

Årsakskravet ved pasientskader – særlig om uoppklarte årsaksforhold.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 598
Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 17 965 ord.

26.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling.	1
1.2	Presiseringer og avgrensninger.	2
1.3	Rettskildebildet for pasientskaderetten.	2
1.3.1	Lovgivning.	3
1.3.2	Forarbeider.	3
1.3.3	Forskrifter.	4
1.3.4	De midlertidige reglene.	4
1.3.5	Praksis.	4
1.3.5.1	Rettspraksis.	4
1.3.5.2	Forvaltningspraksis.	5
1.3.6	Juridisk teori.	5
1.3.7	Reelle hensyn.	6
1.3.8	Utenlandsk rett.	6
1.4	Videre fremdrift.	6
<u>2</u>	<u>DEN ALMINNELIGE ERSTATNINGSRETTE.</u>	<u>7</u>
2.1	Rettsgrunnlag.	7
2.2	Adekvat årsakssammenheng.	10
2.3	Økonomisk tap.	10
2.4	Bevisregler.	11
<u>3</u>	<u>PASIENTSKADEERSTATNINGSRETTE OG PASIENTSKADELOVEN.</u>	<u>13</u>
3.1	Rettsstilstanden før den midlertidige ordningen.	13
3.2	Arbeidsgiveransvaret.	14
3.3	Historikk.	15

3.4	De midlertidige reglene.	17
3.4.1	Reglenes saklige rekkevidde.	19
3.4.2	Reglenes stedlige rekkevidde.	19
3.4.3	Vilkår for erstatning under den midlertidige ordningen.	20
3.5	Bevisreglene.	22
3.6	Adekvat årsakssammenheng.	23
3.7	Pasientskadeloven.	23
3.7.1	Innledning.	23
3.7.2	Bakgrunn for loven.	24
3.7.3	Organene.	26
3.7.4	Lovens dekningsområde.	26
3.7.5	Grunnvilkåret: pasientskade. Skadebegrepet.	27
3.7.6	Ansvarsgrunnlaget.	29
3.7.7	Økonomisk tap.	32
3.7.8	Adekvat årsakssammenheng.	32
3.7.9	Saksbehandlingsreglene.	32
3.7.10	Klageadgang.	33
4	<u>ALMINNELIGE BEMERKNINGER OM ÅRSAKSKRAVET.</u>	33
4.1	Innledning.	33
4.2	Betingelseslæren.	35
4.3	Særlig sårbarhet.	36
4.4	Atskillbare skader.	38
4.5	Hypotetisk årsakssammenheng.	38
4.6	Vesentlighetslæren.	39
4.7	Andre krav til årsakssammenheng.	40
4.8	Adekvanskriteriet.	40
5	<u>ÅRSAKSKRAVET VED PASIENTSKADER.</u>	41

5.1	Atskillbare skader – inngangsinvaliditet.	42
5.2	Opplysningssvikt – informert samtykke.	44
5.3	Pasientskadeloven § 2 litra c om spesiell sårbarhet hos skadelidte.	46
5.4	Mislykket abort og sterilisering.	48
5.5	Særlige bevisregler.	49
5.6	§ 3 andre ledd – vaksinasjonsskader.	50
<u>6</u>	<u>UOPPKLARTE ÅRSAKSFORHOLD - § 3 FØRSTE LEDD.</u>	<u>51</u>
6.1	§ 3 første ledd – uopklarte årsaksforhold.	51
6.2	Tilsvarende regel i andre nordiske land?	53
6.3	Bevisreglene.	53
<u>7</u>	<u>PRAKSIS HOS NPE OG PSN VEDRØRENDE UOPPKLARTE ÅRSAKSFORHOLD.</u>	<u>55</u>
7.1	Praksis.	55
7.2	Vurdering.	60
<u>8</u>	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTARER.</u>	<u>65</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>67</u>

1 Innledning.

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.

Det sentrale tema for oppgaven er årsakskravet ved pasientskader, med vekt på uopklarte årsaksforhold i Lov om erstatning ved pasientskader av 15. juni 2001 nr. 53 (pasientskadeloven) § 3 første ledd.

Problemene knyttet til årsakssammenheng er ofte de samme i pasientskadeerstatningsretten som i den alminnelige erstatningsretten, men på visse områder er prinsippene videreutviklet og tilpasset dette rettsområdet der vurderingene ofte er kompliserte både medisinsk og juridisk. I tillegg er vi innenfor et område der det stadig skjer en utvikling og nye problemstillinger dukker opp, noe som kan medføre visse lovtekniske utfordringer.

Pasientskadeloven § 3 første ledd anvendes i praksis snevrere enn hva ordlyden kan tilsa, og det synes ikke å foreligge samsvar mellom lovgivning og praksis.

Bestemmelsen har blitt behandlet gjentatte ganger av Pasientskadenemnda¹, men har per dags dato ikke fått noen nærmere avklaring i domstolssystemet. Skadelidte pasienter påberoper seg til stadighet denne bestemmelsen, men får meget sjelden medhold i sine anførsler. Sett både fra rettsanvender og pasientens ståsted er dette uheldig, og en avklaring av bestemmelsens rekkevidde ved domstolsbehandling og/eller fra lovgivers side ville kunne gi klarere retningslinjer for fremtiden.

Problemstillingen er etter dette sentrert til om bestemmelsen i § 3 første ledd i praksis er underlagt en innskrenkende fortolkning i strid med hva lovens ordlyd og lovgivers intensjon tilsier. Forkortet kan dette omtales som et spørsmål om bestemmelsen praktiseres for snevert.

I problemstillingen, og som bakgrunn for denne ligger en vurdering av bestemmelsens historie, rekkevidde og betydning slik forholdene er på nåværende tidspunkt.

¹ Organet omtales i punkt 3.7.3.

For at loven skal virke etter sin hensikt er det helt sentralt at den undergis en fortolkning som ikke undergraver hovedformålet om å styrke pasienters erstatningsrettslige vern.

Samtidig er organene som behandler sakene gitt et visst spillerom, og deres synspunkter må av denne grunn også vektlegges. Pasientskadenemnda² ønsker at bestemmelsen oppheves, men deres standpunkt er ikke gitt å være det rådende.

1.2 Presiseringer og avgrensninger.

Ettersom pasientskadeerstatningsretten i all hovedsak bygger på den alminnelige erstatningsretten, vil utgangspunktet tas i denne. Sentralt er spørsmålene om årsakssammenheng og temaer knyttet til årsakskravet i den alminnelige erstatningsretten. Rettsgrunnlag og vilkår for erstatning vil bli behandlet overfladisk. En behandling av ansvarsgrunnlaget faller imidlertid utenfor oppgaven.

Bakgrunnen for pasientskadeerstatningsretten, tidligere regler og pasientskadeloven vil bli behandlet, herunder vilkårene for erstatning etter pasientskadeloven. Vekten vil ligge på spørsmålene knyttet til årsakskravet, og særlig de relatert til såkalte uoppklarte årsaksforhold. Praksis knyttet til pasientskadeloven faller i stor grad utenfor, med unntak av den som er knyttet til pasientskadeloven § 3 første ledd.

Utenfor behandlingen faller en utførlig behandling av vilkårene i den alminnelige erstatningsretten. Utmålingsspørsmålene faller i sin helhet utenfor oppgavens tema.

1.3 Rettskildebildet for pasientskaderetten.

Før vi fikk egne regler for pasientskader, var de skadelidte henvist til å benytte seg av reglene i den alminnelige erstatningsretten. På grunn av særegenhetene for dette rettsinstituttet var ikke disse reglene fullt ut tilstrekkelige for å verne om pasienters rettssikkerhet, og midlertidige regler ble utformet.

På bakgrunn av disse reglene og praksis kom det en egen pasientskadelov som skulle regulere disse skadetilfellene i 2003³.

Den primære dekningskilde ved pasientskader er folketrygdens systemer, hjemlet i Lov om folketrygd av 28. feb. 1997 nr 19.

² Se punkt 3.7.3.

³ Lov om erstatning av pasientskader mv. (pasientskadeloven) av 15. juni 2001 nr. 53.

Dette gjelder både for pasientskader og andre skader, og innebærer at man bare kan kreve erstatning for det tap man har utover det man får dekket fra folketrygden⁴.

1.3.1 Lovgivning.

Lov om pasientskader av 15. juni 2001 nr. 53 er den primære rettskilde for pasientskadeerstatningsretten.

Loven kom i utgangspunktet til anvendelse hovedsaklig bare for skader voldt i offentlig virksomhet, men fra 2009 trådte den i kraft også for skader voldt i det private helsevesenet.⁵ Loven har regler om anvendelsesområdet, hvem som er ansvarssubjekter, enkelte saksbehandlingsregler, regler om klageadgang og domstolsprøving, og særlige bevisregler.

Selve tapsutmålingen reguleres av Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26 (skadeserstatningsloven)⁶. I praksis er denne derfor en viktig lov.

1.3.2 Forarbeider.

Ved tolkning av de ulike bestemmelsene i pasientskadeloven, spiller forarbeidene en viktig rolle⁷. De sentrale forarbeidene finner vi i Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) og NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader, der sistnevnte er avgitt av det som har blitt kalt Lødruputvalget. Ot.prp. nr. 31 bygger i stor grad på NOU 1992: 6.

Det ble fremmet visse endringsforslag, tilpasningsforslag og ikrafttredelsesbestemmelser i Ot.prp. nr. 55 (1999-2000), Ot.prp. nr. 22 (2002-2003), Ot.prp. nr. 74 (2002-2003), Ot.prp. nr. 103 (2005-2006). Disse forarbeidene har imidlertid ingen praktisk betydning for oppgaven, og vil ikke behandles nærmere.

⁴ Jfr. Pasientskadeloven § 4 første ledd jfr. skadeserstatningsloven 6 § 3-1 tredje ledd. Det gjøres fradrag for ytelser fra folketrygden ved erstatningsutmålingen.

⁵ Lov av 29. juni 2007 nr. 78.

⁶ Jfr. pasientskadeloven § 4.

⁷ Andenæs (1997) kap. 4.

1.3.3 Forskrifter.

Det foreligger syv forskrifter tilknyttet pasientskadeloven, hvorav en er opphevet. Den mest sentrale er Forskrift om Norsk Pasientskadeserstatning og Pasientskadenemnda nr 1625 20.12.2002. Forskriften inneholder bestemmelser om administrering, organets kompetanse og uavhengighet m.v. Forskrift om pasientskadelovens virkeområde og om tilskuddsplikt for den som yter helsehjelp utenfor den offentlige helsetjenesten nr 1166 31.10.2008 kan også være av betydning. Denne har tilknytning til at loven ble utvidet til å gjelde også for privat sektor. Generelt regulerer forskriftene eksempelvis blant annet visse administrative forhold, dekning av advokatutgifter og delegering av myndighet. Forskriftene har i denne sammenheng en relativt liten rettskildemessig vekt, og vil derfor ikke behandles nærmere.

1.3.4 De midlertidige reglene.

Ettersom loven i stor grad bygger på de midlertidige reglene⁸, vil også forståelsen av disse komme inn som tolkningsfaktorer. Dette gjelder særlig der reglene kodifiserte det som allerede var gjeldende rett.

1.3.5 Praksis.

Praksis både etter de midlertidige reglene og etter lovens ikrafttreden er en viktig rettskildefaktor. Som nevnt bygger pasientskadeloven i stor grad på de midlertidige reglene, så praksis etter disse kan fortsatt ha betydning.⁹

1.3.5.1 Rettspraksis.

Praksis fra domstolene og da særlig de sakene som har vært oppe i Høyesterett, er anerkjent som en annen viktig rettskilde. Pasientskadeerstatningsretten bygger i stor grad på den alminnelige erstatningsretten. Den alminnelige erstatningsretten har i hovedsak vokst frem på bakgrunn av rettspraksis, og derfor blir rettspraksis på dette rettsområdet av stor betydning sett fra et rettskildemessig ståsted.

⁸ Ot.prp. nr. 31, punkt 11.4.1, s. 63, uttalt: ” Etter departementets oppfatning bør pasientskadelovens regler om ansvarsgrunnlag være omtrent like strenge som i de midlertidige reglene og være av samme type som i utvalgets forslag.”

⁹ Ot.prp. nr. 31, punkt 1, s. 5.

Der domstolen har lagt føringer for tolking av bestemmelsene i pasientskadeloven skal dette vektlegges. Domsavgjørelser må likevel alltid vurderes, og kan ikke ukritisk legges til grunn med mindre de uttaler seg om forhold som kan ses å ha en viss fast og langvarig praksis. Domsstolshierarkiet fungerer slik at de underordnede domstoler som den store hovedregel må følge den linje Høyesterett fører. For pasientskaderetten blir det sett på som et problem at det er relativt få avgjørelser som slippes inn til behandling i Høyesterett, og man får derfor ikke alltid den avklaringen på problemstillinger som man håper på¹⁰.

1.3.5.2 Forvaltningspraksis.

Forvaltningsorganer som Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) og Pasientklagenemnda (PSN)¹¹ er rettslig pregede organer, og praksis fra disse må derfor tillegges noe større rettskildemessig vekt enn praksis fra ordinære forvaltningsorganer.¹² Det er eksplisitt uttalt i forarbeidene at det forutsettes at domstolene vil legge vekt på Pasientklagenemndas praksis,¹³ og dette har også blitt slått fast i rettspraksis.¹⁴ Etersom det er noe sparsommelig med rettspraksis på pasientskaderettens område, kan dette føre til at man ofte ser hen til hvordan et spørsmål har blitt løst tidligere i forvaltningspraksis.

1.3.6 Juridisk teori.

Det er inntatt materiale vedrørende pasientskadeloven i flere erstatningsrettslige bøker, men mye av stoffet er generelle oversiktsbetraktninger uten mer dyptgående skildringer. I Tidsskrift for Erstatningsrett utgis det jevnlig artikler som redegjør for aktuelle og interessante problemstillinger innenfor pasientskaderetten. Regelen i pasientskadeloven § 3 første ledd berøres ofte, men er heller ikke her undergitt noen grundigere behandling. I litteraturlisten oppgis det hvilke teoretiske rettskilder jeg har lagt til grunn for denne oppgaven.

¹⁰ Lous (2009) s. 294.

¹¹ Se punkt 3.7.3.

¹² Kjørstad (2007) s. 64.

¹³ Ot. Prp. Nr. 31, punkt 17.1, s. 85.

¹⁴ Rt. 2006 s. 1217.

1.3.7 Reelle hensyn.

Når reelle hensyn vektlegges, sikter man til at et tolkningsresultat skal være rimelig og hensiktsmessig. Denne rettskildefaktoren kan veie tungt i de tilfeller der de øvrige lovtolkningsfaktorer ikke gir noe entydig svar på en problemstilling¹⁵. Reelle hensyn, som ofte også omtales som rimelighetsbetraktninger, bidrar til at rettsutviklingen kan gjenspeile de verdier og den rettsoppfatning som regjerer i samfunnet til enhver tid. På denne måten kan man tilpasse rettsutviklingen til utviklingen i samfunnet ellers.¹⁶ Innenfor medisinen oppnår vi stadig større kunnskap og det har skjedd store forandringer de siste 50 årene innenfor helsesektoren generelt. Ved å benytte seg av reelle hensyn kan man åpne for gradvis tilpasning til nye problemstillinger som eksisterende lovgivning ikke tar høyde for, og unngå urimelige avgjørelser i tiden før man får endret lovgivningen. Derfor kan vektlegging av reelle hensyn som rettskildefaktor få stor betydning innenfor pasientskaderetten. Samtidig vil hensynet til hva som er et rettferdig og rimelig resultat variere fra person til person, og av denne grunn må man være varsom med å gi reelle hensyn for stor plass i den konkrete vurderingen.

1.3.8 Utenlandsk rett.

Både Sverige, Danmark og Finland var tidligere ute enn Norge med egne erstatningsordninger for pasientskader. Det var naturlig at man så hen til disse regelsett ved forberedelsen av pasientskadeloven.¹⁷ På bakgrunn av dette vil lovverk og praksis i de andre nordiske landene kunne komme inn som tolkingsmomenter, men den rettskildemessige vekten vil være nokså begrenset.

1.4 Videre fremdrift.

Jeg vil først gjøre rede for vilkårene for erstatning etter den alminnelige erstatningsretten, ettersom denne danner bakgrunn for og utfyller dagens rettslige situasjon på pasientskadeområdet.

¹⁵ Andenæs (1997) kap.10, s. 66-67.

¹⁶ Lødrup (2009) s. 69.

¹⁷ NOU 1992: 6 punkt 7.1, s. 52.

Deretter følger en redegjørelse av historien bak pasientskaderetten som rettsinstitutt og en gjennomgang av de gjeldende reglene vi har i dag i pasientskadeloven.

Årsakskravet i sin alminnelighet vil deretter utførlig behandles, ettersom det i stor grad er dette som ligger til grunn for årsaksvurderinger i pasientskaderetten. Videre vil jeg gå inn på de særegne forhold i pasientskaderetten som gjør at reglene om årsakskravet er videreutviklet og tilpasset dette særegne rettsområdet.

Til sist vil jeg behandle pasientskadelovens § 3 første ledd og praksis etter denne. Bestemmelsen har per dags dato fortsatt ikke vært behandlet i Høyesterett. Regelen oppstiller visse retningslinjer for bevisvurderinger i tilfeller der det foreligger såkalte uopklarte årsaksforhold. Det interessante ved bestemmelsen er den tilsynelatende mangelen på samsvar mellom lovtekst/lovforarbeider og praksisen hos Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda.

Avslutningsvis kommer en vurdering rundt pasientskadelovens § 3 første ledd og dennes funksjon i praksis.

2 Den alminnelige erstatningsretten.

2.1 Rettsgrunnlag.

Pasientskadeerstatningsretten bygger i stor grad på den alminnelige erstatningsretten. Dersom en skadelidt søker erstatning for skader som har inntruffet før de midlertidige reglene trådte i kraft i 1988, må han/hun søke erstatning via reglene i den alminnelige erstatningsretten.

Tidligere var erstatningsretten i stor grad basert på ulovfestet rett og praksis. På personskadesektorens område har det de siste 50 årene blitt lovfestet erstatningsvilkår på en rekke rettsområder.¹⁸

¹⁸ Lødrup (2009) s 63.

