

MARKEDSFØRING AV ALTERNATIV BEHANDLING



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 562

Leveringsfrist: 25. november 2009

Til sammen 17 120 ord

25.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oversikt over oppgaven - avgrensning	1
1.2	Rettskilder	2
<u>2</u>	<u>DE KRYSSENDE HENSYNENE FOR DEN RETTSLIGE REGULERINGEN AV ALTERNATIV BEHANDLING</u>	<u>4</u>
2.1	Alminnelig handlefrihet som et rettslige utgangspunkt	4
2.2	Hensynene til innskrenkninger i handlefriheten	4
2.2.1	Hensynet til pasientenes valgfrihet	5
2.2.2	Beskyttelseshensynet	7
<u>3</u>	<u>MARKEDSFØRING AV ALTERNATIV BEHANDLING - DEN RETTSLIGE REGULERINGEN</u>	<u>10</u>
3.1	Innledning	10
3.2	Personell avgrensning	11
3.3	Begrepsbruk og saklig avgrensning av alternativ behandling	12
3.3.1	Når er behandlingen «alternativ»	13
3.3.2	Helserelatert behandling	15
3.3.3	Helserelaterte behandlinger i grenseland	18
3.4	Kravene til markedsføring	25
3.4.1	Bakgrunnen for den spesielle markedsføringsregelen	25
3.4.2	Markedsføring	26
3.4.3	Nøktern og saklig markedsføring av virksomhetens art	31
3.4.4	Nøktern markedsføring	33
3.4.5	Saklig markedsføring	37

3.4.6	Rettstilstanden dersom det foreligger vitenskaplig dokumentert effekt.	49
<u>4</u>	<u>VURDERINGER AV DEN RETTSLIGE REGULERINGEN</u>	<u>54</u>
4.1	Den alternative behandlingsvirksomhetens markedsføringsbegrensning - oppfylles hensynene?	54
4.2	Om den videre utviklingen av andre utenomrettslige virkemidler	56
4.2.1	Forskning	56
4.2.2	Det norske helsevesenets holdninger til alternativ behandling	58
4.3	Den videre utviklingen når det gjelder kravene til markedsføringen	59
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>60</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>

1 Innledning

1.1 Oversikt over oppgaven - avgrensning

Denne oppgaven omhandler kravene til markedsføring av alternativ behandling etter lov om alternativ behandling av sykdom mv. av 27. juni 2003 nr. 64 (heretter albhl.) § 8 sjette ledd:

Den som tilbyr alternativ behandling, kan i sin markedsføring kun gi en nøktern og saklig beskrivelse av virksomhetens art.

Oppgavens del 2 gir en redegjørelse for de kryssende hensynene til loven som helhet. Disse hensynene gjenspeiler de spesielle markedsføringsreglene, og er relevante for tolkningen av bestemmelsenes innhold. De nærmere hensynene bak de spesielle kravene til markedsføringen av alternativ behandling, kommer til uttrykk i den delen av oppgaven som omhandler selve markedsføringskravene. Oppgavens del 3 redegjør for det rettslige innholdet av alternativ bransjens markedsføringskrav. I forbindelse med drøftelsen av dette er det flere problemstillinger som reiser seg. For det første trengs det en avklaring av hva som ligger i begrepet alternativ behandling. Dette spørsmålet drøftes under punkt 3.3 følgende. I punkt 3.4 redegjøres det for begrepet markedsføring i denne sammenheng, og hva som ligger i henholdsvis begrepene nøktern, saklig og virksomhetens art. I del 4 foretas en vurdering av markedsføringskravene, med hovedvekt på om hensynene til albhl. og til de spesielle markedsføringsreglene kan sies å bli ivaretatt gjennom reguleringen. Videre redegjøres det også for andre utenomrettslige virkemidler som kan bidra til å ivareta hensynene til markedsføringskravene, herunder forskning og integrering av alternativ behandling innenfor helsevesenet, og hvilke utfordringer det er på disse feltene. Del 5 gir en avsluttende sammenfatning av oppgavens problemstillinger, drøftelser og vurderinger.

Oppgaven avgrenses til å gjelde rettsregelen om markedsføringskravene av alternativ behandling. Andre bestemmelser i albhl. vil det ikke redegjøres for, men enkelte nevnes der det er naturlig for oppgavens hovedtema. Oppgaven avgrenses også mot andre markedsføringsregler, foruten at det foretas en kort sammenligning med markedsføringskravene til det etablerte helsevesenet under punkt 3.3.2.

1.2 Rettskilder

Det er begrenset med rettskilder for reglene om markedsføring av alternativ behandling. Det naturlige utgangspunktet er markedsføringsbestemmelsen slik den er utformet i lov om alternativ behandling § 8 sjette ledd. Denne endrer og opphever den tidligere bestemmelsen i lov om innskrenkning i adgangen for den som ikke er helsepersonell til å ta syke i kur (Kvaksalverloven) av 19. juni 1936 nr. 9 § 2. Den nye alternativ behandlingsloven søker å gi et mer moderne regelverk, og en mer detaljert rettslig regulering av området. Av den grunn er markedsføringsbestemmelsene i Kvaksalverloven til lite hjelp som rettskilde, da den ikke sier stort mer enn dagens regulering. Jeg vil dermed ikke komme mer inn på den tidligere lovreguleringen.

I tillegg til lovteksten er det med hjemmel i albhl. § 8 syvende ledd, gitt forskrift om markedsføring av alternativ behandling¹ (heretter kalt markedsføringsforskriften) med merknader² (heretter kalt merknader til markedsføringsforskriften).

Markedsføringsforskriften med merknader har i stor grad samme innhold og kan se ut til å være skrevet på bakgrunn av lovens forarbeider³, som også er sentrale rettskildefaktorer for det nærmere innholdet av markedsføringsbestemmelsen.

¹ FOR 2003-12-11 nr 1501: Forskrift om markedsføring av alternativ behandling av sykdom

² Merknader til forskrift 11. desember 2003 nr. 1505 om markedsføring av alternativ behandling av sykdom.

³ NOU 1998:21 og Ot.prp. nr 27 (2002-2003)

Rettspraksisen som foreligger, er gammel og fra tiden da Kvakksalverloven var gjeldende. Den har fortsatt relevans som rettskildefaktor, men dens vekt må vurderes ut fra blant annet at det nå er en endret forståelse for og økt åpenhet for alternativ behandling enn tidligere.

Det foreligger ingen saker for domstolene om markedsføring av alternativ behandling etter at den nye loven trådte i kraft. Det kan være ulike årsaker til at det foreligger lite rettspraksis på dette området. En årsak kan være at eventuelle saker løses av Forbrukerombudet.⁴

Dersom det ikke lykkes å finne en frivillig ordning mellom den alternative utøveren og Forbrukerombudet, kan saken sendes inn for Markedsrådet jf. lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (mfl.) av 9. januar 2009 § 35 og 38.⁵ Siden albhl. trådte i kraft i 1. januar 2004, har kun én sak vært oppe for Markedsrådet angående markedsføring av alternativ behandling.

Videre foreligger det ingen juridisk litteratur utenom en kommentarutgave til loven.⁶ Bokens forfatter har medvirket til lovens utforming ved å være tidligere medlem av Aarbakke-utvalget, som utredet og nedtegnet NOU 1998:21. Boken er dermed i stor grad skrevet på bakgrunn av de relevante forarbeidene.

Jeg har ikke funnet noen relevante etterarbeider av betydning for tolkning av bestemmelsen. Fremstillingen avgrenses mot utenlandsk og internasjonal rett.

⁴ Det ligger under Forbrukerombudets kompetanse med å føre kontroll med markedsføringen av alternativ behandling jf. markedsføringsforskriften § 6 jf. lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (mfl.) av 9. januar 2009 nr. 2. Forbrukerombudet skal informere og rådgi om regelverket til de næringsdrivende. Forbrukerombudet har også kompetanse til å forhandle med utøverne for å komme fram til frivillige løsninger. Forbrukerombudet foretar tilfeldige kontroller, og sender ut advarsler til utøverne som overtrer reglene om markedsføring. Det har vært få saker, og de fleste sakene har resultert i frivillige ordninger hvor utøveren har tilpasset markedsføringen etter Forbrukerombudets advarsel.

⁵ Markedsrådet er et forvaltningsorgan som har kompetanse til å fatte enkeltvedtak om lovstridig markedsføring jf. mfl. § 39.

⁶ Befring (2005)

2 De kryssende hensynene for den rettslige reguleringen av alternativ behandling

2.1 Alminnelig handlefrihet som et rettslige utgangspunkt

Som et utgangspunkt for samhandling mellom mennesker privat og profesjonelt, gjelder en alminnelig handlefrihet. Fra dette utgangspunktet finnes det imidlertid generelle bestemmelser som begrenser denne friheten. Herunder kommer blant annet regler som regulerer forbrukervern og straffelovens bestemmelser til beskyttelser mot psykiske og fysiske integritetskrenkelser mm.⁷ Ved utarbeidelsen av albhl. var det en forståelse for at de generelle minimumsreguleringene ikke kunne sies å gi tilfredstillende rammer for alternativ behandlingsvirksomhet. I forarbeidene uttales følgende:

«En slik løsning innebærer å legge avgjørende vekt på folks rett til selv å bestemme over sine liv, herunder sin pengebruk og hvilken helsemessig risiko de ønsker å utsette seg for. Hensynet til å beskytte pasienten kan imidlertid tilsi at det gjøres visse særlige innskrenkninger i handlingsfriheten på dette området.»⁸

2.2 Hensynene til innskrenkninger i handlefriheten

Albhl. § 1 angir formålet med selve lovreguleringen av alternativ behandling:

Lovens formål er å bidra til sikkerhet for pasienter som søker eller mottar alternativ behandling samt å regulere adgangen til å utøve slik behandling.

En av problemstillingene ved etableringen av loven var å få et regelverk som ivaretok to sentrale hensyn.⁹ På den ene siden, ønsket om et regelverk som ivaretar pasientens frihet med hensyn til valg av behandlingsform, men som samtidig på den andre siden setter

⁷ NOU 1998:21 s. 323

⁸ NOU 1998:21 s. 323

⁹ En annen utfordring var å finne frem til en rettslig regulering som passer i forhold til hele det saksfeltet som loven burde omfatte.

begrensninger i yrkesutøvelsen til alternative behandlere med begrunnelse i pasientens behov for beskyttelse.¹⁰ For øvrig nevnes også hensynene til god folkehelse, godt helsetjenestetilbud og hensiktsmessig samfunnsøkonomisk utnyttelse.¹¹

Det er altså hensynet til pasienten som står i sentrum. Slik er pliktobjektene etter loven de alternative utøverne. Det redegjøres mer om de to kryssende hensynene henholdsvis i punkt 2.2.1 og 2.2.2. Det er hensynet til beskyttelse av pasienter som begrunner selve markedsføringsregelen jf. markedsføringsforskriften § 1. I det følgende redegjøres det imidlertid også for hensynet til pasientens valgfrihet. Begrunnelsen for å innta dette hensynet i framstillingen er for å gi et helhetlig perspektiv på regelverkets formål. Dette er også relevant som bakgrunnsforsåelse for vurderingsdelen i oppgavens del 4.

2.2.1 Hensynet til pasientenes valgfrihet

Hensynet til pasientens valgfriheten må sees som et uttrykk for to ting. For det første fordi selvbestemmelsesrett over egen helse ansees som en verdi i seg selv. For det andre er det en økende bruk av ulike alternative behandlingsmetoder.

Selvbestemmelsesretten over egen helse er blitt tillagt større vekt i de senere årene, og kommer nå til uttrykk i lov om pasientrettigheter (pasrl.) av 2. juli 1999 nr. 63 kapittel 4. Pasrl. § 4-1 slår fast hovedregelen om at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke. Pasrl. gjelder imidlertid ikke i forholdet mellom en alternativ utøver og en forbruker, men gjenspeiler holdninger til sykebehandling.

Den økende bruken av alternative behandlingsmetoder kan belyses gjennom to undersøkelser, hvorav den siste undersøkelsen ble foretatt av Aarbakke-utvalget

¹⁰ Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) s. 114

¹¹ NOU 1998:21 s. 305

I en undersøkelse fra 1977 oppga i underkant av en femtedel at de hadde benyttet alternativ behandling, mot i 1997 hvorav en tredjedel oppga at de hadde benyttet seg av alternativ behandling.¹² Blant de som ikke hadde benyttet seg av alternativ behandling, svarte to tredjedeler at de kunne tenke seg å gjøre det.¹³ Under punkt 4.2.2 vises det også til tilsvarende undersøkelser foretatt etter at albhl. trådte i kraft.

Økt oppslutning rundt alternativ behandling, og verdien av å velge sin egen medisinske fremtid, støtter opp under hensynet til befolkningens valgfrihet til egen helsehjelp.

Valgfriheten over egen helse har imidlertid to sider. På den ene siden kan muligheten til selv å bestemme utløse et positivt engasjement og ansvarsfølelse over egen helse. Dette kan gi pasienten krefter som kan ha positiv innvirkning på helbredelse. På den andre siden kan valgfriheten ha en omkostningside. Friheten åpner opp for at pasienten kan velge en alternativ behandling som kan koste dyrt. Med dette siktes det til de situasjoner hvor behandlingen ikke har virkning slik som forventet eller pasienten rett og slett er blitt utnyttet. En person som er syk, kan være i en slik sårbar situasjon at han er lettere å overbevise om at en type behandling skal være redningen. Personen kan ha mindre forutsetninger for å vurdere konsekvensene av valg av behandling når han er i en sårbar, og til og med desperat situasjon. Dette kan føre til uønskede medisinske og økonomiske resultater. Balansegangen mellom valgfrihetens positive side og den uønskede siden, er blitt tillagt stor vekt under utarbeidelse av loven.

Det er to viktige forutsetninger for at valgfriheten skal være mest mulig reell. For det første er det viktig at pasienten sikres best mulig informasjon til å basere valget sitt på.

¹² NOU 1998:21 s. 135

¹³ NOU 1998:21 s. 147

Informasjonsgrunnlaget valget baseres på, skal være mest mulig forståelig og sannferdig.¹⁴

For det andre må de alternative utøverne gis mulighet til å etablere seg på markedet. Etableringsfriheten for behandlere er et hensyn som ønskes ivaretatt. Ved å opprettholde etableringsfriheten, vil det resultere i å la bransjen blomstre og igjen bidra til økt kunnskap og erfaring om folks helse ved utprøving av nye alternative metoder. Dette bidrar indirekte til pasientens valgfrihet over egen helse.

Valgfrihetshensynet er ikke direkte kommet til uttrykk i lovens formålsbestemmelse . Bestemmelsen angir som formål å «regulere adgangen til å utøve slik behandling» jf. albh. § 1. Valgfrihetshensynet søkes dermed oppfylt fra et utgangspunkt om etableringsfrihet for alternative utøvere, til videre rettslig regulering av området. Gjennom regler om blant annet registerordningen¹⁵ og om markedsføringskrav tilsiktes en opprydning i bransjen for å skille ut de useriøse utøverne. Ved å skille ut de useriøse utøverne er ønsket om at valgfriheten i økt grad vil kunne baseres på et tryggere valggrunnlag.

