

Pasientskadelov og kosmetisk kirurgi – objektivt ansvar for estetiske mangler?

I strid med lovgivers intensjoner har pasientskadeordningen hittil bare omfattet den offentlige helsetjenesten. Nylig vedtatte endringer i pasientskadeloven innebærer at også pasienter i det private helsevesen vil omfattes av loven og dens objektive erstatningsordning. Dette vil medføre flere vanskelige rettslige vurderinger i relasjon til kosmetisk kirurgi.

Oppgitte interessekonflikter: Ingen

Kirurgiske inngrep er alltid forbundet med risiko for personskade av mer eller mindre alvorlig grad. Når slik skade oppstår etter behandling i det offentlige helsevesen, utløser det rett til erstatning på objektivt grunnlag etter pasientskadeloven. Pasienter som undergår kosmetiske operasjoner med uheldige følger, er derimot henvist til å gjøre gjeldende kontraktsbruddssanksjoner, herunder kontrakterstatning, og/eller kreve erstatning etter alminnelige erstatningsregler (1, 2). En slik tosporet rettsstilling var ikke forutsatt av lovgiver da pasientskadeloven ble vedtatt i 2001 (3, 4).

Endringer i pasientskadeloven

For å avbøte den rettslige forskjellsbehandlingen av pasienter som lider skade i henholdsvis privat og offentlig helsevesen, fremmet Stoltenberg-regjeringen høsten 2006 forslag om endringer av pasientskadeloven (5). Forslaget ble vedtatt ved lov 29.6. 2007 (6), og lovendringene er forutsatt å tre i kraft 1.1. 2008. Norsk Pasientskadeerstatning har imidlertid uttrykt usikkerhet om hvorvidt de nødvendige omstillinger kan gjøres innen den tid (7). Tidspunktet for ikrafttredelse er derfor noe usikkert.

Pasientskadeerstatningsordningen i offentlig helsevesen er finansiert av stat, fylkeskommune og kommune, jf. pasientskadeloven § 7 annet ledd. Utvidelsen av ordningen til privat virksomhet skal i sin helhet finansieres ved tilskudd fra de private helse-tjenesteaktørene – se den nye § 8. Etter bestemmelsens tredje ledd kan forsettlig overtredelse av betalingsplikten straffes med bøter eller fengsel i inntil tre måneder. Dessuten vil Norsk Pasientskadeerstatning kunne søke regress for krav fra en skadevolder som ikke har betalt sitt tilskudd. Private tilbydere av helsetjenester kan ikke begrense sine pasienters adgang til å kreve erstatning fra Norsk Pasientskadeerstatning (5).

Lovendringen innebærer at pasienter som behandles i privat sektor, likestilles med dem som behandles i offentlig sektor, og

at Norsk Pasientskadeerstatning overtar behandlingen av erstatningskrav og ev. utbetaling også for disse pasienters vedkommende. Ansvarsgrunnlaget for erstatningskrav etter pasientskadeloven er objektivt, jf. lovens § 2 første ledd. Det betyr at pasientens krav ikke er betinget av at behandlende helsepersonell kan bebreides for skaden. Erstatning etter pasientskadeloven dekker tidligere og fremtidig økonomisk tap i den grad trygden ikke dekker dette, samt menerstatning, kfr. lovens § 4 første ledd og skadeerstatningsloven § 3-1. Oppreisning etter skadeerstatningsloven § 3-5 og økonomisk tap under 5 000 kroner dekkes imidlertid ikke, kfr. pasientskadeloven § 4 første ledd annet punktum.

Lovendringene og kosmetisk kirurgi

Lovendringene vil ha stor betydning for pasienter som lider tap som følge av skade etter kosmetisk kirurgi. Pasienten vil kunne klage direkte til Norsk Pasientskadeerstatning, kfr. pasientskadeloven § 9. Erstatningskravet vil være uavhengig av om kirurgen har utvist uaktsomhet eller om skaden skyldes hendelig uhell, teknisk svikt eller liknende. Som forvaltningsorgan er Norsk pasientskadeerstatnings virksomhet omfattet av forvaltningsloven, og avgjørelse om erstatning er å anse som enkeltvedtak, kfr. pasientskadeloven § 14. Pasientskadenemnda er klageorgan over Norsk Pasientskadeerstatnings vedtak, kfr. § 15.

I de sjeldne tilfeller pasienten krever oppreisning etter skadeerstatningsloven § 3-5, vil kravet fortsatt måtte forankres i alminnelige erstatningsregler, kfr. § 4 første ledd, jf. tredje. Heller ikke hvis pasientens tap er under 5 000 kroner kan krav fremmes etter pasientskadeloven. Normalt vil ikke denne grensen være problematisk når pasienten først lider personskade. Tap under 5 000 kroner er derimot lett tenkelig der erstatningskravet gjøres gjeldende som kontraktsbruddssanksjon, eksempelvis som supplement til et hevningskrav. Slike krav vil gjerne skyldes mangler som ikke omfatter personskade (1).

Skadevilkåret og estetiske mangler

Denne drøftelse fører naturlig over i en sentral problemstilling vedrørende de aktuelle endringene i pasientskadeloven. For å få tilkjent erstatning etter denne loven, er det et absolutt vilkår at pasienten er påført «skade», kfr. lovens §§ 1 og 2. I forarbeidene til endringsloven er det presisert at det bare er «personskader som omfattes av utkastet. (...) Uttrykket «skade» omfatter også sykdom. Med «skade» menes videre ikke bare fysisk skade, men også psykiske skader kan gi rett til erstatning hvis vilkårene ellers er tilstede» (8, 9).

