen for å utmåle prisavslaget slik for denne typen tjenester er at det er vanskelig å beregne hvilken verdi ytelsen med mangel har for kreditor. Det presumeres at kreditor vil få mangelen utbedret i stedet for å leve med mangelen, og da er ytelsens verdi med mangel lik avtalt vederlag med fratrukk for utbedringskostnadene.⁸¹ Tannhelsetjenester ligger nærmest opp mot håndverkertjenester i denne sammenheng, og prisavslaget må beregnes i samsvar med utbedringskostnadene.

Det betyr at pasienten kan få utbedret mangelen hos en annen tannlege uten selv å lide økonomisk tap. Det kan ikke kreves prisavslag i stedet for retting, dette kommer til uttrykk i blant annet håndverkertjenesteloven § 21 (b).

Pasienten betaler som regel for behandlingen umiddelbart etter den er utført. En mangel viser seg gjerne etter noe tid, og uansett kan ikke prisavslag kreves før etter det er fremsatt krav om retting. Det vil derfor være tilbakebetaling av deler av honoraret som er aktuelt i praksis, ikke prisavslag etter en naturlig språklig forståelse.

5.5.4. Heving

Ved heving oppheves partenes kontrakt grunnet mislighold, og partenes oppfyllesplikt faller bort. Grunnvilkåret for å kunne kreve heving er at det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd. Heving kan ramme debitor hardt, og derfor kan ikke en hvilken som helst mangel være grunnlag for å heve kontrakten. Kravet om vesentlighet er nedfelt i blant annet kjøpsloven § 25 og i håndverkertjenesteloven § 26.⁸² Vurderingen av om vesentlighetskravet er oppfylt må baseres på en helhetsvurdering hvor det tas utgangspunkt i avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse. Det er en forutsetning for å kunne heve at misligholdet er av en slik art at det gir kreditor en rimelig grunn til å si seg løst fra kontrakten.⁸³

⁸⁰ Jo Hov, avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II, 2007 s. 144.

⁸¹ Lasse Simonsen, Jussens venner. "Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene". 1999 s. 305 s. 366.

⁸² Viggo Hagstøm, Obligasjonsrett. 2. utgave, 2011 s. 426.

Man skiller mellom to former for hevning, ex tunc (fra da av) og ex nunc (fra nå av).⁸⁴ Ved kjøp er normalen heving ex tunc, altså hevning med tilbakevirkende kraft. Ytel-sene partene har erlagt tilbakeføres.

For ytelser som ikke kan tilbakeføres er det hevning ex nunc, altså med virkning for fremtiden, som i hovedsak er mulig. Det er nesten overflødig å si at utført tannbe-handling er en naturalytelse hvor tilbakeføring ikke er mulig etter ytelsens art. For tannbehandling vil heving derfor være mest aktuelt der pasienten og tannlegen er inne i et behandlingsforløp som strekker seg over tid. (Dette gjelder for en rekke be-handlinger som ikke kan utføres på en sesjon, som rotfylling, implantatbehandling og kjeveortopedi). Forholdet er sammenliknbart med håndverkertjenester, hvor bestem-melsene om hevning ved mislighold er nedfelt i § 26 (2).

Det følger av bestemmelsen at avtalen kan heves før ytelsen er påbegynt og for den delen av ytelsen som gjenstår hvis den lider av en vesentlig mangel. Tilliten mellom partene kan være brutt, og pasienten må kunne gå til en annen tannlege for å fortset-te behandlingen. Heves avtalen ex nunc, har debitor etter § 26 (3) jfr. § 16 krav på vederlag med fradrag for hva det normalt koster å få utført det gjenstående arbeidet. Etter forarbeidene skal manglene tas i betraktning ved oppgjøret, og kreditor har krav på retting eller prisavslag for den delen av ytelsen som er utført.⁸⁵ Behandlinger som skal utføres i fremtiden kan uansett avbestilles av pasienten, se punkt 5.6. Tannlegen plikter å fullføre behandling hvis ikke pasienten avbryter eller det foreligger rimelig grunn, det følger av NTFs etiske regler § 8.

For tjeneste som er påbegynt, men ikke avsluttet, kan hele avtalen heves dersom det er klart at formålet med ytelsen vil bli *vesentlig forfeilet*, jfr. § 26 (2) siste setning. Ve-sentlighetskravet er skjerpet fordi restitusjon av ytelsen er helt eller delvis umulig, og det tilsier at bare kvalifiserte avvik kan være hevingsgrunn.