Skadeserstatningsloven¹⁹ står sentralt, men viktige spørsmål er fortsatt ulovfestet, slik som det generelle skyldansvaret (culpaansvaret), kravet til årsakssammenheng i sin generelle form og adekvansbegrepet.²⁰

For at det skal foreligge rett til erstatning må tre kumulative vilkår være oppfylt. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, det må være adekvat årsakssammenheng mellom den skadebetingende begivenheten og den inntrufne skaden, og det må konstateres et økonomisk tap.

Sentralt for retten til erstatning er at det foreligger en skade. Uttrykket dekker både formuesskader, tingsskader og personskader, men innenfor helsesektoren er det sistnevnte som er de sentrale. En personskade kan være både fysisk og/eller psykisk.

Ansvarsgrunnlaget for erstatningsplikt knytter seg direkte til den skadevoldende handling/virksomhet, også kalt ansvarshendelsen. Vi opererer med to former for ansvarsgrunnlag i Norge i dag.

For det første kan man bli ansvarlig på subjektivt grunnlag, ofte benevnt culpaansvaret etter det latinske uttrykket for skyld, ”culpa”. Culpaansvaret er det alminnelige ansvarsgrunnlaget i norsk rett, og kjernen er at den som har handlet uaktsomt/uforsvarlig, som den store hovedregel blir erstatningsansvarlig. For det andre har vi det objektive ansvaret. Dersom man er ansvarlig på dette grunnlag, innebærer det at man ikke er å bebreide for det inntrufne, altså et ansvar uten skyld. Innenfor det objektive ansvaret skiller vi videre mellom det lovfestede og det ulovfestede som er utviklet i rettspraksis.

Skillet mellom de to ansvarsformene er ikke klart, og har med tiden blitt stadig mer visket ut.²¹

Man har i tillegg i visse sjeldne tilfeller en ansvarsform som er en mellomting av ansvar på subjektivt og objektive grunnlag. Det betegnes ofte som presumsjonsansvaret, og innebærer et culpaansvar med omvendt bevisbyrde.

¹⁹ Lov av 13. juni 1969 nr. 26.

²⁰ Engstrøm (2010) s 28.

²¹ Lødrup (2009) s. 51.

I disse tilfellene er det den potensielle skadevolder som har bevisbyrden, og må godtgjøre at han/hun ikke har opptrådt uaktsomt eller uforsvarlig.²²

Sentralt under både det subjektive og det objektive ansvaret er handlingens/virksomhetens skadeevne. Skadeevnen omhandler risikoen for skade i det konkrete tilfelle, og er et sentralt element ved aktsomhetsvurderingen.

Dess større risiko det er for skade i det enkelte tilfelle, dess større incentiv foreligger for skadevolder til å unnlate å handle/handle annerledes/utvise betydelig varsomhet.

Risikoen skal vurderes sammen med det mulige utfallet av skaden. Skadeevne kan derfor sies å være en betegnelse på risikoen for skaden og det mulige skadeutfallet sett sammen. Skadeevnen må ha fremstått som sannsynlig for den potensielle skadevolder.²³

Innenfor culparegelen er det rom for et profesjonsansvar, ved at man tar utgangspunktet i skadevolders kvalifikasjonskrav og særlige kyndighet, og de forventningene man kan ha til personer med slike roller. Frem til den midlertidige ordningen i 1988, var det på dette ansvarsgrunnlaget man kunne kreve en eventuell erstatning for pasientskader.²⁴

De fleste skadeforvoldelser på personskadesektoren blir i dag erstattet på objektivt grunnlag.²⁵ Det klassiske eksempelet på lovfestet objektivt ansvar er det såkalte bilansvaret, hjemlet i Lov om ansvar for skade som motorvogner gjer av 3. februar 1961 (Bilansvarslova). Legemiddelansvaret er et annet eksempel, hjemlet i Lov om produktansvar av 23. desember 1988 nr. 104 (produktansvarsloven) kapittel 3.

Et lovfestet objektivt ansvar som spiller en stor rolle i praksis er arbeidsgiveransvaret, hjemlet i Skadeserstatningsloven²⁶ kapittel 2. Arbeidsgiveransvaret vil behandles nedenfor i punkt 3.2.

Sentralt for denne oppgaven er naturligvis det lovfestede objektive ansvaret hjemlet i Pasientskadeloven. Disse reglene vil gjennomgå nedenfor i punkt 3.7.

²² Lødrup (2009) s. 52.

²³ Lødrup (2009) s. 141.

²⁴ Nygaard (2000) s. 457. Se også punkt 3.2. om arbeidsgiveransvaret.

²⁵ Lødrup(2009) s. 229.

²⁶ Lov av 13. juni 1969 nr. 26.

Innenfor visse områder er det ofte vanskelig for skadelidte å sannsynliggjøre eller bevise at det foreligger culpøs atferd fra skadevolders side. På slike områder er det særlig viktig med et objektivt ansvar, eller et tilnærmet objektivt ansvar.

Typisk er dette på kompliserte tekniske områder, men her kan man også trekke en linje mot pasientskadeerstatningsretten. Ofte vil det være vanskelig for en skadelidt å bevise kompliserte medisinske fakta når motparten er faglig kyndig og det oppstår en maktubalanse. Hensynet til disse forhold betegnes ofte som bevishensynet.

Til sist kommer alltid en interesseavveining og en rimelighetsvurdering av ansvarsplasseringen.

2.2 Adekvat årsakssammenheng.

Mellom den skadebetingende begivenheten/handlingen og selve skaden, må det foreligge en forbindelse. Denne forbindelsen betegnes gjerne som årsakssammenheng.²⁷

Reglene er i stor grad basert på ulovfestet rett, og innholdet finnes i rettspraksis, lovforarbeider og juridisk teori.²⁸

I teorien har behandlingen av adekvans blitt gjort både selvstendig og i sammenheng med årsakssammenheng. Jeg velger å behandle det sammen, slik tendensen har vært i teorien de senere år.

De videre detaljene rundt adekvat årsakssammenheng vil bli utførlig drøftet under oppgavens punkt 4.

2.3 Økonomisk tap.

I utgangspunktet er det bare det økonomiske tap som kan kreves erstattet. Skillet mellom et økonomisk og et ikke-økonomisk tap er derfor av betydning. Karakteristisk for de ikke-økonomiske tap er at de ikke kan måles i penger.²⁹

Et viktig aspekt ved det økonomiske tapet er at det også her må være årsakssammenheng, mellom skaden og det aktuelle tapet.

²⁷ Lødrup (2009) s. 53.

²⁸ Lødrup (2009) s. 325.

²⁹ Lødrup (2009) s. 50.

I visse situasjoner kan det virke urimelig at enkelte ikke-økonomiske tap ikke erstattes. Lødrup bruker eksempelet med en skadelidt som taper luktesans³⁰.

Dette har ingen økonomisk verdi, men kan være belastende for den som opplever det. Vi har av denne årsak regler om oppreisning og menerstatning, som gir mulighet for å få en viss økonomisk kompensasjon til tross for at det ikke foreligger et økonomisk tap. Reglene om oppreisning og menerstatning finner vi i skadeserstatningsloven § 3-5 og § 3-2. For å bli tilkjent oppreisning må skaden ha blitt voldt enten forsettlig eller ved grov uaktsomhet. Ved menerstatning må de generelle vilkårene for ansvar oppfylles, og skadeserstatningsloven § 3-2 oppstiller krav om at det må være tale om en betydelig og varig skade av medisinsk art.

2.4 Bevisregler.

Hovedregelen er at den som krever erstatning har bevisbyrden for at det foreligger årsakssammenheng. Dette er et utslag av den alminnelige regelen om at hver part har bevisbyrden for egne anførsler, og anses i dag som sikker rett. Regelen begrunnes med at det ville være urimelig å pålegge et ansvar der et annet årsaksalternativ er like eller mer sannsynlig.

Skadelidte bærer bevisbyrden både i forhold til om hendelsen/virksomheten er årsak til skaden, og om de følger som skaden har er av betydning for erstatningens størrelse. Til sist er det dommeren som treffer en avgjørelse etter en fri bevisvurdering, og dette har ofte større betydning for saksutfallet enn bevisbyrdereglene. Bevisbyrde omtales ofte også som tvilsrisiko.³¹

Fra hovedregelen om bevisbyrde kan det oppstilles unntak for enkelte tilfeller, der man plasserer risikoen for uklart faktum hos skadevolder fremfor hos den skadelidte. Dette blir ofte omtalt som å snu bevisbyrden, og innebærer at skadelidte har krav på erstatning med mindre skadevolder kan godtgjøre at han ikke har voldt skaden.

³⁰ Lødrup (2009) s. 50.

³¹ Lødrup (2009) s. 356.

Man kan også uttrykke det som at skadevolder har bevisbyrden for et hypotetisk årsaksforløp som han/hun påberoper seg til sin fordel. Skadevolder har også bevisbyrden for at en alternativ handlemåte ikke ville ha hindret den inntruffne skaden.³²

Til bevisene oppstilles vanligvis et krav om at de må oppfylle den alminnelige sannsynlighetsovervekt, det vil si 50 %. Dette betegnes gjerne som overvektsprinsippet, og gjelder både for skadelidtes bevisbyrde for at det foreligger årsakssammenheng, og skadevolders bevisbyrde for at skaden likevel ville ha inntruffet.³³ I visse tilfeller oppstilles det et skjerpet beviskrav, der det kreves mer enn 50 % sannsynlighetsovervekt. Typisk er dette i tilfeller der loven bruker uttrykk som ”åpenbart” eller sier eksplisitt at det kreves ”klar sannsynlighetsovervekt”.

I visse tilfeller kan enkelte forhold påvirke bevisbyrden. Dersom en sak omhandler produktansvar og skade etter bruk av legemidler, har produsenten detaljkunnskap om produktet. Dersom produsent unnlater å medvirke til å klarlegge fakta, vil dommeren ofte akseptere et spinklere bevismateriale fra skadelidtes side for å legge et bestemt faktum til grunn, og dermed snu bevisbyrden.

Det samme kan bli resultatet dersom den påståtte skadevolder burde ha sikret bevis bedre, og særlig dersom relevant materiale går tapt etter at kravet om erstatning har blitt fremsatt.³⁴

I rettspraksis har det blitt uttalt at tvilen om faktiske forhold bør ramme den som med sin atferd er nærmest til å bære risikoen for at det er uklart hva som har skjedd.³⁵ Dette gjelder ikke for selve skaden og skadeforløpet, men sted og tid for den aktuelle skadeforvoldelsen.

³² Lødrup (2009) s. 357.

³³ Lødrup (2009) s. 355.

³⁴ Lødrup (2009) s. 358.

³⁵ Rt 1990 s. 688 og Rt 2003 s. 400.

3 Pasientskadeerstatningsretten og pasientskadeloven.

3.1 Rettstilstanden før den midlertidige ordningen.

Før vi fikk egne regler for pasientskadesektoren måtte en skadelidt oppfylle vilkårene i den alminnelige erstatningsretten for å ha krav på erstatning.

Man ble fanget opp av en rekke andre regelsett som hadde til formål å sikre den økonomiske tryggheten dersom man ble utsatt for en skade. Viktigst var trygdeytelsene man hadde krav på etter Folketrygdloven³⁶. I tillegg kom forsikringsutbetalinger man eventuelt hadde krav på. Ettersom trygdeytelser ved utmålingen helt ut kom til fradrag etter reglene i skadeserstatningsloven³⁷, fikk erstatningsreglene bare betydning dersom skadelidtes økonomiske tap oversteg ytelsene fra folketrygden, eller dersom vilkårene for erstatning for ikke-økonomisk skade var oppfylt (skadeserstatningsloven §§ 3-2 og 3-5). Dette gjelder fortsatt i dag.

I visse tilfeller der det i utgangspunktet ikke forelå en rettslig betalingsplikt, ble det allikevel gitt noe økonomisk kompensasjon for pasientskader på bakgrunn av rene rimelighetsgrunnlag. Dette ble betegnet som billighetserstatning og ble dekket fra statskassen. Vedtak om dette ble fattet på bakgrunn av en konkret rimelighetsvurdering i den enkelte sak.³⁸

Hovedregelen var et culpaansvar, det vil si at for eksempel legen, måtte kunne bebreides for skaden som var skjedd. Dette ville være tilfelle dersom det ikke var blitt opptrådt tilstrekkelig aktsomt, og grensen mot det uforsvarlige var overgått. For leger var culpaansvaret også et profesjonsansvar.³⁹

³⁶ Lov av 17. juni 1966 nr. 12.

³⁷ Lov av 13. juni 1969 nr. 26.

³⁸ NOU 1992:6, punkt 3.7, s. 33-34.

³⁹ Foyen (1990) s. 171.

For teknisk svikt og feil, var det lenge forutsatt et ulovfestet objektivt ansvar også ved pasientskader. I tillegg ble det i Rt. 2000 s. 388 pålagt et objektivt ulovfestet ansvar for såkalte uforsvarlige ordninger. Saken gjaldt en psykiatrisk pasient som gikk gjennom et usikret vindu og ble varig skadet.⁴⁰

De overordnede kunne også hefte for sine ansatte, på bakgrunn av arbeidsgiveransvaret.⁴¹

3.2 Arbeidsgiveransvaret.

Før vi fikk de midlertidige reglene for pasientskader i 1988 var som nevnt de skadelidte henvist til å kreve erstatning på bakgrunn av reglene i den alminnelige erstatningsretten. I praksis innebar dette at det overveiende antall av saker gjaldt krav mot eier av den aktuelle helseinstitusjonen etter reglene om arbeidsgiveransvar i skadeserstatningsloven § 2-1. Det sentrale innholdet i regelen innebar at dersom en ansatt i helseinstitusjon, for eksempel en sykepleier eller lege, ved uaktsomhet forårsaket en skade, så heftet helseinstitusjonen objektivt som arbeidsgiver for sin arbeidstaker. Ansvaret var ubetinget av skyld fra arbeidsgivers side.

Etter lovens § 2-1 var det oppstilt tre vilkår som måtte oppfylles før ansvar kunne ilegges. For at arbeidsgiver skulle kunne holdes ansvarlig, måtte skaden for det første være voldt av hans arbeidstaker⁴². For det andre måtte skaden være voldt ved forsett eller uaktsomhet fra arbeidstakerens side. Aktsomhetsvurderingen var den samme som den under culpaansvaret, med den forskjell at det ikke var noe vilkår at man kunne slå fast akkurat hvem det var av de ansatte som i tjeneste hadde opptrådt uaktsomhet (såkalte anonyme feil).⁴³ Arbeidsgiveransvaret dekket også de såkalte kumulative feil ved pasientskader. Dette var tilfelle der hver enkelt feil isolert sett ikke kunne betegnes som uaktsom, men der det ble ilagt erstatningsansvar på bakgrunn av en samlet vurdering av hendelsesforløpet. Under vurderingen kunne ressursforhold vektlegges.⁴⁴

⁴⁰ Nygaard (2007) s 471.

⁴¹ Se punkt 3.2.

⁴² Jfr. Skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 3: ”enhver som gjør arbeid eller utfører verv i arbeidsgivers tjeneste”.

⁴³ NOU 1992: 6, punkt 3.3.2.2, s. 21-22,

⁴⁴ NOU 1992: 6, punkt 3.3.2.2, s. 21-22.

For det tredje måtte skaden være voldt under utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, ofte forkortet til at skaden måtte være voldt ”i tjenesten”⁴⁵.

Under vurderingen skulle det ses hen til hvilke krav den skadelidte med rimelighet kunne stille til virksomheten, og det kunne settes en grense mot de tilfeller der arbeidstaker gikk ut over det helt upåregnelige. Ansvar etter skadeserstatningsloven § 2-1 er det samme i dag som det var tidligere.

Da pasientskadeloven ble vedtatt, ble skadeserstatningsloven § 2-1 utvidet med et punkt nr. 4. Med dette ble det bestemt at krav om erstatning etter pasientskader skulle behandles etter den nye loven, og slike krav skulle ikke lenger baseres på arbeidsgiveransvaret.⁴⁶

3.3 Historikk.

I 1975 fikk Sverige sin første lov om pasientskadeerstatning. Dette medførte at spørsmålet om et tilsvarende behov i Norge umiddelbart kom opp til debatt. Norske Kommuners Sentralforbund (NKS) sammen med enkelte forsikringsselskaper lanserte et første utkast med regler allerede i 1977. På grunn av uenigheter om deler av reglene blant de involverte, kom man ikke videre fra dette punkt, og planene ble skrinlagt inntil videre.

Først på midten av 1980-tallet ble søkelyset igjen rettet mot behovet for et bedre erstatningsrettslig vern for pasienter, etter initiativ fra den sittende sosialministeren.

Det ble foreslått at det skulle settes ned en arbeidsgruppe som skulle utrede mulighetene for en pasientforsikringsordning, men det ble med forslaget.

I 1987 ble det endelig vedtatt at en prøveordning skulle iverksettes. Ordningen skulle gi erstatning for behandlingsskader i offentlige somatiske sykehus, samt private sykehus dersom de var omfattet av fylkeskommunale helseplaner eller fikk dekket utgifter over statsbudsjettet. Justisdepartementet skulle samtidig starte utarbeidelse av lovregler om objektivt ansvar for pasientskader.

⁴⁵ Lødrup (2009), s. 206.

⁴⁶ Lødrup (2009) s. 197.

Behovet for et særlig erstatningsrettslig vern for pasienter ble begrunnet med at det i slike situasjoner ofte kunne være vanskelig for pasienten å bevise at skade skyldtes uaktsomhet hos helsetjenesten. I tillegg ville det kunne oppleves belastende å rette anklager mot en behandler man ofte skulle ha videre oppfølging hos.⁴⁷

For pasienter kunne ansvarsplasseringen være vanskelig å bevise på grunn av den vanskelige sontringen mellom den skade som ble påstått å skyldes behandlingen, og den skade og risiko for ytterligere skade som grunnsykdommen utgjorde.⁴⁸ Man kom nødvendigvis inn på et område med kompliserte juridiske og særlig medisinske vurderinger, der en fagkyndig ofte ville stille sterkere enn pasienten. Forholdet ble fort et ekspert/menigmann forhold.

