



# **Mislighold og sanksjoner ved avtaler om kosmetisk kirurgi**

Kandidatnummer: 121

Veileder: Professor dr. juris Marit Halvorsen

Leveringsfrist: 10. april 2007

Til sammen 37077 ord

10.04.2007

## Forord

Da pasienten klaget til kirurgen som hadde maltraktert nesen hans, ble han møtt med følgende salve: *”Det er ikke nesen din det er noe galt med, det er hodet ditt!”*

Denne skrekkhistorien ble jeg fortalt av en av Norges fremste plastikkirurger, som senere utførte en korreksjonsoperasjon for pasientens egen regning. Trolig er den slett ikke enestående. Det må tvert i mot kunne antas at mange pasienter gir opp rettmessige krav, blant annet fordi rettstilstanden er uklar i flere henseender. Ønsket om å kunne bidra til å avhjelpe disse uklarheter, har vært en viktig kilde til motivasjon for meg i arbeidet med denne studentavhandling.

Tidligere i studiet har jeg stort sett møtt på problemstillinger som har vært gjenstand for behandling både i juridisk litteratur og i rettssystemet. I arbeidet med inneværende avhandling har jeg imidlertid i liten grad kunnet støtte meg på hva andre har uttalt om de respektive problemstillinger. Av denne grunn har den hjelp jeg har fått underveis vært av uvurderlig verdi, og jeg er mange en stor takk skyldig. Jeg ønsker å takke min veileder, professor dr. juris Marit Halvorsen, for de mange gode råd og det oppriktige engasjement hun har vist gjennom prosessen. Takk til professor dr. juris Viggo Hagstrøm og professor dr. juris Geir Woxholt, for nyttige innspill underveis, og til førsteamanuensis dr. juris Erling Hjelmeng, som alltid har hatt en åpen dør og ”et par” lange minutter.

Denne avhandling kunne lett blitt et rent skrivebordsprodukt uten praktisk verdi, hvis det ikke hadde vært for dem som har ønsket å gi meg innsikt i den kosmetiske kirurgis verden. Leder av Norsk forening for estetisk plastikkirurgi og spesialist i generell, gastroenterologisk og plastisk kirurgi, Petter Frode Amland, har både delt av sin kunnskap gjennom e-postkorrespondanse og ved å forelese for min veileder og meg. Lars Haasted, spesialist i øre-nese-halssykdommer og plastisk kirurgi, har stilt opp til intervju, besvart e-

poster og kontrollert at mine eksempler holder mål etter medisinsk målestokk. Jurist Marianne Kveim og spesialist i generell og plastisk kirurgi dr. med. Morten H. Rynning Kveim ved Dr. Kveims klinikk, har vært behjelpelig med faktiske opplysninger om virksomheten ved klinikken. Helsetilsynet og Norsk pasientskadeerstatning har vært meget hjelpsomme og imøtekommende. Hjertelig takk.

Jeg vil også rette en stor takk til mine gode venner, jurist André Alexander Liland, vitenskapelig assistent stud.jur. Ingrid Cathrine Nielsen, sosiolog Ida Drange og vordende marinbiolog Vegard Haukeland, for korrekturlesning, gode råd og støtte underveis.

Oslo, april 2007.

*Kandidaten*

# Innholdsfortegnelse

<b><u>FORORD</u></b>	<b><u>I</u></b>
<b><u>1 INTRODUKSJON</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1 Om fremstillingens tema	1
1.2 Rettskilder	2
1.3 Fremskaffelse av informasjon – møte med en lukket bransje	5
1.4 <b>Plastisk og kosmetisk kirurgi. Vilkår for og virkninger av indikasjon.</b>	7
1.4.1 Plastikkirurgi og kosmetisk/estetisk kirurgi	7
1.4.2 Indikasjon for plastisk kirurgi	8
1.4.3 Rettslige konsekvenser av at inngrepet utføres etter kosmetisk indikasjon	10
1.5 Terminologi	14
1.6 Oversikt over fremstillingen	16
<b><u>2 KOSMETISK KIRURGI I NORGE</u></b>	<b><u>18</u></b>
2.1 Bransjens utvikling	18
2.2 Hvem kan utføre kosmetisk kirurgi i Norge?	18
2.3 Vanskelig marked å orientere seg i	20
2.4 Den typiske pasient og de vanligste kosmetiske operasjoner	21
<b><u>3 DET KOSMETISK-KIRURGISKE BEHANDLINGSFORHOLDETS RETTSSYSTEMATISKE PLASSERING</u></b>	<b><u>25</u></b>
3.1 Kort om det tradisjonelle lege- pasientforholdet	25

<b>3.2</b>	<b>Analyse av det kosmetisk-kirurgiske behandlingsforholdet</b>	<b>26</b>
<b>3.3</b>	<b>Konklusjon</b>	<b>28</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>KONSULTASJON OG AVTALESLUTNING</u></b>	<b><u>29</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>29</b>
<b>4.2</b>	<b>Bestemmelse av kosmetisk indikasjon</b>	<b>30</b>
<b>4.3</b>	<b>Hvordan forespeiles pasienten hvilket resultat som kan oppnås?</b>	<b>34</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>KONTRAKTPRAKSIS</u></b>	<b><u>39</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Kort om innholdet i noen standardkontrakter ved kosmetisk kirurgi</b>	<b>39</b>
<b>5.2</b>	<b>Tolkning og utfylling av avtaler om kosmetisk kirurgi</b>	<b>40</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>PARTENES FORPLIKTELSER</u></b>	<b><u>43</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>43</b>
<b>6.2</b>	<b>Pasientens forpliktelser</b>	<b>43</b>
6.2.1	Utgangspunkter	43
6.2.2	Pasientens hovedforpliktelse	43
6.2.3	Pasientens biforpliktelser	47
<b>6.3</b>	<b>Klinikkens / kirurgens forpliktelser</b>	<b>48</b>
6.3.1	Utgangspunkter	48
6.3.2	Realforpliktelsens rettslige karakter	48
<b><u>7</u></b>	<b><u>TILBAKETREDELSESRETTE</u></b>	<b><u>51</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Utgangspunkter</b>	<b>51</b>
<b>7.2</b>	<b>Partenes tilbaketreddelsesrett ved kosmetisk kirurgi</b>	<b>51</b>

<b>7.3</b>	<b>Særlig om standardiserte ”avbestillingsgebyr”</b>	<b>53</b>
<b>8</b>	<b><u>MISLIGHOLD FRA KIRURG/KLINIKK (MANGEL)</u></b>	<b><u>57</u></b>
<b>8.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>57</b>
<b>8.2</b>	<b>Mangel ved kirurgens ytelse</b>	<b>57</b>
8.2.1	Oversikt	57
8.2.2	Når kirurgen er innsatsforpliktet	59
8.2.3	Når kirurgen er resultatforpliktet	61
<b>9</b>	<b><u>REKLAMASJONSPLIKT</u></b>	<b><u>64</u></b>
<b>9.1</b>	<b>Allment om reklamasjonsplikten og dens begrunnelse</b>	<b>64</b>
<b>9.2</b>	<b>Reklamasjonsplikten ved kosmetisk kirurgi</b>	<b>66</b>
<b>9.3</b>	<b>Særlig om forholdet mellom reklamasjonsfristen og foreldelse etter foreldelseslovens regler</b>	<b>70</b>
<b>10</b>	<b><u>PASIENTENS MISLIGHOLDSBEFØYELSER</u></b>	<b><u>72</u></b>
<b>10.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>72</b>
<b>10.2</b>	<b>Avhjelp – retting og omlevering</b>	<b>73</b>
10.2.1	Allment om avhjelp	73
10.2.2	Nærmere om avhjelp ved kosmetisk kirurgi	75
10.2.3	Retting – vanlig i praksis	77
<b>10.3</b>	<b>Prisavslag</b>	<b>78</b>
10.3.1	Allment om prisavslag	78
10.3.2	Nærmere om prisavslagsbeføyelsen ved kosmetisk kirurgi	82
<b>10.4</b>	<b>Hevning</b>	<b>87</b>
10.4.1	Allment om hevning	87
10.4.2	Nærmere om hevningsbeføyelsen ved kosmetisk kirurgi	92

<b>10.5</b>	<b>Erstatning</b>	<b>96</b>
10.5.1	Allment om erstatning	96
10.5.2	Særlig om distinksjonen mellom erstatning i og utenfor kontraktsforhold i relasjon til avtaler om kosmetisk kirurgi	99
10.5.3	Nærmere om erstatning ved kosmetisk kirurgi	102
 <b><u>11 AVSLUTTENDE DRØFTELSE DE LEGE FERENDA OG ANTAGELSER OM FREMTIDIG RETTSTILSTAND</u></b>		<b><u>123</u></b>
11.1	Forslag til hvordan rettsklarheter kan avhjelpes	123
11.2	Særlig om endringer i pasientskadeloven	124
 <b><u>KILDEHENVISNINGER</u></b>		<b><u>129</u></b>
 <b><u>APPENDIKS: STANDARDKONTRAKTER</u></b>		<b><u>A</u></b>

# 1 Introduksjon

## 1.1 Om fremstillingens tema

Kosmetisk plastikkirurgi har vært gjenstand for mange opphetede diskusjoner opp gjennom årene. Ofte har diskusjonene foregått på et moralfilosofisk nivå. Tidlig ble det eksempelvis diskutert hvorvidt kirurger burde nektes å tilby sin potensielt livreddende spisskompetanse til mennesker som bare vil forbedre sitt utseende, og om operasjoner på friske mennesker i det hele var etisk forsvarlig. I hvilken grad kosmetisk kirurgi bidrar til uheldig kroppsfokus og ”skjønnhetshysteri”, og hvorvidt kosmetiske operasjoner er moralsk akseptabelt som fjernsynsunderholdning, er eksempler fra samfunnsdebatten i de senere år. Fortsatt vekker yrkestittelen ”kosmetisk/plastisk kirurg” blandede assosiasjoner hos mange.

Kanskje ville noen kosmetiske kirurger reddet liv i stedet, hvis de ble nektet å utøve sin profesjon. Sikkert er det imidlertid ikke. En del ville muligens valgt en annen karriere, hvor utsiktene for høye inntekter og/eller utløp for estetiske interesser var bedre. Om den kosmetiske kirurgien bidrar til ”skjønnhetshysteri”, lar seg heller ikke besvare entydig. På sikt kan den kanskje ha motsatt virkning; et pent ytre er ikke lenger nødvendigvis en velsignelse fra naturens side – etter hvert kan det kjøpes for penger. Om man er ”for” eller ”imot” kosmetisk kirurgi, blir uansett en stadig mindre interessant diskusjon. Den kosmetiske kirurgien er kommet for å bli.

Dette faktum danner utgangspunktet for min avhandling. Kosmetisk plastikkirurgi er en stadig oftere omsatt tjeneste. Norsk forening for estetisk plastikkirurgi kan melde om at folks holdninger til tjenesten er i endring. Tabuene som hersket rundt kjøp av tjenestene står for fall. Stadig flere står frem med sin forfengelighet og innrømmer at de benytter eller har benyttet seg av kosmetisk kirurgi.



Det er ikke tvilsomt at kosmetisk kirurgi kan bedre menneskers livskvalitet. Faktisk er det den kosmetiske kirurgis viktigste oppgave. Kirurgen er som lege forpliktet til alltid å ha pasientens beste som ledestjerne. Men hvilke rettigheter har en pasient når resultatet tvert imot er egnet til å redusere vedkommendes livskvalitet? Og hvilke rettigheter har en kirurg i møte med en pasient som aldri blir fornøyd? Disse spørsmål er blant dem som tilsiktes behandlet i denne avhandling. Som vi skal se, skal det god balansekunst til for å kombinere legeetiske krav med et ønske om økonomisk profitt. Fremstillingens hovedtyngde er lagt på kravene til kirurgens hovedforpliktelse og pasientens rettigheter i tilfelle disse krav ikke oppfylles.

## 1.2 Rettskilder

Rettslig sett ligger avtaler om kosmetisk kirurgi i et grenseland mellom helserett og obligasjonsrett.

*Helselovgivningen* gir regler om organiseringen av helsetjenesten, helsepersonells plikter og pasienters rettigheter. Den del av helselovgivningen som stiller krav til innholdet i medisinske tjenester, henholdsvis lov om helsepersonell mv 2. juli 1999 nr. 64 (helsepersonelloven) og lov om pasientrettigheter 2. juli 1999 nr. 63 (pasientrettighetsloven), vil langt på vei kunne legges til grunn ved kosmetisk kirurgi. Det gjelder også når den kosmetiske kirurgen unntaksvis er tannlege, jevnfør helsepersonelloven §§ 2 jevnfør 3, konferer § 48 litra x og pasientrettighetsloven § 1-1 jevnfør § 1-3 litra d.<sup>1</sup> På helserettens område gjelder dessuten flere forskrifter av betydning for denne fremstilling.

En del av *kontrakslovgivningen* er anvendelig analogisk, eller i den grad den er uttrykk for *alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper*, se om sistnevnte disiplin nedenfor. I relasjon til analogisk anvendelse ligger lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere 16. juni 1989 nr. 63 (håndverkertjenesteloven) nærmest med henblikk på avtalelegjenstand. Som et

---

<sup>1</sup> Om tannlegers adgang til å utøve kosmetisk kirurgi, se avsn. 2.2 nedenfor.

bakteppe henger de generelle regler i lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeseerklæringer 31. mai 1918 nr. 4 (avtaleloven).

*Forarbeider, juridisk teori og rettspraksis.* Ved tolkning av lovbestemmelser er utgangspunktet at en naturlig språklig forståelse av ordlyden legges til grunn. Undertiden må lovteksten suppleres av uttalelser i *forarbeidene, juridisk teori* eller *rettspraksis*, i tråd med alminnelig metodelære. Særlig vil høyesterettspraksis tillegges stor rettskildemessig betydning. I forhold til denne fremstillingens formål vil høyesterettsavgjørelser om andre typer kontraktsforhold ha relevans, i den grad de inneholder argumenter med overføringsverdi til avtaler om kosmetisk kirurgi. For eksempel kan det gjelde tolkningen av obligasjonsrettslige prinsipper eller regler som kan gis analogisk anvendelse på det her aktuelle kontraktsforhold. Juridisk teori har særlig betydning ved kartlegningen av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. I den grad det kan legges til grunn en felles forståelse av prinsippene, kan også utenlandsk litteratur være av betydning. Utenlandsk juridisk teori vil ellers ikke tillegges betydning utover eventuell argumentasjonskildeverdi.

Det er omstridt om underrettsdommer skal tillegges rettskildemessig betydning.<sup>2</sup> Underrettsdommer kan imidlertid ha stor betydning som argumentasjonskilde. Utenlandsk rettspraksis benyttes her bare til illustrasjon og presumeres ikke å ha rettskildemessig verdi.

Når det oppstår tvist mellom kirurg/klinikk og pasient i et avtaleforhold vedrørende kosmetisk kirurgi, er som oftest begge parter interessert i å unngå publisitet omkring forholdet. For en kosmetisk kirurg eller en klinikk som tilbyr kosmetisk kirurgi, er et godt rykte en nødvendig betingelse for suksess. Publisitet som kan svekke tilliten til kirurgens ferdigheter må unngås. Imidlertid ønsker også pasienten som regel å skjerme seg. Dr. Kveims klinikk opplyser om at de fleste som undergår kosmetiske operasjoner anser at det er en privatsak, selv om det de siste årene har blitt større åpenhet omkring kosmetiske

---

<sup>2</sup> Erik Boe, *Innføring i juss – Juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo 1996, s. 248 – 249; motsatt Carl August Fleischer, *Rettskilder*, Oslo 1995, s. 172-174.

operasjoner.<sup>3</sup> Antagelig er disse faktorene viktige grunner til at svært få tvister om kosmetisk kirurgi når rettsapparatet, og at de som gjør det, avgjøres endelig ved forlik. Jeg har således forholdt meg til et svært beskjedent rettspraksismateriale. Det har heller ikke vært kurant å få innsyn i forlikte saker. Disse vanskeligheter beskrives i neste avsnitt. Innsyn i saker behandlet av Helsetilsynet, samt utenlandske rettsavgjørelser, har vært av betydning i mitt arbeid med å tegne et bilde av rettsstillingen ved avtaler om kosmetisk kirurgi.

*Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.* Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper bygger på en syntese av enkeltregler for ulike skyldforhold, egnet til å tjene som rettesnor ved løsning av konflikter i andre skyldforhold. Hagstrøm formulerer rettsdisiplinens oppgave slik: ”(...) *pr. induksjon å oppstille visse prinsipper som deretter pr. deduksjon kunne komme til anvendelse for skyldforhold som manglet sikker særregulering.*”<sup>4</sup>

Dersom et faktum dekkes av en alminnelig obligasjonsrettslig regel, er regelen direkte anvendelig som deklarasjonsrett i kontraktsforhold. Det er med andre ord ikke behov for analogisk tolkning (med mindre det er for å fravike regelen som følger av det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet) – faktum dekkes av regelen. ”Analogi” eller ”analogisk tolkning” betegner anvendelsen av en regel på et faktum som ligger utenfor regelens egentlige virkeområde, eksempelvis på grunn av likhets- og godhetsbetraktninger. Det er følgelig verd å gjøre en klar distinksjon mellom ”analogisk anvendelse av kontraktsrettslige regler” og ”anvendelse av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper”.<sup>5</sup>

Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper har fått sin renessanse, blant annet på grunn av en homogen kontraktslovgivning, internasjonale forsøk på harmonisering av reglene for skyldforhold og at disiplinens berettigelse er forfektet i juridisk teori. Høyesterett har ved

---

<sup>3</sup> Se også Morten H. Rynning Kveim, *Kosmetisk kirurgi*, Oslo 1988, s. 10.

<sup>4</sup> Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, Oslo 2003, s. 29 i.f.

<sup>5</sup> Som eksempel på at distinksjonen undertiden ikke er så klar som ønskelig, se Håvard H. Holdø, Marlus – *Realkreditors adgang til å kreve prisavslag ved mangelfull realytelse*, Oslo 2003, s. 18 punkt (2), hvor det heter: ”Prinsippene kan sies å utgjøre alminnelige grunnlag for analogiske slutninger”.

flere anledninger i senere år lagt til grunn alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, se for eksempel Rt. 2006 side 522 og Rt. 1999 side 1924.

Prinsippene har størst betydning som bakgrunnsrett ved avtaletolkning og på ”rettstomme områder”. Ettersom avtaler om kosmetisk kirurgi ikke er lovregulert, vil rettslige løsninger som skisseres i denne fremstilling i stor grad basere seg på alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Hvor kontraktsforholdet reiser spesielle problemstillinger, er det undertiden behov for særlig inngående behandling av prinsippene. I denne sammenheng ses det både hen til UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts og Principles of European Contract Law,<sup>6</sup> og undertiden også til rettspraksis og juridiske standarder hvis gjenstand ligger fjernt fra det her aktuelle livsområde, for eksempel NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt.

Ettersom alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper bygger på syntese av generelle regler, er det naturlig å betrakte prinsippene som uttrykk for sedvaner<sup>7</sup> i rettskildemessig perspektiv.<sup>8</sup> De juridiske standarder som anvendes for å belyse prinsippene, må i rettskildemessig perspektiv likestilles med juridisk teori.

### 1.3 Fremskaffelse av informasjon – møte med en lukket bransje

Den største utfordring jeg har møtt i arbeidet med denne avhandling, har knyttet seg til datainnsamling og innsyn i forlikte saker.

Jeg har vært i kontakt med titalls advokater som jobber, eller har jobbet, regelmessig med erstatningskrav som følge av kontraktsbrudd og pasientskade. De få som opplyser å ha ført

---

<sup>6</sup> Se om disse i Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 60-61.

<sup>7</sup> Ad valg av terminologi: Ordet ”sedvanerett” kan gi assosiasjoner til bindende regler, mer konkret regler som er utledet gjennom slutningsomgangen. Med ”sedvane” menes her rettskildefaktoren som tradisjonelt er omtalt som ”sedvanerett”. Valget av terminologi er her i overensstemmelse med Boe, s. 158.

<sup>8</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 67 forutsetningsvis.

erstatningssaker etter mislykkede kosmetiske operasjoner, har avslått min anmodning om innsyn på grunn av taushetsplikten (tilstrekkelig anonymisering har vært umulig og partene har ikke villet gi samtykke). Heller ikke Vital Skade, som tilbyr ansvarsforsikring for medlemmer av Legeforeningen, har ønsket å gi innsyn, hverken i skadestatistikk eller konkrete saker. Markedsdirektør i Vital Skade, Arild Wike, begrunnet dette slik i e-post av 2. mars 2007: *”Vi kan ikke oppgi tall mht antall skader eller erstatningsbeløp som er utbetalt fra denne forsikringen. Ei heller gi innsyn i saker som har vært til behandling. Alt dette av vårt hensyn til personvern og til vår kundegruppe.”*

For å gi en tilstrekkelig behandling av de rettslige aspekter ved avtaler om kosmetisk kirurgi, er det naturligvis nødvendig med en del informasjon om liv og lære i bransjen. Jeg har vært i kontakt med flere ledende klinikker i Oslo-området. Ved alle anledninger har jeg presisert at jeg ikke har til hensikt å sverte bransjen, men ønsker å bidra til avklaring av rettstilstanden. Det har vært svært vanskelig å få klinikkene i tale. Omsider lyktes det meg imidlertid å få kontakt med tre klinikker. Faktainnsamlingen som ligger til grunn for denne fremstilling, bygger på (foruten litteratur) samtaler og e-postkorrespondanse med leder for Norsk estetisk plastikkirurgisk forening og overlege ved Nobel Clinic, *spesialist i plastisk kirurgi Petter Frode Amland, spesialist i plastisk kirurgi Lars Haasted* ved Christiania Park Klinikk, og *jurist Marianne Kveim* som jobber ved Dr. Kveims klinikk.

At klinikkenes interesse for å bidra med informasjon har vært så laber, fortjener at det skisseres noen alternative forklaringsmodeller. En mulig forklaring er at klinikkene ikke har tatt seg tid til å sette seg inn i prosjektet. Men det er påfallende hvis dette er tilfelle for samtlige klinikkers vedkommende. En annen, og etter mitt syn mer sannsynlig forklaring, kan ligge i det omfattende og kritiske søkelys som har vært rettet mot bransjen i media. Som nevnt er klinikkene, trolig i større grad enn de fleste andre typer virksomheter, avhengig av tillit.<sup>9</sup> Det er flere eksempler på dårlig

---

<sup>9</sup> Rt. 1994 s. 348 (*”Røvdommen”*) er illustrerende for klinikkenes behov for å unngå negativ medieomtale. En spesialist i plastisk kirurgi ble utsatt for sterkt negativ omtale i flere avisreportasjer, og krevde erstatning og oppreisning fra avisen på grunn av ærekrenkelse. Kirurgen fikk medhold i Høyesterett. Om årsakssammenhengen mellom ærekrenkelsen og kirurgens økonomiske tap, uttalte førstvoterende på s. 358: *”Det ville vært merkelig om klinikken (...) hadde overlevet den sterkt negative omtale i reportasjeserien i*

omtale av bransjen generelt, journalister som har utgitt seg for å være potensielle pasienter og gjort opptak med skjult kamera under konsultasjon,<sup>10</sup> påstander om ærekrenkelse<sup>11</sup> og feilsitering<sup>12</sup> med videre de siste årene. Kanskje er klinikkene blitt mindre villige til å informere om sin virksomhet, av frykt for at opplysningene skal brukes på en måte som kan skade deres omdømme.

Av hensyn til omdømme kan det også være at klinikkene kvier seg for å dele sine erfaringer. Ettersom det ikke føres offentlig statistikk på frekvensen av skader eller uheldige resultater, vil det kunne skade en klinikks anseelse dersom dens egen statistikk (hvis slik eksisterer) blir publisert, selv om tallene objektivt sett skulle være meget gode. Av tilsvarende grunner kan klinikker kvie seg for å gi opplysninger om hva som anses som tilfredsstillende resultat (kontraktsmessig oppfylting). Det er også en mulighet for at mange klinikker har erfaringer som er verd å skjule, for eksempel dårlige statistikker og mange tvister.

## 1.4 Plastisk og kosmetisk kirurgi. Vilkår for og virkninger av indikasjon.

### 1.4.1 Plastikkirurgi og kosmetisk/estetisk kirurgi

”Plastikkirurgi” betegner et medisinsk fagområde og en tilhørende medisinsk spesialitet.<sup>13</sup> Ordet ”plastikk” kommer av det greske verbet *plassein*, som betyr ”å forme”.<sup>14</sup> I følge målbeskrivelsen for faget plastikkirurgi, utarbeidet av Legeforeningen, er den plastiske kirurgis siktemål å korrigere skader, deformiteter, misdannelser, aldersforandringer og forbedre funksjon og utseende.<sup>15</sup>

---

*Bergens Tidende. Kommersiell kosmetisk kirurgi er en bransje som er meget ømfintlig for alt som kan undergrave de potensielle pasienters tillit til opererende lege.”*

<sup>10</sup> F.eks. PFU-SAK NR. 038/01.

<sup>11</sup> Rt 1994 s. 348 (”Røvdommen”), LB 1995 s. 1726.

<sup>12</sup> F.eks. PFU-SAK NR. 111/02.

<sup>13</sup> Forskrift av 21. desember 2000 om spesialistgodkjenning av helsepersonell § 7 om spesialistgodkjenning av leger.

<sup>14</sup> <http://www.etymonline.com>

<sup>15</sup> Se målbeskrivelse for faget plastikkirurgi: <http://www.legeforeningen.no/index.gan?id=1545&subid=0>

Det er utelukkende leger som har fått godkjent spesialiteten av Legeforeningen, kan kalle seg ”plastisk kirurg”, ”plastikkirurg” eller ”spesialist i plastikkirurgi”, konfererer helsepersonelloven § 74 første ledd. Imidlertid er bare spesialisttittelen beskyttet. At en kirurg *utøver* plastikkirurgi, betyr bare at han/hun utfører inngrep som hører under fagområdet plastikkirurgi.

Hovedvilkårene for å få godkjent plastikkirurgisk spesialitet er, i tillegg til legeautorisasjon, minst tre års tjeneste ved plastikkirurgisk avdeling, to års tjeneste ved kirurgisk avdeling, og fem år som underordnet lege med veiledning og gjennomføring av diverse kurs.<sup>16</sup> Under Legeforeningen sorterer spesialistforeningen Norsk plastikkirurgisk forening. Medlemmer av foreningen som utøver kosmetisk kirurgi har organisert seg i undergruppen Norsk estetisk plastikkirurgisk forening.

I motsetning til plastikkirurgi, betegner ikke ”kosmetisk” eller ”estetisk kirurgi” noen medisinsk spesialitet. Forskrift om tillatelse til å utføre kosmetisk kirurgiske inngrep av 21. desember 2000 nr. 1387 (heretter benevnt ”forskriften om tillatelse”), med hjemmel i helsepersonelloven § 4 siste ledd, definerer kosmetisk kirurgi som kirurgi hvor ”*kosmetiske hensyn er avgjørende indikasjon for inngrepet*”, jevnfør § 2.

#### 1.4.2 Indikasjon for plastisk kirurgi

Den kosmetiske kirurgi skiller seg fra tradisjonell medisinsk behandlende kirurgi, ved at den utføres etter *kosmetisk* og ikke etter *medisinsk indikasjon*.

*Medisinsk indikasjon* foreligger når operasjonen er begrunnet i en medisinskfaglig vurdering. Mange plastiske operasjoner utføres etter medisinsk indikasjon. For eksempel gjelder det rekonstruktive plastiske operasjoner som foretas etter ulykker. Tilsvarende kan plastikkirurgi være medisinsk indisert hvor pasienten har fysiske plager på grunn av et avvik. Eksempelvis utføres brystreduksjon etter medisinsk indikasjon, hvor en kvinnelig

---

<sup>16</sup> Legeforeningens spesialistregler: <http://www.legeforeningen.no/index.gan?id=1543&subid=0>

pasient har så stor og tung byste, at det forårsaker rygg- og nakkesmerter og påfølgende perioder med arbeidsuførhet.

Som regel utføres kirurgi som ledd i den somatiske behandlingen. Undertiden har en pasient psykiske reaksjoner på grunn av det han/hun oppfatter som uheldig ved sitt utseende. Dersom en plastisk operasjon kan rette ved dette, kan inngrepet anses som ”*behandlende helsehjelp*” etter pasientrettighetsloven § 1-3 litra c, fordi det tar sikte på ”*hel eller delvis helbreding*” av pasientens ”*psykiatriske*” helse, konferer forarbeidene.<sup>17</sup>

*Kosmetisk indikasjon* foreligger når pasienten ønsker å rette på et avvik som ikke er ”*sykelig*”.<sup>18</sup> Mens medisinsk indikasjon bestemmes etter en legefaglig vurdering, er utgangspunktet pasientens vurdering av eget utseende ved fastsettelse av kosmetisk indikasjon. I noen tilfeller har pasienten tydelige utseendemessige avvik. En pasient har for eksempel dobbelthake grunnet fettansamling og overskudd av hud. Han opplever at dette gir ham en avvikende og uheldig profil, og bestemmer seg for å få foretatt fett sugning og hakeplastikk. I andre tilfeller har pasienten et ønske om å endre eller forbedre utseendet sitt, uten at det foreligger avvik. En kvinnelig pasient med normale bryster ønsker seg større byste, og bestemmer seg for å få operert inn brystproteser. En mann med normalt hakeparti ønsker seg kraftigere hake, og får implantert en hakeprotese.

*Grensen mellom medisinsk og kosmetisk indikasjon er uklar.* Noen ganger er det helt klart hva som anses medisinsk indisert og hva som er kosmetisk. Det er likevel en vanskelig gråsoner som er av stor praktisk og økonomisk betydning, da sonderingen har betydning for pasientens rettsposisjon (se punkt 1.4.3 nedenfor). Det er to grunner til at grensen er vanskelig å trekke.

For det første fastsettes medisinsk indikasjon av en lege etter en individuell vurdering, hvor det objektive avvik og pasientens forhold til avviket står sentralt. Det er få retningslinjer

---

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) *Lov om pasientrettigheter*, s. 126.

<sup>18</sup> Helge E. Roald, *Fakta om kosmetiske operasjoner*, Oslo 2002, s. 8.



om hvilke avvik som i seg selv kvalifiserer til medisinsk indisert plastikkirurgi, og det kan dessuten være besværlig å få tak på hvordan pasienten opplever avviket. Pasienten er dermed i stor grad prisgitt den enkelte leges skjønn. Hensynet til fordelingen av ressursene i helsevesenet kan også spille inn.<sup>19</sup> Det er grunn til å tro at disse forhold skaper problemer i relasjon til likebehandlingsprinsippet.<sup>20</sup>

For det annet er det antagelig en del pasienter som aldri oppsøker det offentlige helsevesen på grunn av sitt avvikende utseende, selv om avviket og pasientens forhold til det ville kvalifisert til medisinsk indisert plastikkirurgi. Når det foreligger medisinsk indikasjon for et kirurgisk inngrep, vil pasienten ha krav på å stå på en venteliste som sikrer behandling innen en medisinsk forsvarlig frist. Når indikasjonen skyldes avvikende utseende, kan ventetiden tenkes å bli svært lang, og noen oppsøker nok heller private klinikker av denne grunn. Andre grunner til at pasienter ikke oppsøker det offentlige helsevesen med sine plager, kan være usikkerhet om hvilke avvik og psykiske reaksjoner som er ”tilstrekkelige”, foruten manglende kunnskap om at det offentlige helsevesen i det hele tatt tilbyr plastiske operasjoner i slike tilfeller.

#### 1.4.3 Rettslige konsekvenser av at inngrepet utføres etter kosmetisk indikasjon

Dersom et plastikkirurgisk inngrep utføres etter kosmetisk (og ikke etter medisinsk) indikasjon, har det viktige konsekvenser for pasientens rettsposisjon.

*Finansiering.* Når medisinsk indisert kirurgi utføres i spesialisthelsetjenesten, regnes den som ”nødvendig helsehjelp” i relasjon til pasientrettighetsloven, se §§ 1-3 litra c konferer 2-1 annet ledd. Slike inngrep finansieres av de regionale helseforetakene, se lov om spesialisthelsetjenesten m.m. 2. juli 1999 nr. 61 (spesialisthelsetjenesteloven) § 5-2 første ledd, med unntak av pasientens egenandel, jevnfør Forskrift av 1. desember 2000 om

---

<sup>19</sup> Om modeller som beskriver fordeling av helsetjenester, se Marit Halvorsen, *Rett til behandling i sykehus*, Oslo 1996, s. 36-40.

<sup>20</sup> Helsetilsynet, *Kosmetisk kirurgiske inngrep i Norge*, Rapport 8/2004, s. 8, avsn. 1.2.

godtgjørelse av utgifter til legehjelp som utføres poliklinisk ved statlige helseinstitusjoner og ved helseinstitusjoner som mottar driftstilskudd fra regionale helseforetak, kapittel 2. Ved kosmetisk indiserte inngrep må pasienten selv dekke operasjonskostnader, utgifter til eventuelt sykehusopphold og etterkontroller.

*Sykepenger.* Ved medisinsk indisert kirurgi har pasienten videre rett til sykepenger i perioden han/hun er arbeidsufør, se lov om folketrygd 28. februar 1997 (folketrygdloven) § 8-4. Et grunnvilkår for sykepenger er at pasienten er arbeidsufør på grunn av ”sykdom eller skade”. Dette vil ikke være oppfylt når inngrepet er kosmetisk indisert.<sup>21</sup>

Som nevnt utføres undertiden plastikkirurgi etter medisinsk indikasjon fordi pasienten har psykiske reaksjoner på grunn av utseendemessig avvik (se nærmere om dette i forrige avsnitt). Folketrygdloven § 8-4 fjerde ledd presiserer at pasienten i slike tilfeller har rett til sykepenger, i den grad inngrepet medfører arbeidsuførhet, konferer første ledd.

Dersom det oppstår komplikasjoner i forbindelse med et kosmetisk indisert inngrep, for eksempel behandlingsskrevende infeksjon, vil situasjonen kunne rubriseres under ”sykdom” i bestemmelsens første ledd.<sup>22</sup> Det vil da kunne være grunnlag for sykepenger. Derimot vil det ikke foreligge en sykdomstilstand, hvis pasienten undergår et nytt inngrep for å utbedre resultatet av det første. Fortsatt vil operasjonen være kosmetisk indisert, og pasienten vil derfor ikke ha rett til sykepenger.

*Forholdet til pasientrettighetsloven.* Pasientrettighetsloven gir pasienter rettigheter overfor helsetjenesten. Loven har to hovedformål, henholdsvis å sikre ”befolkningen lik tilgang på helsehjelp av god kvalitet ved å gi pasienter rettigheter overfor helsetjenesten” og ”fremme

---

<sup>21</sup> Kjønstad/Syse fremholder at kosmetiske operasjoner er ”medisinsk begrunnet”, og følgelig gir rett til sykepenger, dersom formålet med behandlingen er å forbedre ”arbeidsevnen eller funksjonsevnen for øvrig”, se Kjønstad/Syse, *Velferdsrett I*, 3. utg., Oslo 2005, s. 241. Slike inngrep gir rett til sykepenger i den grad de medfører arbeidsuførhet, fordi de gjennomgående vil være medisinsk indiserte. Med den terminologi som her benyttes, er det imidlertid unaturlig å karakterisere slike inngrep som kosmetiske.

<sup>22</sup> Op.cit. s. 242.

tillitsforholdet mellom pasient og helsetjeneste”, konferer lovens § 1-1. ”Helsetjeneste” defineres i § 1-3 litra d som ”primærhelsetjenesten, spesialisthelsetjenesten og tannlegehelsetjenesten.” Privateide institusjoner drevet av det offentlige, og privateide institusjoner som yter helsetjenester etter avtale med stat eller fylke, faller inn under begrepet, jevnfør forarbeidene.<sup>23</sup> Helsehjelp defineres i bestemmelsens litra c som: ”handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og er utført av helsepersonell.”

Umiddelbart kan det synes som om kosmetisk kirurgi faller utenfor pasientrettighetsloven. Private kosmetisk-kirurgiske klinikker er hverken primær- eller spesialisthelsetjeneste, jevnfør § 1-3 litra d, og selv om kosmetisk kirurgiske inngrep utføres av autorisert helsepersonell, har slike inngrep ikke formål som nevnt i litra c og faller følgelig i utgangspunktet utenfor helsehjelpbegrepet.

På dette punkt må loven imidlertid suppleres av uttalelser i forarbeidene. Om definisjonen av ”helsehjelp” heter det der: ”Ikke all helsehjelp (...) ytes til ”syke” mennesker. (...) Som det fremgår av det ovenstående legger departementet en vid definisjon av begrepet helsehjelp til grunn. Meningen er at pasientrettighetsloven skal gjelde for all helsehjelp innenfor helsetjenesten, men slik at den også kan komme til anvendelse for andre tjenester, se § 1-3 bokstav c).”<sup>24</sup> Videre heter det om rent privat virksomhet i forhold til begrepet ”helsetjeneste”: ”Rent privat virksomhet som ikke har avtale med stat eller fylke faller utenfor de bestemmelser som omtales i kapittel 2. Helsepersonell ansatt i slik virksomhet er imidlertid pålagt plikter i henhold til rettigheten [autorisasjonen] på samme måte som helsepersonell ansatt i offentlig sektor. En del rettigheter vil derfor også gjelde ift helt privat helsevirksomhet, bla journalinnsyn, informasjonsreglene og samtykkebestemmelsene.”<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 127

<sup>24</sup> Ibid. s. 37, 1. spalte.

<sup>25</sup> Ibid. s. 127, 1. spalte.

Med unntak av lovens kapittel 2 (som angår rett til nødvendig helsehjelp, vurdering, fritt sykehusvalg, rett til individuell plan og rett til syketransport), må pasientrettighetsloven følgelig kunne legges til grunn så langt den passer også ved helt privat helsevirksomhet, slik som kosmetisk kirurgi.

*Forholdet til helsepersonelloven.* Medisinsk personale ved rent private klinikker vil være omfattet av helsepersonelloven, jevnfør helsepersonelloven § 3 første ledd. Pasientrettighetslovens forarbeider fremholder at pliktene etter helsepersonelloven i stor grad samsvarer med de rettigheter pasientrettighetsloven positivt angir at pasienter har overfor helsetjenesten, se inter alia sitatet ovenfor. For eksempel pålegger loven helsepersonell å føre pasientjournal og gi pasienten innsyn i denne, se henholdsvis lovens §§ 39 og 41.

*Pasientskadeerstatning.* Lov om erstatning ved pasientskader m.v. 15. juni 2003 nr. 53 (pasientskadeloven) regulerer pasientens rett til erstatning ved skader påført i forbindelse med helsetjenester. Lovens anvendelsesområde dekker i følge lovens § 1 litra c: ”skader voldt” av ”helsepersonell som yter helsehjelp i henhold til offentlig autorisasjon eller lisens” eller ”personer som opptre på vegne av disse eller andre personer som fastsatt i forskrift.” Helsehjelpbegrepet må forstås tilsvarende som pasientrettighetslovens.<sup>26</sup>

Selv om loven ikke sonderer mellom private og offentlige helsetjenester, er den (pro tempore april 2007) bare trådt i kraft for den offentlige helsetjenestens vedkommende. Det er utelukkende den manglende ikrafttreddelsen for private helsetjenesters vedkommende, som gjør at pasientskader som voldes ved kosmetisk indiserte operasjoner faller utenfor. Bakgrunnen for den delvise ikrafttreddelsen er at lovgiver forutsatte at forsikringsselskaper ville tilby forsikringsordninger for helsepersonell i privat sektor etter vilkårene i pasientskadeloven. Imidlertid har forsikringsbransjen ikke ønsket å tilby slik

---

<sup>26</sup> I likhet med helsehjelpbegrepet må det tradisjonelle pasientbegrepet strekkes i møte med kosmetisk indisert medisinsk behandling. Pasienter som gjennomgår kosmetiske operasjoner, er i utgangspunktet ikke ”pasienter” i relasjon til pasientskadeloven, kfr. NOU 1992: 6, *Erstatning ved pasientskader*, s. 90.

helsepersonellforsikring.<sup>27</sup> Den 6. mars 2007 vedtok imidlertid Odelstinget endringer i pasientskadeloven, som innebærer at privat sektor også vil omfattes av loven (se om lovendringen i avsnitt 11.2 nedenfor). Selv om det er sannsynlig at loven blir endelig vedtatt, er det høyst usikkert når endringsloven vil tre i kraft. I inneværende fremstilling legges det derfor til grunn at pasientskadeloven bare omfatter pasienter i den offentlige helsetjenesten.

## 1.5 Terminologi

Det er behov for en presisering av enkelte begreper som benyttes i bransjen og i inneværende fremstilling.