"Hvorvidt formålet med et bestemt oppdrag er vesentlig forfeilet, må avgjøres ut fra vanlige avtalerettslige prinsipper, der man ut fra adekvansbetraktninger må se bort fra helt spesielle og for oppdragstakeren upåregnelige forhold på forbrukerens i side som medfører at oppdraget blir forfeilet for ham".⁸⁶

Når hele avtalen heves ex tunc har ikke debitor rett til betaling, det følger av § 26 (3) jfr. § 16. Debitor har krav på å få restituert materialer og lignende i den grad det lar seg gjøre, det kan som nevnt vanskelig tenkes i en tannbehandlingssituasjon hvor ytelsen består av håndverk og materialer som ikke kan gjenbrukes.

Det følger av bestemmelsen at debitor kan kreve et rimelig vederlag for det som ikke kan leveres tilbake etter hvilken verdi det har for kreditor.

I UNIDROIT principles art. 7.3.6.(1) gjelder en skjønnsmessig regel for økonomisk kompensasjon til debitor der ytelsen ikke kan tilbakeføres. *"If restitution in kind is not possible or appropriate allowance should be made in money whenever reasonable"*.

⁸⁴ Jo Hov, avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II, 2007 s. 151.

⁸⁵ Ot. Prp. Nr. 29 (1988-1989) s. 82.

⁸⁶ NOU 1979: 42 s.111.

Er det gjort grunnarbeider som må gjøres på nytt av en annen tannlege, har ikke den delen av ytelsen som er utført noen nytte eller verdi for pasienten. Tannlegens vederlagskrav går i så fall tapt.

5.5.5. Erstatning

5.5.5.1. Erstatning i og utenfor kontrakt

Reglene om erstatning i kontraktsforhold begrunnes med at den som har inngått en kontrakt forplikter seg overfor motparten til å yte det som er avtalt. Oppfyller ikke debitor in natura, skal kreditor i en del tilfeller settes i samme økonomiske stilling som om riktig oppfyllelse hadde skjedd (erstatning for den positive kontraktsinteresse).⁸⁷ I kontraktserstatningsretten er det kun økonomisk tap som dekkes, mens det etter den alminnelige erstatningsrett gis dekning for ikke-økonomiske interesser som oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5.

Prevensjons- og reparasjonshensynet står sentralt slik som i alminnelig erstatningsrett, men kontraktserstatningsretten skal først og fremst skape oppfyllelsespress på debitor.⁸⁸ I alminnelig erstatningsrett er den skadegjørende handlingen stiftelsesgrunnlaget for kravet, mens krav på kontraktsrettserstatning er en misligholdsbeføyelse som kan gjøres gjeldende. De andre misligholdsbeførelsene som er omtalt kan langt på vei fylle den reparative og preventive funksjonen erstatningsansvaret har. For at kreditor skal ha krav på erstatning må det foreligge et ansvarsgrunnlag. I tillegg til ansvarsgrunnlaget må det foreligge adekvat årsakssammenheng og et økonomisk tap. De alminnelige reglene om adekvat årsakssammenheng og økonomisk tap vil ikke bli behandlet nærmere. Det mest interessante her er ansvarsgrunnlagene som gjelder for privatpraktiserende tannleger og å avklare om kontraktsmessig erstatning kan gi pasienten bedre rettigheter enn det som kan kreves etter pasientskadeloven eller etter alminnelige erstatningsrettslige regler.

5.5.5.2. Objektivt ansvar i kontraktserstatning

Skader etter tannbehandling skyldes i utgangspunktet kontraktsforholdet, men tilknytningen her virker fjern for situasjoner med personskade, som har flere fellestrekk med alminnelig erstatningsrett enn med kontraktsrettslig erstatning.

