

Pasienters rettigheter ved feilbehandling

Ved tannlegetjenester

Kandidatnummer: 387

Veileder: Marit Halvorsen

Leveringsfrist: 25. 04. 2007

Til sammen 17406 ord

25.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.1.1	Sentrale begreper	2
1.2	Feilbehandling	3
1.3	Pasienters rettigheter	4
1.4	Rettskildesituasjonen	4
1.4.1	Lovtekst og avtaleforhold	4
1.4.2	Rettspraksis og annen praksis	6
1.5	Den videre fremstilling	7
<u>2</u>	<u>HELSERETT</u>	<u>8</u>
2.1	Tannhelsetjenesteloven	8
2.2	Helsepersonells plikter	10
2.3	Informasjonsplikt og opplysningsrisiko	11
2.4	Tannlegens faglige utførelse	15
2.5	Praksis fra domstolene	25
2.6	Forskjellen mellom offentlige avtaler med tannleger og privatpraktiserende	26
2.7	Pasientskadeerstatning	27
2.8	Klage	31
2.9	Vurdering av klagenemnd	34

<u>3</u>	<u>KONTRAKTSRETT</u>	<u>37</u>
3.1	Avtaleinngåelse og lojalitet	37
3.2	Kontraktsforhold og mislighold	39
3.3	Misligholdssanksjoner	41
3.3.1	Reklamasjon	42
3.3.2	Krav på naturaloppfyllelse	43
3.3.3	Retting og omlevering	44
3.3.4	Prisavslag	46
3.3.5	Hevning	47
3.3.6	Erstatning	49
3.3.7	Erstatningsgrunnlag utenfor kontraktsretten	54
3.3.8	Tap av økonomisk og ikke-økonomisk art	54
<u>4</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>55</u>
4.1	Tannlegepasienters rettstilling.	55
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>
<u>5</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Oppgavens problemstilling er tannlegepasienters rettigheter ved feilbehandling. Temaet er i dag lite redegjort for i de ulike rettskildene som juridisk litteratur, rettspraksis. Annen litteratur, praksis og kilder vil derfor også bli benyttet i oppgaven.

Formålet med oppgaven er å rette fokus på pasienters rettigheter, og erstatning ved feilbehandling. Hensikten med oppgaven er å gi en oversikt over rettighetene for pasienter, samt opplyse om rettslig forhold som er lite kjent for pasienter. En annen problemstilling er om dagens regelverk er godt nok utformet, både med tanke på hvilke pasientrettigheter som er lovfestet og om lovverket er enkelt å forstå og anvende ved spørsmål om feilbehandling. Tannlegjetjenester benyttes av alle uansett sosiale lag og ulik grad, og er viktig forbedring av helsen til den enkelte person. Oppgaven vil til tider ha en rettsosnologisk vinkling.

Oppgaven gjelder feilbehandling, og vil videre sette en grense mot å behandle enkelte temaer som jeg underveis i oppgaven vil avgrense mot. Forhold som ligger utenfor oppgaven er blant annet retten til øyeblikkelig hjelp som ikke rammes av problemstillingen, honorarberegning. Jeg vil ikke gå spesielt inn på Statens helsetilsyn sitt praksisområde.

En sentral problemstilling er hvorvidt forholdet mellom tannlege og pasient reguleres gjennom alminnelig obligasjonsrett, eller om det er helseretten regulerer som det grunnleggende forhold mellom partene.

Jeg vil ta for meg tannlegers virksomhet generelt i den helserettslige delen, mens i den kontraktsrettslige delen vil jeg ha hovedfokus på virksomheten i det private markedet. Grunnen er at en står friere avtalerettslig ved bruk av private tjenester, mens ved helseretten derimot er strengt lovbundet.

Jeg har brukt tannlegeforeningens nettsider som kilde, da all informasjon og bransjeregler fra foreningen kun foreligger elektronisk.

Det historiske perspektiv viser at utviklingen av den offentlige tannhelsetjenesten, nærmere sagt skoletannpleie, startet tidlig på 1900-tallet i enkelte av landets kommuner. Den første loven som regulerte skoletannpleien var folkeskoleloven av 1917, som ble videreutviklet i folketannrøktloven av 1949, som igjen ble videreutviklet gjennom tannhelsetjenesteloven av 1983.¹

Det er store likhetstrekk mellom tannhelsetjenesteloven² og kommunehelsetjenesteloven³. Begge lovene er bygd opp etter samme prinsipp om å gi pasienter helserettigheter. Forskjellen er at det ved tannhelse er fylkeskommunen som er ansvarlig, mens det ved generelle helsetjenester er det kommunen som har ansvaret for å legge forholdene til rette for pasientene.

1.1.1 Sentrale begreper

Pasienter er etter lovens forstand de som får helsehjelp, samt de som ber om å få helsehjelp. En må være pasient for å kunne kreve pasientrettigheter⁴.

Tannleger er å anse som personer med autorisasjon til å drive sin profesjon som omhandler tenner og munnsykdommer.⁵

Behandling er de metoder og tiltak fagpersonen anvender ved undersøkelse, for komme frem til en diagnose og behandler tilfellet.⁶

¹ NOU 2005:11 s.14

² Lov av 3.juni 1983 nr.57

³ Lov av 19.november 1982 nr.66

⁴ Lov av 2.juli 1999 nr.63

⁵ <http://www.tannlegeforeningen.no>

1.2 Feilbehandling

For å kunne si noe om det foreligger feilbehandling må en vurdere om tjenesten skal ses på som en prestasjonsytelse eller omsorgsyttelse. Ved behandling er ytelsen knyttet opp mot et resultat som er forventet. I enkelte tilfeller inntreffer ikke resultatet som følge av problemer enten knyttet til diagnose, medikamenter, bruk av feil behandling, eller behandlingen ikke utføres etter en gitt standard. Oppnås ikke resultatet kan en si det foreligger feilbehandling, med unntak hvor det ikke er gitt en garanti for at resultatet skal oppnås. En må se på behandlingen som en helhet, og i enkelte tilfeller oppstår det problem som ikke var forventet. Er behandlingen sett i forhold til tannleger faglig forsvarlighet er det ikke begått en feilbehandling.

En må da se nærmere på innholdet i faglig forsvarlighet og ansvaret det medfører. Jeg vil komme tilbake til problemstillingen senere i oppgaven.

Det er viktig å se skille mellom feilbehandling som faktisk foreligger og en misfornøyd pasient, spesielt i helseretten. Det forekommer en del tilfeller som ikke er å anse som feilbehandling, men heller en misforstått situasjon.

Pasientrettighetsloven⁷ § 7-1 gir pasienten rett til å anmode tjenesteyter til å oppfylle rettigheter pasienten har etter loven. En klage rettes mot enten tjenesteyter, overordnet eller den tilknyttede helseinstitusjon.⁸ Bestemmelsen er ikke en rettighetsbestemmelse, men heller en politisk formålsbestemmelse som henviser til å løse problemer utenfor klageorgan.⁹ Kommer ikke partene til enighet eller mener de det ikke er noe å utsette på behandlingen kan pasienten bringe saken inn for fylkes helsetilsyn etter § 7-2. Formkrav finner man i lovens § 7-3 som stille krav til at klagen er utformet skriftlig og undertegnet av rette vedkommende. Ytterligere bør klagen inneholde grunnen til at det klages og øvrige opplysninger som er viktig for å belyse klagen. Forekommer det prosessuelle feil ved klagen får klager kort frist for å kunne rett opp feilen.

⁶ Marit Halvorsen, 1998:1

⁷ Lov av 2.juli 1999 nr.63

⁸ Ot. prp. nr.12 (1998-1999) s.138

⁹ Kritisk juss 2004:181

1.3 Pasienters rettigheter

Pasienter er gjennom helserettslige regler sikret et minimum av rettigheter. Enhver person som oppsøker en tannlege må vurderes i forhold til pasientenes rettigheter. Rettigheter pasienter har i forhold til helselovgivning er informasjon, rett til å klage på behandlingen, bringe saken videre til helsetilsynet etter pasientrettighetsloven.

Det sentrale etter alminnelige kontraktsrettslige regler er retten til å klage over behandlingen, kreve erstatning og andre misligholdssanksjoner. Hva slags andre rettigheter har pasienten innenfor helserettslige regler? Etter helserettslige regler har pasienten ved feilbehandling rett til å klage saken inn for Tannlegeforeningens klagenemnd, Helsetilsynet, eller den ordinære domstol.

Hva slags rettigheter har pasienten etter kontraktsrettslige regler? Pasienter har de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper å forholde seg til, og kan kreve erstatning etter de vanlige erstatningsrettslige regler.

1.4 Rettskildesituasjonen

Jeg vil i dette kapitlet se på enkelte rettskilder som i forhold til oppgaven som har størst vekt og relevans.

1.4.1 Lovtekst og avtaleforhold

Lover har i utgangspunktet en rettskildemessig stor betydning ved tolkning av juridiske problemstillinger. Eckhoff tar utgangspunkt i lovens naturlige språklige forståelse av ordlyden¹⁰. I disse tilfeller er det enkelte lover som rettslig sett angår flere yrker, og generelt styrer helsetjenester.

Avtaler er ifølge Boe ikke en rettskildefaktor, men en avtale som løser private og individuelle spørsmål mellom partene.¹¹ NS 3430 er en avtale som rettslig styrer avtaler

¹⁰ Torstein Eckhoff, 2001:39

¹¹ Erik Boe, 1996:161

mellom byggherre og entreprenør, avtalen har utviklet seg til å bli en gjeldende rett innfor sitt område. Hvis en skal se på tannlegeforeningens¹² interne regler er de gjeldende for alle medlemmer, har stor medlemsoppslutning bør de vektlegges ved eventuelle tvister. De er med på å utfylle gjeldene rett på et begrenset område, eller brukes som et tolkningsmoment. Hvorvidt domstolene vil vektlegge disse reglene gjenstår å se. I denne oppgaven er det få lover som direkte berører tannlegetjenester, jeg har derfor brukt tannlegeforeningens egne interne regler. Hva NTF sine interne regler og praksis kan kategoriseres som, og hvilken vekt de har er noe jeg vil se nærmere på. NTF har vedtatt etiske regler som følger samfunnets generelle normer og oppfatninger samholdt med foreningens faglige- og standpolitiske verdigrunnlag, hvor pasienten skal komme først og fremst, og uoverensstemmelser skal prøves løst på en minnelig måte.¹³ Disse interne regler vil ved brudd kunne medføre utestengelse fra tannlegeforeningen. Utestengelsen fremstår som den eneste alvorlige sanksjonen, og vil dermed ha en stor betydning for den enkelte tannlege for å beholde sitt medlemskap i foreningen. En kan se på reglene som en bransje-kutyme, noe jeg vil komme til nedenunder.

Eckhoff bruker betegnelsen ”god skikk-normer” om vilkår som inneholder alminnelige krav til forsvarlig og hederlig opptreden innenfor ulike yrkesgrupper. Videre viser han til avtaleloven av 1918 § 36 om god forretningsskikk. I denne paragrafen er et av vilkårene tilsidesettelse hvis det er i strid mot god forretningsskikk å gjøre dem gjeldende. Dette vil blant annet ha relevans ved en avgjørelse om en tannlege har opptrådt forsvarlig.¹⁴ Tannleger forventes etter helsepersonelloven¹⁵ å opptre forsvarlig og ta avgjørelsen som står i samsvar med behandlingen de utfører.

¹² Vil i enkelte tilfeller i oppgaven bruke forkortelsen NTF.

¹³ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

¹⁴ Torstein Eckhoff, 2001:261

¹⁵ Lov av 2. juli 1999 nr 64

1.4.2 Rettspraksis og annen praksis

Høyesterett har ikke avsagt noen rettsavgjørelser på dette rettsområdet. Det er et lite utvalg av dommer, som er avsagt av lagmannsretten og tingsretten. Enkelt av dommene omhandler feilbehandling av eldre dato, og dermed er ikke av stor betydning lenger. Dommen¹⁶ jeg har brukt i oppgaven er avsagt av lagmannsretten, og stadfester både teori og lov.

Praksis fra andre enn domstolen står her sentralt, når det ikke er særlig domstolspraksis på området. Praksis fra tannlegeforeningens klagemnd vil derfor ha større relevans.

I følge teori har rettspraksis blitt vektlagt i høyere grad ved privatrettslige emner enn ved offentligrettslige emner, grunnen er at det ved privatrettslige emner er større bruk av ulovfestet rett som anvendes. Praksis blir også benyttet ved offentlig rett, men da i større grad knyttet til lovtolkning.¹⁷ Ved bruk av kutymen av domstolene mente Eckhoff at en må se på dens virkning om den er positiv medvirkende, eller om den er negativ og uheldig for forretningsbransjen. Videre mener han det er særlig viktig ved enkelte bransjer, hvor en yrkesgruppe står sterkt samlet, mot en enkelt forbruker uten et sterkt lovvern i ryggen til å beskytte sine interesser. De bruker sin egen kutyme og standardvilkår de selv har utarbeidet, hvor forbrukerens interesser ikke ivaretas i like stor grad. Er det ingen andre holdepunkter enn kutyme, er det lettere å legge den til grunn ved en avgjørelse. Det er mer nærliggende å følge en praksis på tannlegeforeningens område, enn å løse den på fritt grunnlag, med mindre kutymen er urimelig.¹⁸

Boe mener en da må se på forholdet som vektanliggende. Domstolene anvender kutyme og handelsbruk på kontraktsrettens område som en bakgrunnsrett for å utfylle rettsreglene, og vurderer kutymen eller kontraktspraksisen ut ifra en rimelighetsvurdering.¹⁹

¹⁶ Borgarting lagmannsrett, 17/11/2003

¹⁷ Erik Boe, 1996:205

¹⁸ Torstein Eckhoff, 2001:259

¹⁹ Erik Boe, 1996:321

Medlemmene er pålagt å følge tannlegeforeningens interne regler gjennom sitt medlemskap. De er ikke å anse som formell lov, en må derfor se på hva de kan betegnes som og hvilken vekt de har som rettskilde. Foreningen har stor oppslutning blant tannleger, og de interne reglene i foreningen må si å ha en stor betydning. De representerer en profesjonell part utad, og brudd på reglene kan medføre, som tidligere nevnt utestengelse fra foreningen. Praksis av sagt av tannlegeforeningens klagenemnd har stor utbredelse blant tannleger, videre har reglene blitt fulgt konsekvent en periode, og anvendes ovenfor alle medlemmer ved oppståtte konflikter. Pasienter er ikke å anse som en profesjonell part, og foreningens regler og praksis er heller ikke kjent for de fleste pasientene. Det foreligger her ikke et forhold mellom to profesjonelle parter, men er likevel ikke en nødvendighet og jeg mener derfor reglene og praksis er å anse som en kutyme på gjeldende område.²⁰

1.5 Den videre fremstilling

I det følgende vil det gis en fremstilling av det helserettslige perspektivet, hvor jeg først vil se på kapittel 2.1 tannhelselovgivningen, etterfulgt av en fremstilling av kapittel 2.2, helsepersonellens plikter. Videre i kapittel 2.3 vil jeg se på tannlegers informasjonsplikt og opplysningsrisiko ovenfor pasienter. I kapittel 2.4 vil jeg se på tannlegens faglige utførelse som er hovedproblemstillingen i det helserettslige kapitlet. For å belyse problemstillingen vil jeg i kapittel 2.5 se på domstolens praksis. Deretter tar jeg i kapittel 2.6 for meg forskjellen på privatpraktiserende tannleger og tannleger som har avtale med det offentlige, og i kapittel 2.7 belyse temaet ved å se på rettigheter pasientene har etter pasientskadeerstatningsloven. Til slutt i den helserettslige delen vil jeg se på kapittel 2.8 tannlegeforeningens klagemuligheter, for deretter i kapittel 2.9 se på en vurdering av klagenemnden. I den kontraktsrettslige delen vil jeg i kapittel 3.1 ta for meg det generelle avtaleinngåelse og lojalitet ved avtaleforhold. For å videre i kapittel 3.2 se på om det foreligger kontraktsforhold mellom tannlege og pasient. Til slutt i den kontraktsrettslige delen vil jeg i kapittel 3.3 ta for meg de ulike sanksjonene som kan tenkes å benyttes ved

²⁰ Eckhoff, Torstein, 2001:258

feilbehandling av pasienter. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 4.1 gjøre en rettspolitisk vurdering av pasientrettighetene ved feilbehandling.

