

Juridisk betenkning vedr. enkelte spørsmål knyttet til helsetjenester ved bruk av moderne former for telekommunikasjon

Professor dr. juris Aslak Syse

1. Bakgrunn og rettskildesituasjon

1.1 Utgangspunkt

I samband med utarbeidelse av retningslinjer for hva slags medisinske tjenester som kan utøves ved bruk av moderne kommunikasjonsformer mellom helsepersonell og pasient, herunder kommunikasjon ved bruk av internett, er jeg bedt om å klargjøre enkelte spørsmål som vil være av interesse ved avgrensningen av om tjenestene fremstår som *helsetjenester* etter helselovgivningen mv.

I kortform vil jeg bruke begrepet ”netthelsetjenester” for helsetjenester ved bruk av moderne kommunikasjonsformer mellom helsepersonell og pasient, herunder kommunikasjon ved bruk av internett. Dette begrepet vil bli brukt med de avgrensninger som framgår av punkt 1.4 (telemedisin) og punkt 1.5 (alternativ behandling, blant annet ved bruk av internett) slik at det kreves kommunikasjon mellom et *helsepersonell* og en *pasient* der det gis *individuell rettet* rådgivning og og/eller hjelp av nærmere *kvalifisert grad*.

1.2 Bruk av ”internett” i lovtekst, forarbeider mv.

Det har i svært begrenset utstrekning ved utarbeidelsen eller ved revisjoner av den sentrale helselovgivningen, enten denne har regulert selve helsetjenestenes plikter og virksomhet (kommunehelsetjenesteloven, spesialisthelsetjenesteloven, helseforetaksloven), helseutøvernes plikter og ansvar (helsepersonelloven) eller pasienters rettigheter (pasientrettighetsloven), vært fokusert på de grensdragningene som tas opp i denne betenkningen.

Ved søk på ordet ”internett”, finnes ikke dette brukt i lovtekster eller forskrifter som regulerer omfanget av hva som kan framstå som helsetjenester.

I lovforarbeidene til forannevnte lovgivning er det kun i Ot.prp. nr 12 (1998-99) *Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)* at ordet forekommer, og kun én gang, i punkt 4.6.6.6 *Tilgjengelig informasjon*. Her er spørsmålet om å kunne realisere pasientens rett til fritt sykehusvalg. Det sies her: ”I Helseregion II gis informasjonen i hovedsak på tekst-TV og over telefon. I framtiden vil også internett bli et stadig viktigere kommunikasjonsmiddel.” Dette dreier seg om administrative opplysninger, og faller klart utenfor hva som menes med helsehjelp, selv om det gis informasjon om mulighetene for ev. å få helsehjelp. Dette er fulgt videre opp i punkt 4.2.3 i Ot. prp. nr. 63 (2002-2003) *Om lov om endringer i lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) m.m.* Denne proposisjonen skal etter planen behandles av Stortinget høsten 2003.

I Norsk Lovkommentar (NL) forekommer ordet ”internett” bare i én kommentar til helselovgivningen i vid forstand, til lov 18. mai 2001 nr. 24 om helseregistre og behandlingen av helseopplysninger (helseregisterloven). Under lovprosessen

presiserte særlig sosialkomiteen betydningen av å vektlegge sikkerhetsaspektene ved denne type registre med svært sensitive opplysninger om identifiserbare pasienter. Lovens § 16 *Sikring av konfidensialitet, integritet, kvalitet og tilgjengelighet* har et første ledd med denne ordlyden:

”Den databehandlingsansvarlige og databehandleren skal gjennom planlagte og systematiske tiltak sørge for tilfredsstillende informasjonssikkerhet med hensyn til konfidensialitet, integritet, kvalitet og tilgjengelighet ved behandling av helseopplysninger.”

I NL har professor Erik Boe i note 54 til loven blant annet framhevd følgende:

”I hovedsak blir det opp til Regjeringen å fastsette enkelthetene i forskrift etter § 16 fjerde ledd. Datatilsynets retningslinjer for informasjonssikkerhet generelt og Datatilsynets veiledning for informasjonssikkerhet i helsesektoren spesielt tjener som rettesnorer for forskriftsutøvelsen (Ot.prp. nr. 5 s. 127-128). Andre føringer følger av lovbehandlingen. Intet helseregister må være tilknyttet Internett, og opplysningene skal ligge i lukkede og interne systemer (Innst. O. nr. 62 s. 9). Løsningen samsvarer med praksis fra Datatilsynet.”

I samband med de lovene som regulerer utøvelse av helsetjenester, er heller ikke ordet ”internett” benyttet i de tilgrunnliggende NOU’er. De stedene hvor ”internett” er nevnt i for eksempel NOU’er som omhandler helsetjenester, er der det redegjøres for utvalgenes informasjonsinnhenting, arbeidsmåter mv., se for eksempel NOU 1998:21 *Alternativ medisin*, punktene 1.5, 10.10 og 13.3.

Tilsvarende spørsmål er, etter mine undersøkelser, heller ikke drøftet av Sivilombudsmannen eller Justisdepartementets lovavdeling i deres offentliggjorte uttalelser. Det foreligger ingen relevante avgjørelser fra Høyesterett på dette feltet.

1.3 Aktuelle rettskilder

Det blir altså alminnelig lovtolkning av de sentrale helserettslige lovene ut fra formålsbetraktninger og andre reelle hensyn som vil måtte utgjøre det sentrale rettskildemessige grunnlaget for denne betenkningen.

Det foreligger en viss forvaltningspraksis i form av Rundskriv I-12/2001 *Telemedisin og ansvarsforhold* fra (tidl.) Sosial- og helsedepartementet, se under, og enkelte svar på henvendelser eller reisning av problemstillinger overfor (tidl.) Sosial- og helsedepartementet (heretter: SHD), Sosial- og helsedirektoratet (heretter: Shdir), Statens helsetilsyn (heretter: Htil). Etter det jeg har fått opplyst, er alle aktuelle dokumenter på dette feltet tilgjengeliggjort for undertegnede i samband med betenkningen.

SHDs Rundskriv I-12/2001 *Telemedisin og ansvarsforhold* (dat. 5. febr. 2001) omhandler stort sett regulering av telemedisinske spørsmål omtalt i punkt 1.4, og behandler derfor spørsmål som jeg i stor utstrekning vil avgrense fra i denne betenkningen. I en rettskildemessig sammenheng er det imidlertid greit å påpeke at også i dette rundskrivet tas det utgangspunkt i helselovene fra 1999. Det legges alminnelige tolkningsprinsipper til grunn ved presisering og avgrensning av de alminnelige reglens virkeområde, for derved å kunne gi en viss rettleidning i spørsmål om ansvars plassering, journalføringsplikt mv. Spørsmålene som reises gjelder i hovedsak situasjoner hvor en allmennlege enten henviser *til* eller mottar råd

fra en spesialist – kalt konsultasjon og diagnostikk (herunder billedoverføring og røntgen) – og der kommunikasjonsformen er basert på overføring av bilder og tegn.

I tillegg har jeg fått tilgang til et utkast til en veileder kalt ”Helse på nett” der aktuelle rettslige spørsmål er forsøkt avklart av Nasjonalt senter for telemedisin (UiT). Det er meningen at en slik veileder skal utgis av Shdir, etter at arbeidet ble initiert i SHD.

Jeg vil i betenkingen til en viss grad vise til Rundskriv I-12/2001 og uttalelser gitt fra sentrale helsemyndigheter i enkeltsaker, men da bare for å påpeke sammenfall eller ulikhet i vurderinger av spørsmål som omhandles i betenkingen.

1.4 Avgrensninger mot ”telemedisin” slik dette begrepet vanligvis brukes
Slik ordet ”telemedisin” er brukt i lovforarbeider mv., omtales stort sett en bruk av moderne teknologi som kan lette pasientbehandling ved at pasienten framstiller seg ett sted under ytelse av helsehjelp, mest praktisk diagnostikk og vurdering av aktuelle behandlingstiltak, mens helsepersonellet får hjelp fra et mer kvalifisert personell på det aktuelle området, og hjelpen ytes fra et annet geografisk sted. Dette er oppfattet å være hensiktsmessig, og ressursbesparende, for både helsevesen og pasienter. Slik må for eksempel ”telemedisin” forstås i Ot.prp. nr 48 (1997-98) *Om lov om endringer i sykehusloven og i lov om psykisk helsevern (Sterkere nasjonal styring og regionalt samarbeid)* der begrepet er benyttet i punkt 2.1 *Regionalt samarbeid*. Her heter det blant annet:

”I Hellandsvikutvalgets NOU 1996:5 *Hvem skal eie sykehusene*, var det en enstemmig innstilling om at framtidens helsevesen trenger en sterkere grad av regional samordning. De viktigste begrunnelsene for dette var:

- Den medisinske/teknologiske utviklingen gir bedre behandlingstilbud. Enkelte tilbud er kostbare og krever spesialisert personell. Andre nyvinninger (f. eks. telemedisin) gjør det mulig å spre tidligere sentraliserte behandlingstilbud. Dette gir argumenter for både å konsentrere og å spre tilbud innen et større geografisk område.
- ...”

Videre framgår det av Ot.prp. nr 66 (2000-2001) *Om lov om helseforetak m.m. (helseforetaksloven)* i punkt 2.7.2 *Utvalgte områder for satsing fremover* blant annet:

”Også i forhold til forebygging er det viktig å ivareta samhandlingsprosesser mellom forvaltningsnivåer og sektorer. ... Nye teknologiske løsninger kan gjøre samarbeidet mellom sykehus og primærhelsetjenesten enklere, og spesialkompetansen lettere tilgjengelig for primærhelsetjenesten. Veiledning, telemedisin og ambulante tjenester vil i økende grad kunne gjøre det mulig å gi spesialisthelsetjenester i pasientens nærmiljø.”

Og i punkt 5.11 *Uttalelser om finansieringsspørsmål* siteres en høringsuttalelse fra Den norske Lægeforening hvor det heter:

”Dagens finansieringsordninger skaper på flere områder hindringer for effektivt samarbeid mellom de ulike forvaltningsnivå. Eksempler på dette er finansiering av telemedisin, respiratorbruk i hjemmet ...). Når denne type behandling foregår på sykehus, dekker staten gjennom ISF 50 pst. av hva det koster å behandle pasienten. Når denne type behandling derimot foregår ved sykestuer og sykehjem, mottas ikke ISF refusjon.”

En viss problematisering av denne tradisjonelle bruken av ordet telemedisin finnes i Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) *Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)*, framlagt av Nærings- og handelsdepartementet.

Under punkt 9.2 *Høringsinstansenes syn* heter det:

”Sosial- og helsedepartementet (SHD) har ønsket avklaring i hvilken grad telemedisinske tjenester vil omfattes av direktivet. SHD skriver bl.a. følgende:

”Telemedisinske tjenester kan ytes over avstand direkte av helsepersonell som en tjeneste basert på direkte kommunikasjon mellom pasient og helsepersonell (med eller uten annet helsepersonell fysisk tilstede). Tjenestene reguleres av eget lov- og forskriftsverk på helseområdet, jf. rundskriv I-12/2001, Telemedisin og ansvarsforhold. Det er utformet spesielle takster for økonomisk oppgjør for telemedisinske tjenester i den offentlige helsetjenesten.

Det er ikke tjenester slik vi kjenner det i dag som ytes som åpne informasjonstjenester i et marked, men det vil kunne bli en fremtidig situasjon i overskuelig fremtid. Vi ser derfor behov for en nærmere vurdering av hvilke konsekvenser lovforslaget kan få for telemedisinske tjenester. Vi foreslår at det innføres en avgrensning for slike tjenester når dette utøves som ledd i en offentlig helsetjeneste som utløser egne takster for økonomisk oppgjør fra staten.

Vi forstår det slik at informasjonstjenester og elektroniske rådgivningstjenester rettet direkte mot pasienter som en betalt tjeneste i et elektronisk marked, omfattes ut fra [departementets] forslag til definisjon av lovregulert [yrkesvirksomhet]. Vi er usikker på hvordan dette kan avgrenses i forhold til telemedisinske tjenester.

Når det gjelder annen elektronisk samhandling, tolker vi høringsnotatet (bl.a. på bakgrunn av de bakenforliggende direktiver) slik at informasjons- og meldingsutveksling mellom partene i helsevesenet, med utgangspunkt i behandlingssituasjoner hvor pasienten møter frem hos en lege eller annet helsepersonell, ikke omfattes av direktivet. Dette gjelder selv om behandlingen, og den meldingsutvekslingen som følger av behandlingen, utløser et økonomisk oppgjør til legen eller annet helsepersonell. Vi anbefaler at en slik avgrensning kommer tydeligere frem i lovforslaget. ”
...”

Senere i proposisjonen, under punkt 9.3 *Departementets vurderinger*, framgår at:

”[Nærings- og handelsdepartementet] er enig med SHD at en legeundersøkelse som krever fysisk undersøkelse av pasienten, ikke er en informasjonssamfunnstjeneste, jf. fortale til direktivet punkt 18. Melding fra lege for å få oppgjør for allerede utført undersøkelse mv. omfattes dermed ikke av direktivets virkeområde. Her vil kravet om at tjenesten ”vanligvis ytes mot vederlag” ikke være oppfylt, jf. nedenfor. En lege som f.eks. tilbyr rådgivning over Internett vil derimot være en tjenesteyter av informasjonssamfunnstjenester og omfattes av loven.”

Ehandelsloven ble vedtatt som lov 5. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester. Jeg avgrenser i denne betenkningen for de særlige spørsmål som reiser seg for tilbydere av rådgivningstjenester vedrørende helserelevante spørsmål i samband med at ehandelsloven trer i kraft.

Ytterligere funn av ”telemedisin” foreligger ikke i odelstingsproposisjoner.

I sentrale forskrifter finnes ”telemedisin” brukt i én sammenheng, i forskrift 1. desember 2000 nr. 1389 om godtgjørelse av utgifter til legehjelp som utføres ved statlige helseinstitusjoner og ved helseinstitusjoner som mottar driftstilskudd fra regionale helseforetak. Takst nr. O heter *Telemedisin*. Her presiseres nettopp den forståelsen som er den langt vanligste å benytte, jf. merknad O1:

”Disse takstene gjelder virksomhet som foregår hos spesialist i sykehus ved undersøkelse og diagnostisering, uten at pasienten er til stede. Takstene kan ikke benyttes sammen med andre poliklinikkakster av spesialisten, men har ingen betydning for de takster som benyttes lokalt enten av primærlege eller av spesialist ved sykehus. Takstene gjelder kun ved utførelse av prosedyrer som ellers er beskrevet i dette takstheftet”.

Jeg avgrensner i denne betenkningen mot å drøfte forhold vedr. telemedisin forstått på denne måten. Som nevnt er det samme avgrensning som stort sett er gjennomført i det forannevnte rundskriv I-12/2001, og som da gjør det lite relevant for løsning av spørsmålene jeg er bedt om å utrede.