Et annet problem var at pasienter utsatt for såkalte ”hendelige uhell” ikke hadde et reelt krav på erstatning. I disse tilfellene var ingen å bebreide, og pasientens eneste mulighet for erstatningsutbetaling var en eventuell billighetserstatning.⁴⁹

I tillegg ønsket man å redusere den lange saksbehandlingstiden.⁵⁰

Et lovfestet objektivt ansvar ble foreslått som den beste måten å sikre pasientene erstatning i slike tilfeller. I tillegg ville dette være et godt grunnlag for ensartet praksis i hele landet.⁵¹

Det ble nedsatt en arbeidsgruppe som skulle utarbeide et forslag til en midlertidig, frivillig erstatningsordning, som skulle bygge på en særskilt avtale mellom staten og fylkeskommunene. Den 17. august 1987 kom arbeidsgruppens rapport med forslag til en midlertidig pasientskadeerstatningsordning. De midlertidige reglene trådte i kraft 1. januar 1988.

For permanente regler om objektivt ansvar for pasientskader, ble det nedsatt et eget tverrfaglig lovutvalg/arbeidsutvalg, ledet av Professor dr. juris Peter Lødrup (Lødruputvalget).

⁴⁷ NOU 1992: 6, punkt 8.1, s. 59.

⁴⁸ Foyn (1990) s.179.

⁴⁹ Foyn (1990) s. 178.

⁵⁰ Foyn (1990) s. 183.

⁵¹ NOU 1992: 6, punkt 2.1, s. 11, regjeringsnotat fra sosialministeren.

En referansegruppe med egen leder ble også tilknyttet utvalget. Arbeidet ble tilpasset de erfaringene man hadde med den midlertidige ordningen.⁵²

3.4 De midlertidige reglene.

Ved etableringen av den midlertidige ordningen og innføringen av et objektivisert ansvarsgrunnlag, var det seks mål som myndighetene særlig ønsket å oppnå.

Først og fremst ønsket man å styrke pasienters erstatningsrettslige vern. Rettstilstanden var slik at pasientene måtte bevise at det var utøvet uaktsomhet i det aktuelle tilfellet for at vilkårene for erstatning var oppfylt. For å bevise dette var det som regel nødvendig å få fastlagt blant annet hva legens handlingsalternativer var, hva som var akseptert praksis på området, og andre faktiske omstendigheter. I praksis ble dette ofte vanskelig for pasienten, noe som resulterte i at det erstatningsrettslige vernet for pasienter var utilstrekkelig. Det objektiviserte ansvarsgrunnlaget ble sett på som en god måte av avbøte dette på.

For det andre søkte man å oppnå en mer ensartet praksis i landet for behandlingen av pasientskader. En viktig del av vernet var å sikre pasientene en rettferdig og lik behandling uavhengig av hvor i landet de befant seg, noe som igjen ville styrke pasienters tillit til helsevesenet.

For det tredje ønsket man at risikoen for de hendelige uhell og skader i tilfeller som ikke kunne vært unngått selv om det ble utvist tilstrekkelig aktsomhet, ikke skulle ligge på pasienten.

For det fjerde søkte man å flytte fokuset bort fra helsepersonellet, de involverte i de enkelte tilfellene, og deres eventuelle skyld av ulik grad. Ved å gjøre dette la man et bedre grunnlag for at sakene skulle bli tilstrekkelig opplyst. Det var antatt at helsepersonell ofte kunne holde tilbake opplysninger av betydning for å unngå skyldstempling.

For det femte ønsket man å oppnå større grad av åpenhet fra helsepersonellets side når skader oppstod. Åpenhet om feildiagnoser ville kunne bedre rutinene ved diagnosefastsettelsene, og avbøte eventuelle mangler ved disse. Ved større grad av åpenhet la man til rette for at fakta i de konkrete sakene kom enklere og raskere frem.

⁵² NOU 1992: 6, punkt 2.2, s. 12.

Til sist var det et mål å bruke erfaringene man fikk gjennom saksbehandlingen i det egne opprettede forvaltningsorganet,⁵³ til kvalitetsfremmende og skadeforebyggende arbeid i helsevesenet generelt.⁵⁴

I arbeidsgruppens rapport ble det anbefalt at Kommunal Landspensjonskasse (KLP) skulle etablere en administrativ enhet med egen leder og eget styre. Resultatet ble Norsk Pasientskadeerstatning (NPE)⁵⁵. Fra 1. januar 1988 var NPE ansvarlig for den daglige drift av ordningen. Rettslig sett skulle NPE anses som et forvaltningsorgan. Dette innebar at de vedtak som ble truffet av administrasjonen i NPE, eventuelt i Pasientskadenemnda (PSN), var å anse som enkeltvedtak i Forvaltningslovens⁵⁶ forstand. Pasientskadenemnda var klageorganet for vedtakene truffet i NPE.

Arbeidet i NPE dreide seg i all hovedsak om mottak og utredning av skadesaker, samt å legge disse frem for Pasientskadenemnda til avgjørelse. NPE ble også betegnet som sekretariatet.

Denne nemnda skulle videre avgjøre om vilkårene for erstatning var oppfylt, og utmåle erstatningen i de konkrete tilfellene. Beregningen skulle skje med utgangspunkt i Skadeserstatningsloven kapittel 3. Utgangspunktet var at de midlertidige reglene skulle gjelde i 3 år, men de ble opprettholdt helt frem til vedtagelse og ikrafttreden av den nye Pasientskadeloven.⁵⁷

Sett fra pasientenes ståsted medførte etableringen av denne ordningen at flere fikk erstatning, i forhold til hva som fulgte av den alminnelige erstatningsretten. Samtidig medførte denne formen for objektivt ansvar at culpanormen ble satt ut av funksjon, og det ble vanskelig å få fastslått gjennom domstolsbehandling hva som konkret var forsvarlig/uforsvarlig behandling i helsevesenet.⁵⁸

⁵³ Se punkt 3.7.3.

⁵⁴ Hagen (2005) TFE punkt 1.4.3, s. 200-202.

⁵⁵ Se punkt 3.7.3.

⁵⁶ Lov av 10. februar 1967.

⁵⁷ NOU 1992:6, punkt 4.2, s. 37.

⁵⁸ Kjønstad (2007) s.118.

3.4.1 Reglens saklige rekkevidde.

Som tidligere nevnt skulle reglene gjelde for behandlingsskader ved offentlige somatiske sykehus, samt privateide sykehus dersom de var omfattet av fylkeskommunale helseplaner eller fikk sine driftsutgifter dekket over statsbudsjettet. I en forlengelse av dette gjaldt reglene også for pasienter som ble behandlet i ambulanse av sykehusenes personale. Frivillige forsøkspersoner og givere av organer, vev, blod eller lignende var også å anse som pasienter. Psykiatriske sykehus skulle falle utenfor ordningen. Videre var det et vilkår at man var pasient.⁵⁹ Fra 1. juli 1992 ble ordningen utvidet til også å gjelde for offentlige psykiatriske sykehus/poliklinikker, og kommunehelsetjenesten/kommunal legevakt.⁶⁰

Legemiddelskader ble dekket av Lov om produktansvar av 23. desember 1988 nr. 104.

3.4.2 Reglens stedlige rekkevidde.

I utgangspunktet var det noe usikkerhet vedrørende pasientskader der behandling var foretatt ved sykehus utenlands i samarbeid med norske sykehus. Etter en sak NPE behandlet, kom flertallet til at ordningen bare skulle gjelde for sykehus i Norge.⁶¹

Den private helsetjenesten var ikke omfattet av den midlertidige ordningen. For skader voldt i denne sektoren var pasientene fortsatt henvist til de alminnelige erstatningsrettslige regler. I forbindelse med den store helsereformen på slutten av 1990-tallet, ble det i 1999 lovfestet et krav om tvungen ansvarsforsikring for helseinstitusjoner og helsepersonell i den private helsetjenesten, jf. Helsepersonelloven av 2. juli 1999 nr. 64 § 20. Etter denne regelen skulle krav om erstatning ved pasientskader voldt i privat sektor, fremsettes overfor det aktuelle forsikringselskap helseinstitusjonen eller helsepersonellet var forsikret hos. Ved tvist var man henvist til domsstolssystemet etter de alminnelige erstatningsrettslige regler.

⁵⁹ NOU 1992:6, punkt 4.3, s. 37.

⁶⁰ Nygaard (2007) s. 472.

⁶¹ NOU 1992:6, punkt 4.3, s. 37.

3.4.3 Vilkår for erstatning under den midlertidige ordningen.

For at en pasientskade skulle danne grunnlaget for et erstatningskrav, måtte visse materielle vilkår i de midlertidige reglene være oppfylt.

Skaden måtte være:

”forårsaket av undersøkelse, diagnostikk, behandling, pleie eller informasjonssvikt, med mindre tilfellet faller inn under begrensningene i § 3. Det gis også erstatning når skaden er en følge av infeksjon eller teknisk svikt ved medisinsk utstyr. Erstatning ytes dessuten ved skader som følger av en ulykke av annen art som sykehuset svarer for etter de alminnelige erstatningsregler”⁶².

Dersom vilkårene ble funnet oppfylt, ville skadevolder kunne holdes ansvarlig uavhengig av skyld.

Som et naturlig utgangspunkt måtte det først konstateres at det forelå en skade.

En skade måtte være noe som ikke skulle ha skjedd, noe som ikke var ønsket eller tilsiktet. Foruten de rent fysiske skader skulle også psykiske skader som var en følge av fysiske skader være gjenstand for dekning etter ordningen. Arbeidsgruppen slo fast at også ”smerte” skulle anses som fysisk skade⁶³.

Basert på den alminnelige erstatningsretten ble det oppstilt krav om årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og skadens inntreden. På denne måten fikk man en naturlig avgrensning mot rene ulykker, og tilfeller der en pasient kunne bli skadet av medpasienter eller pårørende. Her måtte et erstatningskrav eventuelt bygge på de alminnelige erstatningsrettslige regler, i praksis et culpaansvar eller et ulovfestet objektivt ansvar.

Det generelle objektive ansvaret ble begrenset ved flere viktige unntak i reglenes § 3, og tolkningen av disse unntakene var i praksis sentrale under den midlertidige ordningen.

⁶² NOU 1992: 6, s. 108, vedlegg 1, de midlertidige reglene § 2.

⁶³ NOU 1992: 6, punkt 4.4.1, s. 38.

Bestemmelsen lød:

”Erstatning gis likevel ikke

- a. når skaden er en følge av en risiko ved undersøkelse, diagnostikk eller behandling som er kjent og som ut fra den medisinske kunnskap på skadetidspunktet må aksepteres*
- b. når skaden i det vesentlige skyldes pasientens grunnsykdom,*
- c. når skaden er en følge av særlige forhold ved pasienten selv,*
- d. når skaden skyldes behandling, og den behandlingsmåte som ble brukt ut fra etterfølgende vurdering fremstår som adekvat,*
- e. når skaden skyldes diagnose, og den diagnose som ble stilt var adekvat ut fra den viten man på det aktuelle tidspunkt hadde tilgjengelig,*
- f. når skaden skyldes infeksjon i områder med særlig høy bakteriekonsentrasjon eller hos pasienter med nedsatt motstandskraft.*
- g. når skaden er voldt av legemiddel.”⁶⁴*

Unntakene kom ikke til anvendelse der det var utvist uaktsomhet. Dette ble lagt til grunn av arbeidsgruppen. Etter § 2 hadde pasienten som utgangspunkt bevisbyrden for faktum i forhold til skadeårsaken. Dersom NPE påberopte noen av unntakene i § 3, hadde imidlertid de bevisbyrden for dette. Det var vanlig sannsynlighetsovervekt som krevdes etter både §§ 2 og 3.⁶⁵

Den midlertidige ordningen ble ansett å fungere i høy grad etter sitt formål. Pasientene fikk et bedre erstatningsrettslig vern, prosessen for å søke erstatning ble enklere, og det objektive ansvaret hindret en del vanskelige bevisvurderinger som typisk oppstod under culpavurderingene. Man så også bedre rapporteringsrutiner ved sykehusene, og behandlingen av sakene i nemnd viste seg å være velegnet med tanke på raskere avgjørelsesprosesser ved sammenligning med de ordinære domstolene.⁶⁶

⁶⁴ NOU 1992: 6, s. 108, vedlegg 1.

⁶⁵ NOU 1992: 6, punkt 4.4.2.

⁶⁶ NOU 1992:6, punkt 4.5, s. 43.

3.5 Bevisreglene.

Dersom det oppstod tvil om de faktiske forhold relatert til skadeforvoldelsen, måtte denne tvilen (bevisbyrden) plasseres hos skadelidte eller skadevolder. Her bygget man på reglene fra den alminnelige erstatningsretten, og den klare hovedregelen var at pasienten hadde bevisbyrden både for tvil om ansvarsgrunnlag var oppfylt, om årsakssammenheng var oppfylt, og for om han/hun var blitt påført en skade. Dette innebar at skadevolder skulle frifinnes dersom man ikke fant det godtgjort at det forelå sammenheng mellom skadevolders handling og skaden.⁶⁷

Kravene til bevisenes styrke var avhengig av partenes stilling og sannsynligheten for at skaden i vesentlig grad kunne skyldtes andre forhold enn behandlingen som var gitt.

For årsakssammenhengen oppstod det ofte vanskelige bevisvurderinger, ettersom det da som nå var komplisert å skille mellom skader som var en konsekvens av pasientens grunnlidelse, og skader forårsaket av behandlingen.

I arbeidsgruppens notat⁶⁸ ble det uttalt at rett til erstatning forelå dersom det var overveiende sannsynlig at behandlingen/undersøkelsen eller lignende hadde forårsaket skaden. Til tross for at en del av hensikten med å etablere ordningen skulle være å bøte på de eksisterende problemene for skadelidte i forhold til bevisvurderingen, var dette fortsatt et strengt krav. Det ble uttalt at ytterligere vern for pasienter burde vurderes, men at dette ikke burde skje under den midlertidige ordningen.

Sakkyndiges vurderinger ble ofte tillagt stor, men ikke nødvendigvis avgjørende vekt.

Gjennom rettspraksis utviklet det seg en praksis for såkalt omvendt bevisbyrde.⁶⁹ Dette gjaldt typisk for tilfeller der helsepersonell var å bebreide for at det forelå bevisvilkår, i form av mangelfull journalføring. Det ble da pålagt skadevolder å godtgjøre et årsaksforløp som var mer sannsynlig enn det som var hevdet fra skadelidte.⁷⁰

⁶⁷ Rognlien (1995) s. 39

⁶⁸ Arbeidsgruppens notat om erstatningsordning for pasientskader, side 27, punkt 3.

⁶⁹ Rt 1988 s. 244 og Rt 1989 s. 674.

⁷⁰ Rognlien (1995) s. 40.

3.6 Adekvat årsakssammenheng.

For årsakssammenheng gjaldt de samme regler som fulgte av den alminnelige erstatningsretten, slik denne fremstod på bakgrunn av teori og praksis. Hos Pasientskadenemnda utviklet det seg imidlertid en praksis for tildeling av erstatning i visse særlige tilfeller, ved såkalte uopklarte årsaksforhold. Dette skulle danne grunnlaget for at en ny regel ble lovfestet i pasientskadeloven. Både det alminnelige årsakskravet og årsakskravet ved pasientskader vil utdypes i punkt 4 og 5.

Ofte kunne kravet om årsakssammenheng by på vanskelige vurderinger, typisk der flere faktorer medvirket til skaden. Eksempelvis kunne skaden ha sammenheng med både pasientens grunnsykdom, et legemiddel pasienten brukte og behandlingen vedkommende fikk av helsepersonell.⁷¹

Utgangspunktet var her som i den alminnelige erstatningsretten at skadevolder måtte ”ta skadelidte som han var”. Dette kunne modifiseres i visse tilfeller på grunnlag av rimelighetshensyn.⁷²

3.7 Pasientskadeloven.

3.7.1 Innledning.

Lov om erstatning ved pasientskader mv. nr 53. 2001 trådte i kraft 1.1.2004, og avløste da de midlertidige reglene.

Loven inneholder materielle bestemmelser om rett til erstatning, prosessuelle saksbehandlingsregler, og personelle bestemmelser om hvem som kan ta avgjørelser.

I utgangspunktet var den private helsetjenesten utenfor ordningen, men fra 1.januar 2009 gjaldt pasientskadeloven for alle skadetilfeller.⁷³ Likevel vil ulike regler gjelde for den offentlige og den private helsetjenesten alt ettersom skadetilfellet fant sted før eller etter denne dato.⁷⁴

⁷¹ Rognlien (1995) s. 33.

⁷² Rognlien (1995) s. 35.

⁷³ Lov av 29. juni 2007 nr. 78.

⁷⁴ Syse (2009) s. 456.

Det mest sentrale under loven er vurderingen av om det foreligger svikt eller ikke i de konkrete tilfellene.

3.7.2 Bakgrunn for loven.

På bakgrunn av den midlertidige ordningen ble det utarbeidet et lovforslag fra Lødruputvalget. Alminnelig erstatningsrett var ikke ansett å gi et tilstrekkelig godt vern for pasienter som ble påført skade ved ytelse av helsetjenester.⁷⁵ I forarbeidene er det fremholdt særlig to forhold som gjorde at pasienter i denne situasjonen unnlot å søke erstatning:

”Dels har det i praksis vist seg å være vanskelig for skadelidte å bevise at vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, og dels er det ofte en langvarig og ressurskrevende prosess å føre en sak om pasientskadeerstatning for domstolene.”⁷⁶

De nye reglene skulle gjøre det enklere for skadelidte å få erstatning, og det ble utformet nye materielle og prosessuelle regler.

Materielt sett var det et hovedformål å utforme regler som kunne avbøte ulempene ved å ha et uaktsomhetsansvar ved pasientskader. Ved å supplere uaktsomhetsansvaret med regler om objektivt ansvar ville man kunne oppnå en løsning som var formålstjenlig. Man ville på denne måte lette byrden for pasientene, ettersom de ikke lenger måtte bevise at noen i helsevesenet kunne bebreides for skaden de var blitt påført.⁷⁷

Prosessuelt ønsket man å opprettholde systemet i den midlertidige ordningen, med NPE som første instans ved pasientskader i offentlig sektor. NPEs vedtak skulle videre kunne påklages til Pasientskadenemnda, med domstolsbehandling som alternativ eller i tillegg til nemndsbehandlingen.