2 Helsereett

2.1 Tannhelsetjenesteloven²¹

Tannhelsetjenesteloven regulerer det vesentlige vedrørende offentlig tannhelseengasjement. Den fremstiller tannhelsetjenestens organisasjon, administrasjon, finansiering, personell med videre. ”Pasienters rettstilling bestemmes gjennom regler som pålegger fylkeskommunen og offentlig tannhelsetjeneste å stå for visse ytelser ovenfor publikum, og regler som gir pasienter rettigheter, materielle og prosessuelle, ovenfor den offentlige tannhelsetjenesten”.²²

Jeg vil i korte trekk gi en oversikt over reglene som gjelder hvor pasienter har krav på tannhelsehjelp fra det offentlige. Grunnen er for å skape et helhetlig bilde av rettslig styring, hvor staten subsidierer tannhelsen til enkelte grupper i samfunnet. Fylkeskommunen har i dag ansvaret at for offentlige tannlege-tjenesten er tilgjengelig for de som bor eller oppholder seg i fylket, jf. tannhelsetjenesteloven § 1-1. Enkelte grupper er prioriterte som for eksempel barn og ungdom etter tannhelsetjenesteloven § 1-3. Tjenesten er per i dag ikke et velferdsgode alle får dekket av staten, slik det er ved enkelte andre helsetjenester. Den største andelen av voksne har ansvaret for egen tannhelse, og betaler tjenesten selv. De grupper som blir prioriterte har krav på en regelmessig, og i tillegg en oppsøkende tannlegevirksomhet. I forhold til gruppen barn, er det tilrettelagt med en skoletannlege, som oppsøker skolebarna og kontrollerer dem jevnlig. Slik spesiell oppfølging og kontroll er det unntaksvis eksempler på i helsereetten. Det er lite oppfølging fra det offentlige vedrørende den generelle tannhelsen til en alminnelig borger. Forebyggende virksomhet er høyt prioritert etter tannhelsetjenesteloven § 1-3, hvor

²¹ Lov av 3. juni 1983 nr 54

²² Espen Aronsen:1992:1

forbyggende tiltak skal komme foran annen behandling. I forhold til den generelle helselovgivningen er det ikke gitt tilsvarende bestemmelser. Tannhelsetjenesteloven § 2-1 er den viktigste bestemmelsen i forhold til pasientrettigheter. Den stadfester rettighetene til pasienter som går under bestemmelsen § 1-3, samt at de har krav på tannhelsehjelp i den fylkeskommune hvor pasienten bor eller oppholder seg.²³ Er tannhelsehjelp nødvendig, er fylkeskommunen forpliktet til å oppfylle kravet om tannhelsehjelp med mindre det ligger en begrensning fra fylkeskommunens sin side. En begrensning er fylkeskommunens økonomi, hvor de ulike grupper prioriteres etter rekkefølgen i § 1-3 samt etter hvor mye ressurser som er tilgjengelig. Tannleger, som behandler pasienter som har rett til tannhelsetjeneste etter lovens § 2-1, må ha en avtale med det offentlige for å utføre behandlingen. Benytter pasienten seg av en privatpraktiserende tannlege vil pasienten ikke få dekke økonomiske utgifter ved behandlingen.²⁴ Tidligere var tannhelsehjelp ikke en lovbestemt rettighet, og økonomisk stønad gjennom folketrygden ikke tilstede. Hvis en ser tannhelselovens § 2-1 i forhold til kommunehelsetjenestelovens § 2-1 gir begge rettigheter, men tannhelsetjenesteloven begrenser retten gjennom prioriterte grupper. Det er som tidligere nevnt også to like ansvarlige parter: fylkeskommunen og kommunen.²⁵

Ved tannlegebehandling står hver enkelt pasient fritt til å oppsøke en tannlege for å få behandling, og velge en tannlege ut fra eget ønske. Det har samme trekk som ved ordning om fastlege. I forhold til fastlege er står pasienten fritt til å velge en lege, som da blir subsidiert gjennom staten. Ved tannlegebehandling er det vanlig praksis at det er pasienten som må betale hele behandlingen uten støtte fra staten. Det finnes enkelt unntak hvor staten/folketrygden dekker et beløp opp til en viss størrelse ved særskilte problemer.

²³ Asbjørn Kjønstad, 2005:84

²⁴ Ot. prp nr.49 (1982-1983):19

²⁵ Asbjørn Kjønstad, 2005:84

2.2 Helsepersonells plikter

Den tidligere tannlegeloven fra 1980 nr 43 gav rettigheter og plikter for den enkelte tannlege innenfor gitte rammer. Loven ble i sin tid gitt for å rette fokus mot tannleger, og behovet for samfunnsmessig kontroll. Pasientenes krav og forventninger var en årsak til at loven i sin tid ble revidert.²⁶ Etter at nyere lovgivning har kommet til, er den tidligere lovs betydning blitt innlemmet i nyere lovgivning. Det vil si at den har liten betydning etter dagens lovgivning, men har vært med på å utforme reglene slik de er i dag.

Ifølge helsepersonelloven 2. juli 1999 nr 64 § 3 er helsepersonell blant annet lege, tannlege, hjelpepleier eller ambulansarbeider, og loven er gjeldende for alle. Et grunnleggende vilkår er at helsepersonell skal være autorisert etter nærmere bestemte vilkår, og innehar dermed en beskyttet tittel.

I følge Statens autorisasjonskontor for helsepersonell er hensikten bak autorisasjon å sikre nødvendige kvalifikasjoner for helsepersonell, og formålet er å sikre pasienten mot uforsvarlig behandling. Grunn til å bruke autorisasjon er oppnå et selvstendig og personlig ansvar for de som skal utføre sine arbeidsoppgaver forsvarlig, som igjen medfører et krav om faglig og etisk høy standard av de autoriserte.²⁷ Autorisasjon gir myndighetene et virkemiddel til å styre helsepersonell.²⁸

Kravet til at helsepersonell skal være autorisert medfører et ansvar om å utføre sine arbeidsoppgaver forsvarlig. Det vil si et krav om høy faglig og etisk standard, faglig oppdatering, og plikt til å avstå fra å yte helsehjelp på områder en ikke behersker.

Nås det stilles spesielt høye krav som til tannlegenes profesjon, medfører det en strengere aktsomhetsgrad ved vurdering av om pasienter er blitt feilbehandlet. Tannleger arbeider på sitt spesialområde, og må stå til ansvar for den behandlingen de utfører som helsepersonell.

Helsepersonelloven gir pasienter rettigheter om blant annet informasjon, innsyn i journal, samt medvirkning under behandling mv. Tannlegetjenester ligger innenfor område til

²⁶ NOU 1993:33 s.186flg.

²⁷ <http://www.safh.no/yrkesgrupper/sykepleier.html> 24/04/07

²⁸ Anne Kjersti Befring, 2000:39

helsepersonelloven. Jeg vil komme nærmere inn på rettighetene til pasientene etter helsepersonelloven under kapittelet som omhandler tannlegens faglige utførelse.

Myndighetenes virkemiddel som brukes ovenfor helsepersonell er lover og forskrifter, praksis, som kan medføre sanksjoner ovenfor den enkelte tannlege ved ikke å overholde gitte krav som stilles til dem. Sanksjonene er advarsel, suspensjon, begrensning i autorisasjon, tap av autorisasjon, og bøter eller fengsel.²⁹

Fagkompetansen til den enkelte yrkesutøver kreves vedlikeholdt som følge av samfunnets utvikling, og på den annen side krever også myndighetene videreutvikling av den enkeltes ekspertise som utføres av tannlegene.³⁰

Helsepersonelloven er en erstatning for eldre lovgivning, som tannlegeloven, og legeloven, det vil si de tidligere profesjonslovene. Hovedmålet med loven er å ha felles ansvarsregler og reaksjonsmåter ovenfor helsepersonell.³¹ Det blir lettere for den enkelte og samfunnet å finne frem til og forstå regelverket på et generelt grunnlag.

2.3 Informasjonsplikt og opplysningsrisiko

Helsepersonellovens formål er å sikre lik tilgang på helsetjenester og skape et tillitsforhold mellom pasient og helsetjeneste til befolkningen. Loven gir pasienter rettigheter som de ulike aktørene innenfor helsetjenesten er forpliktet til å oppfylle³².

Etter pasientrettighetsloven av 1999 nr 63 forligger det etter § 3-1 en generell medvirkningsrett fra pasientens side. Pasienten kan være med på å bestemme hvilke undersøkelser og behandlingsmåter som en synes er den beste løsningen, ut ifra hensyn til

²⁹ Lov av 2. juli 1999 nr 64 kapittel 11

³⁰ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

³¹ Ot. prp. nr.13 (1998-1999) s.27

³² Ot. Prp. nr.13 (1998-1999) s.125

tilgjenglighet og forsvarlighet. Det foreligger her et samspill mellom helsepersonell og pasient, men det er opp til pasienten i hvor stor grad han vil medvirke. Ut ifra forsvarlighetshensynet står ikke pasienten fritt til å velge behandling, hvis helsepersonell mener det er en annen behandlingsmetode som er bedre egnet. For at en pasient skal være med å medvirke, øker graden av informasjonen pasienten må gis av personellet for igjen komme frem til en best mulig behandlingsmetode.³³ Hvis pasienten ønsker å trekke tannen istedenfor å fylle en plombe i ett hull er det drastisk valg av pasienten som tannlegen ikke bør ta til følge.

Videre følger det av pasientrettighetsloven § 3-2 at pasienten har rett til informasjon som angår sin egen helsetilstand, samt hva helsehjelpen vil inneholde. Opplysninger om risiko og bivirkninger som mulig kan oppstå, skal det også gis informasjon om. Hvis pasienten ikke vil informeres om sin helsetilstand, kan han ikke tvinges til å få informasjon med mindre det er lovpålagt eller nødvendig ut fra forebyggende/akutte hensyn. Et annet krav er forsvarlig behandling etter helsepersonelloven som skal være oppfylt. Ved oppstått skade under behandling er personellet pliktig til å informere om det forholdet, samt om adgangen til å søke erstatning.

Pasientrettighetslovens § 3-3 angår informasjon som kan gis til pasientens nærmeste pårørende. Hvis pasienten samtykker skal de nærmeste pårørende få full innsikt i pasientens helsetilstand, og behandling som ytes, eller de deler av den pasienten samtykker til.³⁴

Den som har informasjonsplikten er personellet som har det faglige ansvaret for helsehjelpen. Informasjonsplikten henger sammen med medvirkningskravet. Informasjonsretten skaper forutsigbarhet, og bidrar til at pasienten får tillit til de beslutninger som tas. En annet viktig hensyn er hvor pasienten ikke som ikke kjenner lovverket, da får hjelp av helsepersonellet. Når pasienten får informasjon og forstår problemet, kan pasienten komme med opplysninger som kanskje ellers ikke ville blitt gitt.³⁵

³³ Ot. prp. nr.12 (1998-1999) s129

³⁴ Ot. prp. nr.12 (1998-1999) s.130

³⁵ Kritisk juss 2004:172

I henhold til de etiske regler gitt av tannlegeforeningen, skal opplysninger som blir gitt behandles med diskresjon, selv om det ikke skulle komme inn under lovbestemt taushetsplikt. Denne plikten omfatter ikke bare tannleger, men også deres medarbeidere.³⁶ Der er da et strengere krav fra foreningen enn hvis en ser på lovgivningen.

Det stilles høye krav til profesjonens faglige kompetanse og informasjonen som blir gitt, om forhold angående helsetjenester, av både samfunn og pasienter og lover.³⁷

Opplysninger som blir gitt til pasienten står sentralt i forhold til feilbehandling.

Tannleger skal ha en prisliste over typer arbeid de utfører ved sin virksomhet.³⁸ Denne er ikke like tydelig ved de ulike virksomheter. I forhold til pasientinformasjon som gis til den enkelte pasient, er det også forskjeller fra virksomhet til virksomhet. Det kan stilles spørsmål om det har sammenheng med at de som er nyere utdannende tannleger har hatt en annen opplæring i forhold til gjeldende rett, og holder seg mer oppdaterte. Informasjon om behandlingen og hva en kan forvente er et minimumskrav det er pålagt å opplyse pasienten om. Ved en behandling hvor det blir gitt bedøvelse er det vanlig å opplyse om mindre følelse på det aktuelle sted i en gitt periode. Skal det utføres et større inngrep må opplysningene være mer utdypende enn ved mer rutinebehandling. Ved større inngrep har pasienten et større behov for å vite mer om hva som skal skje og eventuelle bivirkninger/konsekvenser som kan oppstå.

Tannlegeforeningen har utarbeidet egne etiske regler i forhold til hvordan tannleger skal forholde til hverandre. De oppfordres til å støtte og hjelpe hverandre, og ikke kritisere andres tannlegers arbeid eller metoder foran pasienten. Det kan stilles spørsmål om det er riktig av foreningen å gi en regel som hindrer kritikk av kollegaer. Når det er andre tannleger som skal vurdere behandlingen som er blitt utført vil de da komme i konflikt med foreningens etiske regler.

³⁶ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

³⁷ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

³⁸ FOR 1996-06-01 nr.122

Tannlegeforeningen skriver følgende ved omgjøring eller fullførelse av en kollegas arbeid: ”Før en tannlege omgjør/fullfører, eller uttaler seg om en tidligere behandling, skal – om mulig – tannlegen kontakte angjeldende kollega. En tannlege bør ikke avgi erklæring om en kollegas behandling uten å være oppnevnt som sakkyndig. Unntak kan gjøres når dette er en tjenesteplikt, når vedkommende er den eneste tannlege som kan gi slike opplysninger, eller når behandlingen må korrigeres og dette må begrunnes overfor pasienten.”³⁹

Dette er en videreføring av kapittelet som omhandler forholdet mellom tannleger om å hindre kritikk av kollegaers arbeid etter tannlegeforeningens etiske regler. Hvorvidt det er riktig av en forening å prøve å begrense uttalelser fra fagpersoner er å anse som meget streng føring fra dem. Hva som er årsaken til begrensningen kan fremstå som at de ikke vil sverte sitt og andre sitt yrke, men den fremstår også som en regel for å forhindre uttalelser som ikke har like saklig begrunnelse, eller bør vurderes nøye før det fattes en slutning. Det kan reises spørsmål ved om vurderingen blir nøytral, og om det kanskje er pasienten som blir dobbelt skadelidende i form av og må betale fullt ut for tidligere behandling, og for ny vurdering. Videre vil også kunne medføre at det færre feilbehandlinger blir konstatert

Dersom en tannlege får kjennskap til at en kollega driver sin virksomhet åpenbart uforsvarlig, skal forholdet videreformidles til den lokale tannlegeforeningens kontor, eller en oppnevnt kollegahjelper av foreningen.

Ved henvisning til spesialist skal det gis opplysninger om pasientens diagnose, og allerede utført behandling av tannlege.⁴⁰

Oppsøker en pasient en tannlege som til vanlig ikke behandler pasienten, skal den ordinære tannlege kontaktes og gis informasjon om behandlingen som er blitt utført. Denne regelen gjelder ved foreløpig hjelp. Noe som kan forstås i de tilfeller der den faste tannlegen ikke kan benyttes, som følge av ferieavvikling, eller akutt hjelp. Det kan også forstås hvor en

³⁹ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

⁴⁰ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

pasient ikke er fornøyd med det arbeidet som er blitt påbegynt, og vil fullføre det hos en annen tannlege.⁴¹

Oppstår det uenighet mellom tannleger angående det faglig utførte arbeidet, må de forholde seg saklige. Igjen understrekes det at uenighet ikke må bringes frem for offentligheten, hvor det kan skade en kollega, eller tannlegestandens anseelse. Det er viktig å oppfordre et medlem til å være forsiktig ved uenigheter, og med å blande inn media⁴². Etter min mening synes jeg tannleger har et altfor sterkt beskyttelsesvern ovenfor hverandre.

Hvis det oppstår tvist mellom kollegaer angående yrkesutøvelsen, eller forhold knyttet direkte til selve yrkesutøvelsen, skal saken bringes inn for den lokale tannlegeforeningen. Igjen blir det påpekt at tvisten ikke må bringes frem for offentligheten av partene eller noen i tilknytning til dem.⁴³

2.4 Tannlegens faglige utførelse

For å vurdere feilbehandling må en se på om tannlegen har utført en faglig god utførelse. Hvis en tar utgangspunkt i NOU 2005:3⁴⁴ fremkommer det at tjenesten må være faglig god, samt trygg. For å sikre det må tjenesten ofte være samhandlet mellom flere tjenesteutøvere, og gir dermed gjenspeiling av god kvalitet av tjenesten. Videre menes det at ved en god helsetjeneste at tjenesteutøveren må ha et tilbud som stemmer overens med de nasjonale standarder, basert på kunnskap om hva som gir god effekt og god ressursutnyttelse gjennom myndighetenes krav som er gjeldende på området. Best mulig praksis innen hvert fagområde ved utøvelse av helsetjeneste skal tilstrebes.

Kvalitet er viktig å oppnå, og det gjøres gjennom å stille krav til helsetjenesten og helsetjenestens aktører. Muligheten for å kunne etterprøve kravene, stiller et krav om at de må være presise nok til å kunne etterprøves. Faglige normer sett sammen med det rettslige

⁴¹ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

⁴² <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

⁴³ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

⁴⁴ s.15

er med på å utfylle hva som legges i kravene.⁴⁵ Loven er sammensatt for flere yrkesgrupper og utformet generelt, dermed er det ikke helt presist i hva som kreves etter helsepersonelloven i hvert enkelt tilfelle. Tannlegeforeningens interne regler er med på å utfylle reglene for faglige normer for denne yrkesgruppen.