1.5 Avgrensninger mot bruk av internett og liknende kommunikasjonsformer der en helserettet dialog foregår mellom ikke-helsepersonell som behandler på den ene siden og en pasient på den andre

Det finnes andre personer enn helsepersonell som gir råd om spørsmål som er sykdoms- eller behandlingsrelaterte. Det kan være rimelig først å nevne personer som driver *alternativ behandling* av sykdom mv., jf. lov 27. juni 2003 nr. 64, som etter planen vil tre i kraft 1. januar 2004.

Det heter i Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) at denne lovens "behandlingsbegrep" omfatter ulike behandlingsregimer med forebyggende, kurerende og lindrende formål. Det understrekes at dette behandlingsbegrepet er dynamisk og "indikerer ulike handlingsmønstre, snarere enn å indikere et nærmere avgrenset virkefelt". Departementet presiserer videre i punkt 3.4.2 at forståelsen av den rettslige definisjonen *behandling* innen alternativ behandling må bygge på behandlingens hensikt, og ikke på en vurdering av dennes effekt.

Denne loven vil avløse kvaksalverloven (lov 19. juni 1936 nr. 9 om innskrenkning i adgangen for den som ikke er helsepersonell til å ta syke i kur) som har satt grenser for hva slags behandling som alternative behandlere og andre straffritt har kunnet utøve.

Kvaksalverloven er først og fremst en spesiell straffelov. Ved vedtagelsen av helsepersonelloven i 1999, ble det samtidig vedtatt en rekke endringer i kvaksalverloven av materiell, språklig og redaksjonell art, se lov 2. juli 1999 nr. 64. Den vesentligste endringen var at loven etter endringene satte begrensninger ovenfor den som ikke er helsepersonell, mens den fram til 1. jan. 2001 satte begrensninger i handlingsrommet for personer som ikke var "norsk læge eller tannlæge".

Nøkkelbegrepet i kvaksalverloven har vært begrensningene i muligheten for å "ta syke i kur" uten å bli rammet av lovens straffebestemmelser. I forarbeidene ble det understreket at det ville være vanskelig å avgrense hva uttrykket dekker, og at det neppe ville la seg gjøre å beskrive de ulike handlinger nærmere i lov. Rekkevidden var imidlertid tenkt videre enn loven ble fortolket, ved at det i proposisjonen ble uttalt at begrepet omfatter slikt som "sårbehandling, medisinforordning, sykemassasje og lignende, også det å gi råd for sykdommer eller søke å helbrede folk ved psykisk påvirkning m.v.". I det enkelte tilfellet ble det overlatt til påtalemyndigheten og domstolene å vurdere spørsmålet om noen på urettmessig måte hadde tatt syke i kur.

I NOU 1998:21 *Alternativ medisin* punkt 10.4.7 *Hva det er å "ta syke i kur"* drøftes dette spørsmålet nærmere, bl.a. ut fra foreliggende rettspraksis. Aarbakke-utvalget la til grunn at begrepet omfatter både undersøkelse, diagnostisering og behandling av så vel fysiske som psykiske lidelser.

Utvalget trakk grenser mot skjønnhetspleie og/eller behandling med et kosmetisk formål, for eksempel tatovering og det å lage hull i øreflippen, piercing mv., fordi det

i slike tilfeller ikke dreier seg om behandling av syke. Utvalget fant videre at lovens bestemmelser ikke rammet alminnelig sykepleie, og heller ikke leilighetsvis hjelp med alminnelige husråd.

Religiøs virksomhet, for eksempel forbønn, ville også normalt falle utenfor det å "ta syke i kur". Utvalget påpekte imidlertid på at det må foretas en konkret avveining hvor blant annet spørsmålet om vederlagskrav og vederlagets form, om det drives markedsføring og om det gis løfte om helbredelse inngår som relevante momenter i en helhetsvurdering. Etter en konkret vurdering vil slik aktivitet kunne falle innenfor "å ta syke i kur", selv om religiøs virksomhet normalt vil falle utenfor.

Per august 2003 er denne reguleringen ennå gjeldende, men det er som nevnt vedtatt ny lov om alternativ behandling av sykdom mv., og som snart vil tre i kraft. I samband med denne loven er det i forarbeidene gjort klargjøringer av virkeområdet av den alminnelige helselovgivningens virkeområde fordi loven om alternativ behandling tar sikte på å regulere forhold som ikke er regulert i helsepersonelloven, ved at utøveren ofte ikke er autorisert helsepersonell.

I Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) punkt 12.8.3.1 *Begrepet "alternativ behandling" – lovens saklige virkeområde* er det pekt på at også utøvere av alternativ behandling vil ta i bruk internett mv. med sine tilbud. Det heter bl.a.:

"Den foreslåtte loven vil komme til anvendelse ikke bare der det er personlig kontakt mellom pasient og behandler, men også der behandling/rådgivning skjer ved hjelp av ulike media. Som eksempler kan nevnes konsultasjoner/rådgivning via teletorg eller ordinær telefonkontakt, videokonferanser, e-post eller Internett."

Også denne loven har, som kvaksalverloven, egne straffebestemmelser dersom aktivitetene går utover slik lovlig virksomhet som loven åpner for.

I denne betenkningen vil jeg avgrense mot alternativ behandling selv om den skjer med moderne telekommunikasjonsformer, men hvor tjenestene til pasienter ytes av personer som ikke er helsepersonell. Dette gjelder rådgivning om helse- og sykdomsspørsmål også fra andre personer enn tradisjonelt alternative behandler, for eksempel filosofer og teologer, eller legpredikanter, og uansett om det foreligger helbredelsesformål i et konkret sykdomstilfelle.

Dersom det foregår "alternativ behandling" av syke, *enten* dette skjer via personlig kontakt mellom behandler og pasient *eller* via moderne kommunikasjonsformer, vil virksomheten i første omgang være regulert av den nye loven. Den vil samtidig falle utenfor virkeområdet for den alminnelige helselovgivningen.

Det finnes imidlertid viktige grenseflater her, herunder når helsepersonell yter behandling som vanligvis drives av alternative behandlere, og i en terapeutisk relasjon overfor en pasient. Det vil da være helselovgivningen som i all hovedsak regulerer virksomheten, se nærmere punkt 2.4

Det vises til nærmere avgrensninger i Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) punkt 12.8.3. Denne proposisjonen inneholder imidlertid også enkelte viktige drøftinger med stor relevans for denne betenkningen, nemlig avgrensningen mellom "alternativ behandling" og for

eksempel alminnelig rådgivningsvirksomhet. Dette er spørsmål jeg kommer tilbake til i punkt 2.3 og 2.4.

1.6 Framstillingen videre

I avsnitt 2 til 5 drøftes konkrete problemstillinger som er oppstilt i ”mandatet” for betenkningen, slik dette ble avgrenset gjennom skriftlige kontakter mellom Shdir og undertegnede.

Temaet i punkt 2 er avgrensningen av hvilke netthelsetjenester som vil framstå som helsehjelp i helselovgivningens forstand. I punktet drøftes også forsvarlighetskravet i samband med netthelsetjenester.

I punkt 3 er temaet virkeområdet for pasientrettighetslovens bestemmelser.

I punkt 4 drøftes om det kan ytes forsvarlige netthelsetjenester etter helsepersonelloven, i situasjoner hvor brukeren er anonym.

I punkt 5 er spørsmålet om netthelsetjenester som ytes fra helsepersonell bosatt i utlandet, vil falle innenfor norsk helselovgivning når pasienten mottar hjelpen her i landet.

Avslutningsvis, i punkt 6, gir jeg enkelte oppsummerende vurderinger, herunder drøftes spørsmål om behov for eventuelle regelendringer som betenkningen reiser, samt at det gis enkelte kommentarer til utkastet til veilederen ”Helse på nett”

2. Avgrensning av begrepet helsehjelp etter helselovgivning ved bruk av netthelsetjenester. Kravet om at helsehjelp må ytes forsvarlig

2.1 Problemstilling

I utredningsmandatet fra Shdir er det blant annet bedt om å avklare ”i hvilken utstrekning helsehjelp i form av netthelsetjenester [kan] ytes innenfor helsepersonellovens rammer, herunder hva er å anse som helsehjelp, etter helsepersonelloven § 3”.

Problemstillingen innbyr til en drøfting av grensene for den alminnelige helselovgivningens virkeområde. Herunder må det også drøftes om det finnes situasjoner der helsepersonell vil være bundet av plikt- og ansvarsreglene i helsepersonelloven, men der pasienten ev. ikke vil ha rettigheter etter pasientrettighetsloven. Det siste spørsmålet drøftes nærmere i punkt 3.

2.2 Lovmessig utgangspunkt; lovtekst og forarbeider

Helsepersonelloven § 3 tredje ledd gir følgende legaldefinisjon av ”helsehjelp”:

”Med helsehjelp menes enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende eller rehabiliterende mål og som utføres av helsepersonell.”

Denne definisjonen er svært vid, og den innbyr derfor til en viss grad av innskrenkende tolkning ut fra den altomfattende ordlyden, ikke minst fordi definisjonen først og fremst er av betydning for å få avgrenset omfanget av *hvem* som skal anses som helsepersonell.

I denne sammenhengen er det viktig å peke på at definisjonen av helsepersonell i helsepersonelloven § 3 første ledd er ment å både føre til en rimelig klart avgrenset personkrets og samtidig å være uttømmende. Dette er av stor betydning for virkeområdet til lovens plikt- og ansvarsbestemmelser som i hovedsak er rettet mot helsepersonell. Bestemmelsen lyder:

”Med helsepersonell menes i denne lov:

1. personell med autorisasjon etter § 48 eller lisens etter § 49,
2. personell i helsetjenesten eller i apotek som utfører handlinger som nevnt i tredje ledd,
3. elever og studenter som i forbindelse med helsefaglig opplæring utfører handlinger som nevnt i tredje ledd.”

Det framgår altså at definisjonen av helsehjelp (i tredje ledd) etter bestemmelsen har en hovedfunksjon for å avgrense hvilke person(grupper) i helsetjenesten som vil være helsepersonell etter nr. 2 og nr. 3 dersom de ikke faller inn i persongruppene nevnt i nr. 1. Forskjellen vil være at helsepersonell etter nr. 1 er helsepersonell med plikter og rettigheter etter helsepersonelloven i kraft av egen autorisasjon eller lisens, mens gruppene i nr. 2 og nr. 3 bare vil være helsepersonell når de rent faktisk yter helsehjelp i arbeidssituasjonen i helsetjenesten eller apotek.

I NL kommenterer Befring og Ohnstad grensedragningen mellom personer i gruppe 2 og andre personer (ikke-helsepersonell) ansatt i helsetjenesten på denne måten; det er for øvrig deres eneste kommentar til § 3 tredje ledd:

”Denne funksjonsbeskrivelsen er avgjørende for om man regnes som helsepersonell. Personell som ikke har kontakt med pasienter omfattes ikke av § 3 første ledd punkt 2. Det gjelder bl.a. rengjøringspersonale. Transportører eller sjåfører vil normalt ikke omfattes. ...”

I Ot.prp. nr. 13 (1998-99) står det bare følgende i de spesielle kommentarene til bestemmelsen i § 3 tredje ledd:

”Yrkesutøvelse av ikke autorisert personell utenfor helsetjenesten faller utenom lovens virkeområde, såfremt ikke yrkesutøvelsen skjer som helsepersonells medhjelper. Således vil ikke alternative behandlere som utøver selvstendig virksomhet falle inn under loven.”

I punkt 3.4 *Virkeområde* framgår at loven ”gjelder helsepersonells yrkesutøvelse uavhengig av arbeidssted. Enkelte av lovens bestemmelser kommer også til anvendelse når helsepersonell blir kontaktet i privat sammenheng i egenskap av å være helsepersonell. Hvis for eksempel en psykolog blir kontaktet under sosialt samvær av en person som ønsker å snakke med en psykolog, vil opplysningene psykologen mottar være underlagt taushetsplikt.” Tilsvarende er gjentatt i punkt 26 *Merknader til de enkelte bestemmelser*, i merknadene til § 2 som regulerer ”lovens virkeområde”. Det heter her:

”Bestemmelsene i loven kommer til anvendelse på helsepersonellfaglige aktiviteter, uansett om arbeidet er fast eller leilighetsvis, eller om det er i offentlig eller privat regi. Begrepet ”yrkesutøvelse” må ikke tolkes for snevert, det er ment å dekke handlinger og unnløtelser som helsepersonell utfører (eller ikke utfører) i kraft av å være helsepersonell. For eksempel er taushetsbelagte opplysninger mottatt i en arbeidssituasjon også taushetsbelagte når helsepersonell opptrer i privat sammenheng. Behandling av opplysninger om personlige forhold som er mottatt i privat sammenheng, vil normalt ikke falle inn under lovens virkeområde. Det stiller seg imidlertid annerledes hvis vedkommende er oppsøkt som helsepersonell av en hjelpetrengende, og det i den forbindelse gis opplysninger. Taushetsplikten vil gjelde disse opplysningene uavhengig av om vedkommende er i en arbeidssituasjon. Tilsvarende kan plikten til å yte øyeblikkelig hjelp også oppstå utenom den vanlige jobbsituasjonen.”

Begrepet ”helsehjelp” synes altså i all hovedsak å være definert ut fra formålet om en mest mulig entydig definisjon av begrepet helsepersonell, samtidig som forarbeidene legger til grunn at alle ”helsepersonellfaglige aktiviteter” utført av helsepersonell skal omfattes av helsepersonellovens plikt- og ansvarsregler.

Også pasientrettighetsloven oppstiller en legaldefinisjon av helsehjelp. I § 1-3 bokstav c heter det:

”helsehjelp: handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsmål og som er utført av helsepersonell”

I Ot.prp. nr. 12 (1998-99), under de spesielle kommentarer til denne definisjonen uttaler departementet blant annet:

”Definisjonen av helsehjelp i bokstav c har dels et medisinsk element og dels et institusjonelt element. Med det medisinske elementet menes handlingen og formålet med den. Under begrepet ”handling” går undersøkelse, behandling, utredning og vurdering, samt pleie- og omsorgstiltak. Med pleie og omsorg menes hjelp til å opprettholde et best mulig liv til tross for sykdom, funksjonssvikt eller alderdom. ... Formålet med handlingen kan være av ulik karakter. Med forebygging menes tiltak som tar sikte på å forebygge at sykdom, skade, lidelse eller funksjonshemming oppstår. ... Med diagnostisering menes de tiltak som foretas, basert på pasientens sykehistorie og objektive funn, for å fastslå pasientens sykdom. Helsehjelp med behandlende mål (terapeutisk) tar sikte på hel eller delvis helbreding, og således

endring i pasientens helsesituasjon, både somatisk og psykiatrisk. En del helsehjelp har ikke som siktemål å helbrede, men å holde pasienten "så frisk som mulig" og hindre at tilstanden forverrer seg, eller for å lindre tilstander eller smerter, f. eks. terminalpleie. Dette vil være omfattet av begrepet helsehjelp i lovens forstand. Også tjenester fra helsevesenet som ikke tar sikte på forandring, f. eks. til personer med fysiske eller psykiske varige funksjonshemminger, vil være helsehjelp. Dette vil typisk være tilfelle for personer med kroniske lidelser. ... Definisjonen har derfor tatt inn at handlinger som har helsebevarende formål skal anses som helsehjelp. Formålet med handlingen kan videre være rehabilitering eller habilitering, dvs. gjenoppretting av tapte funksjoner etter sykdom eller skade og oppbygging av manglende funksjoner hos utviklingshemmede.