Resultatet av Lødruputvalgets arbeid var NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader.

Utgangspunktet tas alltid i hvilke forventninger pasienten kan stille til helsevesenet. Det er brudd på disse forventningene som kan være erstatningsbetingende.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 31, punkt 1, s. 5.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 31, punkt 1, s. 5.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 31, punkt 1, s. 5.

Forventingene må være innenfor det pasienten med rimelighet kan kreve på det aktuelle tidspunkt, sett ut fra medisinsk kunnskap og andre ytre faktorene som eventuelt spiller inn.⁷⁸

Det er urimelig om en helsearbeider skal kunne bli erstatningsansvarlig dersom han/hun har gjort sitt beste ut fra den gitte situasjon, men pasienten har hatt urealistiske forventninger. I forarbeidene er dette også beskrevet under den innfallsvinkel at pasienten må bære følgene hvor skadefølgene er en uunngåelig konsekvens av grunnsykdommen selv.⁷⁹

Forarbeidene fremholder:

”Men mellom disse ytterpunktene - rett til erstatning hvor pasienten ikke har fått den beste behandling og ingen rett til erstatning hvor skadene er en følge av grunnsykdommen og den behandlingsmåte som er medisinsk forsvarlig - er det en rekke skadetilfelle som det ikke er gitt at pasienten alene skal bære følgene av. Det blir derfor en grunnleggende oppgave å trekke grensen her, og gi den en hensiktsmessig lovteknisk utformning.”⁸⁰

Spørsmålet er om man skal tillegg etterpåklokskapen vekt når man på skadetidspunktet ga den beste behandlingen ut fra legevitenenskapen på daværende tidspunkt, og eksempelvis falt ned på én behandlingsmetode fremfor en annen. Utvalget konkluderte med at;

”det kan ikke sies å foreligge en feil eller svikt når valget står mellom to medisinsk sett forsvarlige og faglig sett aksepterte alternativer. Men en rett til erstatning kan i slike tilfelle følge av unntaksregelen i § 3 tredje ledd.”⁸¹

Resultatet blir i praksis at et erstatningskrav i disse grensetilfellene må vurderes konkret ut fra en skjønnsmessig vurdering.

⁷⁸ NOU 1992: 6, kapittel 1, s. 9.

⁷⁹ NOU 1992: 6, kapittel 9, punkt 9.3.3, s. 76.

⁸⁰ NOU 1992: 6, kapittel 9, punkt 9.3.1, s. 74.

⁸¹ NOU 1992: 6, kapittel 9, punkt 9.3.4, s. 77.

3.7.3 Organene.

Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) er gjort til det primære ansvarssubjekt etter pasientskadeloven § 6. De nærmere regler og retningslinjer for organet er fastsatt i forskrift⁸².

Dersom saksøker ikke er fornøyd med vedtaket fattet i NPE, kan saken klages inn for Klagenemnda for pasientskader (pasientskadenemnda - PSN) etter pasientskadeloven § 15. PSN settes i hver sak med fem medlemmer, der to av medlemmene skal være medisinsk sakkyndige og en skal være brukerrepresentant.⁸³

3.7.4 Lovens dekningsområde.

Regjeringen vedtok i 2008 at pasientskader i privat helsetjeneste også skal omfattes av Norsk pasientskadeerstatning. Denne ordningen er mer fordelaktig for pasienten enn det som følger av vanlig erstatningsrett. Som nevnt trådte ordningen i kraft 1. januar 2009.

Det sentrale dekningsområdet for loven er pasientskader som skyldes en uriktig vurdering/handling i objektiv forstand. Dersom det foreligger subjektiv skyld, vil tilfellene dekkes av det alminnelige uaktsomhetsansvaret i den alminnelige erstatningsretten.⁸⁴ Det objektive ansvaret kan ikke være totalt, da dette vil medføre for vidtrekkende konsekvenser samfunnsøkonomisk, og sette personer utsatt for pasientskader i en urettferdig gunstig posisjon sammenlignet med andre skadelidende som er henvist til folketrygdens stønadssystemer. Helsevesenet kan ikke stå ansvarlige for at legevitenskapen ikke har kommet lenger enn den har på det aktuelle tidspunkt.

Skader og bivirkninger som er kjente og forekommer ofte, faller utenfor dekningsområdet. Disse anses å følge av grunnsykdommen. Eksempler på dette er operasjoner som medfører høy risiko, slik som hjerteoperasjoner og transplantasjoner. Utenfor faller også de mer bagatellmessige skader, som oftest uavhengig av om de forekommer hyppig eller sjelden.

⁸² F20.12.2002 nr. 1625.

⁸³ Jfr. Pasientskadeloven § 16.

⁸⁴ NOU 1992: 6, kapittel 9, punkt 9.3.3, s. 76.

Ved mer alvorlige sykdomstilfeller, kan det også være at det i visse situasjoner ikke ytes erstatning. Bakgrunnen for dette er at pasientene da må være forberedt på mulige alvorlige bivirkninger og konsekvenser, og at de etter å mottatt utfyllende informasjon tar et vel overveid valg om å ta disse risikoer.

De mer typiske områdene der det er rimelig at pasientene fanges opp av en pasientskadeordning, er der mer rutinepregede og tradisjonelle hendelser i helsevesenet får atypiske og store konsekvenser for pasientene.

Dette blir veldig tydelig ved feil begått på diagnosestadiet, der skadepotensialet er meget stort med mulige fatale konsekvenser for den enkelte pasient. Erstatningsansvaret er uavhengig av om skaden er skjedd på diagnosestadiet eller behandlingsstadiet, dersom vilkårene ellers er oppfylt.

For å ha krav på erstatning på det påviste tapet være på minimum 5000 kroner, jfr. pasientskadeloven § 4 første ledd.

3.7.5 Grunnvilkåret: pasientskade. Skadebegrepet.

For at pasienten skal ha rett til erstatning må det for det første ha blitt voldt en pasientskade. Skadebegrepet skal forstås som i den alminnelige erstatningsrett, og dekker således i utgangspunktet alle typer skader. Dette er en utvidelse i forhold til de midlertidige reglene som bare dekket fysiske skader.⁸⁵

Lødruputvalget uttalte at skadebegrepet i tillegg til de rent fysiske skader, også burde omfatte psykiske skader selv om disse ikke var knyttet opp mot en fysisk skade.⁸⁶

På denne måten har man avskjært mot en del vanskelig avgrensingsproblematikk, men skadevurderingen vil fortsatt være preget av en del skjønnsmessige elementer.

Legemiddelskader dekkes av legemiddelansvaret, hjemlet i produktansvarsloven⁸⁷. Der det oppstår tvil om et tilfelle skal dekkes av produktansvarsloven eller pasientskadeloven, skal pasienten alltid kunne fremme krav etter pasientskadeloven, men produktansvarslovens regler skal være gjeldende i regressomgangen.⁸⁸

⁸⁵ Ot.prp. nr. 31, punkt 10.6.1, s. 53-54.

⁸⁶ NOU 1992: 6, kapittel 13, s. 90.

⁸⁷ Lov av 23. desember 1988 nr. 104.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 31, punkt 10.6.3, s. 56.

For det andre er det i lovens § 1 oppstilt hvor skaden må være voldt for å kunne klassifiseres som en pasientskade.

Det som dekkes er skade voldt i institusjon under spesialisthelsetjenesten⁸⁹ og kommunehelsetjenesten⁹⁰. Det sentrale er at det dermed er avgrenset mot institusjoner som faller inn under sosialtjenesteloven. For at en skade skal anses å være voldt i institusjon trenger ikke forholdet fysisk å ha utspilt seg på institusjonen, men må skyldes atferd fra personer som opptrer på vegne av institusjonen.⁹¹

Skade påført under ambulansetransport dekkes etter litra b. Som ambulansetransport regnes all transport som er organisert av helsevesenet eller utført etter avtale med helsevesenet. Utenfor faller de tilfeller der det er avtalt at privat transport er det beste alternativet, men dersom denne avgjørelsen skyldes en feilvurdering fra helsepersonalet kan tilfellet eventuelt falle inn under litra c.⁹²

Til sist dekker litra c hvilke yrkesutøvere som er aktuelle. Her utvides området for loven i forhold til hva som er uttalt i litra a og b, ved at det som dekkes er skade voldt ved helsepersonells ytelse av helsehjelp, uansett hvor og når denne gis. Regelen gjelder for helsepersonell uavhengig av om de er i eller utenfor tjeneste når de yter helsehjelp, og gjelder således også for såkalte fritidsskader. Utgangspunktet er videre at begrepet helsepersonell skal forstås på samme måte som Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64 (hlspl.) § 3^{93, 94}, og i hlspl. § 48 listes det opp hvem som har autorisasjon/lisens i helsevesenet. I hlspl. § 49 dekkes de som faller utenfor autorisasjonsordningen, men som allikevel skal regnes som helsepersonell, typisk medisinstudenter under visse gitte forutsetninger.

⁸⁹ Lov av 2. juli 1999 nr. 61.

⁹⁰ Lov av 19. november 1982 nr. 66.

⁹¹ Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 2.

⁹² Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 3.

⁹³ Rasmussen, Norsk lovkommentar, note 4.

⁹⁴ Lov av 2. juli 1999 nr. 64.

Loven ble endret i 2008⁹⁵, og ”personer som har rett til å utøve yrke som helsepersonell midlertidig i Norge uten norsk autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning”, ble tilføyd. Endringen kom som en følge av våre forpliktelser etter EØS-avtalen.

Begrepet helsehjelp i litra c skal favne videre enn det tilsvarende begrepet i helsepersonelloven,⁹⁶ og loven lister selv opp langt flere dekningsområder enn det vi kan forstå med helsehjelp etter en vanlig språklig forståelse, slik som bl.a. medisinske forsøk og ekspedisjon av legemidler.

Dersom skaden er å anse som en pasientskade, har det ingen innvirkning om skadevolder har opptrådt innenfor eller utenfor sine ansettelsesmessige oppgaver, eller om skaden er voldt ved medisinsk, teknisk eller administrativ virksomhet.⁹⁷

3.7.6 Ansvarsgrunnlaget.

Skaden må videre skyldes et av forholdene som nevnes i pasientskadelovens § 2, eventuelt falle inn under tredje ledd som jeg vil komme tilbake til senere. Det er de alminnelige rettslige prinsipper om årsakssammenheng som skal legges til grunn,⁹⁸ men for pasientskader har vi en særregel i § 3 første ledd. Denne skal behandles utførlig senere i oppgaven⁹⁹, der den sentrale problemstillingen drøftes.

”Svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes” i litra a, er i praksis det viktigste ansvarsgrunnlaget. Innholdet i dette grunnlaget må fastlegges i forhold til ansvarsgrunnlagene i den alminnelige erstatningsretten. Regelen må leses sammen med bestemmelsens andre ledd som sier at

”det skal tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt”.

Etter bestemmelsen er det klart at det ikke er tale om et subjektivt skyldansvar, samtidig som at begrepet ”svikt” henspiler til noe annet enn et rent objektivi ansvar.

⁹⁵Lov av 9. mai 2008 nr 33.

⁹⁶Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 5.

⁹⁷Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 5.

⁹⁸Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 6.

⁹⁹Se punkt 6 flg.

Lest i sammenheng kommer man frem til et ansvar som er en slags mellomting mellom disse to ansvarsformene. I Norsk lovkommentar omtales dette som at

”noe har skjedd som ikke burde ha skjedd, sett i forhold til visse faglige normer”¹⁰⁰.

En pasient har ikke et rettskrav på å bli frisk eller at en operasjon ikke vil ha noen negative konsekvenser. Dette ville blitt et altfor vidtrekkende ansvar. Pasientene skal vernes når det skjer en svikt. Selv om ordet ”feil” bevisst er utelatt fra lovteksten, kan det likevel ses på som at det er en feilbehandling som kan erstattes. Det sentrale er at det ikke forveksles med noen form for subjektivt ansvar hos den enkelte helsearbeider, men holdes fast ved at en svikt i denne sammenheng innebærer et objektivt ansvar for feil handlemåte.¹⁰¹

Ved litra b (ambulansetransport) er et tidligere ulovfestet ansvarsgrunnlag blitt lovfestet, og her gjelder et rent objektivt ansvar. Rent objektivt ansvar gjelder også etter litra c, for smitte og infeksjoner, men dersom det er pasientens sykdom eller tilstand som er hovedgrunnen til nedsatt immunitet må pasientene selv bære dette ansvar. Denne regelen har aspekter knyttet til årsakskrav ved pasientskader og vil bli behandlet nedenfor¹⁰².

Skade som skyldes vaksinasjon er inntatt i litra d. Selv om slike skader allerede er dekket via smittevernloven og produktansvarsloven, er regelen inntatt for å markere klart at det er et rent objektivt ansvar på dette området.

Etter litra e har pasienten vern i loven også der ansvarsgrunnlaget finnes utenfor pasientskadeloven, forutsatt at det foreligger en pasientskade. Pasienten kan i slike tilfelle benytte seg av lovens tvisteløsningsapparat.

Veiledningene i § 2, annet ledd kan knyttes opp mot alle de foregående punktene, men er i praksis viktigst i forhold til litra a, ettersom de andre reglene inneholder et rent objektivt ansvar. Pasientens forventninger knyttes opp mot ”svikten”, men det er den objektive forventning og ikke pasientens subjektive som er relevant.¹⁰³

¹⁰⁰ Rasmussen (2006), note 7.

¹⁰¹ Lødrup (2009) s 269.

¹⁰² Se punkt 5.3.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 31, punkt 18, s. 90-91.

Dersom det er helsehjelperen som har skapt den subjektive forventningen, og forventningen er hovedårsak til samtykket fra pasienten, skal dette allikevel vektlegges.¹⁰⁴ Innholdet i den objektive forventning er hva en pasient generelt sett kan forvente av helsevesenet på det aktuelle tidspunktet. Kravene vil variere med situasjonen, for eksempel kan man ikke ha de samme forventningene ved akutt livreddende førstehjelp som ved en avtalt legetime hos fastlegen.

Det er også inntatt en ressursreservasjon i annet ledd. Dersom et sykehus mangler nødvendig utstyr for å utføre forsvarlig behandling på grunnlag av en ressursprioritering på politisk/administrativt nivå, så foreligger det i utgangspunktet ikke et ansvarsgrunnlag i disse tilfellene. Unntak fra denne regel gjelder dersom prioriteringen har vært uaktsom, eller dersom kravene til den såkalte minstestandarden som ble fastsatt i Rt 1990 s 874 ("Fusa-dommen") er brutt.

I § 2, tredje ledd kommer et unntak fra vilkåret om ansvarsgrunnlag ved at det er innført et slags sikkerhetsnett for pasienter som blir påført særdeles store eller særlig uventede skader. Tilfellet er da at det i realiteten ikke foreligger noen svikt ved ytelsen av helsehjelp eller uansvarlig atferd fra helsetjenesten, men skadelidte har likevel rett til å fremme et erstatningskrav. Bestemmelsen er ment å være en snever unntaksbestemmelse, og det er fremholdt i forarbeidene at regelen skal fange opp *"tilfeller hvor det vil virke støtende på rettsfølelsen å ikke tilkjenne erstatning"*¹⁰⁵. Det er også uttalt at bestemmelsen skal dekke de skadene som tidligere ble dekket ved såkalt billighetserstatning.¹⁰⁶ Vurderingene etter bestemmelsen kan bli vanskelige ettersom det må legges hypotetiske årsaksbetraktninger til grunn i forhold til hvilken risiko man kunne antatt at pasienten ville akseptert i det konkrete tilfellet.

I visse tilfeller kan også mangel på gyldig samtykke anses som en svikt. Dette vil jeg behandle i punkt 5.2.

¹⁰⁴ Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 12.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 31, punkt 11.4.5, s. 68.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 31, punkt 18, s. 91.

3.7.7 Økonomisk tap.

Utgangspunktet er at kun de økonomiske tap dekkes av pasientskadeerstatningsordningen. Det er viktig å presisere at det bare er mertapet som kan erstattes, det vil si det tapet skadelidte har utover det som dekkes av folketrygdens systemer.¹⁰⁷ I pasientskadeloven § 4 første ledd er det oppstilt en beløpsgrense. Det økonomiske tap som kreves dekket må være på minimum 5000 kroner.

For dekning av eventuelle ikke-økonomiske tap, såkalt oppreisning, er pasienter henvist til reglene om oppreisning¹⁰⁸ i skadeserstatningsloven § 3-5.

Menerstatning¹⁰⁹ er derimot ikke unntatt fra loven og utgjør således en form for ikke-økonomisk tap som man kan kreve dekket etter reglene i pasientskadeloven. Dette modifierer utgangspunktet om at det kun er de økonomiske tap som dekkes.

Utmålingen skjer med utgangspunkt i skadeserstatningslovens regler¹¹⁰.

3.7.8 Adekvat årsakssammenheng.

Kravet om adekvat årsakssammenheng er en av oppgavens sentrale temaer og vil bli behandlet utførlig i punkt 5.

3.7.9 Saksbehandlingsreglene.

I utgangspunktet var pasientskadenemnda en integrert del av sekretariatet i NPE. Dette innebar at de samme saksbehandlerne som behandlet saken i første instans også forberedte og forela saken for nemnda ved klagebehandling. Dette var ingen heldig løsning, og kritikk ble reist fra flere hold. I 1998 ble det endret slik at egne saksbehandlere stod for behandlingen i Pasientskadenemnda, selv om denne som sådan likefullt var en del av NPE.

Ved pasientskadelovens ikrafttreden ble PSN etablert som et statlig forvaltningsorgan, fysisk og juridisk atskilt fra NPE, med eget sekretariat som står for saksbehandlingen. Dette gir PSN en mer selvstendig karakter og sikrer en mer objektiv behandling av saken i nemnda som ikke er farget av tidligere instans' vedtak.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 31, punkt 18, s. 92.