2.2.2 Beskyttelseshensynet

Ovenfor nevnte hensyn om valgfrihet må veies opp mot hensynet til beskyttelse og sikkerhet for pasienten. Dette hensynet la lovgiverne sterk vekt på ved utformingen av loven. Grunnen til at dette hensynet ansees som viktig, er først og fremst å ivareta syke personer som anses å være i en svak og sårbar og situasjon. Slike personer kan lettere la seg forlede til å oppsøke behandlinger som lover frihet fra sykdommen. Og det finnes eksempler på tilfeller hvor alternative utøvere ikke har vært i stand til å vurdere egen rekkevidde av behandlingen og kvaliteten av den. De useriøse utøverne, som i verste fall

¹⁴ NOU 1998:21 s. 305

¹⁵ Det er med hjemmel i albh. § 3 opprettet en frivillig registerordning for alternative utøvere. Formålet med registerordningen er å *bidra til økt ivaretagelse av pasientsikkerhet og forbrukerrettigheter for den som oppsøker en registrert alternativ behandler, samt bidra til seriøsitet og forretningsmessig ordnede forhold blant utøvere av alternativ behandling* jf. FOR-2003-12-11-1500 Forskrift om frivillig registerordning for utøvere av alternativ behandling § 1.

utnytter seg av en syk persons sårbare situasjon, har dermed skapt et behov for ekstra beskyttelse av pasienten. Beskyttelsesbehovet er størst hos pasienter med alvorlige sykdommer, som ikke er kommet til behandling, eller som kommer sent til behandling. I lovprosessen uttalte Departementet¹⁶ at ønsket om å beskytte pasienten kan forsøkes gjennomført på to plan. For det første gjennom en lovregulering av kravene til utøveren, og for det andre gjennom en økt forskning på området.

Når det gjelder beskyttelse gjennom lovregulering, nevnes det i forarbeidene tre områder hvor pasienter trenger ekstra beskyttelse.¹⁷ For det første er det behov for beskyttelse mot uforsvarlig og skadelig behandling. Ivaretagelsen av dette hensynet er annerledes i det etablerte helsevesenet enn i det alternative miljøet. I det etablerte helsevesenet er det opprettet offentlige utdanningsinstitusjoner og autorisasjonsordninger. De som gir pasienter behandling har fått opplæring i undersøkelsesmetoder og behandlingsmetoder som anses akseptable og gode. Slike ordninger finnes ikke på lik linje i det alternative miljøet. Innenfor den alternative medisinen, er det store forskjeller på utdanningenes innhold og lengde. Da ingen alternative behandlingsmetoder har fått autorisasjon fram til nå, kan hvem som helst kalle seg akupunktør, massør, healer eller lignende. Beskyttelsen mot uforsvarlig og skadelig behandling søkes dermed oppfylt på andre måter. Blant annet gir albh. §§ 5-7 forbud for alternative behandlere å behandle visse typer sykdommer, og mot å foreta medisinske inngrep eller behandling som kan medføre alvorlig helserisiko. Et annet virkemiddel som indirekte beskytter pasienten mot uforsvarlig og skadelig behandling, er riktig informasjon om helbredelsesmuligheter innenfor både skolemedisin og alternativ medisin. Dette oppnås først og fremst gjennom forskning, men også gjennom lovens krav til markedsføringen.

For det andre er det behov for beskyttelse mot økonomisk utnyttelse av syke, sårbare og svake personer. Denne utnyttelsen kan komme i mange grader; alt fra tilfeller hvor

¹⁶ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 114

¹⁷ NOU 1998:21 s. 306-307

pasienten blir forledet til å oppsøke behandlere som tilbyr metoder som ikke virker, til grov utnyttelse som grenser mot økonomisk kriminalitet. Beskyttelse mot økonomisk kriminalitet, de grove tilfellene, har pasienten gjennom straffelovgivningen. Økonomisk utnyttelse av forbrukere beskyttes gjennom forbrukerlovgivningen. Lovgiverne har videre lagt vekt på at muligheten for økonomisk utnyttelse er større innenfor den alternative bransjen enn det etablerte helsevesenet. Dette blant annet fordi i den etablerte helsevesenet er det gitt autorisasjon som statens Helsetilsyn kan kalle tilbake blant annet ved atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen etter lov om helsepersonell m.v. (hlspl.) av 2. juli nr. 64 § 57. En slik sanksjonsordning finnes ikke for utøverne i den alternative bransjen. Derfor blir det her igjen viktig med andre beskyttende virkemidler, som for eksempel krav til markedsføringen.

For det tredje er det behov for beskyttelse mot uforsvarlig behandling av pasientopplysninger. Taushetsplikt er et viktig virkemiddel for å bevare pasientens integritet. Det er ikke sjeldent at opplysningene i forholdet mellom en pasient og en behandler kan være svært sensitive. Her gjelder de samme reglene som hlspl. Så langt de passer, jf. albh. § 4.

De to overordnede hensynene sikkerhet og frihet for pasienten, søkes dermed ivaretatt først og fremst gjennom rettslig regulering. Den rettslige reguleringen gir ikke pasientene direkte rettigheter, men regulerer deres situasjon indirekte. Dette ved et utgangspunkt om at det er fritt for enhver å behandle alle typer pasienter, men ved noen innskrenkninger, som blant annet kravene til markedsføringen i § 8 og forbud mot å behandle visse typer sykdommer jf. §§ 5-7. Hensynene er videre søkt ivaretatt gjennom opprettelsen av et nasjonalt forskningssenter innen komplementær og alternativ medisin i Tromsø.¹⁸ Økt kunnskap om alternativ behandling gir økt trygghet og beskyttelse, og vil igjen kunne åpne for økt valgfrihet.

¹⁸ www.nafkam.no

Som ovenfor nevnt er det hensynet til beskyttelse av pasienten som begrunner kravene til markedsføringen. Videre drøftes det nærmere innholdet av disse kravene.

3 Markedsføring av alternativ behandling - den rettslige reguleringen

3.1 Innledning

Bestemmelsen om markedsføring av alternativ behandling er regulert i albh. § 8.

Albh. § 8 første ledd jf. femte ledd, regulerer beskyttelse og markedsføring av yrkestittel for helsepersonell etter hlspl. §§ 48 til 51. Albh. § 8 annet og tredje ledd jf. femte ledd, regulerer yrkesbeskyttelse og markedsføring av tittel for helsepersonell og annet personell som utøver yrke som helsepersonell midlertidig i Norge uten norsk autorisasjon. Fjerde ledd jf. femte ledd gir bestemmelser om hvem som kan markedsføre seg som registrert alternativ utøver. Det nærmere innholdet av bestemmelsens § 8 første til femte ledd, vil ikke bli behandlet i det følgende. Oppgaven omhandler hovedregelen om markedsføringen av alternativ behandling, som er nedfelt i bestemmelsens sjette ledd:

«Den som tilbyr alternativ behandling, kan i sin markedsføring kun gi en nøktern og saklig beskrivelse av virksomhetens art.»

Bestemmelsen er en spesialbestemmelse i forhold til mfl., som også vil kunne komme til anvendelse på markedsføring av alternativ behandling. Brudd på markedsføring mot spesiallovgivning som gjelder forbrukerbeskyttelse, vil etter det såkalte ulovfestede lovstridsprinsippet innebære at markedsføringen også anses som brudd på generalklausulen i mfl. § 2 om god markedsføringsskikk.

En sentral forskjell mellom nevnte regelverk, er at de generelle markedsføringsreglene gjelder markedsføring overfor allmennheten, mens reglene om markedsføring av alternativ behandling i tillegg til å gjelder for den markedsføringen som rettes mot allmennheten, gjelder den også markedsføring rettet mot bestemte personer eller en bestemt person jf. merknader til markedsføringsforskriften § 3. I det følgende er det kun de spesielle markedsføringskravene etter albhl. som det vil bli redegjort for.

3.2 Personell avgrensning

«Loven gjelder den som tilbyr eller utøver alternativ behandling i riket.» jf. albhl. § 2 første ledd.

Loven gjelder all alternativ behandling i riket. Slik loven er utformet, retter bestemmelsene seg naturlig mot fysiske personer. Imidlertid gjelder bestemmelsene også for juridiske personer der dette er relevant. For eksempel vil bestemmelsene om markedsføring også gjelde ulike typer selskaper som markedsfører behandlingsvirksomhet som utøves av ansatte eller eiere i selskapet. Andre bestemmelser i loven vil ikke være relevante for juridiske personer. For eksempel er det bare fysiske personer som kan registrere seg i den frivillige registerordningen jf. albhl. § 3.¹⁹

Det er altså utøverne som er pliktsubjekter etter loven. Pasientene beskyttes indirekte gjennom lovreguleringen. Med *pasient* menes den som søker og mottar alternativ behandling. Begrepet skal ikke ha det samme innholdet som i pasrl. Alternativ behandling innebærer et såpass mangfold av behandlinger, at det i visse tilfeller er nærliggende å betegner mottakeren som forbruker, klient eller bruker. Betegnelsen pasient er imidlertid valgt, men det betyr ikke at pasienten må være syk, da forebyggende behandling i en viss

¹⁹ Ot. prp.nr. 27 (2002-2003) s. 121

grad også omfattes.²⁰

Da loven retter seg mot all alternativ behandling, vil den videre avgjørelsen om den personelle avgrensningen avhenge av definisjonen *alternativ behandling*. Dette drøftes under punkt 3.3 følgende.

3.3 Begrepsbruk og saklig avgrensning av alternativ behandling

Det finnes ingen uttømmende definisjon av begrepet alternativ behandling. Departementet fant det vanskelig å gi en presis definisjon som kunne anvendes i loven. Dette var blant annet på grunn av at enkelte behandlingsformer som i det alt vesentlige ansees som alternative, også til en viss grad blir brukt innenfor det etablerte helsevesenet, for eksempel akupunktur. Det er allikevel gitt en bestemmelse i loven som skal klargjøre hva som menes med begrepet.²¹ Utgangspunktet for den rettslige reguleringen for innholdet av begrepet alternativ behandling finnes i albhl. § 2 tredje ledd første punktum.

Med alternativ behandling menes helserelatert behandling som utøves utenfor helsetjenesten, og som ikke utøves av autorisert helsepersonell.

For å klargjøre det nærmere innholdet av begrepet alternativ behandling er det derfor nødvendig å klargjøre hva som ligger i begrepene *helsetjenesten*, *autorisert helsepersonell* og *helselatert behandling*. De to første begrepene vil det bli redegjort for i oppgavens del 3.3.1. Deretter i punkt 3.3.2. og 3.3.3. vil det nærmere innholdet av hva som menes med helserelatert behandling drøftes.

²⁰ Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) s. 122

²¹ Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) s. 120

3.3.1 Når er behandlingen «alternativ»

Utgangspunktet for grensen mellom hva som er alternativ behandling og hva som faller inn under den øvrige etablerte helsetjenesten og skolemedisinen, trekkes etter en negativ avgrensning i albhl. § 2 tredje ledd første punktum. Hovedregelen er at aktiviteter i helsetjenesten og av autorisert helsepersonell ikke omfattes av lov om alternativ behandling. Hva som gjenstår som alternativ er dermed ikke uttømmende regulert, men heller en sekkebestemmelse som fanger opp alt annet utenfor helsetjenesten.

Begrepet *helsepersonell* brukes i samme betydning som i hlspl. § 3 jf. albhl. § 2 fjerde ledd. Etter hlspl. § 3 omfattes autorisert helsepersonell og personell i helsetjenesten som utfører handlinger som har ”forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende eller rehabiliterende mål”. Autorisert helsepersonell anses som helsepersonell selv om de driver alternativ virksomhet utenfor helsetjenesten. Og alternative behandlere som ikke er autorisert helsepersonell vil allikevel anses som helsepersonell i den utstrekning de driver virksomhet innenfor helsetjenesten, gjennom å være ansatt eller engasjert i helsetjenesten.

Begrepet *helsetjenesten* brukes på samme måte som i pasrl. § 1-3 bokstav d.²²

Helsetjenesten er i nevnte bestemmelse definert som ”*primærhelsetjenesten, spesialisthelsetjenesten og tannhelsetjenesten*”. Dette omfatter helsetjenesten som er offentlig eid, privat eid, offentlig drevet, privateid og privatdrevet med avtale med det offentlige og helsevirksomhet som er helt privat, men som utøves av helsepersonell.

Fra dette utgangspunktet, er det likevel ikke entydige grenser mellom alternativ behandling og den øvrige helsetjenesten.

Albhl. § 2 tredje ledd andre punktum gjør et unntak fra utgangspunktet i bestemmelsens

²² Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 122

første punktum i tilfellene hvor det i helsetjenesten eller av autoriserte helsepersonell brukes ”metoder som i all vesentlighet anvendes utenfor helsetjenesten”. Da omfattes slik behandling likevel av begrepet alternativ behandling.

Unntaket knyttes til hvilke metoder som brukes, og om metoden er av en alternativ karakter. Hvilke metoder det er snakk om her er det ikke nærmere redegjort for i loven. Departementet viser til akupunktur og homøopati som eksempel her, siden den i noen grad brukes innenfor helsetjenesten men hovedsaklig anvendes utenfor helsetjenesten.²³

Albhl. § 2 femte ledd første punktum regulerer tilfellene hvor alternative behandlere utøver sin tjeneste innenfor helsetjenesten og autoriserte helsepersonell utøver alternativ behandling i eller utenfor helsetjenesten. I disse to tilfellene gjelder begge lovene. Det er visse uklarheter om anvendelsen av lovene når alternativ behandling benyttes innenfor helsetjenesten og når det benyttes utenfor helsetjenesten av autorisert helsepersonell.²⁴

Forarbeidene²⁵ legger imidlertid til grunn at der hvor helsepersonell utøver alternativ behandling, skal hlspl. som hovedregel legges til grunn. Dette gjelder selv om behandlingen skjer i eller utenfor helsetjenesten. Dette utelukker allikevel ikke at albhl. gjelder. Lovens ordlyd tilsier imidlertid at begge lovene vil komme til anvendelse på nevnte tilfeller. Selv om hlspl. er den loven som hovedsakelig får anvendelse, vil også albhl. komme til anvendelse, herunder reglene om markedsføringen av alternativ behandling. I tilfeller hvor autorisert helsepersonell utelukkende tilbyr alternativ behandling, gjelder fortsatt hlspl. sammen albhl. Departementet har vurdert det slik at det er opp til den enkelte behandleren om å gi frivillig avkall på sin autorisasjon etter hlspl. § 61 dersom en ikke ønsker å falle inn under bestemmelsene etter hlspl. Betydningen av at hlspl. kommer til anvendelse, er blant annet i forhold til forsvarlighetskravet jf. § 4. Reglene om informasjon

²³ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 121 og s. 51

²⁴ Befring (2005) s. 69

²⁵ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 123-124

og innsyn i journal etter hlspl. § 10 og § 41 vil også gjelde, selv om pasienten ikke har rettigheter etter pasientrettighetsloven.²⁶ Dette presiseres i albhl. § 2 femte ledd siste punktum.

Hva som anses som alternativt, vil dermed i hovedsak avhenge av hvem som utfører behandlingen og om det er innenfor det etablerte helsevesenet. Med unntak vil også selve metoden være avgjørende for grensdragningen. Grunnlaget for hvorfor ulike metoder brukes innefor helsevesenet og av autorisert helsepersonell som derav avgjør om det kalles alternativt eller ikke, er ikke gjort til en del av lovens grensdragning. Hva som kjennetegner alternative metoder er ikke entydig avklart.

3.3.2 Helserelatert behandling

Alternativ behandlingsevne som ikke er innenfor helsetjenesten og som ikke utføres av autorisert helsepersonell faller hovedsakelig inn under begrepet alternativ behandling. Men det er allikevel ikke all type behandlingsevne som kommer innenfor begrepet. Det er kun helselatert behandling som reguleres av albhl. Det er derfor nødvendig å klargjøre det nærmere innholdet av hva som menes med *helselatert*, og hva som menes med *behandling*.

Uttrykket helselatert behandling er ikke å anse som en presis og dekkende formulering på hva begrepet uttømmende inneholder. Men det er med på å klargjøre at det er innenfor sykdomssektoren lovgiverne ønsker å rette lovens regler mot. Ved i tillegg å kalle loven for alternativ behandling *av sykdom* mv. er det videre med på å avgrense fra andre tjenester.²⁷

Loven gir ingen nærmere holdepunkter for innholdet av begrepet helselatert behandling. I merknader til markedsføringsforskriftens § 1 gis det en ytterligere presisering, gjennom en

²⁶ Siden albhl. anvender begrepet *pasient* i en videre betydning enn hva pasrl. gjør, kan det oppstå tilfeller hvor pasienten ikke har rettigheter etter pasrl. selv om de behandles av autorisert helsepersonell, der det gis alternativ behandling.