...

Definisjonen har også et institusjonelt element, dvs. krav til hvem som yter helsehjelpen. Helsepersonell er definert i helsepersonellovens § 3. Dersom pasienten selv eller andre private parter, som f. eks. et familiemedlem i hjemmet, utfører handlinger etter instruksjon fra helsepersonell vil dette også være helsehjelp i lovens forstand. Et eksempel på en slik handling vil være diabetikers kontroll av eget blodsukkernivå."

Stortinget utvidet definisjonen av "helsehjelp" i pasientrettighetsloven i forhold til forslaget til i Ot.prp. nr. 12 (1998-99) ved å føye til "pleie- og omsorgsformål", selv om også dette formålet var uttrykkelig forutsatt i forarbeidene, se innledningsvis i sitatet ovenfor. En tilsvarende endring ble ikke foretatt i forslaget til legaldefinisjon i helsepersonelloven.

En første konklusjon ut, fra lovtekst og forarbeider, er at begrepet "helsehjelp" etter helsepersonelloven § 3 tredje ledd, og etter den nesten likelydende definisjonen i pasientrettighetslovens § 1-3 bokstav c), er nærmest altomfattende i forhold til handlinger (og for så vidt også intenderte ikke-handlinger) som (1) utføres av helsepersonell og som (2) har et eller annet helserelatert formål.

På den andre siden er det viktig før enkelte nyanseringer som skal nærmere drøftes i punkt 2.3, å presisere at ingen av de to definisjonene var ment å stå på "egne ben", men også skulle fungere som en form for hjelpebegreper i sammenheng med andre og mer sentrale definisjoner for å avgrense virkeområdet til de to lovene.

I helsepersonelloven er hensikten å bidra til en klargjøring av *hvem* som skal omfattes av *plikt- og ansvarsbestemmelsene* i den loven, ved å bli definert som helsepersonell, se over. I tillegg benyttes begrepet flere andre steder i loven, og har da en uklar avgrensning, men forståelsen vil selvfølgelig alltid ligge innenfor den svært omfattende legaldefinisjonen.

I pasientrettighetsloven blir definisjonen brukt på en tilsvarende måte, ved å inngå i definisjonen av *hvem* som får *rettighetsposisjoner* i den loven, ved at de defineres som pasienter. For øvrig benyttes helsehjelpbegrepet mange steder i loven, og vil selvfølgelig også alltid ligge innenfor den svært omfattende legaldefinisjonen i pasientrettighetsloven.

"Helsehjelp" ble, i legal sammenheng i den helserettslige lovgivningen, første gang benyttet i kommunehelsetjenesteloven kapittel 2, og da både alene (for eksempel i kapitteoverskriften) og i sammensetningen "nødvendig helsehjelp" ((for eksempel i § 2-1). Begrepet ble ikke definert i lovteksten.

I dag er begrepet helsehjelp, i tillegg til kommunehelsetjenesteloven, helsepersonelloven og pasientrettighetsloven, benyttet i transplantasjonsloven § 10 b (vedtatt i 2001 og vedtatt opphevd ved lov 21. februar 2003 nr. 12 om biobanker), i smittevernloven § 6-1, i spesialisthelsetjenesteloven § 2-4 og § 3-1, helse- og sosialberedskapsloven § 1-1 og § 5-1, helseregisterloven § 1 og § 11, i flere

bestemmelser i pasientskadeloven, og i biobankloven § 10 til § 12. Det er bare helsepersonelloven og pasientrettighetsloven som inneholder en legaldefinisjon av "helsehjelp". I bestemt form ("helsehjelpen") brukes begrepet også bare i helsepersonelloven og pasientrettighetsloven.

2.3 Finnes det en nedre grense for begrepet "helsehjelp"?

Det er svært vid definisjon som er nedfelt i helsepersonelloven § 3 tredje ledd, "enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende eller rehabiliterende mål og som utføres av helsepersonell", supplert med forarbeidsuttalelsene om at alle "helsepersonellfaglige aktiviteter" skal omfattes av lovens definisjon. Dette vil innebære at enhver rådgivning i forbifarten til kjente og ukjente som henvender seg fordi de forventer å snakke med et helsepersonell, ethvert innlegg til allmennheten om oppfordring til bruk eller ikke-bruk av for eksempel ulike næringsmidler, kosttilskudd, medikamenter eller medisinsk utstyr vil omfattes av definisjonen. Et helsepersonell vil jo nettopp komme med ulike alminnelige eller spesielle oppfordringer fordi vedkommende mener at en slik handling vil kunne ha et "forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende eller rehabiliterende mål". Slike handlinger bør ikke automatisk samtidig utløse alle de ulike plikt- og ansvarsreglene som er regelfestet i helsepersonelloven og som, etter sin ordlyd, nettopp utløses ved at det "ytes helsehjelp".

Etter mitt syn er det lite formålsrasjonelt å trekke definisjonen så vidt. Det er langt bedre grunner for en konkret vurdering av hvilke plikt- og ansvarsregler som bør – og skal – komme til anvendelse ved en kontakt eller handling som har et helserettet formål. Dette vil også være i tråd med sitatet fra punkt 3.4 i Ot.prp. nr. 13, gjengitt i punkt 2.2, hvor det pekes på at virkeområdet for enkelte pliktregler for helsepersonell vil måtte gis et vidt virkeområde, det mest nærliggende eksemplet her, og som også brukes i de fleste aktuelle passasjer i proposisjonen, er taushetsplikten. Det heter i sitatet at taushetsplikten vil gjelde hvis et helsepersonell er oppsøkt av "en hjelpetrengende, og det i den forbindelse gis opplysninger. Taushetsplikten vil gjelde disse opplysningene uavhengig av om vedkommende er i en arbeidssituasjon." Dette er i tråd med rettspraksis, se Rt. 1989 s. 1363 hvor Høyesterett fant at en sosialarbeiders samtale med vertinnen kunne være en "straffbar krenkelse av taushetsplikt i forhold til personlige opplysninger meddelt i forbindelse med tjenesten eller arbeidet" (s. 1365).

Tilsvarende er det i forarbeidene (Ot.prp. nr. 13 punkt 3.4) pekt på at også øyeblikkelig-hjelpplikten nettopp er av størst betydning *utenfor* arbeidssammenheng, se sitatet i punkt 2.2. Her vil selvfølgelig det enkelte helsepersonell måtte oppfylle forsvarlighetskravet i § 4, som blant annet vil innebære å sikre at annet helsepersonell kan overta behandlingen og at nødvendige opplysninger om det inntrufne og om den gitte helsehjelpen blir videreformidlet.

I en arbeidssammenheng vil øyeblikkelig hjelp-plikten enten ligge på helseinstitusjonen eller bli utløst ved at man er i arbeid qua helsepersonell. Da vil de alminnelige plikt- og ansvarsreglene gjelde fullt ut.

Dette innebærer etter mitt syn at for eksempel journalføringsplikten ikke kan gjøres gjeldende i tilsvarende vid utstrekning som for eksempel taushetspliktreglene ved tilfeldig gitt helsehjelp. Det må i slike situasjoner være klart at det er mer arbeidsrelaterte oppgaver som først og fremst utløser journalføringsplikt. Dette går

ikke fram av lovteksten selv, se hpl. § 39 som bare fastslår at "[d]en som yter helsehjelp, skal nedtegne eller registrere opplysninger som nevnt i § 40 i en journal for den enkelte pasient".

Det kan ikke ha vært meningen å instituere en journalføringsplikt i situasjoner der et helsepersonell i en ellers privat sammenheng mottar informasjon om en persons legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold, og som derfor vil være taushetsbelagt ut fra sitt innhold, jf. hpl. § 21, selv om helsepersonellet i denne situasjonen gir råd av helsereelatert karakter, og da basert på mottatt informasjon. Dette er ikke klart ut fra lovteksten, men kommer til uttrykk i forarbeidene, se Ot.prp. nr. 13 punkt 13.5.3 der det blant annet heter:

"Dersom man leilighetsvis får henvendelser fra pasienter utenfor tjenesten, vil plikten ikke inntre. Plikten er bl. a. gitt for at helsepersonellet skal kunne dokumentere sin virksomhet. Når man ikke er i en jobbsituasjon, vil det derved ikke pålegge en dokumentasjonsplikt. De øvrige formål som er nevnt under pkt 13.1, tilsier at dokumentasjonsplikten bør knyttes til ordinær virksomhet, som f eks lege, tannlege, psykolog etc."

Slike enkeltstående handlinger i en ellers privat sammenheng vil heller ikke utløse rett til refusjon fra folketrygden.

Dersom rådene som gis er av allmenn karakter (for eksempel "du bør vel oppsøke fastlegen") er det vel tvilsomt om det ytes egentlig helsehjelp, selv om handlingen omfattes av legaldefinisjonen. Når rådgivningen er av individuell karakter (for eksempel "jeg synes du bør slutte med de medikamentene til du har fått snakket med fastlegen"), er det utvilsomt helsehjelp, men det er langt fra sikkert at slik helsehjelp omfattes av journalføringsplikten.

Dersom så skulle være tilfellet, stikk i strid med en tradisjonell oppfatning om at helsehjelp som ytes i forbifarten i en ellers privat sammenheng ikke utløser tilsvarende journalføringsplikt, måtte dette klargjøres i lovforarbeidene på en annen måte. Det som i forarbeidene er tydeliggjort, er at langt flere grupper helsepersonell, enn etter tidligere lovgivning, har fått journalføringsplikt, men disse nye pliktene synes klart institusjonalisert i forhold til funksjoner i helsetjenesten eller som privatpraktiserende helsepersonell, og ikke overfor handlinger utenfor helsetjenesten eller sitt vanlige virke som helsepersonell. Det heter for eksempel i de spesielle kommentarene til hpl. § 39:

"Pasientjournalen skal bestå av relevante opplysninger for helsehjelpen til en pasient. På denne bakgrunn skal det helsepersonell som gjør observasjoner eller forestår behandling og oppfølging av pasient, skrive dette ned når dette har relevans. En lege vil for eksempel være ansvarlig for journalføring i etterkant av en operasjon for å dokumentere årsaker og forutsetninger for operasjonen, spesielle forholdsregler, hva han/hun har utført under operasjonen og hvordan eventuelle komplikasjoner ble håndtert. Anestesisykepleieren vil være ansvarlig for å journalføre data om hva slags anestesi pasienten har fått, herunder dosering og hvordan pasienten har reagert på dette. Andre sykepleiere vil for eksempel kunne være ansvarlig for å dokumentere at pasientens blodtrykk eller temperatur er målt og resultatene av dette, hvordan sårbehandlingen utvikler seg eller hva som er gjort av observasjoner hos for eksempel en intensivpasient. Fysioterapeutene vil kunne være ansvarlig for å dokumentere hvilke undersøkelser som er gjort, hva slags helsehjelp pasienten er gitt, hvilke øvelser som er utført og hvordan pasienten har reagert på dette. Jordmødre vil være ansvarlig for å dokumentere symptomer og funn ved svangerskapskontroll, hendelsesforløp under fødselen, hvilke smertestillende medikamenter og metoder som eventuelt ble benyttet, hvilke vurderinger som ble foretatt på hvilke tidspunkt og hvorledes morens tilstand under fødselen var. Ortopediingeniører vil være ansvarlig for å journalføre hvilke proteser som blir laget til de ulike pasientene, hvordan disse

tilpasses, hvordan pasienten fungerer med protesene og eventuelle komplikasjoner og slitasjeskader. På samme måte vil tannpleier og tannlege måtte dokumentere hva som var formålet med undersøkelsen, objektive funn og subjektive symptomer, undersøkelser og prøver som er tatt, diagnose og aktuell behandling og eventuelle komplikasjoner under behandlingen.”

Det er som nevnt intet som tyder på at journalføringsplikten er blitt utvidet til også å omfatte rådgivning som skjer i en ellers privat sammenheng, når denne rådgivningen ikke foregår som ledd i et allerede pågående behandlingsopplegg som er omfattet av journalføringsplikten som helsepersonell i den helseinstitusjonen der vedkommende har sitt ansettelsesforhold, eller av helsepersonellens egen journalføringsplikt i egen virksomhet. Mange samtaler ville neppe finne sted om helsepersonellet skulle ta fram blyant og papir og meddele til samtalepartneren: ”Du må informeres om at bare det å lytte til deg med en viss individuell rådgivning som mulig konsekvens, vil være helsehjelp i helsepersonellovens forstand, og i tillegg til taushetsplikt som jeg vil være pålagt, må jeg også føre journal med et innhold som tilfredsstiller kravene i journalforskriften § 8”.

Dersom slike samtaler er å betrakte som helsehjelp, og samtalepartneren som pasient, vil en slik informasjonsplikt utløses av bestemmelsen i hpl. § 10.

Etter mitt syn må det derfor følge rimelig klart at ”helsehjelp” i helsepersonelloven vil ha et varierende innhold, og da avhengig av hvilke plikt- og ansvarsbestemmelser som skal gjøres gjeldende. Det omfattende helsehjelpbegrepet som framgår av legaldefinisjonen, vil bare danne en ytre ramme ved denne nærmere fastleggelsen. For de ulike plikt- og ansvarsbestemmelsene vil det være en ”nedre grense” får når de vil utløses, og disse vil måtte variere fra bestemmelse til bestemmelse.

For helsepersonell som for eksempel arbeider i sosialtjenesten eller barneverntjenesten og utøver helsehjelp innen arbeidets alminnelige ramme, vil det foreligge journalføringsplikt. Dette kan gjelde klientsamtaler for eksempel for psykologer, sårskift for sykepleiere mv. Det er ut fra situasjonen rimelig å anse journalføringsplikten som oppfylt i slike tilfeller dersom det innføres notater i tråd med kravene i journalforskriften inn i vedkommendes klientjournal, samtidig som det sikres at de strenge taushetspliktbestemmelsene i helsepersonelloven overholdes. I forhold til andre ansatte i samme tjeneste vil det være rimelig å informere klienten å be om samtykke til slik innføring som gjøres tilgjengelig på denne måten.

Samtidig er det viktig å understreke at i pasientrelaterte situasjoner, når et helsepersonell er *i arbeid som helsepersonell*, enten dette er som ansatt i helsetjenesten eller i egen privat praksis, vil alle plikt- og ansvarsreglene stort sett gjelde etter sin ordlyd, dvs. med et vidt virkeområde. For å bruke et uttrykk fra yrkesskadereglene; helsepersonellovens plikt- og ansvarsregler vil gjelde nærmest uavkortet når et helsepersonell utøver helsehjelp ”i arbeid på arbeidsstedet i arbeidstiden”, jf. folketryktdloven § 13-6. Det er stort sett slike situasjoner som drøftes i Ot.prp. nr. 13 (1989-99), og som selvfølgelig er de mest relevante ved fastleggelsen av helsepersonells plikter og ansvar.