¹⁰⁸ En tilleggserstatning som kan idømmes ved særlig grov skyld.

¹⁰⁹ Erstatning for "tapt livsutfoldelse".

¹¹⁰ Jfr. Pasientskadeloven § 4 første ledd.

Saksbehandling og selve avgjørelsen av saken bygger på en skriftlig fremstilling fra partene. Det har vært reist kritikk mot at skadelidte og dennes advokat ikke kan møte for nemnda for muntlig fremleggelse av saken. Til sammenligning har vi muntlighetsprinsippet som en sentral rettssikkerhetsregel i domstolssystemet som den store hovedregel. På bakgrunn av forskriften til pasientskadeloven¹¹¹ har nemnda avgjort at det er en mulighet for skadelidte og advokat og møte i nemnda for muntlig fremleggelse av saken, men det må da foreligge en særlig grunn. Per desember 2007 hadde nemnda ikke kommet til at det forelå slike særlige grunner i de sakene der det ble anmodet om muntlig behandling. I realiteten blir da den eneste muligheten for muntlig behandling den skadelidte har, å legge frem saken sin muntlig for sekretariatet. I store og omfattende saker er det viktig at muligheten for muntlig behandling foreligger, og at denne også blir brukt.¹¹²

3.7.10 Klageadgang.

Vedtak fra NPE kan klages inn til Pasientskadenemnda. Det kan klages over at en pasient ikke gis rett til erstatning eller erstatningens størrelse.¹¹³

Det er adgang til å klage avgjørelser fra PSN videre inn for domstolene. Dette er regulert i pasientskadelovens § 18.

4 Alminnelige bemerkninger om årsakskravet.

4.1 Innledning.

Årsakskravet i pasientskaderetten bygger på utgangspunktene i den alminnelige erstatningsretten. På denne bakgrunn kommer behandlingen av årsakskravet i sin alminnelighet, til anvendelse ved vurderinger knyttet til pasientskader.

¹¹¹ Forskrift om norsk pasientskadeerstatning og pasientskadenemnda F20.12.2002 nr. 1625

¹¹² Mår og Andenæs (2008) s. 139-141.

¹¹³ Syse (2009) s. 456.

Årsakskravet kan deles inn i en faktisk og en rettslig side.

I den faktiske siden ligger problemstillingene knyttet til å bringe klarhet i hva som faktisk har funnet sted. Dette har stor betydning for de bevismessige forhold. Et vanlig scenario er at man står mellom to mulige alternative årsaker, det vil si at bare en av disse har virket. Det må undersøkes om skaden likevel ville inntruffet selv om man tenker den mulig ansvarsbetingende hendelse/virksomhet bort, og det dreier seg således om en bevisvurdering. Ofte tas sakkyndige i bruk for å skaffe tilstrekkelig klarhet i hva slags årsaker som kan ligge til grunn for en skade. På pasientskaderettens område er det som oftest alltid nødvendig med medisinsk ekspertise, og sakkyndiges uttalelser vil kunne få en relativt stor plass.¹¹⁴

I den rettslige siden av årsakskravet finner vi flere ulike problemstillinger. For eksempel kan flere årsaker ha virket sammen som forutsetning for at skaden skal inntreffe. Det må avgjøres om alle skal være ansvarlige for skaden, eller om ansvaret skal plasseres hos en av dem. For denne og andre problemstillinger vi kan møte på under den rettslige siden av årsakskravet har man tatt i bruk terminologier for å klargjøre hva slags tilfeller man står ovenfor.¹¹⁵

Samvirkende årsaker betegner de tilfeller der hver og en av årsakene er nødvendig for at skaden skal inntre. Tidligere har det blitt operert med en hovedårsakslære. Innholdet i denne tilsier at ansvaret skal knyttes til hovedårsaken til skaden alene, og de øvrige nødvendige årsaker blir sett bort i fra.¹¹⁶

I dag er løsningen at ansvaret i disse tilfeller er solidarisk, det vil si at skadelidte kan rette sitt totale krav mot hver enkelt av de ansvarlige.¹¹⁷ Dette er slått fast i skadeserstatningsloven § 5-3.¹¹⁸ Helt unntaksfritt gjelder dette likevel ikke.¹¹⁹

¹¹⁴ Lødrup (2009) s. 326 og s. 352-355.

¹¹⁵ Lødrup (2009) s. 326.

¹¹⁶ Lødrup (2009) s. 340.

¹¹⁷ Jfr. betingelselæren i punkt 4.2.

¹¹⁸ Lov av 13. juni 1969 nr. 26.

¹¹⁹ Jfr. vesentlighetslæren i punkt. 4.6.

Peter Lødrup uttalte i sin lærebok i 1985 at;

”Årsaker som sammenlignet med andre etter en samlet vurdering av hendelsesforløpet har hatt lite eller uvesentlig å si for resultatet, vil derfor ikke bli pålagt ansvar”¹²⁰.

Dette har senere blitt fulgt opp i rettspraksis.

En praktisk viktig form for samvirkende skadeårsaker er tilfeller der to eller flere skadevoldere samarbeider om den begivenheten som utløste skaden. Dette betegnes ganske enkelt som samarbeidende skadevoldere. Ansvarret blir som etter hovedregelen solidarisk ansvar for begge/alle skadevoldere, jf. skl. § 5-3.

Konkurrerende årsaker eller selvstendig virkende årsaker, betegner de tilfeller der hver årsak alene har vært tilstrekkelig til å fremkalle skaden. I disse tilfeller ville betingelseslæren som drøftes under i punkt 4.2 kunne føre til rettslig sett urimelige resultater og kan således ikke komme til anvendelse. Regelen er at det også her, som over, pålegges solidarisk ansvar, jf skl. § 5-3.

Tidsaspektet kan også påvirke og ofte komplisere årsaksbildet. Eksempelvis tilføyer A en skade på C, men litt senere skades C mer alvorlig av B. Da oppstår spørsmålet om hvordan tapet skal fordeles mellom A og B.

Det må til sist alltid skje en konkret vurdering i det aktuelle tilfellet ved former for samvirkende årsaker.

4.2 Betingelseslæren.

Drøftelsen av årsakssammenhengen tar utgangspunkt i det som i norsk rett kalles for betingelseslæren (også kalt differanselæren).¹²¹ Etter betingelseslæren er A årsak til B dersom A er en nødvendig betingelse (vilkår) for Bs inntreden. Man må tenke bort hendelsen A, og se om B likefullt ville intrådt uavhengig av A. Læren har kritikere i den juridiske teori, blant annet Nils Nygaard¹²², men blir fortsatt ansett som det naturlige utgangspunkt for en drøftelse av årsakssammenhengen.

¹²⁰ Lødrup (1985) s. 236.

¹²¹ Lødrup (2009) s. 329.

¹²² Se Nygaard (2007) s. 325, jf Nygaard, Årsaksspørsmål og årsakslærer i skadebotretten, Festskrift til Carsten Smith, Oslo 2002, s. 629 flg.

Betingelseslæren er også anvendelig i de tilfelle der skadeårsaken har vært en unnlattelse.¹²³

P-pilledom II¹²⁴ har vært ansett som en sentral rettsavgjørelse vedrørende årsakssammenheng og kan illustrere betingelseslæren. Saken gjaldt krav om erstatning fra en kvinne som mente at bruk av p-pillen var årsak til hennes uførhet. Årsakskravet er der formulert som følger:

*”Årsakskravet mellom en handling eller unnlattelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlattelsen tenkes bort. Handlingen eller unnlattelsen er da en nødvendig betingelse for at skaden inntreffer.”*¹²⁵

I denne saken talte mye for at det forelå et tilfelle av samvirkende årsaker, der flere faktorer var nødvendige for at skaden skulle inntreffe. For at en betingelse i rettslig forstand kunne anses for nødvendig ble det uttalt at den måtte; ”ha vært så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den”.¹²⁶ Bevistema ble å undersøke om pillen hadde vært en nødvendig betingelse for skaden (sammen med andre faktorer). Dette ble besvart bekreftende, og årsakskravet derved ansett oppfylt. Dommen ble avsagt under dissens 3-2, der dissensen gjaldt bevisvurderingen. Mindretallet kom til at det ikke forelå sannsynlighetsovervekt for at p-pillen kunne ses som den avgjørende faktor fremfor noen av de andre årsakene.

Denne dommen har også betydning for den såkalte vesentlighetslæren, som vil bli drøftet nedenfor i punkt 4.6.

4.3 Særlig sårbarhet.

Ved personskader kan en av de nødvendige betingelsene for skade være knyttet til skadelidte selv. Dette er typisk dennes helsetilstand eller særlige sårbarhet i visse situasjoner. Spørsmålet blir da om skadevolder fullt ut må bære risikoen for forhold knyttet til skadelidte.

¹²³ Lødrup (2009) s. 330.

¹²⁴ Rt 1992 s.64.

¹²⁵ Rt 1992 s. 64 (på side 69).

¹²⁶ Rt 1992 s. 64 (på side 70).

Det er slått fast i rettspraksis at den ansvarlige må ta skadelidte som han/hun er, og dette gjelder uavhengig av om skadefølgene er fysisk eller psykisk betinget.¹²⁷ Morten Kielland betegner dette i sin bok som sårbarhetsprinsippet,¹²⁸ og jeg vil benytte meg av samme terminologi. Et særlig spørsmål er om dette prinsippet skal gjelde like fullt i tilfeller der sårbarheten er selvforskyldt hos skadelidte, slik som ved alkoholmisbruk eller røyking. Spørsmålet var oppe i Rt. 2000 s. 1614 ("Passiv røyking I"). Saken gjaldt yrkesskadeerstatning, og det ble uttalt at det skulle ses bort fra skadelidtes særlige mottagelighet for skaden, og at det var eksplisitt sagt i forarbeidene at det samme skulle gjelde ved røyking og alkoholbruk. Prinsippet om at man må ta skadelidte som han/hun er, står seg således også i disse tilfellene.

Betingelsesregelen blir sett på som den generelle hovedregel, mens sårbarhetsprinsippet er en spesiell hovedregel. Sårbarhetsprinsippet kommer til anvendelse der skadelidte har en fysisk, psykisk og/eller økonomisk sårbarhet. Det sentrale hensyn bak prinsippet er rene rettferdsbetraktninger.¹²⁹

Fra disse utgangspunkter kan det gjøres unntak. For det første har vi vesentlighetslæren. Denne oppstiller minstekrav til ansvarshendelsens bidrag til skaden. Det vil si at visse mindre årsaksfaktorer kan ses bort fra. Vesentlighetslæren vil bli behandlet under punkt 4.6. For det andre har vi adekvanslæren¹³⁰ som gir anvisning på en bred interesseavveining. Disse to unntaksreglene kommer til anvendelse hovedsaklig der sårbarhet er en samvirkende årsaksfaktor.¹³¹

Sårbarhetsprinsippet må avgrenses mot tilfeller der det foreligger inngangsinvaliditet. Ved inngangsinvaliditet er disposisjonen hos skadelidte realisert før ansvarshendelsen skjer. Denne inngangsinvaliditeten har videre ingen logisk sammenheng med ansvarshendelsen. Den utløses ikke av ansvarshendelsen, men foreligger i forkant av denne. Inngangsinvaliditet utgjør heller ikke et økonomisk tap, som for øvrig er et vilkår for erstatning.

¹²⁷ Lødrup (2009) s 333.

¹²⁸ Kielland (2008) s.46-47.

¹²⁹ Kjelland (2008) s. 57.

¹³⁰ Se punkt 4.8.

¹³¹ Kjelland (2008) s. 50.

Den representerer ingen differanse med eller uten ansvarshendelsen.¹³²

Inngangsinvaliditet er en sentral problemstilling i forhold til årsakskravet ved pasientskader, og vil bli behandlet i punkt 5.1.

4.4 Atskillbare skader.

Når man står ovenfor et tilfelle der det er flere samvirkende årsaker som kan legges til grunn, må det vurderes om hovedregelen om solidaransvar må fravikes. Dersom skadefølgene kan føres tilbake til ulike årsaker og tapet skilles mellom hver årsak, skal erstatningen fordeles mellom hver skadeårsak.¹³³ En skadevolder skal bare dekke tapet som er knyttet til det årsaksforhold som han/hun hefter for. En problemstilling som ofte dukker opp ved personskader er tilfeller der den ansvarlige skadevolder hevder at skadelidte ville blitt delvis ufør på grunn av sin helsetilstand. Ved personskader benytter man seg ofte av begrepet inngangsinvaliditet¹³⁴ for å markere at det er spørsmål knyttet til skadelidtes invaliditetsgrad før den aktuelle skaden inntraff. Et eksempel på dette finner vi i Rt 1999 s. 1473, ”Stokke-dommen”. Saken omhandlet en nakkeslengskade, og forsikringsselskapet påberopte at skadelidte, på grunn av hennes tidligere helsetilstand, ikke ville vært i stand til å arbeide fulltid frem til pensjonsalder. De mente at skadelidte også uten skadebegivenheten ville blitt delvis ufør. Høyesterett fant dette godtgjort, og tilkjente erstatning for 50 prosent ervervsuførhet, til tross for at skadelidtes ervervsuførhet på tidspunktet var 100 prosent.

4.5 Hypotetisk årsakssammenheng.

”Stokke-dommen” som er omtalt over, illustrerer også at det kan legges vekt på hypotetiske forhold, og at en antatt utvikling får betydning for erstatningsansvaret.

Vektlegging av hypotetiske årsaksforhold har lenge blitt praktisert i norsk rett. Kjernen er at dersom det er sannsynlighetsovervekt for at skaden uansett ville ha inntrådt, men på et senere tidspunkt, skal erstatningsplikten for skadevolder bare gjelde for tapet frem til dette tidspunkt.¹³⁵

¹³² Kjelland (2008) s. 83.

¹³³ Lødrup (2009) s. 336.

¹³⁴ Se mer om dette under punkt 5.1.

¹³⁵ Lødrup (2009) s. 337.

4.6 Vesentlighetslæren.

Hvor det foreligger to eller flere nødvendige årsaker til en skade, vil betingelseslæren føre til at det skal knyttes ansvar til samtlige av disse. I strid med betingelseslæren har det tidligere blitt operert med en såkalt hovedårsakslære. Det sentrale innholdet i denne er at ansvaret skal knyttes til hovedårsaken til skaden, og denne ses som den rettslig sett relevante årsak. Selv om betingelseslæren er den som legges til grunn hos oss i dag, må det på bakgrunn av hovedårsakslæren kunne spørres om betingelseslæren skal gjelde unntaksfritt, eller om det skal kunne ses bort fra de mer uvesentlige årsaker.

Synspunktet er at de årsaker som sammenlignet med andre etter en samlet vurdering av hendelsesforløpet, har hatt lite eller uvesentlig å si for resultatet, ikke skal pålegges ansvar.¹³⁶ Denne linjen har blitt fulgt opp i rettspraksis, og oppsummeres slik i Rt. 2001 s. 337, ”Ranheim-dommen”;

*”Norsk retts utgangspunkt ved samvirkende skadeårsaker er at den enkelte skadevolder svarer fullt ut. Men unntak gjelder etter rettspraksis hvis skadeårsaken ikke er så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den”.*¹³⁷

Nils Nygaard introduserte begrepet ”vesentlighetslæren” om denne læren¹³⁸, men læren har også blitt kalt ”den modifiserte hovedårsakslæren” og ”uvesentlighetslæren”.

Morten Kjelland er av den oppfatning at ”uvesentlighetslæren” skaper mindre forvirring og tegner et mer dekkende bilde av innholdet i læren, ettersom det i praksis er tale om å luke bort de årsaksfaktorer som ”har ytet et helt perifert bidrag til skaden.”¹³⁹ Hvilket begrep man opererer med har mer teoretisk enn praktisk betydning, og det viktigste er at det holdes fast ved det sentrale i læren som er at ansvarsfrihet for en nødvendig årsak er unntaket.

I tillegg til å betrakte læren som et unntak fra betingelseslæren, kan man også se det slik at den stiller kvalifikasjonskrav til den eller de faktorene som utpekes som årsak(er) etter betingelseslæren, og således supplere denne¹⁴⁰.

¹³⁶ Lødrup (1985) s. 236.

¹³⁷ Rt 2001 s. 337 på side 342.

¹³⁸ Nygaard (2000) s. 325-326.

¹³⁹ Kjelland (2008) s. 47.

¹⁴⁰ Lødrup (2009) s. 342.

4.7 Andre krav til årsakssammenheng.

Kravet om årsakssammenheng står sentralt også på andre rettsområder enn i erstatningsretten, for eksempel i strafferetten, forsikringsretten og trygderetten. Trygderetten er knyttet til erstatningsretten, ettersom trygdesystemet er den primære dekningskilden for utgifter ved skade, sykdom og uførhet. Vi finner et stort mangfold av ulike årsakslærer innenfor denne rettssjangeren. Vurderingstemaet er ofte om årsakskravene i Folketrygdloven¹⁴¹ er oppfylt, og ved en tolkning av disse kommer man frem til hvilken konkret årsaksregel som skal legges til grunn i det enkelte tilfellet.¹⁴² I praksis benyttes både hovedårsakslæren og betingelseslæren.¹⁴³ I forsikringsretten har hovedårsakslæren en langt mer sentral plass enn i de andre rettsdisiplinene.¹⁴⁴

4.8 Adekvanskriteriet.

Det er ikke tilstrekkelig at man konstaterer årsakssammenheng. Denne skal også være adekvat. Kravet om adekvans formuleres ofte som et krav om påregnelighet og sannsynlighet, og det spørres om skadefølgen var en påregnelig konsekvens av den skadebetingende begivenhet

Adekvansen setter på denne måten begrensninger for det erstatningsmessige ansvaret for skadevolder. Ikke alle tap som en skade kan føre med seg skal nødvendigvis dekkes, bare de adekvate følger av en handling/virksomhet skal dekkes dersom de øvrige vilkår for erstatning er oppfylt.¹⁴⁵ Det nærmere innholdet i kravet om adekvans er utdypet i rettspraksis. Som et eksempel ble det i Rt. 2000 s. 418, ”Thelle-dommen” uttalt:

*”Det er også et krav om at de skader som oppstår som følge av den utløsende årsak, ikke fremstår som for upåregnelige og fjerne ”*¹⁴⁶

Spørsmålet om adekvans blir ofte aktuelt dersom skaden er avledet, usannsynlig, tilfeldig, eksepsjonell eller på andre måter uventet. Påregnelighetskravet gjelder også for følgevirkningene av realskaden.¹⁴⁷

¹⁴¹ Lov av 28. februar 1997 nr. 19.