Etter helsepersonelloven stilles det krav om at arbeidet er utført etter faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp etter personellets kvalifikasjoner, arbeidets art og situasjoner for øvrig etter helsepersonelloven § 4. Helsepersonellet skal videre etter bestemmelsen forholde seg til sin faglige kvalifikasjoner, og hvor det er nødvendig eller mulig, innhente bistand eller henvise pasienten videre. Har pasienten større behov, skal behandlingen skje i samarbeid og koordinering med annet helsepersonell som er kvalifisert. Samarbeid med annet personell er det tannlegen som tar beslutninger angjeldende undersøkelse og behandling av pasienten.

Av Ot. prp nr 13(1998-1999)⁴⁶ fremkommer det at det er Statens helsetilsyn som fører tilsyn med at helsepersonell ikke går utenfor sitt faglige kompetanse område og ikke overskrider sine faglige kvalifikasjoner. Forsvarlighetskravet er en videreføring fra tidligere rett, men gjelder i dag alt helsepersonell. Når det i bestemmelsen står kvalifikasjoner, er det formelle og reelle kvalifikasjoner, som helsefaglig utdanning, tilleggsutdanning og erfaring. Ved at tannlegene er pålagt å ha autorisasjon skaper det en forutsigbarhet for pasientene. Forsvarlighetskravet setter en ramme for hva helsepersonellet kan utføre innenfor sin profesjon. Tannleger må holde seg innenfor sine kvalifikasjoner ved undersøkelse, behandling og annen helsehjelp de yter til pasientene. Den enkelte tannlege vurderer selv om de er kvalifiserte, men det ligger generelt sett en objektiv vurdering til grunn.

Tannleger hadde etter tidligere tannlegelov enerett på å behandle områder innenfor sitt fagfelt, og er de som tar beslutninger som omhandler behandling og metoder.⁴⁷

⁴⁵ Bente Ohnstad, 1995:118

⁴⁶ (1998-1999) s.215

⁴⁷ Ot. prp nr 13 (1998-1999) s.216flg.

Ved samarbeid med annet helsepersonell er det tannlegen som tar avgjørelser ved odontologiske spørsmål. Samarbeid kan gi pasienten et helhetlig tilbud og oppfyller krav til forsvarlighet samt dekkende tjenestetilbud.⁴⁸

Det viktigste hensynet bak bestemmelsen er å unngå handlinger eller unnlaterer eller annen atferd som kan ramme pasienten og samfunnet. En viss aksept for skaderisiko må aksepteres, spesielt ved adekvat hjelp som tar sikte på å bedre pasientens sin helsetilstand i samsvar med pasientens vilje.⁴⁹ Omsorgsfull hjelp vil si at pasienten har krav på bestemt ytelser og hvordan helsepersonellet opptrer og kommuniserer ovenfor pasienten. Viser ikke helsepersonellet omsorg kan man si de opptrer uforsvarlig. Omsorg kan henge sammen med kravet om forsvarlighet eller stå selvstendig. Det er ikke en subjektiv vurdering som legges til grunn, men nødvendige behov som er tilpasset situasjonen. Kravet til omsorgsfull hjelp kan begrenses ut fra økonomiske og faglige ressurser.⁵⁰

Forsvarlighetskravet inneholder både en faglig og en rettslig norm for hvordan tannleger bør forholde seg til enhver sammenheng. Normen er i stadig utvikling etter som det faglige nivået endrer seg, verdioppfatninger som endres er noen av grunnene. En må se på situasjonen i hvert enkelt tilfelle og ut fra den aktuelle tids kvalifikasjoner.⁵¹

I forhold til forsvarlighetskravet settes det en grense for hva en tannlege kan utføre. En alminnelig praktiserende tannlege kan utføre behandling tilpasset sitt område, holde seg innenfor sitt faglige kvalifikasjonsområde eller det som tannlegen har kompetanse til gjennom lovgivning. Det betyr at en allmenn praktiserende tannlege ikke kan utføre behandling som en spesialist skal utføre hvis de faglige kvalifikasjonene ikke er tilstede. Det kan gis forskrifter som regulerer nærmere hva som ligger i forsvarlighetskravet, det er

⁴⁸ Ot. prp nr 13 (1998-1999) s.217

⁴⁹ Anne Kjersti Befring, 2001:36.

Jeg har valgt å benytte meg av denne boken i tillegg Ot. prp. som er etter min mening at den er mer utfyllende og spissrettet mot tannlegers forsvarlighetskrav

⁵⁰ Anne Kjersti Befring, 2001:37

⁵¹ Anne Kjersti Befring, 2001:38

det gjort i forhold til å gi lystgassanalgesi ved tannbehandling⁵². For å bruke lystgassanalgesi kreves det visse kvalifikasjoner for å kunne brukes ved behandling. Faglig kvalifikasjon henger sammen med arbeidets art, noe som innebærer at den enkelte tannlege må holde seg oppdatert innenfor sitt område for å kunne utføre behandlinger. Har tannlegen stort arbeidspress og liten tid vil det ikke være et moment ved vurdering av forsvarlighetskravet. Derimot har tannlegen lite arbeidspress og god tid økes kravet ved nødvendige undersøkelser og ved bruk av risikofylte metoder strengere ved å ta forholdsregler.⁵³

Bruk av blant annet teknisk utstyr, undersøkelsesmetoder stilles det krav til å være forsvarlig i forhold til den behandling det kan knyttes opp mot. Utstyret må det være rimelig oppdatert og vedlikeholdt. Ved feil benyttelse av utstyr for å klarlegge pasientens tilstand, er et moment som taler i mot tannlegen.⁵⁴

Helsepersonellovens kapittel 8 omhandler journalføring, alle opplysninger som er relevante og nødvendige i forhold til behandling av en pasient skal nedtegnes og registreres. Journalen har betydning i forhold til den forsvarlige behandlingen og oppfølging av den enkelte pasient, og kan ha betydning vedrørende forhold til pasienten hvis det skal foretas en vurdering av forholdet i ettertid. Hvis journalføringen er mangelfull vil det ha betydning slik det fikk hvor en lege ikke hadde innhentet nødvendige opplysninger for å stille en forsvarlig diagnose⁵⁵

Beslutningsansvar er tillagt tannleger grunnet deres faglige kvalifikasjoner. Ved samarbeidssituasjoner mellom tannleger er det ingen rettslig regulering i forhold til helsepersonellovens § 4. Det er da viktig å kjenne sine egne begrensninger, og kunne overlate behandlingen til andre. Tannleger har ingen plikt til å treffe beslutninger, men foretas det en beslutning, har annet helsepersonell plikt til å følge beslutningen.⁵⁶

⁵² FOR 2000-12-21 nr.1386

⁵³ Anne Kjersti Befring, 2001:44

⁵⁴ Anne Kjersti Befring, 2001:46

⁵⁵ Anne Kjersti Befring, 2001:47 flg

⁵⁶ Anne Kjersti Befring, 2001:48flg

En må se helsepersonelloven § 4 om forsvarlig yrkesutøvelse sammen med spesialisthelsetjenestelovens⁵⁷ § 2-2 om forsvarlig virksomhet. Virksomheten må ha en forsvarlig helsetjeneste, og at rutineene ved virksomheten må være forsvarlig.⁵⁸

Sett i forhold til tannhelsetjenestelovens § 1-3 om forsvarlig virksomhet er det viktig å se det i sammenheng med personellens plikt til forsvarlig yrkesutøvelse. En ekstra plikt er pålagt gjennom helsepersonelloven § 16 hvor helsevirksomheter må organisere personellet slik at de er i stand til å overholde sine lovpålagte plikter. For å kunne samarbeide mellom de ulike helsepersonell gir helsepersonellovens § 25 en adgang til å videreformidle ellers taushetsbelagte opplysninger, for å gi forsvarlig helsehjelp. Opplysningene medfører en mulighet til å gi pasienten den nødvendige oppfølgingen som trengs. Hvis pasienten motsetter seg å gi ut informasjon, har personellet ikke mulighet til å samarbeide i like stor grad.⁵⁹ Derfor er § 25 en viktig bestemmelse som regulerer forholdet mellom partene.

Det er et viktig rettsikkerhetsprinsipp at en kan forutberegne sin rettsstilling, både så vel pasienten, som for helsepersonellet. Når regelverket er utformet på et generelt grunnlag er det vanskelig å gjøre en vurdering av rettstillingen. Bente Ohnstad mener det er viktig å se forsvarlighetskravet sammen med plikt til å ha kontroll over sin egen virksomhet, oppdatere sine faglige kompetanse, ikke foreta behandling som en ikke er kvalifisert for, og for å henvise til et kvalifisert personell hvor en selv ikke har tilstrekkelig kompetanse. Til sammen utgjør kravene faglig forsvarlig standard som sikrer pasienten sin rettstilling.⁶⁰

Helsetjenesten har en plikt etter helsepersonelloven til å legge pasientperspektivet til grunn ved utførelse av sitt arbeid. Det medfører at en ikke bare må se på sine faglige rammer, men også prøve å se pasientens helhetlige situasjon. Pasientperspektivet skal ikke bare utøves av tjenesteyter, men også personer som tilrettelegger eller planlegger på de ulike

⁵⁷ Lov av 2.juli 1999 nr 61

⁵⁸ Ot. prp nr.13 (1998-1999) s.215

⁵⁹ Ot. prp nr.13 (1998-1999) s.229

⁶⁰ Bente Ohnstad, 1995:120

nivå.⁶¹ Pasientrettighetslovens § 3-1 som gir pasienten rett til medbestemmelse i forhold til egen behandling er også sentral i denne sammenheng.

Ifølge Ot. prp. nr 13 (1998-1999)⁶² skal tannlegebehandlingen utføres til det beste for pasienten. For at helsepersonell skal kunne utføre sitt yrke er det viktig å samholde det opp mot informasjon, samtykke og medvirkning. Derfor er det viktig at pasienten har gitt et informert samtykke som er det rettslige grunnlaget for å yte helsehjelp. Helsepersonell må forholde seg til samtykkets innhold, og ikke gå lengre enn tillatt, jf. pasientrettighetsloven § 4-1 flg.

Uvitenhet kan medføre at en ”åpner munnen” uten å vite helt hva som skal utføres, og ikke vite at det er flere metoder å velge mellom. En bestiller ofte først en time for å utrede tannhelsen, for deretter å få ny time til eventuell videre behandling. Hvis en sammenligner samtykke i forhold til lege/pasient forhold er det de samme regler å forholde seg til. Men det kan i praksis fremstå som mindre klart ved tannhelse. Generelt er det pasienten som må gi sitt samtykke for at en behandler skal ha rettslig grunnlag for å forsette behandlingen. Foreligger ikke samtykke kan det være snakk om et erstatningsrettlig krav. Det er i dagens praksis ingen form for skriftlig samtykke når en tillater å bli behandlet av en tannlege. En lar seg behandle av tannlegen etter hva han mener er nødvendig, uten å ikke alltid vite hva det egentlig går ut på. En får for eksempel beskjed om at en har hull, og det må utbedres. Et annet tilfelle hvor det ikke blir innhentet samtykke er ved bruk av skoletannlege. Mindreårige skolebarn blir behandlet i enkelte tilfeller av skoletannlegen, uten samtykke på forhånd av foresatte. Dette reiser såpass spesielle spørsmål at jeg ikke vil gå videre inn på problemstillingen i denne oppgaven. Skoletannlegen er som tidligere nevnt en tjeneste som staten dekker, men jeg mener det bør ikke frata foreldre sin myndighet vedrørende barnets tannhelse.

⁶¹ NOU 2005:3 s.16

⁶² (1998-1999) s.221

Tannhelsehjelp stiller på lik linje med annen spesialisttjeneste, hvor fylkeskommunen har ansvaret etter spesialisthelsetjenesteloven.

Nye behandlingsmetoder innen tannhelse er i stadig utvikling, i takt med samfunnsutviklingen. Virksomheten er i større grad blitt lovregulert på flere områder, og utvidet i sitt omfang. Forskning er blitt gjennomført, og det er stadig kommet flere og bedre måter og behandle pasienter på. Eksempel på utviklingen er ved for eksempel bruk av amalgam. Amalgam er et stoff som er blitt brukt blant annet til å fylle igjen hull i tennene. Amalgam inneholder kvikksølv, som er helseskadelig. Dette har blitt brukt gjennom flere tiår, men vil fra juli 2007 bli forbudt⁶³, med enkelte unntak for blant annet allergikere. Både pasienter, og tannlegeassistenter har påvist helseskader som følge av bruk av amalgam. Det har i flere tiår vært kjent at amalgam er helseskadelig, men bruken av amalgam har fortsatt.⁶⁴ Bruk av amalgam må ses i sammenheng med forsvarlighetskravet. Når forbudet trer i kraft vil fortsatt bruk av stoffet medføre brudd på kravet. Det kan reises spørsmål om det ikke tannlegen selv burde stoppet bruken tidligere, når det lenge har vært påvist skader ved bruk av amalgam.

Spesielt barn som har vært underlagt skoletannlege, står i en særstilling. De har liten forståelse av hva som er blitt utført, samt om foreldrene ikke har blitt opplyst om faren ved bruk av slikt stoff. I forhold til min problemstilling er det spørsmål om pasientene kan kreve retting, eller erstatning for skader fyllingen har medført.

De etiske reglene fra tannlegeforeningen gir pasienten krav på råd og veiledning. Tannlegen skal tilby den behandlingsmåte som etter en vurdering er å anse som riktig. Andre hensyn som må vurderes er pasientens allmenntilstand, økonomi og tid. Dette har vært et argument i forhold til bruk av amalgam. Videre skal det forligge tillit mellom partene, og hvor det er mulig, også informert samtykke. Ved vurdering av behandlingsmåte skal det ikke finne sted behandling som er unødvendig. Behandlingsmetoder som kan medføre en risiko for pasienten, og som ikke er nødvendig, skal ikke benyttes.⁶⁵ I forhold

⁶³ FOR 2004-06-01 nr. 922

⁶⁴ <http://www.tenneroghelse.no/>

⁶⁵ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

til hva som ligger i faglig utførelse må man se på hva som skal ytes i hvert enkelt tilfelle. Det er ikke en standard for hva begrepet inneholder. En faglig god utførelse vil si at det ytes det som er forventet. I forhold til tannlegetjeneste er det viktigst at ytelsen er holdbar, samt at den må ses i sammenheng med tid og produkt. Legges det en fylling i en tann er det meningen den skal fylle igjen et hull og hindre/stoppe utvikling av problemet. Er fyllingen som er blitt brukt ikke å anse som godkjent fylling, vil den ikke være i faglig god stand. Eller hvis den etter kort tid faller ut kan det være at den ikke er utført etter faglig god standard.

Tannlegeforeningen har etiske regler som tannleger skal forholde seg til, og formålet med disse er å danne grunnlag for en verdig utøvelse av tannlegens yrke.

De etiske reglene foreningen har satt, er basert på allment godkjente normer for etikk, moral og skikk innenfor tannlegetyrket. Reglene er ment å være veiledende for tannleger, og er derfor ikke fullstendige innenfor alle områder. Jeg vil ta for meg enkelte generelle regler som er sentrale i forhold til denne oppgaven. Den viktigste regelen for tannleger, går ut på å ivareta pasientens helse. Dette er et overordnet hensyn. En annen viktig regel, er å ha oppdaterte kunnskaper til enhver tid innenfor vitenskap og erfaring. Den tredje regelen er forholdet til de ulike lover og bestemmelser innenfor yrket, som skal være kjent for yrkesutøveren.⁶⁶

Kvalitet er forventet ytelse ved arbeid utført av en tannlege, og kan ses i sammenheng med den faglige utførelse av behandling. Det er ut fra pasientens ståsted en må gjøre en kvalitetsvurdering.⁶⁷ En definisjon på kvalitet som ofte blir brukt er ” Kvalitet er å tilgodese de behov og innfri de forventninger som brukerne, tjenesteyterne, og oppdragsgiverne har til tjeneste”. Definisjonen gjenspeiler at kvalitet er et produkt skapt gjennom brukerens behov og forventninger, og på den annen side forståelse mellom partene av hva som er kvalitet. Kvalitet kan videre deles inn i to undergrupper; standardkvalitet og hvordan tjenesten oppleves i verdi. Hva som er standardkvalitet er

⁶⁶ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

⁶⁷ Ot. prp. nr.12 (1998-1999) s.125

lettere å komme frem til enn ved å sette samme tjeneste opp mot hverandre. Hvordan den enkelte bruker opplever tjenesten er vanskeligere å få oversikt over og sette sammen, men en viktig del for å komme frem til kvalitet.⁶⁸

Jeg vil bruke noen saker fra tannlegeforeningens klagenemnd for å vise hvordan kravet til forsvarlighet blir anvendt i praksis.