Slike grensedragninger mot ikke-behandlingsrelaterte situasjoner er drøftet nærmere i Ot.prp. 27 (2002-2003) som resulterte i lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv., se punkt 2.4.

Selv om det ikke foreligger grunnlag for en klar sontring i helsepersonelloven mellom helsehjelp som ansvars- og pliktutløsende, og helserelatert rådgivning som

ikke utløser tilsvarende plikter i forhold til helsepersonell, verken i lovteksten (legaldefinisjonen) eller i departementets rundskriv til helsepersonelloven (I-20/2001), går et slikt skille helt klart frem av forvaltningspraksis.

Både i korrespondansen fra Shdir og Htil, for eksempel i samband med en vurdering av tjenestene til "Lege24", påpekes at det foreligger et skille mellom tjenester hvorved helsepersonellovens pliktbestemmelser, og da særlig forsvarlighetskravet, blir utløst på den ene siden, og tjenester som ikke kan karakteriseres som helsehjelp på den andre, og som derved ikke utløser tilsvarende plikter.

I brev fra Shdir (arkiv 02/147) heter det for eksempel:

"Ved vurderingen av om den nettjeneste som ytes skal være å karakterisere som helsehjelp i forhold til helselovgivningen, kan man ikke legge avgjørende vekt på hva tjenestene faktisk kalles. Det vil her måtte ofte tas en konkret helhetsvurdering av tjenestenes reelle innhold, hvor det blant annet må legges vekt på hvordan tjenesten fremstår for brukerne, og om disse omfatter tjenesten som henholdsvis helsehjelp eller helserådgivning, jf. helsetilsynets ovennevnte brev.

...

Når det gjelder de presiseringer De har redegjort for i Deres brev, skal direktoratet bemerke at disse som utgangspunkt må sies å bidra til å gi tjenesten preg av å være helserådgivning, og ikke helsehjelp. Det forhold at det skal kunne innhentes helseprofil som blant annet vil ligge til grunn for tilbakemelding til brukeren, vil imidlertid etter direktoratets oppfatning måtte sies å bidra til at tjenesten lettere blir å anse som helsehjelp. I den grad det ytes profesjonell helserådgivning basert på opplysninger fra bruker, vil slik rådgiving lettere bli å karakterisere som helsehjelp i helselovgivningens forstand."

Dette er synspunkter jeg er enig i. Ikke minst vil det styrke preget av helsehjelp dersom det skal betales for tjenestene, eller at tjenesten er kommersielt finansiert på annen måte, at den er gitt en profesjonell utforming, har et navn som peker mot at det skal ytes særlig kvalifisert hjelp (Lege24), og at helsepersonell utøver helsehjelpen "i arbeid på arbeidsstedet i arbeidstiden" tilknyttet "Lege24" eller tilsvarende virksomhet.

2.4 Grensedragningen for behandlingbegrepet i Ot.prp. 27 (2002-2003)

I avsnitt 12.8.3.1 *Begrepet "alternativ behandling" – lovens saklige virkeområde* heter det blant annet at med "alternativ behandling menes helserelatert behandling som utøves utenfor helsetjenesten, og som ikke utøves av autorisert helsepersonell". Det understrekes så at når uttrykket "helserelatert behandling" er brukt, er det fordi det blant annet vil innebære en avgrensning mot tjenester som i hovedsak retter seg mot velvære, skjønnhetspleie o.l.

Det understrekes videre at loven ikke bare vil komme til anvendelse der det er personlig kontakt mellom pasient og behandler, men også der behandling/rådgivning skjer ved hjelp av ulike media. "Som eksempler kan nevnes konsultasjoner/rådgivning via teletorg eller ordinær telefonkontakt, videokonferanser, e-post eller Internett."

En relevant avgrensning følger ved at det eksplisitt uttrykkes at det "imidlertid [må] innfortolkes en nedre grense når det gjelder hva som ligger i begrepet "behandling". Loven vil ikke ramme "kjerringråd" eller andre "gode råd" som gis mellom kjente eller på annen måte så lenge det ikke har preg av behandling eller rådgivning fra en behandler/rådgiver til en pasient/klient."

I likhet med Aarbakke-utvalget presiserer departementet at også alminnelig religiøs virksomhet ”vil falle utenfor behandlingsbegrepet, også forbønn for syke og lignende. Dette gjelder aktiviteter som har sin hovedforankring i en tro og ritualer knyttet til denne.” I denne forbindelse presiseres:

”Ved vurderingen av om man står overfor alminnelig religiøs aktivitet eller behandlingsvirksomhet, vil relevante momenter blant annet være hva som er grunnlaget for handlingen, i hvilken sammenheng handlingen finner sted, om det dreier seg om en profesjonell virksomhet, om det ytes vederlag, og i så fall vederlagets størrelse og form.”

Det er altså foretatt en mer skjønnsom og nyansert drøfting av behandlingsbegrepet – ofte svarende til helsehjelpbegrepet i helsepersonelloven – i Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) enn tilfellet er i Ot.prp. nr. 13 (1998-99).

2.5 Spesielt om helsehjelpsbegrepet ved ”netthelsetjenester”

Når helsepersonell, og mest aktuelt vil dette være leger, psykologer og andre med et tradisjonelt selvstendig behandlingsansvar bedriver klinisk rådgivning, medikamentforskrivning, henvisninger til spesialistvurdering eller lignende uten at det foreligger et fysisk møte med den konkrete pasienten (oppfølging per telefon, brev eller lignende), vil slik pasientkontakt utvilsomt være helsehjelp når kontakten har et formål som angitt i definisjonen av ”helsehjelp” i hpl. § 3 tredje ledd. Slike former for helsehjelp vil nok forekomme i økende utstrekning i takt med utviklingen av, og tilgjengeligheten av, moderne datateknologi.

I brev fra Htil dat. 9. okt. 2001 til Deriga AS, ble en konseptbeskrivelse over et system for kommunikasjon over internett mellom pasient og lege nærmere vurdert. Virksomheten ble vurdert å yte ”helsehjelp” i helselovgivningens forstand, og i brev fra Htil dat. 9. okt. 2001 ble det lagt vekt på at konseptet ville innebære et system hvor den enkelte pasient over internett skulle kunne foreta timebestilling, be om/fornye resepter, be om/forlange sykemelding og be om legeattest (system A), eventuelt i tillegg også be om prøvesvar og be om svar på generelle spørsmål (System B). Dette vil utvilsomt være helsehjelp i helselovgivningens forstand, noe som samtidig medfører et krav om at helsehjelpen ytes forsvarlig, uten at Htil gikk nærmere inn på hva dette forsvarlighetskravet konkret ville innebære i forhold til konseptet. Det ble vist til kopi av brev til ”Lege24” av 1. oktober 2001, se punkt 2.3, og brev til Regionsykehuset i Tromsø av 3. oktober 2003 vedr. forsvarlighet av bruk av e-post til pasientkontakt og behandling. Her påpekes både spørsmål knyttet til datasikkerhet, og til at e-post er en hensiktsmessig kommunikasjonsform, og da spesielt i situasjoner hvor legen er kjent med pasienten på forhånd.

Helsehjelpen er da basert på kunnskap om den aktuelle pasienten, enten personlig eller via journalinformasjon, og kontakten foregår innenfor helsepersonellens normale arbeidssituasjon. Dette er en alminnelig og akseptert arbeidsmåte i dag, og folketrygden har egne satser (fordelt på egenandel og refusjonssats) for ulike former for denne typen pasientkontakter.

Om denne kontakten skjer via telefon, brev, bud eller e-mail vil være uten interesse for om kontakten er helsehjelp i helsepersonellovens forstand. Men helsepersonellet må som alltid for eksempel forsikre seg at medikamenter forskrives til riktig person. Det kreves videre sikkerhetsprosedyrer knyttet til moderne kommunikasjonsformer

(datasikkerhet) både for å sikre seg at det er ”rett mottaker” (dvs. pasienten) som eventuelt gis sensitiv informasjon (for eksempel prøvesvar mv.), og for å sikre at journalsystemet i størst mulig utstrekning er sikret mot ”hacking” og annen datakriminalitet.

Spørsmål knyttet til datasikkerhet, elektronisk journalregistrering mv. ligger utenfor denne betenkningen; her legges til grunn at problemer knyttet til sikker identifisering av pasienten er teknisk overkommelige, og at helsepersonell rent faktisk kan sende riktig informasjon til rett mottaker.

Et annet viktig moment ved vurderingen av om det i lovens forstand ytes helsehjelp eller ikke, vil etter mitt syn være om rådgivningen er av handlingsrettet karakter for pasienten, dvs. om pasienten blir bedt om å foreta seg noe, eller ikke å foreta seg noe som resultat av den informasjonsutvekslingen som finner sted. Jo mer kvalifisert handlingsrettet karakter for eksempel legens utsagn har, jo klarere er det at pasienten må oppfatte dette som helsehjelp, og at det derved etter helsepersonelloven ytes helsehjelp. Det vil altså være forskjell på ubestemte utsagn av typen ”Slike symptomer vil de fleste kunne ha nå og da”, og utsagn av typen: ”Disse symptomene virker ikke foruroligende. Du trenger ikke oppsøke annen lege.”

Dersom det først gis helsehjelp, er det en forutsetning, et lovmessig krav, at denne er forsvarlig, jf. hpl. § 4, se punkt 2.6. Det er helsepersonellens ansvar å sikre at så er tilfellet. For øvrig gjelder for slik helsehjelp også de ulike øvrige pliktreglene i helsepersonelloven, som for eksempel informasjonsplikt, journalføringsplikt og tilrettelegging for innsynsrett i journalen. Stort sett vil pasientene (enten de i situasjonen kalles pasienter, klienter, kunder, brukere eller lignende) ha rettigheter etter pasientrettighetsloven, se punkt 3.

Dersom en netthelsetjeneste driver dels generell rådgivning og dels helsehjelp, vil det foreligge et krav om at helsepersonell tilknyttet virksomheten følger forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4. Dette kan medføre at helsepersonellet pålegges en aktivitetsplikt dersom pasienten formidler informasjon til netjtjenesten som bør resultere i umiddelbar oppfølging. En passivitet i slike situasjoner som evt. fører til skadefølger, vil neppe være i tråd med kravet til ”faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp”.

Hvorvidt tjenester som ytes i form av netthelsetjenester, blir å karakterisere som helsehjelp, vil derved måtte bero på en helhetsvurdering der en rekke momenter som nevnt vil spille inn. Hvis først virksomheten drives profesjonelt og deler av virksomheten er å anse som helsehjelp, vil personlig rådgivning overfor andre brukere også lettere framstå som helsehjelp, enn der virksomheten som helhet framstår som mer helserelatert rådgivningsvirksomhet uten preg av å ville gi individrettet oppfølging eller behandlingstilbud. Helserrådgivning av rent generell karakter fra helsepersonell vil neppe utløse tilsvarende plikter i forhold til helsepersonelloven; lovens legaldefinisjon må etter min mening tolkes innskrenkende i tråd med forvaltningspraksis, se for eksempel den forannevnte korrespondansen fra Shdir og Htil med ”Lege24”.

2.6 Noe om forsvarlighetskravet ved ”netthelsetjenester”

Dersom en helserettet virksomhet etter en helhetsvurdering vurderes å falle innenfor helsehjelpsbegrepet, vil helsepersonell være forpliktet av forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 og de øvrige pliktbestemmelser som er regelfestet i helsepersonelloven. Hvilke konsekvenser dette vil få for organisering og klargjøring

av ansvarsforhold for involvert helsepersonell vedr. netthelsetjenester, er greit beskrevet i Rundskriv I-12/2001 *Telemedisin og ansvarsforhold*.¹

I Ot.prp. nr. 13 (1998-99) punkt 4.2.1 *Generelt om forsvarlighetsmålsettingen og forsvarlighetskravet* understrekes at forsvarlighetsnormen både vil ha objektive og subjektive elementer, noe som innebærer at den kan gis forskjellig innhold for de ulike grupper helsepersonell, i ulike situasjoner, og at innholdet i normen vil forandre seg over tid.

Når netthelsetjenester etableres av helsepersonell og ut fra kommersielle interesser, er det ingen grunn til å legge forsvarlighetskravet lavt. De langt fleste tjenestene som har forholdt seg til den sentrale helseforvaltningen med ulike former for forespørsler er kommersielle og styrt av leger, og det er stort sett legekontakt som blir forespeilet kundene/pasientene.

For det enkelte helsepersonell innebærer forsvarlighetskravet en plikt til å opptre i samsvar med faglige normer og lovbestemte krav for yrkesutøvelsen. Bestemmelsen innebærer at forsvarlighetskravet knyttes til hva som kan forventes på bakgrunn av det enkelte helsepersonells kvalifikasjoner. Innholdet i forsvarlighetsnormen vil være avhengig av den enkeltes faglige tilhørighet, kvalifikasjoner, variasjoner i personlig erfaring og kompetanse. Også dette tilsier at forsvarlighetskravet bør tolkes strengt overfor leger og annet autorisert helsepersonell som velger å etablere tilbud om helsehjelp på nett, og der vedkommende pasient som utgangspunkt allerede ved den første konsultasjonen fravelges å benytte den vanlige og anbefalte konsultasjonsmåten i form av et fysisk møte mellom helsepersonell og pasient.

I Ot.prp. nr. 13 punkt 4.2.6.2 presiseres betydningen av helsepersonells plikt til å skaffe til veie tilstrekkelige opplysninger før helsehjelp gis. Dette er også understreket i SHDs rundskriv om telemedisin. Videre understrekes informasjonspliktene som følger av helsepersonelloven § 10, som viser til kap. 3 i pasientrettighetsloven. Det vil være helsepersonellens ansvar at tilstrekkelig informasjon foreligger før helsehjelp ytes. Ved netthelsetjenester kan en vurdering av om tilstrekkelig informasjon er mottatt, bli vanskelig, men en forsvarlig vurdering av dette tilligger helsepersonellet.

I samband med netthelsetjenester svekkes heller ikke helsepersonellens informasjonsplikter. Unnlattelse av å gi opplysninger eller å gi mangelfulle opplysninger til pasienten om mulige utviklinger i hans/hennes tilstand, kan etter forholdene være uforsvarlig. Det kan være nødvendig å gjøre pasienten oppmerksom på hva slags symptomer han skal legge merke til og eventuelt rapportere slike tilbake til f. eks. legen. Videre kan det være behov for å opplyse om hva pasienten skal foreta seg eller unnlate av hensyn til lidelsen. Spørsmålet om hvor inngående informasjon pasienten har krav på å få, beror på en skjønnsmessig avveining. Helsepersonell er forpliktet til å benytte en fremstillingsmåte som gjør at pasienten kan nyttiggjøre seg opplysningene. Også disse pliktene kan det være vanskelig å oppfylle på en forsvarlig måte ved netthelsetjenester.