¹⁴² Lødrup (2009) s. 364.

¹⁴³ Engstrøm (2007) i TFE, punkt 8.1, s. 81.

¹⁴⁴ Engstrøm (2007) i TFE, punkt 7, s. 79.

¹⁴⁵ Lødrup (2009) s. 53.

¹⁴⁶ Rt 2000 s 418 på side 432-433.

Det ligger ingen begrensinger i hva som erfaringsmessig kan følge av en handling, eller hva som statistisk ligger innenfor det man kan regne med. Den skadelidte skal ikke måtte bære tapet selv om det inntrufne er for eksempel en meget sjelden bivirkning av et legemiddel. Dette ble slått fast i rettspraksis i Rt. 2000 s. 915, ”Disprildommen”¹⁴⁸.

Utgangspunktet er at man vurderer påregneligheten ut fra skadevolders ståsted da handlingen ble begått. Vurderingen skal være objektiv, det vil si at det ses hen til hva en vanlig forstandig og innsiktsfull person kunne ha forventet. Det er videre viktig at det ses hen til den konkrete sakens egenart, og at det er flere faktorer som spiller inn under påregnelighetsvurderingen.¹⁴⁹

Vurderingen av den adekvate årsakssammenheng innbyr i praksis til kompliserte og sammensatte drøftelser. I Rt. 2007 s. 172, ”Schizofrenidommen”¹⁵⁰ ble det uttalt:

*”At skadefølgen er upåregnelig er ikke alene tilstrekkelig til at årsakssammenhengen anses for inadekvat i et tilfelle som dette. Spørsmålet blir også hvilken nærhet det er mellom skaden og den skadevoldende handling.”*¹⁵¹

5 Årsakskravet ved pasientskader.

I lovens § 2 uttales det at krav på erstatning foreligger ”når skaden skyldes”. Dette er en henvisning til de alminnelige rettslige prinsipper om årsakssammenheng.¹⁵² Utover dette er loven taus vedrørende regler om årsaksforhold, med unntak av den spesielle bestemmelsen i § 3 som vil behandles utførlig nedenfor.

¹⁴⁷ Rognlien s 33.

¹⁴⁸ Rt 2000 s. 915.

¹⁴⁹ Lødrup (2009) s. 374.

¹⁵⁰ Rt 2007 s. 172.

¹⁵¹ Rt 2007 s. 172 avsnitt 68.

¹⁵² Ot.prp. nr. 31, note 18, s. 90.

I Norsk lovkommentar¹⁵³ påpekes to forhold som er av særlig interesse i forhold til årsakssammenhengen. Det ene tilfellet er der det er uklare årsaksforhold, noe som dekkes av § 3. Det andre tilfellet er der det ikke foreligger gyldig samtykke, enten på bakgrunn av manglende samtykke eller der informasjonsgrunnlaget for samtykket ikke tilfredsstiller lovens krav. Dette behandles nedenfor i punkt 5.2.

I praksis står man ved pasientskader ofte ovenfor tilfeller der flere årsaksfaktorer har virket inn på skaden. Eksempelvis kan en skade som tidligere nevnt ha sammenheng med både grunnsykdommen, bruk av et legemiddel og selve legebehandlingen. For at vilkåret om årsakssammenheng skal anses oppfylt i disse tilfeller, kreves det at årsaksfaktoren var en nødvendig betingelse for at skaden skulle inntre. Dette er det sentrale innholdet i betingelseslæren som er omtalt over¹⁵⁴. Dersom skaden ville inntrådt uansett, oppstår ingen erstatningsplikt.¹⁵⁵

5.1 Atskillbare skader – inngangsinvaliditet.

Et praktisk viktig tema som gjelder ved personskader generelt og særlig pasientskader er spørsmålet om såkalt inngangsinvaliditet. Dette er et spørsmål om atskillbare suksessive skader, men det kan også ses som et særlig årsaksspørsmål¹⁵⁶.

Inngangsinvaliditeten kan foreligge på bakgrunn av både skader, sykdom og medfødte forhold.

I teorien har det vært fremholdt tre ulike metoder som kan benyttes når det foreligger inngangsinvaliditet.¹⁵⁷

For det første har vi differanseprinsippet. Man ser på den totale medisinske invaliditet, men gjør fradrag for den skade som forelå før den erstatningsbetingede hendelse.

For det andre har vi det såkalte bruttoprinsippet. Etter dette ser man på den samlede medisinske invaliditet, uten at det blir gjort noe fradrag for den forutgående invaliditeten.

¹⁵³ Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 6.

¹⁵⁴ Se punkt 4.2.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 31, punkt 3.2.4, s. 13.

¹⁵⁶ NOU 1994: 20, punkt 7.5.8, s. 117.

¹⁵⁷ Narvland (2007), s. 118.

For det tredje har vi separasjonsprinsippet. Den forutgående invaliditet tenkes bort, og man vurderer isolert hvilken medisinsk invaliditet skade nr. 2 har påført skadelidte. Skadelidte får etter dette prinsippet ikke erstattet de såkalte merfølgene.

Merfølger oppstår der skade nr. 2 på grunn av skade nr. 1 får mer alvorlige følger enn dersom skade nr. 2 hadde inntrådt alene.¹⁵⁸

Den generelle hovedregel er at det er differanseprinsippet som skal benyttes. Dette følger av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Et eksempel på at Høyesterett har stadfestet dette finner vi i Rt. 1997 s. 771, ”Dani-dommen”, der det uttales;

«Som det har fremgått, gjelder den aktuelle saken et tilfelle hvor skadelidte forut for den skadevoldende handling er påført en annen skade som det er betalt full erstatning for etter skadeserstatningsloven § 3-2a. Etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper fastsettes erstatningen ved flere ansvarlige skadeårsaker som virker, ut fra en differansebetraktning. Det innebærer at man i et slikt tilfelle først fastsetter den samlede invaliditetsgrad, og deretter gjør et fradrag for det som svarer til den invaliditetsgrad som er lagt til grunn ved den første skaden. Samme tap skal ikke erstattes to ganger.»

Bruttoprinsippet og separasjonsprinsippet benyttes i særtilfeller der differanseprinsippet ikke er anvendelig.

Det typiske anvendelsesområdet for bruttoprinsippet er ved skade på parvise organer, der skade nr. 1 medfører at skade nr. 2 får mye større konsekvenser enn ellers. Dette kan illustreres med tilfeller der en pasient mister synet på ett øye, men fra før er blind på det andre. Det er opplagt at det vil få langt større konsekvenser for vedkommende å miste synet helt, enn å miste synet på ett øye. Separasjonsprinsippet benyttes gjerne der det foreligger 100 % uførhet etter skade nr. 1 (eventuelt der det er medfødt).¹⁵⁹

Selv om skadelidte var 100 prosent ervervsmessig ufør, kan det tenkes at skade nr. 2 likevel medfører et erstatningsbetingende tap.

¹⁵⁸ NOU 1994:20 punkt 7.5.8, s. 117.

¹⁵⁹ Narvland (2007), s. 131.

De fleste har fortsatt en restervervsevne i varierende grad, og en utnyttbar restervervsevne kan ved å benytte separasjonsprinsippet, være gjenstand for erstatning også hvor den første erstatningsutmåling forutsatte at skadelidte ikke ville få inntektsgivende arbeid i fremtiden.¹⁶⁰

I denne sammenheng er pasientskadesaken behandlet i Rt 2006 s. 871 interessant. Saken gjaldt et barn som hadde en medisinsk invaliditet, og som deretter ble påført en varig hjerneskade ved behandling på sykehus. Tvisten gjaldt utmålingen av standardisert erstatning etter skadeserstatningsloven § 3-2 litra a, og Høyesterett hadde flere uttalelser om valget av metode i flerskadetilfeller der det foreligger en inngangsinvaliditet.

Norsk pasientskadeerstatning anførte at det skulle anvendes et differanseprinsipp. Høyesterett konkluderte med at det var separasjonsprinsippet som kom til anvendelse i denne saken.

5.2 Opplysningssvikt – informert samtykke.

Dersom rettsgyldig samtykke, jfr. Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63 (pasrl.), kapittel 4, ikke foreligger før behandling, innebærer dette at det er en ”svikt ved helsetjenesten”, jf. pasrl. § 2.

Etter årsakslæren kreves det at adferden, altså svikten ved helsehjelpen, har forårsaket skaden. Med andre ord blir det manglende samtykke å anse som årsaken til skaden. Den antatte situasjonen vil da være at dersom pasienten hadde fått tilstrekkelig informasjon og/eller muligheten til å foreta et valg og dermed ville unnlatt å samtykke, så ville skaden vært unngått. Spørsmålet blir da om det manglende samtykke som er å anse som svikten ved ytelsen av helsehjelp, i et årsaksperspektiv har voldt skaden.¹⁶¹

En retningsgivende dom i forhold til manglende samtykke som svikt, er dommen inntatt i Rt 1998 s 1538, den såkalte ”cauda-equina-dommen”. Situasjonen var i denne saken at en ung gutt ved en ryggoperasjon hadde fått skadet nerver som ledet til nedsatt seksualfunksjon. Denne risikoen var han ikke blitt informert om. I denne anledningen drøftet retten det såkalte hypotetiske samtykket.

¹⁶⁰ NOU 1994: 20, punkt 7.5.8, s. 117-118.

¹⁶¹ Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 6.

Det ble vurdert om pasienten likevel ville ha samtykket dersom han hadde fått den nødvendige informasjon. Retten delte seg i et flertall og et mindretall, der flertallet antok at pasienten ville ha samtykket også dersom han hadde fått korrekt informasjon om skaderisikoen i forkant av operasjonen. Mindretallet mente at han ikke ville latt seg operere dersom han hadde fått den aktuelle informasjonen, og at informasjonssvikten derfor var årsaken til skaden.

Denne praksisen har tilsynelatende blitt fulgt av NPE og PSN, og er også lagt til grunn i Borgarting lagmannsrett¹⁶².

Det kompliserende moment er at avgjørelsen i Høyesterett falt før den nye pasientrettighetsloven ble vedtatt. Dermed var ikke det gyldige samtykket vurdert i relasjon til pasientrettighetsloven kapittel 4 som oppstiller strengere krav i dette henseendet, og gyldig samtykke er et lovlighetsvilkår.

Prinsippet i dommen innebærer at manglende samtykke ikke gir krav på erstatning i pasientskadetilfellene dersom retten kommer frem til at de tror pasienten ville ha samtykket. Ut fra et rettssikkerhetsperspektiv og særlig sett i lys av samtykkebestemmelsene vedtatt etter dommen falt, kan det ses på som kritikkverdig at prinsippet i ”cauda-equina-dommen” fortsatt blir fulgt i praksis. I teorien har det vært oppslutning rundt mindretallets standpunkt og blitt tatt til orde for at retten til erstatning ubetinget skal følge av at informasjon ikke er blitt gitt. Det er også uttalt at dommen ikke er et ubetinget prejudikat, nettopp på bakgrunn av at den falt før vedtakelsen av pasientskadeloven.¹⁶³

Sett i lys av at en av de sentrale hensyn bak pasientskadeerstatningsretten skulle være å søke å lette bevisbyrden og bevisføringspliktene som påhvilde skadelidte¹⁶⁴, kommer også dette misforholdet mellom regler og praksis frem.

¹⁶² LB 2007-16311.

¹⁶³ Nygaard (2007) s. 481, Aasen (2002) i Nybrott og odling, festskrift til Nils Nygaard s. 234 og s. 238, Reiersen (2004), punkt 2.6 s. 129.

¹⁶⁴ NOU 1992: 6, punkt 9.5, s. 80.

I forarbeidene fremholdes det videre:

”Når utvalget kommer til at det heller ikke for pasientskadene vil være naturlig med særlige bevisbyrderegler i lovs form, legges det særlig vekt på følgende momenter: Regelen om at det er skadelidte som har bevisbyrden for årsakssammenheng m.v., er ikke unntaksfri. Hvor det er sykehuset/legen m.v. som er den nærmeste til å gi opplysninger om faktum, eller hvor disse har forsømt å ta vare på data av verdi for klarleggingen av de faktiske forhold, vil dette snu bevisbyrden i skadevolders disfavør – se senest Rt. 1989 s. 674.”¹⁶⁵

Disse uttalelsene kan ikke sies å støtte den praksis vi har hatt og har i dag, snarere tvert i mot.

5.3 Pasientskadeloven § 2 litra c om spesiell sårbarhet hos skadelidte.

Utgangspunktet i loven er objektivt ansvar for skade som er en følge av smitte eller infeksjon.

Dette gjelder imidlertid ikke unntaksfritt. Det er fremholdt i forarbeidene at dersom skaden i hovedsak skyldes pasientens grunnsykdom eller tilstand, skal erstatning ikke ytes. Bakgrunnen for dette er prinsippet om at pasientskadeordningen ikke skal være en forsikring mot sykdom, men skal dekke de tilfeller hvor det inntreer noe irregulært under behandlingen.¹⁶⁶

De midlertidige reglene inneholdt også en egen bestemmelse om unntak i de tilfeller der skaden skyldtes infeksjon i områder med særlig høy bakteriekonsentrasjon eller pasientens nedsatte motstandskraft. Bestemmelsen var vanskelig å praktisere, og ble ikke videreført i sin opprinnelige form. Pasientskadeloven § 2 ble derfor mer generelt utformet.¹⁶⁷

§ 2 litra c reiser flere tolknings spørsmål, og de som omhandler årsakssammenheng, som er det sentrale i denne sammenheng, er lite behandlet i teorien. For å få veiledning og tolkningshjelp har avgjørelser fra PSN blitt analysert¹⁶⁸.

¹⁶⁵ NOU 1992: 6, punkt 9.5, s. 80.

¹⁶⁶ Ot.prp. nr. 31, punkt 11.4.4.4, s. 67.

¹⁶⁷ Kjelland s 375.

¹⁶⁸ Kjelland s 376 flg.

Vedtakene herfra er ofte kortfattede, og drøftelsen av årsakskravet glir ofte over i en bevisvurdering, noe som kan slå uheldig ut for de skadelidte. Ved smitte- og infeksjonssaker er det ofte vanskelig å skille mellom indre og ytre årsaksfaktorer, henholdsvis særlig sårbarhet på den ene siden og ansvarshendelsen på den andre siden.

Utgangspunktet for vurderingen av årsakskravet etter § 2 litra c er som ellers betingelseslæren¹⁶⁹. Komplikasjonen oppstår når man stiller spørsmål om hvordan sårbarhetsprinsippet¹⁷⁰, som er et unntak fra betingelseslæren, spiller inn.

Sårbarhetsprinsippet er i denne anledning ikke nevnt i lovtekst eller forarbeider, og har en tilbaketrasket rolle i retts- og nemndspraksis.¹⁷¹

I lovkommentaren uttales det at pasienter med nedsatt immunitet må bære en såkalt egenrisiko. Men dersom immunedsettelsen skyldes svikt ved helsehjelpen, eller helsepersonell unnlater å forholde seg faglig adekvat til nedsettelsen og ta spesielle forholdsregler, vil man forankre ansvaret i § 2 litra a, og pasienten kan allikevel ha krav på erstatning.¹⁷² I teorien har imidlertid det motsatte blitt hevdet. Det anføres at det følger allerede av lovens ordlyd at det er skadevolder som skal ha sårbarhetsrisikoen, og uttales;

”Dette fremgår forutsetningsvis av unntaksreguleringen, som implisitt viser at skadevolder må ”ta skadelidte som han er”. Synspunktet underbygges av forarbeidene.”¹⁷³

¹⁶⁹ Se punkt 4.2.

¹⁷⁰ Se punkt 4.3.

¹⁷¹ Kjelland (2008), s. 377.

¹⁷² Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 9.

¹⁷³ Kjelland (2008), s. 377.

Løsningen må være å vektlegge uttalelser i forarbeidene der det står eksplisitt;

”Selv om utgangspunktet er at pasienter som blir sykere på grunn av smitte eller infeksjon under behandlingen ikke skal ha den økonomiske risikoen for dette selv, må det gjøres et unntak for de tilfellene der smitten eller infeksjonen har sammenheng med pasientens sykdom. Her må prinsippet om at pasientskadeordningen ikke skal være noen forsikring mot sykdom, men bare skal dekke de tilfellene der det skjer noe irregulært under behandlingen, slå igjennom. Om en pasient med nedsatt immunforsvar blir smittet på sykehus eller hjemme, bør således være uten betydning. I tråd med dette er det i departementets lovutkast gjort unntak for de tilfellene smitten eller infeksjonen i hovedsak skyldes pasientens tilstand eller sykdom.”

Det interessante årsaksspørsmålet blir hvor stor reduksjonen i motstandskraft må være hos pasienten før risikoen flyttes fra skadevolder og over på pasienten.

Spørsmålet blir således et spørsmål om kravet til sannsynlighet og adekvansen for at skaden skyldes forhold ved pasienten. På dette punkt trengs det en ytterligere presisering og klargjøring av bestemmelsens rekkevidde.¹⁷⁴

5.4 Mislykket abort og sterilisering.

Et omdiskutert tema, som var emnet for flere underrettsdommer før pasientskadeloven, er de tilfeller der det fødes barn som følge av mislykkede steriliserings- eller abortinngrep. Lødruputvalget kom frem til at dette ikke er en skade i lovens forstand, og henviste til praksis i PSN¹⁷⁵. Dette ble videre bekreftet i Odelstingsproposisjonen¹⁷⁶

En viktig side av temaet er også hvordan man skal se på disse tilfellene med tanke på årsakssammenheng og adekvans. I realiteten er det snakk om at det foreligger flere samvirkende skadeårsaker, der legens feil under steriliseringsinngrepet bare er en av årsakene. Det kan hevdes at selve samleiet må ses som hovedårsaken til at barnet kommer til verden.