²⁷ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 120

avgrensning mot begrepets nedre grense. Uttrykket er blant annet brukt for å kunne avgrense mot tjenester som hovedsaklig retter seg mot økt fysisk og psykisk velvære, skjønnhetspleie og lignende. Som et utgangspunkt vil også tjenester som i hovedsak rettes mot personlig selvutvikling falle utenfor begrepet, selv om det kan hevdes at slike tjenester kan ha en helserelatert innvirkning. Eksempler på dette kan være visse typer meditasjon eller filosofiske livssynsorienterte tjenester.²⁸ Den nærmere vurderingen av den helserelaterte behandlingens nedre grense drøftes under punkt 3.3.3.

Ut fra loven og markedsføringsforskriften, kan en dermed slå fast utgangspunktet at albhl. gjelder for helserelaterte situasjoner derav hovedsaklig sykdom, og for behandling av dette. Hva som ligger i begrepene *sykdom* og *behandling* kan ved første øyekast virke greit. Det kan imidlertid oppstå spørsmål om en handling kan sies å være en behandling etter lovens forstand, og om det i så fall er behandling av en sykdom.

Departementet gir en nærmere nyansering av begrepene sykdom og behandling. Utgangspunktet for nyanseringen, er hvordan begrepene anvendes i det norske språket.

Etter det norske språket dekker sykdomsbegrepet tre tilstander. For det første der det foreligger en personlig-subjektiv opplevelse av å være syk uten at det er stilt noen vitenskaplig objektiv diagnose. For det andre anses en person å ha en sykdom der det er en personlig-subjektiv opplevelse av å være syk i tillegg til at det er stilt en vitenskaplig diagnose av skolemedisinen. For det tredje foreligger det sykdom hvor det er stilt en vitenskaplig objektiv diagnose selv om pasienten ikke har en selvopplevd subjektiv følelse av å være syk.²⁹

Tjenester som retter seg mot de tre nevnte sykdomstilstander, vil dermed være klart

²⁸ Merknader til markedsføringsforskriften § 1

²⁹ Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) s. 90

innenfor virkeområde av hva som anses å være relatert til sykdom og helse i lovens forstand.

De som oppsøker alternative behandlere er pasienter som hovedsaklig er innenfor de to første tilstandene av sykdomsbegrepet.³⁰

Hva som ligger i begrepet *behandling* trenger også en nyansering slik sykdomsbegrepet er gitt. Pasienten kan oppsøke en alternativ behandler med ønske om behandling på ulike *bakgrunn*. Det kan være behandling på en subjektive -personlige opplevelser av sykdom uten at det er stilt diagnose, men også der det er stilt diagnose. Situasjoner hvor pasienten går til skolemedisinsk behandling, men ønsker en komplementær behandling hos det alternative. Og situasjoner hvor behandling søkes som forebyggelse av sykdom, eller som rehabilitering.³¹

Behandling kan videre skje på ulike *måter*. Den mest vanlige er hvor det er personlig kontakt mellom pasient og behandler. Loven gjelder imidlertid også der hvor behandlingen skjer uten personlig kontakt, men for eksempel gjennom ulike media som teletorg, telefonkontakt, videokonferanse, e-post eller Internett. Behandling kan også skje gjennom såkalt fjernhealing. Med dette menes at utøveren sender healing til pasienten som befinner seg på et annet sted.

Også hva som er *grunnlag* for en behandling kan variere. Behandlingen kan skje ervervsmessig, mot vederlag, uten vederlag, i en pågående virksomhet, jevnlig i et visst omfang eller rent leilighetsvis eller lignende. Loven vil komme til anvendelse uavhengig hva grunnlaget er.

³⁰ Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) s. 91

³¹ Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) s. 91

Det er imidlertid i forarbeidene satt en nedre grense for hva som er å anse som behandling etter lovens forstand. Loven rammer ikke *kjerringråd* eller andre *gode råd* som gis mellom kjente eller av andre. Det må videre skilles mellom behandling som har et religiøst grunnsyn i bunn for behandlingen mot alminnelig religiøs behandling. Alminnelig religiøs behandling er når det er handlinger forankret i tro og ritualer, eksempel for bønn for syke. Sistnevnte behandlinger faller utenfor behandlingsbegrepet etter lovens forstand. Det kreves imidlertid ikke at den helserelevante behandlingen har en spesiell terapiform eller behandlingsfilosofi.³² Den nærmere vurderingen av den nedre grense for behandling, drøftes under punkt 3.3.3.

Visse typer helserelevante behandlinger er imidlertid forbeholdt autorisert helsepersonell, og dermed forbudt for alternative utøvere å utføre. Etter albhl. § 5 er medisinske inngrep eller behandlinger som kan medføre alvorlig helserisiko for pasienten, forbeholdt autorisert helsepersonell. Eksempler på dette kan være fjerning av blindtarmen ved kirurgisk inngrep.³³ Etter albhl. §§ 6 og 7 er behandling av allmenfarlige smittsomme sykdommer og andre alvorlige sykdommer og lidelser som et utgangspunkt også forbeholdt autorisert helsepersonell å behandle.

For øvrig er også hypnose i behandlingsøyemed forbeholdt leger og psykologer jf. Almindelig borgerlig Straffelov (strl.) av 22. mai 1902 nr. 10 § 364.

3.3.3 Helserelevante behandlinger i grenseland

Den nedre grensen for innholdet av henholdsvis *helserelevante* og *behandling* er ikke entydig klart. Begrepene drøftes i det følgende hver for seg.

³² Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 121

³³ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 121

Lovens saklige område av hva som anses for å være *helsereelatert* avgrenses mot tjenester som i hovedsak retter seg mot *økt fysisk og psykisk velvære, skjønnhetspleie ol.* Den nærmere avgrensningen mot slike tjenester, må skje etter en konkret helhetsvurdering.³⁴ Som et utgangspunkt for vurderingen, må en se på hva tjenesten som hovedsak retter seg mot, etter ordlyden i merknader til markedsføringsforskriften § 1. Det foreligger ingen rettspraksis etter albhl. som vurderer slike grensetilfeller. Forbrukerombudet har imidlertid kommet til frivillig ordning i to saker. Sentralt moment ved Forbrukerombudets vurdering, har vært *formålet* med virksomheten. I Forbrukerombudets sak 06/958 (Flyt og Balanse) ble bruk av et floatingkar ansett for å falle inn under albhl. Begrunnelsen fra Forbrukerombudet, var at det på internetsiden til Flyt og Balanse blant annet fremhevet at «*floating kan redusere stress, smerter og muskel- og leddproblemer.*» Dette var en viktig del av den virksomheten som ble tilbudt. Et slikt formål, ble av Forbrukerombudet ansett som å gå ut over ren skjønnhets- og velværebehandling, og ansett å falle inn under begrepet *helsereelatert*. I sak 07/914 (Brun og blid Solsenter AS) ble utleie av solsenger ansett av Forbrukerombudet for å være *helsereelatert* virksomhet etter albhl. Selv om Forbrukerombudet forstod det slik at Brun og Blid primært ga tilbud om skjønnhetsbehandling i form av blant annet solsenger, ble virksomheten allikevel ansett for *helsereelatert* virksomhet på bakgrunn av innholdet i markedsføringen. Formålet med å ta sol ble fremmet ved *helsereelaterte* lidelser. På internettsidene het det blant annet ”*Ta solarium mot kreft*”, ”*Sol forebygger kreft*”, ”*Sol mot influensa*”, ”*Sol mot benskjørhet*” og ”*Solen hjelper ved graviditet*” ol.

Forbrukerombudets praksis viser at en tjeneste som i utgangspunktet ikke er å anse som alternativ behandling etter en alminnelig språklig forståelse, kan allikevel falle inn under lovens bestemmelser dersom formålet med virksomheten retter seg mot *helsereelaterte* tilstander. Forarbeidene³⁵ tilsier at grensen skal vurderes konkret etter hva tjenesten *retter seg mot*. Ovenfor nevnte sak som gjaldt solariumstjenesten, viser at Forbrukerombudet har tolket *retter seg mot*, dit hen at enhver tjeneste vil være alternativ behandling dersom den utad retter seg mot *helsereelaterte* tilfeller. Med slik tolkning kan dermed en virksomhet tre

³⁴ Merknader til markedsføringsforskriftens § 1

³⁵ Merknader til markedsføringsforskriftens § 1

inn eller ut av lovens bestemmelser ettersom hva den retter seg mot gjennom sin markedsføring. Med denne tolkningen kan to like virksomheter kunne falle inn under ulike rettslige reguleringer, som for eksempel to solariumsvirksomheter hvor kun den ene har markedsføring som retter seg mot helserelevante tilfeller.

Forbrukerombudets praksis gjenspeiler at deres virkeområde omfatter den delen som gjelder markedsføringen. Og at tjenester som i utgangspunktet ikke anses som alternativ behandling, allikevel kan falle inn under albhl. På bakgrunn av innholdet i markedsføringen. Forbrukerombudets praksis kan imidlertid overprøves av Markedsrådet og av Domstolene i siste instans.

Avgrensningen av tjenester som *personlig selvutvikling, enkelte former for meditasjon eller filosofiske livsnyorienterte tjenester* kan også skape grensetilfeller. Det kan hevdes at nevnte tjenester kan ha innvirkning på helsetilstanden til den enkelte, men dersom virksomheten hovedsaklig retter seg mot disse tjenestene, faller dette utenfor albhl.

Grensen mellom tjenester som gir personlig selvutvikling mot helsetjenester kan i enkelte tilfeller virke tilfeldige. Tjenestene som blant annet clairvoyant readinger³⁶ og spåkoner virker i første øyekast alternativt. Disse tjenestene fremstilles å kunne gi svar på blant annet fremtid, derav også kanskje fremtidig helse. Slike tjenester kan i en viss grad sies å ha en healende virkning, men kan og anses for å gi personlig selvutvikling i en viss grad. Om dette faller inn under albhl. må avhenge av en konkret helhetsvurdering av hva tjenesten retter seg mot. Etter Forbrukerombudets tolkning av bestemmelsen, ligger formålet med tjenesten i markedsføringen. Dersom det gjennom markedsføringen retter seg mot helsemessige grunner for å kontakte utøveren, taler det for at tjenesten vil kunne falle inn under albhl. Selv om det ikke er markedsført noe om en helsemessig innvirkning av slike

³⁶ Det er ingen klare definisjoner på hva som menes med en clairvoyant reading. Generelt kan det sies at det er en sjel til sjel kommunikasjon ved hjelp av utøverens klarsyn. Dette er ikke ulikt innholdet av en tjeneste fra en spåkone, som mest sannsynlig er et mer kjent begrep i dag.

tjenester, kan det være at personer oppsøker slike tjenester av personlige helsemessige årsaker. Det taler for en konkret helhetsvurdering av virksomheten, og ikke personen som oppsøker virksomheten. Her kan det imidlertid oppstå gråsoner. Behandlingens form avhenger også av samspillet mellom pasient og utøver. At formålet kan få en annen form ettersom behandlingen har startet kan også være tilfelle. Slike tilfeller krever en konkret helhetsvurdering, hvor et sentralt moment er hva som til enhver tid kan sies å være hovedformålet med behandlingen.

En clairvoyant reading kan ha mange likhetstrekk ved en healing.³⁷ Healing er klart innenfor begrepet alternativ behandling. Reading er i ordet ikke beregnet som behandling av sykdom, slik ordet healing er. Her kan to i en viss grad like behandlinger falle i to ulike kategorier.

Filosofiske livsytorsorienterte tjenester kan blant annet være tjenester som tilbyr filosofisk samtaleveiledning. Formålet med slike tjenester vil hovedsaklig være rettet mot samtaleveiledning for å hjelpe med å finne veivalg i livet. Slike tjenester kan i en viss grad ha en terapeutisk effekt, men vil ikke falle inn under abbl. så lenge det ikke er et helserelatert uttalt formål.

I Aarbakke-utvalgets oversikt over ulike alternative behandlingsmetoder, er meditasjon nevnt som et eksempel.³⁸ Mens det videre i merknader til markedsføringsforskriften, avgrensar enkelte meditasjonsformer fra å anse som helsetjenester. Innenfor meditasjon finnes det ulike innfallsvinkler og retninger. Enkelte former kan ha som formål at det skal kunne ha innvirkning på en helsemessig tilstand. Også her, må det ved vurderingen av om det anses som en helserelatert tjeneste ta hensyn til hva som er formålet med virksomheten.

³⁷ Nasjonalt informasjonssenter for alternativ behandling ahr definert healing som ”en samlebetegnelse for behandlingsformer som søker å påvirke det som antas å være klientens energifelt, på en slik måte at kroppen helbreder seg selv.” www.nifab.no

³⁸ NOU 1998:21 s. 66

Samlet sett vil en kunne si at det finnes flere tjenester som kan ha en helsereelatert innvirkning, men som allikevel ikke anses for å være alternativ behandling i lovens forstand. En samtale med psykolog eller annen terapeut kan i seg selv ha en innvirkning på en persons helse. Men det er allikevel ikke det som regulerer hva som anses å være helsereelatert. Samtidig finnes det tjenester som ikke i den grad har fysiologisk virkning, men som er ment som velvære -og skjønnhetspleie, men som allikevel kan falle inn under albhl. Det sentrale ved den konkrete helhetsvurderingen er formålet med virksomheten, hvilke grunner for bruk av tjenesten er det den hovedsaklig retter seg mot.

Forbrukerombudets praksis resulterer i at tjenester som ikke vanligvis vil kunne være å anse som alternativ behandling, allikevel kan bli vurdert som alternativ behandling.

Denne praksisen ivaretar lovgivernes ønske om beskyttelse av pasienter, ved at tjenester som retter seg mot sykdom og helse faller inn under albhl. På en annen side kan dette imidlertid skape forskjeller innenfor tjenester som i prinsippet er like. Med det menes at like behandlingsmetoder kan falle inn under ulike rettslige reguleringer avhengig av deres uttalte formål, som for eksempel solariumstjenester. Hovedfokuset på hva som er blitt ansett som alternativ behandling er dermed blitt definert gjennom deres markedsføring og ikke nødvendigvis gjennom selve metoden. Ved utarbeidelsen av albhl. ga Aarbakke-utvalget en oversikt over feltet alternativ medisin, derav en ikke uttømmende liste over ulike metoder som anses som alternative behandlingsmetoder.³⁹ Aarbakke-utvalget konkluderer med at det er visse fellestrekk for de alternative behandlingsmetodene synes hovedsaklig å ligge på forståelsen av helse og sykdom, og forklaringsmodellene for effekt av behandlingen.⁴⁰ Det er som sagt ingen uttømmende liste, men her har Aarbakke-utvalgets fokus ligget på metodene for behandlingene. Dette kan tale for at Forbrukerombudets praksis kan ha gått litt i ytterkant av lovgivernes tanker om hva alternativ behandling er når de for eksempel har kategorisert solarium som helsetjeneste.

³⁹ NOU 1998:21 kap. 6

⁴⁰ NOU 1998:21 s. 60

Ved at alternativ behandling innebærer helsereelatert behandling, må det også redegjøres for hva som ligger i begrepet *behandling*. Forarbeidene gjør det klart at behandlerbegrepet ikke skal forstås i snever forstand, se punkt 3.3.2. Behandlingen kan skje på ulike måter. Det nærmere innholdet av behandlerbegrepet kan Forbrukerombudets praksis også tidligere lovgivning og rettspraksis fra Kvakksalverloven være veiledende.

Bruk av apparater og andre hjelpemidler anses etter Forbrukerombudets praksis å være behandling i lovens forstand. Sak 06/958 (flyt og balanse) og 07/914 (brun og blid) hvor behandling i henholdsvis et floating-kar og en solseng ble funnet å være behandling i lovens forstand.