¹ Det eneste utsagnet i rundskrivet jeg ikke kan slutte meg til, er den helt unyanserte påstanden på s. 3 med ordlyden: "Det betyr at enhver som yter helsehjelp har plikt til å føre journal.", se nærmere punkt 2.3.

I Ot.prp. nr. 13 punkt 4.2.7.4 understreker departementet at helsepersonell "etter forholdene vil ha plikt til å sørge for forsvarlig oppfølging, herunder etterkontroll av og instruksjoner overfor pasienten og eventuelt pårørende om nødvendige forholdsregler". Oppfølgingen kan innebære at helsepersonellet forsikrer seg om eller besørger at pasienten gis nødvendig pleie og omsorg, eventuelt rehabilitering. Oppfølging kan også være viderehenvisning av pasienter eller at det avtales nye undersøkelser med sikte på å kontrollere pasientens tilstand og utvikling. Nødvendige forholdsregler kan være å gi informasjon, for eksempel ved å gjøre pasienten oppmerksom på symptomer som kan tilsi ny kontakt med helsepersonell. Heller ikke disse pliktene som kan utledes av forsvarlighetskravet, vil kunne tilsettes ved netthelsetjenester.

Fra Rundskriv I-12/2001 *Telemedisin og ansvarsforhold* understrekes plikten til at virksomheten utøves forsvarlig og plikten til å føre journal, samtidig som forholdet mellom rådgivning (spesialistens råd til helsepersonell om behandlingstilbud som kan være høvelig for den aktuelle pasienten) og behandling (som iverksettes av allmennlegen, bl.a. på basis av rådgivning som nevnt) blir tydeliggjort.

Avslutningsvis i rundskrivet er det presisert viktige synspunkter i forhold til ansvarsforhold, og som er utdypet tidligere i rundskrivet. Her oppsummeres de kravene som må oppfylles ved bruk av telemedisin på følgende måte:

- ” – Bruk av telemedisinske virkemidler endrer ikke de ordinære ansvarsforhold
- Ethvert helsepersonell har ansvar for at de vurderinger vedkommende gjør er forsvarlige
- For at en vurdering skal være forsvarlig, må den bygge på relevant og nødvendig informasjon
- Den enkelte må derfor foreta ens selvstendig vurdering av om den informasjon vedkommende har mottatt er god nok – kvalitativt og kvantitativt
- Dersom informasjonen ikke er relevant og nødvendig, er det helsepersonellet som skal foreta vurderingen som må sørge for å innhente mer informasjon, eventuelt innkalle pasienten
- Ved bruk av telemedisinske virkemidler bør det avklares på forhånd hvilke forutsetninger som er lagt til grunn
- Virksomheten bør etablere systemer som sikrer at bruk av telemedisinske virkemidler gir pasienten en forsvarlig undersøkelse og/eller behandling.”

Tilsvarende krav må gjelde for netthelsetjenester når slike tjenester faller innenfor begrepet helsehjelp.

2.7 Forvaltningspraksis vedr. forsvarlighetskravet og netthelsetjenester

Det foreligger ikke så mange saker vedr. netthelsetjenester der spørsmålet om forsvarlighetskravet er oppfylt eller ikke, er reist i praksis.

Spørsmålet vil oppstå i særlig to ulike relasjoner. For det første er tilsynsmyndigheten pålagt å føre tilsyn med at helsepersonells yrkesutøvelse skjer forsvarlig, og med at virksomheter drives forsvarlig. I slike sammenhenger vil tilsynsmyndigheten også måtte vurdere om netthelsetjenester framstår som forsvarlige. Tilsynsmyndigheten kan også i ettertid, ved klagesaker eller henvendelser fra andre eller av eget tiltak, vurdere om en inntruffet alvorlig hending kan settes i sammenheng med at helsepersonell og/eller virksomhet har drevet uforsvarlig virksomhet.² Den andre måten spørsmålet kan aktualiseres på, er dersom en tilbyder av netthelsetjenester, fordi det på dette området foreligger rettslig uavklarte spørsmål, prøver å få

² Jeg går ikke nærmere inn på Htil virkeområde og kompetanse ved vurderingen av slike spørsmål.

”forhåndsvurdert” forsvarligheten i et planlagt netthelsetjenestetilbud ved direkte henvendelser til sentrale helsemyndigheter.

Det finnes saker som belyser forsvarlighetskravet, og som enten er aktualisert gjennom tilsynsmyndighetens eget tiltak eller etter henvendelser fra potensielle tilbydere av netthelsetjenester.

I en sak vedr. tidl. ”Surf-in Clinic” ble ansvarlig lege gitt advarsel. Det foreligger vurderinger fra Htil om flere sider av denne virksomheten som ble funnet å være i strid med forsvarlighetskravet i § 25 i den dagjeldende legelov. Her kan nevnes, ved siden av generelle vurderinger om at forsvarlig undersøkelse, diagnostisering og behandling vil kreve at ”legen har mulighet til å observere pasienten”, at visse sider av netthelsetjenestetilbudet rent konkret ble vurdert som uforsvarlig virksomhet. Dette gjaldt blant annet forskrivning av Viagra, reseptfornyelser og henvisning til spesialist. Htil konkluderte i brev dat. 26. feb. 1999 at virksomheten måtte bringes til varig opphør i tråd med varsel om påbud i brev av 27. jan. 1999. Det ble videre gitt varsel om at ”gjenåpning av virksomheten vil kunne resultere i umiddelbar suspensjon av Deres autorisasjon som lege”.

I det førnevnte brevet fra Htil dat. 9. okt. 2001 til Deriga AS, se punkt 2.5, ble en konseptbeskrivelse av et system for kommunikasjon over internett mellom pasient og lege nærmere vurdert til å være helsehjelp i helselovgivningens forstand. Det ble presisert at forsvarlighetskravet da ville måtte gjelde for tjenestene, men uten at kravene ble nærmere presisert i forholdet til konseptets enkelte elementer.

I den førnevnte saken mellom Htil og Shdir på den ene siden og ”Lege24” på den andre, se punkt 2.3, ble konseptbeskrivelsen av et system for kommunikasjon over internett mellom lege og pasient basert på en individuelt innhentet helseprofil av pasienten, vurdert å være helsehjelp i helselovgivningens forstand. I tillegg ble det fra ”Lege24” ønsket en vurdering av forsvarligheten i opplegget, noe verken Htil (1. okt. 2001) eller Shdir (31. jan. 2002) ønsket å gjøre for å unngå å virke som en ”forhåndsgodkjennende instans”. Men Shdir går langt i å ville karakterisere den planlagte tjenesten som uforsvarlig. Det presiseres blant annet på generelt grunnlag at det kan være vanskelig å oppfylle forsvarlighetskravet ved netthelsetjenester dersom det ikke vil foreligge annet enn nettkontakt mellom helsepersonell og pasient. Dette kommer til uttrykk på følgende måte:

”Det er imidlertid direktoratets oppfatning at nettkonsultasjon uten mulighet for fysisk tilstedeværelse, vil kunne innebære klare begrensninger i forhold til hvilken helsehjelp man kan yte på forsvarlig måte. Som nevnt i Helsetilsynets tidligere brev kan også helsehjelpens karakter i seg selv tilsi at visse former for helsehjelp på nett ikke vil kunne være forsvarlig. Det er helsepersonellet selv som er forpliktet til å drive i samsvar med forsvarlighetskravet, og direktoratet kan som nevnt ikke forhåndsgodkjenne hva som konkret vil være å anse som forsvarlig helsehjelp på nett.”

Den mest kontroversielle saken, og der det synes å være en motstrid i vurderingene til sentrale helsemyndigheter vedrørende forsvarlighetsvurderinger av netthelsetjenester, gjelder tilbudet ”Standbylegen” som opereres av Quadra Care Solution. Her foreligger en første henvendelse til Htil fra driftsansvarlig dat. 12. des. 2000 der en ber om et møte for å gjøre rede for det planlagte konseptet. Det som skiller virksomheten fra de tidl. vurderte konseptene, er at virksomheten skal være basert på individuelt

medlemskap, og ellers vil det i svært begrenset utstrekning være muligheter for å få utskrevet resepter, sykemeldinger mv.

Under planleggingsfasen ga faglige ledere i Htil uttalelser til aktuell fagpresse om at også dette konseptet for netthelsetjenester, i likhet med tidligere vurderte tilbud, syntes å framstå som heller tvilsomt i forhold til forsvarlighetskravet. Adv. Mette Borchgrevink (adv.fa. Steenstrup Stordrange) rettet derfor på vegne av Quadra Care Solution, en fornyet henvendelse 17. april 2001 til Htil for å klargjøre konseptet. I henvendelsen ble det også presisert på hvilke måter dette nye konseptet ville atskille seg fra tidligere vurderte nettheletjenester, som Surf-in-Clinic, som ikke hadde blitt oppfattet å kunne fungere innenfor forsvarlighetskravet.

- Det presiseres på nytt at Standbylegen ikke skal skrive ut resepter, sykemeldinger eller lignende, men stort sett drive en rådgivningstjeneste.
- Rådgivningstjenesten skal være basert på medlemskap, og det skal brukes billedtelefon ved henvendelsene over ISDN telefonlinje som formidler bilde og lyd over et Web-kamera. Internett skal bare brukes for å få opprettet denne kontakten ved pasientens forespørsel. Ved tegning av medlemskapet vil det bli gitt grundig informasjon over begrensningene i tjenestens virksomhet, og at bare slik rådgivning som forsvarlig kan baseres på bruk av billedtelefon, vil bli gitt.
- Det skal føres pasientjournaler i tråd med kravene til slike.

Ut fra dette presiseres at pasienten ikke vil ha grunnlag for på tro at en samtale med Standbylegen kan erstatte fysisk legebesøk der dette finnes nødvendig, og at en viktig side ved kontakten nettopp kan være at pasienten oppfordres til å ta kontakt med fastlegen eller legevakt.

I stor grad brukes resten av brevet for å vise forskjellen fra konseptet til Surf-in-klinikken. Det reises derfor spørsmål til uttalelsene fra fagpersonene i Htil om at den planlagte "Standbylegen" kan oppfattes som en virksomhet som både vil være "uetisk og uforsvarlig". Det siteres utfyllende fra rundskriv I-12/2001, og det konkluderes ned at uttalelsene fra Htils fagpersoner er unyanserte, og heller ikke er basert på et vedtak i Htil. Det stilles derfor spørsmål om saksbehandlingen som har gått forut for uttalelsene, jf. kravene i fvl. § 17 første ledd. Brevet avsluttes med en ny anmodning om et møte for å klarlegge det nærmere innholdet i anførselene til Htils fagpersoner.

Henvendelse ble besvart av Htil 11. mai 2001. Det er grunn til å stille spørsmål ved bruken av ordet "virtuell" ved Htils karakterisering av tjenesten med følgende ordlyd:

"Det dreier seg om en form for legevirksomhet hvor kontakten mellom lege og pasient er virtuell. Det vil si at de problemstillinger pasienten ønsker besvart om egen helse framsettes foran et webkamera og kommuniseres med legen som besvarer forespørselen fra en tilsvarende posisjon. Det er med andre ikke mulighet for fysisk undersøkelse av pasienten – samtidig som muligheten til visuelt inntrykk av pasienten er svært begrenset. Som regel vil ikke legen kjenne pasienten fra tidligere."

Konklusjonen fra Htil på dette forholdet er følgende:

"Dette åpner for uforsvarlig legevirksomhet av to grunner. Legen vil ikke være i stand til på forsvarlig vis å redusere sannsynligheten for alvorlig sykdom der dette kan avklares gjennom undersøkelse av pasienten. Det neste blir en konsekvens av det første. Der dette erkjennes får pasienten en dobbel ugift ved at lege må oppsøkes på vanlig måte."

Samtidig opprettholdes innholdet i utsagnene i bladet "Computerworld", og brevet avsluttes på følgende måte:

"Etter en samlet vurdering står vi således fast ved det som er gjengitt i Computerworld som Helsetilsynets syn på netthelsetjenester. Vi ser således ingen grunn til et møte med impliserte parter. Særlig fordi det i henvendelsen også gis inntrykk av at man ønsker bistand til et kommersielt produkt. Dette ligger ikke innenfor rammen av Helsetilsynets oppgaver."

Quadra Care Solution så seg ikke tjent med fortsatt å forholde seg til Htil, og henvendte seg direkte til (daværende) SHD, hvor det ble avholdt et møte 9. august 2001, på basis av en ny skriftlig henvendelse fra adv. Borchgrevink på vegne av Quadra Care Solution.³ Dette resulterte i et brev fra SHD dat. 14. aug. 2001 hvor departementet går langt i å gi forhåndsvurdering av tjenesten som forsvarlig helsehjelp. Det heter blant annet i brevet:

"På grunnlag av de opplysninger som fremkommer i Deres brev av 17. april til Helsetilsynet, og som ble ytterligere presisert i møtet, antar departementet at denne form for medisinsk rådgivning ikke er i strid med helsepersonelloven § 4 om forsvarlighet."

Den nærmere begrunnelsen følger stort sett de linjer som er pekt på ovenfor (avgrensningen av tjenestene, bruk av billedtelefon og ikke "bare" internett som kommunikasjonsmåte, skikkelig system for journalføring mv.).

Brevet fra SHD sier både noe om grensene for hva som er helsehjelp, og ikke minst momenter i den konkrete forsvarlighetsvurderingen som må finne sted i henhold til kravene i helsepersonelloven § 4. Etter mitt syn er det liten grunn til ikke å akseptere standpunktet til SHD som rettslig holdbart. Svaret fra Htil 11. mai 2001 framstår for meg som unyansert, og etter sitt innhold kan det best vurderes også som et forsvar for uttalelser som allerede var falt om prosjektet i et aktuelt fagtidsskrift. Det virker heller ikke tilforlåtelig at saksbehandleren ved utarbeidelsen av Helsetilsynets svarbrev, var den samme personen som før vurderingen allerede hadde kommet med de sterkt kritiske uttalelsene til konseptet.

Den samme rettsforståelsen om at legetjenester over Internett der pasientidentiteten er sikker, og tjenestene begrenset, basert på Web-telefon og individuelt medlemskap, er ikke overraskende også presentert offentlig av adv. Borchgrevink i en av de få artiklene som har tatt opp og belyst juridiske aspekter ved slik helsehjelp.⁴ Her belyses også den påpekte forskjellen mellom vurderingene i Statens helsetilsyn og Sosial- og helsedepartementet.

2.8 Oppsummerende vedr. netthelsetjenester og spørsmål om helsehjelp og om slik helsehjelp kan ytes forsvarlig

Spørsmålet om hva som er "helsehjelp" i helselovgivningens forstand må skje etter en konkret helhetsvurdering, der allmenn rådgivning om helserelevante spørsmål klart faller utenfor begrepet, selv om slik rådgivning faller innenfor ordlyden i

³ I svarbrevet fra SHD tidfestes dette brevet fra adv. Borchgrevink på vegne av Quadra Care Solution til å være datert 25. august 2001. Dette kan imidlertid ikke være riktig idet det utgående brevet er datert 14. august 2001, og innstempet samme dato i Statens helsetilsyn.