I en klagesak behandlet av Oslo Tannlegeselskaps klagenemnd var det spørsmål om behandling av rotfylling var nødvendig, og videre om den behandlingen som var valgt var den mest fornuftige. Av bevis som var fremlagt var journalkopi, røntgenbilder, undersøkelse og samtale med pasienten. Det var vektlagt pasientens tidligere ufullstendige rotfylling, som var utført av en annen tannlege tidligere, som skulle revideres. Den innklagede tannlege utbedret rotfyllingen over to besøk, og fikk regning pålydende 3800 kroner. Pasienten byttet deretter tannlege da hun syntes prisen det var for høy. Klagenemnden mente det var vanskelig å ta stilling til hvorvidt det var et riktig valg siden det nå lå en permanent plastfylling i tannen, men påpekte at tannens krone var svært ”uthulet” og på sikt var å anse som svak. Videre hevdet tannlegen at informasjon vedrørende behandling og prognose, samt kostnader var blitt gitt til pasienten, noe journalen ikke underbygget. Nemnden kritiserte den manglende journalføring, og vanskelighetene med å tyde hva som sto i journalen. Klagenemnden kom fram til det var vanskelig å revidere en slik type rotfylling og den utførte rotfyllingen var utført riktig. Prisen som var satt for behandlingen var akseptabel. Den utførte behandling som var gjort i ettertid ved plastfylling gjorde at nemnden ikke tok kan ta stilling til om riktig behandling var valgt. Pasienten fikk derfor ikke medhold.⁶⁹

I annen sak behandlet av Oslo Tannseskaps klagenemnd var det reist spørsmål om behandlingen var utført fagmessig. Pasienten var etter behandling påført smerte og vond smak i tann 47. Bevisene som ble fremmet i denne saken var journal, røntgen og undersøkelse av pasienten. Nemnden kom enstemmig fram til at behandlingen ikke

⁶⁸http://www.folkevalgt.no/folkevalgt/tema/planlegging_og_styring/kvalitetsstyring_av_tjenestene/hva_er_kv_alitet/definisjon_paa_kvalitet 24/04/07

⁶⁹ Se vedlegg 1

kvalifiserte til god nok utførelse hvor det ble påvist utilstrekkelig instrumentering, instrumentfraktur sammen med antibiotikaforeskrivning uten klare indikasjoner, samt smerter og ubehag i ettertid. Tannlegen måtte tilbakebetale honorar for behandlingen pålydende kroner 3600.⁷⁰

Klagenemnden tok i en annen sak mer konkret stilling til faglig utførelse. Bevisene var redegjørelse fra begge parter, journal, og undersøkelse. Klagen gjaldt en helbro som var satt inn i underkjeven. Pasienten mente den ikke var tilpasset nok, spesielt ved sammenbiting. Tannlegen delte da broen, noe som medførte at en enkelt tann ikke var i kontakt med broen lengre samt to tidligere mellomledd henger på en tann foran som hengeledd uten understøttelse. Nemnden mente det var en dårlig konstruksjon, noe som blant annet medførte dårlig matretensjon, uheldig kraftpåvirkning på resten av broen og gjenværende pilartenner. Videre har den medført dårlig kanttilpasning på en tann, og nivåforskjell på tyggeflatene grunnet for høy bro, noe som mest sannsynlig var forårsaket av at sementeringen ikke har vært helt på plass.

Nemnden var usikker på om spalting av broen kun skjedde etter ønske fra pasient eller etter anbefaling fra tannlegen. Men presiserte ”Klagenemnden mener at det bak ethvert odontologisk inngrep må ligge en faglig vurdering som forsvarer behandlingen som blir utført. Pasienter skal selvfølgelig diskuteres med og forklares problemstillingen og eventuelle behandlingsalternativer, slik at man sammen kommer frem til både en forsvarlig og ønsket behandling, og dermed best mulig resultat. Nemnden mener derfor at behandlede tannlege uansett står ansvarlig for den behandling som til slutt blir utført. Det er på bakgrunn av dette vår mening ikke å fraskrive seg ansvar for valgte løsninger fordi det var pasientens ønske.”

Nemnden konkluderte enstemmig med at pasienten gis medhold om tilbakebetaling.⁷¹

Eksemplene fra klagenemnden viser forsvarlighetskravet aktivt blir brukt i vurdering av klagesaker. Ettervislighet kan i enkelte tilfeller være vanskelig å fastslå.

⁷⁰ Se vedlegg 2

⁷¹ Se vedlegg 3

Forsvarlighetskravet etter helsepersonellovens § 4 har likhetstrekk med aktsomhetskravet etter alminnelig erstatningsrett. Forsvarlighetskravet har derimot større rekkevidde, og er strengere enn aktsomhetskravet. Kravene er bygd opp etter to forskjellige systemer. Et tilsynssystem følger det helserettslige kravet, hvor det ikke er nødvendig at det er oppstått en skade for å si at handlingen er uforsvarlig. Ved aktsomhet må skaden ha oppstått for at det skal kunne være et krav om erstatning, samt det må være årsakssammenheng mellom skaden og behandlingen. Det stilles i tillegg krav om at pasienten har lidt økonomisk tap. Et krav som er står i et avhengighetsforhold til aktsomhet er at pasienten må ha lidt økonomisk tap. En kan dermed ha opptrådt uforsvarlig etter helseretten, mens det ikke oppfyller kravet til aktsomhetskravet ved erstatningsrettslige forhold.⁷²

2.5 Praksis fra domstolene

Det er et fåtall av saker som er kommet opp for domstolene gjennom tidene. Det har aldri vært fremmet en sak for Høyesterett om erstatning ved feilbehandling vedrørende tannlegetjenester. En av årsakene kan være at tannlegeforeningens har opprettet en egen klagenemnd, og Helsetilsynets pasientklagenemnden. Men de ulike nemndene har ikke kommet til før i den senere tid. Andre grunner kan være at det er kostnadskrevende å gå til sak, ikke minst forberede seg og klarlegge bevis ved en feilbehandling, koster mye.

En dom avsagt av Borgarting lagmannsrett⁷³ som gjaldt uaktsom feilbehandling av en pasient som ble 100 % arbeidsufør etter endt behandling, og tannlegens profesjonsansvar. Pasienten var blitt påført en økning av bitthøyden. Retten uttalte at behandlingsmetoden som ble brukt var omstridt, og det var uforsvarlig at tannlegen ikke henviste pasienten til spesialist før behandlingen ble startet. Det var videre klanderverdig at tannlegen fortsatte behandlingen selv om pasienten klaget over alvorlige ansikts-, kjeve-, hodesmerter. Flere sakkyndige uttalte seg i favør av pasienten, og kom frem til at de faglige kunnskaper som forelå på behandlingstidspunktet ikke var oppfylt. Retten kom frem til at

⁷² Bente Ohnstad, 1995:55 flg.

⁷³ Borgarting lagmannsrett, 17/11/2003

uaktsomhetskravet var oppfylt, samt feilbehandlingen medførte et erstatningsbetingende krav, etter reglene om tannlegers profesjonsansvar. Retten gikk ikke inn på den manglende journalføring, eller manglende oppbevaring av bevismateriale hvor tannlegen hadde erkjent ansvar. I forhold til erstatning så retten på om det var årsakssammenheng mellom arbeidsuførheten og tannbehandlingen, og om den var påregnelig. De stadfestet at så lenge behandlingen var en nødvendig årsak til skaden forelå det årsakssammenheng, og selv om det er flere årsaker har virket sammen er den enkelte årsak som det kan knyttes ansvar til for hele skaden. At pasienten var mer sårbar enn andre noe som har medført alvorligere konsekvenser er uten betydning. Bevismessig var det som var å anse som mest sannsynlig avgjørende for årsakssammenhengen. Ved tvil er det skadelidte som har tvilsrisikoen for om det forligger nødvendig årsakssammenheng. Den langvarige behandlingen som medførte betydelig skadeevne anses som påregnelige etter denne type behandling og viser til de sakkyndiges vurdering. Pasienten hadde forut for behandling ingen smerter i kjeveleddsregionen, men oppsto sammen med behandlingen og i løpet av behandlingen noe som talte for årsakssammenheng.

2.6 Forskjellen mellom offentlige avtaler med tannleger og privatpraktiserende

Tannhelsetjenesteloven gir hjemmel for det offentlige til å inngå avtaler med tannleger i forhold til tjenester en tannlege skal yte til en pasient med offentlig støtte. Hos de tannleger som har inngått avtale med om offentlig støtte, har pasienten krav gjennom blant annet pasientrettighetsloven ved feilbehandling. En pasient kan ikke gå til hvilken som helst tannlege og kreve at fylkeskommunen skal dekke utgiftene jf. tannhelsetjenesteloven § 2-1, og etter § 4-1. Den offentlige tannhelsetjenesten gir behandling til pasienter som betaler fullt ut for ytelse hvor det er behov. Det er en rekke privatpraktiserende tannleger som ikke inngår generelle avtaler med det offentlige.

De privatpraktiserende tannleger må ha tegne egne forsikringer for å beskytte seg hvis pasienten kommer ut for feilbehandling. Privatpraktiserende tannleger ligger utenfor den offentlige helsetjeneste, det vil si de ikke har noen tilknytning til sykehjem, skoler eller annet slik de tannleger i det offentlige har. Men uansett hvilken tilknytning de har er det likevel helsehjelp de yter på generelt grunnlag til pasientene. Tannhelsehjelp hvor

behandlingen er lovfestet etter tannhelsetjenesteloven er å anse som helsehjelp, det som ligger utenfor det lovfestede område er vanskeligere å sette et klart skille mellom helsehjelp og kontraktsfestet rett.

I følge tall fra tannlegeforeningen er 2/3 av dagens tannleger privatpraktiserende, mens 1/3 er ansatt gjennom den offentlige tannhelsetjenesten. Det er 4171 yrkesaktive registrerte medlemmer i foreningen ved 1. januar 2007. Tannlegeforeningen har en medlemsoppslutning på 96 % av yrkesaktive tannleger i Norge.⁷⁴

2.7 Pasientskadeerstatning

Lov om pasientskadeerstatning⁷⁵ gjelder i min drøftelse i hovedsak tannleger som har pådratt seg erstatningskrav i forhold til skader som har oppstått under behandling av en tannlege som har utført tjeneste for det offentlige. For at skaden skal regnes som en pasientskade må skaden etter lovens § 1 ha oppstått under behandling, undersøkelse, diagnostisering eller annet som er knyttet nært opp til tannlegens behandlingsevne. Bestemmelsen gjelder kun skader som er påført en pasient, personskader. Begrepet skade omfatter ikke bare fysiske skader, men også psykiske skader, og sykdom. Dersom en pasient får stilt feil diagnose, og det medfører et sjokk for pasienten kan det være grunnlag for erstatning. Tingsskader og rene formuestap rammes derimot ikke av bestemmelsens ordlyd. De personskader som kommer inn under §§ 1 og 2 gir rett til erstatning, for så vidt ikke § 3 som gir begrensninger som er tilstede. Både pasientskadeerstatningslovens § 1 og § 2 har kumulative vilkår som må være oppfylt for krav på erstatning. En videre begrensning etter § 1 er at det kun er pasienter som har krav på erstatning. Rammes ikke tilfellet av loven, kan en forfølge kravet etter alminnelig erstatningsregler.⁷⁶

⁷⁴ <http://www.tannlegeforeningen.no/CDA/storypg.aspx?id=910&zone=8&parentzone=0&Ver=1> 24/04/07

⁷⁵ Lov av 15.juni 2001 nr.53

⁷⁶ NOU 1992:6 s.90

Pasientskadeerstatningslovens § 2 angir bestemmelsens geografiske område. Skaden må være voldt oppstått ”i riket”, Norges territorium med unntak av Norges biland.⁷⁷

Vilkårene som oppstilles i pasientskadeerstatningslovens § 3 er sentrale for å oppnå erstatning etter loven. De fire vilkår er følgende; for det første må det være en skade, skaden må være en følge av, en feil eller svikt som igjen må ha forbindelse med, undersøkelse, diagnostisering, behandling, pleie eller lignende.

Kravet til skade er behandlet ovenfor. Det andre vilkåret om følge, vil si at det må være en årsakssammenheng mellom skaden og skadelidende handling. Vilåret om feil eller svikt er ved alminnelig erstatningsansvar uaktsomhet utvist av helsepersonellet, men i forhold til denne bestemmelsen er ansvaret objektivt. Det er behandlingssituasjonen som er det grunnleggende utgangspunkt, ikke skadevolder. Det kreves mer enn et hendelig uhell, og mindre enn det alminnelige aktsomhetskravet. Vedrørende det siste vilkåret er det pasientforholdet som er avgjørende. Oppstår det en brann i virksomheten rammes det ikke av bestemmelsen. Vurderingen må ses i sammenheng med den faglige utførelsen som pasienten hadde grunn til å forvente. Målsetningen etter loven er den beste behandlingen, ut i fra de forutsetninger som er tilstede pasienten. Går helsepersonellet ut over dette, er vilkåret oppfylt. Dersom det i tiden etter utførelse er kommet til bedre løsninger enn da pasienten ble behandlet, er det tidspunktet for behandlingen som legges til grunn. Det samme gjelder ved diagnose, her må en også se på de faglige krav. Er det faglige viten ved å stille en konkret diagnose som ikke er kommet lengre, medfører det ikke erstatningsansvar. Det samme gjelder ved valg av behandlingsmetode.⁷⁸

Viser det seg i ettertid at det burde vært valgt en annen behandlingsmetode, selv om den var forsvarlig, må en se på om metoden som ble brukt var adekvat. Er metoden ikke adekvat vil det være erstatningsgrunnlag. Fremstår det likevel som urimelig å nekte erstatning er det mulig å vurdere erstatning etter bestemmelsens tredje ledd. Økonomisk ressursmangel, som følge av lav bevilgning fra det offentlige, rammes ikke av denne bestemmelsen.⁷⁹

⁷⁷ NOU 1992:6 s.92

⁷⁸ NOU 1992:6 s.92

⁷⁹ NOU 1992:6 s.93

Pasientskadeerstatningslovens § 3 annet ledd gir uttrykk for objektivt ansvar ved teknisk svikt av apparat, redskap eller annet utstyr som brukes til undersøkelse, diagnostisering, behandling, pleie eller annet. Her er det ikke noe krav om at utstyret er teknisk avansert.⁸⁰

Bestemmelsen tredje ledd strekker seg lengre enn første ledd, og kan i situasjoner som ut i fra en rimelighetsvurdering komme til å gi erstatning.⁸¹

Utfører tannlegen en behandling fremfor en annen, og skade oppstår selv om behandlingen var forsvarlig på det tidspunktet, men senere har vist seg å være uriktig, kan erstatning gis i dette tilfellet.⁸²

Jeg vil ikke gå nærmere inn på erstatning i de tilfeller hvor pasienten påføres smitte eller infeksjon som stammer fra virksomheten, og bivirkninger som følge av vaksine etter lovens § 3 fjerde ledd. I disse tilfellene er det mulighet for erstatning selv om vilkårene i øvrige ledd ikke er oppfylt.⁸³

Pasientskadeerstatningslovens § 3 femte ledd gjelder i de tilfeller hvor pasienten ikke kommer inn under skade eller tap etter de øvrige leddene. Formålet er å gi pasienten som er påført en skade fra helsepersonell i regi av det offentlige skal dekkes av NPE eller den obligatoriske forsikringsordningen, for å forhindre ytterlige forsikringsordninger.⁸⁴

Hvorvidt estetikk eller kosmetiske tannskader går inn under pasientskadeerstatningsloven må ses i lys av lovens § 3 femte ledd. Får en pasient innsatt en ny tann, men i feil farge vil det være skjæmmende estetisk sett for pasienten. Det er ikke å regne som en skade etter bestemmelsen første ledd, men å regne som en psykisk påkjenning.

Som en følge av loven ble det opprettet et selvstendig klageorgan, pasientskadenemnden. I forhold til denne nemnden kan vedtak som er fattet av Norsk Pasientskadeerstatning påklages. Det er generelt erstatningskrav vedrørende skader som er oppstått under

⁸⁰ NOU 1992:6 s.94

⁸¹ NOU 1992:6 s.94

⁸² NOU 1992:6 s.94

⁸³ NOU 1992:6 s.94

⁸⁴ NOU 1992:6 s.95

behandling av det offentlige som er gjenstand for klage jf pasientskadeerstatningsloven § 7-2.

Pasienter som kommer inn under pasientskadeerstatningsloven, viser seg å ha et sterkere vern ved feilbehandling. Utgangspunktet med pasientskadeerstatningsloven var at den skulle gjelde alle tannleger enten de var drev i privat regi eller var ansatt gjennom det offentlige. Det har ikke vært noen forsikringselskap som til nå har villet tilby slik forsikring med samme vilkår har etter loven. Oppstår feilbehandling, er det ved bruk av offentlige tannlege ikke et vilkår om at pasienten skal bevise at det er helsepersonellet som har opptrådt uaktsomt. Er pasienten blitt feilbehandlet av en privatpraktiserende tannlege, er det derimot pasienten som må bevise at tannlegen ikke har vært aktsom nok ved behandlingen. Dette tyder på at en oppnår større erstatning ved feilbehandling ved det offentlige, enn ved det private. Det vil i nær fremtid komme en ny lovendring hvor tannleger som jobber både i det offentlig og privat regi skal komme inn under pasientskadeerstatningsloven. Endringen betyr at de privatpraktiserende tannleger må ut med en høyere forsikringsandel årlig, og at det må betales til Norsk Pasientskadeerstatning⁸⁵. Endringen er ment å trå i kraft allerede fra 1. januar 2008, men det er fremdeles områder som ikke er helt klarlagt.