Et unntak ser ut til å kunne gjelde for generisk bestemte ytelser som opereres inn i kroppen. Hagstrøm hevder at en tannbro som ikke virker som den skal ligger nærmere kontraktsrettslig oppfyllelsessvikt enn alminnelig erstatningsrett.⁸⁹ Synspunktet støttes av et mindretall i Høyesterett i den tidligere nevnte Rt. 2008 s. 537, hvor spørsmålet gjaldt en leges ansvar for feil ved kunstige øyelinser som ble operert inn i pasientenes øyne. ”*De hensyn som taler for et strengt mangelsansvar innenfor den alminnelige kontraktsrett, gjør seg i det vesentlige gjeldende med samme styrke for ansvaret ved levering av kunstige organer til bruk i medisinsk virksomhet.*”⁹⁰

⁸⁷ Jo Hov, avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II, 2007 s. 151.

⁸⁸ Viggo Hagstøm, Obligasjonsrett. 2. utgave, 2011 s. 466.

⁸⁹ Op. cit. s. 467.

⁹⁰ Rt. 2008 s. 537 (59).

”Dersom det ikke finnes særlig lovregulering, må ordningen med kontrollansvar også gjelde utenfor kjøpslovgivningens område, men slik at den på ulovfestet grunnlag bare gjelder for generisk bestemte forpliktelser”⁹¹

For erstatning innenfor kontraktsforhold er den alminnelige regel at debitor hefter på objektivt grunnlag ved mislighold av generisk bestemte forpliktelser (kontrollansvar). Reglene om kontrollansvar vil ikke bli nærmere drøftet da de er lite praktiske for tannhelsetjenester og pasienten enklere kan oppnå samme resultat ved å fremme kravet for NPE, se nedenfor i vurderingen.

5.5.5.3. Culpaansvar i kontraktserstatning

Culparegelen er den alminnelige erstatningsregel der kontraktsforholdet angår personlig tjenesteyting og er en innsatsforpliktelse.⁹² Ansvar er forutsatt at debitor har handlet annerledes enn han skulle eller burde ha gjort, og en profesjonell aktsomhetsnorm må legges til grunn for vurderingen. Om yrkesutøvelsen er innenfor eller utenfor det forsvarlige beror på en konkret vurdering ut fra hvordan det enkelte helsepersonell kunne og burde handlet, som igjen må knyttes til den enkeltes faktiske og faglige forutsetninger. Hvilke krav som kan stilles varierer ut fra profesjonen, men utdanning, praksis og forventet kompetanse er sentrale komponenter i forsvarlighetskravet.⁹³

Kravene til tannlegers forsvarlige yrkesutøvelse er nedfelt i helsepersonelloven § 4. Etter § 4 første ledd skal yrkesutøvelsen være i samsvar med hva som kan forventes ut fra den enkeltes ”kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig”. Som nevnt i punkt 2.3.1. er innholdet dynamisk og endres ut fra faglig utvikling og verdioppfatninger. Bestemmelsen gjelder for helsepersonell med autorisasjon etter helsepersonelloven, en mangeartet gruppe det vanskelig kan stilles spesifiserte krav til i en generell bestemmelse.

I tillegg til lovbestemmelser kan retningslinjer, yrkesetiske regler og instruksjoner fra arbeidsgiver være relevante kilder for å fastlegge innholdet i forsvarlighetskravet.

⁹⁴NTFs etiske regler stiller kompetansekrav om at tannleger skal ”*utføre sitt yrke slik det ifølge vitenskap og erfaring er ønskelig. Tannlegen skal vedlikeholde og fornye sine kunnskaper og plikter å følge NTFs regler for obligatorisk etterutdanning*”.

Etterutdanningsplikten innebærer at alle yrkesaktive tannleger som er medlem av NTF må gjennomføre 150 timer etterutdanning over fem år for å sikre faglig oppdatering og ajourført kunnskap. Det må kunne stilles nokså strenge krav til oppdatert kunnskap på faglige områder tannlegen ofte står overfor i praksis. I Rt. 1951 si. 950 ble en lege kjent erstatningsansvarlig for uaktsomhet. Legen hadde etter sakkyndiges vurdering gjort flere feil som hadde vært unngått om gjengs behandling hadde

⁹¹ Rt. 2008 s. 537 (58).

⁹² Jo Hov, avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II, 2007 s. 208.

⁹³ Sosial- og Helsedepartementet. Høringsnotat til lov om helsepersonell, juli 1997. 8.3.2.