Grensen mellom mangel og personskade i relasjon til kosmetisk kirurgi er meget vanskelig å trekke. Blant annet av denne grunn mener jeg at pasientens tapsposter må utgjøre de avgjørende kriterier for om erstatningskravet vurderes etter kontraktsrettslige eller alminnelige erstatningsregler (1). Det er imidlertid utenkelig at Norsk Pasientskadeerstatning legger en slik løsning til grunn når endringene i pasientskadeloven trer i kraft. Trolig vil de motta en rekke klager fra pasienter som er misfornøyde etter kosmetiske inngrep. Om det uheldige resultatet eller de psykiske reaksjoner pasienten har fått kvalifiserer til «skade» i relasjon til loven, vil antakelig forårsake mye hodebry. For eksempel vil Norsk Pasientskadeerstatning måtte avgjøre om resultatet av neseoperasjonen er så uheldig at det foreligger «skade». I vurderingen må det også ses hen til hvordan nesen så ut før inngrepet fant sted. Det vil bli svært vanskelig å utarbeide objektive vurderingskriterier som sikrer likebehandling.

Erstatning utenfor pasientskadeloven

Et annet spørsmål er hvilken adgang pasienten skal ha til å søke erstatning utenfor pasientskadeloven. Spørsmålet er i hovedsak aktuelt i to situasjoner. Den første er der pasienten ønsker å fremme krav mot kirurgen eller klinikken etter

alminnelige erstatningsregler, søker oppreisning etter skadeerstatningsloven § 3-5 (pga. forsettlig eller grovt uaktsom personskade) eller kravet er under grensen på 5 000 kroner. Den andre situasjonen er der pasientskadelovens skadevilkår ikke er oppfylt og pasienten ønsker å fremme erstatningskrav pga. mangel etter kontraktsbruddsreglene.

Når det gjelder adgangen til å søke erstatning direkte fra kirurg eller klinikk, følger det av pasientskadeloven § 4 tredje ledd første punktum at loven ikke er til hinder for det. Lovendringen vil ikke innebære noen begrensning av denne adgangen (5). Pasienten har m.a.o. full adgang til å gå direkte på kirurgen, for eksempel for å søke oppreisning. Han/hun kan også fremme krav direkte mot klinikken etter skadeerstatningslovens arbeidsgiveransvar eller det alminnelige kontraktshjelperansvaret når vilkårene ellers er til stede for dette. Dette følger av at klinikkene er private tilbydere av helsetjenester, jf. pasientskadeloven § 4 tredje ledd annet punktum motsetningsvis. Det bør bemerkes at forarbeidene fremholder at en skadevolder som holdes personlig ansvarlig, kan søke regress av Norsk Pasientskadeerstatning for den del av erstat-

ningsbeløpet som denne ellers ville stått ansvarlig for etter loven (5).

Forholdet mellom adgangen til å kreve erstatning etter henholdsvis pasientskadeloven og kontraktserstatningsreglene er ikke berørt i forarbeidene til lovendringen. Grunnen er nok at forholdet mellom helsepersonell og pasient tradisjonelt ikke har vært gjenstand for kontraktsrettslig behandling (1). Formuleringen i § 4 tredje ledd første punktum legger imidlertid ingen begrensninger på adgangen til å kreve erstatning etter kontraktserstatningsreglene. Dette vil særlig være aktuelt hvis pasienten hevder det foreligger mangel, men skadevilkåret i pasientskadeloven ikke er oppfylt. Et eksempel kan være der kirurgen har garantert for et resultat som ikke blir oppnådd, men der resultatet tross alt innebærer en estetisk forbedring. En aktuell tapspost i et slikt tilfelle kan være dekning av utgifter til korrigerende operasjon ved en annen klinikk.

Ole André Oftebro
ole.andre.oftebro@kluge.no
 KLUGE Advokatfirma DA
 Postboks 1548 Vika
 0117 Oslo

Litteratur

- Oftebro OA. Mislighold og sanksjoner ved avtaler om kosmetisk kirurgi. Avhandling for graden cand.jur. Oslo: Universitetet i Oslo, 2007.
- Oftebro OA. Når pasienten er forbruker. *Aftenposten* 20.12.2006.
- Reiersen N. Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester. *Tidsskrift for erstatningsrett* 2004; nr. 2/3: 123 flg.
- Johannessen LB. Forsikring av helsepersonell. *Tidsskr Nor Lægeforen* 2004; 124: 232.
- Ot.prp. nr. 103 (2005–2006). Om lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) m.m. www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/regpubl/otprp/20052006/Otprp-nr-103-2005-2006-.html?id=190808 (4.10.2007).
- Om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) m.m. www.lovdata.no/cgi-wift/wiftldles?doc=/usr/www/lovdata/all/nl-20070629-078.html&button=s%20d8k&dep=hod& (4.10.2007).
- Ruud S. Erstatning for tannlegetabber. *Aftenposten* 13.3.2007.
- Norges offentlige utredninger. Erstatning ved pasientskader. NOU 1992: 6.
- Ot.prp. nr. 31 (1998–1999). Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven). www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/19981999/Otprp-nr-31-1998-99-.html?id=159611 (4.10.2007).

Manuskriptet ble mottatt 29.8. 2007 og godkjent 29.10. 2007. Medisinsk redaktør Petter Gjersvik.