*Plastisk, kosmetisk og estetisk kirurgi.* Sondringen mellom ”plastisk”, ”kosmetisk” og ”estetisk kirurgi” er nærmere forklart ovenfor i avsnitt 1.4.1. Forståelsen av begrepene ”kosmetisk” og ”estetisk” kirurgi som her legges til grunn, bygger på to elementer: for det første må inngrepet innebære bruk av kirurgisk kniv (herunder laserkniv), for det annet må det ikke være konstatert medisinsk indikasjon for inngrepet, det må derimot være kosmetisk begrunnet (kosmetisk indikasjon). Begrepsforståelsen innebærer at medisinsk indisert plastikkirurgi og ikke-kirurgisk (medisinsk) kosmetisk behandling (for eksempel injeksjoner, hudsliping og peeling) faller utenfor.

”*Plastisk kirurg*” benyttes om godkjente spesialister i plastikkirurgi, mens ”*kosmetisk kirurg*” benyttes som samlebetegnelse på kirurger som utfører kosmetiske operasjoner; det vil si både plastikkirurger og andre leger med særlig godkjenning til å utføre kosmetisk kirurgi (se nærmere om dette i avsnitt 2.2 nedenfor). ”*Plastisk kirurgi*” benyttes om den faglige retning innen medisinen som går ut på å korrigere skader, deformiteter, misdannelser aldersforandringer og forbedre funksjon og utseendet, se punkt 1.4.1 ovenfor.

---

<sup>27</sup> Se Helse- og omsorgsdepartementets pressemelding nr. 96 av 03.12.2003; Lise B. Johannessen, ”*Forsikring av helsepersonell*”, Tidsskrift for den norske lægeforening nr. 2 – 2004, s. 232.

Begrepsbruken innebærer at alle kosmetiske kirurger utfører plastisk kirurgi, uavhengig av operatørens medisinske spesialitet.

Den kosmetiske kirurgi er en form for privat tjenesteytelse. Tjenesteyteren er alltid en *lege*, og siden selve tjenesten som tilbys er kirurgiske inngrep, er det uproblematisk å kalle denne part for lege eller kosmetisk kirurg. Det er derimot ikke like selvsagt å kalle tjenestemottageren ”*pasient*”. Tradisjonelt er pasientbegrepet forbeholdt syke personer som søker helbredelse, og friske mennesker som oppsøker helsevesenet i den tro at de er syke.<sup>28</sup> Det er ikke innholdet i tjenesten som er avgjørende. Derfor ville det vært naturlig å omtale personer som undergår kosmetisk kirurgi for tjenestemottagere, klienter, kunder eller lignende. Når pasientbegrepet her også benyttes om personer som undergår kosmetiske operasjoner, skyldes det at en slik begrepsbruk er vanlig i bransjen, både i Norge og internasjonalt.

Noen tilbydere av kosmetisk kirurgi er offentlige godkjente sykehus, som i tillegg til kosmetisk kirurgi tilbyr offentlige helsetjenester etter avtale med et regionalt helseforetak. Dette gjelder flere av de store tilbyderne på det norske marked, herunder Aleris, Colosseumklinikken, Klinikk Stokkan og Volvat. Andre institusjoner, for eksempel Oslo Akutten, tilbyr kosmetisk og medisinsk indiserte dagkirurgiske inngrep uten avtale med helseforetak. De fleste aktørene på tilbudssiden tilbyr likevel bare kosmetiske dagkirurgiske inngrep, for eksempel Euro Cosmetic, Fornebuklinikken, Nobel Clinic, Dr. Kveims klinikk, Plastikkirurgisk institutt, Askim Klinikken, Asker Klinikk og Christiania Park Klinikk. ”*Klinikk*” benyttes i det følgende som en samlebetegnelse på disse typer institusjoner.

---

<sup>28</sup> NOU 1992: 6, s. 90

## 1.6 Oversikt over fremstillingen

Denne fremstilling tar sikte på å bidra til en avklaring av rettstilstanden ved plastisk kirurgi på kosmetisk indikasjon. I det følgende forutsettes derfor at inngrepet foretas etter kosmetisk indikasjon.

Markedet for kosmetisk kirurgiske tjenester er i vekst. I kapittel 2 gis en oversikt over markedet for kosmetisk kirurgi i Norge, og det redegjøres kort for de vanligste kosmetiske inngrepene.

En avtale mellom en kosmetisk kirurg og en pasient, har mange fellestrekk med det tradisjonelle lege- pasientforholdet ved somatisk behandling. Det er imidlertid viktige forskjeller, som har betydning for den rettslige plassering av avtaleforholdet ved kosmetisk kirurgi. Dette behandles i kapittel 3.

Første skritt i det kosmetisk-kirurgiske avtaleforholdet er normalt at pasienten oppsøker klinikken for konsultasjon. I kapittel 4 gjøres det rede for veien frem mot avtaleinngåelse og de særlige krav som påhviler kirurgen i kraft av etiske regler og forsvarlighetsstandarder.

I kapittel 5 behandles kontraktpraksis og retningslinjer for tolkning og utfylling av kontrakter om kosmetisk kirurgi. Kontraktstolkning er nødvendig for å kartlegge partenes forpliktelser og for å konstatere eventuelt mislighold av disse. Dette er tema i henholdsvis kapittel 6 og 8. I kapittel 7 tar jeg for meg partenes rett til å trekke seg fra avtalen uten å komme i mislighold.

Pasientens reklamasjonsplikt behandles i kapittel 9. I kapittel 10 behandles misligholdsbeføyelsene utførlig, henholdsvis med innledende generelle betraktninger og spesielle drøftelser hvor beføyelsene vurderes i lys av kontraktsforholdets egenart.

Mens jeg i de hittil omtalte kapitler tilstreber å kartlegge rettstilstanden de lege lata, kommer jeg i kapittel 11 med forslag til hvordan organer med kompetanse til å vedta bindende generelle regler, kan bidra til å avhjelpe svakheter ved gjeldende rett. I kapitlet rettes også blikket fremover mot ny lovgivning av betydning for livsområdet som her behandles.



## 2 Kosmetisk kirurgi i Norge

### 2.1 Bransjens utvikling

Det norske markedet for kosmetiske operasjoner er i vekst. Helsetilsynet antyder at det i perioden 2000 til 2003 var en økning på cirka fem prosent årlig i kosmetiske operasjoner utført på personer over 18 år.<sup>29</sup> Norsk forening for estetisk plastikkirurgi anslår at bransjen totalt omsetter for mellom 150 - 200 millioner NOK årlig. Tallene inkluderer ikke kosmetisk-kirurgiske tannhelsetjenester, som for eksempel installasjon av tannimplantat.

I følge Norsk forening for estetisk plastikkirurgi ble det året 2005 gjennomført omtrent 20 000 kosmetisk indiserte inngrep i Norge. Til sammenligning anslår Helsetilsynets rapport et maksimalt antall på 7 383 pasienter i 2003.<sup>30</sup> Diskrepansen i tallmaterialene kan blant annet skyldes lav innrapportering til Helsetilsynet, og at Helsetilsynets tall refererer til behandlede pasienter og ikke til antall kosmetisk kirurgiske inngrep. Det er uvisst om spesialistforeningens tall inkluderer inngrep på personer under 18 år, men i følge Helsetilsynets rapport er det trolig relativt få slike inngrep som foretas årlig.<sup>31</sup> Kosmetisk-kirurgiske tannhelsetjenester er ikke innberegnet.

### 2.2 Hvem kan utføre kosmetisk kirurgi i Norge?

Som tidligere nevnt er ikke ”kosmetisk kirurg” en beskyttet tittel. Det er derfor ikke uten videre klart hvilke kvalifikasjoner ”kosmetiske kirurger” har.

*Godkjente spesialister i plastikkirurgi* kan alltid utføre kosmetiske operasjoner, se forskriften om tillatelse § 1 annet ledd konferer § 3. I spesialiseringsperioden gjennomgår kandidaten omfattende kursundervisning og praksis (se punkt 1.4.1 ovenfor). Etter norske

---

<sup>29</sup> Helsetilsynets rapport 8/2004, s. 47, avsn. 3.4.

<sup>30</sup> Op.cit. s. 44, avsnitt 3.1. i.f.

<sup>31</sup> Op.cit. s. 12.

spesialistregler er plastikkirurgi den spesialitet som borger for *bredest* kompetanse når det gjelder skjønnhetskirurgi.

Dr. Dillerud hevder at spesialisttitler (herunder ”plastikkirurg”) ”*intet [sier] om en kirurgs kvalifikasjoner i kosmetiske operasjoner*”.<sup>32</sup> Det er vanskelig å være enig i dette. En stor del av praksisen kandidater til plastikkirurgisk spesialitet gjennomgår, knytter seg til forbedring av utseende (se punkt 1.4.1 ovenfor). Dillerud har imidlertid et poeng når han fremholder at det ved universiteter i Norge ikke tilbys opplæring i kosmetisk kirurgi.<sup>33</sup> Det gjøres derimot for eksempel i USA. Utenlandske kvalifikasjoner kan imidlertid være vanskelige å vurdere for potensielle pasienter.

Forskriften om tillatelse § 4 åpner for at også *andre spesialister* kan utføre kosmetisk kirurgi etter innvilget søknad fra fylkesmannen. Etter litra a kan spesialister i generell kirurgi utføre kosmetisk kirurgi. Tidligere var enkelte spesifiserte inngrep (blant annet ansiktsløftning) unntatt fra tillatelsen, men ved endringsforskrift av 1. juli 2005 nr. 750, ble unntakene erstattet med begrensningen om at spesialister i generell kirurgi bare kan utføre kosmetiske inngrep ”*innenfor sitt fagfelt i den grad de er faglig kompetente til det*”. Endringen medfører at spesialister i generell kirurgi kan utføre inngrep som tidligere var forbeholdt plastikkirurger, for eksempel hvis de har opparbeidet nødvendig kompetanse i utlandet.

Etter bokstav b kan spesialister i øre-nese-halssykdommer utføre kosmetisk-kirurgiske inngrep som ”*naturlig hører inn under spesialitetens arbeidsområde*” og ”*inngår som en naturlig del av utdanningen i spesialiteten*”. Typisk vil det være snakk om kosmetiske neseoperasjoner.

På samme vilkår kan spesialister i øyesykdommer utføre kosmetisk kirurgiske inngrep, etter litra c. Bestemmelsen spesifiserer øyelokkskorreksjoner, men også kirurgisk korreksjon av skjeløydhed faller inn under tillatelsen.

---

<sup>32</sup> Erik Dillerud, *En orientering om kosmetiske operasjoner – en pasientveiledning Bind 2*, Oslo 1988, s. 9.

<sup>33</sup> Op. cit. s. 8.

Spesialister i kjevekirurgi og munnhulesykdommer kan, etter bokstav d, utføre kosmetisk kirurgi i ”munnhulen”, på ”ansiktsskjelettet” og ellers når inngrepet hører ”naturlig inn under spesialitetens arbeidsområde” og ”inngår som en naturlig del av utdanningen i spesialiteten”. Kirurgiske inngrep på ansiktsskjelettet vil for eksempel kunne være forminskning av hakepartiet.

Endelig kan tannleger med spesialitet i oral kirurgi og oral medisin utføre kosmetiske operasjoner i ”munnhulen” på samme vilkår, konferer litra e. Installasjon av tannimplantater ved delvis tannløshet<sup>34</sup> er eksempel på et inngrep som vil omfattes av slik tillatelse.

### 2.3 Vanskelig marked å orientere seg i

At begrepene ”kosmetisk/plastisk kirurgi”, ”kosmetisk kirurg”, ”kosmetisk plastikkirurgi” med videre, ikke er forbeholdt leger med bestemte spesialiteter, gjør det vanskelig å orientere seg i markedet for kosmetisk-kirurgiske tjenester. For det første er det grunn til å tro at mange ikke er kjent med legeforeningens spesialitetsregler, og derfor ikke kjenner til sontringen for eksempel mellom ”plastisk” og ”kosmetisk” kirurg. Det er flere norske klinikker som tilbyr ”plastisk kirurgi”, uten at det dermed er sikkert at pasienten blir operert av en plastikkirurg.

Noen klinikker har for øvrig en forvirrende språkbruk på sine hjemmesider (om forvirringen er ønsket eller ei, vites ikke). Klinikken Bunæs i Bærum hadde for eksempel følgende formulering på sin hjemmeside i oktober 2006: ”*Kosmetisk- og plastisk kirurgi er en medisinsk spesialitet som har til hensikt å forbedre en persons utseende, som igjen kan bedre vedkommendes selvtillit og livskvalitet.*” Kosmetisk kirurgi er som nevnt ingen spesialitet etter norske regler. Klinikken har nå fjernet formuleringen. Fornebuklinikken i Bærum hevder at en av klinikkens leger har følgende kvalifikasjoner: ”*Dr. ”A” er utdannet kosmetisk kirurg ved American Academy of Cosmetic Surgery og er godkjent etter norske*

---

<sup>34</sup> Hvor tannløshet reduserer tyggeevnen, vil tannimplantasjon være medisinsk indisert.

*forskrifter om kosmetisk plastikkirurgi.*”<sup>35</sup> Formuleringen kan gi inntrykk av at den omtalte legen er godkjent plastikkirurg, hvilket han ikke er. De ”norske forskrifter” det henvises til, er antagelig Forskrift om tillatelse til å utføre kosmetisk plastikkirurgiske inngrep. Samme klinikk opplyser at ”Vanligvis blir vurderinger [konsultasjonstimer] foretatt av en plastisk kirurg”, selv om kirurgen som ikke innehar spesialitet i plastisk kirurgi selvfølgelig også foretar konsultasjoner med sine pasienter.<sup>36</sup>

Noen av de nevnte tilfeller må kunne vurderes i forholdet til forbudet mot villedende markedsføring i lov om markedsføring og avtalevilkår 16. juni 1972 nr. 47 (markedsføringsloven) § 2. Villedende bruk av spesialisttitler er dessuten i strid med helsepersonelloven § 74, jevnfør også Legeforeningens etiske regler for leger (2000) kapittel III § 4, som forbyr bruk av ”titler og betegnelser som kan gi et feilaktig inntrykk av hans/hennes [legens] kvalifikasjoner og virksomhet.”. Disse problemstillinger vil imidlertid ikke forfølges i inneværende fremstilling.

#### 2.4 Den typiske pasient og de vanligste kosmetiske operasjoner

*Den typiske pasient* som undergår kosmetisk kirurgi, er i følge Helsetilsynet en kvinne mellom 30 og 50 år.<sup>37</sup> Basert på rapportens tallmateriale, utgjør gruppen 45 prosent av det totale antallet pasienter (7 383) som behandles kirurgisk på kosmetisk indikasjon. Kvinner utgjorde 90 prosent av pasientgruppen i 2003.

De vanligste inngrepene i 2003 var brystforstørrelse, etterfulgt av øyelokkplastikk, fettsuging og fjerning av føflekker.<sup>38</sup> I det følgende gis en forklaring på hva noen vanlige inngrep innebærer. Forklaringene kan være nyttige for å forstå eksempler og

---

<sup>35</sup> Se <http://www.fornebuklinikken.no/>

<sup>36</sup> Se <http://www.fornebuklinikken.no/index.php?id=139522>

<sup>37</sup> Helsetilsynets rapport 8/2004, s. 44 avsn. 3.1.

<sup>38</sup> Op.cit. s. 45.

problemstillinger som er særlige for livsområdet som her behandles. Da de ikke har direkte rettslig betydning, er den følgende fremstilling satt i petit.

*Brystforstørrelse.* Brystforstørrelse gjøres normalt ved at det legges et snitt i brystfolden. Gjennom dette føres et implantat (vanligvis et silikonimplantat), som enten plasseres under brystmuskulaturen eller under brystkjertelen. Operasjonen utføres normalt med lokalbedøvelse i sedasjon, og varer omlag én time. Prisen for brystforstørrelse varierer, men ligger stort sett i underkant av 30 000 NOK.<sup>39</sup>

*Øyelokksplastikk.* Den vanligste øyelokksoperasjonen er en øvre øyelokksplastikk til behandling av såkalte "tunge øyelokk". Ved en øvre øyelokksplastikk legges et snitt i folden over øyet. Deretter fjernes overskudd av hud, fett og eventuelt muskulatur. Operasjonen utføres normalt med lokalbedøvelse, eventuelt i sedasjon. Prisen på en øvre øyelokksplastikk ligger vanligvis rundt 10 000 NOK. *Nedre øyelokksoperasjoner* foretas for å redusere/fjerne poser under øynene. Ved dette inngrepet legges snittet under de nedre øyenvipper (det er derfor egentlig lite treffende å betegne inngrepet "øyelokksplastikk"). Gjennom snittet fjernes overflødig fett som skaper utposninger og eventuelt fjernes overskytende hud. Operasjonen utføres normalt med lokalbedøvelse, eventuelt i kombinasjon med sederende midler. Prisen på en nedre øyelokksplastikk ligger vanligvis i overkant av 10 000 NOK.<sup>40</sup>

*Fettsuging/liposuction.* Fettsuging utføres for å fjerne uønskede depoter av underhudsfett på kroppen. Gjennom små snitt i huden på området som ønskes behandlet, føres sugekanyler inn i fettdepotene. Kanylene kobles til slanger, og ved hjelp av maskinsug (tradisjonell fettsuging) eller manuelt undertrykk (liposkulptur), suges underhudsfett ut. Siden underhudsfettet i kroppen lagres i et konstant antall fettceller, er resultatet permanent. Etter inngrepet iføres pasienten kompressplagg over det behandlede området, som sammenpresser hulrommet som er skapt i fettvevet under inngrepet. Inngrepet foretas med lokalbedøvelse og sederende midler, eventuelt i full narkose. Det vanligste behandlingsområde for fettsuging er maven. Liposkulptur av maven koster normalt rundt 25 000 NOK.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Bonnie Erichsen, *Lademanns Lægeleksikon*, København 1989, s. 35 og Roald, s. 83-84. Prisantydningen er basert på sammenligning av prislistene til Nobel Clinic, Colosseumklinikken og Klinikk Stokkan.

<sup>40</sup> Se Kveim, s. 37-41 og Roald, s. 62. Prisantydningene er basert på sammenligning av prislistene til Nobel Clinic, Colosseumklinikken og Klinikk Stokkan.

<sup>41</sup> Roald, s. 111-123. Prisantydningen er basert på sammenligning av prislistene til Nobel Clinic, Colosseumklinikken og Klinikk Stokkan.

*Ansiktsløftning/facelift.* Ansiktsløft foretas for å redusere aldersforandringer i nedre del av ansiktet og øvre del av halsen. Ved inngrepet legges et snitt fra hårfeste ved tinningen, ned foran øret, opp i folden bak øret og deretter opp under håret bak øret. Gjennom snittet løsnes huden og underhuden, og eventuelt noe av den underliggende muskulaturen. Deretter strammes eventuelt bindevevshinnen over spyttkjertlene på begge kinn, før under- og overhud legges tilbake og strammes. Overflødig hud skjæres bort. Inngrepet foretas med lokalbedøvelse og sederende midler, eventuelt i full narkose. En ansiktsløftning koster normalt nærmere 40 000 NOK.<sup>42</sup>

*Brystløft og brystreduksjon.* Brystløft tar sikte på å stramme opp slappe og hengende bryster, og kombineres ofte med innlegging av silikonimplantat. Brystreduksjon foretas for å gjøre brystene mindre. Ofte er dette inngrepet medisinsk indisert, da store og tunge bryster kan medføre smerter i nakke og skuldre. Ved begge typer inngrep legges normalt et snitt rundt brystvorten, et vertikalt ned mot brystfolden, og et horisontalt snitt i brystfolden. Under brystløftsoperasjon fjernes overflødig hud, og eventuelt omkringliggende fettvev og deler av brystkjertelen. Ved brystreduksjon fjernes en kile av brystvev og overskytende hud. Begge operasjonene er relativt omfattende, og tar normalt i underkant av tre timer. Inngrepene foretas med lokalbedøvelse og sedasjon, eventuelt i full narkose. Prisen for brystløft er normalt i overkant av 30 000 NOK, mens brystreduksjoner ligger i underkant av 35 000 NOK.<sup>43</sup>

*Bukplastikk.* Bukplastikk foretas for å fjerne løs hud og underhudsfett fra maven, og av og til strammes dessuten ”sprengt” mavemuskulatur. Under operasjonen foretas først fett suging. Deretter legges et snitt over nedre del av maven. Gjennom snittet løsnes over- og underhuden på maven, som så strammes nedover og festes. Navlen flyttes tilsvarende opp. Overflødig hud skjæres bort. Inngrepet varer opp mot fire timer, og gjøres i lokalbedøvelse og sedasjon eller i full narkose. Prisen på bukplastikk varierer, men ligger normalt på mellom NOK 30 000 og 40 000 avhengig av hvor stor del av maven som skal behandles.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Roald, s. 66-67; Erichsen, s. 30. Prisantydningen er basert på sammenligning av prislistene til Nobel Clinic, Colosseumklinikken og Klinikk Stokkan.

<sup>43</sup> Roald, s. 93-94; Erichsen, s. 48. Prisantydningen er basert på sammenligning av prislistene til Nobel Clinic, Colosseumklinikken og Klinikk Stokkan.

<sup>44</sup> Roald, s. 124-125. Prisantydningen er basert på sammenligning av prislistene til Nobel Clinic, Colosseumklinikken og Klinikk Stokkan.

*Neseplastikk.* Kosmetiske neseoperasjoner tar sikte på å forandre nesens form og utseende, ved å endre ben- og bruskstrukturer i nesens hud mens huden bevares intakt. Det benyttes to ulike teknikker. Ved såkalt ”åpen neseplastikk”, legges et lite snitt under nesetippen, slik at huden kan vippes opp. Deretter reduserer eller utbygger kirurgen de deler av nesens som skal endres. Alternativt benyttes ”lukket neseplastikk”, hvor snittene legges inne i neseborene. En neseplastikk tar normalt mellom én og to timer, og utføres som regel under lokalbedøvelse og sedasjon. Neseplastikk koster rundt 25 000 NOK.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Roald, s. 52-54. Prisantydningen er basert på sammenligning av prislistene til Nobel Clinic og Colosseumklinikken.

### 3 Det kosmetisk-kirurgiske behandlingsforholdets rettssystematiske plassering

#### 3.1 Kort om det tradisjonelle lege- pasientforholdet

Et grunnleggende helserettslig spørsmål er hvordan forholdet mellom lege og pasient skal plasseres rettssystematisk. Det tradisjonelle lege- pasientforholdet ved medisinsk behandling er grundig behandlet i norsk og utenlandsk rett.

Et naturlig utgangspunkt har vært å se på lege- pasientforholdet som en privatrettslig avtale om medisinsk tjenesteytelse. En avtalerettslig innfallsvinkel byr imidlertid på flere vanskeligheter. Halvorsen reiser innvendinger på flere grunnlag.<sup>46</sup> For det første kan det settes spørsmålstegn ved om en beslutning om medisinsk indisert behandling kan betegnes som avtaleslutning i rettslig forstand. Det er diskutabelt i hvilken grad samtykke til medisinsk behandling gis frivillig (i hvert fall ved alvorlige indikasjoner), og i tilfelle hvor langt det rekker. At behandlingen er betinget av og bygger på medisinsk indikasjon, gjør at det heller ikke er fritt frem for partene å bestemme avtalens innhold. Og selv om det er innført fritt sykehusvalg, kan pasienten som regel ikke fritt velge operatør/behandler, konferer pasientrettighetsloven § 2-4. En hovedinnvending mot en avtalerettslig modell er dessuten at pasienten ikke yter økonomisk vederlag for behandlingen. Pasientens egenandel er i hovedsak begrunnet i misbrukspreventive hensyn, og er i rettslig forstand ikke å anse som vederlag.<sup>47</sup> Overstiges frikortgrensen betaler pasienten ingenting. En ytterligere innvending er at staten i høy grad har interferert i det private rettsforholdet mellom lege og pasient. De regionale helseforetakene eies av staten, og behandling på medisinsk indikasjon fremstår som en form for offentlig myndighetsutøvelse.

Av disse grunner er den avtalerettslige modell i dag forlatt i norsk rett. Halvorsen betegner forholdet som en særegen rettslig kategori; ”*behandlingsforholdet*”.<sup>48</sup> Kjønstad søker å

---

<sup>46</sup> Marit Halvorsen, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, Oslo 1998, s. 36-45.

<sup>47</sup> Op.cit. s. 43-44.

<sup>48</sup> Op.cit. s. 45-47.



beskrive forholdet ved hjelp av en ”*kvadratisk modell*”, hvor det offentlige interfererer med driftstilskudd, klageadgang og ved skatte- og arbeidsrettslige regler.<sup>49</sup>

### 3.2 Analyse av det kosmetisk-kirurgiske behandlingsforholdet

Innvendingene mot å betrakte det tradisjonelle lege- pasientforholdet med avtalerettslige briller, er ikke automatisk overførbare til forholdet mellom pasient og kosmetisk kirurg.

For det første *interfererer staten i mindre grad* enn ved medisinske helsetjenester. Gjennom helsepersonelloven har lovgiver riktignok oppstilt krav til klinikkens medisinske virksomhet, og gjennom pasientrettighetsloven er det etablert viktige pasientrettigheter som også gjelder ved kosmetiske inngrep (se om dette avsnitt 1.4.3 ovenfor). Men lovgiver setter på en rekke områder krav til utøvelsen av bestemte profesjoner. Det hindrer ikke at det er naturlig å tale om topartsforhold.

Kosmetiske operasjoner gir ingen rett til trygderefusjon. Hverken pasientskadeerstatnings- eller forvaltningsloven gjelder.

Som påpekt kan det settes spørsmålstejn ved om pasienten ved medisinsk helsehjelp kan sies å avgi *frivillig samtykke*. Riktignok er pasientens samtykke som hovedregel nødvendig, jevnfør pasientrettighetsloven § 4-1 første ledd. Men i mange tilfeller er det vanskelig å vurdere graden av frivillighet, for eksempel når en pasient med alvorlig hjertesykdom tilbys operasjon. Motivasjonen for å undergå kosmetiske operasjoner kan selvsagt være av varierende styrke. Pasienten vil imidlertid alltid kunne la være å gjennomgå inngrepet med helsen i behold. Som regel vil det derfor ved kosmetisk kirurgi være klart at pasientens samtykke er frivillig.

Det er en helt annen grad av *avtalefrihet* når det gjelder avtaler om kosmetisk kirurgi. Ved kosmetisk kirurgi står partene helt *fritt til å velge* hverandre. Pasienten kan oppsøke hvilken

---

<sup>49</sup> Asbjørn Kjønsstad, *Helserett*, Oslo 2005, s. 27-30.

som helst kosmetisk klinikk og be om å bli operert av en bestemt kirurg hvis han/hun ønsker det. Kirurgen må på den annen side stå helt fritt til å avslå pasienten, for eksempel fordi han/hun ikke har tid eller simpelthen ikke har lyst. En kosmetisk kirurg har ingen behandlingsplikt tilsvarende den som gjelder i somatiske sykehus etter pasientrettighetsloven kapittel 2. Også når det gjelder *avtaleinnholdet* har partene stor grad av frihet. Er kirurgen ikke spesialist i plastisk kirurgi, men har tillatelse til tilby kosmetiske inngrep etter forskriften om tillatelse, må vedkommende holde seg til de operasjoner som omfattes av tillatelsen. Kirurgen er dessuten bundet av forsvarlighetskravet *lege artis*, helsepersonelloven § 4 første ledd. Innenfor disse grenser står partene imidlertid fritt til å bli enige om indikasjon, inngrep og valg av teknikk.<sup>50</sup>

Et vesentlig moment som taler for å gi forholdet mellom pasient og kosmetisk kirurg rettssystematisk plass i avtale-/obligasjonsretten, er at pasienten i disse tilfellene *betaler fullt ut* for konsultasjon, operasjon, eventuelt sykehusopphold og etterkontroller. Pasienten ønsker seg en forbedring av sitt utseende og betaler for det. Klinikken/kirurgen yter kirurgiske tjenester for å oppnå økonomisk profitt. Forholdet mellom klinikk/kirurg og pasient er med andre ord gjensidig bebyrdende.

Det kosmetisk-kirurgiske behandlingsforholdet er imidlertid et spesielt kontraktsforhold i flere henseender. For det første er det særegent at realforpliktelsen består i bruk av kirurgisk kniv på kreditors legeme. At tjenesten er av medisinsk karakter, gjør at kontraktsforholdet har flere kontaktflater med forvaltnings- og helseretten. Det gjelder med hensyn til helsepersonellens (realdebitors og hans medhjelperes) autorisasjon og plikter, avtalens inngåelse og innhold, og pasientens (kreditors) rettigheter.

---

<sup>50</sup> Straffelovgivningen setter en ytre grense for hvilke inngrep kirurgen kan foreta på pasienten, i første rekke bestemmelsene om legemskrenkelser i almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10, §§ 228 og 229. Anvendelsen av disse bestemmelser, og spørsmålet om hvor langt § 235 i tilfelle vil kunne fritta for straff, behandles ikke nærmere her.

Når kirurgen har tilbudt en kosmetisk operasjon, må han/hun i utgangspunktet være bundet av sitt tilbud. Det må gjelde med unntak av de situasjoner hvor legen i ettertid oppdager forhold som gjør at inngrepet likevel ikke er forsvarlig, jevnfør helsepersonelloven § 4 første ledd. Hvor avtale om et kosmetisk inngrep er inngått, må også pasienten i utgangspunktet være bundet av sitt dispositive utsagn. Vedkommende kan bli møtt med misligholdssanksjoner hvis han/hun ikke møter operasjonsdagen. Utgangspunktet må imidlertid modifieres betydelig. Det følger av alminnelige ulovfestede regler om ytelse av personlig karakter, at debitor har rett til å avbestille ytelsen uten at han derved blir erstatningsansvarlig.<sup>51</sup> Det er opplagt at også pasienter ved kosmetisk kirurgi må innrømmes en avbestillingsadgang. Partenes tilbaketreddelsesrett og lovligheten av eventuelle avbestillingsgebyr er behandlet i kapittel 7 nedenfor.

### 3.3 Konklusjon

Drøftelsen ovenfor har vist at innvendingene mot å se lege- pasientforholdet gjennom avtalerettslige briller, ikke har samme styrke når det gjelder kosmetisk indisert kirurgi. Forholdet er spesielt i obligasjonsrettslig perspektiv, fordi realytelsen innebærer bruk av kirurgisk kniv på et friskt menneske. Kirurgens yrkesplikter som lege etter helsepersonelloven vil ha stor betydning for kartleggingen av dennes kontraktsforpliktelser. Likevel synes forholdet best å plasseres rettsystematisk i avtale-/obligasjonsretten.

---

<sup>51</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 235 avsn. 11.3.5. I enkelte tilfeller må imidlertid en adgang til å kreve avbestillingsgebyr antas å følge av kutyme.

## 4 Konsultasjon og avtaleslutning

### 4.1 Innledning

Inngåelse av avtale om kosmetisk kirurgi skjer normalt etter konsultasjon med kirurg. Helselovgivningen legger føringer på kirurgens opptreden på alle stadier i avtaleforholdet, herunder før avtaleinngåelse. Kosmetiske kirurger er underlagt strenge retningslinjer som skal sikre faglig og etisk forsvarlig virksomhet. Helsepersonelloven § 4 er en generalklausul, som pålegger helsepersonell et *forsvarlighetskrav* i forhold til alle sider av virksomheten. Bestemmelsen forplikter alt helsepersonell til ”å utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig”. På flere områder kan bestemmelsen tjene som supplement til spesifiserte plikter, eksempelvis helsepersonells informasjonsplikt overfor pasienten, hjemlet i lovens § 10 første ledd.

Til illustrasjon nevnes Statens helsepersonellnemnds vedtak av 21. juni 2005, som stadfestet Helsetilsynets advarsel. Klageren, som var spesialist i plastisk kirurgi, hadde fjernbehandlet en pasient ved inter alia å gi eksterne behandlere i oppdrag å sette botox-injeksjoner, trass i at pasienten led av en stadig tilbakevendende infeksjon i ansiktet som kirurgen ikke hadde journalført. Klageren ble ansett for å ha brutt forsvarlighetskravet for kosmetisk-medisinsk virksomhet, jevnfør helsepersonelloven § 4. Dessuten ble det konstatert overtredelse av journalføringsplikten, konferer samme lov §§ 39-40.

I følge Legeforeningens etiske regler for leger § 2, skal legen alltid ivareta pasientens interesse. I reglene for utøvelse av kosmetisk plastikkirurgi gjeldende for medlemmer av Norsk plastikkirurgisk forening (2003), presiseres i første avsnitts første punkt at pasientens beste alltid må være ”overordnet hensyn for virksomheten”.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Anvendelsesområdet for regelverket er etter overskriften å dømme begrenset til medlemmer av den plastikkirurgiske spesialistforeningen. Imidlertid må samme regler i betydelig grad kunne utledes av Legeforeningens generelle etiske regler og helsepersonellovens forsvarlighetskrav. Se nærmere om dette i avsn. 10.5.3.3.

Kirurgens *informasjonsplikt* etter helsepersonelloven er korresponderende med pasientens rett til informasjon etter pasientrettighetsloven §§ 3-2 og 3-5. Bestemmelsene må anvendes så langt de passer på det kosmetisk-kirurgiske behandlingsforholdet, slik det er redegjort for i avsnitt 1.4.3. Det innebærer blant annet at pasienten skal informeres om hva inngrepet består i ("*innholdet i helsehjelpen*"), og hvilke "*mulige risikoer og bivirkninger*" som er forbundet med inngrepet, jevnfør § 3-2 første ledd. "Risikoer" må i relasjon til kosmetisk kirurgi både omfatte helse- og estetiske risiki. Videre skal informasjonen tilpasses pasientens "*individuelle forutsetninger*", og kirurgen må forsikre seg om at "*pasienten har forstått innholdet og betydningen av opplysningene*", jevnfør § 3-5 henholdsvis første og annet ledd.

Personer som ønsker å få rettet på sitt utseende ved hjelp av kosmetisk kirurgi, kan innhente informasjon fra klinikkene på ulike måter. For det første har mange klinikker utfyllende informasjon om inngrepene som tilbys på deres respektive hjemmesider.<sup>53</sup> Her står det ofte litt om indikasjoner for inngrep, en god del om teknikkene som anvendes, og noe om vanlige risiki ved de forskjellige operasjoner. Dessuten besvarer de fleste klinikkene praktiske spørsmål (for eksempel om pris) per e-post og/eller telefon. Enkelte klinikker tilbyr også informasjonskonsultasjoner med sykepleier.<sup>54</sup>

Fremstillingen i de to følgende avsnitt bygger i stor grad på informasjon jeg har fått gjennom kontakt med spesialist i øre-nese-halssykdommer og plastisk kirurgi, Lars Haasted ved Christiania Park Klinikk, og jurist Marianne Kveim ved Dr. Kveims klinikk.

## 4.2 Bestemmelse av kosmetisk indikasjon

(1) *Om konsultasjonen.* Normalt møter pasienten til konsultasjon hos kirurgen som eventuelt skal utføre operasjonen, før avtale om inngrep inngås. Avtale inngås som regel

---

<sup>53</sup> Se f.eks. [www.ckl.no](http://www.ckl.no) og [www.nobelclinic.no](http://www.nobelclinic.no). På siden [www.eurocosmetic.no](http://www.eurocosmetic.no) kan interesserte laste ned informasjonshefter om ulike inngrep.

<sup>54</sup> F.eks. Fornebuklinikken, se <http://www.fornebuklinikken.no/index.php?id=139522>.

allerede etter én konsultasjon, men i tvilstilfeller får pasienten beskjed om å komme tilbake på et senere tidspunkt. Under konsultasjonen får pasienten mulighet til å danne seg et bilde av kirurgen og innhente opplysninger om vedkommendes kvalifikasjoner. Som nevnt er pasientens tillit til operatøren ofte et sentralt moment når pasienten skal velge klinikk. Det er derfor meget uheldig hvis konsultasjonen ikke foretas av den kirurgen som eventuelt skal utføre operasjonen.

Konsultasjonen har imidlertid også andre formål. Som regel skjer fastsettelsen av den kosmetiske indikasjon under konsultasjonen. Når pasienten har gjort rede for hva han/hun ønsker å få endret på, foretar kirurgen en undersøkelse av problemområdet. Det er viktig at kirurgen får klarhet i om det foreligger medisinske kontraindikasjoner, det vil si omstendigheter ved pasientens helsetilstand som øker risikoen for komplikasjoner ved inngrepet. I noen tilfeller benytter klinikkene egne helseerklæringskjemaer som fylles ut av pasienten på forhånd og leveres ved konsultasjon,<sup>55</sup> men som oftest spør kirurgen om pasientens helsetilstand under konsultasjonen.<sup>56</sup> Denne praksis er antagelig å foretrekke, fordi pasientens terskel for å gi feilaktige opplysninger trolig er høyere ansikt til ansikt med kirurgen.

En konsultasjon hos en kosmetisk kirurg koster rundt 500 NOK.<sup>57</sup> Ved enkelte klinikker er konsultasjonene gratis.<sup>58</sup> Undertiden tilbys refusjon av konsultasjonskostnaden dersom pasienten bestiller operasjon.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> F.eks. Fornebuklinikken: <http://www.fornebuklinikken.no/index.php?id=139523>

<sup>56</sup> Et spørsmål er hvorvidt kirurgen kan legge pasientens egne erklæringer om helsetilstand til grunn eller selv må gjennomføre undersøkelser av pasienten. Antagelig må kirurgen i stor grad kunne stole på pasientens opplysninger, med mindre pasientens opptreden gir grunnlag for det motsatte, eller opplysningene som trengs ligger utenfor det en pasient av tilsvarende alder og modenhetsgrad må kunne forventes å besitte.

<sup>57</sup> Prisantydningen er basert på sammenligning av prislister til Oslo Akuttens, Colosseumklinikken og Fornebuklinikken prislister.

<sup>58</sup> F.eks. Bergen kirurgiske sykehus: <http://www.bksykehus.no/plastikk/index.aspx?mid=1079&cat=1302&id=1329>

<sup>59</sup> Se f.eks. Colosseumklinikken prislister: <http://www.colosseumklinikken.com/Oslo/priserO.htm>

Som hovedregel tas avgjørelsen om pasienten bør opereres (herunder om det foreligger kosmetisk indikasjon) etter at pasienten har møtt fysisk til konsultasjon. Enkelte klinikker tilbyr imidlertid *telefonkonsultasjoner*, etter at pasienten på forhånd har innsendt bilder av sitt problemområde.<sup>60</sup> Fordelen med denne type konsultasjon er selvfølgelig at pasienten ikke trenger å møte fysisk. Særlig praktisk er det hvor pasienten bor langt fra klinikken. Ulempen er imidlertid at partene ikke får anledning til å vurdere hverandre ansikt til ansikt. Som neste avsnitt vil vise, må kirurgen foreta en omfattende vurdering av pasienten, for å forsikre seg om at et eventuelt inngrep vil være til pasientens beste. Det er grunn til å sette spørsmålsteget ved om det lar seg gjøre ved telefonkonsultasjon. En slik praksis er etter mitt syn betenkelig i forhold til forsvarlighetskravet, i sær hvor avtale inngås direkte på basis av telefonkonsultasjonen. Trolig vil dessuten pasienten bedre kunne demonstreres den estetiske gevinst som kan oppnås ved personlig fremmøte. Dette gjøres ofte ved hjelp av tegninger, demonstrasjoner eller fotomanipulering, som ikke lar seg formidle over telefon. Av disse grunner er det vanlig at klinikkene forbeholder seg retten til å avvise pasienten helt til vedkommende møter på operasjonsdagen.<sup>61</sup> Det må imidlertid antas at terskelen for hjemsendelse da er ganske høy, både fordi pasienten har forberedt seg og fordi klinikken har reservert tid for operasjon.

(2) *Kirurgens plikter under konsultasjonen.* Forsvarlighets- og informasjonskravet pålegger kirurgen omfattende forpliktelser under konsultasjon. Det påligger kirurgen å vurdere en rekke faktorer, heriblant pasientens fysiske og psykiske helse, sannsynligheten for et godt resultat samt risikoen for det motsatte, risikoen for komplikasjoner, sannsynligheten for at pasienten blir fornøyd, om han/hun er i stand til å utføre inngrepet fagmessig og så videre.

---

<sup>60</sup> Se f.eks. <http://www.nobelclinic.no/send-oss-bilder-for-konsultasjon.311444-27845.html>

<sup>61</sup> Dr. Erik Dillerud hevder at hans klinikk ”aldri tar helt endelig standpunkt til inngrepets art før pasienten selv møter opp operasjonsdagen”, Dillerud, s. 5. Kirurgen må endog kunne gå så langt som å avvise pasienten, hvis det er klart at han/hun ikke bør opereres.