⁹⁴ Op. cit. 8.3.1

vært utført. Retten la vekt på sakkyndiges uttalelser og at legen ikke hadde holdt seg faglig oppdatert.⁹⁵

NTFs etiske regler § 8 gjentar kravene etter helsepersonelloven § 4 første ledd. I tillegg forutsettes det her at all behandling bør bygge på tillit mellom partene og informert samtykke. Etter § 1 skal tannlegen *"innenfor sitt fagområde å ivareta sine pasienters helse. Hensynet til pasienten må være overordnet andre hensyn"*. Det kan etter omstendighetene være uforsvarlig å ikke ta hensyn til pasientens helsetilstand ved å sette seg inn i vedkommendes helseopplysninger før behandlingen tar til.

Av helsepersonelloven § 4 annet ledd og NTFs etiske regler § 8 tredje ledd følger en henvisningsplikt. Bestemmelsene kan også ses som en plikt til å kjenne sin egen faglige begrensning og innrette seg etter denne slik at man ikke utfører behandlinger der man ikke innehar de nødvendige faglige kvalifikasjoner.

Avvik fra forvarlig yrkesutøvelse kan lede til at en konkret behandling ikke er utført i tråd med faglige krav og retningslinjer, som igjen kan være erstatningsbetingende forutsatt at kravet til adekvat årsakssammenheng og økonomisk tap er oppfylt.

5.5.5.4. Ansvarssubjektet

Ansvarssubjektet kan være tannlegen selv eller tannlegens arbeidsgiver. Er tannlegen selvstendig næringsdrivende vil han selv være ansvarssubjekt.

Om skadevoldende tannlege er ansatt ved en tannklinikk kan kravet rettes mot klinikken, som vil være ansvarlig etter reglene om arbeidsgiveransvar etter skadeserstatningsloven § 2-1 for skade voldt forsettlig eller uaktsomt av arbeidstakere under utføringen av arbeidet. Forutsetningen er også her at den ansatte har handlet culpøst. Den skadevoldende handlingen kan heller ikke avvike sterkt fra den jobben som vanligvis skal utføres.⁹⁶ Arbeidsgiveransvaret gjelder både i og utenfor kontraktsforhold, men har liten selvstendig betydning i kontraktsforhold fordi regelen om ansvar for kontraktsmedhjelpere går lenger enn arbeidsgiveransvaret.⁹⁷ Kontraktshjelperansvaret går lenger enn arbeidsgiveransvaret ved at det omfatter alle en bruker for å oppfylle sin egen oppfylleelsesplikt. I tillegg til ansatte omfattes selvstendige oppdragstakere.

Det gjelder et alminnelig prinsipp om kontraktshjelperansvar, se for eksempel Rt. 1986 s.1386.⁹⁸ *"Etter alminnelige kontraktsrettsregler må det gjelde at den som bruker en medhjelper til å oppfylle en kontraktsmessig forpliktelse, som hovedregel hefter for kontraktsbrudd som følge av medhjelperens handlinger på samme måte som om disse var foretatt av ham selv. Dette kontraktshjelperansvaret gjelder også i utgangspunktet når medhjelperen er å anse som en selvstendig oppdragstaker"*.

Mange tannleger arbeider ved en tannklinikk uten å være ansatt, og tannklinikken kan fremstå som pasientens medkontrahent uavhengig av skadevoldende tannleges

⁹⁵ Rt. 1951 s. 950 s. 957-958.

⁹⁶ Viggo Hagstøm, Obligasjonsrett. 2. utgave, 2011 s. 486.

⁹⁷ Jo Hov, avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II, 2007 s. 209.

⁹⁸ Rt. 1986 s.1386 s. 1393.

ansettelsesforhold. Pasienten kan velge klinikken ut fra dens rykte, ikke på grunn av en bestemt tannlege.

Kontraktshjelperansvaret omfatter både erstatningsansvaret og risikoen for oppfyllelssvikt.

5.6. Om avbestillingsretten i kontraktsforhold

En annen praktisk viktig side av forholdet mellom tannlege og pasient som springer ut av kontraktsretten er bortfall av forpliktelse ved avbestilling (tilbaketredelsesrett).