Avgjørende for om en virksomhet ble rammet etter Kvakksalverloven, var om den tok «syke i kur». Det har vært saker for Høyesterett om hvordan grensene skulle trekkes. Hva som omfattes av albhl. behandlerbegrep er ikke ulikt den tidligere lovgivningens bestemmelser. Det er imidlertid forsøkt satt klarere grenser i lovforberedelsen til albhl.⁴¹ I Rt. 1950 s. 971 ble skriftlig råd til syke personer om gikt, nervesykdom og hudsykdommer og om vannbehandling i tillegg til utskriving av resept på urtemedisin, ansett som behandling i lovens forstand. I Rt. 1965 s. 155 ble tiltalte dømt for å ta syke i kur. Behandlingen innebar at tiltalte etter å ha fuktet sine hender i mentoloppløsning hadde lagt dem på det syke sted og deretter massert pasienten. I Rt. 1985 s. 19 ble tiltalte dømt til å ta syke i kur ved at hun hadde ved hjelp av å benytte pasientens hårlokk i et apparat med henblikk på diagnostisering og senere behandling (radiono). I Rt. 1961 s. 212 ble tiltalte frikjent under dissens. Det forhold å anbringe og tilpasse kunstige tenner på plate hvor det ikke forelå en sykkelig tilstand, ble ikke ansett for å ta syke i kur etter lovens forstand.

Selv om loven som et utgangspunkt kommer til anvendelse uavhengig omfanget av

⁴¹ Befring (2005) s. 28

virksomheten og uavhengig om det tas vederlag eller ikke, trekkes det allikevel en nedre grense mot *kjerringråd og gode råd*. Hvor grensen skal trekkes, må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Ved vurderingen er graden av behandlingens profesjonelle karakter et sentralt moment. Det må vurderes hvem rådene gis til, hvilket preg de har og i hvilken sammenheng de gis. Graden av profesjonell karakter kan også måles etter om utøveren er registrert i registeret for alternative behandlere jf. albh. § 3. Dette er imidlertid bare et moment, da det er frivillig å melde seg inn i registeret.⁴²

Behandlingsbegrepet skiller også mellom behandling som har et *religiøst grunnsyn i bunn for behandlingen mot alminnelig religiøs behandling*, som for eksempel bønn for syke. Det er klart at der hvor det drives profesjonell behandlingsevne som begrunnes i religiøs tro, er det innenfor lovens behandlerbegrep. Grensene kan være vanskelig å trekke der hvor for eksempel en betaler penger for håndspåleggelse eller forbønn. Momentene ved vurderingen her er hva som er grunnlaget for handlingen. Dersom grunnlaget er betaling av en tjeneste som skal behandle en sykdom ligner det behandling i lovens forstand. Andre sentrale momenter ved helhetsvurderingen er i hvilken sammenheng handlingen finner sted. Spørsmålet blir i hvilken grad det kan sies å være en profesjonell virksomhet, samt størrelsen og formen på vederlaget.⁴³

I forarbeidene redegjør Departementet nærmere om et utvalg av ulike behandlingsformer, herunder ernæringsterapi, kosttilskudd og urtemedisin.⁴⁴ I tilfeller hvor kosttilskudd og preparater som ikke er legemidler etter lov om legemidler (legemiddeloven) m.v. av 4. desember 1992 nr. 132 § 2, reguleres som næringsmiddel. Markedsføring av næringsmidler reguleres av legemiddeloven § 20.⁴⁵ Spørsmålet blir om ernæringsterapi, kosttilskudd og urtemedisin som ikke er legemidler kan anses som alternativ behandling. Ved at Departementet nevner dette under en behandlingsoversikt, kan dette tyde på at slik

⁴² Befring (2005) s. 77

⁴³ Befring (2005) s. 78

⁴⁴ Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) s. 30

⁴⁵ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 67 flg.

produktanbefalinger *kan* falle inn under alternativ behandling dersom det brukes i behandlingssammenheng. Behandling kan dermed også gli over i produktanbefalinger.

Samlet sett kan det dermed ikke klart plasseres hvilke metoder som faller inn under begrepet alternativ behandling eller ikke. Det er på det rene at flere typer mer kjente metoder klart er innenfor begrepet, for eksempel akupunktur. Men er det tvil, må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering basert på ovenfornevnte momenter om det kan sies å være helserelatert behandling. Dette fører til at det også må foretas en vurdering om tjenesten faller inn under begrepet alternativ behandling i lovens forstand, når kravene til markedsføring prøves. Videre i punkt 3.4 følgende, drøftes kravene til markedsføringen av alternativ behandling.

3.4 Kravene til markedsføring

3.4.1 Bakgrunnen for den spesielle markedsføringsregelen

Formålet til regelen om markedsføring er nærmere utdypet i markedsføringsforskriften § 1:

Forskriftens formål er å bidra til at markedsføring av alternativ behandling skjer på en nøktern og saklig måte, slik at pasientens sikkerhet blir ivaretatt

Formålsbestemmelsen spesifiserer et av hensynene som ligger til grunn for albh. om ønsket om å beskytte pasienten. Hva som menes med at pasienten skal beskyttes i markedsføringssammenheng, er det nærmere redegjort for i merknader til markedsføringsforskriften. Regelverket vil særlig *forhindre uriktige påstander* om effekten av den alternative behandlingen. Her vil pasienten beskyttes ved å unngå at det oppstår *urealistiske forventninger* av resultatet av behandlingen. Reglene vil videre bidra til å sikre at pasienten vil få *korrekt og relevant informasjon*. Pasienten skal kunne gi sitt samtykke til behandling på grunnlag av tilstrekkelig informasjon av hva behandlingen innebærer. Reglene vil også gjenspeile den *redeligheten* som ønskes på området. Dette innebærer blant

annet at behandleren informerer om hvilket grunnlag behandlingen skjer på, om det er eventuelle religiøse elementer i behandlingen, slik at pasienten ikke behandles ut fra feil forutsetninger. Departementet begrunner også markedsføringsreglene videre med at det vil være tjenelig for bransjen selv, ved at det må antas å *skille ut de useriøse utøverne*.⁴⁶

Selv om hensynet til pasientenes valgfrihet og selvbestemmelsesrett over egen helse også må tillegges stor vekt, er dette imidlertid blitt veid opp mot hensynet til beskyttelse og sikkerhet for pasienten. Dette er begrunnet med at pasienten trenger ekstra beskyttelse når han er i en sårbar situasjon, slik at han ikke blir villedet eller lar seg lure av spekulative eller useriøse behandlere. Det er et ønske om å forhindre spekulativ utnyttelse av syke og sårbare personer som gjør at hensynet til sikkerhet for pasienten veies tyngre enn pasientens selvbestemmelse og valgfrihet på dette området.⁴⁷

3.4.2 Markedsføring

Utgangspunktet for regelen om markedsføringskravene i albhl. § 8 sier ikke noe mer om hva som menes med markedsføring i lovens forstand. Hvilke former for markedsføring det er snakk om, er regulert i markedsføringsforskriften § 3:

Forskriften gjelder annonsering og markedsføring av enhver art i ethvert medium

Med *enhver art* menes ulike måter markedsføringen kan fremkomme på. I merknaden til markedsføringsforskriften § 3, nevnes ulike fremgangsmåter av markedsføring som vil kunne rammes av bestemmelsen.

For det første er det klart at den direkte markedsføringen rettet mot potensielle kundegrupper, rammes av bestemmelsen. Dette kan skje gjennom ulike medier og på ulike måter. Markedsføringen skal tydelig kunne identifiseres som markedsføring jf. mfl. § 3

⁴⁶ Merknader til markedsføringsforskriften § 1

⁴⁷ Merknader til markedsføringsforskriften § 1

første ledd. Med det menes blant annet at markedsføring gjennom redaksjonell omtale eller gjennom underholdning, er forbudt.⁴⁸

For det andre avgrenses markedsføringen videre mot hva som ansees for å være ren informasjon eller opplysning. Siden reglene om markedsføring av alternativ behandling også kan ramme opplysninger som gis til enkeltpersoner, kan skillet mellom informasjonen som omfattes av markedsføringsrestriksjonen mot informasjon for øvrig være vanskelig å trekke i visse situasjoner.

Informasjon direkte til en enkeltperson kan som oftest oppstå i en konkret behandlingssituasjon, mot en pasient som er i et behandlingsopplegg eller mot tidligere pasienter. Som et utgangspunkt kan skillet settes ved at det for utøveren gjennom merknader til markedsføringsforskriften § 3 er gitt uttalelser om hva en utøver må få lov å opplyse om. Behandleren bør kunne gi informasjon om de undersøkelser som gjøres, svarene de gir, behandlerens vurdering av dette, anbefalt behandling eventuelt behandlinger og hvorfor, hvor lenge behandlingen bør fortsette, forventet resultat av behandlingen og kostnader forbundet med dette og lignende. Behandleren gis rom for en faglig etisk vurdering av situasjonen.⁴⁹ Regelverket sier ingenting mer om de ulike grensetilfellene som kan oppstå her. Med tanke på for eksempel utøverens vurdering av anbefalte behandlinger og forventet resultat av behandlingene, kan informasjonen som gis til pasienten grense mot markedsføring av eget tilbud. Forbrukerombudet har ingen kontroll med selve behandlingsutførelsen, så det må vurderes konkret om dette ansees for å være en del av behandlingen eller om det kan ligne på direkte markedsføring. Det er pasientens umiddelbare inntrykk av informasjonen som gis, som er utgangspunktet for vurderingen om det kan sies å foreligge markedsføring. Andre momenter som kan være av betydning ved vurderingen her, er om informasjonen er gitt i hensikt for å beholde kunden som pasient, eller om behandlingen som anbefales er nødvendig for pasientenes helse etter

⁴⁸ Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) s. 188

⁴⁹ Merknader til markedsføringsforskriften § 3

behandlerens vurdering.

Spørsmål om grenser mellom markedsføring kontra alminnelig informasjon kan også oppstå selv om informasjonen ikke gis direkte til en pasient, men på et generelt plan. Utgangspunktet for vurderingen avgjøres på bakgrunn av blant annet hva som er hensikten med opplysningen som gis. Et tilleggsmoment ved vurderingen er hvem som er mottakere av informasjonen.

Dersom hensikten med informasjon er av salgsfremmende karakter, vil det være markedsføring. I tilfeller hvor informasjonen kommer fra en avsender som ikke tilbyr behandling, kan grensene være vanskeligere å trekke. Dersom det sendes ut til spesielle grupper av behandlere, kan veies mot at det er informasjon som gis, kontra hvis informasjonen rettes ut mot allmennheten eller spesielle pasient grupper. I sistnevnte tilfeller kan det ligne mer på markedsføring.⁵⁰

For det tredje kan markedsføringen også fremkomme mer indirekte, gjennom henvisninger til andre nettsider eller bruk av uttalelser fra fornøyde kunder eller andre. Spesielt der hvor det er opprettet egne hjemmesider eller reklamesider på Internet, er muligheten for å benytte henvisninger i form av linker til andre nettstedet stor. Selv om markedsføringen i en annonse isolert sett ikke er i strid med regelverket, kan det allikevel etter en helhetsvurdering være i strid med regelverket der det er inntatt henvisninger til andre kilder som gir markedsføring som er i strid med markedsføringsrestriksjonene. Kilder som dette, kan være sider som omtaler effekt av behandlinger, forskningsrapporter og lignende. Eksempler på henvisningen kan være linker som «*for nærmere opplysninger om effekt av behandlingsformen X, klikk her!*» eller «*Link til side A som redegjør for hvilke sykdommer/diagnoser som kan behandles med behandlingsformen og lignende.*»⁵¹

⁵⁰ Merknader til markedsføringsforskriften § 3

⁵¹ Merknader til markedsføringsforskriften § 3

Hovedregelen er at alt som fremheves i markedsføringen ses på som et usagn fra annonsøren selv. Annonsøren bør derfor kunne stå inne for alle forhold som fremheves i markedsføringen.⁵² Ved vurderingen om henvisningen anses for å være i strid med markedsføringsreglementet, må det foretas en konkret helhetsvurdering med utgangspunkt i hvordan det umiddelbare inntrykket fremstår for den jevne forbruker. Et moment ved vurderingen er blant annet hvor direkte henvisningen fremstår i annonsen. Andre momenter kan være innholdet av kildene det henvises til. Er det generell informasjon om en behandlingsform, eller er det kun om behandlingseffekt. Er kilden selv utarbeidet i markedsføringsammenheng av utøveren selv eller av andre utøvere, eller er den utarbeidet av utøverorganisasjoner eller pasientgrupper. Det skal ikke være mulig å omgå markedsføringsrestriksjonene ved å henvise til annen markedsføring.

I tillegg til henvisninger til eksterne nettsider, vil også henvisninger til tilbakemelding fra fornøyde kunder eller helsepersonell komme inn under vurderingen av lovligheten av markedsføringsrestriksjonene.

For det fjerde gjelder markedsføringsreglene også i utgangspunktet for påstander og presentasjoner som fremsettes i forbindelse med messer eller salg fremvisninger til kurs eller undervisning, herunder all type materiale som deles ut. Derimot gjelder ikke reglene for egen markedsføring av kurs og skoletilbud. Dette kan imidlertid rammes av de generelle reglene om markedsføring. Reglene gjelder hovedsakelig heller ikke for den informasjon som gis under kurs og utdanning. Dette er imidlertid kun utgangspunkter. Markedsføringsforskriften konkretiserer ikke nærmere grensetilfeller her. Informasjon under kurs og utdanning *kan* etter en helhetsvurdering falle inn under reglene om markedsføring. Det må som ellers også her foretas en helhetsvurdering av det umiddelbare inntrykket markedsføringen skaper hos den jevne forbruker. Et moment ved vurderingen

⁵² Merknader til markedsføringsforskriften § 4

her er om salgselementer er svært fremtredende.⁵³

For det femte kan markedsføringsreglene ramme andre enn de alternative utøverne. Som nevnt gjelder reglene om markedsføring hovedsakelig for de aktørene som tilbyr eller utøver alternativ behandling. Men dersom for eksempel en utøverorganisasjon publiserer informasjon om ulike behandlingsformer, som blant annet ”nytt om behandlingsformen”, ”virkninger”, ”ny forskning” og lignende i medlemsblader eller hjemmesider, må det vurderes konkret om denne typen informasjon vil rammes av de restriksjonene som markedsføringsreglene setter. Dette er hovedsakelig informasjon som vil være rettet mot alternative utøvere selv, slik at kravene her kan vurderes mildere enn annen nevnt markedsføring. Som ellers må det her også foretas en konkret helhetsvurdering. Hvem informasjonen er rettet mot vil være et moment ved vurderingen. Også om informasjonen fremstår som salgsfremmende ved ønske om å tiltrekke kunder for andre utøvere vil være et moment. Det er imidlertid her en bredere aksept av hva som legges ut av informasjon i slike tilfeller.⁵⁴

Uttrykket *ethvert medium*, er i markedsføringsforskriften presisert gjennom en oppregning av ulike typer medier markedsføring kan forekomme i. Reglene gjelder for markedsføring som skjer i papirform, som lyd eller bilde, elektronisk eller ved hjelp av teletorgtjenester.⁵⁵ Dette gjelder dermed for eksempel ved markedsføring gjennom annonser i aviser, blader, tidsskrifter, eller bransjeblad. Også gjennom telefonkataloger eller særskilt utarbeidet reklamemateriell. Videre gjennom tv eller radio, og gjennom Internet som for eksempel egne utarbeidet hjemmesider, eller utsendinger av e-post. Selv om markedsføringskravene gjelder alle typer medier, kan det tenkes at reglene tolkes ulikt ut fra mediets karakter. Noen medier kan ha en sterkere fremtoning enn andre, og kan dermed få en strengere vurdering av innholdet. For eksempel kan telefonmarkedsføring blir vurdert strengere enn

⁵³ Merknader til markedsføringsforskriften § 3

⁵⁴ Merknader til markedsføringsforskriften § 3

⁵⁵ Merknader til markedsføringsforskriften § 3

vanlig opptrykt reklamemateriell. Dette fordi forbrukeren ved sistnevnte har lenger tid til å kunne studere opplysningene og vurdere tilbudet.⁵⁶

Loven og markedsføringsforskriften gir ingen flere eksempler på hvilke måter eller gjennom hvilke medier markedsføringen kan fremstilles på. Dette er heller ikke drøftet i forarbeidene. Markedsføringsforskriftens ordlyd er *enhver art og ethvert medium*. Dette tilsier at eksemplene som det ovenfor er redegjort for, ikke kan anses som uttømmende. Videre kan en også tenke seg som sannsynlig at metoder for å nå frem med markedsføring er i stadig utvikling, og at bestemmelsen rammer enhver metode for markedsføring både direkte og indirekte.