¹⁷⁴ Kjelland (2008), s. 380.

¹⁷⁵ NOU 1992: 6, punkt 4.4.1, s. 38.

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 31 punkt 18, s. 92.

Samtidig innretter personer som får utført slike inngrep seg på at dette er en sikker måte å forhindre graviditet/barnefødsel på, og det mislykkede inngrep må således kunne ses på som hovedårsaken¹⁷⁷.

På bakgrunn av slike synspunkter har det blitt hevdet at domstolene står temmelig fritt i slike tilfeller og at de beste grunner taler for at det gis erstatning når det foreligger uaktsomhet i helsevesenet¹⁷⁸.

I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1999. 203, ble det behandlet et krav om erstatning på bakgrunn av at et barn kom til verden etter et mislykket steriliseringsinngrep. Dommen konkluderte med at det ikke forelå erstatningsansvar, og rettstilstanden anses etter dette å være fastlagt hos oss.

5.5 Særlige bevisregler.

Det er oppstilt visse særlige bevisregler i pasientskaderetten.

Først og fremst har vi pasientskadelovens § 3 som har tittelen ”Uoppklarte årsaksforhold”. Bestemmelsen er delt i to ledd. Første ledd gjelder tilfeller hvor det foreligger uklare årsaksforhold. Dette vil bli behandlet i sin helhet under punkt 6.

I andre ledd er det videreført en regel som tidligere var inntatt i Lov om smittevern, som oppstiller omvendt bevisbyrde ved vaksinasjonsskader. Jeg vil ta for meg dette under i punkt 5.6

I tillegg til disse reglene er det i praksis utviklet seg en ulovfestet regel som oppstiller omvendt bevisbyrde i situasjoner der det foreligger tvil og journalen er mangelfullt ført, og denne mangelen kan ha vært årsak til de uklare forholdene. Omvendt bevisbyrde som følge av mangelfull journalføring ble statuert bl.a. i Rt. 1988 s. 244 og i Rt. 1989 s. 674 var dette avgjørende for resultatet. Det er uttalt i forarbeidene at omvendt bevisbyrde også vil kunne være aktuelt f.eks. dersom helsepersonellet ikke har gjort tilstrekkelig for å sikre relevant bevismateriale.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Kjønstad (2003) s. 356-357.

¹⁷⁸ Kjønstad (2003) s. 44-45.

¹⁷⁹ NOU 1992: 6. Punkt 3.3.4, s. 29.

I lovkommentaren til pasientskadeloven § 3 er følgende bemerkninger inntatt;

”I situasjoner der sannsynlighetsovervekt ikke er dokumentert, og pasienten mangler den bevismulighet journalen skal gi, presumeres altså at beviskravene er oppfylt. Loven endrer ikke på dette. NPE har lagt dette til grunn i sin praksis, sml. sak om sen diagnose fra fastlege, og mangelfull journalisering, publisert 24. juli 2006. Gulating lagmannsrett la dette prinsippet til grunn i dommen i RG 2007s. 95. Retten fant operasjonsbeskrivelsen «uforståelig», og konstaterte ansvar. Tilsvarende i Borgarting lagmannsretts dom, LB-2005-69046.”¹⁸⁰

5.6 § 3 andre ledd – vaksinasjonsskader.

I pasientskadeloven § 3 annet ledd er det oppstilt en regel om omvendt bevisbyrde ved skader som oppstår etter vaksiner som er påbudt eller anbefalt etter Lov om vern mot smittsomme sykdommer av 5. august 1994 nr. 55. Regelen innebærer at den som er ansvarlig må sannsynliggjøre en annen årsak enn vaksinen for å bli ansvarsfri. Dette gjelder ikke for bruk av vaksiner som faller utenfor smittevernlovens felt.

Det har i teorien også blitt anført at bestemmelsen kan anvendes analogisk på typiske forskningsskader. Det foreligger objektivt ansvar for skader pådratt under forsøksvirksomhet etter pasientskadeloven § 1 annet ledd. Det man har siktet til ved å anføre denne analogiske bruken av bestemmelsen er å lette bevisbyrden for skadelidte etter forsøksskader.

Det er uttalt;

”Dette ble da også lagt til grunn i det såkalte Meningokokk B vaksineforsøket 55 som riktignok gjaldt utprøving av en vaksine. Bakgrunnen for det er at mennesker stiller frivillig opp og løper en risiko prinsipalt på vegne av andre. Årsaksforholdene vil videre ofte være uklare og meget kompliserte. Forskningsdeltakere vil derfor ha begrensede muligheter for å sannsynliggjøre årsakssammenheng. En helhetlig interesseavveining og risikoplassering vil dermed kunne tilsi omvendt bevisbyrde.”¹⁸¹

¹⁸⁰ Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 16.

¹⁸¹ Simonsen (2010), s. 171.

Om det skal oppstilles omvendt bevisbyrde i slike tilfeller på bakgrunn av en analogisk anvendelse av pasientskadeloven § 3 annet ledd må vurderes konkret i det enkelte tilfellet, og spørsmålet står foreløpig åpent.

6 Uoppklarte årsaksforhold - § 3 første ledd.

”§ 3 Uoppklarte årsaksforhold

Dersom årsaken til en skade på en pasient ikke kan bringes på det rene, og skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen, skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp.”

I pasientskadeloven oppstilles en særegen bevisregel i § 3 første ledd. Det er ulike oppfatninger i teorien om hva denne paragrafen er ment å skulle dekke, og lovforarbeider og praksis gir inntrykk av ulik forståelse av innholdet i regelen.

Regelen har sin bakgrunn i den såkalte ”Ulnarisnervedommen” i Rt. 1980 s.1299 der sykehuset ble frifunnet fordi retten ikke fant sterke nok bevis for at skaden kunne føres tilbake til forhold som helsepersonellet kunne lastes for.¹⁸²

6.1 § 3 første ledd – uoppklarte årsaksforhold.

Et av argumentene for en egen erstatningsordning for pasientskadene var i sin tid at det ofte var vanskelig for skadelidte å oppfylle beviskravene etter den alminnelige erstatningsretten. Dette angikk både oppfyllelsen av de enkelte skyldvilkår, samt årsakssammenhengen mellom behandling i vid forstand, og inntruffet skade.

Under utredningen på dette området, fant Lødruputvalget at det ikke var nødvendig med særlige bevisbyrderegler i lovs form.

¹⁸² Nygaard (2007) s. 477.

Det skulle fortsatt som hovedregel være skadelidte som hadde bevisbyrden, men bevisbyrden kunne i visse situasjoner snus, for eksempel der helsevesenet hadde forsømt å ta vare på data som kunne klarlegge de faktiske forhold¹⁸³. Utgangspunktet skulle være at beviskravene ikke skulle være strengere enn at en vesentlig del av de skadelidte skulle kunne oppfylle dem.¹⁸⁴

Regelen i § 3 har kommet til på bakgrunn av en praksis som tok form hos Pasientskadenemnda. Dersom en pasient fikk klem- eller trykkskade under en operasjon, ble det lagt til grunn at det skyldtes en erstatningsbetingende handling, med unntak for helt særlige tilfeller.¹⁸⁵

Forarbeidene bruker klem- og/eller trykkskader som eksempler, men det er også uttalelser som tyder på at bestemmelsen ikke nødvendigvis er forbeholdt for disse spesifikke forhold alene. Det uttales blant annet at man ønsket å:

*”... lovfeste Pasientskadenemndas regel om at skader som oppstår under behandling, og som en ikke finner noen annen forklaring på enn at det må ha skjedd en feil, skal antas å skyldes at behandlingen var erstatningsbetingende.”*¹⁸⁶

Det typiske området for bestemmelsen er ved klemskader under operasjon. Det er uttalt i forarbeidene at bevisregelen skal gjelde både spørsmålet om ansvarsgrunnlag foreligger, og spørsmålet om det er årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og skaden på pasienten. Derimot gjelder det ikke for spørsmålet om årsakssammenheng mellom skaden på pasienten og de tap som er påstått.¹⁸⁷

Klart utenfor er de tilfeller der skaden skyldes forhold hos pasienten selv.

¹⁸³ Rt. 1989 s. 674.

¹⁸⁴ NOU 1992: 6, punkt 9.5, s. 80.

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 31, punkt 4.5, s. 18.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 31, punkt 12, s. 69.

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 31, punkt 18, s. 91.

Det er alminnelig sannsynlighetsovervekt som kreves, og regelen blir etter dette at dersom årsaken er uavklart, og det er sannsynlig at skade skyldes ytre påvirkning på pasienten under behandlingen, så skal det legges til grunn at beviskravene er oppfylt. Dette er uttalt å være basert på praksis fra pasientskadenemnda.

I bestemmelsens annet ledd oppstilles en bevisregel som snur bevisbyrden for tilfeller der vaksine har vært pålagt eller anbefalt etter smittevernloven. Den ansvarlige må godtgjøre en annen årsak til skaden for å bli ansvarsfri. Regelen viderefører tidligere rettstilstand.¹⁸⁸

Norsk Pasientskadeerstatning har publisert en artikkel vedrørende trykkskader på sin nettside¹⁸⁹. De oppgir her at skader grunnet feil leiring under operasjon utgjør en stor andel av sakene de behandler som ligger innenfor sykepleiernes ansvarssfære. Etter sigende får 70 % av disse medhold i sitt krav om erstatning, og rundt 20 millioner kroner har blitt utbetalt i erstatning til disse skadelidte. Fra og med den midlertidige ordningen trådte i kraft i 1988, har NPE behandlet cirka 150 saker vedrørende skader etter trykk eller klem ved leiring under en operasjon.

6.2 Tilsvarende regel i andre nordiske land?

Det foreligger ingen tilsvarende lovfestet regel i noen av de andre nordiske landene, men den type skader som kan være aktuelle under denne paragrafen hos oss, vil eventuelt kunne anføres under andre bestemmelser.

6.3 Bevisreglene.

Utgangspunktet er basert på den alminnelige erstatningsretten og de midlertidige reglene. Hovedregelen er at det er skadelidte som har bevisbyrden, både med hensyn til om det foreligger en skade, og med hensyn til årsakssammenhengen.

Lovutvalget konkluderte med at det ikke skulle oppstilles særskilte bevisregler i lovs form for pasientskader, til tross for at en stor del av hensikten med egne regler for pasientskader var å bøte på skadelidtes vanskeligheter med å bevise årsakssammenheng.

¹⁸⁸ Rasmussen (2006), Norsk lovkommentar, note 16.

¹⁸⁹ Flåte (2009).

Begrunnelsen for dette var for det første at hovedregelen ikke gjaldt unntaksfritt. Blant annet ble det fremhevet tilfeller der sykehuset/legen er den nærmeste til å gi opplysninger om faktum, eller der de har skylden for at sentrale data vedrørende pasienten mangler, typisk ved manglende journalføring. I slike tilfeller snus bevisbyrden i skadevolders disfavør.¹⁹⁰ Dette er også fastslått i rettspraksis (Rt 1989 s 674).

Det ble videre sitert fra forarbeidene til produktansvarsloven der det også ble konkludert med at det ikke skulle oppstilles særlige bevisregler;

”utgangspunktet for fastsettelsen av beviskravene i slike saker være at de ikke gjøres strengere enn at en vesentlig del av de skadelidte vil kunne oppfylle dem. Beviskravene må derfor avpasses etter de faktiske muligheter for å føre bevis, dog uten at sannsynliggjørelsen svekkes så sterkt at man kommer i fare for å gi erstatning til personer hvis sykdom ikke er påvirket av produktet.”¹⁹¹”

Det sentrale var at kravene til bevisenes styrke ble tilpasset deres såkalte bevisposisjoner.

I forarbeidene står det også at man ønsket at reglene fikk fortsette å utvikle seg i eksisterende tvisteløsningsmekanismer og praksis.

På ett område ble det avgjort at det skulle lovfestes en ny regel. I forarbeidene står det:

”Departementet foreslår likevel å lovfeste Pasientskadenemndas regel om at skader som oppstår under behandling, og som en ikke finner noen annen forklaring på enn at det må ha skjedd en feil, skal antas å skyldes at behandlingen var erstatningsbetingende.”¹⁹²”

¹⁹⁰ Ot.prp. nr. 31, punkt 12, s. 70.

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 31, punkt 12, s. 70.

¹⁹² Ot.prp. nr. 31, punkt 12, s. 70.

Videre:

”Det er her ikke tale om å innføre omvendt bevisbyrde, men å gjøre en faktisk formodning om til en rettslig regel. Det er slett ikke sikkert at dette vil gi pasienter medhold i flere saker, men det vil gjøre det bevismessig enklere å få medhold når vilkårene er oppfylt.¹⁹³”

Bevisbyrderegelen i daværende smittevernlov § 8-2 første ledd ble også videreført i § 3 annet ledd. Ved anbefalte eller påbudte vaksiner er det den ansvarlige som må bevise at en eller flere andre årsaker enn vaksinen er mer sannsynlige dersom erstatningsansvar ikke skal inntre. Det er såkalt omvendt bevisbyrde som oppstilles for disse tilfellene.

7 Praksis hos NPE og PSN vedrørende uopplarte årsaksforhold.

7.1 Praksis.

Etter pasientskadelovens ikrafttredelse har det vært i overkant av tretti saker oppe til behandling hos PSN, hvor lovens § 3 vedrørende uopplarte årsaksforhold har vært berørt. I størsteparten av sakene har bestemmelsen vært anført fra skadelidte, og da ofte som en subsidiær anførsel. Dette er naturlig ettersom bestemmelsen i seg selv ikke hjemler ileggelse av ansvar, men er å anse som en bevisregel. PSN sine vedtak er ofte nokså overfladisk begrunnet, og som regel avvises bruk av § 3 uten at det sies noe mer konkret rundt dette. Det har blitt gitt medhold i to saker¹⁹⁴ etter lovens ikrafttreden. Disse vil behandles under.

I sine vedtak forankrer NPE heller ansvaret som svikt etter ansvarsregelen i pasientskadeloven § 2, fremfor å gi medhold på bakgrunn av § 3 første ledd. Bevisregelen brukes eventuelt som et støtteargument for det resultat man har kommet frem til. Nemnda anser bestemmelsen som uheldig og villedende.

¹⁹³ Ot.prp. nr. 31, punkt 12, s. 70.

¹⁹⁴ PSN 2007 – 610 og PSN 2006 – 1076.

Oppfatningen er at den type saker det er tale om vil kunne forankres i den generelle sviktregelen i lovens § 2, og at sakene det gjelder er såkalte trykk- og klemskader der man vet hva årsaken til skaden er. Ettersom forarbeidene uttaler at de baserer seg på nemndas praksis, anser de det som legitimt å fortsette å forholde seg til denne, og ikke utvide bruksområdet for § 3 første ledd. Dersom lovgivers hensikt var å oppstille omvendt bevisbyrde for flere tilfeller måtte det ha blitt klarere fremstilt, og gitt fler retningslinjer på i forarbeidene.¹⁹⁵

PSN har sendt forslag om opphevelse av bestemmelsen¹⁹⁶.

Jeg vil trekke frem enkelte saker av betydning til illustrasjon av hva det kan gis medhold for og hva det typisk gis avslag for.

PSN 2006-1076:

Saken angikk en pasient som ved innsetting av kneprotese anførte at det hun var blitt påført en nerveskade, og krevde erstatning på bakgrunn av § 2 første ledd litra a.

Pasientskadenemnda konkluderte med at pasienten hadde krav på erstatning, men begrunnet sin beslutning som følger;

”I vedlegg til skademeldingen har sykehuset uttalt at pasienten postoperativt ble leiret med det opererte beinet på en pute, og at hun hadde 90° fleksjon i hofte og kne hele natten. Nemnda legger til grunn at dette ikke er i tråd med vanlige medisinske retningslinjer. Hvorvidt hele eller deler av pasientens skade skyldes den postoperative leiringen, og/eller om det skyldes inngrepet i seg selv er usikkert. Nemnda trenger imidlertid ikke ta stilling til dette. I dette tilfellet kommer pasientskadeloven § 3 vedrørende uopklarte årsaksforhold til anvendelse. Det fremgår her at dersom årsaken til skade på en pasient ikke kan bringes på det rene, og skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning under behandlingen, skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp.”

¹⁹⁵ Løchen (2010).

¹⁹⁶ Se vedlegg nr.1-4.

Det er videre uttalt;

”Det følger for øvrig av nemndspraksis at unntaksbestemmelsene ikke kommer til anvendelse i tilfeller hvor det har oppstått nerveskade som følge av leiring. Nemnda finner derfor at pasienten har krav på erstatning som følge av den postoperative leiringen, da skaden må anses å være en følge av svikt ved helsehjelpen, jf. pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a.)”

Dette siste sitatet må antas å være resultat av et såkalt arbeidsuhell, på bakgrunn av de motstridende uttalelsene. Tilsynelatende har det skjedd en forveksling av de midlertidige reglene og pasientskadelovens regler. Dersom det skal legges til grunn at heller ikke leiringsskader dekkes, vil ikke resultatet gi noen mening. Det sentrale er forøvrig at pasienten fikk medhold i sitt krav om erstatning, med støtte i § 3 første ledd. Saken kan sies å være innenfor kategorien klem- og trykkskader.

PSN 2008-612:

Saken angikk en pasient som hadde fått problemer med synet etter en operasjon for grå stær. Det ble anført at det forelå krav på erstatning på bakgrunn av § 3. Nemnda konkluderte med at pasienten ikke hadde krav på erstatning.

I forhold til § 3 ble det uttalt;

”Bestemmelsen i loven § 3 om uoppklarte årsaksforhold sier: « Dersom årsaken til en skade på en pasient ikke kan bringes på det rene, og skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen, skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp ». Denne bestemmelsen kommer ikke til anvendelse på et tilfelle som vi her står overfor. Bestemmelsen skal fange opp de forholdsvis sjeldne tilfellene hvor man ikke kan konstatere hva som er årsaken til pasientens skader/plager. Det at man ikke med sikkerhet kan si hva en plage skyldes, men vurderer ut fra sannsynlighetsovervekt, er ikke tilstrekkelig for at bestemmelsen i § 3 kommer til anvendelse. Nemnda vil for øvrig bemerke at det av lov og forarbeider fremgår at regelen om uoppklarte årsaksforhold bare gjelder i tilfeller der det er sannsynlig at skaden skyldes ytre påvirkning, og ikke for eksempel der skaden skyldes forhold ved pasienten selv.”