Denne rettigheten omhandler ikke pasientens klageadgang direkte, men kan ha økonomiske virkninger og skape konflikt i etterkant hvis ikke pasienten kjenner sine rettigheter og forpliktelser i denne sammenheng. Avbestilling kan skje ved at en av kontraktspartene gir beskjed til medkontrahenten om at vedkommende trer tilbake fra kontrakten uten å bli erstatningspliktig. Kontrakten er ikke bindende for den som har avbestillingsrett, og en slik rett finnes bare for noen få kontraktstyper, som tannlegeterminer og bordbestilling på restaurant. Det er et ulovfestet vilkår at avbestillingen må skje i rimelig god tid før oppfyllelestiden inntre.⁹⁹

I praksis synes fristen for å være ubundet av kontrakten å være 24 timer før oppsatt time for å ikke ha plikt til å betale for den. Tannlegen kan også avslutte avtaleforholdet til pasienten ved å si fra om at han ikke ønsker å behandle vedkommende lenger, for eksempel fordi han ikke føler at pasienten har tillit til behandlingsforslag eller arbeidsmetode. NTFs etiske regler spiller her inn ved at tannlegen bare kan avslå å behandle en pasient der det foreligger rimelig grunn for dette, jfr. § 6.

5.7. Vurdering

Om det er hensiktsmessig å fremme mangelskrav etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper varierer i denne sammenheng etter hvilken misligholdsbeføyelse som gjøres gjeldende. Det kan for pasientens del være praktisk å kreve retting av småskader, men man kan anta at de fleste tannleger ikke har noe spesielt forhold til de alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper og retter som et servicetilbud og ut fra ønsket om å tilfredsstille pasienten, ikke ut fra hvilke juridiske rettigheter pasienten har. Det samme kan hevdes om prisavslag som misligholdsbeføyelse. Ved å benytte seg av hevingsretten *ex nunc* oppnår pasienten det samme som ved å avbestille behandlingen, mens hevingsrett *ex tunc* gjør pasienten økonomisk skadesløs såfremt den behandlingen som er gjort ikke har noen nytteverdi.

Erstatning innenfor kontrakten har et smalt anvendelsesområde for tannhelsetjenester. Kontrollansvaret gjelder kun for genusytelser, som det er lite av i tannbehandling. I tillegg er det økonomiske tapet begrenset til den positive kontraktsinteressen. Kontraktserstatning med unntak av reglene om objektivt ansvar for generisk bestemte ytelser forutsetter culpa, det er lavere terskel for å kreve erstatning fra NPE fordi helsepersonellens ansvar her er objektivisert, og det kan kreves menerstatning i tillegg til det økonomiske tapet.

Det vil derfor være mer hensiktsmessig for pasienten å kreve erstatning etter pasientskadeloven, eller eventuelt etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Økonomiske tap på under 5 000 kroner kan ikke fremmes for NPE, og bør som regel ikke

⁹⁹ Op. cit. s. 38.

fremmes for domstolene av hensyn til ressurser og økonomi. Unntak kan gjelde for prinsippaker og av prevensjonshensyn.

Et annet poeng som bør nevnes er at ved kontraktsmessige erstatningskrav løper foreldelsesfristen (unntatt ved personskade) fra den dagen misligholdet inntreffer, jfr. foreldelsesloven § 3 (2). Etter § 9 (1) om foreldelse av krav på skadeserstatning begynner ikke foreldelsesfristen å løpe før skadelidte *”fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige”*. Et krav kan være foreldet om det fremmes med grunnlag i kontrakten, men i behold etter reglene om alminnelig skadeserstatning.

6. Andre klageadganger

6.1. Klage til Statens helsetilsyn og Helsetilsynet i det enkelte fylke

Statens Helsetilsyn og Helsetilsynet i det enkelte fylke behandler også pasientklager og kan gi advarsler eller frata helsepersonell autorisasjonen. Grunnlag for klage til helsetilsynet er brudd på helsepersonellens plikter etter helsepersonelloven som brudd på taushetsplikt, opplysningsplikt og journalføringsplikt. Det retter ikke opp i noe for pasienten verken praktisk eller økonomisk, men de pønale sanksjoner som pålegges tannlegen kan antakelig ha en viss oppreisende effekt for skadelidte. Ordningen kan ha preventiv effekt både for tannlegens utførelse av arbeidet og håndtering av eventuelle klager, og ved at andre pasienter ikke blir utsatt for det samme der tannlegen mister autorisasjonen og ikke lenger har rett til å behandle pasienter.