3.4.3 Nøktern og saklig markedsføring av virksomhetens art

Utgangspunktet for kravene til markedsføring av alternativ behandling er som tidligere nevnt regulert i albh. § 8 sjette ledd:

Den som tilbyr alternativ behandling, kan i sin markedsføring kun gi en nøktern og saklig beskrivelse av virksomhetens art.

Loven angir ingen ytterligere presisering av hva som ligger i dette kravet. En veiledning ved tolkningen finnes i albh. § 1 som angir lovens hovedformål.⁵⁷

Markedsføringsforskriften § 2 jf. merknader til markedsføringsforskriften § 2 gir en ytterligere presisering i hva som ligger i kravene til nøktern og saklig markedsføring av virksomhetens art. Etter markedsføringsforskriften § 2 første ledd, er kravet til nøktern og saklig markedsføring gjentatt av pedagogiske grunner. Dette skal ha det samme innholdet

⁵⁶ Merknader til markedsføringsforskriften § 3

⁵⁷ Se oppgavens del 2 om de kryssende hensynene

som i loven.⁵⁸

Reglene om markedsføringen, gjelder *virksomhetens art*. Dette refererer seg til to sider av markedsføringen. For det første gjelder det forretningsmessige opplysninger. For det andre gjelder det opplysninger om innholdet av de ulike behandlingsmetodene.

Når det gjelder de forretningsmessige opplysningene siktes det til opplysninger om navn, tittel, adresse, telefonnummer, kontortid, kontaktmåter og lignende.⁵⁹ Dette er presisert i egen bestemmelse i markedsføringsforskriftens § 5 første ledd. Det skal for tilsynsmyndighetene og pasientene komme klart frem hvem som tilbyr behandlingen, og hvordan man kan komme i kontakt med behandleren.⁶⁰ De forretningsmessige opplysningene gjelder også i forhold til hvilken tittel utøveren markedsfører seg med. Det er i loven § 8 første til tredje ledd, fastsatt egne regler om tittelbeskyttelse, som markedsføringsforskriftens § 2 første ledd supplerer. Markedsføringen ansees usaklig dersom den fremstilles i strid med reglene om tittelbeskyttelsen. Det er videre i merknader til markedsføringsforskriftens § 2 presisert at dersom en er registrert i det frivillige registeret jf. albh. § 3, skal en kun reklamere med at en er registrert. Med det menes at det ansees som usaklig markedsføring dersom en kombinerer «*registrert betegnelsen*» med andre bestemte titler. Merknader til markedsføringsforskriften nevner eksempler på bruk av betegnelser som det vil bli ansett som usaklig å anvende i markedsføringen. Det er for eksempel ikke adgang til å benytte betegnelsene «*offentlig registrert*», «*offentlig godkjent i henhold til registerordningen*», «*godkjent i henhold til offentlig registerordning*», «*offentlig godkjent registrert utøver*», «*myndighetsgodkjent registrert utøver*» og lignende.

Når det gjelder den siden av virksomhetens art som gjelder innholdet av de ulike behandlingsmetodene, refereres det til kravene om saklig og nøktern markedsføring. I den

⁵⁸ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

⁵⁹ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

⁶⁰ Merknader til markedsføringsforskriften § 5

videre fremstillingen av disse kravene, skilles det ikke videre på de to sidene av begrepet virksomhetens art.

Kravene til saklighet og nøkternhet, refererer seg til de sidene ved markedsføringen som gjelder omfanget og innholdet av den. Nøkternhet gjelder for både innhold og omfang, ved at markedsføringen ikke skal si mer enn det som er nødvendig for å kunne gi riktig informasjon. Saklighetskravet omhandler hovedsaklig den siden som gjelder innholdet av markedsføringen. Med det menes at det ikke skal informeres om mer enn det er grunnlag for å hevde.⁶¹ Forøvrig glir kravet om saklighet over i kravet om nøkternhet. Vilårene vil nødvendigvis få en tilsvarende likeartet vurdering siden dette er to krav som kan sies å gå i hverandre. Når noe er nøktern, vil en kunne si at det samtidig er saklig og omvendt.⁶²

3.4.4 Nøktern markedsføring

Markedsføringen skal ha et nøkternt innhold og omfang. I kravet til nøkternhet, ligger det hovedsakelig et krav om at opplysningene ikke skal være *villedende*. Et relevant moment ved vurderingen om markedsføringen ansees som villedende, er om markedsføringen er med på å utnytte pasientenes manglende kunnskap på området.⁶³ I merknader til markedsføringsforskriften § 2 er det gitt ulike eksempler på tilfeller hvor markedsføringen vil kunne ansees som villedende.

Det vil være villedende opplysning dersom det viser seg å være et misforhold mellom tilbudet som reklameres og påregnelig resultat og eventuelle skader eller uønskede effekter av den alternative behandlingen. Det ansees også som villedende dersom en alternativ behandler markedsfører sine tjenester som bedre egnet enn andre tilsvarende behandlingsformer. Videre kan det også være villedende opplysninger etter kravet om

⁶¹ Befring (2005) s. 152

⁶² Merknader til markedsføringsforskriften § 2

⁶³ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

nøktern markedsføring dersom utøveren ikke informerer om hvilke virkelighetsoppfatninger eller forklaringsmodeller behandlingen skjer innefor, spesielt hvor det innebærer religiøse elementer. Ovenfor nevnte eksempler på villedende markedsføring drøftes nærmere i det følgende.

Spørsmålet om villedende markedsføring i form av *misforhold mellom tilbudet som reklameres og påregnelig resultat* drøftes ikke i det følgende. Se nærmere om denne problemstillingen under punkt 3.4.5 om saklig markedsføring av effekt. Der redegjøres det for hva slags forventet resultat det er tillatt å markedsføre.

Det anses som villedende markedsføring dersom utøveren fremstiller sine tjenester som *bedre egnet enn andre tilsvarende behandlingsformer*. Denne restriksjonen er et virkemiddel for å unngå villedende markedsføring overfor pasientene. I tillegg til dette, vil det også bidra til å opprettholde redelighet innenfor bransjen selv.⁶⁴

Markedsføringsforskriften går ikke dypere inn i ulike måter en slik fremstilling kan forekomme. Men dersom en behandler direkte skriver i sin annonse at hans behandling *er bedre* enn tilsvarende behandlingsformer eller konkrete behandlere, må det være det klart at han er utenfor hva som anses å være nøktern markedsføring. En beskrivelse om eget behandlingstilbud kan også fremstilles på en slik måte at den indirekte gir uttrykk for at den er bedre egnet enn tilsvarende behandlingsformer. Dette kan for eksempel skje ved at det foretas en sammenligning av kundebesøk eller sammenligning av varigheten av virksomheten, med for eksempel «den første behandleren på området», «med lengst erfaring», «flest fornøyde kunder» og lignende. Om slik markedsføring er utenfor nøktern markedsføring, må vurderes etter en konkret helhetsvurdering. Et viktig spørsmål i denne sammenhengen, er om informasjonen er sann. Det trenger ikke bety at en mener en er best selv om en reklamerer med at man er den første behandleren på området. Det er imidlertid ikke de enkelte påstandene isolert sett som er avgjørende for om markedsføringen anses som utenfor nøkternhet. Det er en helhetsvurdering av hele annonsen som må tas i

⁶⁴ Befring (2005) s. 152

betraktning. Å være den første behandleren på området er en ting, men hvis dette proklameres sammen med at en dermed også har det beste tilbudet, kan dette forsterke fremstillingens bedre egnethet, og dermed anses som ulovlig markedsføring.

Det kan også forekomme tilfeller hvor en beskrivelse av behandlingstilbudet skiller seg fra andre tilsvarende behandlingsbeskrivelser, eller fra hva som anses som en faglig standard beskrivelse av den alternative behandlingen. Her kan fremstillingen etter en helhetsvurdering gi indirekte uttrykk for at denne metoden innefor faget, kan være bedre enn tilsvarende behandlingsmetoder. Dersom fremstillingen klart avviker fra hva som bransjen selv anser for å være den faglige korrekte måten å fremstille behandlingen på, vil dette uansett anses som *usaklig* markedsføring. Se oppgavens del 3.4.5 om saklig markedsføring, og forholdet til andre behandlere.

Det kan også anses som villedende markedsføring dersom utøveren ikke informerer om hvilke *virkelighetsoppfatninger eller forklaringsmodeller* behandlingen skjer innenfor, spesielt hvor det innebærer religiøse elementer.

Under punkt 3.3.2 og 3.3.3 om hva som ansees som *behandling* i lovens forstand, skilles det mellom behandling som har et religiøst grunnsyn i bunn for behandlingen mot alminnelig religiøs behandling, som for eksempel bønn for syke. Sistnevnte faller utenfor begrepet alternativ behandling. Det må antas at det ved førstnevnte behandling ansees som ulovlig markedsføring å utelate informasjon om eventuelle religiøse elementer.

Spesielt innenfor healing kan det her oppstå grensetilfeller om det her kan sies å foreligge religiøse elementer. Det kan være svært ulike virkelighetsoppfatninger om hvor den helbredende kraften kommer fra. Grunnlaget for kraften kan være lik, men begrepsbruken og behandlerens forståelse av den kan gjøre fremstillingen og gjennomføringen av

healingen ulik fra healer til healer.

Innenfor alternativ medisin og healing, er det ulike begreper og modeller for hva som er de riktige teoriene som forklarer sykdom og helbredelse. En teori som deles av de fleste alternative behandlerne, er at det finnes en gjennomstrømming av en vitalkraft i alle levende vesener. Denne vitalkraften har ulike betegnelser, som qi, prana, reiki, energieia osv. Denne kraften har fått varierende egenskaper i ulike retninger. De tildelte egenskapene varierer alt fra å være en maskinlignende regulering, til en bevisst, intelligent, lærende og helhetlig styring av kroppens funksjoner og reaksjoner.⁶⁵ Om noen av disse teoriene kan anses for å ha religiøse elementer i seg, kan det være delte oppfatninger om.

Dersom behandleren benytter begreper som en er kjent med fra etablerte religioner, er det klart at det da kreves opplysning om dette i markedsføringen. Spørsmålet blir videre om det også kreves at de ulike alternative oppfatninger av healingen også må tas med i markedsføringen.

Merknader til markedsføringsforskriften § 2 nevner spesielt at det kreves opplysning om virkelighetsgrunnlaget dersom det innebærer religiøse elementer. Det sies ikke at det *kun* gjelder religiøse elementer. Med dette kan det sies at regelverket også åpner for at det skal opplyses om andre virkelighetsoppfatninger enn tradisjonell religiøst grunnlag for behandlingen. Hvis det kun er opplysningskrav til behandlingene med religiøse elementer, kan regelverket dermed også resultere i at det stilles strengere krav til markedsføringen av behandlingsmetoder som anvender religiøse begrunnelser, mot tilsvarende behandlinger som anvender alternative oppfatninger, selv om behandlingen til en viss grad kan ha samme innhold.

⁶⁵ NOU 1998:21 s. 52

De ulike alternative teoriene og prinsippene vil uansett antas å være relevant ved beskrivelse av behandlingstilbudet. Om slik informasjon imidlertid er utelatt, må lovligheten vurderes etter en helhetsvurdering om den utelatte informasjonen anses villedende. Utgangspunktet for vurderingen i slike tilfeller er pasientens forståelse av det som blir markedsført. Det er pasienten som er i sentrum for den rettslige reguleringen. Hensynet bak regelen er at pasienten skal unngå å bli behandlet ut fra feil informasjon og forutsetninger.⁶⁶

Om dette er med på å utnytte pasientens manglende kunnskap på området, vil kunne variere ut i fra hvilken behandlingsmetode det er snakk om. Akupunktur er en metode som etter hvert begynner å bli relativt kjent. Dette kan tale for at manglende informasjon om forklaringsmodeller her ikke bør vurderes like strengt som eventuelle andre mindre kjente behandlingsmetoder.

3.4.5 Saklig markedsføring

Saklighetskravet retter seg særlig mot *innholdet* av informasjonen. Og da særlig mot det innholdet som omhandler *behandlingsformen og hvilke tilstander den hjelper for*. Videre retter saklighetskravet seg mot innholdet av informasjon som omhandler *forholdet til andre alternative utøvere og den etablerte helsetjenesten*. Dette er gjenstand for den videre drøftingen, hvorav sistnevnte tilfelle drøftes først.

Markedsføringen er usaklig dersom den fremstilles på en måte som undergraver den allmenne helsetjenesten. Markedsføringen ansees videre usaklig dersom den fremstilles på en måte som klart avviker fra hva som bransje selv anser for å være den faglige korrekte måten å fremstille behandlingen på.⁶⁷

⁶⁶ Befring (2005) s. 152

⁶⁷ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

Det er ikke gjort nærmere rede for hva det vil si å *undergrave den alminnelige helsetjenesten*. Men dersom en utøver i sin markedsføring direkte beskriver sin tjeneste som bedre egnet enn behandling hos den etablerte helsetjenesten, må det klart sies å undergrave den alminnelige helsetjenesten. Spesielt også dersom utøveren fraråder skolemedisin. Ved lovforberedelsen, var Departementet klare på at det ønskes en utvikling i retning av samarbeid mellom alternativ medisin og skolemedisin. Det er også uttrykt ønske om en beskyttelse av redeligheten innad i bransjen.⁶⁸ Om enhver sammenligning av den alminnelige helsetjenesten anses som usaklig markedsføring, må imidlertid vurderes konkret etter hvordan den helhetlige fremstillingen fremstår for pasienten.

Markedsføringen er videre usaklig dersom den *klart avviker fra hva bransjen selv anser for å være den faglige korrekte måten å fremstille behandlingen på*. Hva som ansees for å være allment akseptert på fagområdet av bransjen selv er ikke utdypet ytterligere i markedsføringsforskriften eller i forarbeidene.

Feltet alternativ behandling inneholder et stort antall ulike behandlingsmetoder. Siden ingen utøvere av alternativ behandling har per i dag (november 2009) fått offentlig autorisasjon, er det heller ingen beskyttet yrkestittel innenfor noen av metodene. Hvem som helst kan kalle seg for eksempel healer eller homøopat. Dette kan skape en større spennvidde på innfallsvinklene til de ulike metodene.

Enkelte behandlingsmetoder er imidlertid mer etablert enn andre, gjennom større utdanningssystemer og opprettelse av egne fagorganisasjoner.⁶⁹ En presentasjon som er i overensstemmelse med fagorganisasjonens fremstilling av metoden, må kunne anses å være

⁶⁸ Ot. prp. Nr. 27 (2002-2003) s. 13

⁶⁹ Det finnes flere behandlingsorganisasjoner for de ulike alternative behandlingsmetodene. Ved forberedelsen til loven, foreslo Departementet at det skulle opprettes et kontaktforum mellom organisasjoner av alternativ behandling, brukerorganisasjoner og myndighetene jf. Ot. prp. Nr. 27 s. 103. Dette er blitt gjort gjennom SABORG (sammenslutning av alternative behandlingsorganisasjoner). Her er det per i dag (november 2009) 18 utøverorganisasjoner som har meldt seg inn, jf. www.saborg.no. Noen organisasjoner har av ulike grunner valgt å ikke melde seg inn.

i overensstemmelse med den alminnelige aksepterte beskrivelsen av området.

Det finnes også mange private utdanninger innenfor en rekke alternative behandlingsformer.⁷⁰ Dersom en i sin markedsføring beskriver en behandlingsform som er i overensstemmelse med utdanningsinstituttets fremstilling av fagområdet, bør dette tale for at man er innenfor saklig beskrivelse av den alternative metoden, uten å gå utenfor den alminnelige aksepterte beskrivelsen av området.