⁴ Mette Borchgrevink, "Legetjenester på Internett – hva sier lov og rett?", *Tidsskrift for Den norske lægeforening* 2002 s. 958-949.

legaldefinisjonen av helsehjelp i helsepersonelloven § 3. Dette må også gjelde for netthelsetjenester. For at noe skal framstå som ”helsehjelp”, må rådgivningen være individuelt tilpasset, av kvalifisert handlingsrettet karakter og basert på informasjon som personen som henvender seg (pasienten), gir fra seg. Rammene for virksomheten (krav og tilbud om profesjonell hjelp), betalingsordninger og hvilke tjenester som konkret blir tilbudt, vil også være viktige momenter i den helhetsvurderingen som må foretas. Jeg viser til den nærmere redegjørelsen i punkt 2.5

Dersom det først ytes helsehjelp, er det et krav om tjenestene som ytes er forsvarlige, og at helsepersonellovens plikter iakttas av helsepersonellet vedr. informasjon, journalføring mv. Disse pliktbestemmelsene vil måtte forstås tilsvarende for netthelsetjenester som for annen type helsehjelp. Jeg viser til den nærmere redegjørelsen i punkt 2.6 og 2.7.

3. Virkeområde for pasientrettighetslovens bestemmelser, særlig i forhold til netthelsetjenester

3.1 Problemstilling

I oppdraget fra Shdir stilles spørsmål om ”I hvilken grad vil lov om pasientrettigheter gjelde for netthelsetjenester?”

Det legges til grunn for den videre drøftingen at den virksomheten som drives, ytes av helsepersonell og er helsehjelp i helsepersonellovens forstand, se nærmere punkt 2.

Det rettslige spørsmålet er om også pasientrettighetslovens regler kan gjøres gjeldende. Bakgrunnen for at spørsmålet med rimelighet kan reises, er definisjonen av pasient i prl. § 1-3 bokstav a, jf. bokstav d. Disse bokstavene har følgende ordlyd:

”I loven her menes med

a) pasient: en person som henvender seg til helsetjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helsetjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle;

...

d) helsetjenesten: primærhelsetjenesten, spesialisthelsetjenesten og tannhelsetjenesten;

...”

Avgrensningsproblemet i pasientdefinisjonen er ikke helsehjelpbegrepet som må forstås tilsvarende måte som i helsepersonelloven, se punkt 2. Derimot synes det etter ordlyden å ligge begrensninger i det saklige virkeområdet for lovens bestemmelser, ved at det ”bare” er i forhold til helsetjenesten at en pasient vil ha rettigheter etter loven.

Det kan altså synes som personer ved behandlingsmessig kontakt med ytere av netthelsetjenester som ikke er organisert som en del av primærhelsetjenesten, spesialisthelsetjenesten eller tannhelsetjenesten, dermed også vil falle utenfor persongruppen som har rettigheter etter loven. De vil ikke falle innenfor pasientdefinisjonen i § 1-3.

3.2 Hvem har rettigheter etter pasientrettighetsloven når det ytes helsehjelp?

I utgangspunktet kan det synes som om definisjonen i prl. § 1-3 bokstav a, og den begrensning om at bare en person kan få rettigheter som ”pasient” dersom kontakten er mot ”helsetjenesten”, sammenholdt med definisjonen i bokstav d), derved er uttømmende og skal tolkes antitetisk. Det vil medføre at for helsehjelp som ytes utenfor helsetjenesten, vil lovens bestemmelser ikke gjelde, og da selv om helsepersonellet vil være bundet av plikt- og ansvarsreglene i helsepersonelloven.

Man kan legge til grunn at det er tilstrekkelig at helsepersonell er bundet av de mest aktuelle pliktreglene, jf. hpl. § 10 og § 41, som relaterer til de viktigste bestemmelsene i prl. kap. 3 og 5. Dette forholdet er presisert i forarbeidene. Som en konsekvens vil imidlertid ikke pasienten ha krav på at samtykkereglene i kap. 4 skal overholdes, men langt viktigere: Pasienten vil være forhindret fra å kunne rette en forvaltningsklage til fylkeslegen over at pasientrettighetslovens regler ikke er oppfylt, i tråd med klagerreglene i prl. kap. 7.

Utgangspunktet med avgrensning av pasientbegrepet gjennom en antitetisk tolkning av "helsetjenesten" i legaldefinisjonen er etter mitt syn for enkelt, selv om dette for eksempel er lagt til grunn i forarbeidene, i kommentarene til § 1-3 i helsedepartementets rundskriv til loven, og for øvrig også i utkast til veilederen "Helse på nett". I rundskriv I-60/2000 synes problemet løst forholdsvis enkelt (s. 17):

"Etter bokstav d er helsetjeneste definert som den virksomhet primærhelsetjenesten, spesialisthelsetjenesten og tannhelsetjenesten er lovpålagt å sørge for. Dette omfatter virksomhet som er offentlig eid, privateid og offentlig drevet, og privateid og privatdrevet som har avtale med stat, fylke eller kommune. Rent privat virksomhet som ikke har avtale med stat, fylke eller kommune faller utenfor definisjonen. Helsepersonell ansatt i slik virksomhet er imidlertid pålagt plikter i henhold til pasientenes rettigheter på samme måte som helsepersonell ansatt i offentlig virksomhet. De fleste rettigheter knyttet til behandling og undersøkelse vil derfor også gjelde i forhold til helt privat helsevirksomhet, blant annet journalinnsyn, informasjonsreglene og samtykkebestemmelsene."

I nyere dokumenter fra HD synes forståelsen å være en helt annen vedr. dette forholdet, noe jeg kommer tilbake til nedenfor.

I Ot.prp. nr. 12 framgår at begrepet pasient brukes om personer som gis eller tilbys hjelp fra helsetjenesten. Det presiseres imidlertid at også "friske" personer som har bruk for ytelser fra helsetjenesten, f.eks. helsestasjonsvirksomhet, prevensjonsveiledning o.l., vil være pasienter etter bestemmelsen. Stortinget utvidet definisjonen til også å omfatte "en person som henvender seg til helsetjenesten med anmodning om helsehjelp", se Innst. O. nr. 91 s. 16. Bakgrunnen var at Stortinget fant at også personer som nektes helsehjelp, har bruk for de prosessuelle rettighetene som pasientrettighetsloven gir, f.eks. journalinnsynsreglene i kap. 5 og klagereglene i kap. 7.

Dersom helsehjelp ytes uoppfordret, eventuelt mot personens vilje, blir personen også definert som pasient. Det samme gjelder dersom en representant eller fullmektig anmoder om helsehjelp for pasienten, f.eks. voksne barn på vegne av gamle foreldre. Person som tilbys helsehjelp, men som avslår dette, defineres som pasient etter lovteksten, jf. "gis eller tilbys". En viktig virkning av at personer som avslår tilbud om helsehjelp, også anses som pasienter i lovens forstand. De vil dermed få anledning til å klage over at de har avslått behandlingstilbudet pga. manglende informasjon fra helsetjenesten.

Til tross for den utvidelsen stortingsbehandlingen førte til, er definisjonen like fullt uheldig fordi den i enkelte situasjoner vil være for snever. Pasientbegrepet må normativt omfatte ulike persongrupper ut fra hvilke rettigheter som er regulert i lovens ulike kapitler, se A. Syse, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, Oslo 2001 s. 90, jf. s. 94 og s. 83.

Mens det bare er personer med "behandlingspretensjoner" som vil være "pasienter" i henhold til legaldefinisjonen, vil journalinnsynsreglene gjelde alle, enten det er helsehjelp vedkommende ønsker eller ikke. En person kan f.eks. ønske journalinnsyn også en god stund etter siste sykehusopphold fordi vedkommende overveier å kreve erstatning, eller fordi vedkommende bare vil bli sikker på hvilke vurderinger som i sin tid ble foretatt. Et slikt ønske kan ikke avslås begrunnet i at vedkommende på tidspunktet for ønsket innsyn ikke fyller kravene til å være "pasient", slik disse er nedfelt i legaldefinisjonen. Dette må være løsningen selv om en tolkning av ordlyden i

§ 5-1 om journalinnsyn, sett i sammenheng med pasientdefinisjonen, ville kunne gi et annet resultat, se Syse 2001 s. 90.

På mange måter kan en si at den som pretenderer å ha rettigheter etter loven, ikke kan avvises på formelt grunnlag bare fordi vedkommende ikke fyller kravene til å være pasient etter legaldefinisjonen. De enkelte rettighetene må først tolkes for å se om angjeldende person har en slik nærhet til kravet, at vedkommende framstår som en person med potensielle rettigheter etter loven.

Som understreket i Syse 2001 s. 90:

”Det er derfor grunn til å hevde at det *ikke* var nødvendig – og heller ikke særlig klokt – å ha en egen legaldefinisjon av pasientbegrepet i denne loven. Det vil være vanskelig å lage en allmenn definisjon som vil passe de mange typer rettigheter og høyst ulike faktiske situasjoner som loven skal dekke. Verken regjeringen eller Stortinget har i hvert fall maktet å gi en definisjon som vil virke avgrensende i forhold til lovens rettighetsbestemmelser, og da er hensikten med en slik definisjon liten.”

I Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) *Om lov om alternativ behandling av sykdom mv.* punkt 12.8.5 som omhandler forholdet til pasientrettighetsloven, understreker HD, og da rimelig naturlig, at pasientrettighetsloven ikke vil gjelde ved behandling hos alternativ behandler som *ikke* har autorisasjon som helsepersonell, unntatt der behandling skjer i den ordinære helsetjenesten.

Derimot er det understreket følgende om behandlingsforholdet mellom en pasient og et autorisert helsepersonell og pasientrettighetslovens virkeområde, og da også om det viktige forholdet til pasientrettighetslovens klageregler i kapittel 7:

”*Pasientrettighetslovens regler om rett til medvirkning og informasjon og journalinnsyn samt samtykkebestemmelser, jf. kapittel 3, 4 og 5, gjelder i autorisert helsepersonells private virksomhet når vedkommende yter ordinære helsetjenester.* Dette må også gjelde dersom alternativ behandling integreres i slik virksomhet. Det kan stille seg annerledes der personer med autorisasjon som helsepersonell driver en virksomhet som i det alt vesentlige er basert på alternativ behandling og som foregår utenfor helsetjenesten. Pasientrettighetsloven vil neppe komme til anvendelse i slik sammenheng. Det er vanskelig å trekke en skarp grense mellom ordinær helsehjelp og alternativ behandling, og det vil derfor bero på en konkret vurdering om man er utenfor pasientrettighetslovens virkeområde.

Klageordningen i pasientrettighetsloven kapittel 7 må kunne anvendes i den utstrekning pasientrettighetsloven gjelder i forholdet mellom den som utøver og den som mottar alternativ behandling, jf. forrige avsnitt.” (mine uthevn.AS)

Her trekkes altså, og da i motstrid med hva som står i pasientrettighetslovens forarbeider, ikke et skille mellom virksomhet som skjer *i* og *utenfor* ”helsetjenesten” som et avgjørende kriterium for om pasientrettighetsloven gjelder eller ikke, men om vedkommende behandler med autorisasjon som helsepersonell de facto framstår – og opptrer – som et ”ordinært helsepersonell” eller som en ”alternativ behandler”. Yter et helsepersonell ordinær helsehjelp i lovens forstand, enten dette skjer i helsetjenesten eller i privat virksomhet, legges det til grunn at pasientrettighetens regler vil gjelde, herunder klagereglene i prl. kap. 7.

Dette er etter mitt syn en riktig lovtolkning, men da i strid med pasientrettighetslovens avgrensende forarbeider.

Dette poenget er ytterligere presisert i punkt 12.8.3.3 *Begrepet "helsetjenesten"* hvor det heter at departementet ikke finner det nødvendig å "omtale bruken av begrepet "helsetjenesten" i selve loven". Og videre – nok en gang i klar motstrid med hva som går fram i forarbeidene til pasientrettighetsloven – heter det, og da uten at motstriden mot tidligere lovforståelse tydeliggjøres:

"Det [begrepet "helsetjenesten"] brukes på samme måte som i pasientrettighetsloven. "Helsetjenesten" er i pasientrettighetsloven § 1-3 bokstav d) definert som "primærhelsetjenesten, spesialisthelsetjenesten og tannhelsetjenesten". Dette omfatter ikke bare helsetjenester som er offentlig eid, privat eid og offentlig drevet, privateid og privat drevet med avtale med det offentlige, men også (unntatt i forhold til pasientrettighetsloven kapittel 2) tilsvarende helsevirksomhet som er helt privat, men som utøves av helsepersonell."

Her presiseres at helsetjenestebegrepet innbefatter også helt privat virksomhet, og at helsepersonells tilknytningsforhold ikke bør få betydning for hvilke rettigheter pasienten har i situasjonen. En avgrensning av virkeområdet for pasientrettighetsloven i tråd med legaldefinisjonen, vil heller ikke være formålsrasjonell, jf. at loven skal bidra til å "ivareta respekten for den enkelte pasients liv, integritet og menneskeverd" (§ 1-1).

Konsekvensen av dette standpunktet er at tilknytningsmomentet til helsetjenesten bør utgå fra legaldefinisjonen når loven revideres.

Det naturlige unntaket, hvor tilknytningen til helsetjenesten vil være avgjørende for rettighetene etter loven, er bestemmelsene i prl. kap. 2 som på ulike måter regulerer retten til spesialiserte helsetjenester, og som derved bare kan fremmes overfor spesialisthelsetjenesten. Også bestemmelsene i prl. kap. 6 som i all vesentlig grad dreier seg om barns rettigheter i forhold til helsetjenesten i snever forstand, vil lett få et snevrere virkeområde ved at det er langt færre aktuelle personer med potensielle rettighetsposisjoner etter dette kapitlet enn etter de allment virkende kapitlene 3, 4 og 5. Bestemmelsene er mest aktuelle ved opphold i helseinstitusjon, og slike institusjoner vil stort sett være deler av den offentlige helsetjenesten.

Dette vil også bli resultatet dersom tilknytningsmomentet til helsetjenesten utgår fra legaldefinisjonen idet avgrensningen går fram av selve rettighetene i disse kapitlene.

Denne (e.m.m. riktige) lovforståelsen, og at tilknytningen til helsetjenesten ikke er avgjørende for de generelt virkende kapitlene i pasientrettighetsloven, bør som nevnt klargjøres på en betraktelig tydeligere måte enn i dag, ikke minst gjennom en oppdatering av rundskrivet til pasientrettighetsloven.