6.2. Klage til NTFs råd for tannlegeetikk

NTFs råd for tannlegeetikk treffer avgjørelser i saker som gjelder overtredelse av NTFs etiske regler. Reglene er basert på yrkesetikk som gjelder for tannleger, og skal danne grunnlag for en verdig utøvelse av tannlegeyrket. Hensynet til pasienten er overordnet, og noen av bestemmelsene presiserer forholdet rundt pasientomsorg som følger av annen lovgivning. Klager til etisk råd kan for eksempel handle om tannlegens oppførsel overfor pasienten, hvor denne føler seg dårlig behandlet og har behov for en unnskyldning. Rådet kan meddele kritikk av forhold og pålegge at tannlegen beklager eller at forholdet bringes til opphør. Ved alvorlige overtredelser kan tannlegen ilegges en bot på opptil ½ G og ekskluderes fra foreningen. Pasienten kan ikke oppnå erstatning eller andre praktiske løsninger ved å klage tannlegen inn for NTFs råd for tannlegeetikk, men har her mulighet til å få en moralsk oppreisning.

6.3. Erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler

Som nevnt under punkt 5.5.5. om erstatning innenfor kontraktsretten kan det også fremmes krav etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Kravet vil her ikke være begrenset til det økonomiske tapet og menerstatning som NPE dekker, det kan også kreves oppreisning der tannlegen har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt. Det er med andre ord en forutsetning for å kunne kreve oppreisning at det tas ut direkte-søksmål mot tannlegen. Pasientskadeloven er ikke til hinder for at det fremmes erstatningskrav overfor andre enn NPE, jfr. § 4 tredje ledd.

7. Avsluttende bemerkninger

Som vist varierer klageadgangen og hva som kan kreves ut fra hva grunnlaget for klagen er. De rettslige grunnlagene for klage er spredt i lovgivningen, og en av de kanskje mest praktiske klagemulighetene i småsaker, som utgjør det store flertall av tannbehandlinger, har ikke grunnlag i lov i det hele tatt. Man kan si at ordningene utfyller hverandre, samtidig hadde vært enklere for pasienter å orientere seg om sine rettigheter om disse hadde vært regulert i en felles lov.

Eksempler på at liknende ytelser er regulert i egen lovgivning finnes ved lov 16.6.1989 nr. 16 om håndverkertjenester for forbrukere. I forarbeidene til håndverker-tjenesteloven uttales det om formålet:

„å styrke og klargjøre forbrukerens rettsstilling på et viktig og praktisk område, som til nå ikke har vært lovregulert. Forskjellige typer tjenester og service har med årene fått stadig større praktisk og økonomisk betydning for husholdningene. . Det tar særlig sikte på å angi normalløsninger som på en rimelig måte kan utfylle partenes ofte ufullstendige avtaler, å fastsette de grunnleggende krav til tjenesteyterens prestasjon og endelig å regulere kontraktbruddtilfellene. Både for forbrukerne og de næringsdrivende er det en fordel å få rettstilstanden presisert og avklart, slik at behovet for juridisk bistand reduseres og slik at konflikter kan avverges eller løses uten at det koster mye tid og penger. Reglene bygger i stor utstrekning på alminnelige kontraktrettslige prinsipper og kjøpsrettslige regler. Det bedre forbrukervern ligger særlig i at rettsforholdene klarlegges og at reglene som utgangspunkt ikke kan fravikes til forbrukernes skade. Dessuten styrkes forbrukernes rettsstilling på en del områder i forhold til gjeldende ulovfestet rett”.¹⁰⁰

En kunne tenke seg en liknende særregulering for kjøp av private tannhelsetjenester, selv om rettigheter og plikter her søkes ivaretatt gjennom helselovgivning. Mange av de typiske forbrukerlovene som har kommet til de siste tiårene er bygget opp på en pedagogisk måte og søker å gjøre det klart for forbrukerne hva deres rettigheter består i i ulike typer kontraktsforhold.

Felles for den forbrukerlovgivning som er gitt er at den omhandler kjøp av varer og tjenester, men ikke tjenester som utføres på kroppen. Jeg kan ikke se at pasienten som forbruker har mindre behov her enn på andre forbrukerområder for å ha klarhet i sine rettigheter i forhold til hva som er god ytelse og hvilke misligholdssanksjoner som kan gjøres gjeldende der ytelsen ikke oppfylles som avtalt.