Kartlegningen av medisinske kontraindikasjoner er *særlig* viktig ved kosmetiske operasjoner som ikke er nødvendig av hensyn til pasientens liv og helse. I den forbindelse er det sentralt å få kjennskap til pasientens tidligere medisinske problemer. I følge spesialist i plastisk kirurgi (etter amerikanske spesialistregler), og sjefsredaktør av *International Journal of Cosmetic Surgery*, Melvin A. Shiffman, er det særlig viktig at kirurgen får kjennskap til tidligere blødninger, om pasienten lett får blåmerker, blodproppendens, diabetes, hjertesykdommer, lungesykdommer, kreft, medisiner, allergier og tidligere operasjoner på samme legemssted.<sup>62</sup>

Informasjonsplikten er også sentral under konsultasjon. For at pasienten skal settes i stand til å ta en fri og veloverveid beslutning, må vedkommende gis et realistisk bilde av hva han/hun kan vente seg, opplyses om helserisiki og risikoen for et uheldig estetisk resultat, samt informeres om hvordan et uheldig resultat eventuelt kan utbedres.

Kveim anfører at kirurgens vurdering av hvorvidt pasienten bør opereres særlig bygger på tre momenter.<sup>63</sup> For det første må kirurgen ta standpunkt til hvilken ”*gevinst*” pasienten kan oppnå, sett i forhold til ulemper operasjonen medfører. Gevinsten må vurderes ut ifra både ren estetisk forbedring som kan oppnås (tatt i betraktning pasientens forutsetninger), og pasientens ønske om å få avviket redusert/fjernet. Dersom pasienten er sterkt plaget (for eksempel av store brystvorter), vil pasienten kunne ha stor gevinst av et inngrep (brystvortereduksjon), selv om den estetiske forbedringen skulle være minimal (for eksempel pga arr). Sekundært må kirurgen vurdere både *helsorisiki og risikoen for at den ønskede estetiske gevinst ikke oppnås*. Undertiden er det slik at risikoen for komplikasjoner øker, jo større gevinst som søkes oppnådd. Som eksempel nevner Kveim at effekten av en ansiktsløftning blir kraftigere samtidig som risikoen for uheldig sårtilheling øker, jo lenger frem kirurgen løsner huden og jo mer han/hun strammer den. Tilsvarende gjelder for eksempel ved brystforstørrelse, hvor implantasjon av store proteser gir større

---

<sup>62</sup> Melvin A. Shiffman, *Medical Liability Issues In Cosmetic And Plastic Surgery*, Medicine and Law, 24 – 2005.

<sup>63</sup> Kveim, s. 27-29.



komplikasjonsfare.<sup>64</sup> For det tredje må kirurgen vurdere pasientens ”forventninger” og om disse svarer til den estetiske gevinst som kan oppnås. Dersom pasienten har urealistiske forventninger til forbedringen som kan oppnås, er sannsynligheten stor for at vedkommende ikke blir tilfreds med resultatet. Pasienten bør da bare opereres hvis forventningene nedjusteres.

Kveim poengterer at legen i relasjon til pasientens forventninger må foreta en psykisk vurdering av pasienten under konsultasjonen, og at det er pasienten som er ”psykisk og sosialt veltilpasset” som er ”best egnet for en kosmetisk operasjon”. Uansett er det klart at kirurgen under konsultasjonen må forsikre seg om at det virkelig er det utseendemessige avvik som plager pasienten, og at plagene ikke skyldes psykiske problemer. I sistnevnte tilfelle vil sannsynligheten være stor for at en kosmetisk operasjon ikke vil bedre pasientens livskvalitet.

Blant psykiske problemer kirurgen bør være spesielt årvåken i forhold til, er den psykiatriske lidelsen *body dysmorphic disorder* (forkortet BDD). Lidelsen kjennetegnes av en forstyrret oppfatning av eget utseende, og ekstremt kritisk holdning til enkelte kroppsdelene, eksempelvis huden, nesen, brystene eller maven.<sup>65</sup> Enkelte undersøkelser indikerer at mellom syv og femten prosent av de som oppsøker kosmetiske kirurger, lider av BDD.<sup>66</sup>

### 4.3 Hvordan forespeiles pasienten hvilket resultat som kan oppnås?

Fra en juridisk synsvinkel er det sentralt hvordan pasienten forespeiles et resultat dersom kirurgen bestemmer seg for å operere vedkommende. Hvis kirurgen oppnår dette resultat, og i tillegg oppfyller sine biforpliktelser (avsnitt 6.2 nedenfor), vil det jo ikke foreligge mislighold på kirurgens hånd. Resonnementet kan imidlertid ikke forstås antitetisk.

---

<sup>64</sup> Erik Dillerud, *Aylar – syk av silikon?*, <http://www.fornebuklinikken.no/aylar-syk-av-silikon.273546-23219.html>.

<sup>65</sup> Katharine A. Phillips, *The Broken Mirror: Understanding and Treating Body Dysmorphic Disorder*, 2. utg., New York 2005, s. 26 flg. og [http://en.wikipedia.org/wiki/Body\\_dysmorphic\\_disorder](http://en.wikipedia.org/wiki/Body_dysmorphic_disorder).

<sup>66</sup> <http://www.dagbladet.no/dinside/2001/11/05/293043.html>

Misligholdsvurderingen ved kosmetisk kirurgi er undertiden komplisert og sammensatt (se kapittel 8 nedenfor).

Dersom kirurgen før avtaleinngåelse skaper urealistiske forventninger hos pasienten, kan dette tenkes å konstituere en tilblivelsesmangel som kan medføre ugyldighet, konferer avtaleloven §§ 33 og 36.<sup>67</sup> Denne problemstillingen forfølges imidlertid ikke nærmere her.

Spørsmålet om hvordan pasienten forespeiles et resultat, angår kjernen i kirurgens informasjonsplikt. Skal pasienten settes i stand til å foreta en veloverveid beslutning om operasjon, må vedkommende opplyses på en forståelig måte om hva som er et realistisk resultat. Forsvarlighetskravet innebærer enn videre at informasjonen som gis er nøktern, og at kirurgen tilstreber å korrigere eventuelle urealistiske forventninger pasienten måtte ha. I det videre gjøres det rede for og drøftes måter pasienten kan forespeiles et resultat på.

Uansett hvilken metode som benyttes er det av bevismessig betydning at den kosmetiske indikasjonen journalføres så presist som mulig. I USA er det stadig vanligere at det gjøres opptak av konsultasjonssamtaler for å hindre tvil om hva som er sagt og gjort.

Beskrivelse av indikasjonen og måten denne er formidlet til pasienten på, er omfattet av kirurgens journalføringsplikt. Helsepersonelloven §§ 39 konferer 40, pålegger kirurgen å føre journal over ”*relevante og nødvendige opplysninger om pasienten og helsehjelpen*” i samsvar med ”*god yrkesskikk*”. Etter pasientrettighetsloven § 3-5 tredje ledd skal også ”[o]pplysning om den informasjon som er gitt” journalføres.

Kirurgen forsøker alltid å *forklare muntlig* for pasienten hvilken gevinst som kan oppnås, uansett om kirurgen i tillegg illustrerer resultatet pasienten kan forvente på annen måte. Ofte er muntlig forklaring av hva som kan gjøres og oppnås det eneste pasienten har å forholde seg til. Ved brystforstørrelse er det vanlig at pasienten får prøve proteser i bhen. At pasienten bare får forklart den estetiske gevinst han/hun kan forvente, har åpenbare negative sider. Forklaringer kan være av varierende kvalitet, og selv om det gjerne benyttes

---

<sup>67</sup> Woxholt, *Avtalerett*, 5. utg., Oslo 2003, s. 342 flg. og s. 382.

speil, kan det være vanskelig for pasienten å forestille seg resultatet. Ved et eventuelt misligholdskrav fra pasienten, er det dessuten vanskelig å dokumentere hvilket resultat pasienten muntlig ble forespeilet under konsultasjonen.

Det kan likevel hevdes at en god muntlig forklaring er den beste måten å gi pasienten realistiske forventninger på. Det skyldes blant annet at det endelige resultatet i stor grad vil avhenge av pasientens utgangspunkt.<sup>68</sup> En stor og klumpet nese vil for eksempel ofte fordre at både ben- og bruskskjelettet endres. I et slikt tilfelle vil sannsynligheten for at kirurgen ikke når et optimalt resultat være større enn hvis bare en benkul på neseryggen skal fjernes. Dessuten har personlige og genetiske forhold betydning for eksempel for sårtilheling og arrdannelse.<sup>69</sup> Når kirurgen forklarer (uten hjelp av illustrasjoner) hvilket resultat han/hun vil søke å oppnå, kan risikoen for at pasienten får urealistiske forventninger minimaliseres.

Som supplement til muntlige forklaringer, hender det kirurgen *tegner* eller *viser tegninger* for at pasienten skal kunne forestille seg resultatet av inngrepet han/hun vurderer. Det kan reises flere innvendinger mot denne metoden. En innvending som ligger i dagen er at pasienten er prisgitt kirurgens tegneferdigheter. En annen er at pasienten kan danne seg en detaljert billedlig forestilling av et bestemt resultat, som kirurgen kanskje ikke evner å oppnå. Følgelig er det meget viktig at kirurgen gjør det klart at tegningen bare representerer en målsetting, og at pasienten ikke kan forventes at resultatet vil bli som tegningen viser. Ved et eventuelt misligholdskrav kan det være en bevismessig fordel hvis pasienten har fått med seg tegningen, eller tegningen er tatt vare på. Selv om pasienten ikke kan forvente at resultatet er identisk med tegningen, må tegningen i alle fall kunne gi en pekepinn på hva pasienten kan forvente.

Dillerud hevder at pasienten ”*har grunn til å være forsiktig*” dersom kirurgen ikke har eller vil vise pasienten *før- og etterbilder* av sine tidligere pasienter.<sup>70</sup> Påstanden må forstås slik

---

<sup>68</sup> Kveim, s. 28.

<sup>69</sup> Op.cit. s. 23.

<sup>70</sup> Dillerud, s. 18.

at det siktes til tidligere pasienter med samme eller lignende kosmetiske indikasjon; skal kirurgen foreta en ansiktsløftning på pasienten, er det til liten nytte for pasienten om kirurgen viser bilder av fettsugde pasienter. Mange klinikker tilbyr pasienten å se før- og etterbilder under konsultasjon (man kan til og med bli tilsendt slike bilder før konsultasjon er avtalt).<sup>71</sup> Dersom kirurgen har operert på grunnlag av en nesten identisk kosmetisk indikasjon tidligere, er det klart at før- og etterbilder av disse pasienter kan gi en pekepinn på hva pasienten kan forvente seg. På samme måte som for tegninger, kan før- og etterbilder tenkes å være av bevismessig betydning ved et eventuelt misligholdskrav.

Med hjemmel i helsepersonelloven § 13, vedtok Helse- og omsorgsdepartementet 7. januar 2005 Forskrift om markedsføring av kosmetiske inngrep. Forskriftens § 5 forbyr eksplisitt bruk av før- og etterbilder i markedsføringen av kosmetiske inngrep. I Helsetilsynets pressemelding 6/2006 av 3. april 2006, ble det avdekket at mange klinikker bryter dette forbudet. Forskriften er imidlertid ikke til hinder for at kirurgen viser pasienter før- og etterbilder under konsultasjon, da dette ikke regnes som markedsføring i relasjon til forskriften.

Det er likevel flere betenkeligheter ved bruk av før- og etterbilder under konsultasjon.<sup>72</sup> For det første er det vanskelig å si om kirurgens utvalg av bilder er representativt for hans gjennomsnittlige resultater, eller om han/hun har plukket ut de beste. Er det sistnevnte tilfellet, vil bildene kunne ha direkte villedende virkning for pasientens forventninger til resultatet. Som nevnt vil dessuten pasientens personlige forutsetninger kunne ha betydning. Resultatet av en brystreduksjon på en middelaldrende kvinne, vil som regel ikke bli like godt som på en ung kvinne, selv om pasientene har identisk brystmål i utgangspunktet. Ved bruk av før- og etterbilder er det derfor meget viktig at kirurgen presiserer at pasienten ikke nødvendigvis kan vente seg et like godt resultat som bildene viser.

Ved *digital manipulasjon av bilder* av pasienten, kan kirurgen demonstrere hvordan pasienten vil bli seende ut etter operasjonen. Hvor utbredt denne metoden er i Norge vites ikke. Fotomanipulasjon er imidlertid vanlig i utlandet (særlig i USA), og benyttes blant

---

<sup>71</sup> Se f.eks. <http://www.bunas.no/index.php> hvor det opplyses at før- og etterbilder sendes ved henvendelse.

<sup>72</sup> Ole André Oftebro, *Når pasienten er forbruker*, Aftenposten 20.12.2006.

annet ved Akademiklinikken i Stockholm i Sverige, som har mange tilreisende norske pasienter. Fordelene og ulempene ved fotomanipulasjon er i det vesentlige de samme som ved bruk av tegninger. Imidlertid er virkningene sterkere, både i positivt og negativt henseende. Eksempelvis er det egnet til å skape store forventninger til resultatet av en neseoperasjon, når pasienten ser et bilde av seg selv med den nesen han/hun alltid har ønsket seg. Det kreves da sterkere presiseringer fra kirurgens side, dersom resultatet ikke kan forventes å bli slik bildet viser.

## 5 Kontraktpraksis

### 5.1 Kort om innholdet i noen standardkontrakter ved kosmetisk kirurgi

Mange klinikker benytter seg av skriftlige standardkontrakter. En gjennomgang av standardkontraktene jeg har fått tilgang til (se appendiks),<sup>73</sup> viser at det i hovedsak er pasientens forpliktelser som nedfelles skriftlig. I avtalene fra tre av fire klinikker er vederlagets betaling presisert. Videre er pasienten pålagt å betale et avbestillingsgebyr etter varierende beregningsmetode (se mer om standardiserte avbestillingsgebyr under avsnitt 7.3 nedenfor). Ved underskrift av standardkontraktene I, II, IV og V bekrefter pasienten dessuten å ha mottatt informasjon om inngrepet og de komplikasjoner som kan oppstå. I standardkontraktene I, III og V er det angitt flere forholdsregler pasienten må ta før og etter inngrepet.

Det bemerkes at standardkontraktene som regel hverken signeres av kirurgen eller en annen representant for klinikken. Når pasienten har underskrevet kontraktsformularet, kan det imidlertid ikke være tvil om at avtalen er vedtatt av begge parter. Utlevering av standardkontraktsformularet til pasienten må likestilles med kirurgens signatur, dersom kirurgens disposisjon ikke kan utledes av dennes opptreden eller muntlig avtale.

I standardkontrakt V fremgår det avslutningsvis hvilken protesetype og -størrelse som er avtalt. Innholdet i kirurgens/klinikkens forpliktelser er for øvrig i liten grad presisert i standardkontraktene, utover at det angis tid og sted for inngrepet og eventuelt type operasjon. Det er for så vidt naturlig at det ikke presiseres i detalj hva selve inngrepet innebærer eller hvilket resultat som kan forventes. Operasjonsbeskrivelser kan være meget utførlige, og som det redegjøres for i avsnitt 6.3.2 nedenfor, er kirurgen som regel ikke forpliktet til å oppnå et bestemt resultat. Avtalene kunne imidlertid med fordel presisert hva

---

<sup>73</sup> Kontraktene er anonymisert etter ønske fra klinikkene. De betegnes her henholdsvis som standardkontrakt I, II, III, IV og V. Standardkontrakt IV og V benyttes ved samme klinikk. Mens standardavtale IV er den generelle avtale som benyttes ved ulike typer inngrep, benyttes avtale V ved brystforstørrelsesoperasjoner. Denne tar sikte på å opplyse om de spesielle forhold som gjør seg gjeldende ved implantasjon av brystproteser.

vederlaget dekker (operasjon, etterfølgende konsultasjoner, eventuell behandling av komplikasjoner med videre). Kirurgens målsetninger kunne undertiden også tenkes presisert, i tilfelle neseoperasjon for eksempel ved formuleringen: ”kirurgen vil etter beste evne avsmale og senke neseryggen”. Ved inngrep som innbefatter proteseimplantasjon, ville det likeledes være naturlig at protesetype og -størrelse fremgikk av avtaledokumentet.

Kontraktene presumerer med få unntak ikke å regulere partenes misligholdsbeføyelser. To av kontraktene inneholder imidlertid bestemmelser om detensjonsrett i tilfelle pasienten misligholder sin betalingsforpliktelse. Standardkontrakt I presiserer dessuten at klinikken har ”rett og plikt til å justere et mindre tilfredsstillende resultat ved nytt inngrep”. Holdbarheten av denne bestemmelse behandles i følgende avsnitt.

## 5.2 Tolkning og utfylling av avtaler om kosmetisk kirurgi

Som nevnt er kirurgens/klinikkens forpliktelser i liten grad regulert i standardkontraktene. Innholdet i forpliktelsene beror følgelig i større grad på hva som er muntlig avtalt. ”Avtale” benyttes i det følgende om det samlede innhold av skriftlig kontrakt og muntlig avtale.<sup>74</sup>

En avtale om et kosmetisk-kirurgisk inngrep må som alle andre avtaler *fortolkes* for at kontraktens rettsvirkninger skal kartlegges. Alminnelig tolkningslære tilsier at det tas utgangspunkt i en objektiv forståelse av ordlyden og avtalens utforming. I den grad en slik fortolkning ikke gir svar, må det sees hen til omstendigheter som kan belyse partenes intensjoner. Partenes opptreden vil for eksempel kunne ha betydning her. Ofte vil det ha lite for seg å lete etter partenes mening med standardvilkår, fordi partene (eller én av dem) overhodet ikke har reflektert over ordlydens utforming.<sup>75</sup> Pasienten kan for eksempel ikke

---

<sup>74</sup> Selv om det hersker alminnelig formfrihet ved avtaleinngåelse, er det som kjent vanskeligere å sikre notoritet over det som er muntlig vedtatt. Disse bevissspørsmål behandles ikke i inneværende fremstilling, men det påpekes at pasientjournal og eventuelt utleverte illustrasjoner eller dokumenter vil kunne være av bevismessig verdi ved tvil om avtalens innhold.

<sup>75</sup> Woxholt, *Avtalerett*, s. 462.

antas å ha reflektert særlig over utformingen av de enkelte vilkår. Lar det seg ikke gjøre å påvise en felles partsintensjon, må løsningen baseres på betraktninger om hva som er hensiktsmessig og rimelig.

Ved tolkningen av standardkontraktene må det dessuten tas hensyn til at pasienten er forbruker. Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 21. mai 1918 nr. 4 (avtaleloven) § 37 første ledd punkt 3, tar sikte på å styrke forbrukerens stilling i så måte. Bestemmelsen etablerer et prinsipp om at uklarhet skal tolkes i forbrukers favør. Når det i standardavtalene benyttes begreper som ”behandlings-” eller ”operasjonskostnad”, må disse antas å sikte til fullt vederlag (som dekker operasjoner, etterkontroller med videre), da avtaledokumentet ikke opplyser om ytterligere kostnader for pasienten.

Partenes opptreden etter avtaleinngåelse vil sjelden si særlig meget om forpliktelsenes innhold ved kosmetisk kirurgi. Hvor avtalen etter en konkret tolkning ikke gir svar, og en felles forståelse av forpliktelsene heller ikke kan utledes av partenes opptreden, må avtalen *utfylles med bakgrunnsrett*. De følgende kapitler om partenes forpliktelser og beføyelser i tilfelle mislighold, vil i hovedsak utgjøre et bakteppe av deklarasjonsrett.

Dette betyr imidlertid ikke at partene står fritt i utformingen av avtalevilkår eller at ethvert standardvilkår vil stå seg. For det første er det grenser for hva som fritt kan avtales. Forsvarlighetskravet, som gjelder alle sider av kirurgens virksomhet, kan kirurgen aldri fraskrive seg. Uforsvarlig opptreden eller ditto inngrep kan med andre ord ikke legitimeres ved pasientens samtykke. En slik avtale vil være ugyldig i sin helhet, jevnfør Norske Lov 5-1-2.<sup>76</sup> Noe annet er selvfølgelig at grensen for hva som er et forsvarlig inngrep vil kunne bero på pasientens behov for inngrepet. Avtalevilkåret i standardkontrakt I, som gir kirurgen ”rett og plikt” til å korrigere resultatet, er også problematisk. For det første kan vilkåret synes å innebære en såkalt defensiv rett til å utbedre resultatet, altså at kirurgen kan

---

<sup>76</sup> Se om hhv. *hel* og *delvis* ugyldighet op.cit. s. 313.



møte pasientens misligholdskrav med et rettekraft. Et slikt vilkår kan ikke være gyldig. At kirurgen ønsker å rette selv om pasienten er fornøyd, kan ikke aksepteres, selv om dette nok er en upraktisk problemstilling. Men heller ikke hvor pasienten gjør gjeldende misligholdsbeføyelse grunnet mangelfull utførelse med uheldig resultat, kan kirurgen kreve å utbedre resultatet, se om dette i avsnitt 10.2.2 in fine nedenfor. Det må også være på det rene at klausulen ikke gir pasienten rett til å tvinge kirurgen til å foreta korreksjonsoperasjon, hvis kirurgen mener et slikt inngrep er uforsvarlig.

Avtalevilkår vil videre kunne revideres eller bortfalle helt etter avtaleloven § 36, i den grad avtalen som helhet er ”urimelig (...) å gjøre (...) gjeldende”. Som forbrukeravtale er en avtale om kosmetisk kirurgi i kjerneområdet for bestemmelsens anvendelse. I avsnitt 7.3 nedenfor reises innvendinger mot noen av klausulene i standardavtalene som omhandler avbestillingsgebyr, blant annet fordi gebyrene i enkelte tilfeller kan bli meget høye. Slike klausuler vil undertiden være i strid med forsvarlighetskravet, hvilket i utgangspunktet tilsier at avtalen som sådan er ugyldig. Imidlertid vil klausulene også kunne sensureres med hjemmel i avtalelovens § 36 første ledd, jevnfør annet ledd ”avtalens innhold”. Et høyt avbestillingsgebyr, som ikke svarer til klinikkens/kirurgens faktiske tap, vil skape en urimelig ubalanse mellom ytelsene i avtaleforholdet.

## 6 Partenes forpliktelser

### 6.1 Innledning

Obligasjonsrettslig sondres det mellom avtalepartenes forpliktelser. Ved kjøp av en vare eller tjeneste vil *real kreditor* som regel ha en forpliktelse til å betale en bestemt sum penger til en bestemt tid (pengeforpliktelse), mens *realdebitor* plikter å levere den tings- eller tjenesteytelse som er avtalt (realforpliktelse). Normalt vil disse forpliktelsene være hjemlet i avtalen og utgjøre partenes *hovedforpliktelser*.<sup>77</sup> I tillegg vil det undertiden påligge partene mer eller mindre krevende *biforpliktelser*, som ikke nødvendigvis er hjemlet i avtalen, men også kan utspringe av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.<sup>78</sup>

### 6.2 Pasientens forpliktelser

#### 6.2.1 Utgangspunkter

Ved avtale om kosmetisk kirurgi vil pasienten være kreditor for den kontraktsrettslige forpliktelse, fordi han/hun har krav på kirurgens ytelse.<sup>79</sup> Pasienten vil i et slikt avtaleforhold både ha hoved- og biforpliktelser.

#### 6.2.2 Pasientens hovedforpliktelse

*Pasientens hovedforpliktelse* er å betale det avtalte vederlag til avtalt tid. Dersom vederlagets størrelse ikke følger av avtalen, må det fastsettes i tråd med den alminnelige obligasjonsrett. I norsk kontraktslovgivning er hovedregelen at kreditor skal betale ”*gjengs pris*” i tilfelle vederlaget ikke er avtalt på forhånd, se for eksempel lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34 (forbrukerkjøpsloven) § 37 første ledd, lov om kjøp 13. mai 1988 nr.

---

<sup>77</sup> Om sondringen mellom partenes hoved- og biforpliktelser, se Mads Bryde Andersen/Joseph Lookofsky, *Lærebog i obligationsret I*, 2. utg., København 2005, s. 39-41; Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, 2. utg. Oslo 2002, s. 58-59.

<sup>78</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 112-113.

<sup>79</sup> Op.cit. s. 109 flg.

27 (kjøpsloven) § 45 første ledd og håndverkertjenesteloven § 32 første ledd. Med ”gjengs pris” forstås alminnelig pris ”på avtaletiden for samme slags ting solgt under tilsvarende forhold, for så vidt prisen ikke er urimelig”, jevnfør kjøpsloven § 45 første ledd. Dette svarer til UNIDROIT Principles Art. 5.7 (1), som lyder: ”Where a contract does not fix or make provisions for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances (...).”<sup>80</sup>

Som det følger av sitatet ovenfor, gjør norsk kontraktslovgivning unntak fra hovedregelen om gjengs pris, når den ville være ”urimelig”. Tilsvarende unntak er ikke gjort i UNIDROIT Principles Art. 5.7 (1), men det er presisert i kommentaren til bestemmelsen at slikt unntak kan følge implisitt av kravene til rimelighet (”*reasonableness*”) som følger av andre bestemmelser i UNIDROIT Principles. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg at gjengs pris for en kosmetisk operasjon skal kunne anses ”urimelig”.

For de vanligste kosmetiske operasjoners vedkommende vil det være forholdsvis enkelt å fastsette hva som er gjengs pris, ved å sammenligne priser fra forskjellige klinikker. Det bør presiseres at gjengs pris ikke nødvendigvis er det gjennomsnittlige vederlag. Prisen må fastsettes ut ifra hva som er alminnelig under ”tilsvarende forhold” (”*comparable circumstances*”). I denne vurderingen kan for eksempel operasjonsteknikk, om operasjonen foretas med anestesilege tilstede, om operasjonen foretas med lokalbedøvelse eller i full narkose, operatørens kvalifikasjoner, klinikkens anerkjennelse og beliggenhet være av betydning. Utføres et plastikkirurgisk inngrep i sedasjon av en spesialist i generell kirurgi ved en liten klinikk, vil gjengs pris være lavere enn hvis inngrepet foretas ved en stor og

---

<sup>80</sup> PECL Art. 6:104 avviker fra dette og angir som hovedregel at vederlaget skal settes til “*reasonable price*”, når det ikke følger av avtalen. Regelen om gjengs pris, slik den er utledet ovenfor, må likevel antas å uttrykke rettstilstanden etter den alminnelige obligasjonsrett, se Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 72; Bryde Andersen/Lookofsky, s. 100.

velrenommert klinikk av en spesialist i plastikkirurgi, i full narkose og med anestesilege tilstede.

Undertiden er det derimot vanskeligere å fastsette gjengs pris for inngrepet som er avtalt. Det kan for det første være tilfellet hvor pasienten har behov for en helt individuelt tilpasset operasjon, for eksempel hvor pasienten har asymmetrisk hakeparti som nødvendiggjør nedfiling av hakebenet på den ene siden og installasjon av protese eller injeksjon av "filler" på den andre. For det annet kan det være at partene har inngått en avtale om et inngrep som vanligvis ikke utføres i Norge, for eksempel penisforlengelse.<sup>81</sup>

UNIDROIT Principles Art. 5.7 (1) in fine angir at kreditor i slike tilfeller skal betale "*a reasonable price*". Dette samsvarer med norsk kontraktslovgivning. Kjøpsloven § 45 uttrykker det for eksempel slik: "*Er det ingen slik gjengs pris, må kjøperen betale det som er rimelig under omsyn til tingens art og godhet og tilhøva ellers.*"

Hva som er "rimelig pris" for et kosmetisk inngrep, vil blant annet bero på hvor komplisert og tidkrevende inngrepet er, hvor mye lignende inngrep koster, foruten de momenter som er nevnt i vurderingen av gjengs pris ovenfor.

Det kan tenkes at heller ikke *tidspunktet for vederlagsbetalingen* følger av kontraktsdokument (se for eksempel standardkontrakt I) eller muntlig avtale. I så fall må også dette punkt utfylles i tråd med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

Prinsippet om ytelse mot ytelse tilsier samtidig utveksling av ytelsene.<sup>82</sup> Dette er også hovedregelen i norsk kontraktslovgivning, se til illustrasjon kjøpsloven § 49 første ledd, som presiserer at selger ikke kan kreve betaling "*før tingen blir overlevert kjøperen eller stilt til hans rådighet*" dersom ikke det følger av avtalen. Ved kosmetisk kirurgi vil imidlertid samtidig utveksling av real- og pengeforpliktelsen ikke være praktisk

---

<sup>81</sup> Roald, s. 137.

<sup>82</sup> Se om det såkalte samtidighetsprinsippet i Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 352.

gjennomførbar. I slike tilfeller er den alminnelige regel at realdebitor yter først.<sup>83</sup> Regelen er blant annet nedfelt i UNIDROIT Principles Art. 6.1.4 (2), når ”(...) *the performance of only one party requires a period of time (...)*”.

Terskelen for å fravike alminnelige regler til vern av realkreditor, vil være særlig høy hvor denne er forbruker. Kirurgen/klinikken er den profesjonelle part (som eventuelt utformer standardavtalen som benyttes), og det er denne som har en særlig interesse i å klargjøre pasientens betalingsforpliktelse. Hvis betalingstidspunktet ikke har kommet til uttrykk i avtalen, synes det i utgangspunktet unaturlig å legge til grunn en unntaksregel til fordel for den profesjonelle part.

I kommentaren til UNIDROIT-bestemmelsen åpnes det imidlertid for at hovedregelen kan fravikes når det foreligger særlige omstendigheter (”[c]ircumstances”) som taler for det. En avtale om kosmetisk kirurgi er et særegent kontraktsforhold, og det er flere betenkeligheter knyttet til å gi regelen om etterskuddsbetaling gjennomslag her. I samsvar med hovedregelen, ville kirurgen ha rett til å kreve betaling straks etter operasjonen er gjennomført, konferer lov om gjeldsbrev 17. februar 1939 nr. 1 (gjeldsbrevlova) § 5 første ledd annen periode. Rett etter inngrepet kan det derimot virke både ubeleilig og ufølsomt å belemre pasienten med betalingskrav. I enkelte tilfeller vil pasienten heller ikke være i stand til å gjennomføre betalingen (for eksempel på grunn av anestesi, smerter, behov for å ligge i ro for å unngå blødninger og så videre). Følgelig vil vedkommende undertiden måtte innrømmes opptil flere dagers betalingshenstand hvis han/hun skal betale på etterskudd. Det vil samstemme dårlig med prinsippet om ytelse mot ytelse, og være urimelig av hensyn til kirurgen/klinikken.

Formålet bak regelen om etterskuddsbetaling er å sikre realkreditor sikkerhetsrett og legge et oppfyllelespress på realdebitor (detensjonsrett). Umiddelbart etter inngrepet kan pasienten imidlertid ofte være i tvil om kontraktsmessig oppfyllelse har funnet sted,

---

<sup>83</sup> Selvig og Hagstrøm, *Kontraktsrett til studiebruk Hefte 2*, Oslo 1997, s. 53-54; Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 360; Jan Hellner, *Speciell avtalsrätt II*, Stockholm 1996, s. 212.

eksempelvis hvor brystene er hovne og smertefulle, gipsskjoldet over nesen har en kul, ansiktshuden er unaturlig stram og misfarvet, og arrene ser stygge ut. Selv om det skulle dreie seg om helt normale omstendigheter, vil pasienten i slike tilfeller kunne vegre seg for å betale. Hvor pasienten ikke umiddelbart blir fornøyd, vil etterskuddsbetaling følgelig gi pasienten et uholdbart sterkt pressmiddel.<sup>84</sup>

Av disse grunner må kirurgen/klinikken, etter mitt syn, kunne kreve at pasienten betaler før inngrepet finner sted.

### 6.2.3 Pasientens biforpliktelser

Pasienten vil i tillegg ha mindre sentrale forpliktelser, *biforpliktelser*. Som kreditor må pasienten lojalt medvirke til at kontrakten oppfylles. Av pedagogiske grunner finner jeg det naturlig å inndele pasientens biforpliktelser etter forfallstidspunkt.

*Under konsultasjon* må pasienten gjøre sitt for at kirurgen forstår hva han/hun ønsker å oppnå ved inngrepet. Særlig må det gjelde dersom pasienten har spesielle ønsker; han/hun ønsker for eksempel krumning på neseryggen eller hun ønsker dråpeformede bryster. Det må videre kunne forventes at pasienten oppgir riktige opplysninger, for eksempel om helsetilstand og medikamentbruk.

*Før operasjonsdagen* må pasienten foreta de forberedelser kirurgen har bedt om. Det kan dreie seg om påbud om å vaske seg med antibakteriell såpe, stoppe bruken av visse medisiner eller kosttilskudd (for eksempel er det vanlig at pasienten bes slutte med blodfortynnende medisiner som acetylsalisylsyre, vitamin E- og Omega3-tilskudd en stund før operasjonsdagen),<sup>85</sup> eller faste et visst antall timer før operasjonen.

---

<sup>84</sup> Undertiden kan det ta måneder og år før det endelige resultat viser seg, se avsn. 9.2 nedenfor.

<sup>85</sup> Se f.eks. <http://www.colosseumklinikken.com/Oslo/brystforstorrelseO.htm>

*På operasjonsdagen* må pasienten møte til fastsatt tid, og om nødvendig fastende. Etter inngrepet må pasienten lojalt følge de instruksjoner han/hun får. Av hensyn til pasientens helse og det endelige resultat, kan det for eksempel være viktig at pasienten holder seg i ro og lar være å berøre det behandlede område i en viss tid.

*Etter operasjonen* vil pasienten blant annet være forpliktet til å møte til avtalt tidspunkt for fjerning av bandasje, plaster og/eller kompressplagg og til eventuelle etterkontroller. I fall det oppstår komplikasjoner (for eksempel infeksjon), må han/hun snarest kontakte klinikken.

### 6.3 Klinikken / kirurgens forpliktelser

#### 6.3.1 Utgangspunkter

Ved avtale om kosmetisk kirurgi vil kirurgen være debitor for den kontraktsrettslige forpliktelse, fordi han/hun skylder å oppfylle det kirurgiske inngrep (realforpliktelsen). Ettersom flere av kirurgens biforpliktelser fremstår som sentrale i kontraktsforholdet, er en sontring mellom bi- og hovedforpliktelser ikke hensiktsmessig.<sup>86</sup> Det gjelder for eksempel kirurgens forpliktelser i forhold til pasientseleksjon og -informasjon. Å skille ut disse som biforpliktelser, ville innebære en distansering fra realiteten i avtaleforholdet.<sup>87</sup> Av denne grunn benyttes ikke sontringen i det videre. Kirurgens plikter før avtaleinngåelse er omtalt i kapittel 4 ovenfor. I det følgende rettes fokus mot kirurgens realforpliktelse.

#### 6.3.2 Realforpliktelsens rettslige karakter

*Distinksjonen mellom resultat- og innsatsforpliktelse.* Problemstillingen i dette avsnitt er om debitor er forpliktet til å oppnå et bestemt resultat (*resultatforpliktelse*), eller om vedkommende bare er forpliktet til å gjøre sitt beste for å oppnå resultatet

---

<sup>86</sup> Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, Oslo 2002, s. 216.

<sup>87</sup> Andersen/Lookofsky, s. 40.

(*innsatsforpliktelse*).<sup>88</sup> I UNIDROIT Principles Art. 5.4 formuleres distinksjonen som ”*duty to achieve a specific result*” og ”*duty of best efforts*”. Når realforpliktelsen er en innsatsforpliktelse, har realdebitor krav på vederlag selv om han ikke oppnår et bestemt resultat.

Vurderingen av innsatsforpliktelsen er i utgangspunktet objektiv i relasjon til debitors kompetanse og evner. ”*Best efforts*” reflekterer kravene til god profesjonell innsats for en profesjonsutøver med tilsvarende kvalifikasjoner som debitor. Kravene til forpliktelsens innhold må, som Bryde Andersen uttrykker det, ”*udledes af sædvanen inden for den pågældende branche og/eller indfortolkes ved anden aftaletolkning mv.*”<sup>89</sup> Det må kunne forventes fagmessig utførelse.

Kontraksforpliktelser som innebærer personlig arbeidsinnsats er vanligvis innsatsforpliktelser.<sup>90</sup> Det er en naturlig betraktningsmodell også ved kosmetisk kirurgi. Når kirurgen informerer pasienten om risikoen for at resultatet kan avvike fra det som vedkommende er forespeilet (se avsnitt 4.3 ovenfor), kan han/hun bare være forpliktet til å yte sitt beste for å oppnå det forespeilede resultat.<sup>91</sup> Kravene til at utførelsen er fagmessig, innebærer at kirurgen må beherske den teknikk han/hun benytter alminnelig godt og følge de prosedyrer som er beskrevet i litteraturen.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Sondringen kan også være relevant for kreditors ytelse. Når kreditors hovedforpliktelse er å betale en pengesum (som her), er sondringen imidlertid uinteressant; pengeforpliktelser er alltid resultatforpliktelser. Se Bryde Andersen/Lookofsky, s. 43.

<sup>89</sup> Op.cit. s. 44.

<sup>90</sup> Op.cit. s. 43; Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, side 116, om liberale erhvervsforpliktelser.

<sup>91</sup> John L. Powell mfl. (red), *Jackson & Powell On Professional Liability*, London 2007, s. 898.

<sup>92</sup> Mark Gorney presiserer innholdet i kirurgens forpliktelse slik i Richard E. Anderson (red.), *Medical Malpractice A Physician's Sourcebook*, New Jersey 2005, s. 182: ”(...) a doctor warrants that he or she has the learning and skill of the average member of that speciality and that he or she will apply that learning and skill with ordinary and reasonable care. (...) the doctor does not imply that the operation will be a success, that results will be favorable, or that he or she will not commit any medical errors not caused by lack of skill or care.”



At kosmetisk-kirurgiske inngrep i utgangspunktet må betraktes som innsatsforpliktelse, er også naturlig i lys av at resultatet ofte avhenger av individuelle forhold ved pasienten som kirurgen ikke er herre over. Dr. Hans-Jürgen Rieger fremholder at operatørens intensjon som regel vil være å inngå avtale om innsatsforpliktelse, ettersom resultatet av kosmetiske operasjoner i stor grad avhenger av individuelle biologiske og fysiologiske faktorer; ”(...) *die Auswirkungen eines derartigen Eingriffs auf den Ablauf biologischer und physiologischer Zusammenhänge im Organismus nicht nur von der ärztlichen Tätigkeit, sondern auch weitgehend von der individuellen Konstitution und dem nachoperativen Verhalten des Patienten abhängig sind.*”<sup>93</sup>

I tysk juridisk teori er det imidlertid omstridt hvorvidt kosmetiske kirurgiske inngrep er innsats- (“*Dienstvertrag*”) eller resultatforpliktelse (“*Werkvertrag*”).<sup>94</sup> Etter amerikansk rett er det derimot klart, at kirurgen i utgangspunktet ikke kan stilles til ansvar for ikke å ha oppnådd det forespeilede resultat.

At kirurgens forpliktelse er en innsatsforpliktelse kan likevel ikke være mer enn et utgangspunkt. Det skyldes for det første at en forpliktelse kan være sammensatt av resultat- og innsatsforpliktelse.<sup>95</sup> I noen tilfeller må det kunne konstateres en nedre grense for hvilket resultat pasienten må kunne forvente i lys av kirurgens profesjon og kompetanse.<sup>96</sup> Grensens høyde må være omvendt proporsjonal med inngrepets kompleksitet, slik at den eleveres jo mindre komplisert inngrepet er. I andre tilfeller er grensegangen tydelig mellom deler av forpliktelsen som innebærer et krav til bestemt resultat og deler som innebærer at kirurgen yter alminnelig god innsats. Når en kvinnelig pasient ønsker å få operert inn silikonproteser á 250 ml i brystene, kan ikke kirurgen nøye seg med 225 ml. Kirurgen er resultatforpliktet til å installere proteser av avtalt størrelse.

---

<sup>93</sup> Dr. Hans-Jürgen Rieger, “Kosmetische Behandlung”, *Lexikon des Arztrechts*, Heidelberg 2006, s. 3.

<sup>94</sup> L.c.

<sup>95</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 115; Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraksrett II*, s. 56.

<sup>96</sup> Det er da en smakssak, om man taler om en ”kjerne av resultatforpliktelse” eller tolker resultatet som en presumsjon for at utførelsen ikke har vært fagmessig.

## 7 Tilbaketredelsesretten

### 7.1 Utgangspunkter

Det er en alminnelig oppfatning at partene i avtaleforhold vedrørende immaterielle tjenester som hovedregel kan trekke seg fra oppdraget uten hjemmel i avtalen. Ved eiendomsmegling er regelen kodifisert, se lov om eiendomsmegling 16. juni 1989 nr. 53 (eiendomsmeglingsloven) § 3-3 tredje ledd, som hjemler oppsigelsesrett for begge parter.<sup>97</sup> Bakgrunnen er det særlige tillitsforhold slike avtaleforhold forutsetter og viktigheten av at det hersker enighet mellom partene om hvordan realytelsen skal utføres.<sup>98</sup>

### 7.2 Partenes tilbaketredelsesrett ved kosmetisk kirurgi

*Kirurgens tilbaketredelsesrett.* Ved avtaler om kosmetisk kirurgi er det særlig viktig at avgjørelsen om å operere pasienten er grundig fundert og at kirurgen står inne for avgjørelsen. Reglene for utøvelse av kosmetisk plastikkirurgi, vedtatt av Norsk plastikkirurgisk forening, avsnitt 1 punkt 1, presiserer at ”*pasientens beste*” alltid må være ”*det overordnede hensyn*” for kirurgens virksomhet. Er kirurgen for eksempel i tvil om pasientens psykiske helsetilstand (jevnfør reglene avsnitt 1, punkt 2), om den kosmetisk indikasjon, eller om det foreligger medisinske kontraindikasjoner, må han/hun ha rett til å trekke seg fra avtalen. Denne retten må gjelde uavhengig av når tvilen melder seg. Spørsmålet om hvorvidt pasienten unntaksvis kan reise krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse i tilfelle kirurgen trekker seg fra avtalen, behandles ikke her.