Det som ovenfor er nevnt om en felles faglig forståelse av en type alternativ behandling, kan imidlertid avhenge av på hvilket område vi er innefor i det vide begrepet alternativ behandling. For eksempel kan Det Norske Healerforbundet ha en måte å beskrive healing på, som kanskje ikke tilsvarer alle healeres virkelighetsgrunnlag. Saklighetskravet krever at det skal være *klart* utenfor den alminnelige faglige aksepterte beskrivelsen. Ved en beskrivelse som ikke treffer innenfor større fagorganisasjoners måte å beskrive behandlingsformen på taler dette for at det må foretas en konkret helhetsvurdering av markedsføringen som helhet. Dersom virkelighetsgrunnlaget til en healer ikke stemmer overens med Det Norske Healerforbundet, for eksempel da virkelighetsoppfatningen er basert på religiøse svar, glir dette over i kravet til nøkternhet ved at slik informasjon ikke bør utelates i en markedsføringsfremstilling. Derav bør det foretas en konkret vurdering om annonsen som helhet anses nøktern og saklig.

Når det gjelder saklig beskrivelse av *behandlingsformen og ved hvilke tilstander disse brukes*, er det i markedsføringsforskriftens § 2 annet ledd gitt ytterligere presiseringer av hvilke opplysninger som en ikke kan ta med i markedsføringen:

⁷⁰ Tre skoler, Norsk Gestaltinstitutt, Norsk høgskole for helhetsterapi og ernæring og Akupunkturhøgskolen har fått offentlig godkjent eksamensrett i henhold til privathøgskoleloven. De fleste andre skoler er små, med varierende opptakskrav og utdanningslengde, jf. www.nifab.no

Den som tilbyr alternativ behandling, kan i sin markedsføring ikke benytte påstander om at en behandlingsform har virkning mot konkrete sykdommer eller lidelser eller på annen måte utforme markedsføringen slik at den gir dette inntrykk.

Som tidligere nevnt under punkt 3.4.4 om nøkternhet, kreves det at behandlingsformens forklaringsgrunnlag skal opplyses om i markedsføringen. Det vil da være naturlig at en alternativ utøver beskriver i sin markedsføring om hva behandlingsformen går ut på eller hvordan den gjennomføres. Det vil også være naturlig at utøveren opplyser om hvilke tilstander eller sykdommer behandlingen skal hjelpe mot. Men i denne prosessen må behandleren passe på at disse nevnte opplysningene ikke utformes på en måte som gir inntrykk av eller direkte sier at behandlingen har effekt på ulike konkrete sykdommer og lidelser. Markedsføringsforskriftens § 2 annet ledd sin ordlyd omhandler de tilfellene hvor markedsføringen av effekt av behandlingen retter seg mot *konkrete sykdommer eller lidelser*. Og i disse tilfellene er det satt et klart forbud mot å si at en alternativ behandlingsform virker. Henvisningen til generelle lidelser er derimot tillatt å vise til i markedsføringen.

I det følgende skal det redegjøres for hva som menes med *konkrete sykdommer og lidelser*. Videre omtales også ulike måter å fremstille effektpåstander på, som vil falle inn under forbudet. Ved vurderingen av markedsføringens lovlighet, er det en konkret helhetsvurdering av hvordan lidelsesbeskrivelsen og effektpåstanden sammen er fremstilt.

Påstand om virkning av en alternativ behandlingsform er ulovlig markedsført dersom den henviser til konkrete sykdommer eller lidelser. Dette avgrenses ned mot generelle beskrevne lidelser, som det er tillatt å markedsføre at en behandlingsform benyttes ved. Merknaden til markedsføringsforskriften § 2 angir eksempler på hva som anses å være konkrete sykdommer eller lidelser, mot hva som anses for å være en generell beskrivelse av

ulike tilstander.

Konkrete sykdommer eller lidelser defineres som en nærmere definert sykdom eller lidelse, som for eksempel «astma», «allergier», «hjerte-karsykdommer», «fibromyalgi» osv.

Likestilt med konkrete sykdommer og lidelser er også syndromer og spesifikke diagnoser.⁷¹

Forbrukerombudet uttaler at det må være klart at medisinske diagnoser og sykdommer som har fått mer folkelige navn, vil være så konkrete at de vil også komme inn under bestemmelsen.⁷²

Med *generell beskrivelse av tilstandene*, menes for eksempel tilstanden: «tretthet», «slapphet», «stive muskler», «rygg og nakkeplager» og lignende.⁷³ Det er i merknader til markedsføringsforskriften § 2 gitt forslag til måter å markedsføre slike tilstander på. Det er tillatt å si at en behandlingsform «brukes eller benyttes ved», «kan benyttes for å forebygge eller redusere omfanget» av generelt beskrevne tilstander eller at «behandler har lang eller bred erfaring av bruken av en eller flere behandlingsmetoder».

Hverken forarbeidene eller markedsføringsforskriften går nærmere inn på hvordan eventuelle grensetilfeller mellom hva som anses som en generell mot en konkret sykdomsbeskrivelse skal vurderes. Da det kontinuerlig skjer en utvikling av nye sykdommer og lidelser i takt med samfunnsutviklingen, ville en uttømmende liste av hvilke sykdommer en ikke kan markedsføre effekt av mot hvilke man kan markedsføre, være en utjenlig bremsekloss.

Den videre tolkningen av hva som er en generell mot en konkret lidelse er uklart. Spørsmålet må bli hvor *lavt* lista går ved hva som faller inn under generelle lidelser.

⁷¹ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

⁷² Forbrukerombudets retningslinjer 4.3.2

⁷³ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

Bestemmelsens hensyn til pasientbeskyttelse, innebærer blant annet ønske om å beskytte pasienten mot urealistiske forventninger til behandlingsresultatet.⁷⁴ I tvilstilfeller ved grensedragningen, er det hensynet til pasienten som skal ivaretas. Dette hensynet er bevisst valg framfor hensynet til valgfriheten når det kommer til markedsføringsrestriksjonene. Dermed kan det tenkes at lista for hva som faller inn under generelle beskrivelser av sykdommer og lidelser vil kunne bli tolket innskrenkende. Slik at en i minst grad opplever markedsføring av uklare og ubestemmelige sykdomssituasjoner. Grensedragningene kan imidlertid bli vage hvis en tar i betraktning pasientens egen opplevelse av sin helsetilstand. Selv om en pasient har en konkret rygglidelse, er det ikke til hinder for at han selv opplever å ha «stiv rygg». Hvordan en opplever egen helsetilstand, er nødvendigvis ikke i samsvar med en gitt diagnose. Markedsføringen av en generell lidelse som «stiv rygg», vil dermed kunne nå frem til pasienter som reelt sett har en konkret lidelse. På en annen side er bruken av ord en stor del av markedsføringens virkemiddel, og også der hvor myndighetene hovedsaklig i dag kan kontrollere den alternative bransjen og beskytte pasientene. Likevel må det tas i betraktning at en annonse kan se ulik ut for en pasient i motsetning til for eksempel Forbrukerombudet. Resultatet av regelverkets grensedragning av hvilke lidelser som en kan og ikke kan markedsføre kan virke tilfeldig og uklar.

Grunnlaget for å klargjøre skillet mellom generell og konkret sykdom og lidelse er imidlertid en del av en helhetsvurdering. En annen viktig del av vurderingen, gjelder fremstillingen av effektpåstanden. Det er en helhetsvurdering av effektpåstanden og lidelsesbeskrivelsen som avgjør om markedsføringstiltaket er innenfor eller utenfor hva ansees som lovlig markedsføring.

I det følgende redegjøres det for ulike måter effektpåstander kan fremkomme, hovedsaklig med tanke på markedsføring mot konkrete sykdommer og lidelser. Men disse ulike måtene å fremstille effekt på, vil også ha betydning for markedsføringen rettet mot generelle beskrevne lidelser.

⁷⁴ Merknader til markedsføringsforskriften § 1

Fremstillingen av effektpåstanden kan komme gjennom uttrykk som blant annet «effekt», «virkning», «helbredelse» «forebygging» «behandling eller lignende av konkrete sykdommer eller lidelser». Det er heller ikke tillatt å fremsette påstander om at ulike metoder sammen kan bidra til å «helbrede», «kurere», «forebygge», «motvirke» eller «behandle» konkrete sykdommer eller lidelse.⁷⁵ Fremstillingen av om noe har effekt kan også fremkomme indirekte gjennom ulike henvisninger, som blant annet kan gi inntrykk av at en behandlingsform har virkning. Det kan dermed ansees som en påstand om effekt, dersom utøveren på en eller annen måte viser til andre kilder som beskriver behandleren eller behandlingsformen. Med dette menes for eksempel konklusjoner fra fagtidsskrifter, forskningsinstitusjoner, forskningsprosjekter og lignende. Dette er kilder som kan ha autoritativt preg, og dermed og lett bli oppfattet som effektpåstand av pasientene. Merknader til markedsføringsforskriftens § 2 nevner følgende eksempler på bruk av andre kilder som vil bli ansett som ulovlig markedsføring:

*«Forskningsstudiet X indikerer at behandlingsformen A er effektiv mot lidelse/sykdom...», «Et forskningsprosjekt ved universitetet/høgskolen Y har påvist merkbar bedring i pasientens plager ved bruk av behandlingsformen B...», «En studie publisert i fagtidsskriftet Z støtter tidligere antagelser om at behandlingsformen C vil medføre raskere behandling av diagnose/sykdom...», «Langvarig bruk av behandlingsform D ved amerikanske sykehus indikerer/har vist at behandlingsformen er gunstig i forhold til diagnose/sykdom Æ».*⁷⁶

Annen markedsføring som kan bli ansett for å være påstander om effekt, er uttalelser fra fornøyde kunder, brukerundersøkelser eller uttalelser hvor helsepersonell går god for behandlingen. Merknader til markedsføringsforskriften i § 2, gir og her eksempler på ulike uttalelser som vil stride mot markedsføringsbestemmelsene:

⁷⁵ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

⁷⁶ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

«Pasientene O, P og Q har i ukebladet A uttalt at de har vært svært fornøyd med bruk av behandlingsformen X for sykdommen....», Behandlingsformen Y var svært effektiv mot min sykdom...», «En brukerundersøkelse gjennomført av den norske utøverorganisasjonen for behandlingsformen Z, viser at en viss prosentandel av pasientene registrerte bedring i sykdommen/tilstanden B ved bruk av behandling Ø», «Lege R oppgir at hun har observert en merkbart raskere tilhealing/behandling hos de av hennes pasienter med sykdommen C som i tillegg/istedenfor skolemedisinsk behandling har valgt den alternative behandlingsformen Y».⁷⁷

Markedsføringsforskriftens eksempler på ulike effektpåstander, er hovedsaklig fokusert mot konkrete sykdommer og lidelser. I hvilken grad effektpåstandene kan brukes i fremstillingen av de mer generelle lidelsene kommer ikke like klart frem.

Det er kun blitt ført en sak for Markedsrådet som kan belyse praksis av den rettslige reguleringen. I MR-2005-13 ble markedsføringen av Institutt for Det Indre Tankespillet AS/TFT Norway Ltd ansett som ulovlig. Markedsføringen inneholdt påstander om at behandlingen «kurerer fobier og traumer meget raskt, ofte innen minutter», «har gode erfaringer med behandling av alle typer traumer, som mishandling i barndommen, incest, blind vold, mishandling i ekteskap, skyteepisoder, ran, voldtekt etc.», «er særdeles velegnet for å fjerne presentasjonsangst», «kan fjerne spenningshodepine i 3 av 4 tilfeller - ofte i løpet av minutter» og lignende påstander.

Videre ble også henvisninger fra fornøyde kunder eller helsepersonell vedtatt å være i strid med markedsføringsreglene. Blant annet en artikkel om «Henry Kristiansen (11) som vant over dysleksien», hentet fra Nationen. Videre var det uttalelser fra en tannlege og en lege, og andre uttalelser.

⁷⁷ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

Markedsrådet sier blant annet i sine bemerkninger at «på vedtakstidspunktet må nettsiden fortsatt anses for i hovedsak å inneholde opplysninger som direkte eller indirekte skal vise at tankefeltterapi har virkning mot nærmere bestemte lidelser. Øverst på inngangssiden er det linker til overskrifter som «angst», «depresjon», «fobi», «smerter» og «trauma» hvor hovedbudskapet åpenbart er at tankefeltterapi har positive virkninger mot slike lidelser. Eksempelvis sies det at «våre mer enn 100 års erfaringer på vårt institutt med mennesker som diagnostiseres med dysleksi, dyskalkuli eller dysgrafi, viser at det er mange som kan lese bedre etter enkel egenbehandling, og at man med TFT kan bli kvitt flyskrekk uten å måtte eksponere seg «i helt trygge omgivelser».

Markedsrådet viser i denne saken til både konkrete og generelle beskrivelser av sykdommer og lidelser. Isolert sett kan noen av beskrivelsene anse for å være generelle beskrivelser, for eksempel «smerter». Markedsrådet har ikke gått nærmere inn på skillet mellom konkrete mot generelle beskrivelser, men her vurdert fremstillingen som en helhet. Annonsen ble dermed ansett ulovlig da hovedbudskapet av effektsiden var at behandlingen åpenbart hadde positive virkninger, og at det utvilsomt inneholdt henvisninger til konkrete sykdommer.

Utenom saken i Markedsrådet, er det Forbrukerombudets praksis og retningslinjer som belyser den videre tolkningen av bestemmelsen.

Forbrukerombudet har gitt ytterligere eksempler på hva som vil ansees som *konkrete* sykdommer eller lidelser, herunder; «pollenallergi», «senebetennelse», «tennisalbue», «migrene/hodepine», «helvetesild» og «prolaps».⁷⁸ Videre nevner de eksempler på hva som kan anse som *generelle* sykdommer eller lidelser. Eksemplene er; «mage-og tarmproblemer», «allergiplager», «problemer/plager/vondt/smerter», «fordøyelsesplager»,

⁷⁸ Forbrukerombudets retningslinjer 4.3.2

«nedsatt immunforsvar», «psykiske plager».

I eksemplene ovenfor er for eksempel pollenallergi blitt kategorisert som en definert sykdom eller lidelse, mens allergiplager anses som en generell beskrivelse av en lidelse. Pollenallergi og allergiplager kan på en annen side oppfattes som to beskrivelser av samme sak. Problemstillingen kan utdypes nærmere ved spørsmål om hvilken side av grensen man er dersom lidelsen en beskriver i markedsføringen er pollenallergi. Her er det snakk om en nærmere definert lidelse, men allikevel og en generell beskrivelse ved at det er «plagene» til sykdommen som beskrives.

Forbrukerombudet har utviklet retningslinjer for markedsføringen av alternativ behandling. Dette er imidlertid retningslinjer, og gir ingen direkte løsning på hvordan grensene mellom hva som ansees som konkrete sykdommer mot generelle beskrivelser skal løses. Et hjelpemiddel ved vurderingen, kan være tommelfingerregelen som er utarbeidet av Forbrukerombudet;

Jo mer konkrete tilstander som angis i markedsføringen, desto mer forsiktig må man være med å omtale hva som kan oppnås ved behandlingen.⁷⁹

Som et utgangspunkt kan en markedsføre generelle beskrevne tilstander. Dette kan imidlertid etter en helhetsvurdering likevel anses ulovlig dersom det er *sterke påstander* om effekt. En må her veie den siden som omhandler behandlingsform og resultater mot den siden som omhandler tilstandene behandlingen brukes mot. Det må foretas en konkret vurdering av hvert markedsføringstiltak. Så selv om det er generelle beskrivelser, kan det allikevel ansees som ulovlig markedsføring. Det vil avhenge av sammenhengen de er brukt

⁷⁹ Forbrukerombudets retningslinjer 4.3.2

i. Det kommer an på hvor sterk beskrivelsen av effekten er i forhold til den generelle tilstanden.⁸⁰

I Forbrukerombudets sak 06/73 mot Laserklinikken, ble uttalelsen «vi behandler», i tilknytning til en liste over konkrete sykdommer og lidelser ansett som ulovlig markedsføring. I veiledningsøyemed uttaler Forbrukerombudet at «Det avgjørende er at dere løfter de tilstandene dere tilbyr behandling for/mot til et så generelt nivå i språkbruken at de ikke fremstår som påstander at dere kan behandle konkrete sykdommer eller lidelser. Dette kan dere oppnå ved for eksempel å ikke markedsføre at dere behandler *rygglidelser* og *whiplash*, men i stedet si at dere behandler *rygg- og nakkeplager*. På samme måte kan for eksempel *hudlidelser* endres til *hudproblemer*.»