Det som er gjort for å styrke pasienters rettigheter som forbrukere i denne sammenheng er å opprette en portal på internett kalt www.hvakostertannlegen.no.

¹⁰⁰ Ot. Prp. nr. 29 (1988-1989) s. 3.

”Regjeringen vil ansvarliggjøre tannlegene gjennom å styrke forbrukernes rettigheter gjennom plikter til prisopplysning og gjennom etablering av en elektronisk prisportal hvor tannlegene må oppgi sine priser”.¹⁰¹

Portalen ble lansert av Forbrukerrådet 15.2.2013. Her kan pasienten velge sted og type behandling for å sammenlikne priser. Nettstedet inneholder også noe informasjon om klagemuligheter, men denne er etter mitt syn lite utfyllende og lite informativ. Det er i mange tilfeller vanskelig for pasienten å vite nøyaktig hvilken behandling som må utføres, og det viser seg også at de færreste ”shopper” tannhelsetjenester på bakgrunn av pris¹⁰². Anbefalt behandling vil kunne variere ut fra den enkelte tannleges skjønn. Det er også en fare for at tannlegene setter lav pris på enkelte behandlinger for å ligge høyt på listen når prisen rangeres fra lav til høy, uten at det betyr at totalprisen hos denne tannlegen er lavere enn hos en annen lenger ned på listen. En slik portal lovfester heller ingen rettigheter for pasienten, som det kan være et behov for.

Samtidig har det liten hensikt i seg selv å lovfeste rettigheter. For at rettighetene skal ha noe innhold for pasienten som forbruker må de kunne håndheves. Det krever mye i forhold til regler om hva som er riktig oppfyllelse, hva pasienten kan kreve der riktig oppfyllelse ikke har skjedd og hvem som skal kunne håndheve at rettighetene oppfylles. NPE fyller antakelig sammen med lokalforeningenes klagenemnder mye av rommet der det ellers kunne vært behov for lovgivning, og det er en klar fordel for pasienten å kunne få en bindende avgjørelse fra en tredjepart uten at det koster noe. Fordelen med en lov som omhandler alle rettigheter og plikter for begge parter vil være at det er enklere for pasienten å orientere seg om rettighetene sine og hvem som kan bidra til at disse oppfylles. Forbrukerlovgivning om kjøp av private tannhelsetjenester kunne også dannet lovgrunnlag for klagenemndenes virksomhet slik at denne kunne fått enda større legitimitet og omfattet klagebehandling mot tannleger som ikke er medlem av NTF.

¹⁰¹ St. meld 35 2006-2007 s. 17.

¹⁰² Tidende 2004; 114: 628-31. Grytten, Holst og Skau. Kun 6 % skiftet tannlege i 2004.

8. Litteraturliste

8.1. Lover og internasjonale rettskilder

8.1.1. Lover

Lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven) av 7. februar 1999 nr. 64.

Lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) av 15. juni 2001 nr.53.

Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63.

Lov om tannhelsetjenesten (tannhelsetjenesteloven) av 3. juni 1983 nr. 54.

Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) av 18. mai 1979 nr. 18.

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.

Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26.

Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27.

Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34.

Lov om håndverkertjenester m. m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr. 63.

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.

Kong Christian Den Femtis Norske lov av 15. april 1867.

8.1.2. nternasjonale rettskilder

UNIDROIT principles 2010, <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>

8.2. Rettspraksis

8.2.1. Høyesterettspraksis

Rt. 2014 s. 36

Rt. 2013 s. 544

Rt. 2008 s. 537

Rt. 1999 s. 408

Rt. 1994. s. 1430

Rt. 1989 s. 674

Rt. 1986 s.1386

Rt. 1984 s. 248

Rt. 1972 s. 449

Rt. 1951 s. 950

8.2.2. Lagmannsrettspraksis

RG 1959 s. 150

8.2.3. Sivilombudsmannens praksis

Sak 2007/2381

8.3. Forarbeider

8.3.1. Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr.103 (2005-2006)

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999)

Ot.prp. nr. 29 (1988-1989)

8.3.2 Norges offentlige utredninger

NOU 2010: 11

NOU 2005: 11

NOU 1993: 33

NOU 1992: 6

NOU 1979: 42

8.3.3. nstillinger til Odelstinget

Innst. O. nr. 68 (2000-2001)

8.3.4. tortingsmeldinger

St. Mld. 35 – 2007

8.3.5. Høringsnotater

Sosial- og Helsedepartementet. Høringsnotat til lov om helsepersonell, juli 1997

8.4. Forskrifter

Forskrift om prisopplysninger for varer og tjenester, FOR 2012-11-14-1066.