Fordi tilbaketredelsesretten er et unntak fra prinsippet *pacta sunt servanda*, kan den ikke gjøres gjeldende på hvilket som helst grunnlag. Kirurgen må ha en begrunnet tvil om inngrepet bør foretas og kan ikke si opp avtalen av irrelevante grunner. På denne bakgrunn, og fordi pasienten må ha en rett til å gjøres kjent med kirurgens vurderinger av hans/hennes kosmetiske indikasjon og medisinske kontraindikasjoner, konferer pasientrettighetsloven

---

<sup>97</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 372 avsn. 15.3.6.

<sup>98</sup> Hellner, s. 204-205.

§ 3-2 første ledd, må pasienten etter mitt syn ha rett til begrunnelse for hvorfor kirurgen trekker seg fra avtaleforholdet.

*Pasientens tilbaketreddesrett.* Minst like selvsagt er det at pasienten må ha en tilsvarende tilbaketreddesrett, eller ”avbestillingsrett” som den gjerne kalles. Pasientens tilbaketreddesrett må stå i en særstilling ved avtaler om kosmetisk kirurgi, fordi det er tale om inngrep på legemet. Uten pasientens samtykke vil inngrepet måtte vurderes som straffbar legemsbeskadigelse.

For at tilbaketreddesretten skal være en reell rett til å fri seg fra avtalen, må den innebære at utøveren av retten ikke må svare erstatning for den oppfyllelse medkontrahenten går glipp av. Hellner skriver: ”*Den som anlitar en läkare (...) som har en förtroandeställning men mister förtroendet för denne bör inte vara bunden att låta honom behålla uppdraget, inte ens på det sätt att han blir skyldig att ersätta denne den förtjänst som han skulle ha gjort om han fått ha kvar uppdraget*”.<sup>99</sup> En reservasjon for et kirurgisk inngrep innebærer imidlertid at en del kostnader påløper for realdebitor, for eksempel til forsvarlig rengjøring, bestilling av implantater, eventuelt innleie av helsepersonell med videre. Spørsmålet er hvorvidt kirurgen/klinikken kan kreve at pasienten betaler disse kostnadene, som er tapsposter som hører under *negativ kontraktsinteresse*.<sup>100</sup> Normalt må det antas at det ikke er knyttet noen erstatningsplikt til pasientens tilbaketreddesrett.<sup>101</sup> Begrunnelsen for dette er at en erstatningsplikt vil kunne medføre at pasienten føler seg presset til å undergå operasjonen, fordi alternativet vil være å ikke få noen gjenytelse for erstatningssummen. En helt ubetinget ansvarsfrihet for pasienten, ville imidlertid kunne gi uheldige utslag ved at pasienten utsatte avbestillingen til siste stund. Etter mitt syn må kirurgen/klinikken ha adgang til å kreve at pasienten erstatter tap under den negative kontraktsinteresse, dersom

---

<sup>99</sup> Hellner, s. 204-205.

<sup>100</sup> Se avsn. 10.5.1 og Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 521-522.

<sup>101</sup> Op.cit. s. 235-236, avsn. 11.3.5.

pasienten ikke avbestiller innen en rimelig frist, og kirurgen/klinikken faktisk har lidd tap av denne grunn.<sup>102</sup>

Ved fastsettingen av erstatningsplikten må det imidlertid tilstrebes å unngå at denne legger et press på pasienten til å undergå operasjon. Såkalt disponeringstap er tap en part lider som følge av at denne, i tillit til avtalen, har unnlatt å inngå andre avtaler.<sup>103</sup> Ved kosmetisk kirurgi kan en slik tapspost bli svært høy. Det ville skape et urimelig oppfyllellespress hvis pasienten skulle svare for slikt tap, og det bør følgelig ikke kunne kreves erstattet av pasienten.

### 7.3 Særlig om standardiserte "avbestillingsgebyr"

Det er vanlig praksis blant personlige tjenesteytere, slike som massører, tannleger og allmennleger, at det betinges ett døgn avbestillingsfrist. Dersom pasienten ikke avbestiller innen denne tid, må han/hun betale vederlaget i sin helhet, uavhengig av begrunnelsen for avbestillingen. En slik regel kan ikke automatisk overføres til kosmetisk kirurgi, blant annet fordi vederlaget ofte utgjør et betydelig beløp.

Det er vanlig at klinikker opererer med standardiserte "avbestillingsgebyr" ved avbestilling etter en nærmere bestemt tidsfrist. Dette må kunne aksepteres på to betingelser. For det første må fristen være satt til et tidspunkt da det er sannsynlig at økonomisk tap er uunngåelig. Lider ikke klinikken tap, bør det i tråd med erstatningsrettslige prinsipper ikke kunne kreves at pasienten betaler et gebyr. En erstatningsplikt som gjelder uavhengig av om tap er lidet, vil dessuten uthule pasientens vide tilbaketreddesrett. Sekundært må det være et krav at gebyret reflekterer reelle tapsposter som må kunne kreves dekket uten at det skaper et urimelig oppfyllellespress for pasienten.

---

<sup>102</sup> Som nevnt i avsn. 4.2, tilbyr noen klinikker gratis konsultasjon dersom avtale om operasjon inngås. Dersom en pasient trekker seg fra avtaleforholdet, bør klinikken kunne kreve vederlag for utførte konsultasjoner.

<sup>103</sup> Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraksrett II*, s. 249.

Tre av de tidligere omtalte standardkontraktene (appendiks), inneholder klausuler om betaling av et standardisert gebyr i tilfelle avbestilling av operasjon. Standardkontrakt I opererer med et vilkår om at pasienten må betale 20 prosent ”av *behandlingskostnaden*”, dersom vedkommende trer tilbake fra avtalen senere enn 48 timer før avtalt behandlingstid, konferer kontraktens punkt 2). Det synes klart at ”behandlingskostnad” sikter til *vederlag*, da samme begrep er benyttet for å spesifisere vederlagets størrelse tidligere i kontrakten.<sup>104</sup> Standardkontrakt III har en langt strengere regel; pasienten må dekke 50 prosent av vederlaget ved tilbaketreden senere enn to uker før operasjonsdagen, se kontraktens siste avsnitt. Ved underskrift av standardkontrakt II forplikter pasienten seg til å betale fem prosent av ”*operasjonskostnaden*” ved avbestilling ”*innen 72 timer*”. Gebyret er videre gradert slik: ti prosent ”*innen 48 timer*”, 15 prosent ”*innen 25 timer (...)* (*lørdag/søndag regnes ikke med*)”. Ved avbestilling senere enn ett døgn før operasjonen, ”*må operasjonen betales i sin helhet.*” ”Operasjonskostnaden” må også her leses som pasientens *vederlag*, ettersom samme begrep er benyttet for å angi dette ovenfor i kontrakten. Formuleringene må ellers forstås dit hen at pasienten skal være forpliktet til å betale fem prosent av vederlaget dersom han/hun avbestiller *før* 72-timersfristen. Dette innebærer at pasienten må betale en prosentandel av vederlaget i avbestillingsgebyr, uansett om avbestillingen finner sted seks måneder, fjorten dager eller 73 timer før operasjonstidspunktet.

Etter min mening er sistnevnte vilkår meget betenkelig. Ved en tidlig avbestilling vil klinikken som regel kunne inngå behandlingsavtale med en annen pasient, og derved unngå tap som følge av kanselleringen. Bestemmelsen er også egnet til å skape et uholdbart oppfylleelsespress for pasienten. Den høye satsen ved avbestilling senere enn to uker før operasjonen etter standardkontrakt III, og pålegget om at pasienten må betale fullt vederlag ved avbestilling senere enn 24 timer før operasjon etter standardkontrakt II, er av samme grunn enda mer betenkelige. Vilkårene vil kunne være egnet til å påvirke pasienter som fortsatt er i tvil om operasjon etter at de respektive frister er oversittet. Det bør også

---

<sup>104</sup> Jf. også avsn. 5.2 ovenfor.

uttrykkes skepsis til at gebyrets beregning, etter de tre avtalene, tar utgangspunkt i det avtalte vederlag. Ved kostbare operasjoner vil da pasienten måtte betale et høyere beløp enn ved rimeligere, uten at klinikken nødvendigvis har lidd et tilsvarende større tap.

Et viktig spørsmål er hvorvidt det kan kreves avbestillingsgebyr hvis pasientens kansellering er medisinsk begrunnet. Avbestillingsforsikringen blant personlige tjenesteytere gjelder som regel uavhengig av begrunnelsen for pasientens avbud. I praksis skaper dette få problemer, siden det som regel er snakk om beskjedne beløp. Mange former for tjenester (for eksempel psykolog- eller frisørtjenester) kan dessuten utføres som planlagt selv om kunden/pasienten eksempelvis er forkjølet.

Skyldes avbestillingen sykdom som øker komplikasjonsfaren ved inngrepet, bør pasienten fritas fra å betale avbestillingsgebyr. En relativt ufarlig infeksjon, for eksempel en luftveisinfeksjon, vil kunne nedsette kroppens immunforsvar og dermed øke risikoen for infeksjoner i såret.<sup>105</sup> I tilfelle sykdommen medfører økt helserisiko, vil forsvarlighetskravet medføre en plikt for kirurgen til å utsette inngrepet. Da ville det synes lite rimelig om pasienten måtte betale avbestillingsgebyr. En regel som påla pasienten å svare gebyr ved avbestilling på slikt grunnlag, ville dessuten kunne medføre at pasienten tilbakeholdt opplysninger om sin sykdomstilstand. Det ville være meget uheldig. Klinikken/kirurgen bør imidlertid kunne kreve at pasienten dokumenterer sin sykdomstilstand. Siden kirurgen forutsettes å besitte omfattende medisinsk kompetanse, og i sær bør være kjent med risiki knyttet til den virksomhet han/hun utøver, bør vedkommende kunne kreve å få undersøke pasienten personlig når dette er mulig. Skaper pasientens plager ingen forhøyet risiko, og plagene ikke kan regnes for å få være så omfattende at de vil utgjøre en ekstra belastning for pasienten, er det rimelig at pasienten betaler det avtalte avbestillingsgebyr. En motsatt regel ville muliggjøre omgåelse av avbestillingsgebyret, for eksempel under påskudd av smerter i armen eller vondt i hodet. Er kirurgen derimot i tvil om pasientens helsetilstand, eller helsetilstanden medfører økt risiko

---

<sup>105</sup> Kveim, s. 30.

forbundet med inngrepet, vil det være i strid med legetiske regler å operere. Pasienten bør da ikke kunne pålegges å betale avbestillingsgebyr.

Urimelige avbestillingsgebyr må kunne settes til side ved revisjon etter avtaleloven § 36. Om anvendelsen av bestemmelsen på standardavtaler om kosmetisk kirurgi, vises til avsnitt 5.2 in fine.

## 8 Mislighold fra kirurg/klinikk (Mangel)

### 8.1 Innledning

Som i alle kontraktsforhold kan mislighold ved avtaler om kosmetisk kirurgi oppstå på flere måter. På *pasientens hånd* kan det oppstå betalingsmislighold, som følge av forsinket eller mangelfull betaling. Han/hun kan videre misligholde biforpliktelser, for eksempel ved ikke å møte til operasjon eller etterkontroll. På samme måte kan *kirurgen/klinikken* komme i mislighold ved forsinket eller manglende oppfyllelse. I det følgende er behandlingen begrenset til å gjelde *mangler* ved *kirurgens ytelse*. Som nevnt sondres det ikke her mellom kirurgens hoved- og biforpliktelser.<sup>106</sup> I relasjon til den videre fremstilling bør det presiseres at sontringen ikke har betydning for pasientens rett til å gjøre gjeldende sanksjoner.<sup>107</sup> Imidlertid vil det naturligvis kunne ha betydning for mangelkravet hvor sentral den misligholdte forpliktelsen er i kontraktsforholdet.

### 8.2 Mangel ved kirurgens ytelse

#### 8.2.1 Oversikt

I det følgende behandles spørsmålet om når det foreligger mangel ved kirurgens ytelse. Som nevnt i avsnitt 6.3.2, er realforpliktelsen ved avtaler om kosmetisk kirurgi i utgangspunktet å betrakte som en innsatsforpliktelse. Det innebærer at det ikke automatisk foreligger mangel selv om resultatet ikke svarer til pasientens forventninger. Av pedagogiske grunner kan mangler ved kirurgens ytelse plasseres *i tre ulike kategorier*.

*For det første* vil noen mislykkede kosmetiske operasjoner forårsake mer eller mindre alvorlig helseskade. Eksempler på slike skader kan være vevsdød (sammenfall av brusk i nesetipp etter neseoperasjon, hudnekrose etter fettsuging på grunn av kuttet blodtilførsel, infeksjoner eller blodansamlinger som presser mot huden), infeksjoner (verkende bryster etter installasjon av brystproteser) eller behandlingskrevende blødninger. Når personskade

---

<sup>106</sup> Se om dette i avsn. 6.3.1.

<sup>107</sup> Bryde Andersen/Lookofsky, s. 40.



av denne type oppstår ved medisinsk indisert behandling i det offentlige helsevesen, har pasienten krav på erstatning på objektivt grunnlag, jevnfør pasientskadeloven § 2. Det er Norsk pasientskadeerstatning som er ansvarssubjekt i slike tilfeller, konferer lovens § 6.

I tilfelle pasienten påføres personskade på grunn av kirurgens forsømmelser ved kosmetisk kirurgi, vil det selvfølgelig foreligge en mangel ved tjenesten. Det gjelder uavhengig av om forsømmelsene også gir seg utslag i et estetisk uheldig resultat. Imidlertid vil pasienter i slike tilfeller ikke alltid kunne tilfredsstilles med kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser alene. Pasienten må i tillegg til mangelkrav kunne kreve skadeerstatning etter deliktserstatningsretten. Denne type mangler utløser altså både kontraktuelle misligholdsbeføyelser og alminnelig erstatningsansvar (se om sontringen mellom regelsettene i avsnitt 10.5.2 nedenfor). I alvorlige personskadetilfeller, vil det kunne være naturlig å anse mangelen som konsumert av personskaden.

Skader som følge av kirurgens forsømmelser vil også kunne utløse offentlige sanksjoner. Den vanligste offentlige reaksjon er at kirurgen får en advarsel fra Statens helsetilsyn, i medhold av helsepersonelloven § 56, for culpøse forhold som er *”egnet til å medføre fare for sikkerheten i helsetjenesten eller til å påføre pasienter en betydelig belastning”*. I perioden 2003 - 2005 påpekte Helsetilsynet pliktbrudd i fire tilsynssaker. To tilfeller endte med råd og veiledning til ansvarlig helsepersonell og i ett tilfelle måtte klinikken tåle systemkritikk. Totalt behandlet Helsetilsynet 23 tilsynssaker vedrørende plastikkirurgi. Hvor mange av sakene som angikk kosmetisk indiserte inngrep vites ikke. Ved grovere eller gjentatte overtredelser kan kirurgen miste autorisasjonen og eventuelt bli straffansvarlig, se helsepersonelloven §§ 57 og 67.

*For det annet* vil det kunne foreligge mangel i kontraktsrettslig forstand hvor resultatet *ikke* kvalifiserer til personskade, men resultatet er *estetisk uheldig*, og dette skyldes at inngrepet ikke er utført i samsvar med kontrakt, faglige og/eller legeetiske normer. Denne type estetisk uheldige resultater gir som hovedregel ikke pasienten rett til å gjøre gjeldende beføyelser etter medisinsk indisert behandling i det offentlige helsevesen. Eksempler kan være asymmetrisk implantasjon av brystproteser, skjemmende arr på grunn av at feil teknikk er benyttet, ”strukket” og unaturlig utseende etter ansiktsløftning som følge av at kirurgen har fjernet for mye hud, eller at resultatet ikke svarer til garanti eller enunsiasjon. I

slike tilfeller vil pasienten måtte nøye seg med å gjøre gjeldende kontraktsrettslige beføyelser. Deliktserstatningsansvar kommer ikke på tale.

*For det tredje* kan det foreligge mangel ved kirurgens/klinikkens ytelse, uten at dette resulterer i hverken personskade eller estetisk uheldig resultat. Eksempler på mangler i denne kategori kan være at kirurgen ikke er tilstede operasjonsdagen, at det ikke er hyret inn annet nødvendig helsepersonell, eller at operasjonen må avbrytes på grunn av strømstans (uten at dette medfører personskade). Pasienten vil ved avtale om kosmetisk kirurgi ha rett til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser hvis slike mangler inntreffer. En pasient i det offentlige helsevesen, vil derimot ikke ha rett til å gjøre noen beføyelser gjeldende på grunnlag av slike forhold.

### 8.2.2 Når kirurgen er innsatsforpliktet

Som nevnt ovenfor under avsnitt 6.3.2, er kosmetisk indiserte inngrep i utgangspunktet å betrakte som innsatsforpliktelser. Det medfører at det ikke automatisk foreligger mangel selv om resultatet ikke er som forventet. For eksempel kan det ikke automatisk konkluderes med at det foreligger mislighold på kirurgens hånd selv om pasienten opplever uheldig arrdannelse.

Det vil imidlertid foreligge mangel hvis arrdannelsen skyldes faglig svakt håndverk. Mangel i relasjon til kosmetisk kirurgi vil som hovedregel foreligge når kirurgens utførelse ikke er fagmessig. For eksempel vil det være tilfelle hvis kirurgen ikke har fulgt teknikker som beskrevet i litteraturen, eller utførelsen er håndverksmessig mindreverdige. Vurderingstema vil her være sammenfallende med spørsmålet om operatøren har utvist culpa.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> Se til illustrasjon den tidligere omtalte dommen i RG 1991 s. 13, hvor to pasienter ble tilkjent deliktserstatning som følge av feilaktig behandling ved kosmetisk kirurgi. Retten la til grunn at kirurgen ikke hadde tilstrekkelige kvalifikasjoner til å utføre inngrepene og at han hadde benyttet feil teknikk. For den ene

Culpa på kirurgens hånd forutsetter at dennes oppfyllelse avviker fra kravene til forsvarlig yrkesutøvelse for kosmetiske kirurger. Det er tale om et strengt ulovfestet profesjonsansvar, som innebærer en skjerpet aktsomhetsnorm i forhold til den alminnelige. Aktsomhetsnormen som påhviler utøvere av kosmetisk kirurgi, vil ta utgangspunkt i hvilke krav pasienten med rimelighet kan stille.<sup>109</sup> Både skrevne adferdsnormer og uskrevne retningslinjer for hva som er anerkjent praksis og ”god skikk” har betydning for fikseringen av denne norm. Se om fikseringen av aktsomhetsnormen i avsnitt 10.5.3.3.

Som nevnt ovenfor i avsnitt 6.3.2, vil det undertiden kunne oppstilles en *nedre grense* for hvilket resultat pasienten må kunne forvente at kirurgen oppnår i kraft av sin profesjon og kompetanse. Et resultat under dette nivå vil i seg selv utgjøre en sterk presumsjon for culpa. Med andre ord vil det kunne konstateres mangel dersom resultatet er under denne grense. Noen eksempler gitt av plastikkirurg Lars Haasted er illustrerende:

1. Ved øyelokksoperasjoner må det kunne forventes at løs hud fjernes.
2. Ved fettsuging må det kunne forventes at fett fra området fjernes, og at det ikke etterlates klumper eller nedsunkne partier.
3. Ved korreksjon av utstående ører må det kunne forventes at ørene legges nærmere hodet. (Det kan imidlertid ikke kreves at de blir helt identiske, pga individuelle variasjoner.)

---

pasients vedkommende forelå det ikke tilstrekkelig kosmetisk indikasjon for inngrepet, og for den andre forelå så tungtveiende kontraindikasjoner at inngrepet ikke burde vært utført.

<sup>109</sup> Nygaards formulering er illustrerende: ”*For nærmere presisering av kravet i det aktuelle typetilfelle, kan som nemnt rolleforventninga til skadevaldarsida gi ei nyttig rettesnor, både for nivået i kravet og for presiseringa av kva rolleinnhavaren skulle gjort på det kritiske tidspunkt*”, Nils Nygaard, *Skade og Ansvar*, 5. utg., Bergen 2000, s. 192.

### 8.2.3 Når kirurgen er resultatforpliktet

Undertiden er det klart at deler av realforpliktelsen innebærer at kirurgen er forpliktet til å nå et bestemt resultat. Det er eksempelvis opplagt ved proteseimplantasjon; det foreligger mangel dersom bryst-, kinnben-, nese- eller hakeproteser som implanteres ikke er av avtalt størrelse eller form.

Har kirurgen *garantert* for et spesifikt resultat, er det videre klart at oppfyllelse fordrer at han/hun oppnår dette. Det gjelder uavhengig av om garantien er kommet skriftlig til uttrykk i avtalen, eller om den er avgitt muntlig. Hvorvidt garanti foreligger, må bero på en konkret tolkning av avtalen og omkringliggende omstendigheter. Hvis kirurgen må sies å ha stilt garanti for et bestemt resultat, må det faktiske resultat vurderes konkret opp mot garantiens innhold.

I noen tilfeller er det utvilsomt at slik garanti er gitt. Kirurgen har for eksempel uttrykkelig lovet pasienten bryster av en viss størrelse, rett nese eller fjerning av dobbelthaken. Om kirurgen har lovet mer enn han/hun (og kanskje noen annen) kan holde, må han/hun selv bære risikoen for.

Til illustrasjon nevnes en amerikansk dom fra den kosmetiske plastikkirurgiens barndom, *Bailey versus Harmon*. En plastikkirurg i delstaten Colorado anket en avgjørelse hvoretter han ble ansett for å ha avgitt garanti for et godt resultat. Det var på det rene at kirurgen blant annet hadde lovet ("*promised*") å gjøre den kvinnelige pasienten til en "*model of harmonious perfection*". Operasjonen som ble utført var omfattende. Kirurgen skulle rette på nesen, løfte det ene øyebrynet, og fjerne eller korrigere "*all scars, blemishes, irregularities, defects, lines, circles, marks and wrinkles in her face, neck and hands, to give her a "general beauty treatment," and to correct all disfiguring distortions of all kinds.*" Retten la til grunn at avtalen mellom kirurgen og pasienten var en "*contract of service which guaranteed results*". Sågar ble det fremholdt av retten at kirurgen hadde garantert overfor pasienten at "*(...) the operation would be performed without pain, inflammation, soreness, or inconvenience to the woman, and without leaving any scars.*" Følgelig fant retten at det forelå mislighold da resultatet ikke ble som forespeilet.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> *Bailey v Harmon* (1924) 74 Colorado 390, 222.

I de fleste tilfeller er imidlertid ikke realforpliktelsens innhold spesifisert i særlig grad. Partene har for eksempel avtalt at kirurgen skal utføre en ansiktsløftning eller maveplastikk, uten nærmere presisering av hvor mye hud og fett som skal fjernes. Spørsmålet er da om pasienten er gitt *enunsiasjoner* om et bestemt resultat, som kirurgen er forpliktet til å nå. En enunsiasjon er en kvalifisert forventning til ytelsen, som realdebitor har skapt uten å gi uttrykkelig garanti for bestemte egenskaper ved ytelsen.<sup>111</sup> Også spørsmålet om det foreligger en enunsiasjon må bero på en konkret tolkning. Eksempelvis kan det tenkes at pasienten er blitt *forespeilet et ideelt resultat* ved fotomanipulasjon, tegning, forklaring og/eller før- og etterbilder, og kirurgen *ikke har gjort oppmerksom på at pasienten ikke kan forvente et tilsvarende fullkomment resultat*. Forsvarlighetskravet for kosmetiske kirurger innebærer en plikt til å skape realistiske forventninger til resultatet hos pasienten, og å avdekke og korrigere urealistiske forventninger (se om dette i kapittel 4 ovenfor). I slike tilfeller må det derfor etter mitt syn være riktig å anse kirurgen forpliktet til å nå det forespeilede resultat.

*Tilbakeholdte opplysninger* kan få betydning for innholdet i realdebitors ytelsesplikt, hvis det er opplysninger han/hun er forpliktet til å gi. Realdebitor har normalt opplysningsplikt om *vesentlige forhold* ved ytelsen som kreditor har en *berettiget forventning* om å få kjennskap til, og unnlåtelsen av å gi disse kan antas å ha *innvirkning på avtalen*. Regelen er kodifisert i kontraktslovgivningen, men følger dessuten av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.<sup>112</sup>

Ved avtaleinngåelse om kosmetisk kirurgi påhviler det kirurgen en særlig streng opplysningsplikt. For det første påligger det kirurgen å opplyse pasienten om fremgangsmåte, helserisiki ved inngrepet og mulige bivirkninger av anestesi, jevnfør helsepersonelloven § 10, konferer pasientrettighetsloven § 3-2 første ledd. En tilsvarende rett til informasjon for pasienten følger av Legeforeningens etiske regler for leger kapittel I

---

<sup>111</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 515.

<sup>112</sup> Op.cit. s. 135.

§ 3. For det annet plikter kirurgen å gi pasienten grundig informasjon om hvilken estetisk vinning som kan oppnås og risikoen for forskjellige uheldige scenaria. Kirurgen må påse at pasienten forstår informasjonen. I tillegg må kirurgen aktivt søke å avdekke urealistiske forventninger pasienten måtte ha til inngrepet. Disse plikter er utslag av forsvarlighetskravet og er nedfelt i Norsk plastikkirurgisk forenings regler for utøvelse av kosmetisk plastikkirurgi. En tilsvarende opplysningsplikt må kunne utledes av den alminnelige obligasjonsrettslige opplysningsplikt. Det dreier seg om *vesentlige forhold* pasienten har *grunn til å regne med å få kjennskap til*, og opplysningene kan ha betydning for om pasienten i det hele tatt inngår avtale – og i så tilfelle avtalens innhold. Det vil med andre ord foreligge en mangel dersom det inntreffer et uheldig resultat, som pasienten burde vært gjort kjent med risikoen for, uavhengig av om kirurgen kan bebreides for det uheldige resultatet.

## 9 Reklamasjonsplikt

### 9.1 Allment om reklamasjonsplikten og dens begrunnelse

Reklamasjonsplikten innebærer at den kontraktspart som mener det foreligger mislighold på den annen parts hånd, må reise innsigelser overfor misligholder om dette. I motsatt fall kan retten til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser gå tapt. Undertiden kalles reklamasjoner derfor rettsbevarende utsagn.<sup>113</sup>

Reklamasjonsplikten er begrunnet i flere hensyn.<sup>114</sup> For det første har den påståtte misligholder en legitim interesse i å bli ferdig med kontraktsforholdet. Jo lengre tid som går, jo tyngre vil misligholdsbeføyelser kunne oppleves. Videre gir reklamasjon misligholderen mulighet til å tilby naturaloppfyllelse eller avhjelp og derved avverge tyngre misligholdsbeføyelser. For det tredje vil reklamasjonen muliggjøre bevissikring, i tilfelle misligholderen bestrider misligholdskravet. Endelig vil reklamasjonsplikten være et hinder for at parten som utsettes for mislighold spekulerer i prisutviklingen, ved å vente med fremleggelsen av misligholdskravet. På denne bakgrunn kan reklamasjonsplikten sies å bygge på lojalitetskravet i kontraktsforhold.<sup>115</sup>

Norsk kontraktslovgivning inneholder en rekke bestemmelser om reklamasjonsplikt, se for eksempel kjøpsloven § 32, håndverkertjenesteloven § 22 og lov om pakkereiser og reisegaranti 25. august 1995 nr. 57 (pakkereiseloven) § 8-1, som alle pålegger kreditor reklamasjonsplikt i tilfelle mangel ved realforpliktelsen. Selv om lovgivningens reklamasjonsregler er utformet på forskjellige måter, må plikten til å reklamere kunne sies å være et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. Det vil derfor også utenfor lovregulerte tilfeller påligge pasienten en reklamasjonsplikt når kirurgens ytelse er mangelfull, selv om dette ikke er avtafestet.

---

<sup>113</sup> Geir Woxholt, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, 4. utg. Oslo 2002, s. 62.

<sup>114</sup> Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 259.

<sup>115</sup> Se om lojalitetskravet i Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 73, og Rt. 1988 s. 1078.

En reklamasjonsregel må fiksere *fristens utgangspunkt*, angi *fristens lengde* og stille krav til reklamasjonens *form og innhold*. Reklamasjonsfristen løper normalt fra tidspunktet kreditor oppdaget, eller burde ha oppdaget misligholdet.<sup>116</sup> I kontraktslovgivningen angis ofte fristens lengde med formuleringen ”*innen rimelig tid*”, konferer for eksempel forbrukerkjøpsloven § 27 første ledd, lov om avhending av fast eiendom 3. juli 1992 nr. 93 (avhendingslova) § 4-19 første ledd. Likeledes benytter UNIDROIT Principles Art. 7.3.2 annet ledd formuleringen ”*reasonable time*”. I kontraktspraksis benyttes alternativt formuleringen ”*uten ugrunnet opphold*”.<sup>117</sup> Den nøyaktige fikseringen av fristens lengde er vanskelig. Det må innrømmes kreditor en viss områdingstid, både med henblikk på kartlegging av mangelens omfang og valg av misligholdsbeføyelse. Når kreditor er en privatperson, må det også tas hensyn til hans/hennes subjektive forhold.<sup>118</sup> En reklamasjonsfrist, hvis lengde beregnes ut ifra relative kriterier, betegnes gjerne som ”relativ”.

I kontraktslovgivningen benyttes i tillegg ”absolutte” reklamasjonsfrister som angir seneste tidspunkt for reklamasjon, se for eksempel forbrukerkjøpsloven § 27 annet ledd, som opererer med to ulike absolutte frister avhengig av varens forventede levetid. Absolutte reklamasjonsfrister er av så vidt positivrettslig karakter at de ikke kan regnes for å være alminnelig obligasjonsrett.<sup>119</sup>

Reklamasjonsfristen avbrytes ved at det fremlegges en reklamasjon som tilfredsstillende kravene til form og innhold. Normalt gjelder ingen formkrav – kreditor kan reklamere muntlig eller skriftlig. Innholdsmessig må det være tilstrekkelig at det angis å foreligge mangel, og hva denne består i (i hvert fall angi indikasjonene som taler for at mangel

---

<sup>116</sup> Se f.eks. kjl § 32, 1. ledd, buofl § 30, 1. ledd og fkjl § 27, 1. ledd.

<sup>117</sup> Det er som oftest ubetydelig forskjell i meningsinnhold mellom de to formuleringene; de brukes mer eller mindre ubevisst om hverandre. ”Uten ugrunnet opphold” kan imidlertid innebære krav om å reklamere straks, dersom det ikke foreligger noen grunn til at kreditor skal vente. I slike tilfeller vil formuleringen innebære en kortere frist enn den mer skjønsmessige regelen om reklamasjon innen ”rimelig tid”.

<sup>118</sup> Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 264 om ”totalvurderingen” av fristens lengde.

<sup>119</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 348.



foreligger).<sup>120</sup> I kontraktslovgivningen gjøres det undertiden en sontring mellom *nøytral* og *spesifisert* reklamasjon, hvor det i sistnevnte tilfelle må opplyses om hvilken misligholdsbeføyelse som vil påberopes, se for eksempel kjøpsloven § 35 om avhjelp. Det er ikke grunnlag for å gi slike regler analogisk anvendelse på tilfeller som faller utenfor lovens anvendelsesområde. Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper gjør ikke bruk av sontringen. Normalt kan det derfor ikke kreves spesifisert reklamasjon for å bevare retten til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser.<sup>121</sup>

En spesifikasjonsplikt for kreditor kan derimot tenkes å utspringe av det kontraktsrettslige lojalitetskrav. Særlig vil det kunne gjelde ved påberopelse av de mest tyngende misligholdsbeføyelsene som hevning og avhjelp.<sup>122</sup> Av og til kan det også være praktisk nødvendig at kreditor opplyser om hva kravet består i. Selv om debitor er gjort kjent med at det foreligger mangel, kan denne ikke alltid ventes å vite hvilken sanksjon kreditor ønsker å iverksette.

## 9.2 Reklamasjonsplikten ved kosmetisk kirurgi

Hvis pasienten etter operasjonen er misfornøyd med resultatet, må vedkommende reklamere for å ikke tape sine eventuelle misligholdskrav. Jeg presiserer ”eventuelle”, fordi mangelspørsmålet ved kosmetisk kirurgi beror på en faglig vurdering og ikke alltid lar seg fastslå med det blotte øye (se om mangelbedømmelsen i kapittel 8 ovenfor).

Det kan tenkes at en avtale om kosmetisk kirurgi fratrar pasienten retten til å reklamere (påberope mislighold) inntil etterkontroll er gjennomført. En slik klausul kan være begrunnet med at det kan ta en viss tid før det endelige resultat viser seg, på grunn av

---

<sup>120</sup> Se om innholdskravet op.cit. s. 346.

<sup>121</sup> Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 260,

<sup>122</sup> Se til illustrasjon UNIDROIT Principles Art. 7.3.2, 2. ledd, hvor det som vilkår for hevning må gis beskjed om dette (”notice”) til den annen part innen ”reasonable time after it has or ought to have become aware of the (...) nonconforming performance.”

sårtilheling med videre. Dersom dette er tilfellet, bør klausulen aksepteres. I slike fall vil pasienten hverken ha rett eller plikt til å reklamere før etterkontrollen.

Fikseringen av *fristens utgangspunkt* reiser spesielle problemer når ytelsen er et kosmetisk kirurgisk inngrep. I tråd med alminnelig obligasjonsrett løper fristen fra tidspunktet pasienten oppdaget eller burde oppdaget mangelen. I noen tilfeller vil pasienten oppdage mangelen ganske umiddelbart etter operasjonen eller fjerning av bandasje. Eksempelvis ser pasienten at det ene øret fortsatt står ut, at brystene er halvparten så store som forespeilet eller at kirurgen har fettsugd feil område. I andre tilfeller vil mangelen være skjult for pasienten inntil resultatet mer eller mindre plutselig endrer seg. At en ansiktsprotese burde vært festet (eller festet bedre), viser seg for eksempel ikke før den forskyver seg.<sup>123</sup>

Imidlertid vil det ved enkelte inngrep ta lang tid (uker og måneder) før det endelige resultat viser seg, og pasienten eventuelt kan konstatere mangel. Ved kosmetiske neseplastikker fremholder Roald at man først kan ”uttale seg om sluttresultatet” etter seks måneder, og at ”små detaljforandringer” kan oppstå så sent som tre år etter operasjon.<sup>124</sup> Etter fettsuging kan søkk i fettvevet komme til synet først etter tre-fire måneder.<sup>125</sup> Arrtilhelingen beror dessuten på individuelle fysiologiske forhold, og for enkelte kan arrene være estetisk skjemmende i lang tid etter inngrepet. Normalt kan det ta nærmere ett år før arrets endelige utseende kan vurderes.<sup>126</sup> I slike tilfeller vil reklamasjonsfristen ta til å løpe først måneder eller år etter at realforpliktelsen er ytet.

I samsvar med alminnelig obligasjonsrett må pasienten reklamere *innen rimelig tid* etter reklamasjonsfristen begynner å løpe. Hva kravet innebærer, må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Et naturlig utgangspunkt i vurderingen er partenes posisjoner.

---

<sup>123</sup> Ved implantasjon av ansiktsprotese, lages en lomme i benhinnen hvor implantatet legges. Om protesen må festes, beror på hvor løst den ligger i benhinnelommen.

<sup>124</sup> Roald, s. 57.

<sup>125</sup> Kveim, s. 85-86.

<sup>126</sup> Roald, s. 16.

Kirurgen/klinikken er en profesjonell part. Selv om også denne har ønske om at avtaleforholdet skal avsluttes raskest mulig etter realforpliktelsen er oppfylt, har vedkommende ingen spesiell interesse i at pasienten reklamerer raskt.<sup>127</sup> Pasienten er på den annen side en privatperson uten særlig kyndighet. Det taler for en lempelig tolkning.<sup>128</sup>

Pasienten må videre innrømmes en ganske rommelig tidsramme for å kartlegge mangelen. Det skyldes for det første at pasienten kan være i tvil om han/hun ønsker å påberope seg misligholdet, eller slå seg til ro med sitt nye utseende selv om resultatet av inngrepet ikke er optimalt. Kanskje er resultatet av fettsugingen dårligere enn pasienten ble forespeilet, nesen ikke så rett som forventet, ansiktshuden fortsatt ikke så stram som pasienten skulle ønske; men tross alt er det oppnådd estetiske forbedringer som pasienten kan leve med. Begge kontraktsparter er tjent med at pasienten har tid til å foreta denne vurdering. For det annet bør pasienten innrømmes god tid til å kartlegge mangelen, fordi det ofte fortsatt skjer en estetisk utvikling også etter at pasienten først har oppdaget at det foreligger en mangel; arrene blir penere, hevelsen avtar, maven blir flatere, brystene mer naturlige. Et tilsynelatende mangelfullt resultat kan etter en tid fremstå kontraktsmessig. En reklamasjonsfrist som ga pasienten tidsnød med hensyn til å vurdere resultatet, ville kunne utløse reklamasjoner selv hvor sluttresultatet hadde vært akseptabelt for pasienten.

Her som ellers vil kreditors subjektive forhold kunne vektlegges ved vurderingen av fristens lengde, for eksempel hvis kreditor er ute av stand til å reklamere på grunn av psykiske eller fysiske helseplager. Dersom pasienten for eksempel drar på ferie i rekonvalesenstiden, bør også det hensyntas.

Følgelig vil pasienten i mange tilfeller ha en ganske lang reklamasjonsfrist. Det betyr imidlertid ikke at pasienten kan vente så lenge han/hun vil med å reklamere. Ved flere

---

<sup>127</sup> Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 264, som nevner som eksempel at debitor på et kontraktsområde hvor omsetningstakten er høy, har en spesiell interesse i ”*rask reaksjon*”.

<sup>128</sup> Se f.eks. fkjl § 27, 1. ledd 2. pkt., hvoretter ”*rimelig tid*” aldri kan innebære en kortere frist enn to måneder.

klinikker (se for eksempel standardkontrakt I) forplikter pasienten seg i avtalen til å møte til etterkontroll noen måneder etter inngrepet. Som oftest vil da eventuell mangel være kommet til syne, og kirurgen bør i det minste kunne forvente at pasienten gjør oppmerksom på at vedkommende oppfatter resultatet som mangelfullt.

Uansett om reklamasjonen skjer ved etterkontroll eller ikke, vil kirurgen/klinikken undertiden bestride at det foreligger mangel, ved å innlede til en såkalt *realitetsdrøftelse*.<sup>129</sup> I slike tilfeller vil debitor, i tråd med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, ikke senere kunne påberope seg at kreditor ikke har reklamert rettidig.<sup>130</sup>

Ved mindre annet følger av avtale mellom partene, gjelder ingen *formkrav* for reklamasjonen. Pasienten må kunne reklamere så vel muntlig som skriftlig, for eksempel per telefon eller sms til kirurgen. Når det gjelder reklamasjonens innhold, kan det ikke kreves for mye, tatt i betraktning at pasienten er en privatperson uten særlig kyndighet. Som alltid må det kunne kreves mer enn en ”generelt formet mishagsytring”.<sup>131</sup> Det må gjøres klart for kirurgen at pasienten anser resultatet for mangelfullt.

På tidspunktet mangelen først viser seg for pasienten, vil vedkommende kunne befinne seg i tvil med hensyn til *om*, og i tilfelle *hvordan*, mangelen kan utbedres. Dette vil kunne ha betydning for hvilke(n) beføyelse(r) pasienten i så fall velger å gjøre gjeldende. Det kan derfor ikke kreves at pasienten spesifiserer hvilke beføyelser han/hun vil gjøre gjeldende i første omgang. Når kirurgen mottar pasientens reklamasjon, vil det være naturlig at

---

<sup>129</sup> En av Norges fremste plastikkirurger fortalte meg om et grelt eksempel på realitetsdrøftelse. En pasient som oppsøkte ham for konsultasjon etter en mislykket neseplastikk ved en annen klinikk, hadde av kirurgen fått høre: ”*det er ikke nesen din det er noe galt med, det er hodet.*” Konsekvensen av et slikt sjikanøst utfall er at kirurgen mister retten til å avskjære reklamasjonen som forsinket, i tillegg til at pasienten blir fornærmet.

<sup>130</sup> F.eks. avgjørelsen i Rt. 1949 s. 961, som gjaldt misligholdskrav ved kjøp av en hoppe. Ankende part anførte for Høyesterett at kjøperen hadde reklamert for sent, men innsigelsen ble avvist da den ikke var reist før i lagmannsretten.