I forhold til utarbeidelse av ny pasientskadeerstatningslov er komiteen⁸⁶ enige om forholdene slik de er nå ikke er tilfredsstillende, og det er politisk enighet om å styrke rettighetene. Det hevdes at få pasienter vet om forskjellen ved erstatning fra det offentlig og ved det private markedet. Feilbehandling rammer pasienten like sterkt uansett hvem som har utført arbeidet. Grensen mellom offentlig og privat utøver er vanskelig å trekke etter dagens lovgivning. NPE skal finansieres gjennom tilskudd fra det private etter en tilskuddsordning som er differensiert og rettferdig. Det vil si at det vektlegges ut fra virksomhetens størrelse og den risiko for skade virksomheten representerer. Det åpnes ennå for privat forsikring, men det må i forhold til den type ordning utrede en forskriftshjemmel. Et problem som dukker opp ved den nye endringen, som skal gjennomføres, er at det ved

⁸⁵ I enkelte tilfeller forkortet til NPE.

⁸⁶ Stortinget, odelstinget, midlertidig møtereferat den 6. mars 2007

helsepersonell som kommer fra utlandet, ikke inngår i den nye ordningen. Dette er frem til i dag ikke funnet en løsning på.⁸⁷

Harald T. Nesvik gir opplysninger i møtoreferatet at i 2006 behandlet NPE litt over 3600 saker hvor det ble gitt medhold i 1122 av dem. Ordningen er per dags dato en stor ordning som er både rimelig, effektiv, men behandler pasienten forskjellig ut ifra om det er offentlig eller privat. Sonja I. Sjølie ser på situasjonen helhetlig og viser til pasientens ønske om en forbedring av helsesituasjonen sin. Hvor det da oppstår en feilbehandling med tilleggsbelastninger, er det viktig at en har vern som gir pasienten rett til erstatning. Økonomisk erstatning erstatter ikke forringelse livskvalitet eller annet, men kun økonomisk tap og varige medisinske men.⁸⁸

Ved tilskudd til NPE vil en se på beregninger ut fra forventet erstatningsutbetalinger om omkostninger ved saksbehandling. NPE har ingen profitt hensikt.⁸⁹

Når den nye loven vil trå i kraft er det spørsmål om den vil endre situasjonen for pasienter på andre måter. Må tannlegen ut med høyere andel enn de har betalt ved nåværende forsikringsordning, vil det kunne medføre en forhøyelse av prisnivå til de privatpraktiserende tannleger. Det vil da være alle pasientene som blir belastet ved at den nye loven utvider sitt erstatningsrettslige område.

2.8 Klage

Tannhelsetjenestelovens § 2-1 redegjør for et eget klageorgan hvor avgjørelser kan påklages til særskilt klageinstans. Avgjørelsene anses ikke som enkeltvedtak etter forvaltningsloven.⁹⁰ Er pasienten fremdeles ikke fornøyd kan avgjørelsen tas videre til Helsetilsynet i fylket jf § 2-3. Dette gir pasienter en viktig rettsikkerhetsgaranti mot saksbehandlingsfeil⁹¹

⁸⁷ Stortinget, odelstinget, midlertidig møtoreferat den 6. mars 2007

⁸⁸ Stortinget, odelstinget, midlertidig møtoreferat den 6. mars 2007

⁸⁹ Stortinget, odelstinget, midlertidig møtoreferat den 6. mars 2007

⁹⁰ Lov av 10.februar 1967

⁹¹ Asbjørn Kjøenstad, 2005:84

Det er et ønske om å komme frem til en minnelig ordning både fra pasienten og tannlegen sin side. Men det er vel først og fremst pasienten som ønsker å løse tvisten uten store kostnader. Tannlegen kan også ønske å komme til en løsning for å hindre at han skader sitt renommé, og tenker kostnadsbesparende.

Formålet til tannlegeforeningens klagenemnd er å få en rask, objektiv og rimelig avgjørelse mellom partene. Det er dannet egne regler vedrørende klagebehandlingen, saksbehandling med til dels organisatoriske forhold. Prinsippene om kontradiksjon, taushetsplikt, habilitet, er ivare tatt gjennom foreningens regler.

De etiske reglene gitt av tannlegeforeningen forplikter den enkelte tannlege, som er medlem av foreningen, å følge klagenemndens uttalelser. Ved inngitt klage fra en pasient som omhandler påstått feilbehandling eller honorarberegning, blir klagen behandlet etter foreningens fastlagte regler. Tannlegen skal medvirke til å inngi opplysninger som er nødvendige i forhold til å få saken blir best mulig opplyst.⁹²

Ved brudd på reglene, blir saken behandlet i den lokale foreningen, og NTFs råd for tannlegeetik. Det foreligger en forklaringsplikt ved saker som angår overtredelse av reglene, eller ved kollegiale tvistemål.

Saksbehandlingen vedrørende yrkesutøvelsen, kollegiale tvister eller brudd på de etiske reglene, er det den lokale foreningen som skal utrede nærmere. Den skal prøve å ordne opp i forholdet, eller prøve å komme frem til et forlik mellom partene. Hvis partene ikke kommer frem til en løsning, skal NTFs råd for tannlegeetik få saken henvist til seg. Rådet behandler ikke saker som omhandler det faglige eller økonomiske forholdet mellom tannlege og pasient. Avgjørelsen som treffes av rådet er bindende for medlemmene og det er ingen annen instans i foreningen som har mulighet til å overprøve den. Overholdes ikke avgjørelsen er tannlegen da å anse som ikke lengre medlem av foreningen.⁹³

⁹² <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

⁹³ <http://www.tannlegeforeningen.no/CDA/storypg.aspx?id=676&zone=70&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

Vanlig praksis i rådet er å løse tvisten mellom partene ved å utføre arbeidet på nytt, sette ned, eller tilbakebetale honorar. Er tannlegen ikke fornøyd med resultatet som er blitt avsaugt kan han bringe saken videre for den sentrale ankenemnden. Her kan man se likhetstrekk med alminnelig kontraktsrett, noe jeg vil komme til senere under kontraktsrettslig delen.

I enkelte tilfeller oppstår det en tvist mellom tannlege og pasient av ulik art, som kan være påstått mangel ved den faglige utførelsen, prisen ved utført behandling. Kommer ikke partene til enighet kan saken bringes inn for den lokale avdeling klagenemnden. Klagenemnden er å anse som et konfliktløsningsorgan som finnes ved hvert lokale område i regi av tannlegeforeningen. Nemnden er et gratis tilbud for pasienter som er medlem av foreningen, hvor pasienten kan henvende seg for å få svar på spørsmål, og behandlet sine klager over den faglige utførelsen av behandlingen. Tannlegens medlemskap i foreningen er et krav for å få behandlet saken i klagenemnden. Dette er sjelden et problem da det kun er en liten prosentandel som står utenfor foreningen. Angående erstatningsspørsmål er nemnden ikke kompetant til å ta stilling til slike krav. Pasienter er ikke pålagt å gå veien om klagenemnden, men kan gå direkte til Helsetilsynet i fylket eller Statens helsetilsyn. Nemnden er kostnadsbesparende for partene, og blir behandlet av en ”spesialistnemnd”. Klagenemndene består av tannleger som er oppnevnt til å sitte i organet.⁹⁴ Det kan stilles spørsmål om habiliteten og troverdighet til nemnden. Siden de som sitter i nemnden er tannleger, har de ofte kjennskap til andre tannleger i sin krets. Det sitter også kun personer med utdanning som tannlege, og ikke juridisk kompetanse, med andre ord personer som ikke nødvendigvis har et objektivt syn på tvisten. Hvorvidt en da kommer frem til riktige avgjørelsene er noe usikkert. Tannlegeforeningen tilbakeviser kritikk i forhold til nemnden sin sammensetning og viser til fordelingen av avgjørelser. I løpet av årene 2004 og 2005 var det fordelt følgende: 57 % av sakene gikk i favør av tannlegene, mens i 43 % av sakene var det pasientene som vant frem. Det er mange pasienter som får utført behandling av tannleger, og sett i lys av det er det relativt få klager.⁹⁵

⁹⁴ <http://www.tannlegeforeningen.no/cda/zonepg.aspx?zone=75&parentzone=10> 24/04/07

⁹⁵ <http://www.tannlegeforeningen.no/CDA/zonepg.aspx?zone=75&parentzone=10> 24/04/07

Ut ifra opplysninger, journal og eventuell undersøkelse kommer klagenemnden frem til en avgjørelse som gjøres kjent for begge parter. Ved et resultat tannlegen er i uenig i må tvisten bringes videre for den sentrale klagenemnden. Det fremstår som det kun er tannlegen som har den ”anke” muligheten. Hvorfor det kun er tannlegen som kan bringe saken videre er ikke forståelig, siden pasienten i utgangspunktet kan bringe saken inn for den lokale klagenemnden. En annen mulighet er som nevnt hvis en av partene ikke blir fornøyd med resultatet i klagenemnden er å bringe den inn for domstolen. Er tvistens hovedpunkt erstatningskrav eller økonomi, er det best å bruke domstolene siden nemnden ikke tar stilling til tvister av økonomisk art.⁹⁶

Tannlegeforeningen opplyser om at det er svært få saker som behandles i nemnden, sett i lys av hvor mange tannleger det er, og hvor mange utførte behandlinger av dem. De fleste henvendelser avklares muntlig uten videre saksbehandling. Tall oppgitt av foreningen viser at i 2004 var det 356 henvendelser, og 168 ble behandlet av nemnden. I 2005 var det 446 henvendelser totalt hvor 168 ble behandlet videre. Årsaken til det er bare er rundt 1/3 av sakene blir behandlet videre, kan være at partene kommer til enighet før den blir behandlet, som tidligere nevnt avklares muntlig, eller at en av partene ikke har grunnlag for eventuelt å føre en sak.⁹⁷ Det fremkommer ikke om det er en form for siling av saker.

Det forligger et fåtall av saker behandlet av domstolen og Helsetilsynet ifølge tannlegeforeningen, og konkluderer med at deres klagenemnd er den mest utbredte tvisteløsningsordningen.⁹⁸

2.9 Vurdering av klagenemnd

Klagenemnden sin praksis er ikke offentlig tilgjengelig for allmennheten. Likevel har det vært mulig å få innsyn i noen saker hvordan de er blitt behandlet.

⁹⁶ <http://www.tannlegeforeningen.no/CDA/storypg.aspx?id=342&zone=75&parentzone=10&Ver=1> 24/04/07

⁹⁷ <http://www.tannlegeforeningen.no/CDA/homepg.aspx> 25/01/07

⁹⁸ Lena Johansen, 2006

Tannlege Lena Johansen har skrevet en håndbok om pasientklager⁹⁹ og hvordan disse er blitt vurdert av Oslo Tannlegeselskaps klagenemnd i perioden 1999- 2003, rettet mot klagesaker i protetik. Den er ikke publisert i bokform. En av hovedgrunnene til at hun undersøkte dette temaet nærmere var for å se om det var holdepunkter i påstandene om kommunikasjonssvikt, samt at den type behandling er omfattende og dyr og nettopp derfor ble klaget på tidligere undersøkelser viser at det er spesielt saker om protetik som blir innklaget. I perioden 1999- 2003 ble det mottatt 273 saker, hvor en stor del av klagen bestod av skriftlig klage fra pasient, korrespondanse mellom klagenemnd og innklagede tannlege, respons og dokumentasjon fra innklagede tannlege samt klagenemndens begrunnelse og vedtak. I enkelte tilfeller forelå det ytterligere informasjon fra en eller flere tannleger, advokat som var involvert eller annen type dokumentasjon. Hva som inngår under begrepet protetik er: porselens- og komposittfasetter, gullinnlegg, kroner, broer, stiftkonuser, og proteser. I undersøkelsen kom Johansen frem til av de 273 klager var 129 angjeldende protetik. Av de 127 sakene var 8 tilfeller klager på tannleger med spesialutdanning i protetik, 15 av sakene var økonomi en av grunnene, 11 saker gjaldt smerter etter preparering samt videre behov for endodonti. I hele 35 saker var det en annen tannlege som hadde uttalt seg negativt i forhold til tidligere utført arbeid av en annen tannlege. Enkelte av klagerne fremstod også med dårlig norskkunnskap, noe som kan ha medført at saken ikke gikk i favør av pasienten. Resultatet hun kom til var at det i 34 % av tvistene gikk i pasientens favør, 30 % gikk i tannlegens favør, og 36 % ble det ikke avsagt vedtak grunnet mangel på medlemskap i NTF, løst før den kom til behandling, eller hadde erstatningsinnhold eller lignende. Videre anfører hun at det høye tallet på klagesaker kan skyldes byens tetthet av tannleger hvor tannleger behandler tilfeller de ikke behersker, istedenfor å henvise. Grunnen kan være frykten for å miste pasienter eller øke den økonomiske inntjeningssevne. Den større tilgangen til tannleger kan også være en årsak til at en klager over behandling man ikke er fornøyd med tanke på at toleransegrensen blir lavere.¹⁰⁰

⁹⁹ Lena Johansen, 2006

¹⁰⁰ Lena Johansen, 2006

Johansen poengterer at klagenemndens sammensetting kan ha innvirkning på utfallet av en klagesak, men etter eget syn mener de opptrer objektivt og rettferdig. Hun hevder videre de gjør et godt arbeid i komplekse saker hvor de sammenfatter problemstillingene på en kort og lett måte.¹⁰¹

I forhold til det økonomiske anbefaler hun å gi klarere pris på forhånd, opplyse hvis det blir en endring, samt spesifisere faktura. Pasientens økonomi skal ikke være en begrunnelse for å ikke opplyse om samtlige behandlingsalternativer, det er noe pasienten selv må ta stilling til i forhold til sin egen økonomi. Hva som er et dyrt alternativ er individuelt for hver enkelt pasient. Eventuelle komplikasjoner skal opplyses om i forkant, og vil kunne medføre at det vil bli fremsatt mindre klager. Et eksempel er hvor det ved bruk av porselen er fare for avskalling, eller ved postoperative smerter etter preparering hvor det er påfølgende behov for endodonti. Pasienten har ingen forutsetninger for å vite hva som vil være konsekvensene etter en behandling, og ved grundig informasjon vil det kunne medføre mindre klager. Journalføring er en viktig del av å stadfeste at det er blitt gitt tilstrekkelig informasjon til pasienten. Et forslag hun kommer med er å få underskrift fra pasienten på at det er gitt informasjon. Ved språkproblemer mener hun også at man må være ekstra oppmerksom. En annen anbefaling er å se sammenhengen mellom hva en pasient forventer, og informere pasienten saklig i hva en kan forvente av resultatet i form av fordeler og ulemper ved bruk av forskjellige behandlingsalternativer. Hvis en ikke tilpasser forventningene kan det resultere i en klagesak. I forhold til forventet levetid går hun ut med å være forsiktig med å gi en bestemt garanti for holdbarhetstid. Nemnden har lagt til grunn en 10 års varighet ved kroner og broer. Denne varigheten mener hun må tilpasses etter hver enkelt pasients bruk og vedlikehold, og understreker viktigheten med å begynne med å dokumentere forhåndsinformasjon til pasienten.¹⁰²

Johansen anbefaler i tilfeller hun kaller ”håpløse” nærmere sagt pasienter som aldri blir fornøyd å revurdere eller avslutte behandlingen. Frykt for å bli innklaget er en av grunnene til at en lar enkelte tilfeller strekkes langt, men anbefaler å heller se på nemnden som et

¹⁰¹ Lena Johansen, 2006

¹⁰² Lena Johansen, 2006

hjelpemiddel. Ved pasienter som skifter tannleger ofte, mener hun tannleger bør være oppmerksom og utføre minst mulig på pasienten.

Hun stadfester tannlegeforeningens etiske regel angående uttale seg negativt om en annen kollegas arbeid. Dette mener hun bidrar til å fremme klage fra pasienten, og gir en anbefaling om å kontakte tidligere tannlege som har utført arbeidet, og se om det er en årsak til det arbeidet er blitt utført slik det er blitt gjort.¹⁰³

Estetikk er en viktig del av behandlingen som pasienten er subjektiv, og settes ofte høyt, det er da viktig at tannlegen har en god dialog med pasienten om hva resultatet som er ønskelig blir utført.¹⁰⁴

3 Kontraktsrett

3.1 Avtaleinngåelse og lojalitet

Ved utførelse av en tjeneste/arbeid mellom pasient og tannlege inngås det en eller annen form for avtale om at et arbeid/tjeneste skal utføres.

Hvordan en avtale kommer i stand kan arte seg noe forskjellig i de enkelte tilfeller.