Denne uklarheten synes også å prege for eksempel mine egne kommentarer i NL (se for eksempel note 11 til § 1-3), og disse forholdene vil videre måtte tydeliggjøres i senere utgaver av kommentarutgaven til pasientrettighetsloven. Jeg har tidligere pekt på enkelte steder der dette forholdet allerede i dag er forsøkt klargjort i Syse 2001, se for eksempel s. 94, men andre steder synes forarbeidenes klare føringer lagt til grunn ved kommenteringen. Verken kommentarene i NL eller framstillingen i Syse 2001 er tilstrekkelig klargjørende på dette viktige punktet.

3.3 Konklusjon

Jeg mener at det er rimelig klargjort at dersom det foreligger et behandlerforhold hvor det er *helsepersonell* som yter *helsehjelp*, vil pasienten i utgangspunktet være sikret de generelt virkende rettighetene som er etablert i pasientrettighetsloven.

Rekkevidden av pasientrettighetsloven rettighetsbestemmelser må i en aktuell situasjon tolkes ut fra hvilken rettighet det konkret gjelder. De generelle rettighetene som skal styrke pasientens relative stilling i behandlingsforholdet, retten til medvirkning og informasjon (kap. 3), kravet til gyldig samtykke før helsehjelp ytes (kap. 4), retten til innsyn i journal (kap. 5), og klagemuligheter til fylkeslegene dersom rettighetene ikke blir oppfylt etter anmodning (kap. 7), må gjelde uavhengig av om helsehjelpen gis av privatpraktiserende helsepersonell eller helsepersonell ansatt i en helt privat virksomhet, eller om vedkommende utøver sin virksomhet i helsetjenesten etter den nedfelte legaldefinisjonen i pasientrettighetsloven.

Rettighetene etter prl. kap. 2 og kap. 6 har et betraktelig mer spesifisert pliktsubjekt, henholdsvis spesialisthelsetjenesten (kap. 2), og eier/driver av helsestasjon eller helseinstitusjon for barn (kap. 6), noe som begrenser den alminnelige rekkevidden av rettighetene i disse konkrete kapitlene.

For mulighetene til å benytte seg av pasientombudenes innen deres virksomhetsområde, kan det videre pekes på at i dag har ombudene et saklig virkeområde begrenset til spesialisthelsetjenesten (prl. § 8-2), men Stortinget har ved flere anledninger gitt uttrykk for at virkeområdet bør utvides til kommunehelsetjenesten. Imidlertid er det ikke signalisert at ombudene normalt skal ivareta pasienters rettigheter i forhold til privat virksomhet, selv om dette sikkert forekommer i konkrete tilfeller i dag.

Pasientskadeloven som nylig trådte i kraft, er videre med på å redusere ulikheter i pasientenes rettsstilling ut fra om helsehjelpen ytes av det offentlige (helsetjenesten) eller av rent private tjenesteutøvere. Her blir de samme ansvarsgrunnlagene gjort gjeldende for skader inntrådt etter 1. jan. 2003, og da uavhengig av helsepersonellens arbeidsmessige tilknytningsform når helsehjelp ytes, se lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. § 1. Situasjonen var ikke slik etter de midlertidige ansvarsreglene som begrenset virkeområdet til den offentlige helsetjenesten. Også denne rettsutviklingen tilsier at løsningen på spørsmålet om virkeområdet for pasientrettighetsloven bør være som anført.

Dersom helsepersonell yter helsehjelp, vil altså pasienten kunne kreve oppfyllelse av de rettighetene som er sikret i pasientrettighetsloven. Disse suspenderes ikke av at helsepersonellet er privat utøver eller ansatt i privatdrevet virksomhet. Dette må gjelde like fullt private virksomheter og helsepersonell som tilbyr og leverer netthelsetjenester som for ordinære privatorganiserte og -drevne helsetjenester.

4. Kan det ytes netthelsetjenester etter helsepersonelloven der brukeren er anonym?

4.1 Problemstilling

Shdir har videre bedt meg utrede spørsmålet om det innenfor gjeldende regelverk kan "ytes helsehjelp til anonyme brukere på nettet".

Utgangspunktet er at det ikke dreier seg om alminnelig og uforpliktende helserådgivning, men "helsehjelp" slik dette bør forstås på bakgrunn av drøftingen i punkt 2, se oppsummeringen i punkt 2.8.

Det vil være mulig å bygge opp en portal med helserådgivning som kan brukes av anonyme brukere, og der en via egne valg får mer og mer informasjon om de(n) sykdom eller tilstand brukeren er interessert i å få opplysninger om, ev. råd om kosthold, slanking mv. tilpasset generelle egenskaper ved brukeren. For at rådgivning skal innebære at det ytes "helsehjelp", har jeg avgrenset forståelsen til at "rådgivningen må være individuelt tilpasset, av kvalifisert handlingsrettet karakter og basert på informasjon som personen som henvender seg (pasienten), gir fra seg". Dette vil kreve en toveis kommunikasjonsprosess mellom for eksempel en lege og en (anonym) bruker.

Spørsmålet er vel ikke om slik helsehjelp, basert på en toveis kommunikasjonsprosess mellom legen og en anonym bruker (pasient), rent faktisk kan skje over nettet, men om slik "helsehjelp" kan tilfredsstille de kravene vedr. ansvar og plikter som tilligger helsepersonell som yter helsehjelp.

I den følgende kortfattede drøftingen legges altså til grunn at et helsepersonell som ikke kan være anonym, yter helsehjelp til en anonym bruker via nettbaserte løsninger.

Grunnen til at helsepersonell ikke kan opptre anonymt som leverer av netthelsetjenester, er blant annet *meldingsplikten* om privat virksomhet nedfelt i helsepersonelloven § 18 og *forsikringsplikten* i § 20.

4.2 Forholdet til journalføringsplikter, forsvarlighetskravet mv.

Etter helsepersonelloven § 39 plikter den som yter helsehjelp, å nedtegne eller registrere opplysninger i en journal for den enkelte pasient. Denne plikten gjelder selvfølgelig også ved netthelsetjenester, se bl.a. Rundskriv I-12/2001 *Telemedisin og ansvarsforhold*. Journalen skal være individualisert, se kravene i journalforskriften § 8, særlig bokstav a til c:

§ 8. (Krav til journalens innhold)

Pasientjournalen skal inneholde følgende opplysninger dersom de er relevante og nødvendige:

- a) Tilstrekkelige opplysninger til å kunne identifisere og kontakte pasienten, blant annet pasientens navn, adresse, bostedskommune, fødselsnummer, telefonnummer, sivilstand og yrke.
- b) Opplysninger om hvem som er pasientens nærmeste pårørende, jf. pasientrettighetsloven § 1-3 bokstav b og lov om psykisk helsevern § 1-3, og hvordan vedkommende om nødvendig kan kontaktes.
- c) Dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse, skal det nedtegnes hvem som samtykker på vegne av pasienten, jf. pasientrettighetsloven kapittel 4.

Det vil ikke være mulig å oppfylle dette kravet dersom brukeren vil være anonym, og det vil derfor ikke være mulig – eller hensiktsmessig – å yte helsehjelp, uten å bryte et klart opptrukket regelverk som er nedfelt også i pasientens interesse, se Ot.prp. nr. 13 kap. 13. Etter mitt syn vil en virksomhet der det over nettet ytes helsehjelp til anonyme brukere, også være i strid med det alminnelige forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 idet en hver mulighet for forsvarlig oppfølging mv. av pasienten ikke vil være til stede, se nærmere punkt 2.6.

Det vil ventelig også kunne oppstå et finansieringsspørsmål i samband med betalingsoverføringer ved denne formen for netthelsetjenester idet det ikke lenger vil foreligge anonymitet dersom brukeren (pasienten) må betale for tjenesten. Det er neppe mange seriøse firmaer eller andre kilder for finansiering av nettjenester som vil bidra til driften av en virksomhet som allerede i utgangspunktet vil være ulovlig for utøveren, i tillegg til å framstå som faglig useriøs.

Innen Norge, i likhet med reguleringen i EU vedr. legemidler, er det viktig å understreke at anonyme forskrivninger av reseptbelagte medikamenter mv., for eksempel ved faks eller innringning til et apotek med konstruert pasientnavn mv. for å holde på brukerens anonymitet, vil bryte mot andre ufravikelige plikter i helsepersonelloven. Disse vil i alle fall gjelde helsepersonell som driver sin virksomhet ”i riket”, se helsepersonelloven § 2 første ledd.

Jeg kommer i punkt 5 tilbake til virkeområdet for helsepersonelloven, i forhold til spørsmålet om avgrensningen ”i riket” i helsepersonelloven § 2. I denne sammenhengen skal jeg bare peke på at det er ganske mange brukere av internett, herunder undertegnede, som mottar tallrike forespørsler om forskrivning av ulike medikamenter fra utlandet, herunder Viagra, og også andre tilbud om mulige medikamenter og behandlingsformer. Det vil være mulig å konstruere en egen epost-adresse for anonym bestilling av slike forskrivninger, forsendelser mv., selv om anonymiteten enkelte ganger vil kunne bli opphevd på mottakerhånd gjennom betalingsordningene for tjenestene.

Det er tydelig at denne type medisinsk virksomhet i mange land framstår som kurant og hvor det tydeligvis kan foretas forskrivning av reseptbelagte medikamenter til ukjente mottakere.

Medikamentforskrivning av reseptpliktige legemidler er utvilsomt helsehjelp i helsepersonellovens forstand, og kan derfor ikke rettmessig skje overfor anonym bruker fordi den ikke kan journalføres på identifiserbar måte. En slik praksis vil likeledes være i strid med helsepersonelloven § 11, utdypet gjennom forskrift 27. april 1998 nr. 455 om rekvirering og utlevering av legemidler fra apotek, se for eksempel § 5-7 med følgende ordlyd:

”§ 5-7. Opplysninger om pasienten

Resepter skal påføres følgende opplysninger om den person legemidlet er rekvirert til:

- a) fornavn,
- b) etternavn,
- c) kjønn,
- d) fødselsdato- og år,
- e) adresse.

Før resept utstedes på legemiddel i reseptgruppe A eller B, skal legitimasjon kreves og forevises dersom pasienten er ukjent for reseptutstederen.”

Det er helsemyndighetene som ev. nedskriver reseptplikten for enkelte medikamenter og gjør de tilgjengelig i (anonyme) håndkjøp. Så lenge medikamenter er underlagt forskrivningsretten, er slik forskrivning utvilsomt helsehjelp og kan ikke foretas overfor anonym bruker (pasient).

4.3 Konklusjon

Selv om det rent faktisk er mulig å etablere en netthelsetjeneste som skulle yte helsehjelp – i helsepersonellovens forstand – til anonyme brukere, ville denne tjenesten systematisk måtte bryte flere og helt grunnleggende pliktregler som tilligger det autoriserte helsepersonellet som ansvarlig tjenesteyter.

En netthelsetjeneste må derfor, for ikke å komme i strid med helsepersonellovens pliktregler, overfor anonyme brukere bare kunne tilby rådgivningstjenester av slik uspesifisert og ikke-individrettet karakter at den ikke framstår som ”helsehjelp”, se punkt 2.8. En slik rådgivningstjeneste vil selvfølgelig kunne betjene både identifiserte og anonyme brukere.

5. Vil netthelsetjenester ytt fra helsepersonell bosatt i utlandet falle innenfor norsk helselovgivning når pasienten mottar hjelpen her i landet?

5.1 Problemstilling

Den siste konkrete problemstillingen som jeg er bedt om å utrede, er om ”helsehjelp som avgis fra utlandet til pasienter i Norge, kan sies å ytes ”i riket”?”

Det rettslige utgangspunktet her er forståelsen av helsepersonelloven § 2 første ledd som fastlegger det stedlige virkeområdet for helsepersonellovens regler.

Bestemmelsen lyder:

”Loven gjelder helsepersonell og virksomheter som yter helsehjelp i riket.”

Som nevnt i punkt 4.2 foreligger det i dag en rekke individuelt rettede tilbud på nettet om helsehjelp der tilbudet kommer fra tilbydere bosatt i utlandet. Det vil likeledes være mulig for en person i Norge som ikke uoppfordret mottar slike tilbud, å etablere kontakt med tilsvarende tilbydere ved bruk av internett for å kunne be om tjenester og tiltak som vil kunne være helsehjelp i helsepersonellovens forstand.

Denne drøftingen vil bli avgrenset fra det langt større problemkompleks om rekkevidden av bestemmelser om stedlig virkeområde for de ulike deler av den samlede helselovgivningen. Her kan nevnes problemer knyttet til norske pasienter som mottar norskfinansierte helsetjenester i utlandet, spesielt oppbygd eller tilrettelagt for dem i form av for eksempel behandlingsopphold for personer med ledd- og hudlidelser, opphold på norskfinansierte og -drevne sykehjem, operative inngrep etter utenlandsmilliarden mv. Ulike bestemmelser vil kunne rekke ulikt langt.

Det er heller ikke ukjent at enkelte norske borgere reiser til utlandet for å kunne foreta behandlingsinngrep eller for å motta andre helsetjenestetilbud som det er direkte lovforbud mot å foreta i Norge, f. eks. etter enkelte bestemmelser i bioteknologiloven, mens andre oppsøker helsetjenestetilbud i utlandet for å få utført helserelaterte inngrep eller andre behandlingstiltak billigere enn tilsvarende tjenester og tiltak ville ha kostet i Norge. Visse sider av dette store problemkomplekset, som foreløpig ikke er tilstrekkelig utredet her i landet, har også EØS-rettslige sider, se f.eks. Ot.prp. nr. 63 (2002-2003) *Om lov om endringer i lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) m.m.* punkt 3 (s. 12-13) og punkt 6 (s. 42-51).

Jeg avgrenser derfor drøftingen til spørsmålet om netthelsetjenester der helsepersonellet tilbyr sine tjenester fra utlandet, men der de mottas her i riket, vil falle innenfor helsepersonelloven og derved føre til at helsepersonellet tillegges tilsvarende ansvar og plikter som helsepersonell som utøver sin virksomhet ”i riket”. Dette vil i sin tur kunne føre til at pasienten ev. kommer i en rettighetsposisjon i henhold til bestemmelsene i pasientrettighetsloven.

5.2 Nærmere om avgrensningen ”i riket” i forarbeider mv.

I Ot.prp. 13 står følgende under de spesielle kommentarene til bestemmelsen i første ledd:

”Loven regulerer yrkesutøvelse som helsepersonell i riket, (se § 3 for definisjonen av helsepersonell) uavhengig av profesjonstilhørighet eller tjenestens art. Den gjelder for hjelpepleiere, sykepleiere, ergoterapeuter, psykologer, leger, tannleger, jordmødre, fysioterapeuter, kiropraktorer m fl og deres yrkesutøvelse i sykehus, kommunehelsetjenesten, sykehjem, hjemmesykepleie, tannhelsetjeneste, privat virksomhet av ulik art m.m. Loven gjelder all yrkesutøvelse der man opptrer i kraft av å være helsepersonell. Enkelte bestemmelser henvender seg til virksomhet som yter helsehjelp, for eksempel § 16, § 32, § 33 og § 39.

...

Loven gjelder helsepersonells yrkesutøvelse i riket, dvs. alle som kommer inn under definisjonen av helsepersonell og som oppholder seg i riket uavhengig om vedkommende er norsk statsborger eller om oppholdet har vart en viss tid.”