<sup>131</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 346.

kirurgen ber om at pasienten kommer til klinikken, slik at han/hun (og eventuelt andre ved klinikken) får vurdert reklamasjonen.

### 9.3 Særlig om forholdet mellom reklamasjonsfristen og foreldelse etter foreldelseslovens regler

Lov om foreldelse av fordringer 18. mai 1979 nr. 18 (foreldelsesloven) angir den ytterste tidsramme for når kreditor kan fremme krav på grunn av mislighold på debtors hånd. Ettersom reklamasjonsfristen ved kosmetisk kirurgi undertiden begynner å løpe lenge etter inngrepet, og fristen kan være lengre enn ved andre kontraktsforhold, gis i det følgende en kort behandling av foreldelseslovens relevante regler. Foreldelse av krav med utspring i delikt behandles ikke her.

Utgangspunktet er at kreditors misligholdskrav foreldes tre år etter misligholdet er inntrådt, konferer foreldelsesloven §§ 3 annet ledd jevnfør 2. Mislighold i form av mangel vil normalt inntre idet realforpliktelsen ytes, enten mangelen viser seg allerede fra dette tidspunkt eller først viser seg etter en stund (såkalt skjult mangel). For de aller fleste typer kosmetiske inngrep vil pasientens krav som følge av mangel ved realforpliktelsen forfalle tre år etter operasjonen ble gjennomført.

Dersom ytelsen innehar en skjult mangel som kommer til syne innen ti år er gått etter at realforpliktelsen ble ytet, bestemmer spesialregelen i lovens § 10 første ledd jevnfør fjerde ledd, at kreditors krav tidligst foreldes etter ett år. Regelen vil ha betydning for pasienter i to grupper; for dem som oppdager mangelen i det tredje året etter inngrepet (og følgelig innehar et krav som etter hovedregel forfaller om under et år), og for dem som først oppdager mangelen senere enn tre år etter inngrepet. For den første gruppen innebærer regelen en forlenget foreldelsesfrist, for den andre at en ny frist begynner å løpe. Et praktisk eksempel på en pasient i førstnevnte gruppe, kan være en pasient som er misfornøyd etter gjennomført neseplastikk, men har avventet å reklamere for å kunne

vurdere sluttresultatet. I den annen gruppe faller for eksempel brystopererte kvinner som opplever proteselekkasje<sup>132</sup> senere enn tre år etter inngrepet.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> Om lekkasjen utgjør en mangel vil bero på en konkret vurdering av om kirurgen er å bebreide, f.eks. på grunn av manglende informasjon om rupturrisikoen før inngrepet.

<sup>133</sup> Se om proteselekkasje i Roald, s. 86, hvor det blant annet påpekes at risikoen for proteselekkasje øker betydelig etter ti år. Lekkasje etter denne tid vil ikke gi grunnlag for misligholdskrav fra pasient, fordi kravet i alle tilfeller vil være foreldet.

## 10 Pasientens misligholdsbeføyelser

### 10.1 Innledning

Når den ene parts ytelse er mangelfull, stiller kontraktsretten misligholdsbeføyelser til disposisjon for den utilfredsstilte part. I et avtaleforhold vedrørende kosmetisk kirurgi vil både kirurgen og pasienten ha sanksjonsmuligheter når den annen part misligholder sine kontraktsforpliktelser. I dette kapittelet behandles utelukkende pasientens misligholdsbeføyelser hvor det foreligger mangler ved realytelsen.

Hvorvidt det er kirurgen personlig eller klinikken som er ansvarssubjekt i forhold til pasientens krav, må bero på klinikkens interne organisering, med mindre klinikken *fremstår som* pasientens medkontrahent, se om dette i avsnitt 10.5.3.2 og 10.5.3.3 in principio. Spørsmålet om hvem som er ansvarssubjekt, har størst betydning ved erstatningskrav, hvor likviditetshensyn står sentralt. Pasientens mangelkrav må imidlertid alltid kunne fremmes overfor kirurgen, da denne uansett må antas å representere klinikken.

Enkelte av beføyelsene som beskrives i det følgende, vil imidlertid også kunne gjøres gjeldende av kirurgen dersom pasienten misligholder betalingsplikten eller biforpliktelsene. Hevning på grunn av pasientens betalingsmislighold er tenkelig, men behovet for beføyelsen antas å være minimalt. Normalt vil kirurgen ha krav på betaling før operasjonen (se avsnitt 6.2.2 ovenfor), og hvis betalingsplikten misligholdes, kan han/hun nekte å operere, konferer den såkalte detensjonsretten.<sup>134</sup> Dessuten vil behovet for hevningsbeføyelsen reduseres av kirurgens vidtgående tilbaketredelsesrett. Krav om erstatning vil kunne være berettiget hvor klinikken/kirurgen lider tap som følge av forhold pasienten kan bebreides for, for eksempel hvis han/hun uten grunn unnlater å møte til operasjon eller etterkontroller.

Behandlingen av misligholdsbeføyelsenes anvendelse ved kosmetisk kirurgi er skilt ut i egne avsnitt, etter innledende generelle redegjørelser for de enkelte sanksjoner og deres

---

<sup>134</sup> Fordi pasienten som hovedregel må betale før operasjonen finner sted, behandles ikke pasientens detensjonsrett her. Se om detensjonsrett, Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 452 flg.

rettslige grunnlag. På grunn av avtaleforholdets særegne karakter byr subsumpsjonen av de alminnelige sanksjonsreglene på en rekke problemer. For å finne anvendelige regler, fordres det derfor undertiden en inngående behandling av obligasjonsrettslige prinsipper og lovbestemmelser.

Med unntak av hevningsbeføyelsen tilsikter misligholdsbeføyelsene å kompensere for misligholders manglende oppfyllelse. Ved avtaler om kosmetisk kirurgi har som nevnt kirurgens uaktsomhet undertiden så alvorlige konsekvenser at pasienten lider personskade (se avsnitt 8.2.1 ovenfor). Personskader vil normalt kunne utløse erstatningskrav etter reglene om deliktserstatning, se om grensegangen mellom erstatning *i* og *utenfor* kontrakt i avsnitt 10.5.2 nedenfor. Behandlingen av delikts- og kontraktserstatningsretten er i inneværende fremstilling slått sammen. Dette avviker fra tradisjonell fremstillingsmåte. Bakgrunnen for fellesbehandlingen gjøres det rede for i avsnitt 10.5.2.

Erstatning kan alltid kreves som supplement til andre misligholdsbeføyelser i den grad kreditor har lidd økonomisk tap, som ikke blir kompensert ved misligholdsbeføyelsen, jevnfør eksempelvis prinsippet i kjøpsloven § 30 første ledd annet punktum. Dette må gjelde uavhengig av om erstatningskravet fremmes etter kontraktuelle eller alminnelige regler.

## 10.2 Avhjelp – retting og omlevering

### 10.2.1 Allment om avhjelp

I norsk juridisk teori brukes *avhjelp* som fellesbetegnelse på retting og omlevering.<sup>135</sup> Ved retting eller omlevering kan realforpliktelsen settes i kontraktmessig stand, slik at det ikke lenger foreligger noen mangel.

---

<sup>135</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987), *Lov om kjøp og Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp*, s. 82, 2. spalte.



Avhjelp er for det første en misligholdsbeføyelse kreditor kan gjøre gjeldende i tilfelle mangelkrav (såkalt offensiv beføyelse). For det annet kan realdebitor møte kreditors mangelkrav med avhjelp, og derigjennom avskjære vedkommendes rett til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser (såkalt defensiv beføyelse).

Kreditors rett til å kreve retting eller omlevering for debtors regning, må anses som et utslag av dennes rett til å fastholde avtalen og kreve kontraktsmessig oppfyllelse av realforpliktelsen (naturaloppfyllelse). I UNIDROIT Principles Art. 7.2.3 formuleres regelen slik: ”*The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement or other cure of defective performance.*” Det er således naturlig at kontraktslovgivningen som hovedregel gir kreditor rett til å gjøre gjeldende *rettekrav* når mangel foreligger, se for eksempel kjøpsloven § 34 første ledd, håndverkertjenesteloven § 24 første ledd og lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. 13. juni 1997 nr. 43 (bustadoppføringslova) § 32 første ledd.<sup>136</sup>

Vilkåret for å gjøre rettekraft gjeldende er bare at det foreligger mangel. Det stilles ingen krav til mangelens betydning. Imidlertid gjelder det en alminnelig umulighets- og misforholdsbegrensning ved rettekraft, tilsvarende den som begrenser kreditors rett til naturaloppfyllelse.<sup>137</sup> Skjønnsstemaet ved misforholdsvurderingen er om kostnadene ved retting blir uforholdsmessig store i forhold til forbedringen som oppnås, konferer *inter alia* forbrukerkjøpsloven § 21 første ledd annet punktum og annet ledd, NS 8405 punkt 36.2 første ledd og håndverkertjenesteloven § 24 første ledd.

---

<sup>136</sup> Motsatt gjelder ved salg av fast eiendom, hvor kreditor som hovedregel ikke kan kreve retting, se avhl § 4-10, 1. ledd, som bare gir debitor rett til å tilby retting som defensiv beføyelse (unntak gjelder hvor kontraktsforholdet ligner entrepriseravtaler jf. 2. ledd). Regelen er i tråd med den tidligere rettstilstand på obligasjonsrettens område, med opprinnelse i romerrettslige regler. Se Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 384 jf. s. 375.

<sup>137</sup> Op.cit. punkt 15.3 s. 368 flg.

Ved *omlevering* må realdebitor yte på nytt. Av denne grunn er misligholdsbeføyelsen bare aktuell når realforpliktelsen kan erstattes med ny oppfyllelse (det vil si ved såkalte fungible ytelser). I likhet med hevning innebærer omlevering at realforpliktelsen avslås. Undertiden er omlevering svært byrdefullt for realdebitor. Grunnvilkåret for sanksjonen er av denne grunn at mangelen er *vesentlig*, konferer for eksempel kjøpsloven § 34 annet ledd.

I følge Hagstrøm er ”*omleveringskrav underkastet samme vilkår som hevning*” ved at det må foreligge vesentlig mislighold.<sup>138</sup> Etter kjøpsloven § 34 er det imidlertid tilstrekkelig at det foreligger ”*vesentlig mangel*”. Selv om vesentlig mislighold undertiden vil skyldes vesentlig mangel, og vesentlig mangel ofte vil medføre vesentlig mislighold, er vurderingene som må gjøres prinsipielt forskjellige fordi hevning forutsetter en videre misligholdsvurdering. Etter lovforarbeidene vil vurderingene likevel stort sett være sammenfallende; ”*Innholdet i vesentlighetskravet er ellers tilsvarende det som følger av § 25 (...)*.”<sup>139</sup> Om vesentlighetsvurderingen ved hevning, se punkt 10.4.2 nedenfor.

Uansett om avhjelp ytes defensivt eller gjøres gjeldende som misligholdsbeføyelse, suspenderes andre misligholdskrav så lenge debitor yter eller har rett til å yte avhjelp. Hevning og prisavslag er dermed subsidiære i relasjon til avhjelp. Misligholdsbeføyelsene blir først aktuelle hvor avhjelp ikke kan skje eller ikke bringer realforpliktelsen i kontraktsmessig stand.

### 10.2.2 Nærmere om avhjelp ved kosmetisk kirurgi

*Omlevering* forutsetter at realdebitor kan bytte ut sin opprinnelige ytelse med ny ytelse. Av denne grunn er beføyelsen bare aktuell ved fungible ytelser.<sup>140</sup> Kosmetisk kirurgi er en ikke-fungibel ytelse, og det er derfor ingen plass til omlevering ved denne type avtaleforhold. I det øyeblikk en protese er implantert, utgjør den en del av en ikke-fungibel

---

<sup>138</sup> Op.cit. s. 395-396 avsn. 16.7.2.

<sup>139</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 84-85.

<sup>140</sup> Bernhard Gomard, *Obligationsret 2. del*, 3. utg., København 2003, s. 52; Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 395.

ytelse. Hvorvidt det kan kreves omlevering av proteser, må følgelig behandles som et spørsmål om adgangen til å kreve retting.

Spørsmålet er hvilken plass *rettingsbeføyelsen* har når det foreligger mangel ved et kosmetisk kirurgisk inngrep, nærmere bestemt om pasienten kan kreve retting som misligholdsbeføyelse. Fordi det har betydning for pasientens rett til å gjøre gjeldende andre misligholdssanksjoner, behandles også spørsmålet om kirurgen/klinikken kan kreve retting som defensiv beføyelse.

Når en tjeneste er mangelfull, er utgangspunktet at kreditor har rett til å kreve *retting som misligholdsbeføyelse*. Som nevnt er retten til å kreve retting en naturlig følge av at kreditor kan fastholde avtalen og kreve naturaloppfyllelse. Et krav om retting er i bunn og grunn et krav om at realdebitor yter kontraktmessig. Hvor kreditor ikke kan kreve naturaloppfyllelse, vil retting derfor som hovedregel ikke komme på tale. Kirurgens avgjørelse om å operere pasienten skal bygge på en nokså kompleks vurdering for å oppfylle legefaglige og legeetiske krav (se om denne vurdering i punkt 4.2). Fordi kirurgen må stå inne for sin endelige avgjørelse, må han/hun innrømmes en vid adgang til tilbaketredelse, hvilket innebærer at pasienten ikke kan kreve naturaloppfyllelse (avsnitt 7.2 ovenfor). Hvor kirurgens vurdering tilsier at en korreksjonsoperasjon ville være uforsvarlig, må rettekraft derfor avvises. Det kunne derimot tenkes at pasienten hadde rett til å kreve utbedring hvor kirurgens vurdering av forsvarligheten vippet andre veien. Imidlertid må rettekraft også kunne avvises i slike tilfeller. Kirurgiske tjenester er et personlig mellomværende mellom pasient og kirurg. I avtaleforhold som innebærer tjenester av personlig karakter, er hovedregelen at kreditor ikke kan kreve naturaloppfyllelse.<sup>141</sup> (Det er også bakgrunnen for at tilbydere av personlige tjenesteytelser normalt har tilbaketredelsesrett.)<sup>142</sup> Av disse grunner kan det ikke være plass til retting som

---

<sup>141</sup> Bryde Andersen/Lookofsky, s. 200; Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 367; Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 133.

<sup>142</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 372 avsn. 15.3.6.

offensiv beføyelse ved avtaler om kosmetisk kirurgi. En pasient som har fått implantert hakeprotese av feil størrelse, kan med andre ord ikke kreve at kirurgen skifter ut protesen.

Spørsmålet som gjenstår er da hvorvidt kirurgen/klinikken kan kreve å få *utbedre mangelen som defensiv beføyelse*. Det kan tenkes at kirurgen ønsker å avskjære pasientens adgang til å gjøre misligholdsbeføyerer gjeldende ved å kreve å få utbedre mangelen eller at klinikken krever at en annen kirurg ved klinikken skal få rette resultatet.

Heller ikke som defensiv beføyelse kan det være rom for retting ved kosmetisk kirurgi. Primært kan det begrunnes i den høye grad av tillit som slike avtaler forutsetter.<sup>143</sup> Når kirurgens innsats var mangelfull første gangen, vil pasienten naturlig nok kunne kvie seg for å la seg operere av samme operatør på nytt. Medisinsk behandling forutsetter normalt pasientens samtykke for ikke å utgjøre en ulovlig integritetskrenkelse.<sup>144</sup> Pasientens samtykke til kosmetisk kirurgi manifesterer seg ved kombinasjonen av avtaleslutning og manglende tilbaketredelse. Ved sin aksept gir pasienten samtykke til det kosmetiske inngrepet han/hun ønsker å få utført. På dette tidspunkt vil vedkommende imidlertid normalt ikke se for seg at korreksjonsoperasjoner blir nødvendig. Samtykket som ligger i pasientens aksept kan derfor ikke sies å omfatte slike operasjoner.

### 10.2.3 Retting – vanlig i praksis

Av drøftelsene ovenfor trekker jeg den slutning at retting hverken kan gjøres gjeldende som offensiv eller defensiv beføyelse. I følge lederen av Norsk forening for estetisk plastikkirurgi, dr. Amland, er korreksjonsoperasjoner for klinikkenes regning en vanlig løsning når inngrepet er mangelfullt utført.

---

<sup>143</sup> Op.cit. s. 390.

<sup>144</sup> Se om kravet til gyldig samtykke til helsehjelp i Aslak Syse, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 2. utg. Oslo 2004, s. 236 flg.

For det tilfelle at pasienten fortsatt har tillit til kirurgen, bør det presiseres at det ikke er noe i veien for at pasienten kan akseptere tilbud om kostnadsfri utbedring. Det er heller ikke noe i veien for at pasienten godtar klinikkens tilbud om retting av en annen kirurg. Imidlertid kan ingen av partene gjøre rettekrev gjeldende mot den annen parts vilje. Nekter pasienten å la seg operere, må kirurgen akseptere dette og vice versa.

### 10.3 Prisavslag

#### 10.3.1 Allment om prisavslag

Når realdebitors ytelse er mangelfull, oppstår en ubalanse mellom partenes ytelser dersom kreditor må yte fullt vederlag. For å gjenopprette balansen i det gjensidig bebyrdende kontraktsforholdet, kan kreditor undertiden kreve prisavslag.

I relasjon til krav om naturaloppfyllelse og avhjelp er prisavslag å betrakte som en subsidiær beføyelse for kreditor. Når avtale er inngått, er begge parter forpliktet til å oppfylle i tråd med den. Det følger da naturlig av prinsippet om ytelse mot ytelse, at kreditor kan fastholde kontraktsforholdet og kreve at debitor oppfyller kontraktsmessig. Kommer naturaloppfyllelse eller avhjelp ikke på tale, for eksempel fordi realdebitor ikke er i stand til å oppfylle kontraktsmessig, kan kreditor kreve å få redusere sin ytelse. Også dette kan utledes som en følge av ytelse mot ytelse-prinsippet. Fordi prisavslaget tar sikte på å gjenopprette balanse mellom kontraktspartenes ytelser, kalles beføyelsen gjerne ”gjensidighetsvirkning”.<sup>145</sup>

*Prisavslag som alminnelig obligasjonsrettslig regel.* Selv om prisavslagsbeføyelsen er forankret i ytelse mot ytelse-prinsippet, er det omstridt hvorvidt sanksjonen er et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp.<sup>146</sup> Begrunnelsen for uenigheten synes å være todelt. For det

---

<sup>145</sup> Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 144 avsn. I.

<sup>146</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 397; Carl Jacob Arnholm, *Almindelig obligasjonsrett*, Oslo 1966, s. 266.

Gomard argumenterer for at prisavslagsbeføyelsen er anvendelig ”uden lovhemmel” så langt den passer, Gomard, s. 119-120.

første er det store variasjoner når det gjelder utformingen av prisavslagsbestemmelser i kontraktslovgivningen, særlig hva gjelder prisavslaget utmåling. Sekundært har sanksjonen en usikker plass i internasjonal obligasjonsrett. Etter kontinental rettstradisjon er misligholdsbeføyelsen forbeholdt kjøp av tingsytelse.<sup>147</sup> UNIDROIT Principles behandler ikke prisavslag overhodet. Etter PECL Art. 9:401 kan derimot prisavslag kreves både i tilfelle mangel og forsinkelse.<sup>148</sup>

På grunn av uenigheten rundt sanksjonens rettslige forankring er det reist spørsmål om den kan tenkes hjemlet i andre kilder enn den alminnelige obligasjonsrett. Det har vært hevdet at kontraktslovgivningens prisavslagsregler i stor grad bør kunne anvendes analogisk på tilfeller utenfor lovens virkeområde.<sup>149</sup> Videre har flere tatt til ordet for å hjemle prisavslag i avtaleloven § 36.<sup>150</sup> Terminologisk vil det i så fall være snakk om *revisjon av avtalens krav til kreditors ytelse*. Bestemmelsen åpner for revisjon av avtalevilkår som vil være ”*urimelig (...) å gjøre (...) gjeldende*”. Mangel vil i relasjon til bestemmelsen være et ”*senere inntrådt(e) forhold*”, jevnfør annet ledd, som kan tale for reduksjon av avtalt vederlag.

Det er flere problemer knyttet til forholdet mellom avtaleloven § 36 og kontraktrettens prisavslagsregler.<sup>151</sup> Dersom bestemmelsen etableres som et alminnelig grunnlag for prisavslag, vil det kunne uthule obligasjonsrettslige prisavslagsregler. Bestemmelsen favner vidt og sonderer ikke mellom tings- og tjenesteytelse, resultat- og innsatsforpliktelser. Jeg kan heller ikke se noe i veien for at avtaleloven § 36 også skulle kunne hjemle prisavslag ved forsinkelse. I utgangspunktet gjelder avtaleloven § 36 ikke misligholdstilfeller, og prinsipielt bør misligholdsregler og regler om ugyldighet og revisjon derfor holdes adskilt.

---

<sup>147</sup> PECL Art. 9:401, Notes 1. litra a og CISG art. 50.

<sup>148</sup> Se nærmere om dette i Arnholm, s. 262-263; Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraksrett II*, s. 144 og Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 407 avsn. 17.5. Etter norsk rett er det klart at prisavslag er forbeholdt mislighold i form av mangel. Prisavslag tar som nevnt sikte på å gjenopprette balansen mellom partenes ytelser. Hvis realforpliktelsen er forsinket, men ellers i kontraktsmessig stand, vil prisavslag ikke være hensiktsmessig fordi ytelsen fortsatt har samme verdi.

<sup>149</sup> Per Augdahl, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utg. Oslo 1978, s. 184-185, hvor forfatteren argumenterer for å anvende dagjeldende kjøpslovs prisavslagsregel analogisk på andre ”(...) kontraktsforhold hvor den passer”.

<sup>150</sup> Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989, s. 769.

<sup>151</sup> Noen av disse drøftes i Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraksrett II*, i.a. s. 147, 149-150 og 194-195.

Hvor kreditor kan akseptere realdebitors ytelse mot å yte redusert vederlag, og prisavslaget ikke er større enn at debitor fortsatt oppnår en gevinst ved transaksjonen, er prisavslag ofte en god løsning. Prisavslaget har fått en omfattende utbredelse gjennom kontraktslovgivningen, se for eksempel kjøpsloven § 38, avhendingslova § 4-12, pakkereiseloven 6-2 tredje ledd. Dessuten er det flere eksempler i rettspraksis på at prisavslag tilkjennes etter alminnelige obligasjonsrettslige regler. Avgjørelsen i Rt. 1998 side 1510, "Ekte hussopp", gjaldt hevningskrav og subsidiært krav om prisavslag på grunn av mangler ved fast eiendom. Hevningskravet ble avslått, men kjøperen ble tilkjent prisavslag *"etter ulovfestet eldre rett om mislighold av kontrakter om eiendomskjøp"* (side 1517). Det bemerkes at kjøpsavtalen var inngått før avhendingslova trådte i kraft. Også den såkalte "Garasjedommen", publisert i Rt. 1999 side 408 (omtalt nedenfor under avsnitt 10.4.1), kan tas til inntekt for at prisavslag har befestet sin posisjon i den alminnelige obligasjonsrett. På side 420 uttaler førstvoterende: *"Jeg tilføyer at det ikke har så stor praktisk betydning at kjøpsloven ikke kommer direkte til anvendelse, da de sentrale bestemmelser i loven i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Således vil bestemmelsene i kjøpsloven om mislighetsbeføyelser ved mangler ved salgsgjenstanden langt på vei få tilsvarende anvendelse for slike overdragelser som denne saken gjelder."* På denne bakgrunn må det i dag være grunnlag for å hevde at retten til prisavslag er et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. I hvert fall må det gjelde i relasjon til forbrukerkontrakter, hvor lovgivningen har vært særlig omfattende og konsekvent med hensyn til beføyelsen. Utmålingsreglene vil imidlertid variere fra kontraktsområde til kontraktsområde.

*Vilkår for prisavslag.* Det materielle vilkåret for prisavslag er at det foreligger en verdireducerende mangel. At mangelen må forårsake et verdiminus, følger av beregningsreglene for prisavslaget, se for eksempel kjøpsloven § 38. Er verdiminuset 0,- er det således ikke grunnlag for prisavslag. Påvirker mangelen ikke ytelsens verdi, foreligger det ikke en ubalanse mellom ytelsene som kan kompenseres ved reduksjon av kreditors

ytelse.<sup>152</sup> Det er imidlertid som nevnt intet krav til mangelens betydning (om verdiminuset utgjør to eller 40 prosent er uten betydning for retten til å kreve prisavslag), ei heller til at debitor kan bebreides for mangelen. For eksempel fremholder avhendingslovas forarbeider: ”Det er ikkje noko krav at mangelen skal (...) ha si årsak i noka form for aktløyse eller anna klanderverdig åtfærd frå seljarens side”.<sup>153</sup>

Beregningsmåten for prisavslag varierer. Ofte er utgangspunktet at beregningen skal foretas forholdsmessig i relasjon til verdiforringelsen som følger av mangelen. Hvis realforpliktelsen har en kvalitativ eller kvantitativ mangel, som medfører verdireduksjon i forhold til markedspris på 25 prosent, nedsettes kreditors ytelse tilsvarende med 25 prosent.<sup>154</sup> Regelen følger blant annet av CISG Art. 50, avhendingslova § 4-12 første ledd konferer Rt. 2000 side 199,<sup>155</sup> forbrukerkjøpsloven § 31 og kjøpsloven § 38.

Realforpliktelsens markedspris er eksempelvis 150,-. Mangelen reduserer ytelsens markedsverdi til 100,-, hvilket innebærer en verdireduksjon på 1/3. Dersom kreditors vederlag var 120,-, reduseres dette med 1/3, hvilket tilsvarer 40,-. Kreditors endelige vederlag blir da 80,-.

I kontraktsforhold hvor det kan være vanskelig å finne holdepunkter for vurderingen av realforpliktelsens verdi i henholdsvis kontraktsmessig og mangelfull stand, må prisavslaget undertiden fastsettes i samsvar med hva det vil koste å utbedre mangelen, eventuelt med

---

<sup>152</sup> I utgangspunktet må mangelen redusere realforpliktelsens omsetningsverdi. Se nærmere om beregningen av verdiminus, hhv. med utgangspunkt i gjenskaffelsesverdi, bruksverdi og omsetningsverdi, jf. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 398-399.

<sup>153</sup> Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) *Avhending av fast eiendom*, s. 107.

<sup>154</sup> Selvig/Hagstrøm, *Kontraktsrett til studiebruk Hefte 2*, Oslo 1997, s. 85, Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 145, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 90.

<sup>155</sup> Saken gjaldt krav om erstatning og prisavslag på grunn av mangler ved fast eiendom. Mindretallet og flertallet var enige om at avhendingslovas *reelle* hovedregel er at prisavslaget beregnes etter utbedringskostnadene, kfr. § 4-12, 2. ledd. Hvor det, som i dette tilfelle, er holdepunkter for å fastsette reduksjonen i eiendommens markedsverdi, må imidlertid prisavslaget fastsettes forholdsmessig, jf 1. ledd.



tillegg for verdireduksjon som følge av reparasjon (såkalt ”kjøpelyte”).<sup>156</sup> Beregningsmåten gjelder som hovedregel blant annet etter håndverkertjenesteloven § 25 og bustadoppføringslova § 33, og er den subsidiære regel etter avhendingslova § 4-12 annet ledd.

I andre tilfeller må prisavslaget fastsettes etter skjønn. Det gjelder blant annet hvor mangelen ikke lar seg utbedre, jevnfør Rt. 1998 side 1510. I håndverkertjenesteloven er den subsidiære regel at prisavslaget fastsettes etter ”*mangelens betydning*” i tilfelle utbedringskostnadene blir ”*urimelige i forhold til mangelens betydning for forbrukeren*”, konferer lovens § 25 annet ledd annet punktum.

### 10.3.2 Nærmere om prisavslagsbeføyelsen ved kosmetisk kirurgi

Problemstillingene i dette avsnitt gjelder hvilken adgang pasienten har til å kreve prisavslag når kirurgens ytelse er mangelfull. Fordi pasienten som hovedregel må betale vederlaget før operasjonen (se avsnitt 6.2.2 in fine), vil det normalt være tale om et krav om delvis tilbakesøking av vederlaget.

Ettersom kosmetisk kirurgi som regel vil være en innsatsforpliktelse (se avsnitt 6.3.2 ovenfor), vil mangelbedømmelsen blant annet knytte seg til den kirurgiske utførelse og ikke til resultatet. En konsekvens av dette er at vurderingen av om det foreligger mangel ofte vil ligge nært opp til en culpavurdering (se avsnitt 10.5.3.3 nedenfor). I og med at også prisavslag innebærer at kreditor kompenseres økonomisk, kan det spørres om det er behov for sanksjonen ved siden av erstatningsbeføyelsen, ved avtaler om kosmetisk kirurgi og andre innsatsforpliktelser.

I kontraktslovgivningen er det klart at prisavslag har en selvstendig betydning også hvor realforpliktelsen er innsatsforpliktelse, se håndverkertjenesteloven § 25 og

---

<sup>156</sup> Jf. f.eks. Rt. 1998 s. 1510 (”*Ekte hussopp*”). Førstvoterende ville subsidiært fastsette prisavslaget etter utbedringskostnaden, da forholdsmessig prisavslag ikke lot seg ”*beregne ut fra de opplysninger som forell[å]*.”

bustadoppføringslova § 33. Også i entrepriseretten kan byggherren fremme prisavslagskrav ved mangel, jevnfør NS 8405 punkt 36.4. Dette har gode grunner for seg. For det første er det tenkelig at mangelbedømmelsen og vurderingen av om det foreligger culpa undertiden ikke samsvarer. Ved en mangelsvurdering vil for eksempel vederlagets størrelse kunne ha en mer sentral betydning enn i culpavurderingen. Dessuten kan prisavslag ha betydning hvor erstatning er utelukket på grunn av at andre erstatningsbetingelser ikke er tilstede. Fordi vilkårene for prisavslag er mindre kompliserte enn for erstatning, taler dessuten prosessøkonomiske hensyn for at kreditor for innsatsforpliktelsen skal kunne kreve prisavslag i tilfelle mangel.

Det er særlig to grunner til at prisavslag bør ha sin berettigelse som misligholdsbeføyelse ved kosmetisk kirurgi. For det første er det som nevnt særlig viktig å unngå at pasienten føler seg presset til å undergå operasjon. Det følger av forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4, at pasienten skal settes i stand til å foreta en veloverveid beslutning, og at kirurgen må forsikre seg om at pasienten lar seg operere av egen fri vilje. Blant annet av sistnevnte grunn kan kirurgen/klinikken ikke kreve å rette en mislykket kosmetisk operasjon. Hvis pasientens valgmulighet med hensyn til sanksjoner begrenses, vil det kunne medføre at pasienten føler seg presset til å akseptere et eventuelt tilbud om retting. For det annet vil prisavslag i mange tilfeller representere en god løsning, under den forutsetning at pasienten kan akseptere resultatet. Kanskje mener pasienten at han/hun på tross av misligholdet har oppnådd en estetisk forbedring; øyeløkkene henger mindre, brystene er penere trass i skjemmende arr, nesen er mindre prangende selv om den ikke er rett. Prisavslag vil da fremstå som en adekvat beføyelse.

Anvendelse av prisavslagsbeføyelsen ved mangelfulle kosmetiske operasjoner byr på to nært beslektede hovedproblemer. For det første er spørsmålet hva som skal regnes som "verdi" i relasjon til vilkåret om *verdireduserende mangel*. For det annet byr *beregningen* av et eventuelt prisavslag på problemer. Prisavslagsberegning er i utgangspunktet avhengig av at det kan fikseres et økonomisk tap som følge av mangelen for kreditor. Når

det økonomiske tap kan fikseres, vil vilkåret om verdireducerende mangel automatisk være oppfylt.

Kontrakslovgivningens hovedregel om forholdsmessig fastsettelse av prisavslaget passer dårlig ved de fleste typer tjenesteavtaler, så også ved avtaler om kosmetisk kirurgi. Ved de vanligste kosmetiske operasjoner kan det nok konstateres en markedsverdi på kontraktmessig oppfyllelse. Imidlertid vil det være umulig å foreta en tilsvarende verdivurdering av ytelsen i mangelfull stand, for eksempel etter en mislykket ansiktsløftning. I håndverkertjenestelovens forarbeider presiseres: ”*Et slikt forholdsmessig prisavslag antas å egne seg mindre godt ved tjenester. Utvalget viser til at det er vanskelig å beregne verdireduksjonen mangelen medfører på annen måte enn ved å se hva det koster å få den rettet.*”<sup>157</sup>

Prisavslag er en subsidiær beføyelse i forhold til krav om naturaloppfyllelse. Håndverkertjenesteloven § 25 første ledd presiserer derfor at forbrukeren kan kreve prisavslag hvis ”*mangelen ikke rettes*”. Håndverkeren har i avtaler med forbruker en ganske vidtgående rett til å utbedre mangler etter § 24 annet ledd, vilkåret er at utbedringen skjer uten ”*vesentlig ulempe for forbrukeren*”. Dersom håndverkeren ikke kan eller vil rette mangelen, er det naturlig at prisavslaget settes til kostnaden forbrukeren må betale for å få mangelen rettet annetstedshen.

Et prisavslag etter en mangelfull kosmetisk operasjon vil imidlertid ikke ha samme subsidiære karakter. Kirurgen kan ikke antas å ha noen rett til å utbedre mangelen, selv om han/hun skulle være fullt kompetent til å foreta rettingen, jevnfør avsnitt 10.2.2 ovenfor. I dette perspektiv vil et prisavslag i samsvar med utbedringskostnaden kunne være urimelige tyngende for kirurg/klinikk.

---

<sup>157</sup> Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) *Håndverkertjenester mm. for forbrukere*, s. 39, 1. spalte i.f. og 2. spalte.

Startkostnaden ved kirurgiske inngrep er høy; det kreves avansert utstyr, god hygiene og høyt kvalifisert personale. Hvis prisavslaget skulle settes til utbedringskostnaden, ville det følgelig kunne bli meget stort, endog større enn pasientens vederlag. Det ville være svært tyngende for kirurgen/klinikken. I andre tilfeller kan det tenkes at utbedringskostnadene utgjør et rimelig prisavslag. Dersom det for eksempel oppstår behandlingskrevende infeksjon på grunn av manglende hygiene ved klinikken, vil pasienten kunne få en uheldig arrdannelse (i denne fremstilling en *kombinert* mangel og personskaade, jevnfør avsnitt 8.2.1 ovenfor). Stygge og fortykkede arr kan undertiden korrigeres ved injeksjon av steroid og i alvorligere tilfeller ved hudtransplantasjon.<sup>158</sup> Etter en kostbar operasjon, for eksempel en bukplastikk, vil kostnaden ved en slik korreksjon være forholdsmessig i relasjon til pasientens vederlag.

Håndverkertjenesteloven har en subsidiær regel som gjelder i tilfeller som har en viss grad av parallellitet. I lovens forarbeider fremholdes: *”Metoden med å beregne prisavslag på grunnlag av kostnadene ved å få mangelen rettet, må imidlertid begrenses til de tilfeller hvor det er rimelig å få mangelen rettet overhodet – av tjenesteyteren eller av andre. Dersom kostnadene vil bli urimelig store i forhold til mangelens betydning for forbrukeren, foreslår derfor utvalget at prisavslaget skal beregnes i forhold til mangelens betydning.”*<sup>159</sup> Regelen er kommet til uttrykk i håndverkertjenesteloven § 25 annet ledd annen periode. Fordi regelen gjør seg gjeldende hvor mangelens betydning for forbruker tilsier at prisavslaget settes lavere enn eventuelle utbedringskostnader, er det naturlig at forbrukerens subjektive oppfatning legges til grunn. Dette antas også i NOU-en.<sup>160</sup> Imidlertid forutsettes det i odelstingsproposisjonen, at dette er betinget av at det ikke kan konstateres en objektiv verdireduksjon: *”Vanligvis vil mangelen også i disse tilfeller innebære en objektiv verdireduksjon for forbrukeren, og prisavslaget skal da svare til verdireduksjonen. Men tjenesten kan også ha mangler selv om den objektivt ikke er mindre verdt. (...) Også i slike tilfeller vil forbrukeren ha rett til prisavslag som svarer til*

---

<sup>158</sup> <http://www.plastikkirurgi.no/Default.aspx?ViewID=1001&ArticleID=10071>

<sup>159</sup> Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 39, 2. spalte.

<sup>160</sup> NOU 1979: 42, *Lov om forbrukertjenester*, s. 51, 2. spalte avsn. 3) i.f.

*mangelens betydning ut fra en skjønnsmessig vurdering.*”<sup>161</sup> Regelen legger altså opp til at prisavslaget subsidiært skal settes til den nominelle verdireduksjonen som har funnet sted. Dersom markedsprisen på en kontraktmessig tjeneste eksempelvis er 100,-, og verdien av det utførte arbeid anslås til 80,- blir prisavslaget 20,-.

Det kan settes spørsmålsteget ved konsekvensen i begrunnelsen for beregningsreglene. En viktig del av begrunnelsen for å fravike den kontraktsrettslige hovedregel om forholdsmessig prisavslag, var jo nettopp vanskeligheter ved å fikse tjenestens *objektive* verdi i mangelfull stand. Også når prisavslaget settes til den nominelle verdireduksjon, danner denne fikseringen grunnlaget for beregningen.

At tjenesten lider av mangler selv om den ikke ”*objektivt*” er ”*mindre verd*”, eksemplifiseres i sitatstedet med tilfeller hvor det foreligger en konkret mangel i relasjon til avtalen, selv om ytelsen etter en abstrakt vurdering ville være mangelfri. Sofaen er eksempelvis trukket med stoff i feil farve, taket er belagt med feil – men kvalitetsmessig fullverdig – taksten. Formuleringen må imidlertid også favne om de tilfeller hvor det ikke kan anslås noen utgangsverdi og en verdireduksjon følgelig ikke kan konstateres; en uomsettelig speciegjenstand med stor affeksjonsverdi forringes av mangelfullt håndverk som ledd i vedlikehold – utbedring er uforholdsmessig dyrt.

I slike tilfeller vil graden av parallellitet være stor til mangelfulle kosmetiske operasjoner, og det er gode grunner til å anvende håndverkertjenestelovens regel analogisk. Mangelen gir seg eksempelvis utslag i et asymmetrisk resultat, skjemmende arr, ujevnheter og søkk, eller et ”strukket” og unaturlig utseende. Til illustrasjon kan det tenkes at en pasient opplever ujevnheter i underhudsfettvevet etter en fettsugingsoperasjon. Korreksjon betinger at det foretas en ny fettsuging av det omkringliggende vev, eventuelt at det transplanteres fett til de nedsunkne områder.<sup>162</sup> Hvis pasienten kan akseptere det mangelfulle resultat (”maven er i hvert fall borte”), fremstår prisavslag som både adekvat og fornuftig.

---

<sup>161</sup> Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 40, 1. spalte.

<sup>162</sup> Kveim, s. 87.

På den annen side vil også en skjønsmessig beregningsmodell, som hensyntar pasientens subjektive oppfatning av mangelens betydning, reise vanskelige problemstillinger. Skjønnhet er som kjent "in the eyes of the beholder" og det kan være svært vanskelig å vurdere om pasientens oppfatning av mangelens betydning er rimelig. Hvis pasienten er tilfreds med en del av resultatet og misfornøyd med en annen, er det naturlig å ta utgangspunkt i hvor meget disse delene betyr for pasienten. Som en forutsetning for at prisavslag skal være en praktisk beføyelse i slike tilfeller, må det gjelde at et eventuelt prisavslag ikke står i misforhold til det betalte vederlagets størrelse.

En neseoperert pasient er eksempelvis fornøyd med resultatet i profil, men synes fortsatt nesetippen er klumpete. Resultatet kan tilbakeføres til at kirurgen valgte en operasjonsteknikk hun hadde mindre erfaring med ("lukket" istedenfor "åpen", konferer avsnitt 2.4 ovenfor). Siden pasientens hovedønske var å fjerne humpen på neseryggen, er han likevel så fornøyd at han ikke ønsker å undergå ny operasjon. Et prisavslag på 20 til 30 prosent av vederlaget kan være en akseptabel løsning.

## 10.4 Hevning

### 10.4.1 Allment om hevning

Hevning er den mest vidtgående misligholdsbeføyelse kontraktsparter besitter i tilfelle mislighold. Ved hevning opphører partenes gjensidige rett og plikt til naturaloppfyllelse, og av denne grunn er et hevningskrav uforenlig med krav om avhjelp og prisavslag. Selv om partenes oppfylleelsesplikt bortfaller, innebærer ikke hevning at avtaleforholdet anses som en nullitet. Lojalitetsplikten i avtaleforhold består og kan gi grunnlag for diverse biforpliktelser (se for eksempel bustadoppføringslova § 21 fjerde ledd, hvoretter hevning etablerer omsorgsforpliktelse for forbruker). Hevning er dessuten ikke til hinder for at erstatningsansvar gjøres gjeldende på grunn av misligholdet. UNIDROIT Principles Art. 7.3.5 annet og tredje ledd er illustrerende: "(2) *Termination does not preclude a claim for damages for non-performance.* (3) *Termination does not affect any provision in the*

*contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination.”*

At partenes oppfylleelsesplikt bortfaller, innebærer som utgangspunkt en forutsetning om at oppfyllelse ennå ikke har funnet sted, alternativt at partene *restituerer* det de har mottatt in natura.<sup>163</sup> I kjøpsforhold kan kjøper betale en sum tilsvarende den verdireduksjon tingen har hatt i kjøpers besittelse, når tingen ikke kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand, jevnfør kjøpsloven § 66 annet ledd.