Det er utsagnet i seg selv som skaper rettsvirkninger etter sitt innhold, slik at hvordan utsagnet fremkommer ikke har selvstendig betydning. Avtaler kan derfor inngås skriftlig eller muntlig, ved realhandlinger, konkludent atferd eller samtykkende passivitet. Hvor pasienten har en fast tannlege, vil ofte denne innkalle pasienten med jevne mellomrom for undersøkelse. Andre ganger er det pasienten selv som tar kontakt ved behov. Pasienten vet ofte ikke selv ved avtaleinngåelsen hvilken konkret behandling det er behov for, derfor vil tannlegen ha et informasjonsansvar overfor pasienten, for å informere om relevant arbeid som bør utføres. På denne måten kan en gjerne si at avtalen ”gror” frem etter hvert som tannlegen undersøker tannhelsen hos pasienten og finner ut av hva som må utføres. Pasienten som ikke har den samme faglige kompetansen på området som en tannlege, vil

¹⁰³ Lena Johansen, 2006

¹⁰⁴ Lena Johansen, 2006

da ofte stilltiende akseptere de behandlingsformer tannlegen anbefaler. Andre ganger er det heller ikke tale om forslag, men mer at tannlegen kun opplyser om et forhold og ytrer at han vil utføre en behandling på grunnlag av undersøkelsen. Pasienten vil da ikke anta at det foreligger noen alternativer og passivt samtykke i videre behandling. Arbeidet kan bestå av nødvendig utført tannpleie, og/eller tannpleie av mer kosmetisk art.¹⁰⁵

Forholdet mellom tannlege og pasient kan fremstå som et vanlig forbrukerforhold. Hvor den profesjonelle part, tannlegen på den ene side og forbrukeren, pasienten på den andre siden. Beskyttelsesspørsmålet står sterkt, men er ikke regulert direkte gjennom lovgivning. Styrkeforholdet mellom tannlegen og pasienten vil ofte være utslagsgivende for hvilke krav en pasient har mulighet for å fremme ved en feilbehandling. Pasienten har som nevnt ikke den faglige kompetanse på området, slik at det kan være vanskelig for denne å vite om behandlingen er forsvarlig og korrekt utført. Ei heller vil pasienten i de fleste tilfeller ha kunnskap om hvilke krav og hvordan disse fremmes, hvis pasienten er usikker på om behandlingen er riktig utført. Tannlegetjeneste er en allmenn og nødvendig tjeneste, som de fleste benytter seg av. Den største delen av tannlegenæringen er privatisert, og følger etter dagens praksis i hovedsak helselovgivningen. For at styrkeforholdet mellom tannlege og pasient ikke skal bli urimelig skjevt, er det en forutsetning at tannlegen overholder sin informasjonsplikt både i det konkrete tilfellet og på et generelt grunnlag. Tilsvarende ansvar har Tannlegeforeningen som sådan å motvirke skjevhet i styrkeforholdet og opplyse generelt om rettigheter og krav den enkelte pasient kan ha ved tannlegebehandling.

Tannlegeforeningens egne etiske regler som omhandler tannlegers forhold til hverandre kan komme i konflikt med de ulovfestede reglene om lojalitet i kontraktsforhold og motvirke at styrkeforholdet mellom partene minskes.

Som tidligere nevnt i pkt. 2.4, oppfordres tannleger til å støtte og hjelpe hverandre og ikke kritisere andres arbeid eller metoder foran pasienten. Hensynet bak reglene er lojalitet mellom utøverne i samme profesjon. Disse reglene for ”god bransjeskikk” og lojalitet mellom kollegaer må vurderes om lett kan misbrukes eller tolkes på en slik måte at de

¹⁰⁵ Viggo Hagstrøm 2003:83flg.

hindrer at pasienten får de opplysninger denne har krav på i sitt kontraktsforhold og dermed ikke får kunnskap om uriktig behandling eller økonomiske krav som kan stilles den ansvarlige tannlege ved mislighold.

Mange lovregler ved forbrukerforhold er begrunnet i lojalitetshensyn, det være seg opplysningsplikt ved avtaleslutning, frarådningsplikt og reklamasjonsregler. I tillegg til de lovfestede reglene antas det å gjelde et generelt ulovfestet prinsipp om lojalitet.¹⁰⁶

Partene har plikt til å opplyse hverandre om vesentlige forhold ved ytelsen når den annen part har grunn til å regne med å få slike opplysninger og unnlattelse av dette vil virke inn på avtalen. Dette er ikke et objektivt opplysningsansvar, men det avgjørende etter lojalitetsprinsippet er om parten kan klandres for sin opptreden. En tannlegekollega som ikke opplyser en pasient om tidligere tannlegers arbeider på pasienten som kan være kritikkverdige, kan lett komme til å opptre i strid med prinsippet.

Lojalitetsprinsippet er særlig fremhevet hva gjelder forbrukerbeskyttelse, og internasjonaliseringen av kontraktsretten har gitt prinsippet større vekt og relevans. Både i UNIDROIT Principles og EUs lovgivning er prinsippet anvendt i forbrukersammenheng. Prinsippet er ikke anvendt i CISG.¹⁰⁷

Tannlegeforeningens etiske regler om kollegial opptreden og lojalitet mellom dem vil kunne få negative følger for pasienten og dermed begrense denne parts rettigheter i en misligholdssituasjon, noe som igjen vil stride mot det generelle lojalitetsprinsippet.

3.2 Kontraktsforhold og mislighold

I et kontraktsforhold er det en forutsetning at det ligger en form for avtale til grunn mellom partene. Hvor en pasient oppsøker en tannlege for å få utført et arbeid, sjekker ut pris og kvalitet er det flere likhetstrekk ved en kontraktsinngåelse etter lovregulerte kontraktsforhold. I det daglige liv er det ikke vanlig å undertegne kontrakt, men en samtykker til en avtale ved blant annet påbegynnelse av arbeid. Dette skjer også ved utførelse av tannlegetjenester.

¹⁰⁶ Jo Hov, 2002:41, Rt.1984 s. 28

¹⁰⁷ Viggo Hagstrøm, 2003:73 for forklaring på det.

Hva skal til for at det forligger kontraktsbrudd og mislighold. For at det skal foreligge mislighold må det være en mangel ved utførelsen av arbeidet. Det må altså være et avvik fra riktig oppfyllelse. Misligholdet og avviket må også kunne tilbakeføres til et forhold tannlegen har risikoen for¹⁰⁸.

For tannlegetjenester er det ingen mal å følge slik det ofte er ved andre kjøpsrettslige forhold. Ved avtaleinngåelse har gjerne pasienten en forventning om hva resultatet skal bli enten ved tannhelseproblemer, eller ved mer kosmetiske tanntjenester. Avvik fra denne forventningen eller resultatet en er blitt forespeilet, må altså vurderes hvorvidt forholdet kan anses som kontraktsbrudd, og et mislighold av en slik betydning at pasienten kan fremme krav i den forbindelse.

En må se nærmere på tannlegetjenesten og vurdere om det er en resultatforpliktelse eller innsatsforpliktelse som foreligger i hvert enkelt tilfelle.¹⁰⁹

Det må skilles mellom begrepene i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold som forligger mellom en pasient og tannlege. Begrepene omhandler om en skal se på forholdet hvor det skal ytes et bestemt resultat, eller om det er nok at tannlegen gjør en faglig god innsats.

Er det innsatsforpliktelse som det er snakk om, er det sentrale at tannlegen har oppfylt den kontraktsmessige innsats for å oppnå resultat. Da må pasienten betale for tjenesten selv om det ikke oppnås et resultat.¹¹⁰ En pasient som vil bleke tennene, forventer et resultat at de skal bli hvitere, eventuelt tannlegen garanterer et resultat. I et slikt tilfelle må en si det er en resultatforpliktelse. Det samme må sies hvor pasienten har et hull i tannen, da er det et forventet resultat at det bores og tettes igjen.

Er det tale om forhold hvor det er vanskelig å kreve et resultat som ved store skader som er umulig å gjenopprette til tidligere stand, må forholdet være en innsatsforpliktelse. En kan trekke likhetstrekk ved oppdrag en advokat påtar seg for en klient. Her forplikter advokaten å yte en forsvarlig faglig innsats ved å forsvare klienten på en etisk og forsvarlig måte. Her har advokaten krav på salær selv om han ikke vinner saken for klienten.¹¹¹

¹⁰⁸ Jo Hov 2002:45flg.

¹⁰⁹ Viggo Hagstrøm 2003:115flg.

¹¹⁰ Viggo Hagstrøm 2003:115flg

¹¹¹ Viggo Hagstrøm, 2003:115

Reglene om uriktige eller bristende forutsetninger og avtalelovens § 36 og § 33 kan nok i enkelte tilfeller også anvendes ved feilbehandling ved tannlegetjenester, da spesielt i forhold til informasjonsansvar og opplysningsrisiko. Disse reglene vil ikke drøftes nærmere i denne sammenheng.

3.3 Misligholdssanksjoner

Misligholdssanksjoner i kontraktsretten er noe jeg vil trekkes en parallell linje til ved tannlegetjenester. Jeg vil ta for meg de enkelte misligholdssanksjoner og se hvorvidt de passer i forhold til tannlegetjenester og feilbehandling.

De alminnelige kontraktsrettslige prinsipper som anvendes på områder som ikke er lovregulert, er dels generaliseringer på grunnlag av tilsvarende regler som gjelder på mer begrensede anvendelsesområder og dels hensyn som det skal, kan eller bør legges vekt på. I juridisk teori er det diskutert hvorvidt en skal anse prinsippene for rettsregler som gir anvisning på en rettsfølge eller bare prinsipper som gir regler for hva slags momenter en bør legge vekt på.¹¹²

Når den nye loven hvor tannleger, som jobber både i det offentlige og det private, vil bli dekket under samme lov hva angår feilbehandling, vil behovet for å anvende ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper på tannlegebehandling være mindre. En annen sak er den økede bruk av tannlegetjenester for behandling av kosmetiske forhold. Så lenge kosmetisk tannpleie ikke er å anse som helsehjelp etter pasientrettighetslovens § 1-3 c) og pasientskadeloven dermed ikke kommer til anvendelse ved feilbehandlinger av denne art, kan de alminnelige kontraktsrettslige regler få en større relevans i disse tilfellene.

Flere av de alminnelige misligholdssanksjonene vil være mindre anvendelige på et kontraktsforhold som tannlegetjeneste. Disse vil derfor kort omtales.

Avhengig av om tannlegetjenesten defineres som en innsatsforpliktelse eller en resultatforpliktelse vil dette ha betydning for hvorvidt det kan fremmes misligholdssanksjoner og eventuelt hvilke som kan benyttes.

Kan man sammenligne tannlegetjenester med tilvirkningskjøp?

¹¹² Viggo Hagstrøm, 2003:66

Grensene her er uklare og omtvistelige, det avgjørende er om man legger vekt på tjenestens utforming eller på innsatsfaktorene. Ved vektlegging på utformingen må man se på om tjenesten er en massetjeneste eller om tjenesten bærer et individuelt preg. Ved individuelt preg må man se på om tjenesteyter står fritt til å velge behandling eller om det er pasienten som har bestemt det i forkant.¹¹³

3.3.1 Reklamasjon

Vilkårene for å fremme misligholdssanksjoner er som nevnt at det foreligger en mangel ved utførelsen av arbeidet tannlegen har risikoen for. Hva som er en mangel må avgjøres i forhold til kravene til den kontraktmessige ytelsen. Det at pasienten subjektivt er misfornøyd med tannlegens utførelse av arbeidet er ikke nok for å rette innsigelser om mislighold. Det må foreligge noen objektiv konstaterbare forhold som påviser dette. Avtalen mellom partene er den en tar utgangspunkt i for å vurdere om det foreligger et kontraktsbrudd på det tidspunkt riktig oppfyllelse skal ha funnet sted.¹¹⁴

I tillegg vil pasientens opplysningsplikt om vesentlige forhold av betydning for behandlingen ha innvirkning på om det kan hevdes det foreligger noe mislighold. Dette må imidlertid være forhold pasienten har forutsetninger for å vite har betydningen for behandlingen. Pasientens opplysningsplikt må ses i sammenheng med tannlegens utredningsplikt og opplysningsrisiko, slik at tannlegen ber pasienten på en klar måte å komme med forhold han anser har betydning ved en tannbehandling.¹¹⁵ Denne plikten kan skjerpes hvis tannlegen finner forhold som er av en mer spesiell karakter ved undersøkelsen. Samtidig kan funn av særegne forhold ved en tannbehandling medføre at tannlegen vil kunne ta forbehold om oppnådd resultat, -innsatsforpliktelse- da begrunnet i tilfellelets særegne forhold.¹¹⁶ I motsetning til spesifiserte forbehold i særskilte tilfeller, vil i utgangspunktet alminnelige forbehold ikke ha noen direkte innvirkning på pasientens

¹¹³ Viggo Hagstrøm, 2003:119

¹¹⁴ Viggo Hagstrøm 2003:314

¹¹⁵ Jo Hov, 2002:105 flg.

¹¹⁶ Viggo Hagstrøm, 2003:327

mangelsbeføyelser. Slike klausuler som på et generelt grunnlag brukes for å slippe unna misligholdsbeføyelser en pasient kan anvende, vil ikke beskytte tannlegene for ansvar. Dette er lovfestet i flere av forbrukerlovene på kontraktrettens område og er en lovfestning av tidligere rettspraksis, slik at prinsippet også gjelder på uregulerte områder¹¹⁷ Spørsmål om formkrav for reklamasjoner og reklamasjonsfrister og foreldelse vil ikke bli behandlet her. Reglene for forsinkelse vil heller ikke belyses, da en sjeldent vil forbinde feilbehandling med forsinkelse.

3.3.2 Krav på naturaloppfyllelse¹¹⁸

Hovedregel og utgangspunkt i kontraktsretten er at den som utsettes for et mislighold, kan kreve avtalen oppfylt. Krav på naturaloppfyllelse er egentlig ikke en misligholdsbeføyelse, da det følger av avtalen inngått mellom partene at den skal oppfylles.¹¹⁹

Avhengig av hva slags mislighold som foreligger, vil et krav om oppfyllelse ha ulike former. En kan ved mangelskrav kreve alternativt retting eller omlevering, prisavslag, eventuelt erstatning. Dette kravet kan en få dom på oppfyllelse, som kan tvangsfullbyrdes.¹²⁰ Fra dette utgangspunktet er det en del unntak.

For tannlegetjenester som hovedsakelig er en personlig arbeidsytelse, vil det i de fleste tilfeller ikke være aktuelt å få dom for naturaloppfyllelse. Det er i juridisk teori uttalt at tvangsmessig gjennomføring av en sådan avtale lett kan fremstå som et urimelig inngrep i den personlige frihet. Forarbeidene til håndverkertjenesteloven¹²¹ forutsetter at det kan kreves dom for ytelser i et slikt arbeidsforhold og at disse i prinsippet kan tvangsfullbyrdes.¹²² Dette er likevel også i den forbindelse lite aktuelt da den som har misligholdskravet ikke vil ha tillit til håndverkeren lengre, og heller vil velge heving av

¹¹⁷ Viggo Hagstrøm, 2003:329

¹¹⁸ Viggo Hagstrøm, 2003 fremstillingen bygger i hovedsak på kap.15

¹¹⁹ Viggo Hagstrøm 2003:364flg.

¹²⁰ Viggo Hagstrøm 2003:363

¹²¹ Lov av 16.juni 1989 nr.86

¹²² Ot.prp. nr.29(1988-89) s.30

avtalen. Tvangsmulkt kan under ingen omstendighet anvendes for å tvinge frem en avtale med personlig karakter, jf tvangsfullbyrdelseslovens § 13-14.¹²³

UNIDROIT Principles art. 7.2.2 d) utelukker naturaloppfyllelse ved ytelser av personlig karakter.

For tannlegetjenester er det viktig at pasienten har tillit til tannlegen. Har pasienten vært utsatt for feilbehandling, er gjerne ikke denne tilliten til stede lengre. En må likevel skille mellom feilbehandlinger som er av mindre alvorlig karakter og fatale feil.

Tilfeller hvor det foreligger en mindre mangel, som en korreksjon av sliping av en plombe, vil de fleste pasienter ikke ha noen motforestillinger å henvende seg til samme tannlege. Likedan i de tilfeller hvor tannlegen har behandlet en pasient i en årrekke, vil det være enklere å få avtalen gjennomført. Dette beror selvsagt på at tannlegen vil foreta denne arbeidsytelsen, da en ikke rettslig kan fremtvinge en slik løsning.

3.3.3 Retting og omlevering¹²⁴

Utgangspunktet i kontraktsretten er at retting kan kreves når det foreligger en mangel. Prinsippet er nedfelt i ulike forbrukerlover med enkelte variasjoner. Prinsippet anvendes også på kontraktsområder som ikke er lovregulert.