Ohnstad og Befring har i NL følgende kommentar til denne bestemmelsen:

”Helsepersonelloven gjelder alle som defineres som helsepersonell (§ 3) og som oppholder seg i Norge, uavhengig av statsborgerskap eller oppholdets varighet eller av arbeidssted når det utøves helsepersonellfaglige aktiviteter. Dette gjelder både fast arbeid og arbeid som utøves leilighetsvis, i offentlig eller privat regi. ”Yter helsehjelp” må ikke tolkes for snevert, det er ment å dekke handlinger og unnlatelser. Dette kan også omfatte yrkesutøvelse i fritiden, hvis man blir oppsøkt som helsepersonell av en hjelpetrequende.”

Det synes ut fra forarbeidene å være lagt til grunn at helsehjelp bare ytes i konkrete, rent fysiske, møter mellom helsepersonell og pasienter, og ”i riket” blir ut fra dette tolket som at det er oppstilt et krav for at helsepersonellovens regler skal komme til anvendelse, at helsepersonellet rent fysisk ”oppholder” seg i Norge mens helsehjelpen ytes, enten dette oppholdet er av kortvarig eller langvarig forhold.

Utenlandsk helsepersonell som ønsker å yte helsehjelp her i landet, vil måtte ha autorisasjon eller lisens, som på nærmere bestemte vilkår kan tildeles etter søknad til utenlandsk bosatt helsepersonell av Statens autorisasjonskontor for helsepersonell. I tillegg kommer som nevnt kravet om meldingsplikt etter helsepersonelloven § 18 første ledd. I Ot.prp. 13 under spesielle merknader (kap. 26) er det understreket følgende om formålet og formen for denne meldingsplikten:

”Bestemmelsens første ledd omfatter offentlig ansatte og privatpraktiserende eller privat ansatt helsepersonell når disse påtar seg arbeid som helsepersonell i privat virksomhet. Meldeplikten er obligatorisk. Den er for eksempel aktuell når en fysioterapeut, kiropraktor eller tannlege starter selvstendig virksomhet i en kommune. For fysioterapeuters vedkommende er bestemmelsen i hovedsak en videreføring av regelen i fysioterapeutloven § 5, men er noe utvidet da forslaget omfatter alt helsepersonell. Helsepersonell i privat spesialisthelsetjeneste skal gi melding til fylkeskommunen, mens helsepersonell i annen virksomhet skal gi melding til kommunen. Dette gjelder også for eksempel spesialister i sykehus som påtar seg andre oppgaver enn spesialisthelsetjeneste i privat virksomhet.”

Forarbeidene er helt tause i forhold til de spørsmålene som reiser seg ved tilbud netthelsetjenester der tilbyderen oppholder seg utenfor Norge, mens helsehjelpen de facto tilbys, og ev. ytes, her i landet. Svaret på spørsmålet må derfor bli frirettslig ut fra reelle hensyn, herunder formålsbestemmelsen om at helsepersonelloven skal ”bidra til sikkerhet for pasienter og kvalitet i helsetjenesten samt tillit til helsepersonell og helsetjeneste”, se § 1.

5.3 Forvaltningspraksis vedr. forståelsen av ”i riket” i samband med netthelsetjenester

Ved enkelte anledninger er det dukket opp saker som berører denne problemstillingen, men da stort sett knyttet til telemedisinske tjenester slik disse er nærmere definert i

punkt 1.4, og som derved faller utenfor hovedspørsmålene i betenkningen. Dette er forhold der det er utenlandsk bosatte, profesjonelle og særlig kvalifiserte, helsepersonell som tilbyr sine tjenester til, eller blir forespurt av, norsk helsepersonell eller spesialisthelsetjeneste.

I den ene saken som ble reist fra (det daværende) Regionsykehuset i Tromsø i september 1999, ble spørsmålene forsøkt avklart av Htil etter vel halvannet års saksbehandling, ved brev datert 29. juni 2001. Spørsmålet var om utenlandske leger som ønsker å praktisere fra utlandet via telemedisinske løsninger, måtte ha norsk autorisasjon, og hvilke prosedyrer som ev. da måtte følges. I svaret (ref. 99/337) presiseres at spørsmålet verken kan løses ut fra lov eller forarbeider. Htil konkluderer, uten en særlig utførlig drøfting, med følgende: ”Utenlandsk helsepersonell som via telemedisin utøver virksomhet i Norge, må ... derfor anses å yte helsehjelp i riket i henhold til hpl. § 2 og dermed omfattes av helsepersonellovens øvrige bestemmelser.”

Resten av svarbrevet er en veiledning i hvordan nærme seg autorisasjonsspørsmålet. Dog er det presisert, siden det tydeligvis er Regionsykehuset i Tromsø selv som ønsker å benytte telemedisinske tilbud fra utlandet, at dersom vedkommende utøver ikke har autorisasjon, ligger det et desto større forsvarlighetskrav på vedkommende institusjon som inkluderer et slikt tilbud i pasientrettet virksomhet, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-3. Det presiseres herunder at ut fra ”det ansvar leger har etter helsepersonelloven § 4 tredje ledd til å ta beslutninger i medisinske spørsmål, vil legen som er til stede hos pasienten, få et ansvar for det uautoriserte helsepersonell han/hun eventuelt samarbeider med i medisinske spørsmål”.

I den øvrige saken er det ikke kommet til en egentlig løsning fordi sentrale helsemyndigheter er i tvil om hvordan det rettslige spørsmålet best kan løses. Saken er unndratt offentlighet, men dreier seg om en i utlandet basert medisinsk spesialisttjeneste som ønsker å tilby pasientrettede tjenester over internett, også her i landet. Etter en viss møtevirksomhet ble det reist forespørsel til (daværende) SHD, om å få avklart spørsmålet. Etter omorganiseringen av den sentrale helseforvaltningen er spørsmålet fremdeles uavklart, og en ny henvendelse ble rettet fra Shdir til HD (ref. 02/931 TS). Det etterlyses at problemene tas opp og avklares i en større sammenheng.

Korrespondansen viser at det stedlige virkeområdet for norske helserettslige regler bør tas opp på bred basis, vel egnet for et offentlig uvalg i tidens fylde, noe som bør være en oppgave for HD å ta initiativ til og foreberede.

Forvaltningspraksis gir ingen svar på det spørsmålet som drøftes her. Der det drives telemedisin i egentlig forstand, en utveksling mellom velkvalifisert helsepersonell der kommunikasjonen har karakter av forespørsler og/eller rådgivning, er det ikke så viktig å få en avklaring idet de internrettslige reglene uansett vil komme til anvendelse for den helsehjelpen som konkret gis lokalt her ”i riket”, og det helsepersonellet som yter helsehjelpen, vil uansett ha plikter og et selvstendig ansvar etter helsepersonelloven.

Når det ikke er et lokalt helsepersonell som yter den konkrete helsehjelpen, men hvor denne ytes direkte fra utenlandsk bosatt helsepersonell, og som heller ikke har norsk autorisasjon, framstår spørsmålet som uavklart, men vel så viktig.

5.4 Vurdering og konklusjon

Når helsetjenester de facto hentes ut – og derved i en viss forstand kan sies å ytes – i Norge, er det rimelig i utgangspunktet å kunne hevde at norske rettsregler må gjelde. Dette er i tråd med de vurderinger som er gjort i forvaltningen vedr. samarbeid via telelinjer mellom skandinavisk, privat helseinstitusjon og norsk sykehus/behandlingsinstitusjon, se punkt 5.3.

På den andre siden vil ikke en pasient som selv henvender seg over nettet til en utenlandsk basert netthelsetjeneste og innretter seg i tråd med den helsehjelpen som ytes, kunne forvente at et alminnelig norsk forbrukervern vil kunne gjelde for tjenesten. Det kan heller ikke forventes at den norske helselovgivningen vil kunne regulere en slik virksomhet. Det vil ikke være mulig for tilsynsmyndigheten å drive et effektivt tilsyn med denne typen tjenester, og det vil heller ikke foreligge sanksjonsmuligheter etter helsepersonelloven overfor personellet som driver uten norsk autorisasjon. Etter mitt syn vil heller ikke pasientrettighetsloven regler kunne gjøres gjeldende på pasientens hånd.

I slike situasjoner taler derfor de beste grunner for at pasienten selv må bære risikoen ved å velge en utenlandsk netthelsetjeneste, og gjennom dette å fravelge en offentlig eller privat drevet norskbasert helsetjeneste, inklusive de netthelsetjenestene som opereres fra Norge med norsk helsepersonell. Etter mitt syn tilsier dette at selv om helsehjelpen ”hentes ut” i Norge, vil ikke helsehjelpen ytes ”i riket”, og faller derved utenfor virkeområdet for den norske helselovgivningen.

Selv om en utlandsk netthelsetjeneste skulle yte helsehjelp i helsepersonelloven § 3, se punkt 2, vil den derfor i utgangspunktet ikke bli omfattet av helsepersonellovens og/eller pasientrettighetslovens regler.

På den andre siden vil norsk helsepersonell som oppholder seg i Norge, ikke kunne etablere netthelsetjenester som opereres fra utenlandskbaserte servere eller annen teknologi basert i utlandet, for på den måten å komme rundt den norske helselovgivningen, herunder plikt- og ansvarsreglene i helsepersonelloven. Så lenge helsehjelpen ytes av norsk helsepersonell som rent konkret yter helsehjelpen ”i riket”, vil helsepersonellet være bundet av de vanlige plikt- og ansvarsreglene i helsepersonelloven, og pasienten vil ha rettigheter etter pasientrettighetsloven, se nærmere punkt 2 og punkt 3.

6. Oppsummerende vurderinger, herunder spørsmål om behov for regelendringer, samt enkelte kommentarer til utkastet til veilederen ”Helse på nett”

6.1 Enkelte oppsummerende vurderinger

Drøftingene i punkt 2, 3 og 4 fører fram til rimelig klare konklusjoner i forhold til de problemene som er bedt utredet og vurdert.

For drøftingen i punkt 5 er det bare å fastslå at denne ble begrenset ned til det saklig sett minimale idet andre avgrensingsalternativer ikke framsto som hensiktsmessige.

6.2 Behov for regelendringer i samband med netthelsetjenester?

Det er også reist i mandatet for betenkningen fra Shdir bedt om en vurdering av om denne skulle peke på behov for ev. regelendringer innen de områdene som belyses.

Som det har framgått, er det fullt mulig å løse de fleste av de nevnte spørsmålene, de som er nærmere drøftet i punkt 2, 3 og 4, uten at det foretas ytterligere regeljusteringer eller utredninger.

Det er fra min side i punkt 2 pekt på at legaldefinisjonen av ”helsehjelp” i helsepersonelloven § 3 tredje ledd er for omfattende etter sin ordlyd, også forstått ut fra de relevante forarbeidsuttalelsene, men her har etterfølgende forvaltningspraksis tydeliggjort at man ikke utelukkende kan legge legaldefinisjonens ordlyd til grunn for forståelsen. Formålsrasjonalitet og andre reelle hensyn taler for denne løsningen. Regelendringer synes derfor unødvendig.

Også pasientdefinisjonen i pasientrettighetsloven er uheldig utformet, slik det er nærmere redegjort for i punkt 3. Det er flere sider ved denne definisjonen som er uheldig, så vel kravet at en person skal ha ”pasientpretensjoner” for å utløse rettigheter etter loven, som det at virkeområdet synes begrenset til helsetjenesten, slik denne er nærmere definert i § 1-3 bokstav d. Akkurat som for helsehjelp-definisjonen etter helsepersonelloven, er det i etterfølgende forvaltningspraksis valgt å legge en mer formålsrasjonell tolkning av pasient-begrepets omfang. Dette har ført til en utvidende forståelse ut fra den konkrete konteksten.

Etter mitt syn framstår det som hensiktsmessig å foreslå denne definisjonen endret ved en anledning hvor det av andre grunner skal framlegges forslag om endringer i pasientrettighetsloven. Det vil som påpekt være helt i tråd med rettsutviklingen på feltet om pasienter, også etter en naturlig forståelse av lovteksten, blir sikret de generelt virkende rettighetene etter prl. kap. 3, 4, og 7, og da uavhengig av om det er private aktører som yter den aktuelle helsehjelpen. Særlig i en pasientrettighetslov er det viktig, ut fra et forbrukerperspektiv, at lovens virkeområde rimelig enkelt bør kunne utledes av lovens egne bestemmelser.

Problemene knyttet til det geografiske virkeområdet for helselovgivningen, og som så vidt ble berørt i punkt 5, tilsier at det foreligger et noe mer presserende behov for en nærmere vurdering av høyst ulike regelverk i høyst ulike sammenhenger. Det synes her å være et stort og utfordrende felt for HD å ta fatt på, i første rekke gjennom en utredning og vurdering av hvorvidt gjeldende regelverk er hensiktsmessig utformet

med tanke på de nye utfordringene som vil oppstå ved at norsk helsevesen, både den kommunale helsetjenesten og spesialisthelsetjenesten, etablerer og benytter helsetjenestetilbud utenfor landets grenser. Spørsmålene knyttet til netthelsetjenester er bare en liten flik av et stort – eller rettere: flere store – problemkompleks.

6.3 Enkelte kommentarer til utkastet til veilederen ”Helse på nett”

Jeg har, i samråd med Shdir, ikke vurdert utsagn av rettslig karakter i utkastet til veilederen ”Helse på nett”. I samband med denne betenkningen er det imidlertid klart, etter mitt syn, at det er behov for vesentlige endringer i framstillingen på enkelte punkter.

Mitt primære ankepunkt mot det nåværende utkastet er at det er noe uheldig disponert, berører for mange og ulike problemstillinger, i tillegg til at det er formuleringer som for meg tilsier at det nærmest oppfordres til en form for netthelsetjenester som rettslig sett er problematisk. Jeg peker bare på ett eksempel, men det er representativt for flere enkeltutsagn som vanskelig kan bli meningsbærende. Det her nevnt eksemplet, er i tillegg understreket ved å være nummerert og stå i ramme. På s. 26, avslutningsvis i punkt 4.4.2, i rammepunkt 3, heter det:

”3. Når helsehjelpen bare mottas via nettet uten at helsepersonellet kjenner pasientens identitet, må også pasientrettighetene ivaretas. Det er meget begrenset erfaring med dette, og det er fortsatt behov for utprøving av dette.”

Etter punkt 4 i min betenkning, og særlig dersom Shdir slutter seg til vurderingene i dette punktet, vil et slikt utsagn være uheldig om det fremmes fra sentrale helsemyndigheter, for derigjennom å oppfordre til en utprøving av netthelsetjenester som etter mitt syn per se framstår som i strid med lovpålagte plikter for det aktuelle helsepersonellet og vel også i strid med det alminnelige forsvarlighetskravet.

Jeg vil derfor tilrå at det fortsatt legges arbeid i å kvalitetssikre utsagn av rettslig karakter i veilederen ”Helse på nett” før denne publiseres.