Når avtaleforholdet betinger at det ytes over tid, er hovedregelen at hevningskravet virker fra hevningstidspunktet (*ex nunc* – ”*fra nå av*”), hvilket innebærer at kreditor må betale vederlag og eventuelt gjøre gjeldende alternative sanksjoner for denne del av realforpliktelsen.<sup>164</sup> Ved engangsytelser, for eksempel kjøp av fast eiendom, er imidlertid hovedregelen at hevning er tilbakevirkende til avtaletidspunktet (*ex tunc* – ”*fra da av*”), se inter alia kjøpsloven § 64 annet ledd og avhendingslova § 4-4 annet ledd.<sup>165</sup>

Grunnvilkåret for hevning knytter seg til misligholdets karakter; det må være *vesentlig*, se for eksempel kjøpsloven § 39 første ledd, avhendingslova § 4-13 første ledd og UNIDROIT Principles Art. 7.3.1 (1), hvor det samsvarende begrep ”*fundamental non-performance*” benyttes. Vesentlighetskravet fordrer at det foretas en individuell helhetlig vurdering av om den som utsettes for misligholdet har ”*rimelig grunn for (...) å si seg fri fra kontrakten*”, jevnfør den såkalte ”Garasjedommen” publisert i Rt. 1999 side 408, se side 421. I den videre fremstilling forutsettes at misligholdet er på realdebitors hånd.

I Garasjedommen krevde kjøperen av en leilighet å heve avtalen, da det ikke fulgte med garasje slik det fremgikk av kjøpekontrakten. Hevningskravet ble ansett uberettiget fordi det etter en

---

<sup>163</sup> Se om restituerbarhet som vilkår for hevning, Bryde Andersen/Lookofsky, s. 207.

<sup>164</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 437-438, og UNIDROIT Principles 7.3.6 (2), som befester denne hovedregel.

<sup>165</sup> Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 151.

helhetsvurdering ikke ble ansett å foreligge vesentlig mislighold. Dommen er meget illustrerende for den helhetlige vurdering vesentlighetskravet betinger.

Målestokken for vurderingen er kontraktmessig oppfyllelse, konferer inter alia ”Garasjedommen”.<sup>166</sup> Utgangspunktet for vurderingen er det objektive avvik misligholdet utgjør. Ved hevning ex nunc relaterer vesentlighetsvurderingen seg naturlig til antagelser om debtors fremtidige evne og vilje til oppfyllelse.<sup>167</sup> Foreligger flere mislighold i sammenheng, må avviket vurderes i relasjon til kumulasjonen av misligholdene.<sup>168</sup> Ved kvantitative mangler må det vurderes hvor stor del av realforpliktelsen som gjenstår, ved kvalitativ mangel er spørsmålet i hvilken grad den leverte ytelse kvalitativt avviker fra kontraktmessig oppfyllelse.

Vesentlighetsvurderingen er som nevnt en individuell vurdering. Ved fikseringen av det objektive avvik må det derfor tas hensyn til graden av spesifisering i avtalen. Er kravene til realforpliktelsen presist angitt, vil vurderingen av om det foreligger mangel, og dens eventuelle omfang, i større grad relateres til kontraktens ordlyd.<sup>169</sup> Hvorvidt kontraktsforholdet i særlig grad nødvendiggjør nøyaktig oppfyllelse, må også tillegges vekt.

Se eksempelvis avgjørelsen i Rt. 1973 side 375. Saken gjaldt et hevningskrav fra huseier. Leietager som drev butikk og bakeri i gården, stengte butikken for å pusse opp lokalet. Etter fem måneder hadde oppusningen ennå ikke kommet i gang, og huseier krevde da å heve leieavtalen. Utleieren fikk ikke medhold i hevningskravet. Blant annet ble det vektlagt at det var snakk om et langvarig kontraktsforhold.

---

<sup>166</sup> Se nærmere om vesentlighetsvurderingen: Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 410 flg.; Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 153 flg.

<sup>167</sup> Op.cit. s. 154 punkt 2.

<sup>168</sup> Forarbeidene til kjøpsloven nevner som eksempel at det både foreligger mangel og forsinkelse, se Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 91, 1. spalte. Men kumulasjon må også være regelen når det foreligger flere mislighold av samme art.

<sup>169</sup> Dette betegnes gjerne som en *konkret mangelsvurdering*, se f.eks. Bryde Andersen/Lookofsky, s. 52.



Hvorvidt debitor kan bebreides for misligholdet, er også et forhold som tillegges vekt. Har debitor utvist skyld, anses dennes interesser mindre beskyttelsesverdige, og kreditor vil lettere kunne sies å ha grunn til å komme seg ut av avtaleforholdet.<sup>170</sup>

Fordi hevning er å anse som en subsidiær misligholdsbeføyelse i forhold til beføyelser som tar sikte på å opprettholde kontraktsforholdet, er det av stor betydning i hvilken grad kreditor kan tilfredsstilles med alternative beføyelser.

I Rt. 1998 side 1510, "Ekte hussopp", uttalte førstvoterende: "*Ved helhetsvurderingen må det etter min mening legges vekt på om et prisavslag, som alternativ til hevning, vil kunne gjenopprette de økonomiske konsekvensene av kontraktsbruddet og også gi en adekvat reaksjon mot det kontraktsbruddet som foreligger.*"

Hevningsbeføyelsens virkninger for kontraktspartene står også sentralt. I kontraktsforhold vedrørende kjøp av genusytelse vil eksempelvis debitor normalt rammes mildere av hevningskrav, enn ved entreprisekontrakter hvor byggingen er påbegynt. Generelt vil dessuten debitor rammes tyngre, jo senere kreditor reklamerer.

I den refererte "Garasjedommen", uttalte førstvoterende: "*Tidsforløpet har i første rekke betydning for reklamasjonsspørsmålet. Men det vil også kunne ha betydning for selve hevningsadgangen. Det rammer selgeren hardere når et hevningskrav først fremsettes etter lang tid.*"

Tilsvarende må misligholdets betydning for kreditor vurderes. Et betydelig avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse gir ikke kreditor rett til å heve, dersom avviket er av minimal betydning for denne. I "Garasjedommen" ble det eksempelvis vektlagt at kjøperen ikke hadde noe spesielt behov for garasjeplass, da hun ikke hadde bil, og det uansett var lett å finne parkeringsplass i gaten. Motsatt vil et lite mislighold kunne gi hevningsrett hvis det medfører stor ulempe for kreditor.

---

<sup>170</sup> Særlig vekt har debtors skyld i langvarige kontraktsforhold. Se til illustrasjon Rt. 1983 s. 1004 ("*Børre Knudsen-dommen*"). Ankende part hadde som sogneprest "*forsettlig og varig*" nektet å utføre en rekke arbeidsoppgaver i protest mot abortloven. Staten fikk medhold i sin avskjedssak.

Undertiden reiser spørsmålet seg om det gjelder en betingelse om at debitor hadde mulighet til å forutse misligholdets betydning for kreditor, med andre ord om det gjelder en såkalt *innsiktsrekvisitt* i vesentlighetsvurderingen. Spørsmålet er omtvistet, men må etter mitt syn besvares bekreftende. I tilfelle realforpliktelsen ved kosmetisk kirurgi er vesentlig misligholdt, vil misligholdets betydning for pasienten normalt være synbart for kirurgen. Spørsmålet om debtors innsiktsrekvisitt i vesentlighetsvurderingen er derfor neppe av særlig betydning for denne fremstilling. De følgende drøftelser er derfor satt i petit.

Hov må forstås dit hen at han mener gjeldende rett ikke inneholder et slikt krav. Hovedargumentene som anføres er at en slik betingelse ikke fremkommer av kjøpsloven av 1988 (med unntak av § 94, som er en særregel ved internasjonale kjøp), i motsetning til kjøpsloven av 1907 og CISG, og at Justisdepartementet forkastet forslaget om innsiktsrekvisitt i avhendingslova ”*først og fremst av hensynet til å skape harmoni mellom kjøpsloven og avhendingslova*”.<sup>171</sup> Hagstrøm mener innsiktsrekvisitt er et alminnelig krav, og viser blant annet til UNIDROIT Principles art. 7.3.1 (2), Rt. 1923 I side 468 (”Furustavdommen”) og CISG art. 25, som lyder: “*A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result*”.

Etter min mening må det være riktig å hevde at innsiktsrekvisitt er et alminnelig krav også etter norsk kontraktsrett. Kjøpsloven av 1988 er i hovedsak en transformasjon av CISG. Transformasjon innebærer at rettsstilstanden en konvensjon etablerer, søkes gjennomført med egen nasjonal lovgivningsteknikk og eget lovspråk.<sup>172</sup> Justisdepartementets behandling av innsiktsrekvisitten kan leses som en anbefaling om alternativ formulering i forhold til CISG – *uten at det ble tilsiktet en avvikende rettsstilstand*. Forarbeidene uttaler om henholdsvis vesentlighetskravet og innsiktsrekvisitten: ”*Departementet anser de momentene som her er nevnt som viktige i vesentlighetsvurderingen. Det må likevel som utgangspunkt skje en helhetlig vurdering der også andre forhold kan komme i betraktning. Det virker da uheldig å fokusere ensidig på to momenter i denne vurderingen. Departementet har derfor kommet til at man vil følge arbeidsgruppens forslag*

---

<sup>171</sup> Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 156-157.

<sup>172</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. v. Jan E. Helgesen, Oslo 2001, s. 287-288.

[som ikke inneholder innsiktsrekvisitt], *selv om dette innebærer at vilkårene blir formulert forskjellig i de ulike nordiske land. Innholdsmessig er det i alle tilfelle ikke tilsiktet noen forskjell fra de øvrige lands forslag.*<sup>173</sup> Bakgrunnen for at innsiktsrekvisitten ikke ble lovfestet, synes altså å være at man ville unngå å legge føringer på helhetsvurderingen som vesentlighetskravet legger opp til. Av denne grunn valgte man kun å lovfeste grunnvilkåret for hevning. Var meningen å fravike den regel som lovarbeidet tok utgangspunkt i, burde distinksjonen kommet klart frem i forarbeidene. Når Justisdepartementet heller ikke valgte å kodifisere kravet til innsiktsrekvisitt i avhendingslova, skyldes det, så vidt jeg kan skjønne, et ønske om å følge den retts tekniske linje som ble valgt i de nevnte forarbeider til kjøpsloven.<sup>174</sup>

Hov synes å mene at innsiktsrekvisitten nærmest er uforenlig med den helhetsvurdering vesentlighetskravet forutsetter; ”*Skal det foretas en helhetsvurdering, kan det ikke være noe ufravikelig vilkår at selgeren innså eller burde innse at misligholdet er vesentlig.*”<sup>175</sup> Det kan spørres om Hovs oppfatning av innholdet i innsiktsrekvisitten avviker fra den som her legges til grunn. Innsiktsrekvisittens vurderingstema – slik kravet her forstås – knytter seg til misligholdets betydning for kreditor, mer konkret om det er *vesentlig for kreditor*.<sup>176</sup> I denne sammenheng vises det til CISG art. 25 (sisert ovenfor) – hvor ”*such result*” tilsynelatende henviser til ”*what he is entitled to expect under the contract*”. Med utgangspunkt i en slik forståelse er det vanskelig å se at innsiktsrekvisitten er til hinder for en helhetlig vesentlighetsvurdering. Det er når et mindre mislighold gir (for debitor) uante store konsekvenser for kreditor, at innsiktsrekvisitten kan utgjøre en hindring for kreditors hevningskrav. For at et hevningskrav skal stå seg i et slikt tilfelle, må debitor ha vært gjort kjent med kreditors særlige behov for kontraktmessig oppfyllelse ved avtaleinngåelse.

#### 10.4.2 Nærmere om hevningsbeføyelsen ved kosmetisk kirurgi

Spørsmålet om hevning av avtaler om kosmetisk kirurgi må holdes adskilt fra den vide adgang partene har til å trekke seg fra avtalen når det ikke foreligger mislighold (tilbaketredelses-/avbestillingsadgang). Problemstillingen i dette avsnitt gjelder i hvilken

---

<sup>173</sup> Ot.prp. nr. 80 (1987-1987) s. 69-70.

<sup>174</sup> Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 45.

<sup>175</sup> Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 157.

<sup>176</sup> Dette antas å samsvare med Hagstrøms forståelse av innsiktsrekvisitten, se Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 416. Se også Bryde Andersen/Lookofsky, s. 218.

grad pasienten kan benytte hevning som misligholdsbeføyelse når debtors kirurgiske ytelse er mangelfull.

Som nevnt ovenfor, er hevning i utgangspunktet forbeholdt de tilfeller hvor partene ennå ikke har ytet eller ytelsene lar seg restituere. Før kirurgen har ytet sin realforpliktelse, er det teoretisk ikke noe i veien for at hevning kan gjøres gjeldende som misligholdsbeføyelse i avtaler om kosmetisk kirurgi. For pasientens del er spørsmålet imidlertid ikke praktisk viktig, på grunn av dennes vidtgående tilbaketreddesrett (se om denne i kapittel 7 ovenfor).<sup>177</sup> Etter operasjon er gjennomført er det vanskelig å forestille seg restitusjon av realforpliktelsen. Det skyldes at kosmetiske kirurgisk inngrep som regel er irreversible, i stor grad består i håndverk og i liten grad involverer gjenbrukbare materialer.

Ved hevning ex tunc av avtale om håndverkertjenester hender det at restitusjonsoppjøret ikke reflekterer debtors ytelse. Lovgiver har i slike tilfeller ikke ansett det som et hinder for hevning at restitusjon av debtors ytelse helt eller delvis ikke lar seg gjøre. I stedet er vesentlighetskravet skjerpet, slik at mangelen må medføre at *”formålet med tjenesten blir vesentlig forfeilet”*, jevnfør håndverkertjenesteloven § 26 første ledd. Samme regel gjelder ved forsinket levering av tilvirkningskjøp, se kjøpsloven § 26. Begrunnelsen i håndverkertjenestelovens forarbeider lyder: *”Det forhold at det vesentlige av oppdragstakerens innsats ikke lar seg restituere, er bakgrunnen for at betingelsen for å heve for allerede utført del er satt så vidt strengt.”*<sup>178</sup>

At kreditor unntaksvis har hevningskravet i behold, selv om realforpliktelsen ikke lar seg restituere, følger sannsynligvis også av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.<sup>179</sup> UNIDROIT Principles etablerer en skjønsmessig regel som undertiden betinger at

---

<sup>177</sup> For kirurgen kan hevningsbeføyelsen derimot tenkes å være aktuell hvor pasienten for eksempel misligholder sin betalingsforpliktelse, men det ikke foreligger saklig grunn for kirurgen til å gjøre gjeldende tilbaketreddesretten.

<sup>178</sup> NOU 1979: 42 s. 112, 1. spalte.

<sup>179</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 439.

kreditor kompenserer økonomisk for den del av realforpliktelsen som ikke kan restitueres fysisk. Art. 7.3.6 (1) annen periode lyder: *"If restitution in kind is not possible or appropriate allowance should be made in money whenever reasonable."* Bestemmelsens vurderingstema er hvorvidt det er "rimelig" (*"reasonable"*) at kreditor betaler en økonomisk kompensasjon når realforpliktelsens karakter enten gjør restitusjon "umulig" (*"not possible"*) eller "uegnet" (*"appropriate"*). En lignende bestemmelse finnes i PECL art. 9:309, hvorefter kreditor plikter å betale *"reasonable amount for the value of the performance to the other party"* når realforpliktelsen *"can not be returned"*. I kommentarene til bestemmelsene betinges imidlertid kreditors økonomiske kompensasjon av at debtors ytelse i det hele har noen verdi for kreditor. I kommentaren til UNIDROIT Principles art. 7.3.6 (1) heter det: *"(...) allowance should only be made if, and to the extent that, the performance received has conferred a benefit on the party claiming restitution."* En naturlig betraktning er derfor at bestemmelsene er utslag av den alminnelige regel om restitusjon av berikelse.

I norsk rett har det vært antatt at det aktiveres en retroaktiv hevningsrett for kreditor hvis restitusjon ikke lar seg gjøre, når debitor har utvist *grov skyld* med hensyn til oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser, eller hvor mangelen ved ytelsen i seg selv representerer et *særlig grovt kontraktsbrudd*.<sup>180</sup> Se til illustrasjon dommen avsagt av Vestre Landsret, publisert i UfR 1976.419; årsregnskapet utarbeidet av revisor led av så *"alvorlige mangler og fejl"* at ansvarlig revisor ikke hadde rett til noe vederlag.

Et skjerpet vesentlighetskrav i kombinasjon med restitusjonsfrihet for kreditor, er tenkelig også i avtaler om kosmetisk kirurgi; eksempelvis hvor kirurgens forsøk på å gi pasienten en rett nese medfører det motsatte resultat på grunn av søkk som oppstår under inngrepet.<sup>181</sup> Imidlertid er det ikke uproblematisk. Det første problemet gjelder valg av

---

<sup>180</sup> Op.cit. s. 439.

<sup>181</sup> Kan det påvises *grov skyld* på kirurgens hånd, er det forholdsvis greit å gi hevningskravet retroaktiv virkning. En annen sak er at hevningskravet i et slikt tilfelle gjerne vil følges av et erstatningskrav, og det følgelig kan settes spørsmålstegn ved behovet for hevningsbeføyelsen.

vurderingskriterier i forbindelse med det skjerpede vesentlighetskrav. Hvilke kriterier skal legges til grunn ved vurderingen av om mangelen representerer et *særlig grovt kontraktsbrudd*? I mange tilfeller kan det by på problemer. Det alternative vurderingstema ved hevning av avtale om håndverkertjeneste på grunn av mangel eller tilvirkningskjøp på grunn av forsinkelse, passer dårlig i tilfelle mangel ved kosmetisk kirurgi. Er brudekjolen sydd feil, med den følge at den ikke kan brukes i bryllupet, gir det mening å vurdere om ”*formålet med tjenesten*” ble ”*vesentlig forfeilet*”, jevnfør håndverkertjenesteloven § 26 første ledd. Det vil det imidlertid sjeldent gi ved mislykkede kosmetiske operasjoner. Hvis pasienten får større bryster med skjemmende arr, skal vurderingen knyttes til forstørrelsen eller det estetiske resultat? Og hvis sistnevnte kriterium skal legges til grunn, skal pasienten selv eller kirurgen foreta vurderingen? Hvor estetisk uheldig må resultatet være for at ”*formålet*” med inngrepet kan anses ”*vesentlig forfeilet*”? Vurderingene kan bli bortimot umulige.

Reglene om retroaktiv hevningsrett, i tilfelle full restitusjon ikke lar seg gjøre, bygger på at det skal skje en restitusjon *så langt som mulig*. For eksempel skal snekkeren få tilbake materialene som lett kan demonteres, konferer håndverkertjenesteloven § 16 første ledd annet punktum. Ved kosmetisk kirurgi er det vanskelig å tenke seg restitusjon av debitors ytelse i det hele tatt, ettersom den helt vesentlige del av realforpliktelsen består i kirurgisk håndverk. Eventuelle installerte implantater og lignende vil selvfølgelig hverken kunne kreves restituert eller ha noen som helst verdi for debitor. Følgelig vil hevning i praksis innebære et fullt prisavslag og være meget tyngende for misligholder. Det vil være svært vanskelig å verdsette eventuell berikelse – ”*forskjønnelse*” – som pasienten har oppnådd.

Som regel vil dessuten hevningssanksjonen ha begrenset funksjonell betydning for den skuffede pasient, utover det alternative misligholdsbeføyelser vil ha.<sup>182</sup> Det skyldes i hovedsak at kosmetisk kirurgiske inngrep er irreversible. Uansett om avtalen heves, vil pasienten være merket på legemet.

---

<sup>182</sup> Om kreditor kan kompenseres ved andre misligholdsbeføyelser, vil som regel være et moment i den konkrete hevningsvurdering, se Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 98.

## 10.5 Erstatning

### 10.5.1 Allment om erstatning

Etter tradisjonell lære sondres det mellom erstatningsregler med anvendelse *i* og *utenfor* kontraktsforhold. Sondringen baserer seg på det skadelige faktums karakter. En kontrakt fikserer de omstendigheter partene har ansvar for (kontraktsforpliktelser), og kan oppfattes som en spesifisering av de generelle ansvarskrav som gjelder i samfunnet. Skyldes det økonomiske tap mislighold av avtaleforpliktelser, fremstår erstatning som en obligasjonsrettslig misligholdsbeføyelse. Er det derimot grunnet i en skadevoldende handling eller unnlattelse,<sup>183</sup> som ikke er brudd på kontraktsnormer, må erstatningskrav hjemles i alminnelige regler for erstatning utenfor kontraktsforhold (også kalt deliktserstatningsretten). Selv om utgangspunktene for grensedragningen er klare, er det en del tilfeller som vanskelig lar seg kategorisere. Som eksempel på et slikt grensetilfelle nevner Hagstrøm skader påført pasienten ved tannbehandling: ”(...) *hvor skadene nok skyldes et kontraktsforhold, men hvor avtaletilknytningen er fjern og fellestrekkene med den alminnelige erstatningsrettens skader mange så lenge det er tale om personskade. At eksempelvis en tannbro ikke virker som forutsatt, har likevel mer karakter av kontraktsrettslig oppfyllelsssvikt.*”<sup>184</sup> Tannlegetjenester har flere likhetstrekk med kosmetisk kirurgi, og kosmetisk kirurgi representerer også i høy grad et vanskelig grensetilfelle i relasjon til sondringen mellom de erstatningsrettslige regelsett.<sup>185</sup> Dette behandles nærmere nedenfor.

Reglene for erstatningsplikt *i* og *utenfor* kontraktsforhold bygger rent legislativt på ulike grunnlag. Mens kontraktserstatningsreglene først og fremst regulerer risikoen for manglende oppfyllelse av kontraktsforpliktelser, skal deliktserstatningsreglene ivareta en

---

<sup>183</sup> Ad ansvarsbetingende unnlattelser, se Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utg., Oslo 2005, s. 127.

<sup>184</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 451.

<sup>185</sup> De fleste tannlegetjenester er imidlertid medisinsk indiserte. Muligens er derfor kontraktsaspektet enda tydeligere ved det kosmetisk-kirurgiske behandlingsforholdet. Se om behandlingsforholdets rettsystematiske plasseringer under avsn. 3.2 ovenfor.

rekke samfunnshensyn.<sup>186</sup> Imidlertid er regelsettene langt på vei likt begrunnet. For det første skal truselen om erstatningsplikt skape et incitament til å unngå mislighold/skadevoldende handlinger. Erstatningsreglene er således delvis begrunnet med *prevensjonshensynet*.<sup>187</sup> Ved mislighold eller oppstått skade medfører erstatningsplikten dessuten at den skadelidte part kompenseres for det økonomiske tap denne lider som følge av misligholdet. Derfor sier man at erstatningsreglene også bygger på *reparasjonshensynet*.

Grunnvilkårene for erstatning er likelydende i og utenfor kontraktsforhold, selv om utformingen av vilkårene i mange tilfeller divergerer. Foruten at det må foreligge et *ansvarsgrunnlag*, må det i tillegg foreligge *adekvat årsakssammenheng* og *økonomisk tap*.

Kreditors rett til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser, springer i alminnelighet ut ifra misligholdet som sådant. Annerledes er det med erstatningsbeføyelsen – misligholdet i seg selv utløser ikke erstatningsrett. Kravet til ansvarsgrunnlag utgjør derfor et vesentlig punkt hvor erstatning som misligholdsbeføyelse skiller seg fra andre beføyelser. Tradisjonelt har culpa vært ansett som det alminnelige ansvarsgrunnlag i kontraktsforhold, så vel som *utenfor* kontraktsforhold. Moderne kontraktslovgivning bygger imidlertid gjennomgående på kontrollansvaret etter modell fra CISG. Kontrollansvaret innebærer et objektivt ansvar for mislighold som skyldes omstendigheter innenfor realdebitors ”kontrollsfære”, konferer kjøpsloven § 40 jevnfør § 27, avhendingslova § 4-14 første ledd, håndverkertjenesteloven § 28. Et spørsmål som er gjenstand for adskillig diskusjon i juridisk teori, er hvilken betydning det har for det alminnelige kontraktuelle ansvarsgrunnlag utenfor de lovregulerte tilfeller, at kontrollansvaret har fått slik utbredelse i kontraktslovgivningen.<sup>188</sup> Det vil føre for langt å inngå i diskusjonen her, ei heller er det nødvendig av hensyn til fremstillingens

---

<sup>186</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 450.

<sup>187</sup> Om prevensjonshensynet ift. kontraktserstatningsreglene, se Kai Krüger, *Norsk Kjøpsrett*, 3. utg., Bergen 1991, s. 312.

<sup>188</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 502 flg.; Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, s. 207-208.



tema. Det er nemlig enighet om at culperegelen er den alminnelige ulovfestede regel ved avtaler om tjenesteytelse av personlig karakter, slik som avtaler om kosmetisk kirurgi.<sup>189</sup>

Kravet til at skadelidte har lidd økonomisk tap er knyttet til erstatningsrettens gjenopprettende funksjon. Ettersom erstatning utbetales i penger, er gjenopprettelse ved erstatning ikke mulig hvis ikke et økonomisk verditap kan fastslås. I kontraktserstatningsretten utløser mislighold i utgangspunktet bare en plikt til å erstatte tapsposter som hører under den såkalte *positive kontraktsinteresse*. Dette i motsetning til tapsposter som hører under *den negative kontraktsinteresse*, hvis dekning normalt er betinget av ugyldighet.<sup>190</sup> Skjematisk kan forskjellen beskrives ved at erstatning for den positive kontraktsinteresse innebærer at skadelidte skal stilles økonomisk som om riktig oppfyllelse var skjedd, mens erstatning for negativ kontraktsinteresse skal stille skadelidte som om avtalen aldri var inngått.

Distinksjonen mellom negativ og positiv kontraktsinteresse betegner altså ulike tapsutmålingsprinsipper. En begrensning i hva som anses som relevante tapsposter, til motpartens synbare forventninger til oppfyllelsen, innebærer forutberegnelighet og en retts teknisk forenkling som er verdifull i kommersielle forhold. Ved mislighold av kontrakt er årsakskravet følgelig konsentrert til et spørsmål om skadelidtes tap faller inn under oppfyllelsesinteressen eller ei.<sup>191</sup>

Kravet til årsakssammenheng kan ellers beskrives som et krav om at den intrådte skade og det attributive tap skyldes den påståtte skadevolders handling eller unnlattelse.<sup>192</sup> Tvil om hva som faktisk har skjedd, betegnes gjerne som årsakskravets *faktiske side*.<sup>193</sup> Årsakskravets *rettslige side* betegner derimot spørsmålene om en klarlagt skade kan sies å

---

<sup>189</sup> Op.cit. s. 208; Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 452.

<sup>190</sup> Op.cit. s. 520-521.

<sup>191</sup> Op.cit. s. 520.

<sup>192</sup> Bo von Eyben og Helle Isager, *Lærebog i erstatningsret*, 5. utg., København 2003, s. 215-216.

<sup>193</sup> Op.cit. s. 252.

skyldes den påståtte skadevolders adferd. Problemene knytter seg her gjerne til flere *samvirkende* eller *konkurrerende årsaker*. Årsakssammenhengen må dessuten være adekvat. Hvis skaden, eller deler av den, er inadekvat(e), må de(n) anses som hendelig(e) uhell, som kanskje ikke ville inntruffet hvis skadevolders handling tenkes borte, men som likevel er så fjern(e) og upåregnelig(e) at de(n) vanskelig kan legges skadevolder til last.<sup>194</sup>

Dommen publisert i Rt. 2001 side 320 er illustrerende. En tidligere drosjesjåfør ble stadig mer plaget av forskjellige sykdomssymptomer etter en bilulykke, og krevde derfor erstatning av forsikringselskapet. Hovedspørsmålet i saken var om det forelå årsakssammenheng mellom ulykken og skadelidtes invaliditet. Om adekvanskrevet uttalte førstvoterende på side 334: ”*Det følger av kravet om at årsakssammenhengen må være adekvat, at det er et vilkår for at ansvar skal inntre, at skadefølgen ikke må være for fjern og avledet (...).*”

#### 10.5.2 Særlig om distinksjonen mellom erstatning i og utenfor kontraktsforhold i relasjon til avtaler om kosmetisk kirurgi

Den tradisjonelle sondringen mellom erstatningsrett i og utenfor kontraktsforhold støter på flere problemer ved avtaler om kosmetisk kirurgi.<sup>195</sup> Det har sammenheng med kosmetisk-kirurgiske inngrep undertiden medfører personskade, som tradisjonelt har vært behandlet under deliktserstatningsretten.

Under normale omstendigheter har sondringen mellom regelsettene rettslig betydning i flere henseender.<sup>196</sup> Kontraktserstatningsretten skal kompensere for den manglende oppfyllelsen og er derfor begrenset til å dekke oppfyllelsesinteressen. Deliktserstatningsreglene dekker derimot alt adekvat økonomisk tap. Krav om kontraktserstatning prekluderes etter reklamasjonsreglene, mens deliktserstatningskrav kan

---

<sup>194</sup> Lødrup, s. 282-283.

<sup>195</sup> Se om det teoretiske grunnlaget for sondringen i Bernhard Gomard, *Forholdet mellom Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold*, København 1958, s. 40 flg.

<sup>196</sup> Vibe Ulfbeck, *Erstatningsrettlige grænseområder Professionsansvar og produktansvar*, København 2004, s. 7-8.

fremmes innen foreldelsesfristens utløp. Skyldvurderingen tar innenfor kontraktserstatningsretten utgangspunkt i avtalens krav til oppfyllelse, mens den etter deliktserstatningsreglene tar utgangspunkt i samfunnets krav til aktsomhet. Avtalte ansvarsfraskrivelser vil i utgangspunktet være gyldige i relasjon til kontraktsansvaret, men vil normalt ikke være ansvarsbefriende utenfor kontraktsforhold. Endelig kan sontringen ha betydning i forhold til bevisbyrdereglene. I kontraktsforhold er bevisbyrden ofte snudd i misligholders disfavør.<sup>197</sup>

Distinksjonen mellom kontrakts- og deliktsansvaret er imidlertid av mindre betydning i relasjon til avtaler om kosmetisk kirurgi. For det første vil skyldvurderingene normalt være sammenfallende, uavhengig av om erstatningsspørsmålet subsumeres under delikts- eller kontraktserstatningsreglene. Kravet til ”best efforts” reflekterer de forsvarlighetskrav som samfunnet stiller til kosmetiske kirurger. Ansvarsfraskrivelser vil det dessuten være lite rom for ved avtaler om kosmetisk kirurgi. Slike vil kunne tenkes sensurert både med grunnlag i forsvarlighetskravet og avtaleloven § 36. Når det gjelder bevisbyrdereglene, argumenterer jeg i avsnitt 10.5.3.4 for at bevisbyrden med hensyn til ansvarsgrunnlaget som hovedregel bør ligge på kirurgen/klinikken.

I forhold til behandlingsforhold av den type som her behandles, kan det synes som om den tradisjonelle distinksjonen mellom regelsettene kommer til kort. Fra kapittel 8.2.1 erindres kategoriseringen av tre typer mangler ved hovedforpliktelsen. De der to sistnevnte mangelkategorier har til felles at det *ikke foreligger personskade* i tradisjonell forstand. Mangelen består eksempelvis i et uønsket estetisk resultat eller at kirurgen ikke er tilstede operasjonsdagen. I tilfelle en slik mangel vil et erstatningskrav utelukkende kunne anses som en misligholdsbeføyelse. Erstatningsspørsmålet lar seg da rubrisere under kontraktsansvaret.<sup>198</sup> I tilfelle *grensen for personskade er overtrådt*, eksempelvis i form av

---

<sup>197</sup> Ad omvendt bevisbyrde i kontraktsforhold *i og utenfor* lovregulerte tilfeller, se Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 460 flg.

<sup>198</sup> Hvor hensiktsmessig det er å holde på distinksjonen i slike tilfeller, er en annen sak. Kontraktsansvaret tar utgangspunkt i avtalens krav til den misligholdte ytelse. Ettersom kosmetiske kirurgiske inngrep som regel er

behandlingskrevende arr eller infeksjon, byr distinksjonen mellom regelsettene derimot på problemer. Personskader har som nevnt tradisjonelt vært behandlet etter reglene om erstatning utenfor kontrakt, og vil dessuten kunne utløse tapsposter som erstatningsreglene innenfor kontrakt ikke dekker, for eksempel krav om menerstatning.

Grensen mellom en kontraktsansvarsbetingende *mangel* og deliktsansvarsbetingende *personskade* er vanskelig å trekke. Klart nok kan det etter norsk rett ikke bare kreves erstatning for fysiske skader, men også for psykiske.<sup>199</sup> Men når blir et mindre heldig estetisk resultat personskade? Og hva med pasienter som får psykiske reaksjoner på kontraktsmessige kosmetisk-kirurgiske inngrep, fordi resultatet ikke er som forventet? Det er svært vanskelig å oppstille objektive kriterier for denne vurderingen.

Det ligger i dagen at det erstatningsrettslige vern av skadelidte etter en uheldig kosmetisk operasjon, ikke kan begrenses til tapsposter som faller inn under den positive kontraktsinteresse med den begrunnelse at erstatningsspørsmålet hører under kontraktsansvarsreglene. For eksempel kan en kvinne, som mister mimikk og følelse i ansiktet som følge av at ansiktsnerven blir kuttet ved en mislykket ansiktsløftning, selvfølgelig ikke avspises med oppfyllelsesinteressen.

Etter dette kan ikke en uelastisk sondring mellom erstatningsregler i og utenfor kontrakt legges til grunn ved erstatningskrav etter kosmetisk kirurgi, selv om personskaden som er oppstått skyldes mangelfull oppfyllelse av kontraktsforpliktelse. Gomard fremholder at

---

innsatsforpliktelse, vil vurderingen normalt ta utgangspunkt i aktsomhetsnormen for kosmetiske kirurger. M.a.o. vil som regel vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag være upåvirket av om man tar utgangspunkt i erstatningsreglene i eller utenfor kontrakt.

<sup>199</sup> Jf. Rt. 1985 s. 1011 ("*Hauketo-dommen*"). Skadelidte fikk erstatning etter å ha blitt truffet i hodet av en lykt, festet på togets styrevogn. Hans kone ble tilkjent erstatning for sjokkskader hun led som følge av å ha vært vitne til hendelsen. Motsatt; Høyesteretts dom av 12.2.2007: En elektriker som brakk ryggen og skadet hånden, fikk ikke medhold i krav om yrkesskadeerstatning etter å ha utviklet sinnslidelsen paranoid schizofreni. Høyesterett fant at det forelå årsakssammenheng mellom arbeidsulykken og sinnslidelsen, men at den ikke var adekvat; "*schizofreni er en sjelden og uventet skadefølge av en fallulykke.*"

den tradisjonelle sontringen har ”(...) *en væsentlig fremstillingsmessig og pædagogisk funktion, fordi delingen (kvalifikationen) har betydning både for erstatningsreglernes indhold og anvendelsesområde (...).*”<sup>200</sup> I kontraktsforhold hvor likhetstrekkene er flere enn forskjellene, er det kanskje uhensiktsmessig å holde på distinksjonen.<sup>201</sup> Skal man likevel anvende den tradisjonelle kategorisering, må det i hvert fall tillates en overgang fra kontraktserstatnings- til deliktserstatningsreglene, på basis av hvilke tap pasienten har lidd. Det avgjørende hensyn må være at pasientens erstatningsrettslige vern ikke forringes.

### 10.5.3 Nærmere om erstatning ved kosmetisk kirurgi

#### 10.5.3.1 Innledning

Temaet i inneværende avsnitt er pasientens rett til å kreve erstatning som følge av mangel på kirurgens/klinikkens hånd. Hovedtyngden legges på vilkåret om ansvarsgrunnlag. De *øvrige grunnvilkårene gis bare en overfladisk behandling* for oversikts skyld. Det forutsettes at avtalen mellom pasienten og kirurgen/klinikken er gyldig. Fremstillingen avgrenses mot erstatningskrav som følger av mislighold fra andre enn kirurgen eller personell han/hun direkte identifiseres med.

#### 10.5.3.2 Ansvarssubjekt

Klinikkens interne organisering er avgjørende for hvem som er ansvarssubjekt i forhold til pasientens krav. Ved enkelte større klinikker arbeider kirurgene selvstendig mot å avlegge

---

<sup>200</sup> Gomard, *Obligationsret*, s. 129.

<sup>201</sup> Lødrup poengterer at det særlig er problematisk å holde på skillet ved oppstått personskade, og illustrerer med at en taxipassasjer har samme erstatningsrettslige vern i tilfelle kollisjon, som en fotgjenger som blir påkjørt av drosjen, Lødrup s. 39. Situasjonen er ikke helt parallell med den der pasienten lider personskade grunnet kosmetisk kirurgi, fordi kollisjonen vanskelig kan beskrives som et kontraktsbrudd. Likevel er det lett å være enig i konklusjonen forfatteren trekker på s. 40: ”*På flere områder ser vi altså at det kan bli misvisende å trekke en grenselinje alt ettersom det består eller ikke består et kontraktsforhold mellom partene.*”

en prosentandel av egen inntjening til klinikken. I andre tilfeller er kirurgen(e) ansatt ved klinikken, og i atter andre driver kirurgen selvstendig næringsvirksomhet.

Er kirurgen ansatt ved klinikken, vil klinikken være rett adressat for pasientens erstatningskrav. I slike tilfeller vil erstatningskrav forankres i det lovfestede arbeidsgiveransvaret (se mer om dette nedenfor). Hvis kirurgen derimot er selvstendig oppdragstager, vil vedkommende selv stå ansvarlig overfor pasienten, med mindre klinikken må identifiseres med operatøren etter kontraktshjelperansvaret. Se om grensegangen mellom arbeidstager og selvstendig oppdragstager i neste avsnitt.

Kosmetiske kirurger er pålagt å ha ansvarsforsikring, jevnfør helsepersonelloven § 20. Legeforeningen tilbyr kollektiv ansvarsforsikring til sine medlemmer, mot en beskjeden årlig premie.<sup>202</sup> Forsikringstilbudet benyttes i stor grad både av leger i privat og offentlig sektor, og det må kunne antas at de fleste utøvere av kosmetisk kirurgi er tilsluttet ordningen. Det kan ikke utelukkes at noen kosmetiske kirurger, i stedet eller i tillegg, har tegnet individuelle ansvarsforsikringer, selv om forsikringsselskapene jeg har vært i kontakt med har opplyst at de ikke tilbyr slik ansvarsforsikring. I tilfelle erstatningskrav må pasienten kunne velge å søke dekning hos forsikringsselskapet eller hos kirurgen/klinikken direkte.

### 10.5.3.3 Ansvarsgrunnlag

*Profesjonsansvar* benyttes som en samlebetegnelse på ansvarsregler for frie profesjonsutøvere. Ansvaret kan være objektivt eller subjektivt og er undertiden lovfestet, jevnfør for eksempel lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeloven) § 17-1. For kosmetiske kirurgers vedkommende er det tale om et ulovfestet culpaansvar, hvilket innebærer at ansvar forutsetter at kirurgen, eller noen denne svarer for, har begått

---

<sup>202</sup> I 2006 var den årlige premien 450 NOK, jf. Elisabeth Huitfeldt, *Pasientskadeerstatning og ansvarsforsikring*, Tidsskrift for den norske lægeforening, nr. 2 – 2006.

uaktsomme og skadevoldende feil. Fremstillingen her vil ikke behandle spørsmålet om ulovfestet objektivt ansvar på grunn av garantibrudd, teknisk svikt eller lignende.

Når kirurgen er ansatt som arbeidstager ved en klinikk, vil reglene om *arbeidsgiveransvar* i lov om skadeserstatning 13. juni 1969 nr. 69 (skadeserstatningsloven) være anvendelig. Undertiden kan det by på problemer å avgjøre om kirurgen er arbeidstager eller selvstendig oppdragstager som handler for egen risiko. Er kirurgen selvstendig næringsdrivende, vil han/hun normalt regnes som selvstendig oppdragstager.<sup>203</sup> Ellers må spørsmålet avgjøres etter en konkret vurdering, hvori sentrale elementer er graden av selvstendighet i arbeidsutførelsen, hvordan vederlag er avtalt og hvilken grad av instruksjons- og kontrollmyndighet oppdrags- eller arbeidsgiver har. Etter skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd er arbeidsgiver ansvarlig for arbeidstagers culpøse handlinger utført under arbeidet (såkalt aktiv identifikasjon). Kravene som stilles til kirurgens aktsomhet vil imidlertid være likelydende, uavhengig av kirurgens tilknytning til klinikken.