Når det kommer til konkrete sykdommer og lidelser er det ikke tillatt å på ulike måter markedsføre effekt av en behandlingsform. Regelverket åpner for at det er tillatt å markedsføre behandlingsmetoders anvendelse på generelle tilstander. Som ovenfor nevnt er det uklare grensedragninger mellom disse tilstandene. Slik som utviklingen i Forbrukerombudets praksis viser, har fokuset blitt rettet mot selve ordlyden i annonsen. På den ene siden er det gjennom en slik «ordregulering» en kan føre kontroll med markedsføringen, da markedsføring hovedsaklig skjer gjennom bruken av «ord». På den andre siden, kan denne reguleringen til en viss grad miste synet av formålet med den rettslige reguleringen. Årsaken til skillet mellom konkrete og generelle sykdommer og lidelser, er først og fremst for å beskytte den syke pasienten fra uriktig informasjon om behandlingen og fra urealistiske forventninger om resultatet av behandlingen. Dette må være retningsgivende for hvordan skillet mellom konkrete og generelle sykdommer og lidelser skal trekkes.

Når det for eksempel gjøres et skille på *hudlidelser* mot *hudproblemer*, blir dette til en viss

⁸⁰ Forbrukerombudets retningslinjer 4.3.2

grad mer praktisk for de som skal kontrollere markedsføringen framfor hensynet til pasienten selv. Det kan tenkes at pasienten med hudproblemer, ikke skiller på om han har hudproblemer eller hudlidelser. Med den «ordreguleringen» som Forbrukerombudets praksis har gått i retning mot, kan regelverket virke tilfeldig, uklar og lite praktisk. Dette fører igjen til at hensynene for reguleringen ikke i tilstrekkelig grad ivaretas. Forbrukerombudets praksis kan imidlertid overprøves av domstolene.

Forbrukerombudets "ordregulering" lettes imidlertid ved at det skal foretas en konkret helhetsvurdering av annonsen.

Et sentralt moment ved helhetsvurderingen er hva slags umiddelbare inntrykk markedsføringen skaper hos den jevne forbruker jf. markedsføringsforskriften § 4. Med dette menes at selv om de ulike delene av fremstillingen isolert sett er innenfor lovlig markedsføring, kan fremstillingen allikevel totalt sett bli vurdert ulovlig. Selv om det ikke direkte blir fremstilt noen påstander om effekt, kan beskrivelsene om behandlingsformen fremstå på en slik måte at det kan se ut som at behandlingen virker. Også der det brukes illustrasjoner eller bilder, kan det lett virke som at det sies noe om effekt. Så i tillegg til å vurdere de ulike påstandenes lovlighet, vurderes dermed også konteksten som helhet.⁸¹ Markedsføringsforskriften sier ingenting om hvem som er den jevne forbruker. Det må imidlertid sees hen til at her går forbrukerbegrepet også over i et pasientbegrep, og at forbrukeren her kan anse for å stå i en svakere stilling som syk, enn en alminnelig forbruker.

Andre momenter ved helhetsvurderingen, er om opplysningene og fremstillingen har en mer eller mindre klar salgsfremmende hensikt. Hvem som er ansvarlig for fremstillingen vil også kunne ha betydning. Kravene må vurderes mildere dersom den ansvarlige er en annen enn en behandler, for eksempel en utøverorganisasjon, ideell organisasjon eller

⁸¹ Merknader til markedsføringsforskriften § 4

pasientgruppe kontra en kommersiell virksomhet.

3.4.6 Rettstilstanden dersom det foreligger vitenskaplig dokumentert effekt.

Markedsføringsforskriften § 2 annet ledd gir et klart forbud mot å markedsføre at en alternativ behandling har virkning på en konkret sykdom eller lidelse. Formålet med denne bestemmelsen er spesielt å forhindre udokumenterte påstander eller uriktige påstander om virkningen av den enkelte behandlingsformen, eller påstander om hvor stor bedring en kan påregne eller sannsynligheter for effekt.⁸²

Det kan stilles spørsmål til om totalforbudet også gjelder dersom det er klart at det foreligger dokumentert vitenskaplig dokumentasjon på at en alternativ behandlingsform er effektiv. Det er pasientens helse som står i sentrum. Og hensynet til pasientbeskyttelse, tilsier i tillegg til at pasienten skal beskyttes mot udokumenterte og upålitelig dokumentasjon også at pasienten bør få kunne få informasjon om behandlinger som kan være til hjelp.

Befring uttaler at bestemmelsen i markedsføringsforskriften § 2 annet ledd er noe uklart hvordan denne skal tolkes med tanke på at befolkningen skal kunne få kreve informasjon om virkninger av behandlingen før samtykke gis. *Slik bestemmelsen er utformet må den trolig tolkes noe innskrenkende til å omfatte «udokumenterte» påstander.*⁸³

Det første spørsmålet som reises er da hva som anses som vitenskaplig dokumentasjon, deretter spørsmål om bestemmelsen åpner for en slik innskrenkende tolkning som Befring antyder.

⁸² Merknader til markedsføringsforskriften § 2

⁸³ Befring (2005) s. 153

I forarbeidene⁸⁴ behandler Aarbakke-utvalget ulike forskningsresultater på alternativ behandling, og i den sammenheng bemerkes det at det foreligger et uoversiktig antall forskningsprosjekter og resultater av ulike alternative behandlingsmetoder fra ulike deler av verden. Å skille mellom pålitelige og upålitelige forskningsprosjekter og resultater, er krevende og vanskelig å gjennomføre. I lovforberedelsen ble det foreslått å øke forskningsaktiviteten og kvaliteten på forskningen på dette området. I 2000 ble Nasjonalt forskningssenter innen komplementær og alternativ medisin (NAFKAM) etablert.⁸⁵ Fram til i dag har NAFKAM gjennomført en studie som viste at akupunktur har positiv effekt på kvinners overgangsplager som hetetokter og søvnproblemer.⁸⁶ Det bør kunne antas at forskningsresultater fra NAFKAM vil bli ansett som pålitelig vitenskapelig forskning.

Spørsmålet blir videre om denne type forskning vil kunne tillates markedsført etter reglene om markedsføring av alternativ behandling.

Merknader til markedsføringsforskriften § 2 antyder et totalforbud tross vitenskapelig dokumentert effekt: *«Dersom det i markedsføringen av en behandler eller en behandlingsform antydes eller benyttes påstander om helbredelse, forebyggelse, behandling eller lignende av konkrete sykdommer eller lidelser, er dette påstander som krever dokumentasjon, og slik markedsføring vil som nevnt være forbudt».*⁸⁷

At det er et totalforbud det siktes til, forsterkes videre gjennom høringsnotatet som Departementet sendte ut ved vurderingen av behovet for forskriftsregulering av markedsføring av alternativ behandling. Departementet viser til den delen av proposisjonen som påpeker at «dersom det i markedsføringen benyttes påstander om ulike behandlingsformers effekt, vil dette være påstander som krever dokumentasjon». Til dette

⁸⁴ NOU 1998:21 s. 276 flg.

⁸⁵ NAFKAM skal blant annet stimulere til, utføre og koordinere norsk forskning innen alternativ behandling, jf. www.nafkam.no

⁸⁶ www.nafkam.no

⁸⁷ Merknader til forskrift § 2

kommenterer Departementet «Som nevnt vil slik dokumentasjon i mange tilfeller ikke foreligge, og mange behandlingsformer kjennetegnes også av at det vil være svært vanskelig eller umulig å fremskaffe tilstrekkelig vitenskaplig dokumentasjon for effekt. Det fremgår derfor av proposisjonen at det ikke er ønskelig å tillate slik markedsføring, og det vil dermed ikke være tillatt å benytte påstander om de ulike behandlingsformers effekt i markedsføringssammenheng.» Videre begrunner departementet dette med også hensynet til tilsynsmyndighetenes overvåkning av markedsføringen på feltet, tilsier at det ikke bør åpnes for en slik markedsføringspraksis.⁸⁸

I MR-2005-13, som tidligere er nevnt under punkt 3.4.5, ble det vist til vitenskaplige studier, forskning og andre forskningsresultater som dokumentasjon på at behandlingsformen hadde effekt, inkluderte prosentsetser for å indikere behandlingsformens suksessgrad. TFT Norway anførte at siden resultatene var vitenskaplig bevist, og kunne de dermed brukes i markedsføring. Og at det ville være urimelig å ikke få kunne vise til slik data. Markedsrådet uttalte at «loven og markedsføringsforskriften, er imidlertid klar på dette punkt, og kan ikke bortfortolkes under henvisning til at rettstilstanden er urimelig.» For øvrig mente Markedsrådet at TFT forsøkte å omgå regelverket ved at de på inngangssiden hadde en beklagelse av at man av Forbrukerombudet er «tvunget til å ta bort alt som direkte kan antyde at TFT har effekt», deriblant «1000 historier skrevet av den enkelte klient eller behandler», og «resultatene fra f. eks. en søramerika studie over 14 år med mer enn 29000 pasienter som har blitt behandlet med såkalt «tapping» teknikker».

Alt i alt taler det for at det foreligger et totalforbud på bakgrunn av vanskelighetene med å dokumentere effekt.

⁸⁸ Høringsnotat – Utkast til forskrift om markedsføring av alternativ behandling med hjemmel i lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv., jf. kapittel *Vurdering av behovet for forskriftsregulering av markedsføring av alternativ behandling.*

I forlengelse av dette skriver Forbrukerombudet på sine hjemmesider at «*I den augneblinken effekt av behandlinga kan dokumenterast, er behandlinga ikkje lenger alternativ.*»⁸⁹

Dersom dette er tilfellet, vil ikke totalforbudet virke så strengt allikevel. Spørsmålet er om Forbrukerombudet har juridisk støtte for denne uttalelsen. Flere momenter taler mot denne uttalelsen.

For det første er det på det rene at det innenfor helsevesenet anvendes flere behandlingstiltak som ikke har tilstrekkelig dokumentasjon.⁹⁰ For det andre er lovens begrep alternativ behandling avgrenset mot helserelatert behandling som utøves utenfor helsetjenesten og som ikke utøves av autorisert helsepersonell, og ikke mot hva som til enhver tid er dokumentert eller ikke. Se oppgavens del 3.3 følgende om begrepet alternativ behandling.

For det tredje er det mer som skal til enn dokumentert effekt for å klassifisere en helsemessig behandling under skolemedisin. Et av hovedspørsmålene som Departementet reiste ved politikkkutformingene av alternativ behandling, var hvordan og i hvilken omfang det skje en integrering av alternativ behandling inn i helsevesenet. Departementet besvarte spørsmålet med at dersom det skal skje en integrering, må det stilles like omfattende faglige krav til behandleren som det gjøres til den autoriserte helsepersonellet, og det må foreligge et begrunnet kunnskapsgrunnlag for virkning av den alternative metoden.⁹¹

Selv om effekt av alternativ behandling kan dokumenteres, er det flere omstendigheter som må foreligge før en kan si at behandlingen ikke lenger er alternativ.

For at alternativ behandling skal kunne bli akseptert innenfor skolemedisinen, må den være

⁸⁹ <http://forbrukerombudet.no/index.gan?id=11039681&subid=0>

⁹⁰ NOU 1998:21 s. 269

⁹¹ Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) s. 88

godt dokumentert, og forklaringsmodellen må være akseptabel.⁹²

Dersom noe anses for å være skolemedisin, vil behandlingsformen og utøverne reguleres av hlspl. For å få autorisasjon av en behandlingsform etter hlspl, er det ytterligere krav. I første omgang må en søke om autorisasjon, og det foreligger ikke et rettskrav til autorisasjon på bakgrunn av at det foreligger vitenskaplig dokumentasjon av effekt. Det skal ved avgjørelsen foretas en helhetsvurdering hvor det legges vekt på hensynet til pasientsikkerhet, innhold og formålet med utdanningen, i hvilken utstrekning yrket utøves selvstendig og hensynet til harmoniseringen med andre land. jf. hlspl. § 48 fjerde ledd. I forhold til utdanningen, skal det foretas en vurdering av den helsemessige fagligheten, og den dokumenterte effekten. Da spørsmålet om autorisasjon av osteopati og naprapati ble behandlet og avslått etter søknad, ble også forklaringsmodellene bak behandlingsformene et moment ved vurderingen. Dersom en da ser på den totale vurderingen for at en behandlingsform skal bli autorisert og ansett for skolemedisin, kan vilkårene etter hlspl. være såpass strenge at de kan virke uoppnåelig for mange av utøvergruppene.⁹³ Spesielt der hvor behandlingens forklaringsmodell ikke blir akseptert innenfor de vitenskaplige kretsene, slik at fremleggelse av vitenskaplig dokumentasjon nærmest blir umulig.

På bakgrunn av ovenfor nevnte momenter, er det ikke slik at det ved dokumentert effekt automatisk skjer en endring fra alternativ medisin til skolemedisin. Men dersom en behandlingsmetode anses å ha effekt, vil det være større grunn til å autorisere denne gruppen.⁹⁴

Samlet sett er regelen om saklig markedsføring av effekt ganske strengt. Dette sparer tilsynsmyndighetene tid i overvåkingen av bransjen. Imidlertid er alternativ behandling og forskningen rundt det, økende på alle områder. Dersom NAFKAM produserer positive

⁹² NOU 1998:21 s. 276

⁹³ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 175

⁹⁴ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 177

forskningsdata omkring virkning av alternativ behandling, kan det tenkes at dagens regelverk bør modifiseres deretter. Det vil antagelig stride mot de grunnleggende hensynene til loven om pasienten ikke får opplyst om en eventuell anerkjent vitenskaplig dokumentert effekt.

4 Vurderinger av den rettslige reguleringen

4.1 Den alternative behandlingsvirksomhetens markedsføringsbegrensning - oppfylles hensynene?

Under oppgavens del 3 ble innholdet av kravene til markedsføringsreglene av alternativ behandling drøftet. Reglene for hva som det kan vises til i markedsføringssammenheng er tildels uklare og strenge. Spesielt er totalforbudet av å vise til dokumentert effekt ganske strengt. Sett i sammenheng med det store spekteret av hvilke metoder begrepet alternativ behandling rommer, kan reglene slå forskjellig ut.

I oppgavens del 2 ble den saklige avgrensningen av begrepet alternativ behandling redegjort og drøftet for. Hva som er å anse som alternativ behandling må vurderes etter en konkret helhetsvurdering i motsetning til en uttømmende oversikt over bestemte terapiformer. I forarbeidene viser Aarbakke-utvalget til en ikke uttømmende oversikt på omtrent hundre ulike alternative behandlingsformer.⁹⁵ Spekteret av ulike behandlingsformer er stort, og spennvidden av forskjellige metoder varierer.

For eksempel er det noen behandlingsformer som er fysisk rettet så som akupunktur hvor det er nåler som perforerer hudoverflaten. Mens andre behandlingsformer er mer rettet mot energibehandling som for eksempel healing, hvor det blant annet er en overførsel av

⁹⁵ NOU 1998:21 kap. 6

helbredende energi fra utøver til pasient.⁹⁶ Andre faktorer som gjør at det er store forskjeller innenfor den saklige avgrensningen, er knyttet til utdanning, forskning og en ulik grad av aksept av visse alternative metoder innenfor helsevesenet. Akupunktur, homøopati og osteopati er metoder som i en viss grad anvendes innenfor helsevesenet. Akupunktur er også som tidligere nevnt dokumentert virkningsfullt for enkelte sykdomstilfeller. Innenfor utdanningsnivået, er det som nevnt tre skoler som er godkjente.