Foreligger et rettekraft, kan retting kreves uansett hva slags mangel det gjelder og det er heller ikke noe vilkår at mangelen er vesentlig. Det kreves heller ikke at en gjør mangelsbeføyelsen gjeldene mot, er ansvarlig for mangelen.¹²⁵

For tannlegetjenester er utgangspunktet at rettekraftet er underlagt de samme begrensninger som krav på naturaloppfyllelse. Nekter tannlegen å rette mangelen, vil alternativet være at pasienten krever sine meromkostninger dekket. Ved retting må en igjen skille mellom mangler som er enkle å rette og mangler som krever en større reparasjon og behandling.

¹²³ Lov av 26.juni 1992 nr.86

¹²⁴ Viggo Hagstrøm, 2003 fremstillingen bygger i hovedsak på kap. 16

¹²⁵ Jo Hov 2002:134

Enkle og lite kompliserte mangler som kan rettes uten at dette påfører pasienten større ubehag, vil gjerne utføres av behandlende tannlege.¹²⁶

Arbeidets karakter og avtaleforholdet forutsette en høy grad av tillit til behandlende lege. Skulle tilliten være svekket, vil retting være utelukket. Vanligvis innen kontraktsretten er utgangspunktet at foreligger det retteplikt, kan en også anta det foreligger en retterett.¹²⁷

Tannlegeytelsens karakter av personlig forhold og tillit, medfører at en ikke kan innta samme standpunkt i disse tilfellene.

Likedan kan en heller ikke anta det foreligger noen misforholdbegrensning ved tannlegeytelser. Vanligvis vil retteplikten begrenses hvor rettingen påfører retteren urimelige kostnader som står i misforhold til rettekravet. Ved tannlegetjenester som går direkte på pasientens person og helse, må en anta at utgangspunktet er at enhver mangel bør bli rettet uansett kostnad. Dette utgangspunktet bør ikke bare gjelde hvor rettingen av mangelen kan begrunnes i helsemessige årsaker, men også skjønnhetsfeil bør kunne rettes opp selv om kostnaden ved rettingen ikke står i forhold til mangelen isolert sett. Det er for de fleste individer viktig å ha et utseende en ikke skjemmer seg over. Er mangelen av en slik karakter at den kan ses av andre individer må dette være grunn nok til å få mangelen rettet uansett kostnad. Dette kan også underbygges av psykisk helseårsaker, da individer enkelte ganger får psykiske problemer ved skjemmende utseende forårsaket av feilbehandling.

Retting av mangler ved tannlegetjenester må antakelig på grunn av ytelsens personlige karakter, anses som en frivillig ordning som er basert på at både tannlege og pasient er interessert i videre samarbeid. Hvor dette ikke er tilfelle vil alternativet være at pasienten oppsøker annen tannlege for å få utbedret mangelen og opprinnelige tannlege er ansvarlig for behandlingsomkostningene.

Omlevering er i kontraktsretten bare aktuelt ved fungible ytelser.¹²⁸ Videre er omlevering underlagt de samme begrensninger som retten til å kreve naturaloppfyllelse. Det stilles i

¹²⁶ Viggo Hagstrøm 2003:375

¹²⁷ Viggo Hagstrøm 2003:389flg.

¹²⁸ Viggo Hagstrøm, 2003:395

tillegg et krav om at det er et vesentlig kontraktsbrudd i de fleste tilfellene, med unntak i forbrukerkjøpsloven. For tannlegetjenester blir spørsmålet om det i hele tatt er mulig å tale om omlevering og i så tilfelle foreligger det her et vesentlighetskrav.

Når en tannlegetjeneste er utført og det foreligger en mangel, vil det være vanskelig å definere endringsarbeidet som en ren omlevering. Faller en plombe ut av tannen og denne erstattes med en ny, kan en like godt se dette som retting. Hvor tannlegen har tatt avstøpning av tenner til skinner og denne likevel ikke passer pasienten, kan en kanskje tale om omlevering. En slik skinne kan erstattes med en ny avstøpning av tennene og ny skinne, slik at denne uten vanskeligheter kan tre i stedet for den andre. På den annen side er opprinnelige skinne spesielt utformet for pasienten, slik at tannlegen ikke kan bruke denne skinnen på andre pasienter og dermed ikke kan omsette denne, som en kan ved fungible ytelser.¹²⁹ Hvis en skal karakterisere det som en omlevering er spørsmålet om det gjelder et vesentlighetskrav i den sammenheng. Sett i lys av den nye forbrukerkjøpsloven¹³⁰, de personlige og helsemessige aspektene ved en tannlegetjeneste, er det mye som taler for at det ikke foreligger noe vesentlighetskrav. Likedan vil den uklare grensen mellom hva som kan defineres som omlevering og hva som er retting tilsi at et krav om vesentlig mangel i utgangspunktet ikke kan gjelde ved feilbehandling av en tannlegetjeneste eller kravet må lempes betraktelig.

3.3.4 Prisavslag

Prisavslag kan sammenlignes med erstatning. Prisavslag er ikke avhengig av subjektiv skyld hos motparten, ei heller avhengig av mangelen størrelse og betydning. Ved flere av de lovregulerte tilfellene om prisavslag er retten avhengig av at mangelen utgjør et verdiminus. Denne verdivurderingen er ulikt utformet i de ulike lovene. For tannlegetjenester hvor en mangel ved ytelsen da er relatert til pasientens eget legeme, vil antakelig reglene for verdivurdering etter pakkereiseloven og håndverkertjenesteloven passe bedre enn de rent kjøpsrettslige verdivurderingene. Målestokken for prisavslag etter

¹²⁹ Viggo Hagstrøm, 2003:119

¹³⁰ Lov av 21.juni 2002 nr.34

blant annet pakkereiseloven¹³¹ er en mer skjønnsmessig og subjektiv verdivurdering av mangelen. For tannlegetjenester kan en i enkelte tilfeller sette prisavslaget til det vil koste pasienten å få mangelen rettet, såfremt pasienten ikke allerede har betalt regningen eller utbedringen koster mer enn opprinnelig behandling. Andre ganger hvor mangelen er mer en skjønnhetsfeil som ikke har helsemessige bivirkninger, vil de kunne være aktuelt med prisavslag. Også i tilfeller hvor behandlingen er avsluttet og for eksempel bedøvelsen ikke har virket, kan prisavslag foretas. Her kan da prisavslaget settes til hva bedøvelsen faktisk kostet. I andre tilfeller hvor denne mangelen har medført lidelser for pasienten kan det være aktuelt i tillegg å gi kompensasjon for dette i form av et prisavslag for ikke-økonomisk tap. Dette kan også ses på som en form for erstatning som da både kan begrunnes etter prinsippet for prisavslag eller etter erstatningsrettslige regler på området. I praksis er ikke prisavslag en særlig benyttet misligholdsbeføyelse. Ved mer alvorlige feilbehandlinger vil det være mer aktuelt å anvende erstatningsrettslige regler.¹³²

3.3.5 Hevning¹³³

Hevning av en avtale kan kreves når det foreligger en vesentlig mangel. Hovedregel er at ytelsene blir tilbakeført, hvis oppfyllelse har skjedd. Hvis en krever hevning kan en ikke samtidig kreve oppfyllelse eller retting. Hevning utelukker imidlertid ikke erstatning. Vesentlighetskravet er ved hevning tilnærmeelsesvis det samme som ved omlevering. I de ulike kontraktsforhold kan likevel vesentlighetskravet vurderes ulikt, hvor det enkelte tilfeller vil være skjerpet, andre ganger lempet. Ved tilvirkningskontrakter og i arbeidsforhold ved avskjed etter arbeidsmiljøloven, foreligger det et skjerpet vesentlighetskrav. Det er uttalt i juridisk teori at dette er tendensen generelt for kontrakter med sterke innslag av personlige ytelser.¹³⁴

¹³¹ Lov av 25.august 1995 nr.57

¹³² Viggo Hagstrøm, 2003 kap.17

¹³³ Viggo Hagstrøm, 2003 fremstillingen bygger i hovedsak på kap.18

¹³⁴ Jo Hov 2002:153flg.

Disse uttalelsene kan imidlertid ikke direkte anvendes på tannlegetjenester. Det er ikke bare tannlegen som utfører en personlig ytelse, men ytelsen blir påført pasientens legeme og har enn mer karakter av personlig karakter for denne. Ved tilvirkningskontrakter og lignende er det hovedsakelig ”døde” ting som tilvirkes eller bearbeides. Dette trekker i retning av at et vesentlighetskrav ved tannlegetjenester i utgangspunktet bør lempes til fordel for pasienten helse.

Hevning av en avtale kan skje ex tunc eller ex nunc, tilbakevirkende eller fremover. For hevning ex nunc ved tannlegetjenester er aktuelt der det er avtalt videre fremtidig behandling. Ved en feilbehandling vil pasienten ofte ikke være interessert i å få videre behandling av denne tannlegen, selv som behandlingen gjelder annet arbeid enn behandlingen det anføres som feilbehandling. Siden forholdet er basert på tillit og grunnlaget for tilliten er borte, kan en ikke kreve at pasienten i slike tilfeller skal måtte fortsette hos samme tannlege. Det vil da heller ikke være aktuelt at pasienten betaler noen form for avbestillingsgebyr.

Et annet spørsmål er om pasienten kan heve avtalen også ex tunc, med retroaktiv virkning. Etter kontraktsrettslige regler er dette som hovedregel utelukket når ytelsen ikke kan tilbakeføres. Ved tannlegetjenester er det ganske åpenbart at det ikke er mulig for pasienten å tilbakeføre den ytelsen tannlegen har utført. Problemstillingen er da om pasienten likevel kan kreve hevning ved at formålet med tjenesten er vesentlig forfeilet. Hvor feilbehandlingen er en del av en større behandling tannlegen har tenkt å utføre, men det arbeidet som allerede er utført er mangelfullt og ny tannlege må utføre større behandlinger for å reparere mangelen, vil hevning ex tunc være aktuelt. Opprinnelig behandlende tannleges ytelse har da vært til ingen nytte for pasienten.¹³⁵

Ved enkeltstående behandling, som har medført mangler og feilbehandling, reises samme spørsmål. Tannlegen vil ikke kunne få sin ytelse tilbake. Spørsmålet er om hevningskravet likevel er i behold. Hovedregel er som nevnt tilbakeføring, men også de lovregulerte kontraktsområdene har unntak fra denne hovedregelen. Et unntak er tingens egen beskaffenhet eller andre forhold som ikke beror på kjøperen.¹³⁶ Ved en tannlegebehandling

¹³⁵ Viggo Hagstrøm 2003:437flg.

¹³⁶ Jo Hov 2002:175flg.

hvor det foreligger en mangel kan vel disse prinsippene anvendes analogisk eller være momenter som taler for hevning ved en feilbehandling uten restitusjonsmuligheter. Ved en hevning uten restitusjonsmuligheter er det på flere kontraktsområder oppstilt en regel om restitusjon av berikelse. Det skal betales et rimlig vederlag for den nytte en har hatt av ytelsen. Juridisk teori legger i begrepet ”nytte”, at det skal skje en netto-nyttevurdering. En skal da gjøre fradrag både for faktiske utgifter og ulemper av ikke-økonomisk art.¹³⁷ Pasienter som har blitt feilbehandlet vil ofte både de faktiske utgifter og det ikke-økonomiske tap langt overstige både berikelsen og hva som er betalt for ytelsen. Dermed vil ikke en berikelsesvurdering være særlig praktisk å anvende på feilbehandling ved tannlegetjenester. Hvis en pasient hever en avtale etter kontraktsrettlige prinsipper, vil pasienten ofte ha et tilleggskrav på erstatning. Av omtalte misligholdsbeføyelser vil retting være den mest anvendelige beføyelsen sammen med et subsidiært ansvar for tannleger for ansvarlige reparasjonsomkostninger ved feilbehandling. Ved vesentlige mangler ved feilbehandling vil hovedsakelig krav på erstatning være den prinsipale beføyelsen.

3.3.6 Erstatning¹³⁸

Erstatningsansvar er som øvrige misligholdsbeføyelser begrunnet i selve kontraktsbruddet. Hensynene bak reglene om erstatning i kontraktsforhold er omtrent de samme som erstatning utenfor kontrakt. Både prevensjonshensyn og reparasjonshensyn gjør seg gjeldende i begge tilfeller.

Jeg vil ikke gå inn på reglene og vurderingen av adekvat årsakssammenheng for rett til erstatning. Vilkåret om økonomisk tap nevnes i forbindelse med vurderingen av ikke-økonomisk tap og spørsmålet om erstatning for dette.

Hovedformene for ansvarsgrunnlag uaktsomhet og objektivt ansvar er også felles for erstatning i og utenfor kontrakt. For øvrig er det et skille ved skadetyper. Ved alminnelig erstatningsrett gjelder erstatning for skader på person og ting, -integritetskrenkelse. Den

¹³⁷ Jo Hov 2002:173flg.

¹³⁸ Viggo Hagstrøm, 2003 fremstillingen bygger i hovedsak på kap.19

skadevoldende handling er grunnlaget for erstatningskravet. Ansvar etter kontraktsbrudd er hovedsakelig et formuestap, ikke-integritetskrenkelse, og avtalen ved avtaleinngåelsen er grunnlaget for erstatningskravet.

Etter forbrukerkjøpslovens § 52 (2)a er det lovfestet at mangelsansvar ikke omfatter personskader. Dette antas å gjelde ved andre lovregulerte kontraktsområder også.¹³⁹

Det er likevel en uenighet i juridisk teori om dette også er gjeldende på andre kontraktsområder som ikke er lovregulerte. Erstatningsansvarsgrunnlagene er generelt i norsk rett basert på ulovfestet rett, slik at om en begrunner et ansvar i den ene eller andre regelen har mer betydning for struktur enn materiellrettslig betydning.

Hagstrøm nevner i sin bok i obligasjonsrett om grensetilfeller; ” Som eksempel på andre overgangstilfelle kan nevnes uhell ved tannlegebehandling, 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.”¹⁴⁰

Jeg vil av den grunn se på ansvarsreglene for erstatning i kontraktsforhold og i hvilken grad disse kan anvendes på feilbehandling ved tannlegetjenester.

Tidligere var ansvarsforholdet delt ved at det for generiske ytelser var et objektivt ansvar med unntak av force majeure og for individuelt bestemte ytelser gjaldt culpaansvaret. De siste ti-års lovgivning på kontraktrettsområde har lovfestet et ”nytt” ansvarsgrunnlag, og spesielt gjeldende i forbrukerlovgivningen, er det såkalte kontrollansvaret.

Den alminnelige erstatningsregelen i kontraktsforhold er uaktsomhet, - culpaansvar.

Problemstillingen er om det forelå en alternativ handlemåte og om misligholder burde valgt denne. Ved erstatning etter de alminnelige erstatningsregler og utenfor kontrakt er vurderingstemaet det samme, med en reservasjon. Ved en avtale har partene påtatt seg et særlig ansvar for oppfyllelse slik at dette kan innebære et skjerpet krav til aktsomheten. Når den som skal oppfylle en avtale ved realhandlinger kan karakteriseres som en profesjonell part, må en ta utgangspunkt i en profesjonell vurdering, hvor kravet til aktsomhet vil være

¹³⁹ Jo Hov, 2002:225flg

¹⁴⁰ Viggo Hagstrøm, 2003:451

skjerpet. Det er avviket fra forsvarlig handlemåte som betinger ansvar. Til grunn for vurderingen av forsvarlig handlemåte, legges et skjerpet bonus pater familias – målestokk til grunn, gjerne kalt profesjonsansvar. En legger da bransjens standarder for faglige forventninger til grunn og som gir føringer for hvilken innsats som kan kreves sett i sammenheng med de retningslinjer faglige normer gir.¹⁴¹

Ved feilbehandling av tannleger vil derfor tannlegeforeningens egne etiske regler og retningslinjer tillegges vekt ved aktsomhetsvurderingen. Tannlegeforeningens klagenemnd og de uttalelser denne kommer med vil også ha relevans. Videre må en legge vekt på de uttalelser Norsk Pasientskadeerstatning fatter og sist men ikke minst må domstolenes uttalelser ha betydelig vekt. Det er uttalt i eldre juridisk litteratur at kravet til forsvarlig atferd og de subjektive sider ved culperegelen, skal vurderes etter den praksis og erfaring den handlende faktisk har.¹⁴² Dette har gitt en del uklarheter omkring vurderingene, men er nå avklart av Høyesterett, jf Rt.1994 s.1430, som gjaldt en advokats ansvar for sin fullmektigs rådgivning. Høyesterett uttaler at; ” 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”. Det foreligger altså en streng aktsomhetsnorm, hvor de subjektive vurderinger ikke tar utgangspunkt i individuelle forutsetninger, men vurderes ut i fra det profesjonsområdet misligholder begir seg inn på. Såfremt øvrig vilkår for erstatning er oppfylt, som adekvat årsakssammenheng og økonomisk tap, vil disse reglene kunne anvendes som prinsipper eller momenter ved vurderingen av om det foreligger erstatningsplikt for feilbehandling ved tannlegetjenester.