Det er imidlertid problematisk å utelukkende basere klinikkens ansvar på kirurgens arbeidsrettslige tilknytning til den. Antageligvis velger mange pasienter klinikk ut ifra klinikkens renommé, uten annen kjennskap til operatøren enn den han/hun får ved konsultasjon. Hvis konsultasjon finner sted i klinikkens lokaler, pasienten får utdelt klinikkens standardiserte informasjonsmateriell med klinikkens logo, klinikkens standardkontrakt benyttes, vederlagets betaling skjer til klinikken og inngrepet i tillegg foretas ved klinikken, fremstår *klinikken* som pasientens medkontrahent.<sup>204</sup> Det vil gjelde uavhengig av det underliggende arbeidsrettslige tilknytningsforhold. Hvor klinikken må anses å være pasientens medkontrahent, identifiseres denne med kirurgens (og eventuelle andre kontrakthjelperes) handlinger, som om disse var klinikkens egne, jevnfør det såkalte

---

<sup>203</sup> Lødrup, s. 151.

<sup>204</sup> M.a.o. er det klinikken som er debitor for kontraktsforpliktelsene. Som Askeland presiserer, kan kontraktshjelperansvaret anses som en logisk konsekvens av ”*debitors dispositive forpliktelse til å erlegge en prestasjon overfor kreditor*”, Bjarte Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Oslo 2002, s. 182.

*kontraktshjelperansvaret*. Kontraktshjelperansvar er undertiden kodifisert, se for eksempel NS 8405 punkt 15.1 og lov om vegfraktavtaler 20. desember 1974 nr. 68 (vegfraktloven) § 6, men må ellers anses som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp.<sup>205</sup> I relasjon til avtaler om kosmetisk kirurgi, forutsetter aktiv identifikasjon at klinikkens aktsomhet vurderes ut ifra operatørens kvalifikasjoner.

#### *Aktsomhetsnormen.*

Når profesjonsansvaret er subjektivt, reflekterer culpanormen kravene til *forsvarlig yrkesutøvelse* for vedkommende profesjon. Det er avvik fra disse krav som er ansvarsbetingende. Både skrevne adferdsnormer og uskrevne retningslinjer for hva som er anerkjent praksis og ”god skikk” har betydning. Det stilles strenge krav til profesjonsutøveres aktsomhet, og profesjonsansvaret innebærer en skjerpet aktsomhetsnorm i forhold til den alminnelige. Imidlertid må også en profesjonell aktsomhetsnorm gi rom for en viss feilmargin. Målet er som Nygaard uttrykker det, ”å finna ein rimeleg balanse mellom omsynet til aktøren (skadevaldaren) og styrken i skadebotvernet.”<sup>206</sup>

Se til illustrasjon Rt. 2003 side 400, som gjaldt erstatningskrav mot et fondsmeglerforetak for tap en kunde led ved transaksjoner i obligasjonsmarkedet. Førstvoterende uttalte (avsnitt 38) at ”*det gjelder et strengt profesjonsansvar, men at det likevel er rom for en viss kritikkverdig atferd før det blir tale om erstatningsbetingende uaktsomhet.*”

---

<sup>205</sup> Rt. 1986 s. 1386 (”*Block Watne*”), som gjaldt erstatningskrav mot hovedentreprenør etter uheldige sprengningsarbeider fra underentreprenør. På s. 1393 uttaler førstvoterende: ”*Etter alminnelige kontraktsregler 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.*”

<sup>206</sup> Nygaard, s. 465.



Det grunnleggende spørsmål ved fikseringen av en aktsomhetsnorm, er hvilke *berettigede forventninger skadelidte har til skadevolders adferd*, jevnfør Rt. 1975 side 1003.<sup>207</sup> I relasjon til arbeidsgiveransvar er dette presisert, konferer skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd. Innenfor kontraktsforhold vil vurderingen av skadelidtes berettigede forventning i stor grad være sammenfallende med kartleggingen av kontraktens innhold.

I utgangspunktet skal det legges til grunn en objektiv aktsomhetsnorm. Det skal således *ikke* tas hensyn til om profesjonsutøveren er faglig svakere eller sterkere enn sine kolleger.<sup>208</sup> Aktsomhetsnormen som påhviler utøvere av kosmetisk kirurgi vil på samme måte ta utgangspunkt i hvilke krav pasienten med rimelighet kan stille.

Fastlegging av profesjonsnormen for kosmetiske kirurger forutsetter at det både sees hen til *momenter som særlig gjør seg gjeldende for utøvere av kosmetisk kirurgi og momenter av generell relevans ved fastleggingen av en aktsomhetsnorm*. Fremstillingen i det følgende gjør bruk av denne distinksjon, som for ordens skyld presiseres å være utelukkende pedagogisk motivert.

---

<sup>207</sup> Saken gjaldt en banks ansvar for betalingsoppdrag. En sjømann som hadde gitt banken i oppdrag å betale en livsforsikringspremie, omkom før banken hadde gjennomført premiebetalingen, slik at forsikringen ikke trådte i kraft. Enken fikk medhold i erstatningskravet. Førstvoterende uttalte på s. 1006 at: "[u]tgangspunktet for bankens handleplikt var den spesielle bankservice som (...) [kunden] var lovt gjennom sin opprettelse av en såkalt sjømannskonto i banken."

<sup>208</sup> Til illustrasjon nevnes dommen i Rt. 1994 s. 1430 ("*Forlikdommen*"). En advokat måtte svare erstatning etter arbeidsgiveransvarsregelen, fordi hans advokatfullmektig hadde rådet klienten til å inngå forlik, hvilket var klart at han ikke burde gjort. Førstvoterende uttalte på s. 1437: "*I en situasjon hvor det rettslige og faktiske grunnlaget for det krav som det er på tale å inngå forlik om er så lite klarlagt, hviler det et særlig ansvar på en prosessfullmektig. Han må kunne motstå et forhandlingstaktisk press fra motpartens side, og – om nødvendig – også et eventuelt press fra rettens side dersom dette ikke tjener klientens interesser. Advokat C's begrensede erfaring kan etter mitt syn ikke medføre at man stiller mindre krav til ham enn det man vil gjøre til en alminnelig erfaren advokat.*"

(1) *Profesjonsspesifikke momenter.* Det er flere skriftlige retningslinjer av betydning for aktsomhetsnormen ved utøvelse av kosmetisk kirurgi. *Helsepersonellovens § 4 første ledd* etablerer som nevnt et *generelt forsvarlighetskrav* for helsepersonell. I relasjon til inneværende tema er bestemmelsens vurderingstema hvorvidt kirurgens opptreden er ”*faglig forsvarlig*”, sett i lys av vedkommendes ”*kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig.*”

I saken *Gluckstein versus Lippsett* (USA) ble problemstillingen juryen skulle ta stilling til formulert som spørsmålet: ”(...) *whether the treatment administered or the method used, whether a common method of treatment or not, was such or was given in such manner as indicated, suggested, or demonstrated a lack of that care, training, and skill which is ordinarily possessed by physicians and surgeons practicing in the same or similar communitites.*”<sup>209</sup> Saken gjaldt et erstatningskrav mot en plastikkirurg fra en kvinne som hadde fått utført brystløft med uheldig resultat.

Forsvarlighetskravet gjelder alle sider av en kosmetisk kirurgs virksomhet, jevnfør ”*arbeid*”, det være seg konsultasjon, informasjon, selve det kirurgiske inngrep, bandasjering, etterkontroller med videre. Med ”*kvalifikasjoner*” siktes det ikke bare til formelle kvalifikasjoner og autorisasjoner, men også erfaring og tilleggsutdanning.<sup>210</sup> Således vil for eksempel utdanning i kosmetisk kirurgi gjennomført i utlandet kunne skjerpe kravet, selv om utdannelsen ikke kvalifiserer til norsk autorisasjon. Preoperativt er det sentralt at pasientens helsetilstand kartlegges, med tanke på å avdekke eventuelle medisinske kontraindikasjoner (se om forsvarlighetskravet i relasjon til kirurgens preoperative vurdering i avsnitt 4.2 (2) ovenfor). Forarbeidene til bestemmelsen presiserer at all ”*helsehjelp*” skal begrunnes i ”*hensynet til pasientens beste*”.<sup>211</sup> I lys av ”*arbeidets karakter og situasjonen for øvrig*”, innebærer dette spesielle krav til kosmetiske kirurger. For eksempel kan profittmotiv ikke være avgjørende for om kirurgen velger å operere pasienten. Det er illustrerende at Norsk plastikkirurgisk forenings regler for utøvelse av kosmetisk plastikkirurgi (behandlet nedenfor), innledningsvis fastslår at: ”*Behandling*

---

<sup>209</sup> *Gluckstein v Lippsett* (1949) 93 California App 2d 391, 209.

<sup>210</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999), *Om lov om helsepersonell mv.*, s. 216, 1. spalte.

<sup>211</sup> *Ibid.* s. 216, 1. spalte.

*innen kosmetisk kirurgi utføres vanligvis på friske individer. Fordi indikasjonene ofte er begrunnet i et ønske om å forbedre normaltilstander, må den behandlende lege vise spesiell varsomhet ved vurdering av indikasjon for inngrep.”*

Helsepersonelloven § 4 annet ledd stiller krav til at helsepersonell begrenser sin virksomhet til sitt respektive kompetanseområde. Kravet er nærmere behandlet nedenfor.

*Kirurgens informasjonsplikt*, jevnfør helsepersonelloven § 10 konferer pasientrettighetsloven §§ 3-2 og 3-5, er sentral. Som nevnt i avsnitt 4.1 ovenfor, er kirurgen pålagt å forsikre seg om at pasienten mottar og forstår informasjon, om hva inngrepet består i og hvilke helse- og estetiske risiki inngrepet innebærer.<sup>212</sup> I lys av forsvarlighetskravet må informasjonskravet også innebære at kirurgen tilstreber å gi pasienten realistiske forventninger til resultatet og korrigerer eventuelle urealistiske forventninger pasienten måtte ha. Informasjonsplikten må tolkes strengt fordi pasienten ikke vil være i stand til å foreta en veloverveid beslutning om inngrepet, hvis han/hun ikke mottar adekvat informasjon. Informasjon som kan ha betydning for avgjørelsen om å la seg operere, må derfor pasienten gjøres kjent med.

Til illustrasjon nevnes saken fra Supreme Court of New South Wales (Australia), *Dr. Eng-Peng Tan versus Seka Benkovic*.<sup>213</sup> Den kvinnelige pasienten krevet erstatning som følge av "(...) *tightness, asymmetry and lines on her lips*" etter en ansiktsløftning. Retten slo fast at selve inngrepet var fagmessig utført ("*exercise of due care in the surgical procedure*"), men tilkjente pasienten likevel erstatning. Ved førstegangskonsultasjon hadde kirurgen fortalt pasienten at "(...) *he would make her look 20 years younger; she would feel like a different person; and the operation would not leave her looking like a mummy.*" Ved annengangskonsultasjon hadde pasienten fått mer nøktern informasjon,

---

<sup>212</sup> Se for eksempel avgjørelsen fra New York Appeal Divison (USA), *Karasz v Ship*, 180. A.D.2d 467, 579 N.Y.S.2d 384 (1992). Huden var så stram etter øyelokksoperasjonen at pasienten ikke fikk lukket øynene ordentlig. Pasienten var ikke på forhånd gjort kjent med denne risikoen. Retten fant at informasjonssvikten konstituerte "*malpractice*".

<sup>213</sup> *Dr. Eng-Peng Tan v Seka Benkovic*, Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales, 25 August 2000, 26/10/2000.

men dette ble ikke ansett tilstrekkelig. Retten la til grunn at pasienten *"would not have undergone the procedure had all risks been brought home to her by the appellant."*

*Legeforeningens etiske retningslinjer* for leger har stor betydning for forståelsen av kravet til "god legeskikk."<sup>214</sup> I betydelig utstrekning må kravene i retningslinjenes første del sees på som utpenslinger av det generelle forsvarlighetskravet i *helsepersonelloven § 4*. Enkelte bestemmelser er spesielt relevante i forhold til innværende fremstilling. Etter første del om alminnelige bestemmelser § 2, pålegger det legen å *"ivareta den enkelte pasients interesse"*. Plikten vil ha betydning både for preoperative vurderinger, kommunikasjon med pasienten, ved valg av teknikk og ved utføring av operasjonen. Ved avgjørelse av om han/hun vil operere pasienten, må for eksempel kirurgen legge avgjørende vekt på den forventede nytte/glede pasienten vil ha av inngrepet. Også §§ 7 og 8 har relevans i denne forbindelse. Etter bestemmelsene plikter legen å ta hensyn til – og ikke utnytte – pasientens økonomi. Riktignok kan det ikke kreves at kosmetiske kirurger reduserer vederlaget hvis pasienten har dårlig økonomi. Men kirurgen må unngå å la eget ønske om profitt være avgjørende for om, og i tilfelle *hva slags*, behandling han/hun skal tilby pasienten. Videre er legen forpliktet etter retningslinjenes § 9, til utelukkende å holde seg til metoder som er anerkjent som *"forsvarlig legevirkosomhet"* og ikke utsetter pasienten for *"unødig fare"*. Bestemmelsen inneholder også et krav til at legen må kjenne sin egen begrensning, og avholde seg fra å benytte metoder han/hun ikke behersker og/eller ikke har erfaring med. Kravet samsvarer med helsepersonellovens § 4 annet ledd; *"Helsepersonell skal innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner (...)"*. Retningslinjenes § 10 pålegger leger å holde seg faglig oppdatert til enhver tid.

Den tidligere omtalte lagmannsrettsavgjørelsen, publisert i RG 1991 side 13, er av interesse i denne sammenheng. To tidligere pasienter hadde lidd økonomisk tap og fått varige mén etter kosmetiske operasjoner, utført av en lege som var spesialist i generell kirurgi, barne- og thoraxkirurgi. På bakgrunn av to sakkyndigerklæringer, fant retten at kirurgen var å bebreide, både for å ha utført inngrep etter tvilsom kosmetisk indikasjon og for å ha benyttet feil teknikk. Retten uttalte (side 21): *"Situasjonen som forelå da A foretok operasjonene var at han manglet kvalifikasjoner for å foreta*

---

<sup>214</sup> Lødrup, s. 115.

*kosmetiske operasjoner i halsregionen. Når han beveget seg utenfor sitt fagfelt, var det ikke nok at han konsulterte en artikkel eller lærebok.”*

Kosmetiske kirurger som *ikke* har plastikkirurgisk spesialitet, må dessuten forholde seg til de begrensninger som følger av tillatelsen til å utøve kosmetisk kirurgi, se om *forskriften om tillatelse* ovenfor under avsnitt 2.2. Etter forskriften kan leger med enkelte spesialiteter søke om tillatelse til å utføre kosmetiske operasjoner. Tillatelse etter forskriften er begrenset til de operasjoner som naturlig faller under legens spesialitet. For eksempel kan en spesialist i øre-nese-halssykdommer utføre kosmetiske neseoperasjoner, men ikke bukplastikker. Det ligger i dagen at bakgrunnen for begrensningen er å sikre at kosmetiske kirurger har tilstrekkelig kompetanse til å utføre de inngrep de tilbyr. Langt på vei kan det antas at samme begrensninger ville fulgt av forsvarlighetskravet i helsepersonellovens § 4 og Legeforeningens etiske retningslinjer for leger.<sup>215</sup>

Også reglene for kosmetisk plastikkirurgi, vedtatt av Norsk plastikkirurgisk forening, kan ha relevans for fastleggingen av aktsomhetskravet. Som nevnt er anvendelsesområdet for regelverket, etter overskriften å dømme, begrenset til medlemmer av den plastikkirurgiske spesialistforeningen. Hva angår regelverkets materielle bestemmelser i de første tre avsnittene,<sup>216</sup> må imidlertid disse antas å være presiseringer av de allmenngyldige krav til legeetikk og forsvarlighet som det tidligere er redegjort for. For eksempel slår også

---

<sup>215</sup> Se igjen RG 1991 s. 13. På tidspunktet da legen utførte de skadevoldende kosmetiske operasjoner, gjaldt ingen begrensninger i forskriftsform på adgangen til å utøve kosmetisk kirurgi. Dette ble imidlertid ikke tillagt betydning. Den på domstidspunktet gjeldende forskrift om tillatelse til å drive kosmetisk-kirurgisk virksomhet, gjenspeilet etter de sakkyndiges mening ”*det syn som nok var fremherskende blant leger i kirurgiske disipliner også i 1985 [skadetidspunktet]: At legen kan utføre kosmetiske inngrep som naturlig hører inn under den spesialitet som legen har spesialistkompetanse i.*” (S. 17.)

<sup>216</sup> Hvorvidt reglens 4. avsnitt, om annonsering og markedsføring, innebærer skjerpede krav i forhold til bestemmelsene i markedsføringsloven og forskrift av 1. juli 2005 om markedsføring av kosmetiske inngrep, er for øvrig tvilsomt. Etter regelverkets siste bestemmelse er imidlertid spesialistforeningen første klageinstans ved overtredelser, hvilket naturligvis forutsetter at overtrederen er medlem.

regelverket fast at "[p]asientens beste" "alltid [må] være det overordnede hensyn for virksomheten", jevnfør første avsnitts første bestemmelse.

Kjønstad behandler også sakkyndiguttalelser som et moment av betydning for fastleggelsen av aktsomhetsnormen for helsepersonell.<sup>217</sup> Etter mitt syn er dette en uheldig systematikk. En sakkyndiguttalelse kan riktignok ha bevismessig betydning når det gjelder spørsmålet om påstått skadevolder er å bebreide. Men aktsomhetsnormen kan hverken lempes eller skjerpes som følge av at det foreligger/ikke foreligger sakkyndigerklæringer.

*Betydningen av operatørens spesialitet og erfaring.* Kosmetiske kirurger er en uensartet gruppe profesjonsutøvere med hensyn til spesialitet. Som nevnt i avsnitt 2.2, kan spesialister i generell kirurgi, øre-nese-halssykdommer, kjevekirurgi, spesialister i øyesykdommer og tannleger med spesialitet i oral kirurgi og oral medisin, foruten spesialister i plastisk kirurgi, utføre visse kosmetiske operasjoner etter spesiell tillatelse, jevnfør forskriften om tillatelse § 4. Spørsmålet er om det har betydning for aktsomhetsnormen hvilken spesialitet kirurgen har.

Bergsåker drøfter om aktsomhetsnormen ved eiendomsmegleransvaret må ta høyde for om den ansvarsbetingende feil er begått av megler med eiendomsmeglerbrev eller advokatbevilling.<sup>218</sup> Han konkluderer med at ulikhetene i juristers og eiendomsmeglers utdanning og erfaring må ha innvirkning på culpanormen. Det vises blant annet til dommen i Rt. 1995 side 1350, hvor retten la til grunn at det var unnskyldelig at hverken eiendomsmegler eller takstmann var sikre på om underetasjen kunne leies ut, fordi spørsmålet lå i utkanten av det disse profesjoner var "*ment å beherske*" (side 1356). Det er lett å være enig i at retten trolig ville kommet til et annet resultat dersom megleren var advokat. En nærliggende tanke er at publikum har forskjellige forventninger til advokater og eiendomsmeglere som følge av ulikhetene mellom profesjonene, selv når advokaten opptrer som eiendomsmegler. Det klare utgangspunkt er imidlertid som nevnt at det legges

---

<sup>217</sup> Kjønstad, s. 241-242.

<sup>218</sup> Kirsti Strøm Bull mfl. (red), *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup*, Oslo 2002, s. 110-111.

til grunn en objektiv norm for alle profesjonsutøvere.<sup>219</sup> I den ovennevnte ”Forliksdommen” ble det for eksempel fastslått at den objektive norm som ble fiksert, gjaldt fullt ut for den uerfarne advokatfullmektigen.

Uansett har betraktningene begrenset overføringsverdi til det her aktuelle livsområde. Kirurgiske feiltrinn kan ha svært alvorlige konsekvenser. Det klare utgangspunkt må være at enhver som begir seg inn på utøvelse av kosmetisk kirurgi er underlagt samme objektive aktsomhetsnorm. Pasienten må kunne forvente at kirurgen behersker de inngrep han/hun tilbyr alminnelig godt. For eksempel må en kvinne, som oppsøker en kosmetisk kirurg for brystforstørrelse, kunne forvente at kirurgen har den fornødne utdannelse og erfaring – uansett dennes spesialitet. Det er nettopp dette begrensningene i tillatelsene, gitt i medhold av forskriften om tillatelse, tar sikte på å sikre; inngrep skal foretas av den/de som presumptivt besitter den beste kompetansen til å utføre inngrepet. Dessuten skal en kosmetisk kirurg selv vurdere om han/hun er skikket til å gi behandling eller ikke, konferer helsepersonelloven § 4 annet ledd.<sup>220</sup>

Det må imidlertid være en viss adgang til å skjerpe aktsomhetsnormen på bakgrunn av operatørens kvalifikasjoner og erfaring. En forutsetning for dette må imidlertid være at pasienten er gjort kjent med hvilke kvalifikasjoner og erfaringsgrunnlag det er snakk om, og at disse opplysninger er egnet til å heve forventningene til kirurgens utførelse av det aktuelle inngrep. At en spesialist i plastisk kirurgi tilkjenner overfor pasienten at han/hun også er spesialist i øre-nese-halssykdommer, berettiger for eksempel ikke høyere forventninger til utførelsen av en kosmetisk maveoperasjon. Hvis plastikkirurgen derimot skilter med utdannelse som kosmetisk kirurg fra USA og lang erfaring med bukplastikker, vil det kunne tillegges vekt.

---

<sup>219</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 457: ”Det avgjørende må være hva man gir seg inn på, ikke hvilke individuelle forutsetninger den handlende har.”

<sup>220</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999), s. 216, 2. spalte.

Et spørsmål i en annen gate er hvorvidt kirurgen er forpliktet til å opplyse pasienten om sine kvalifikasjoner. Klart nok er det at opplysninger om kvalifikasjoner må være korrekte, jevnfør helsepersonelloven § 74 og Legeforeningens etiske regler for leger kapittel III § 4. Hvis pasienten etterspør kirurgens kvalifikasjoner, må informasjonen følgelig være korrekt. Den skal heller ikke være tilslørende, jevnfør avsnitt 2.3 ovenfor. Ellers må det imidlertid antas at kirurgen ikke har noen informasjonsplikt med hensyn til egne kvalifikasjoner.<sup>221</sup>

*Vederlagets størrelse* kan normalt ikke ha betydning for aktsomhetsnormen. Men hvor et spesielt høyt vederlag synes å reflektere et spesielt høyt kvalifikasjonsnivå, kan et skjerpet krav likevel tenkes.

(2) *Alminnelige erstatningsrettslige momenter*. Generelt i erstatningsretten gjelder regelen om at aktsomhetsnormen skjerpes, jo større *handlingens skadeevne* er. Skadeevnen uttrykker produktet av sannsynligheten for at handlingen medfører skade og den potensielle skades størrelse.<sup>222</sup> Kosmetiske operasjoner består i kirurgiske inngrep på legemet, og i utgangspunktet fordres det følgelig at det utvises spesielt stor forsiktighet. Inngrep som kan medføre betydelig skade, krever spesiell aktsomhet både med hensyn til avgjørelse om operasjon og utførelse av selve inngrepet. Eksempelvis må kirurgen utvise spesiell varsomhet ved dyptgående ansiktsløftninger (som innebærer risiko for skade på ansiktsnerven)<sup>223</sup> og være spesielt forsiktig med å operere personer med helseproblemer som representerer medisinske kontraindikasjoner. Hvor det er stor sannsynlighet for et uheldig resultat, må kirurgen vise en tilsvarende varsomhet. Innlegging av silikonproteser i

---

<sup>221</sup> Spørsmålet var oppe i en sak på Hawaii (USA), *Ditto v McCurdy*, 86 Haw. 84, 947. En kvinne som hadde fått utført en mislykket brystforstørrelse, hevdet kirurgen hadde brutt informasjonsplikten da han ikke hadde opplyst om at han ikke var spesialist i plastisk kirurgi. Hun krevet på denne bakgrunn erstatning, men fikk ikke medhold. Retten fremholdt at kirurgen ikke hadde en slik plikt, og presiserte at kirurgen "(...) *was certified as, and held himself out to be, otolaryngologist, facial surgeon, and cosmetic surgeon, and made no active representation to the contrary, nor did he conceal his qualifications.*"

<sup>222</sup> Viggo Hagstrøm, *Culpanormen*, 3. utg., Oslo 1981, s. 35.

<sup>223</sup> Kveim, s. 50.



rumpeballene er et eksempel på en operasjon som ofte medfører et uheldig resultat – protesene kan ofte kjennes, sees gjennom trange bukser og kan lett forflytte seg.<sup>224</sup>

Handlingens skadeevne må imidlertid sees i lys av dens *potensielle nytte*. Hvis pasienten kan oppnå store forbedringer eller den potensielle forbedring er av spesielt stor betydning for pasienten, kan det gi grunnlag for å akseptere et høyere skadepotensial. Motsatt må kirurgen være spesielt forsiktig med høyrisikoperasjoner, når risikoen ikke står i forhold til den mulige gevinst pasienten kan oppnå. Gjentatte korreksjoner etter en mislykket neseoperasjon er eksempelvis uheldig, fordi det kan danne seg synlig arrvev og fordi det innebærer økt risiko for brusknecrose. Men kan pasienten simpelthen ikke akseptere resultatet slik det er, vil en ytterligere korreksjon kunne forsvares.

*Påståtte skadevolders handlingsalternativer* er et sentralt moment i enhver culpavurdering. Dette er naturlig, tatt i betraktning at ingen kan klandres for noe som ikke kunne vært gjort annerledes. Når det foreligger tvilsom kosmetisk indikasjon for et inngrep eller medisinske kontraindikasjoner, vil det aktsomme handlingsalternativ som regel være å avstå fra å foreta inngrep på pasienten. Blant andre momenter ble dette vektlagt i den refererte avgjørelsen i RG 1991 side 13. Undertiden kan kirurgen være å bebreide fordi vedkommende har fulgt en teknikk som ikke anbefales, eksempelvis fordi den innebærer større risiko for komplikasjoner eller skader og/eller lavere sannsynlighet for et godt resultat enn alternative teknikker.

*Betraktninger om pasientens aksept av risiko* er det svært liten plass for ved vurderingen av kirurgens aktsomhet. Riktignok bekrefter pasienten gjerne ved kontraktsignering at vedkommende har mottatt informasjon om risiki forbundet med operasjonen, se standardkontraktene I, II, IV og V (appendiks). Klausulene må imidlertid forstås slik, at de sikter til risiki ved inngrepet som gjør seg gjeldende selv om kirurgens oppfyllelse er kontraktsmessig og ikke slik at pasienten har akseptert at kirurgen beveger seg bort fra

---

<sup>224</sup> <http://www.plastikkirurgi.no/Default.aspx?ViewID=1001&ArticleID=10076>

faglige og legeetiske krav. Det kan tenkes pasienter som ”presser på” for særlig risikofylte operasjoner. Som nevnt ovenfor, må handlingens skadeevne sees i lys av hvor sterkt pasientens ønske om operasjon er. Grensen for kirurgens forsvarlighet vil følgelig kunne forflytte seg hvor pasientens forventede nytte av inngrepet er spesielt stor. Imidlertid vil kirurgens forsvarlighetskrav aldri kunne suspenderes av et sterkt ønske om en risikofylt operasjon. Press fra pasienten bør foranledige en skjerpet seleksjonsvurdering fra kirurgens side.

#### 10.5.3.4 Bevisbyrden for uaktsomhet

Når det er på det rene hvilket aktsomhetsnivå som gjelder for vedkommende kirurg, må det tas stilling til om dennes utførelse er over dette nivå. Med ”utførelse” siktes ikke her bare til det operative inngrep, men også til kirurgens preoperative opptreden. Uaktsomheten kan for eksempel bestå i mangelfull pasientinformasjon før avtaleinngåelse.

Hovedregelen i norsk rett er at den som påstår at skade skyldes en annens uaktsomhet, har bevisbyrden (tvilsrisikoen) for dette. *Beviskravet* i erstatningsretten er sannsynlighetsovervekt.<sup>225</sup> I herværende sammenheng vil det si at culpa på kirurgens hånd anses *bevist*, hvis det er mer sannsynlig at kirurgen har begått de påståtte uaktsomme handlinger, enn at vedkommende ikke har begått dem.

Det sondres mellom *plikten til å fremlegge bevis*, og *plikten til å godtgjøre sannsynlighetsovervekt* for ens egen versjon av faktum.<sup>226</sup> Det er bare i relasjon til sistnevnte kategori det tales om *bevisbyrde*.<sup>227</sup> Det må være hevet over enhver tvil at det påligger kirurgen en omfattende bevisfremleggelsesplikt (edisjonsplikt). Bevisene vil gjennomgående være skriftlige

---

<sup>225</sup> Jf Rt. 1992 s. 64 (”*P-pilledom II*”), som er blitt tatt til inntekt for et generelt overvektsprinsipp i sivile saker, trass i at saken direkte bare berørte beviskravet for årsakssammenheng. Se Jo Hov, *Rettergang I – Sivil- og straffeprosess*, Oslo 1999, s. 265.

<sup>226</sup> I utgangspunktet gjelder ingen bevisføringsplikt etter norsk rett, jf. op.cit. s. 201.

<sup>227</sup> Forskjellen viser seg eksempelvis hvor den ene part undertiden plikter å fremlegge bevis, hvis innhold er tvilsomt.

(operasjonsbeskrivelse og journal) og omfattet av edisjonsplikten som inntreffer ved provokasjon, jevnfør lov om rettergang for tvistemål 13. august 1915 nr. 6, § 250.<sup>228</sup> Pasientens rett til informasjon om behandlingens innhold og innsyn i egen journal gjelder selvfølgelig også etter avtaleforholdet er avsluttet, jevnfør pasientrettighetsloven § 3-2 første ledd og § 5-1.

Hvor resultatet av en kosmetisk operasjon i seg selv berettiger en presumsjon for at kirurgen er å bebreide, vil det derimot være kirurgen som har bevisbyrden.<sup>229</sup> Det vil kunne være tilfelle hvor det estetiske resultat er under den nedre grense for hvilket resultat man kan forvente; en fettsugingsoperasjon har for eksempel medført søkk og ujevnheter i fettvevet.<sup>230</sup> Det bør imidlertid presiseres, at det bare er unntaksvis at culpa på kirurgens hånd kan sluttes ut ifra resultatet. Shiffmans ord må således være representative også for norsk rettstilstand: *"It is generally accepted that a bad result of treatment in itself is not evidence of negligence."*<sup>231</sup>

Etter mitt syn bør imidlertid kirurgen også ha bevisbyrden når resultatet hverken taler for eller i mot culpa på kirurgens hånd. En slik plassering av tvilsrisiko er naturlig i mange tilfeller hvor den påståtte skadevolder står nærmest til å klarlegge årsaken til skaden<sup>232</sup> og bør stå enda sterkere i rettsforhold mellom forbruker og profesjonell part. Etter den subsidiære culparegelen i håndverkertjenesteloven § 28 tredje ledd, er det således håndverkeren som må *"godtgjøre"* at tapet ikke skyldes dennes uaktsomhet. At kirurgen har bevisbyrden, innebærer at vedkommende må bevise *med rimelig sannsynlighetsovervekt* at han/hun ikke har opptrådt culpøst.<sup>233</sup>

---

<sup>228</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utg. Oslo 2001, avsn. 13.5.3 s. 617 flg.

<sup>229</sup> Lødrup, s. 138.

<sup>230</sup> Se avsn. 6.3.2 og 8.2.2 i.f.

<sup>231</sup> Shiffman, s. 221.

<sup>232</sup> Se Rt. 1964 s. 132 (*"Flyskidommen"*). Saken gjaldt erstatningskrav som følge av at flyski under forvaring ble skadet ved brann på en plastfabrikk. Førstvoterende uttalte på s. 133: *"(...) da skaden er oppstått på fabrikkens område og mens de skadede ting var i fabrikkens varetekt, må det være fabrikkens som har å gi alle opplysninger som er nødvendige for å vise at det ikke foreligger feil fra dens side som har forårsaket skaden."*

<sup>233</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 460.

### 10.5.3.5 (Adekvat)årsakssammenheng

Hvis det kan konstateres en ansvarsbetingende handling/unnløstelse, blir spørsmålet om denne kan sies å ha forårsaket skaden og det inntrådte tap. Vilåret om adekvat årsakssammenheng uttrykker de krav som stilles til forbindelse mellom det ansvarsbetingende forhold og den/t inntrådte skade/tap.<sup>234</sup> Årsakskravet gjelder både ved anvendelsen av erstatningsreglene i og utenfor kontrakt. Etter kontraktserstatningsreglene skjules imidlertid en del av kravet bak distinksjonen mellom positiv og negativ kontraktsinteresse.

Årsakskravets *faktiske side* betegner kravene til fysisk sammenheng mellom den årsaksbetingende handling og skaden. Vurderingen av om det foreligger slik sammenheng mellom kirurgens opptreden og den/t inntrådte skade/tap, vil i stor grad bero på hvilke opplysninger som kan legges til grunn om kirurgens adferd. Er det tvil om hvorledes kirurgen opptrådte (for eksempel under operasjonen), er dette et spørsmål om bevisbyrde for uaktsomhet. Som regel vil årsaksspørsmålet være uproblematisk når det er på det rene at kirurgen har utvist culpa. Arrene etter ansiktsløftning hadde for eksempel ikke oppstått dersom kirurgen behersket teknikken slik han burde. At det påligger kirurgen å godtgjøre at han/hun har overholdt aktsomhetsnormen for kosmetiske kirurger (se forrige avsnitt), betyr imidlertid ikke at bevisbyrden for aktsomhet også påhviler denne. Dette kommer på spissen når skadefølgen inntreffer lenge etter inngrepet. Ved vurderingen av om det er fysisk sammenheng mellom kirurgens opptreden og senskader, må det i utgangspunktet være skadelidte som må godtgjøre at kirurgens uaktsomhet er årsak til senskaden, i tråd med alminnelige regler.<sup>235</sup> En kvinnelig pasient som opplever proteseruptur flere år etter implantasjon av brystproteser, må for eksempel ha bevisbyrden dersom hun påstår at rupturen skyldes kirurgens uaktsomhet. Annerledes vil det derimot stille seg hvor det må kunne presumeres at skaden skyldes det uaktsomme forhold på kirurgens hånd, eksempelvis hvor en ansiktsprotese flytter seg noen år etter inngrepet. I slike tilfeller ville

---

<sup>234</sup> von Eyben/Isager, s. 216.

<sup>235</sup> Lødrup, s. 273-274.

det vært meget vanskelig for pasienten å godtgjøre at skaden ikke skyldtes andre årsaksfaktorer.

Kirurgen må imidlertid i alle tilfeller ha bevisbyrden for såkalte hypotetiske årsaksforløp, jevnfør blant annet Rt. 2003 side 400.<sup>236</sup> Hvis kirurgen eksempelvis har tilbakeholdt opplysninger om risiki ved inngrepet, er det opp til denne å godtgjøre at pasienten uansett ville undergått operasjonen dersom han/hun hadde fått tilstrekkelig informasjon.

Årsakskravets *rettslige side* betegner betingelsene for at det ansvarsbetingende forhold kan anses for å være årsak til den/t inntrådte skade/tap.<sup>237</sup> Utgangspunktet etter norsk rett er at årsakskravet er oppfylt, hvis den skadevoldende handling eller unnlatelse er en nødvendig betingelse for skaden og ikke utgjør en uvesentlig del av årsaksbildet.<sup>238</sup> I relasjon til kosmetisk kirurgi vil spørsmålet om årsakskravets rettslige side gjerne komme på spissen ved *samvirkende årsaker*, det vil si situasjoner hvor det foreligger to eller flere individuelt utilstrekkelige årsaksfaktorer som forårsaker skadefølgen i samvirke.<sup>239</sup> Kirurgen hevder for eksempel at skaden ikke ville inntrådt hvis det ikke var for spesielle forhold ved pasienten, eksempelvis at den aktuelle kroppsdel har vært operert for mange ganger tidligere, eller at det er spesielle biologiske faktorer ved pasienten som har innvirket. Hvis kirurgen kan bebreides, for ikke å ha skaffet seg kjennskap til disse forhold eller for ikke å ha vektlagt dem tilstrekkelig i pasientsleksjonsprosessen, kan han/hun selvfølgelig ikke høres med at inngrepet ikke er tilstrekkelig årsak. I alle tilfeller gjelder imidlertid prinsippet om å *ta skadelidte som han er*, med mindre skadevolders handling/unnlatelse utgjør en uvesentlig del av årsaksbildet.<sup>240</sup> Prinsippet må stå enda sterkere i lys av kravene til

---

<sup>236</sup> Erling Hjelmeng, *Revisors erstatningsansvar*, Bergen 2007, s. 83.

<sup>237</sup> von Eyben/Isager, s. 216.

<sup>238</sup> Rt. 1992 s. 64 ("*P-pilledom II*") I motsetning til Lødrup, hevder Nygaard at betingelsen må være "*tilstrekkeleg som årsak*" i tillegg til å være nødvendig, se henholdsvis Lødrup s. 257 og 264 og Nygaard s. 323-324. Det tas ikke stilling til denne diskurs her, men påpekes at det i hvert fall må være grunnlag for å avskjære en nødvendig årsaksfaktor som utgjør en uvesentlig del av årsaksbildet, jf. Rt. 1992 s. 64, s. 70.

<sup>239</sup> Nygaard, s. 332.

<sup>240</sup> Op.cit. s. 334; Lødrup, s. 294.

kirurgens pasientseleksjon. Unntaksvis kan det også tenkes situasjoner hvor kirurgens ansvarsbetingende handling fremtrer som en *overtallig årsak* i samvirke med andre årsaker, for eksempel hvor skaden uansett ville inntruffet på grunn av tidligere uheldige operasjoner. Hvis den ansvarsbetingende handling har forverret eller fremskyndet skaden, vil årsakskravet være oppfylt, med mindre årsaksfaktoren må regnes som uvesentlig.<sup>241</sup>

Adekvanssspørsmålet antas ikke å reise spesielle problemer i relasjon til skade ved kosmetisk kirurgi. Det kan tenkes at kirurgen fritas for ansvar for helt abnormale psykiske reaksjoner, jevnfør den ovennevnte dom HR-2007-00294-A. Det må imidlertid gjelde helt unntaksvis, jevnfør prinsippet om å ta skadelidte som han er.

#### 10.5.3.6 Erstatningsutmålingen

Som nevnt beror tapsdekningen på om erstatningsansvaret rubriseres under kontraktuelle eller alminnelige erstatningsregler. Her gis en kort oversikt over utmålingsreglene i relasjon til kosmetisk kirurgi. Reglene om lempning av kirurgens ansvar berøres ikke.

(1) Hvis det er på det rene at erstatningsspørsmålet faller inn under kontraktserstatningsreglene, skal det ved utmålingen tilstrebtes å stille pasienten økonomisk som om kirurgen hadde oppfylt sine kontraktsforpliktelser.<sup>242</sup> Dette betyr at pasienten skal stilles i den økonomiske stilling han/hun befant seg i *før* misligholdet inntraff, men *etter* oppfyllellesforventningen inntrådte ved kontraktsinngåelse. Pasienten skal ha full erstatning av oppfyllellesinteressen.<sup>243</sup> Det er dette som er kjernen i utmålingsprinsippet om at erstatningen skal dekke den positive kontraktsinteresse (oppfyllellesinteressen).

---

<sup>241</sup> Nygaard, s. 333.

<sup>242</sup> Unntaksvis utløser realdebitors mislighold av biforpliktelser også ansvar for den negative kontraktsinteresse, jf. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 523. Dette behandles ikke nærmere her.

<sup>243</sup> Bryde Andersen/Lookofsky, s. 251.

Fremstillingen her tilsikter bare å gi *eksempler på typiske tapsposter* som faller inn under den positive kontraktsinteresse og *presumerer ikke å gi en uttømmende oversikt* over hvilke tap pasienten kan kreve kompensert etter kontraktserstatningsreglene. Hvor kirurgens mislighold har gitt seg utslag i et estetisk uheldig resultat, som kan forbedres ved nytt inngrep, vil kostnaden ved å få utført en slik operasjon kunne kreves dekket. Kirurgen kan ikke kreve å selv få utbedre resultatet, ei heller at andre kirurger ved samme klinikk skal få utføre korreksjonsoperasjonen (se avsnitt 10.2.2 ovenfor). På den annen side bør pasientens valgfrihet med hensyn til operatør begrenses til kirurger/klinikker med sammenlignbare kvalifikasjoner og priser. Det følger både av kreditors alminnelige tapsbegrensningsplikt,<sup>244</sup> og av at formålet med erstatningsutmålingen er å stille pasienten som om kirurgens ytelse var kontraktsmessig. Har pasienten betalt for å innhente eksterne kirurgers vurderinger av resultatet og utbedringspotensialet, kan pasienten kreve disse utlegg dekket. Likeledes kan andre utlegg kreves dekket, for eksempel nødvendige transportutgifter og lignende. Også tapt arbeidsfortjeneste pasienten har hatt må kunne kreves kompensert. Som regel vil det dreie seg om inntektstap som følge av nødvendig transport, kontroller, konsultasjoner og korreksjonsoperasjon i arbeidstiden. Tapt fortjeneste, som følge av at pasienten er satt ut av stand til å oppfylle avtale han/hun har med tredjemann, kan kreves erstattet, for eksempel hvor en undertøysmodell ikke kan oppfylle inngått avtale på grunn av resultatet av den mislykkede operasjon eller etterfølgende korreksjonsoperasjon(er). Videre må tapt arbeidsfortjeneste i rekonvalesenstiden kunne kreves kompensert.