Det tilfellet at noe er dokumentert virkningsfullt, har godkjente utdanningsordninger og til en viss grad anvendes innenfor det etablerte helsevesenet, kan i seg selv tale for at det anses å være velfungerende metoder. At det allikevel ikke er tillatt å markedsføre effekt av slike metoder, kan virke urimelig strengt for utøveren av disse metodene. Dersom noen behandlingsmetoder vokser i omfang gjennom utdanning og innefor helsevesenet, bør det tilsi at pasienten skal få nødvendig kunnskap om behandlingsmetoden.

Imidlertid vil begrensningene for hva en alternativ utøver kan markedsføre vil i teorien helt klart forhindre useriøs markedsføring av behandlingstilbud, ved at det settes en begrensning for hva utøveren kan love til pasienten av behandlingsresultater. Å oppleve sykdom kan være en påkjenning i seg selv, om ikke en skal bli belastet med alle slags mulige helbredelsesmetoder som eventuelt kan gi urealistiske forventninger om å bli frisk. Hensynet til beskyttelse av pasienten kan dermed sies å bli oppfylt gjennom det strenge regelverket. Men hensynet til pasientens valgfrihet over egen helse må komme inn som et moment i de tilfellene hvor det skjer en positiv utvikling for anerkjennelse av enkelte behandlingsmetoder.

Alternativ behandling utgjør i dag en sekkebenevnelse med et stort mangfold utøvere og metoder. Dette var imidlertid Departementet klar over ved utarbeidelse av albhl.

Departementet uttaler at: *"Innholdet i de forslagene som fremmes i denne proposisjonen av*

⁹⁶ NOU 1998:21 s. 63-65

*både rettslig og utenomrettslig karakter, vil kunne være starten på en utviklingsprosess hvor nye tiltak kan vurderes og iverksettes når nytt beslutningsgrunnlag foreligger. Nytt grunnlag kan være utredninger, ny viten fra forskning, utøverorganisasjonenes dokumentasjon av standardisering av utdanninger, systematikk i krav til faglig virksomhet, klageorganer mv”.*⁹⁷

Naturlig for regelverket her vil kanskje være at det tilpasses den nærmere utviklingen på området. En viktig utvikling vil være den siden som gjelder forskningen. Forskning og et økt samarbeid mellom det etablerte helsevesenet og den alternative bransjen var noe Departementet la vekt på for den videre utviklingen.

4.2 Om den videre utviklingen av andre utenomrettslige virkemidler

4.2.1 Forskning

Som tidligere nevnt, er forskningen på alternativ behandling et viktig element i utviklingen av kunnskap om bransjen og dermed også relevant for den rettslige reguleringen av markedsføringen. Til tross for at det foreligger en del forskningsresultater i dag, er det minimalt av dette som anerkjennes som vitenskapelig dokumentert. I Norge er som tidligere nevnt NAFKAM etablert for blant annet å gjennomføre forskningstiltak. Per i dag finnes det fortsatt lite forskning på alternativ behandling. Det er flere grunner til det. For det første trengs det økonomisk bevilgning for å gjennomføre forskningstiltak. NAFKAM får i overkant av 3 millioner kroner i året inkludert driftsavgifter.⁹⁸ Bevilgningene som er gitt NAFKAM er også lave i forhold til hva Forskningsrådet deler ut til skolemedisinforskning.⁹⁹

⁹⁷ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 98

⁹⁸ Til sammenligning har tilsvarende forskningsinstitusjon i USA et budsjett på 104 millioner dollar.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 46

For det andre er det en manglende forskningskompetanse blant alternative behandlere. Samtidig som vitenskaplige forskere mangler innsikt og forståelse av den alternative virkelighetsoppfatningen. NAFKAM har fokusert mesteparten av sin forskning på akupunktur, på grunn av at det er der forskerne er mest kompetente.

For det tredje er det en grunnleggende strid om egnet forskningsmetode. Det er ikke enighet mellom aktørene angående hvilke rammer forskningsaktiviteten skal ligge innenfor. Løsningen avhenger hovedsaklig av hvem det er som forsker. Forskerne innenfor skolemedisinen mener at forskningen skal ligge innenfor de rammer som er forståelig for skolemedisinen. De er opptatt av å finne en forklaringsmodell som stemmer overens med det «vitenskaplige bildet».¹⁰⁰

Det finnes dermed en del forskningsprosjekter og resultater, men hovedsaklig er ikke effektene dokumentert innenfor forklaringsmodeller som forskerne innenfor skolemedisin er opptatt av. Virkningsmekanismene er i stor grad uforståelig med dagens vitenskaplige metoder, slik at bevisbyrden for de alternative behandlerne er stor. Når det gjelder akupunktur, er det derimot kunnet måle effekt som til en viss grad kan forklares innenfor det vitenskaplige bildet.¹⁰¹ Når det gjelder blant annet healing, er kvantefysikken er åpen for en forskningsmetode som hevder å kunne forske på fenomener som ikke dagens vitenskaplige rammer greier å fange opp, uten at det skal gå noe mer inn på det i det følgende. Men på grunn av den økende interessen for alternativ behandling, og den økte bruken, kan spørsmålet bli hvor lenge den vitenskaplige forskningsaktiviteten greier å holde på sine metoder. Det tilfellet at den økende interessen og etterspørselen er stor, sammenholdt med at det ikke kan forklare hvorfor enkelte alternative behandlinger har effekt, kan føre med seg at forskerne kanskje vil måtte finne andre syn på hvordan en kan akseptere en hendelse. Men per i dag har den delen som omhandler forskning, enkelte utfordringer som er med på å stagnere utviklingen på både kunnskapssiden, og på den rettslige reguleringsiden. Dette vil si at alternative utøvere kan møte strenge

¹⁰⁰ NOU 1998:21 s. 276 (13.1.2)

¹⁰¹ Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) kap. 6

markedsføringsregler så lenge det er slike utfordringer innenfor forskningen.

Siden forskningen per i dag står innenfor ulike utfordringer, vil helsevesenets anerkjennelse og bruk av enkelte alternative behandlingsmetoder være metodenes inngangsport til helsevesenet. I den sammenheng, er dermed også helsevesenets holdninger til alternativ behandling i stor grad avgjørende for utviklingen av det alternative feltet.

4.2.2 Det norske helsevesenets holdninger til alternativ behandling

Hvilke holdninger helsevesenet har, er viktig i forhold til å ta inn flere alternative behandlingsmetoder inn i helsevesenet selv om det ikke lykkes i å få dokumentert effekt gjennom forskning, som igjen resulterer i strenge krav til markedsføringen.

Aarbakke-utvalget har foretatt en undersøkelse om helsevesenets holdninger, på bakgrunn av helsevesenets handlinger, aktivitet og samhandlingsformer med alternativ medisin. Utvalget deler opp holdningene i tre posisjoner, avvisende, nøytral og aktiv samhandling eller henvisende praksis. Videre viser de til at helsevesenet er i dag gått fra en avvisende til en nøytral holdning til alternativ behandling. Men viser også til at avstanden mellom nøytral og aktiv samhandlende eller henvisende fortsatt er stor.¹⁰²

Den økende etterspørselen blant befolkningen vil også ha innvirkning for om helsevesenet vil ta i bruk enkelte alternative behandlingsmetoder. Siden Aarbakke-utvalgets undersøkelser om bruk av alternativ behandling fra 1997, er den norske bruken av alternativ behandling blitt undersøkt i 2002 og 2005 «Bruk av helsetjenester. SSB Levekårsundersøkelsene, 2002 og 2005». ¹⁰³av Statistisk Sentralbyrå, og senest av Synovate MMI og NAFKAM for Nifab i 2007. «Bruk av alternativ behandling i Norge» ¹⁰⁴

¹⁰² NOU 1998:21 s. 176

¹⁰³ <http://statbank.ssb.no/statistikkbanken>. Aksessert 160507

¹⁰⁴ [http://www2.uit.no/ikbViewer/Content/84612/NIFAB_NAFKAM_rapport_brukerundersÅkelse\[1\].pdf](http://www2.uit.no/ikbViewer/Content/84612/NIFAB_NAFKAM_rapport_brukerundersÅkelse[1].pdf)

Den siste undersøkelsen gjort for Nifab i 2007 viser en sterk økning av bruken av alternativ behandling siden Aarbakke-utvalgets undersøkelse i 1997. Resultatene viser at om lag halvparten av befolkningen har anvendt alternativ behandling. Med forbehold om generelle svakheter ved forskninger og sammelignede forskninger, viser resultatene at bruken av alternativ behandling i Norge har økt dramatisk over de siste ti årene.

Alternativ behandling kan sies å dermed stå i et skille, hvor det er effektivt nok til å befolkningen tar det i bruk, men ikke nok til at det blir akseptert innenfor helsevesenet. Samtidig er det også slik at enkelte alternative behandlingsmetoder som ikke er autoriserte og anerkjente innenfor helsevesenet allikevel anvendes innenfor helsevesenet, for eksempel akupunktur. Det blir slik at enkelte behandlingsformer har en fot innenfor men og allikevel en fot utenfor.

4.3 Den videre utviklingen når det gjelder kravene til markedsføringen

Kravene til markedsføring er strenge blant annet på grunn av mangel på kunnskap for området, og derav også et ønske om å beskytte sårbare pasienter. Grunnen til at det foreligger mangel på kunnskap om virkning av ulike alternative behandlingsmetoder, trenger imidlertid ikke ha direkte sammenheng med at metodene ikke fungerer. Når etterspørselen av alternative behandlingsmetoders øker slik den har gjort de siste 20 årene, kan det kanskje tale for det motsatte. I dag er flere alternative behandlingsmetoder imidlertid svært omstridt, og det er ikke funnet gode forskningsmetoder for å måle den vitenskaplige effekten. Reglene om markedsføringen gjenspeiler dermed blant annet holdningene til alternativ behandling, og de utfordringene som finnes på forskningssiden.

Men dersom det i fremtiden dokumenteres effekt av flere alternative behandlingsmetoder etter en tilfredsstillende forskningsmetode, kan den strenge bestemmelsen om at det ikke kan markedsføre dokumentert effekt virke urimelig, og også mot sin hensikt, ved at det ikke er noe å beskytte pasienten mot. En mulig løsning kan være å fremme en unntaksbestemmelse for tilfeller hvor det i fremtiden foreligger anerkjent positiv

forskningsresultater, slik at det kan fremmes gjennom markedsføring. Eventuelle forskningsresultater, kan også føre til en økt anerkjennelse av alternative behandlingsmetoder innenfor helsevesenet, som igjen kan bidra til at metoden kan etableres innenfor helsevesenet, og reguleres av den øvrige helselovgivningen.

Men med tanke på utfordringene innenfor forskning, er det vanskelig å si noe om den fremtidige utviklingen av feltet alternativ behandling. Før den tid vil hensynet til beskyttelse av pasienten være en sentral begrunnelse for kravene til markedsføring.

De strenge reglene kan sies å være gode i dag ved at de faktisk beskytter pasientene overfor enkelte udokumenterte og useriøse alternative behandlingsmetoder. Men på den andre siden blir reglene urimelige overfor de metodene som er høyt etterspurt og mye brukt. Fram til eventuelle godkjente autorisasjoner eller en nyansering av begrepet alternativ behandling, må disse metodene også følge kravene om saklig og nøktern markedsføring. Men er det slik at en behandlingsform fungerer godt mot en sykdom eller lidelse, så vil den behandlingsformen også kunne få omtale utenom at det drives markedsføring. Slik «word of mouth» er god reklame, og kan igjen bidra til økt bruk, som igjen bidrar til press på forskningen, som igjen kan utvikle rettsområdet.

5 Avslutning

Det er vanskelig å gi et klart og konsist innhold av markedsføringen av alternativ behandling. Tendensen er at enhver markedsføring av alternative utøvere må vurderes etter en konkret helhetsvurdering på bakgrunn av de momentene som er lagt opp gjennom hovedsaklig forskriften og merknadene til denne. Reglene i albhl. og i forskriften med merknader gir veiledning, men ikke alltid klare løsninger for den enkelte utøveren. Det er flere steder der det oppstår gråsoner for hva som er tillatt og ikke. Spørsmålet er om det imidlertid er hensiktsmessig å ha klare regler for dette området. Forbrukerombudets praksis

ser ut til å gå mot en retning som kan likne klare skiller på hva og hvilke ord og begreper som er tillatt og ikke tillatt å markedsføre. Dette kan på sin side gjøre det lettere for Forbrukerombudet å kontrollere bransjen, og for utøverne å ordlegge seg. På en annen side, kan oppdelingen av de klare reglene for hva som er tillatt mot hva som ikke er tillatt være uten betydning for den som skal beskyttes, pasienten.

Når det gjelder begrepet alternativ behandling er det som redegjort for helserettslige behandlinger som inngår først og fremst. Her rommer det utallig mange behandlingsmetoder. At det ikke er tillatt å dokumentere effekt for noen av disse alternative behandlingsmetodene har to sider. På den ene siden vil det beskytte markedet, pasientene og tilsynsmyndighetenes kontrollvirksomhet for eventuelle upålitelige effektpåstander av ulike metoder. På en annen side er det innenfor det store spekteret av alternativ behandling enkelte behandlingsmetoder som er i stor grad akseptert i forhold til etterspørselen, anvendelse innenfor helsevesenet og utdanning. At enkelte behandlingsmetoder som er mer integrert enn andre behandlingsmetoder allikevel må forholde seg til de strenge markedsføringskravene kan virke urimelig. En nyansering av begrepet alternativ behandling kunne kanskje blitt gjort til fordel for de mer etablerte metodene fram til en eventuell integrering i helsevesenet. Hensynene til å beskytte pasientene kan imidlertid sies å bli ivaretatt gjennom markedsføringsreguleringen i forhold til at den forhindrer useriøs markedsføring.

Regelverket om hva som en ikke kan markedsføre kan virke for utøveren problematisk i forhold til at en også har opplysningsplikt om å informere om forklaringsgrunnlag og lignende for behandlingen. Utøveren må være forsiktig i hvordan han ordlegger seg i markedsføringen. Men frem til det er nok vitenskaplig dokumentasjon omkring ulike behandlingsmetoders effekt, ser det ut til at løsningen er et strengt regelverk. Derfor kan det være viktig å utvikle den siden som gjelder forskningen. Viktigheten av dette synliggjøres gjennom den økte bruken av metoden. Når befolkningen handlemåter endrer kurs, følger det naturlig en endring av forskning og eventuelt derav rettslig regulering.

Utfordringen ligger blant annet i den vitenskaplige tenkemåte. Det kan være at det kreves et paradigmeskifte i synet på vitenskap og virkelighetsbildet blant forskere for at det skal skje en utvikling innenfor effektforskning av alternativ behandling. Det samme kan også være for enkelte innenfor helsevesenet, for at integreringen skal øke fart. Lov om alternativ behandling og reglene om markedsføring kan imidlertid sies å være tilpasset tiden for lovutarbeidelsen. Dersom den alternative bransjen fortsetter å utvikle seg i fremtiden kan det imidlertid tenkes at regelverket bør tilpasses deretter.

Forarbeider

NOU 1998:21 Alternativ medisin

Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) Om lov om alternativ behandling av sykdom mv.

Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) Kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
(markedsføringsloven)

Høringsnotat - Utkast til forskrift om markedsføring av alternativ behandling med hjemmel i lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv. Helse- og omsorgsdepartementet.

Høyesterett

Rt. 1950 s. 971

Rt. 1961 s. 212

Rt. 1965 s. 155

Rt. 1985 s. 19

Markedsrådets vedtak

MR-2005-13

Forbrukerombudets vedtak og retningslinjer

Sak 06/73 (Laserbehandling)

Sak 06/958 (flyt og balanse)

Sak 07/914 (brun og blid)

Forbrukerombudets retningslinjer for markedsføring av alternativ behandling oktober 2007.

Nettdokument

www.saborg.no

www.nifab.no

www.nafkam.no

www.forbrukerombudet.no

www.ssb.no