Forskrift om pasientskadelovens virkeområde og om tilskuddsplikt for den som yter helsehjelp utenfor den offentlige helse- og omsorgstjenesten, FOR-2008-10-31-1166.

Om pasientskadelovens virkeområde og melde- og tilskuddsplikt utenfor den offentlige helsetjenesten og forskrift om endring av forskrift om Norsk Pasientskadeserstatning og Pasientskadenemnda, PRE-2008-10-31-1166, PRE-2008-10-31-1167.

Forskrift om Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda, FOR-2002-12-20-1625.

Forskrift om pasientjournal, FOR-2000-12-21-1385.

Forskrift om vederlag for tannhelsetjenester i den offentlige tannhelsetjenesten, FOR-1984-05-24-1268.

8.5. Tannlegeforeningens regelverk

NTFs etiske regler

NTFs regler for lokalforeningenes klagenemnder

NTFs vedtekter

8.6. Litteratur

Aas, Harald Monrad. *Pasientklager/risk management i odontologien*, 1988.

Boe, Erik. *Innføring i juss*, 4. utgave 2003.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 3. utgave 1993.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, 2. utgave 2011.

Halvorsen, Marit. *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, 1998.

Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II*, 2007.

Mår/Andenæs. *Klagenemnder*, 2008.

Ohnstad, Bente. *Rettigheter og plikter etter ny helselovgivning*, 2002.

Syse/Kjelland/Jørstad m.fl. *Pasientskaderett*, 2011.

Sollund, Arne. *Den norske tannlegeforening gjennom 100 år, 1884-1984*. 1984.

8.7. Artikler

Geir Woxholth, *Jussens Venner* 1996 s 213-241. "Innledning til kontraktsretten".

Lasse Simonsen, *Jussens venner* 1999 s. 305-398. "Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene".

Viggo Hagstrøm, *Jussens venner* 2003 s 161-168. "Den norske obligasjonsretts historie".

Den norske tannlegeforenings Tidende, 2007 nr. 117 s. 290-292.

Den norske tannlegeforenings Tidende 2005; 115: s. 212-216.

Den norske tannlegeforenings Tidende 2004; 114: s. 628-631.

Statistisk Sentralbyrå, Rapportar 29/2010. Trond Ekorud og Arne Jensen Tannhelse, Personell og kostnader, tannhelsetilstand og Tannlegebesøk s. 42.

8.8. Elektroniske kilder

Statistikk for NPE 2009-2012.

http://www.npe.no/Documents/Rapporter/privat_rapport_2009_2012_web.pdf

Eksempler fra NPE på saker om kosmetisk behandling.

<http://www.npe.no/no/Om-pasientskader/Eksempler-pa-saker/Kosmetisk-behandling/>

Eksempel fra NPE på sak om nerveskade etter tannbehandling.

<http://www.npe.no/no/Om-pasientskader/Eksempler-pa-saker1/Tannbehandling/Tannbehandling---nerveskade/>

Eksempel fra NPE på sak om skade etter rotfyllingsbehandling.

<http://www.npe.no/no/Om-pasientskader/Eksempler-pa-saker1/Tannbehandling/Tannbehandling---medhold/>

Medlemstall for Den norske tannlegeforening.

<https://www.tannlegeforeningen.no/storypg.aspx?id=910&MenuNode=634257583035149059&zone=8>

Statistikk for vedtak i Pasientskadenemnda.

<http://pasientskadenemnda.no/Statistikk/Avviklede-saker-totalt1/>

Sak fra VG om erstatningsutbetaling fra NPE

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/pasient-fikk-6-millioner-for-unoedvendige-rotfyllinger/a/10133766/>

8.9. Personlige kilder

Camilla Hansen Steinum, president i Den norske tannlegeforening om hva som er vanlig praksis og behandlingsmetoder.

Hege Mangset, seksjonssjef i pasientskadenemnda

Sølvi Flåte, seniorrådgiver i NPE

Tine Berg, Oslo Tannlegeforening