(2) Tilsier skadeomfanget og pasientens tapsposter derimot at erstatningsansvaret avgjøres etter deliktserstatningsreglene, reguleres tapsutmålingen av skadeserstatningslovens regler. Utgangspunktet er at skadelidte skal få dekket hele sitt økonomiske tap. De alminnelige erstatningsutmålingsreglene tilsikter å stille skadelidte i den økonomiske situasjon han befant seg i *før* skaden inntrådte.<sup>245</sup> Mens erstatningen i kontraktserstatningsretten er et surrogat for kontraktsmessig oppfyllelse, er det normalt ingen kontraktsbaserte

---

<sup>244</sup> Om tapsbegrensningsplikten, se *op.cit.* s. 258.

<sup>245</sup> Lødrup, s. 335.

oppfyllellesforventninger som må hensyntas ved utmåling etter deliktserstatningsreglene. Når deliktserstatningsreglene får anvendelse etter et mislykket kosmetisk inngrep, er imidlertid det ansvarsbetingende forhold også et *mislighold*. Ved utmåling må det da også tas hensyn til pasientens oppfyllellesforventning som følge av det underliggende kontraktsforhold.

Etter skadeserstatningsloven § 3-1 skal *”lidt skade, tap i framtidig erverv og utgifter som personskaden antas å påføre skadelidte i framtiden”* dekkes fullt ut. Det er pasientens konkrete lidte tap som skal erstattes. Under *”lidt skade”* faller alle former for lidt inntektstap og lidte utgifter, herunder utgifter til korreksjonsoperasjoner og konsultasjoner. Hvis pasienten har et yrke som er uforenlig med det estetiske resultatet av operasjonen (typisk modell), eller personskaden er invalidiserende, vil han/hun ha krav på erstatning for den reduserte fremtidige inntektsevne, jevnfør *”tap i framtidig erverv”*. Videre vil bestemmelsens siste alternativ dekke merutgifter skadelidte vil ha i framtiden på grunn av skaden. Dette vil gjennomgående være forbeholdt tilfeller av alvorlig personskade. Fastsettelsen av det lidte tap og beregningen av fremtidige inntektstap og merutgifter, behandles ikke nærmere her.<sup>246</sup>

Unntaksvis vil pasienten ha krav på kompensasjon for ikke-økonomisk tap, i tillegg til erstatning for utgifter og ervervstap. Etter skadeserstatningsloven § 3-2 første ledd har pasienten rett til såkalt menerstatning, hvor han/hun har lidd *”varig og betydelig skade av medisinsk art”*. Menerstatning er ment å være en kompensasjon for de ikke-økonomiske ulemper skaden medfører i framtiden og fastsettes skjønnsmessig *”under hensyn til menets medisinske art og størrelse og dets betydning for den personlige livsutfoldelse”*, jevnfør første ledd annen periode.<sup>247</sup> I utgangspunktet legges objektive kriterier til grunn for fastsettelsen av menerstatningen. At det skal hensyntas virkninger for den *”personlige livsutfoldelse”*, innebærer likevel en åpning for at individuelle subjektive forhold kan tas i

---

<sup>246</sup> Om beregningen av disse tapsposter, se op.cit. s. 346-367.

<sup>247</sup> Om beregningen av menerstatning, se op.cit. s. 374-377.



betraktning.<sup>248</sup> Har kirurgen påført pasienten skaden forsettelig eller grovt uaktsomt, vil pasienten ha krav på oppreisning, konferer lovens § 3-5 første ledd. Oppreisning vil følgelig være forbeholdt de få tilfeller hvor grov skyld lar seg påvise. I motsetning til de øvrige utmålingsregler ved personskade, har oppreisning både kompensatorisk og pønalt formål.<sup>249</sup>

---

<sup>248</sup> Nygaard, s. 123.

<sup>249</sup> Lødrup, s. 377 flg.

## **11 Avsluttende drøftelser de lege ferenda og antagelser om fremtidig rettstilstand**

### **11.1 Forslag til hvordan rettsklarheter kan avhjelpes**

De foregående kapitler har vist at pasienter som opplever mislykkede kosmetiske operasjoner kan ha en uklar rettstilstand å forholde seg til. Uklarheten knytter seg først og fremst til anvendelsen av kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser og grensegangen mellom kontraktuelle og alminnelige erstatningsregler. I det inneværende avsnitt ønsker jeg å komme med forslag til hvordan usikkerheten kan avhjelpes, samt gi spådommer om fremtidig regelendring, hvor det er grunnlag for det.

Det er lite tenkelig at avtaler om kosmetisk kirurgi vil være gjenstand for særlovgivning i nær fremtid. Til det er livsområdet for snevert. Heller ikke kan det anses for særlig sannsynlig at de kontraktsrettslige spørsmål ved private helsetjenester blir lovregulert. Det skyldes at slike tjenester ytes på svært ulike indikasjoner og at kontraktselementet i varierende grad kommer til syne. Det er for eksempel store forskjeller på kosmetisk kirurgi og privat psykologbehandling i så måte.

For å sikre at pasienten får riktig og tilstrekkelig informasjon, til at vedkommende kan foreta et gyldig samtykke, kunne det være ønskelig med en utpensling av informasjonskravet i pasientrettighetsloven §§ 3-2 og 3-5. Pasientrettighetsloven inneholder imidlertid neppe tilstrekkelig forskriftshjemmel til å utvide pasientens rett til informasjon ved kosmetisk kirurgi. Derimot ser jeg ingen hindringer for at en forskrift om utvidet informasjonsplikt hjemles i helsepersonelloven § 10 annet ledd, eventuelt i § 13 tredje ledd om markedsføring av helsetjenester.

Uansett står Legeforeningen og underforeningen Norsk plastikkirurgisk forening fritt til å vedta bindende regler for sine medlemmer. Det hadde vært ønskelig om foreningen(e) utarbeidet en oversikt over de estetiske og helsemessige risiki pasienten bør informeres om, i hvert fall for de vanligste kosmetiske operasjoners vedkommende. For å sikre formidlingen av denne informasjonen til pasienten, kunne foreningen(e) utarbeide

standardisert og verifisert informasjonsmateriell. Som supplement til (og *ikke* i stedet for) kirurgens muntlige informasjon under konsultasjon, ville slikt materiell trolig være nyttig. Det kunne også være til nytte dersom foreningen(e), eventuelt i samarbeid med Forbrukerombudet, utarbeidet en oversikt over grunnleggende pasientrettigheter i tilfelle kosmetisk-kirurgiske inngrep.

## 11.2 Særlig om endringer i pasientskadeloven

Kirurgiske inngrep av en viss størrelse er alltid forbundet med risiko for personskade av mer eller mindre alvorlig grad. Når slik skade oppstår ved behandling i det offentlige helsevesen, utløser det rett til erstatning for pasienten på objektivt grunnlag etter pasientskadeloven. Som påpekt i avsnitt 8.2.1 ovenfor, må pasienter som undergår kosmetiske operasjoner med tilsvarende uheldige følger, gjøre gjeldende kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser (herunder kontraktserstatning) og/eller kreve erstatning etter deliktserstatningsreglene. En slik rettsstilstand var ikke forutsatt av lovgiver ved vedtagelsen av pasientskadeloven. Se om den delvise ikrafttredelsen av pasientskadeloven i avsnitt 1.4.3 ovenfor.

For å avbøte rettslig forskjellsbehandling av pasienter som lider skade henholdsvis i den private og i den offentlige helsetjenesten, fremmet sittende regjering (Stoltenberg II) høsten 2006 forslag om endringer av pasientskadeloven ved Ot.prp. nr. 103 (2005-2006). Forslaget ble vedtatt av Odelstinget 6. mars 2007, og vil med stor sannsynlighet også få Lagtingets tilslutning. Lovendringene er forutsatt å tre i kraft fra neste årsskiftet, men Norsk pasientskadeerstatning (NPE) har uttrykt usikkerhet om hvorvidt de nødvendige omstillinger kan gjøres innen den tid.<sup>250</sup> Ikrafttredelsestidspunktet er følgelig noe usikkert.

Pasientskadeerstatningsordningen for den offentlige helsetjeneste finansieres av staten, fylkeskommunen og kommunen, jevnfør pasientskadeloven § 7 annet ledd. Utvidelsen av ordningen til privat virksomhet skal imidlertid i sin helhet finansieres ved tilskudd fra de

---

<sup>250</sup> Solveig Ruud, "Erstatning for tannlegetabber", Aftenposten 13. mars 2007.

private helsetjenesteaktørene, se den nye § 8, proposisjonen side 45, punkt 6.4.1, og merknadene til bestemmelsen på side 54 følgende. Etter bestemmelsens tredje ledd er forsettlig overtredelse av betalingsplikten straffesanksjonert med bøter eller fengsel inntil tre måneder. Dessuten vil NPE kunne søke regress for krav fra en skadevolder som ikke har betalt tilskudd. Private tilbydere av helsetjenester kan ikke begrense pasientens adgang til å kreve erstatning fra NPE.<sup>251</sup>

Lovendringen innebærer at pasienter som behandles i privat sektor likestilles med dem som behandles i offentlig, og at Norsk pasientskadeerstatning (NPE) overtar behandling av erstatningskrav og eventuell utbetaling også for disse pasientenes vedkommende.<sup>252</sup> Ansvarsgrunlaget for erstatningskrav etter pasientskadeloven er objektivt, jevnfør lovens § 2 første ledd. Det innebærer at pasientens krav ikke er betinget av at kirurgen kan bebreides for skaden. Erstatning etter pasientskadeloven dekker fortidig og fremtidig økonomisk tap, i den grad trygden ikke dekker det, samt menerstatning, konferer lovens § 4 første ledd, jevnfør skadeserstatningsloven § 3-1 (se om erstatningsutmålingen ved deliktserstatningsreglene under avsnitt 10.5.3.6 ovenfor). Oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5 og økonomisk tap under 5 000 NOK dekkes imidlertid ikke, konferer pasientskadeloven § 4 første ledd annet punktum.

Lovendringen vil ha stor betydning for pasienter som lider tap som følge av skade etter kosmetisk kirurgi. Pasienten vil kunne klage direkte til NPE, jevnfør pasientskadeloven § 9, og erstatningskravet vil være uavhengig av om kirurgen har utvist uaktsomhet eller skaden skyldes hendelig uhell, teknisk svikt eller lignende. Som forvaltningsorgan er NPEs virksomhet omfattet av lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven), og avgjørelse om erstatning er å anse som enkeltvedtak, konferer pasientskadeloven § 14. Pasientskadenemnda er klageorgan over NPEs vedtak, jevnfør § 15.

---

<sup>251</sup> Ot.prp. nr. 103 (2005-2006), *Om lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) m.m.*, s. 18, 1. spalte.

<sup>252</sup> Ibid. s. 16 avsn. 4.3.

I de sjeldne tilfeller pasienten krever oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5, vil kravet imidlertid måtte forankres i alminnelige deliktserstatningsregler, konferer § 4 første ledd jevnfør tredje. Heller ikke hvis pasientens tap er under 5 000 NOK, kan krav fremmes etter pasientskadeloven. Normalt vil ikke denne grense være problematisk når pasienten først lider personskade. Tap under 5 000 NOK er derimot lett tenkelig hvor erstatningskravet gjøres gjeldende som misligholdsbeføyelse, eksempelvis som supplement til et hevningskrav. Slike krav vil gjerne skyldes mangel som ikke inkluderer personskade, jevnfør sontringen i avsnitt 8.2.1 ovenfor.

Den foregående drøftelse fører naturlig over i en sentral problemstilling vedrørende den foreslåtte endring av pasientskadeloven. For erstatning etter pasientskadeloven er det et absolutt vilkår at pasienten er påført "skade", konferer lovens §§ 1 og 2. Lødruputvalget presiserer at: *"Det er bare personskader som omfattes av utkastet. (...) Uttrykket "skade" omfatter også sykdom. Med "skade" menes videre ikke bare fysisk skade, men også psykiske skader kan gi rett til erstatning hvis vilkårene ellers er tilstede."*<sup>253</sup> I avsnitt 10.5.2 ovenfor poengteres at grensen mellom mangel og personskade i relasjon til kosmetisk kirurgi er meget vanskelig å trekke. Blant annet på denne bakgrunn argumenterer jeg for at pasientens tapsposter må utgjøre de avgjørende kriterier for om erstatningskravet bedømmes etter kontraktuelle eller alminnelige erstatningsregler. Det er utenkelig at NPE legger en tilsvarende løsning til grunn når endringene i pasientskadeloven trer i kraft. Trolig vil NPE motta en rekke klager fra pasienter som er misfornøyde etter kosmetiske inngrep. Om det uheldige resultatet eller de psykiske reaksjoner pasienten har fått kvalifiserer til "skade" i relasjon til loven, vil formodentlig forårsake adskillig hodebry. For eksempel vil NPE måtte avgjøre om resultatet av neseoperasjonen er så uheldig at det foreligger "skade". I vurderingen må det også sees hen til hvordan nesen så ut før inngrepet fant sted. Det vil bli svært vanskelig å utarbeide objektive vurderingskriterier som sikrer likebehandling.

---

<sup>253</sup> NOU 1992:6 s. 440, 1. spalte, jf også Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 55, 1. spalte.

Et annet spørsmål som reiser seg, er hvilken adgang pasienten skal ha til å søke erstatning utenfor pasientskadeloven. Spørsmålet er i hovedsak aktuelt i forhold til to situasjoner. For det første hvor pasienten etter deliktserstatningsrettslige regler ønsker å fremme krav mot kirurgen eller klinikken direkte, eller søker oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5 (på grunn av personskade påført med forsett eller grov uaktsomhet), eller hvor pasientens krav er under 5 000 NOK-grensen. For det annet hvor pasientskadelovens skadevilkår ikke er oppfylt og pasienten ønsker å fremme erstatningskrav på grunn av mislighold etter reglene om erstatning i kontraktsforhold.

Når det gjelder adgangen til å søke erstatning direkte fra kirurg eller klinikk, følger det av pasientskadeloven § 4 tredje ledd første punktum, at loven ikke er til hinder for det. En lovendring vil ikke innebære noen begrensning av denne adgangen.<sup>254</sup> Pasienten har med andre ord full adgang til å gå direkte på kirurgen etter eget forgodtbefinnende, for eksempel hvor vedkommende søker oppreisning. Han/hun kan også fremme krav direkte mot klinikken etter skadeserstatningslovens arbeidsgiveransvar eller det alminnelige kontraktshjelperansvaret, når vilkårene ellers er til stede for dette. Dette følger av at klinikkene er private tilbydere av helsetjenester, jevnfør pasientskadeloven § 4 tredje ledd annet punktum motsetningsvis. Det bør bemerkes at forarbeidene fremholder at skadevolder, som holdes personlig ansvarlig, kan søke regress av NPE for den del av erstatningsbeløpet som NPE ellers ville stått ansvarlig for etter loven.<sup>255</sup>

Forholdet mellom adgangen til å kreve erstatning henholdsvis etter pasientskadeloven og kontraktserstatningsreglene, er ikke berørt i forarbeidene til lovendringen. Grunnen er nok at behandlingsforholdet mellom helsepersonell og pasient tradisjonelt ikke er blitt behandlet avtale-/obligasjonsrettslig (se om dette i avsnitt 3.1 ovenfor). Formuleringen i § 4 tredje ledd første punktum legger imidlertid heller ingen begrensninger på adgangen til å kreve erstatning etter kontraktserstatningsreglene. Dette vil særlig være aktuelt hvor pasienten hevder det foreligger mangel, men skadevilkåret i pasientskadeloven ikke er

---

<sup>254</sup> Ot.prp. nr. 103 (2005-2006), s. 24, 1. spalte, avsn. 5.2.3.

<sup>255</sup> Ibid. s. 24, 2. spalte.

oppfylt. Et eksempel kan være hvor kirurgen har garantert for et resultat som ikke blir oppnådd, men resultatet tross alt innebærer en estetisk forbedring. En aktuell tapspost i et slikt tilfelle kan være dekning av utgifter til korreksjonsoperasjon ved en annen klinikk.

## Kildehenvisninger

### Bøker og artikler

Anderson, Richard E. (red.), *Medical Malpractice A Physician's Sourcebook* (New Jersey 2005)

Arnholm, Carl Jacob, *Almindelig obligasjonsrett* (Oslo 1966)

Askeland, Bjarte, *Erstatningsrettslig identifikasjon* (Oslo 2002)

Augdahl, Per *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utgave (Oslo 1978)

Boe, Erik, *Innføring i juss – Juridisk tenkning og rettskildelære* (Oslo 1996)

Bryde Andersen, Mads/Joseph Lookofsky, *Lærebog i obligationsret I*, 2. utgave (København 2005)

Bull, Kirsti Strøm mfl. (red), *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup* (Oslo 2002)

Dillerud, Erik, *En orientering om kosmetiske operasjoner – en pasientveiledning Bind 2* (Oslo 1988)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)

Erichsen, Bonnie, *Lademanns Lægeleksikon* (København 1989)

Fleischer, Carl August, *Rettskilder* (Oslo 1995)

Gomard, Bernhard, *Obligationsret 2. del*, 3. utgave (København 2003)

Gomard, Bernhard, *Forholdet mellom Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold* (København 1958)

Hagstrøm, Viggo, *Culpanormen*, 3. utgave (Oslo 1981)



- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett* (Oslo 2003)
- Halvorsen, Marit, *Rett til behandling i sykehus* (Oslo 1996)
- Halvorsen, Marit, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling* (Oslo 1998)
- Hellner, Jan, *Spesiell avtalsrett II* (Stockholm 1996)
- Hjelmeng, Erling, *Revisors erstatningsansvar* (Bergen 2007)
- Holdø, Håvard H., MarIus – *Realkreditors adgang til å kreve prisavslag ved mangelfull realytelse* (Oslo 2003)
- Hov, Jo, *Rettergang I Sivil- og straffeprosess* (Oslo 1999)
- Hov, Jo, *Avtalebrudd og partsskift, 2. utgave* (Oslo 2002)
- Huitfeldt, Elisabeth, *Pasientskadeerstatning og ansvarsforsikring*, Tidsskrift for den norske lægeforening, nr. 2 – 2006.
- Haaskjold, Erlend, *Kontraktsforpliktelser* (Oslo 2002)
- Johannessen, Lise B., ”*Forsikring av helsepersonell*”, Tidsskrift for den norske lægeforening, nr. 2 – 2004
- Kjønstad, Asbjørn, *Helserett* (Oslo 2005)
- Kjønstad/Syse, *Velferdsrett I*, 3. utgave (Oslo 2005)
- Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett* (Bergen 1989)
- Krüger, Kai, *Norsk Kjøpsrett*, 3. utgave (Bergen 1991)
- Kveim, Morten H. Rynning, *Kosmetisk kirurgi* (Oslo 1988)
- Lødrup, Peter, *Lærebok i Erstatningsrett*, 5. utgave (Oslo 2005)

Nygaard, Nils, *Skade og Ansvar*, 5. utgave (Bergen 2000)

Oftebro, Ole André, *Når pasienten er forbruker*, Aftenposten 20. desember 2006.

Phillips, Katharine A., *The Broken Mirror: Understanding and Treating Body Dysmorphic Disorder*, 2. utgave (New York 2005)

Powell, John L. mfl. (red), *Jackson & Powell On Professional Liability* (London 2007)

Rieger, Dr. Hans-Jürgen, *Kosmetische Behandlung, Lexikon des Arztrechts* (Heidelberg 2006)

Roald, Helge E., *Fakta om kosmetiske operasjoner* (Oslo 2002)

Ruud, Solveig, "Erstatning for tannlegetabber", Aftenposten 13. mars 2007.

Selvig/Hagstrøm, *Kontraktsrett til studiebruk Hefte 2* (Oslo 1997)

Shiffman, Melvin A., *Medical Liability Issues In Cosmetic And Plastic Surgery*, *Medicine and Law*, 24 – 2005.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twistemål*, 2. utgave (Oslo 2001)

Syse, Aslak, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 2. utgave (Oslo 2004)

Ulfbeck, Vibe, *Erstatningsretlige grænseområder – Professionsansvar og produktansvar* (København 2004)

von Eyben, Bo og Helle Isager, *Lærebog i erstatningsret*, 5. utgave (København 2003)

Woxholt, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, 4. utgave (Oslo 2002)

Woxholt, Geir, *Avtalerett*, 5. utgave (Oslo 2003)

## Lover og andre rettslige normer

### Lover

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687

Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10

Lov om rettergang for tvistemål 13. august 1915 nr. 6

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4

Lov om gjeldsbrev 17. februar 1939 nr. 1

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967

Lov om skadeserstatning 13. juni 1969 nr. 69

Lov om markedsføring og avtalevilkår 16. juni 1972 nr. 47

Lov om vegfraktavtaler 20. desember 1974 nr. 68

Lov om foreldelse av fordringer 18. mai 1979 nr. 18

Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27

Lov om eiendomsmegling 16. juni 1989 nr. 53

Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere 16. juni 1989 nr. 63

Lov om avhending av fast eiendom 3. juli 1992 nr. 93

Lov om pakkereiser og reisegaranti 25. august 1995 nr. 57

Lov om folketrygd 28. februar 1997 nr. 19

Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. 13. juni 1997 nr. 43

Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44

Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. 2. juli 1999 nr. 61

Lov om pasientrettigheter 2. juli 1999 nr. 63

Lov om helsepersonell m.v. 2. juli 1999 nr. 64

Lov om erstatning ved pasientskader mv. 15. juni 2001 nr. 53

Lov om helseforetak m.m. 15. juni 2001 nr. 93

Lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34

### Forskrifter

Forskrift av 1. desember 2000 om godtgjørelse av utgifter til legehjelp som utføres poliklinisk ved statlige helseinstitusjoner og ved helseinstitusjoner som mottar driftstilskudd fra regionale helseforetak

Forskrift av 21. desember 2000 om spesialistgodkjenning av helsepersonell

Forskrift av 21. desember 2000 om tillatelse til å utføre kosmetiske kirurgiske inngrep

Forskrift av 7. januar 2005 nr. 749 om markedsføring av kosmetiske inngrep

## Juridiske standarder

NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994)

Principles of European Contract Law (1998)

## Skrevne profesjonsnormer

Legeforeningens etiske regler for leger (2002)

Regler for utøvelse av kosmetisk plastikkirurgi for medlemmer av Norsk plastikkirurgisk forening (2003)

## Lovforarbeider

Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) *Lov om kjøp og Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp*

Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) *Håndverkertjenester m.m. for forbrukere*

Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) *Avhending av fast eiendom*

Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) *Om lov om helsepersonell mv*

Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) *Lov om pasientrettigheter*

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) *Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)*

Ot.prp. nr. 103 (2005-2006) *Om lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) m.m.*

NOU 1979: 42, *Lov om forbrukertjenester*

NOU 1992: 6, *Erstatning ved pasientskader.*

Besl.O.nr.57 (2006-2007) *Lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv, (pasientskadeloven) m.m.*

## Rettsavgjørelser

### Norsk rettstidende

Rt. 1923 I s. 468 (*Furustavdommen*)

Rt. 1949 s. 961

Rt. 1964 s. 132 (*Flyskidommen*)

Rt. 1973 s. 375

Rt. 1975 s. 1003 (*Sjømannskonto*)

1983 s. 1004 (*Børre Knudsen*)

Rt. 1986 s. 1386 (*Block Watne*)

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1992 s. 64 (*P-pilledom II*)

Rt. 1994 s. 348 (*Røvdommen*)

Rt. 1995 s. 1350

Rt. 1998 s. 1510 (*Ekte hussopp*)

Rt. 1999 s. 408 (*Garasjedommen*)

Rt. 1999 s. 1924

Rt. 2000 s. 199

Rt. 2001 s. 320

Rt. 2003 s. 400

Rt. 2006 s. 522

## Rettens gang

RG 1991 s. 13

## Upubliserte rettsavgjørelser

LB 1995 s. 1726.

HR-2007-00294-A

## Utenlandsk rettspraksis

*Bailey v Harmon* (1924) 74 Colo 390, 222. (USA)

*Gluckstein v Lipsett* (1949) 93 California App 2d 391, 209. (USA)

*Ditto v McCurdy*, 86 Haw. 84, 947. (USA)

*Karasz v Ship*, New York Appeal Division, 180. A.D.2d 467, 579 N.Y.S.2d 384 (1992). (USA)

*Dr. Eng-Peng Tan v Seka Benkovic*, Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales, 25 August 2000, 26/10/2000. (Australia)

UfR 1976.419 (Danmark)

## Annen myndighetspraksis

PFU-SAK NR. 038/01

PFU-SAK NR. 111/02.

Vedtak av statens helsepersonellnemnd 21.06.2005

Vedtak av statens helsepersonellnemnd 23.08.2005

### Andre offentlige dokumenter

Helse- og omsorgsdepartementets pressemelding nr. 96 av 03.12.2003.

Helsetilsynet, *Kosmetisk kirurgiske inngrep i Norge*, Rapport 8/2004.

Helsetilsynets pressemelding nr. 6 2006 av 3.04. 2006

### Internett

Alle internetthenvisninger er à jour per 19. mars 2007.

<http://www.legeforeningen.no>

<http://www.kveim.no>

<http://www.bunas.no>

<http://www.fornebuklinikken.no>

<http://www.ckl.no>

<http://www.nobelclinic.no>

<http://www.eurocosmetic.no>

<http://www.bksykehus.no/plastikk>

<http://www.plastikkirurgi.no>

<http://www.christianiaparkklinikk.no>

<http://www.osloakutten.no>

<http://www.klinikkstokkan.no>

<http://en.wikipedia.org>

<http://www.dagbladet.no>

<http://www.aftenposten.no>

<http://www.regjeringen.no>

<http://www.stortinget.no>

<http://www.westlaw.com>

<http://www.etymonline.com>

## **Appendiks: Standardkontrakter**



# Standardkontrakt I

## KONTRAKT

Medisinsk rådgiver: Spesialist i plastisk kirurgi

Pasientens navn/adresse: Flettebrev, ,

Fødselsnummer:

Avtalt behandling:

Behandlingskostnad:

Betalingsmåte:

Depositum:

Merk. Det gis ingen kreditt utenom - behandling gis kun i samsvar med mottatt betaling.

Referanse:

Pasienten har fått overlevert og gjort seg kjent med dokumenter/pasientinformasjon vedrørende:

Liposculpture  Bukplastikk  Brystoperasjon  Annet:

Dato for operasjon:

kl:

Møte kl:

Behandlingsklinikkens navn:

Avtalen forutsetter at kirurgen vil motta pasienten til behandling og kirurgen avgjør etter eget skjønn om kirurgisk behandling skal utføres på grunnlag av de opplysninger som blir gitt under konsultasjon. Erklæring avgitt av andre enn kirurgen utgjør ikke del av denne avtale.

1) Operasjonen utføres etter pasientens eget ønske. Pasienten er ved konsultasjonen og det skriftlige informasjonsmaterieell som er overlevert og som utgjør en del av denne kontrakt, oppfordret til å foreta en nøye vurdering av behovet for og nytten av inngrepet. Pasienten er videre kjent med og har akseptert at inngrepet kan medføre komplikasjoner og bivirkninger. Jfr. utleverte pasientinformasjon. Dersom inngrepet gir komplikasjoner eller bivirkninger utover det vanlige, må pasienten straks gi melding om dette til

2) Pasienten forplikter seg til å betale 20% av behandlingskostnaden dersom han/hun ikke møter til avtalt behandling eller melder aybud mindre enn 48 timer før avtalt behandlingstid.

3) Pasienten er innforstått med å ikke føre eget motorkjøretøy på hjemreisen jfr. også gjeldende vegtrafikklov og trafikkregler.

4) Etter utført operasjon forplikter pasienten seg til å gjennomføre etterkontroll ved 6 måneder for vurdering av resultat. har rett og plikt til å justere et mindre tilfredsstillende resultat ved nytt inngrep. Reiseutgifter dekkes av pasienten.

Dato,.....

.....  
Behandlingsklinikkens navn

.....  
Pasientens navn

# Standardkontrakt II AKT VED OPERASJON

Pasientens navn: .....

Adresse: .....

Postnr./Sted: ..... Fødselsnr.: .....

Tlf. privat: ..... Mobil: ..... Tlf. arbeid: .....

MÅ UTFYLLES AV ALLE: Du bør ikke være alene første døgnet. Hvem er sammen med deg, og hvor kommer dere til å oppholde dere?

Navn: .....

Adresse: .....

Tlf. privat: ..... Mobil: .....

Følgende behandling er avtalt: .....

Operasjonskostnad: ..... Kirurg: .....

(Inkl. operasjon(er), anestesitjenester og etterkontroll)

Konsultasjon: Dato: ..... Kl.: .....

Operasjon: Dato: ..... Kl.: .....

Godkjenner at evt. hospitant/kollega er tilstede: Ja:  Nei:

Det er pasientens ønske å gjennomføre ovennevnte inngrep. Pasienten bekrefter at alle opplysninger vedrørende helsestilstand er gitt og er korrekte (se helseerklæringsskjema s. 2). Pasienten har lest skrevet "Informasjon før operasjon" og er blitt informert om operasjonen samt om komplikasjoner som kan oppstå, og er innforstått med at det ikke kan gis garanti for resultatet av et kirurgisk inngrep.

Pasienten gir herved ovennevnte kirurg og hans operasjonsassistent/er tillatelse til å utføre den avtalte operasjon. Dersom det skulle oppstå uforutsette forhold under operasjonen gis kirurgen og hans assistent/er tillatelse til å ta de avgjørelser han finner nødvendig.

Legene ved ..... er medlem av Den Norske Lægeforening og ansvarsforsikret i Vital.

Pasienten betaler den avtalte operasjonskostnad **senest 14 dager før operasjonen**. Kvittering for innbetaling må medbringes operasjonsdagen. Dette gjelder også for Nettbank betalinger. Dersom betaling ikke er mottatt innen denne fristen har ..... rett til å kansellere operasjonen. Dersom det fremlegges sykemelding fra fastlege vil operasjonshonoraret refunderes i sin helhet.

Ved avbestilling vil følgende gebyr bli belastet: Innen 72 timer 5% av operasjonskostnaden, innen 48 timer 10% og innen 25 timer 15% (lørdag/søndag regnes ikke med). Dersom pasienten avbestiller mindre enn 24 timer før operasjon eller uteblir uten sykemelding, må operasjonen betales i sin helhet.

For å være gyldig må denne avtalen underskrives av pasienten. Er pasienten under 18 år må en verge underskrive kontrakten. Vergen vil da stå økonomisk ansvarlig overfor .....

.....

Kirurgens signatur: .....

Pasientens signatur: .....

Vergens signatur: .....

## Standardkontrakt III

Kjære: \_\_\_\_\_

Vi har reservert time for operasjon:

\_\_\_\_\_ kl: \_\_\_\_\_

- Du må ikke spise 6 timer før, og ikke drikke 4 timer før operasjonen.  
(Tyggegummi, pastiller og røyking regnes som spising)
- Du må dusje med Hibiscrub (fåes kjøpt på apoteket) operasjonsdagen.
- Ikke bruk make up eller neglelakk
- Du kan ikke ha smykker/klokke på deg under operasjonen.
- Dersom du har noen form for sykdom, bruker medisiner (også p-piller) eller har tendens til blødning, må du informere din lege eller sykepleier på klinikken om dette.
- Husk at vitamin E og medikamenter som inneholder acetylsalisylsyre, som Dispril og Treo med flere, (spør ditt apotek eller klinikken ved usikkerhet), ikke må brukes 10-14 dager før og 10-14 dager etter operasjonen
- Husk at bilkjøring og betjening av trafikkfarlige maskiner ikke kan gjenopptas før det er gått et døgn etter avsluttet operasjon.
- Vi ser helst at du blir hentet etter operasjonen og at du har noen hos deg den første natten etter behandlingen.

- Allerede før operasjonen bør du avtale tid for heinting. Vanligvis kan du hentes 1 time etter inngrepets avslutning.
- Du må være tilgjengelig på telefon, helst mobiltelefon, operasjonsdagen.

Operasjonen skal betales senest på operasjonsdagen før operasjon.

Avtalt pris er kr: \_\_\_\_\_

Vi tar imot bankkort og kredittkort (utenom Diners og American Express). Dersom du ønsker å betale operasjonsbeløpet med giro før operasjonen, vennligst ta kontakt med \_\_\_\_\_ for veiledning og registrering av giro

Ved avbestilling, eller forandring av timen, må vi få beskjed 1 uke før operasjonen, Vi må ellers dessverre belaste deg med et gebyr på 50 % av hva operasjonen vil koste. Dette gjelder også ved uteblivelse fra time.

Med vennlig hilsen

F.ø.

# Standardkontrakt IV

## SAMTYKKE TIL OPERASJON

Undertegnede (pasient) samtykker herved i at i  
v/

Utfører følgende operasjon.....

Jeg er blitt informert skriftlig og muntlig om inngrepet, og fått svar på mine spørsmål om denne typen operasjon.

Jeg er innforstått med at alle kirurgiske inngrep vil kunne medføre bivirkninger, og uforutsette komplikasjoner både som følge av selve operasjonen, og som følge av lokalbedøvelse, medisiner eller narkose. I sjeldne tilfeller kan slike komplikasjoner være av alvorlig karakter.

Jeg er kjent med at helsemessige forhold (for eksempel overvekt, alder, røyking, alkohol, medikamentbruk samt akutte og kroniske sykdommer ) vil kunne øke risikoen for komplikasjoner. Jeg har derfor etter beste evne informert kirurgen om alle aspekter ved min helsetilstand.

Ev. fotografier er som øvrig journalmateriale underlagt full taushetsplikt, men kan unntagelsesvis benyttes i anonymisert form i medisinsk undervisning og forskning.

.....  
Sted

.....  
Dato

.....  
Pasient (underskrift)

.....  
Bevitnes (underskrift)

# Standardkontrakt V

## BRYSTPROTESER

Det er viktig å være klar over at ingen type brystproteser er fullstendig uten risiko. I prinsippet er protesens endelige levetid ukjent. Derfor må man regne med før eller senere å måtte opereres igjen. **Skulle situasjon oppstå som gjør at man ikke lenger ønsker å ha protesene, vil det som oftest være enkelt å fjerne dem igjen.** I tillegg til risiko som følger med enhver operasjon (slike som blødning, infeksjon, anestesiproblemer osv.), kan en eller flere forhold oppstå i f. m. brystproteser

1. **Kapselkontraktur (hardhet).** Dette skyldes innvendig arrdannelse rundt protesen. Hvis arrhinnen skrumper tilstrækkelig, vil denne få rund fasong, og brystet kjennes hardt. Hyppigheten av denne tilstanden, som kan komme på den ene eller begge sidene har blitt mindre med moderne proteser, men vil øke etter hvert som årene går etter operasjonen. Hvis hardheten er uttalt, kan brystet bli smertefullt. Kan behandles med fjernelse av arrhinnen og skiftning av protesene, eller fjernelse av protesene.
2. **Lekkasje.** Mikroskopiske mengder silikon vil lekk fra protesene. Hvis materialtretthet eller andre årsaker skulle gjøre at protesehylsteret brister, vil silikongeleen, som er svært tykflytende, vanligvis forbli innenfor den beskrevne arrhinnen. Hvis noe med tiden skulle bevege seg ut i brystvevet, vil det danne seg arrvev rundt silikonen (silikongranulomer), som kan kjennes som klumper rundt protesen og er synlige på røntgen. I så fall bør klumpene fjernes og pasienten opereres. Spor av silikon har også vært påvist andre steder.
3. **Sykdommer.** Det har vært publisert artikler der man har hevdet at silikon var årsak til sykdom (brystkreft eller autoimmun sykdom). Det dreier seg i all vesentlighet om enkeltstående tilfeller der man ikke kan vite om det dreier seg om ren tilfeldighet eller om sykdommen virkelig skyldes protesene. For å kunne si noe nærmere om dette, må man studere store grupper med pasienter. **I slike epidemiologiske undersøkelser har man ikke kunnet påvise økt forekomst av disse sykdommene, slik at påstandene for alle praktiske formål må sies å være avkreftet.** Det er også viktig å være klar over at silikon brukes i utstrakt grad i medisin og i vanlig kosmetikk uten at tilsvarende bekymring synes å gjøre seg gjeldende. F. eks. brukes silikon til leddproteser hos pasienter med leddgikt.
4. **Ujevnhet i proteseoverflaten** som »skrukker» kan under visse betingelser være synlig, særlig hos svært tynne pasienter med lite brystvev. Dette er mest uttalt ved saltvannsfylte proteser.
5. **Mammografi.** Det er etter hvert velkjent at brystproteser gjør det vanskeligere å utføre og tolke mammografiundersøkelser, ettersom ikke alt brystvevet vil kunne fremstilles på røntgenbildet. Dette synes ikke å være av vesentlig betydning for kreftdiagnosen, fordi store undersøkelser viser at brystproteser ikke synes å virke inn på tidspunktet for diagnosen eller levetidsiktene for brystkreft.
6. **Andre.** Endret følsomhet i brystvorten er vanlig den første tiden etter operasjonen, men normaliseres som oftest. En viss ømhet eller et øyeblikks »stikning» i ett eller begge bryst kan forekomme i lengre tid. Selv om det er sjelden, har bl. A. Følgende også vært rapportert: Overfølsomhet for silikon, forkalkning i arrhinnen rundt protesen og trykk på huden av protesen slik at denne har måttet fjernes med økt arrdannelse til følge.

## Praktiske forholdsregler

**Før operasjonen:** Vær i best mulig fysisk og psykisk form før ethvert inngrep. Unngå tobakk og alkohol. Unngå uren hud. Ha ordnet med heiting av en voksen, forstandig person som kan følge Dem hjem etter operasjonen og være hos Dem i 24 timer og hjelpe Dem hvis De skulle føle Dem uvel. Ha kjøpt inn en Triumph sports -BH med knepping foran i en størrelse etter avtale. Ta en dusj og vask håret kvelden før operasjonen. Bruk helst Hibiscrub (kjøpes på apotek). Ikke ta medisiner annet enn etter avtale siste par uker før operasjonen, særlig ikke salicylholdige medisiner som Dispril. (Paracet er OK om hodepine eller mens. smerter).

**Operasjonsdagen:** Ikke spis eller drikk (heller ikke tyggegummi) de siste 6 timene før operasjon. Ta likevel antibiotika som angitt med en slurk vann 2 timer før. Møt nydusjet med nyvasket hår. Unngå høye hæler når De kommer til operasjon. Kom usminket og la smykkene ligge hjemme.

**Etter operasjonen:** De kan være svimmel av medisinen. Ha derfor en til å holde Dem i armen. Hold dem til flytende til De ser at De ikke blir kvalm (helst Coca Cola, eller annen drikk med litt sukkerinnhold). De kan ha litt smerter førte døgn, særlig hvis protesene er lagt under muskelen. Ta smertestillende bare slik det blir angitt. Ta antibiotika første døgn som angitt. De neste dagene kan de godt bevege Dem litt hvis De ikke føler Dem uvel, men unngå enhver anstrengelse. Ta med BH-en når De kommer til kontroll etter 1 - 2 dager. Hold dem i ro førte uken, unngå anstrengelser i 2-3 uker. Bruk den tilpassede BH dag og natt i 3 uker, deretter mest mulig om dagen til De kommer til sluttkontroll. Unngå å kjøre bil i en ukes tid. Etter fire uker er det overhode ingen restriksjoner m.h.t. aktiviteter eller idretter.

**Til slutt:** Hvis de har problemer eller spørsmål og ikke finner svar på dette i den informasjon De har fått, ikke nøle med å ringe eller kontakte klinikken. Det er svært viktig for oss at de blir fornøyd med resultatet. Derfor er det av betydning at vi får tilbakemeldinger og får se sluttresultatet etter 3-6 mndr.

Hvis De etter å ha lest dette er i tvil om innholdet, ta kontakt med legen. Hvis De er i tvil om de vil opereres, la det være!

### Pasienterklæring:

Jeg er klar over at de ovenfor nevnte problemene ikke med sikkerhet kan unngås, selv med førsteklasses operasjon og behandling. Jeg har lest og forstått ovenstående og ønsker likevel å bli operert med innleggelse av brystproteser. Jeg påtar selv ansvaret for eventuelle uheldige effekter av protesene.

Jeg ønsker å få lagt inn .....fylte proteser av størrelsesorden.....

Oslo.....

Signatur.....(gjentatt m. blokkbokstaver).....

Bevitnes.....(gjentatt m. blykkbokstaver).....