Den andre hovedformen som ansvarsgrunnlag for erstatning, er objektivt ansvar, hvor ansvar ikke er betinget av skyld. I kontraktsretten har objektivt ansvar igjen blitt utformet noe ulikt som ansvarsgrunnlag med varierende fritaksunntak. Jeg vil kort omtale noen av ansvarsgrunnlagene utformet som objektivt ansvar som kan ha betydning ved feilbehandling i tannlegetjenester. Jeg vil imidlertid ikke gå inn på alle vilkårene som må være til stede for å kreve erstatning på et slikt grunnlag.¹⁴³

¹⁴¹ Viggo Hagstrøm 2003:452flg.

¹⁴² Peter Lødrup, 1995:139 flg

¹⁴³ Viggo Hagstrøm 2003:480flg.

Tidligere på kontraktrettens område gjaldt et objektivt ansvar, hvor ansvarsfrihet kun kunne påberopes ved objektiv umulighet for oppfyllelse.¹⁴⁴ I tillegg gjaldt ytterligere vilkår for ansvarsfrihet som at det måtte foreligge force majeure, altså ekstraordinære omstendigheter som måtte være svært vanskelig å overvinne. Dette var meget strenge krav, men terskelen ble senket blant annet ved innføringen av avtalelovens § 36. Objektivt ansvar med unntak av force majeure er i flere forbrukerlover på kontraktrettens område erstattet med kontrollansvaret. Rekkevidden av kontrollansvaret beror på en tolkning av de enkelte bestemmelser i forbrukerlovene, men for å få en regelharmonisering på kontraktsområdet, anvendes regelen i kjøpslovens¹⁴⁵ § 27 og dens forarbeider som utgangspunkt.

Kort om vilkårene for ansvarsfrihet ved kontrollansvar er at det må foreligge en hindring utenfor misligholders kontroll, hvor hindringen ikke med rimlighet kunne tas i betraktning eller var mulig å overvinne. Det er diskutert i juridisk litteratur om dette kontrollansvaret nå er et gjeldende prinsipp også på andre kontraktsområder.¹⁴⁶

For generiske ytelser er det enighet om dette, men i forhold til specieytelser er det ennå en viss diskusjon. Enkelte specieforpliktelser som for eksempel etter husleieloven har inntatt kontrollansvar som ansvarsgrunnlag. Likevel blir det fremdeles hevdet i juridisk teori at ved avtaler som gjelder innsatsforpliktelse og hovedsakelig er en personlig tjenesteytelse, vil ikke kontrollansvaret gjelde, men et uaktsomhetsansvar. For resultatsforpliktelser med innslag av personlig ytelse kan ansvarsgrunnlaget være kontrollansvar. Ved feilbehandling i tannlegetjenester er det derfor usikkert om prinsippene om kontrollansvar kan anvendes. Kontrollansvaret ved en mangelsituasjon, i motsetning til forsinkelsessituasjoner reiser flere tolknings spørsmål. På ulovfestede kontraktsområder foreligger det individuelle variasjoner og reguleringer av ansvarsgrunnlaget, men for tannlegetjenester vil det nok være sikrere å bygge på et culpaansvar med en profesjonell aktsomhetsnorm etter dagens rettsstilstand.

¹⁴⁴ Jo Hov, 2002:180 flg

¹⁴⁵ Lov av 13. mai 1988 nr.27

¹⁴⁶ Jo Hov, 2002:207 flg

Hvor tannlegen har garantert et resultat ved en behandling, kan tannlegen bli objektivt ansvarlig.¹⁴⁷ Avvik fra garanti vil alltid medføre at en kan gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende ved en mangel. Det er likevel ikke ubetinget at det foreligger objektivt ansvar ved enhver garanti.¹⁴⁸ Jeg vil imidlertid ikke drøfte garanti og tilsikringsansvar nærmere, da dette ikke er særlig praktisk for tannlegetjenester.

For ansvarsgrunnlaget, ulovfestet objektivt ansvar, har Høyesterett slått fast erstatning på ulovfestet objektivt grunnlag ved virksomheter som har et stadig og særpreget risikomoment, ikke rammer legevirkomheten. I Rt 1978/482 uttale retten følgende: "Faren for komplikasjoner vil man ved alvorlige inngrep alltid stå ovenfor, og risikoen for slike komplikasjoner anses det forsvarlig å løpe når man sammenholder den med den fare selve sykdommen innebærer(...) det må være en lovgivningsoppgave å vurdere om objektivt ansvar skal innføres for komplikasjoner som behandling av syke har medført."

Det er i senere tid også blitt stadfestet i en dom avsagt av Høyesterett i 1990¹⁴⁹

Ved erstatning som følge av feilbehandling ved tannlegetjenester, er det en rekke vilkår som må være oppfylt for å oppnå erstatning. Før pasientskadeerstatningsloven trådte i kraft var det skadeerstatningsloven¹⁵⁰ som ga hjemmel for erstatning. Nå som pasientskadeloven hjemler objektivt ansvar, og hvor tannlegen er ansvarssikret gjennom det offentlige, gjelder andre erstatningsansvarsgrunnlag tannleger som ikke inngår under pasientskadeloven, som det alminnelige culpaansvaret.

Prinsippene i kontraktsretten som gjelder erstatningsansvar kan anvendes hva gjelder culpaansvar på feilbehandling i tannlegetjenester. For objektivt ansvar er reglene om kontrollansvar etter dagens rettstilstand fremdeles tolket som for positivtrettlige å anvende på feilbehandling i tannlegetjenester hva gjelder ytelser som defineres som innsatsforpliktelser.

¹⁴⁷ Knut S. Kjølstad, advokat i Den norske tannlegeforening, klage på tannbehandling, 2. januar 2007

¹⁴⁸ Jo Hov, 2002:196

¹⁴⁹ Rt 1990/768

¹⁵⁰ Lov av 13.juni 1969 nr.26

En må i disse tilfellene anvende reglene for objektivt ansvar etter pasientskadeerstatningsloven. Når også private tannleger blir dekket under denne loven en gang i fremtiden, vil en få et mer harmonisert regelverk.

3.3.7 Erstatningsgrunnlag utenfor kontraktsretten

Jeg vil kort omtale andre erstatningsgrunnlag, som kan ha betydning for en pasient som er utsatt for feilbehandling og som ikke dekkes under pasientskadeerstatningsloven.

Skadeerstatningslovens § 2-1 hjemler erstatningsansvar på objektivt grunnlag som ved pasientskadeerstatningsloven. Her er arbeidsgiver ansvarlig for handlinger utført av de ansatte. Det kan være en enkelt skade, flere skader som hver for seg ikke oppfyller kravet til uaktsomhet, men til sammen vil være tilstrekkelig, eller en kan ikke påvise hvem som har utført den skadelidende handlingen hos arbeidsgiver.¹⁵¹

Ved informasjonsansvar vil det inntre erstatningsansvar hvis det kan påvises at det er sannsynlig at skaden ville vært unngått, hvis informasjon som det hevdes er vesentlig og relevant, er fraværende. I Rt 1993/1169 kom retten frem til at det ved informasjonsansvar hvor skadefølger ikke er å anse som overveiende sannsynlige, selv om det er en risiko for skade tilstede, ikke ga grunnlag for erstatning.¹⁵²

3.3.8 Tap av økonomisk og ikke-økonomisk art

Jeg skal kort omtale mulighetene for å få dekket de ulike tapene oppstått ved en feilbehandling.

For å få erstattet økonomisk tap må pasienten være påført en skade som har medført et økonomisk tap. Det kan være tap i form av inntekt, fremtidig erverv, utgifter til operasjoner og lignende, utgifter til medisiner, eller tap av forsørger noe som inngår under økonomisk tap. Er det oppnådd fordeler gjennom skaden kan disse komme i fradrag, som ved en trygdeytelse. Videre detaljer om utmåling vil ikke behandles.

¹⁵¹ Bente Ohnstad, 1995:32

¹⁵² Bente Ohnstad, 1995:35

Ikke- økonomiske tap kan kreves dekket gjennom skadeerstatningslovens § 3-2, menerstatning, som skal erstatte det tap pasienten har hatt ved betydelig og varig skade som følge av mindre livsutfoldelse og livsnytelse.¹⁵³

Er skaden voldt grovt uaktsomt eller forsettelig kan pasienten kreve oppreisning etter skl. § 3-5. Det er videre et vilkår om at skaden voldt ”tort og smerte og annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art”.¹⁵⁴

Jeg vil ikke gå nærmere inn på disse erstatningsreglene, men det er ganske klart at det i praksis ikke er lett å få full erstatning for alle tap og personlige lidelser en feilbehandling ved en tannlegetjeneste kan medføre.

4 Avslutning

4.1 Tannlegepasienters rettstilling.

Tannlegetjenester er en tjeneste flertallet av borgerne i Norge vil ha behov for en eller flere ganger gjennom livet.

Rettsutviklingen på området har gått i retning av at flere forhold vedrørende pasienters rettigheter ved tannlegetjenester, nå er lovfestet og nye regelverk er under utarbeidelse.

Som tidligere nevnt kan det være vanskelig å trekke grensen mellom privat og offentlig utøver av tannlegetjenester etter dagens lovgivning. Feilbehandling rammer pasienten like sterkt uansett hvem som har utført arbeidet. De ulike erstatningsgrunnlagene etter dagens lovgivning kan medføre at det er tilfeldigheter som bestemmer hvor sterkt vernet pasienten er og hvor stor erstatning som utbetales. Når også private aktører blir dekket under ansvarsreglene etter pasientskadeerstatningsloven, vil en få en mer helhetlig og harmonisert regelverk.

Spørsmålet er om det i tillegg kan være behov for ytterligere regelverk som beskytter pasientene på et generelt grunnlag mot mangelfull tannlegetjenester. Vern om forbrukere

¹⁵³ Peter Lødrup, 1995:425 flg

¹⁵⁴ Peter Lødrup 1995:434flg.

har vært viktig for lovgiverne de siste tiårene, men på områder hvor forbrukere har behov for tjenesteytelser som rettes mot eget legemet, er lite lovregulert om konkrete forhold. Her er en nødt til å rette blikket mot de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og vurdere om disse kommer til anvendelse i det enkelte tilfellet. Dette vanskeliggjør pasienters muligheter for å kjenne sin rettstilling for hvilke rettigheter og krav en har ved de enkelte behandlinger.

Tannlegetjenester blir ikke bare benyttet til nødvendig helsebehandling, men er av flere og flere individer en tjeneste som benyttes for å endre på forhold av mer estetisk art, kosmetisk tannpleie. For slike tilfeller som også gjør seg gjeldende ved annen "helsereelatert" behandling, som botoxinjeksjoner, liposculptur, sminketatovering, hudsliping, er et helt nytt marked hvor flere rettlige problemstillinger kan reises. Feilbehandlinger kan her lett oppstå og informasjon og opplysningsplikt er vel så viktig ved slike tilfeller. Rettslig regulering av rettigheter og plikter for slike tilfeller kan det bli behov for.

Et siktemål kan være å oppnå en mer forbrukervennlig lovgivning, som gjør det enklere for pasienter å forstå seg på lovverket og vite hvilke rettigheter og krav en har ved den enkelte behandling.

Et annet spørsmål er om det offentlig bør ha et tannhelsetilbud til Norges befolkning, slik en har for legetjenester ved fastlegeordningen? Forebygging av helseskader ved helsetjenester som subsidieres av det offentlige har siden 1900-tallet vært økende. Det vil hele tiden være en avveining mellom befolkningens behov og tilgjengelige økonomiske ressurser for hvilke ytelser som skal dekkes av det offentlige.

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) er inkorporert i norsk rett og har forrang ved motstrid ved nasjonale regler, jf menneskerettighetslovens¹⁵⁵ § 3.¹⁵⁶ Det kan diskuteres om ØSK art 12, om retten til den høyest oppnåelige helsestandard og kravet om en velferdsmessig minstestandard, kan brukes som argument for å gi den voksne befolkningen i Norge et tilbud om tannlegetydelser dekket av det offentlige på lik linje som for annen nødvendig helsehjelp som dekkes av staten.

¹⁵⁵ Lov av 21.mai 1999 nr.30

¹⁵⁶ Jussens Venner, 2006,vol 41, s 36 flg

Retten til helsetjenester er under stadig udvikling. Det være aktuelt med en behovsprøvet ordning for tannlegebehandling i første omgang.

Hvorvidt tannlegeytelser blir en rettighet som befolkningen har et rettkrav på, beror som nevnt på befolkningens behov, velferdsstatens ressurser og lovgivers vilje.

Litteraturliste

Bøker:

Aronsen, Espen. *Pasienters rettstilling etter lov om tannhelsetjenesten*. Oslo, 1992.

(Institutt for offentlig rettskriftserie; nr 4/1992)

Befring, Anne Kjersti. *Helsepersonelloven – med kommentarer*. 2. utg. Bergen, 2001

Boe, Erik. *Innføring i juss*. Oslo, 1996

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære* 5 utgave 2001, 5.utg. Oslo.

Hagstøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 3. utg. Oslo, 2004

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

Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte*. 2. utg. Oslo, 2002

Kjønstad, Asbjørn. *Helserett: pasienters og helsearbeideres rettstilling*. Oslo, 2005

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 3. utg. Oslo 1995

Ohnstad, Bente. *Helsepersonellens juridiske ansvar*. Oslo, 1995

Prosjektutgave:

Lena, Johansen. *Klagesaker i protetik. Håndbok om pasientklager og hvordan disse er blitt vurdert av Oslo Tannlegeselskaps klagenemnd 1999-2003*. Prosjektoppgave, spesialutdanning i protetik og bittfunksjon. Institutt for klinisk odontologi. Universitetet i Oslo.

Lover:

Avtaleloven – lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
31.mai 1918 nr 4

Forbrukerkjøpsloven - lov om forbrukerkjøp, av 21. juni 2002 nr 34

Forvaltningsloven - lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker, av 10. februar 1967

Helsepersonelloven - lov om helsepersonell m.v 2. juli 1997 nr 64
Håndverkertjenesteloven – lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere, av 16.juni 1989 nr 86
Kjøpsloven – lov om kjøp, av 13.mai 1988 nr 27
Kommunehelsetjenesteloven - lov om helsetjenesten i kommunene, av 1982 nr 66
Menneskerettighetsloven – lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, av 21.mai 1999 nr 30
FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) av res.2200 A (XXI) 16.desember 1966
Pakkereiseloven – lov om pakkereiser og reisegaranti, av 25 august 1995 nr 57
Pasientrettighetsloven - lov om pasientrettigheter, av 2. juli 1999 nr 63
Pasientskadeerstatningsloven – lov om erstatning ved pasientskader mv, av 15.juni 2001 nr 53
Skadeserstatningsloven – lov om skadeserstatning, av 13. juni 1969 nr 26
Spesialisthelsetjenestelov - lov om spesialisthelsetjenesten m.m., av 2. juli 1999 nr 61
Tannhelsetjenesteloven – lov om tannhelsetjenesten, av 3.juni 1983 nr 54
Tvangsfullbyrdelsesloven – lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring, av 26.juni 1992 nr 86

Forarbeider:

NOU 1992:6 Erstatning ved pasientskader
NOU 1993:33 Helsepersonells rettigheter og plikter
NOU 2005:11 – Det offentlige engasjement på tannhelsefeltet
Ot. prp. nr 13 (1998-1999) Helsepersonell m v. (Helsepersonelloven)
Ot. prp. nr 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (Pasientrettigheter)
Ot. prp nr 49 (1982-1983) Lov om tannhelsetjenesten
Ot.prp. nr. 29(1988-89) Om lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere

Rettsavgjørelser:

Rt. 1994/1430

Rt. 1984/28

Rt. 1990/768

Rt. 1993/1169

Rt. 1978/482

Forskrifter:

FOR 2000-12-21 nr 1386: Forskrift om krav om tillatelse til bruk av lystgassanalogi ved tannbehandling.

FOR 1996-06-01 nr.122: Forskrift om prisopplysning ved tannlegetjenester m.m.

FOR 2004-06-01 nr. 922 Forskrift om begrensning i bruk av helse- og miljøskadelige kjemikalier og andre produkter (produktforskriften)

Artikler:

Kritisk juss 2004, Bente Ohnstad: *Prosessuell rettsikkerhet, internkontroll og kvalitetssikring i helse- og sosialtjenesten*

Knut S. Kjølstad, *klage på tannbehandling*, tilsendt skriv fra advokat i NTF.

Jussens Venner, *Minstestander og universalitet i norsk helse- og sosialrett, sett i lys av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter*. Hefte 1, 2006

Elektroniske kilder:

Stortinget, odelstinget, midlertidig møtereferat den 6. mars 2007. www.stortinget.no

Tannlegeforeningen.no

tenneroghelse.no

safh.no

folkevalgt.no

5 Vedlegg

Vedlegg 1. Praksis fra Oslo Tannlegeselskap.

Vedlegg 2. Praksis fra Oslo Tannlegeselskap.

Vedlegg 3. Praksis fra Oslo Tannlegeselskap.