Det uttales at bestemmelsen skal fange opp de tilfeller der man ikke kan konstatere årsaken til en skade, men at usikkerhet rundt hva en skade skyldes ikke er tilstrekkelig. Dette utsagnet gir lite veiledning, og PSN utdypet ikke hva de mener med dette. Lovens ordlyd er at ”årsaken til en skade ikke kan bringes på det rene”. I dette ligger at man ikke kan fastlegge årsaken konkret i det enkelte tilfellet, men det er ikke nødvendigvis ment at man må stå totalt uten ulike årsaksscenarioer før bestemmelsen kommer til anvendelse. Det er i tilfelle en meget streng forståelse som legges til grunn, og denne kan komme i strid med lovens overordnede formål.

PSN 2008-363:

Saken angikk en pasient som etter operasjon for scoliose (skjevhet i ryggraden) hadde fått inkontinensproblemer. Det ble anført at han hadde krav på erstatning på bakgrunn av § 3. Pasientskadenemnda uttalte kort at regelen bare er en bevisregel, som ikke kom til anvendelse i saken.

PSN 2008-895:

Saken angikk en kvinne plaget av smerter i arm etter to nakkeoperasjoner i tillegg til noe nedsatt finmotorikk og krafttap i hånden. Pasienten anførte subsidiært at det forelå rett til erstatning på bakgrunn av § 3.

Kravet om erstatning nådde ikke frem, da nemnda ikke fant at det forelå årsakssammenheng. Til den subsidiære anførselen om at tilfellet falt under § 3 ble det uttalt:

”Nemnda finner ikke at pasientskadeloven § 3 vedrørende uoppklarte årsaksforhold kommer til anvendelse. Regelen gjelder bare der det er sannsynlig at skaden skyldes ytre påvirkning, og ikke disposisjon hos pasienten selv. Den gjelder bare når slik påvirkning har skjedd under selve behandlingen, f.eks. klemskader under operasjon. Nemnda har lagt til grunn at skaden skyldes grunnlidelsen med trykk på nerven over tid.”

PSN 2008-924:

Saken angikk en fødselsskade, der det ble anført at barnet var påført hjerneskade på grunn av manglende/sviktende svangerskapsoppfølging og fødselshjelp.

”Hva angår bestemmelsen om uoppklarte årsaksforhold i pasientskadeloven § 3, viser nemnda til at denne regelen forutsetter årsakssammenheng mellom behandling og skade, dvs. at pasienten har fått en skade som følge av behandling, men at årsaken til denne skaden ikke kan fastslås. Oslo tingrett har vurdert erstatningskrav etter denne bestemmelsen i tre saker, jf. dom av 18.04.07, 07.04.08 og 27.02.09. Det fremkommer her klart at pasientskadeloven § 3 bare er en bevisregel, som ikke hjemler ileggelse av erstatningsansvar. I den aktuelle saken har nemnda funnet at det ikke i tilstrekkelig grad er sannsynliggjort årsakssammenheng mellom behandling og skade. Bevisregelen i § 3 kommer derfor ikke til anvendelse i denne saken.”

Nemnda oppstiller en meget restriktiv linje for hva som kreves før de gir medhold i klagesaker etter § 3. Synspunktet deres er at ved eksempelvis alvorlige skader i tilknytning til fødsel, så er det bedre å falle ned på unntaksregelen i § 2 tredje ledd om særlig store eller uventede skader, og de ønsker ikke å åpne bestemmelsen for noe mer enn det tidligere praksis tilsier. Til tross for dette standpunkt har de allikevel gitt medhold i en sak¹⁹⁷ som gjaldt løsning av tenner i forbindelse med undersøkelse med instrument i strupen. Dette sender ut motstridige signaler.

PSN 2007 – 610:

Saken gjaldt en pasient som fikk skader på tennene etter undersøkelse med instrument i ganen, utført under narkose. Nemnda uttalte:

”Det følger videre av pasientskadeloven § 3 første ledd at dersom årsaken til en skade på en pasient ikke kan bringes på det rene, og skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen, skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp. På bakgrunn av sakens dokumenter, finner nemnda etter en samlet vurdering at pasientskadeloven § 3 første ledd kommer til anvendelse i dette tilfellet.

¹⁹⁷ PSN 2007 – 610.

Det er ikke klarlagt hva som er årsaken til at pasientens tenner løsnet. Nemnda legger til grunn at skaden mest sannsynlig skyldes ytre påvirkning under behandlingen. Det er ved vurderingen særlig sett hen til sykehusets uttalelse, og foreliggende journalopplysninger...”

7.2 Vurdering.

Bestemmelsen i § 3 har kommet til på bakgrunn av praksis i Pasientklagenemnda.

Tilsynelatende kan regelen brukes på ulike tilfeller der det foreligger uvisshet rundt hva som er årsaken til en skade forutsatt at denne kan knyttes til ytre påvirkning under behandlingen. I realiteten er anvendelsesområdet for regelen langt snevrere enn det utgangspunktet i loven tilsier. Angivelig skal den bare gjelde for såkalte trykk- og/eller klemskader, der pasienten typisk har fått nerveskader i armer eller ben etter feil eller mangelfull leiring under operasjon. Realiteten at det ikke er snakk om forhold som er uopklarte, men en konkret avgrenset type skader. PSN har avvist andre anførsler som har blitt påberopt på bakgrunn av § 3, og forbeholdt regelen kun til disse gitte tilfellene, men unntak av saken som gjaldt løsning av tenner¹⁹⁸. Ettersom forarbeidene er meget sparsommelige på føringer, har nemnda valgt å holde seg til sin tidligere praksis. Deres praksis omhandler angivelig kun de såkalte trykk- og klemskader.

Samtidig er det klart at forarbeidene i utgangspunktet ikke eksplisitt forbeholder bestemmelsen for disse tilfellene, og paragrafen er gitt en nokså generell utforming. Det kan derfor spørres om det var lovgivers intensjon at det skulle føres en så streng linje i praksis som det har blitt gjort.

Lovgivers intensjon var å unngå vidløftige vurderinger av uklare fakta,¹⁹⁹ og med dette for øyet kan nemndas oppfatning synes å være for snever.

¹⁹⁸ PSN 2007 – 610.

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 31, punkt 18, s. 91.

I en artikkel publisert i tidsskrift for erstatningsrett uttaler Jan Storvik på vegne av NPE følgende:

”I pasientskadelovens forarbeider vises til et eksempel med klemskader, altså skader som har tilkommet i en behandlingssituasjon. Hagen anfører, under henvisning til forarbeidene, at det [Side 111]foreligger en praksis for en slik bevisbyrderegulering i Pasientskadenemnda i forhold til de midlertidige reglene. Jeg vil – på linje med hva som er anført i en tidligere artikkel i TidsskriftetN – hevde at denne forståelsen bygger på en misforståelse. Det er etter praksis gitt medhold ved skader som følger av at en nerve har kommet i klem mot underlaget under en operasjon. Begrunnelsen har vært at man bør kunne unngå slike skader ved adekvat polstring/leiring på operasjonsbordet. Nemnda hadde med andre ord en klar formening om årsaken til skadene.”²⁰⁰

Oppfatningen synes å være å nemnda ikke vil endre sin praksis, uavhengig av hva forarbeidene tilsier. Det uttales at nemnda i de sakene de mener bestemmelsen gjelder for, har en klar formening om årsaken til skaden. Dette står i motsetning til den linje de fører i praksis, der de avslår bruk av bestemmelsen der det foreligger mulige årsaker.

I en artikkel inntatt i Tidsskrift for erstatningsrett 2004 uttales det;

”Lovens § 3 første ledd inneholder en særlig bevisregel for skadeårsaker som ikke kan bringes på det rene. Denne bestemmelsen bygger sannsynligvis på en misforståelse. Det fremgår av lovforarbeidene at det i Pasientskadenemnda har utviklet seg en fast regel om at skader som oppstår under behandling og som en ikke finner noen annen forklaring på enn at det må ha skjedd en feil, antas å skyldes inadekvat behandling. Det angis at det typiske virkeområdet for bevisregelen er klemskader under operasjoner.

En klemskade er en skade på en nerve fordi en arm eller et ben trykker mot liggeunderlaget mens pasienten er under bedøvelse.

²⁰⁰ Storvik (2006), s. 111-112.

Til dette er å bemerke at Pasientskadenemndas praksis som er knyttet til klemskader, var foranlediget av en klar formening om at klemskader under operasjoner burde og kunne unngås ved korrekt leiring/polstring av pasienten. Nemnda mente dermed at klemskade skyldtes ikke adekvat behandling, da leiringen ikke kunne ha vært god nok når slik skade oppsto. Nemnda hadde altså en klar formening om årsaken til skaden. Klemskadene illustrerer for øvrig godt utviklingen i rettsoppfatning fra uaktsomhetsvurderinger (Rt.1980 s. 1299 – "ulnarisnervedommen") til vurderinger basert på objektivisert ansvar etter de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning.

*I noen grad vil man gjennom reglene om omvendt bevisbyrde kunne komme til samme resultat som den særlige bevisregel i § 3 første ledd vil kunne føre til: dersom mangelfull journalføring er årsaken til at man ikke kan bringe på det rene om pasientens skade skyldes ytre påvirkning under behandlingen, vil prinsippet om omvendt bevisbyrde føre til at det legges til grunn at årsaken er svikt ved ytelsen av helsehjelp.*²⁰¹

Videre uttaler han:

*"Det kan reises spørsmål ved om den særlige bevisregelen i § 3 første ledd innebærer en styrking av pasientenes rettsstilling sammenlignet med reglene i den midlertidige ordningen. Det begrensede nedslagsfelt som forarbeidene angir, samt at det – riktignok feilaktig – vises til at dette er en lovfesting av allerede innarbeidet praksis i Pasientskadenemnda, tyder ikke på det. Likevel skal man ikke undervurdere den praktiske betydningen av det forhold at bevisregelen gis en egen bestemmelse i pasientskadeloven. Pasientskadenemnda og domstolenes praktisering av bestemmelsen vil avklare om vi her står overfor en reell endring."*²⁰²

Situasjonen er slik at det vil være opp til PSN og domstolene å regulere det fremtidige området for § 3 første ledd. Oslo tingrett har uttalt at regelen bare er en bevisregel.²⁰³

²⁰¹ Jørstad (2004), s. 147-148.

²⁰² Jørstad (2004) s. 148.

²⁰³ TOSLO-2006-138523.

Dette kan gi en viss veiledning, men må vektlegges varsomt ettersom det er underrettspraksis, som ikke noen utpreget rettskildemessig tyngde hos oss. Til tross for at nemnda har en klar oppfatning om bruksområdet, og anser sin praksis som legitim, bør det ikke utelukkes at det i fremtiden vil kunne oppstå behov for å kunne forankre andre typer skader under denne regelen. Dette kan også ha vært årsaken til at lovgiver ikke ønsket å reservere bestemmelsen alene for klem- og trykkskader. Det skal heller ikke undervurderes at lovgiver under vurderingen av om det var behov for særlige bevisregler, valgte å lovfeste nettopp bare denne ene regelen om uopklarte årsaksforhold.

Sett ut fra et rettssikkerhetsperspektiv er dagens situasjon i forhold til § 3 første ledd nokså ugunstig. Loven angir at man kan påberope seg bevisregelen for å støtte sitt krav om erstatning i de tilfeller der man etter ytre behandling har skader det ikke finnes forklaring på eller der man ikke kan slå fast hva som er årsaken til skaden. I realiteten er regelen kraftig innskrenket i praksis, og man kan stille spørsmål om PSN har vært berettiget til å legge seg på en så streng linje, selv på bakgrunn av de argumenter de anfører for dette.

Etttersom PSN i stor grad avviser bruk av § 3 første ledd uten å forklare dette nærmere, kan det også reises kritikk ut fra det generelle forvaltningsmessige prinsippet om at alle vedtak skal begrunnes. Det er påpekt i forarbeidene at begrunnelsen har betydning for å skape aksept for avgjørelsen, for å sikre nemndas påvirkning på rettsutviklingen på området, og for å kunne tjene som veiledning for nemnda i senere saker.²⁰⁴ Dette har i liten grad blitt ivaretatt i forhold til § 3 første ledd.

Dersom PSN hadde åpnet opp for å la bestemmelsen komme til anvendelse i tråd med sin ordlyd, ville ikke dette nødvendigvis betydd at man åpnet opp for en enorm mengde saker man ville ha problemer med å håndtere ut fra en samfunnsmessig og ressursmessig perspektiv. Sett ut fra de totale antall saker som behandles årlig i NPE og PSN vil det uansett bare være snakk om et lite fåtall av skadelidte. En gruppe pasienter med ulike skadesituasjoner som har det til felles at de har et meget svakt erstatningsrettslig vern, i strid med intensjonene bak pasientskadeloven.

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 31, punkt 17.1, s. 85 og punkt 18, s. 98.

Et eksempel på en type skadetilfeller der bevisregelen kunne kommet til anvendelse er ved enkelte fødselsskader, slik som i PSN 2008-924. Avgjørelsen er sitert og kommentert over. Nemnda uttaler at det må foreligge årsakssammenheng for at bestemmelsen skal kunne anvendes. Dette står imidlertid i motsetning til deres uttalelser i PSN 2008-612 (også sitert over). Her uttales det at bestemmelsen skal anvendes der man ikke kan konstatere årsaken. Dersom man ikke kan konstatere årsaken vil det være vanskelig også å konstatere årsakssammenheng. Ut fra lovens ordlyd er det jo nettopp i disse tilfeller at bevisregelen skal komme til anvendelse. Dersom man ikke kan konstatere årsaken, men det er en sannsynlighet for at skaden kan ha skyldtes ytre påvirkning under behandling, så skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp. I fødselsskadesakene begir man seg ofte inn i kompliserte og lange drøftelser, noe som kan synes å være i strid med lovgivers intensjon om å unngå vidløftige vurderinger av uklare fakta. Enhver fødsel vil alltid medføre en viss risiko. Det skal likevel ikke være slik at man forankrer en slik skade i relativt fjerne og ikke alltid konstaterbare forhold knyttet til mor og/eller barn, der det er en mulighet for at en ytre påvirkning under fødsel kan ha medført skaden.

I PSN 2009-254 faller nemnda videre ned på at § 3 første ledd ikke kan komme til anvendelse der det foreligger flere mulige årsaker. Dette innebærer at denne gruppen pasienter blir fratrukket sitt erstatningsrettslige vern ene og alene fordi man ikke klarer å falle ned på en konkret årsak i det gitte tilfellet. Sett i lys av at lovgiver ønsket å forbedre det erstatningsrettslige vernet ved pasientskader kan det oppfattes nokså urimelig at det kreves total og komplett uvisshet om hvorfor en skade har oppstått. Dette er jo heller ikke tilfellet i de sakene som anses som kjernen for bestemmelsen, nemlig trykk- og klemskader. Man er i høyeste grad klar over at feil leiring under operasjon kan være en mulig årsak til skaden, men avslår ikke kravet om erstatning av denne grunn.

Det gjennomgående resultatet i PSN er at de i saker hvor det foreligger spørsmål om uopplarte årsaksforhold, i stor grad faller ned på at skaden skyldes forhold hos pasienten selv, slik som i eksempelvis PSN 2008-895. Det kan etter dette stilles spørsmål om nemnda for lett faller ned på dette, og på denne unndrar seg å måtte ta stilling til § 3 første ledd.

Forarbeidene uttaler at formodningene som oppstilles kan motbevises, og at det ikke stilles spesielt sterke krav til motbevisene.²⁰⁵ Men dersom man i ethvert tilfelle baserer seg på dette og til tider griper fast i nokså tynne halmstrå, vil regelen ikke ha noen realitet overhodet. Dette kan ikke ha vært lovgivers mening, ettersom regelen er inntatt i loven i en egen bestemmelse.

Pasientskadeloven er fortsatt en relativt ny lov, og relativt få saker generelt har vært til behandling i domsstolsystemet. Dette er uheldig og det er ønskelig å se en endring hos Høyesteretts ankeutvalgs praksis i retning av at flere saker slippes i gjennom til behandling. Det er både mulig og i høy grad ønskelig at vi vil få en nærmere avklaring på § 3 første ledds rekkevidde gjennom praksis de nærmeste årene.

8 Avsluttende kommentarer.

PSN benytter seg i praksis av en innskrenkende fortolkningsmetode når de vurderer saker i relasjon til § 3 første ledd.

Til tross for at PSN mener de har en ganske bestemt oppfatning av bestemmelsens anvendelsesområde, viser praksis at de til tider uttaler seg i strid med egen praksis og oppfatning. Det kan ses på som betenkelig at bestemmelsen er søkt opphevet når nemnda ikke begrunner sine standpunkt bedre, og man ikke har fått noen endelig avklaring på dens rekkevidde høyere opp i domsstolssystemet.

I mangel på mer utdypende veiledning i forarbeidene har nemnda valgt å holde seg til sin strenge praksis, som medfører at nedslagsfeltet for bestemmelsen er meget snevert. Sett i lys av hva som kan utledes av de andre rettskildedefaktorene, særlig de føringer som finnes i forarbeidene, kan dette ses som nokså betenkelig.

Tilsynelatende foreligger det enighet i nemnda om at det ikke må åpnes opp for at andre typer saker anføres under § 3 første ledd.

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 31, punkt 18, s. 98.

Likevel har dette blitt gjort i avgjørelsen om tannskadene²⁰⁶, og her viser man også i praksis at det vil kunne dukke opp nye skadetilfeller hvor det kan være behov for å benytte seg av denne regelen.

En opphevelse av bestemmelsen vil være en løsning som medfører en enklere praktisering av loven for NPE og PSN, men sett ut fra hvilke konsekvenser det vil ha for de pasienter som faller inn under denne gruppen skadelidte, blir dette for lettvtint og drastisk. Det er viktig at rettshåndheverne fortløpende vurderer og stiller seg kritiske til egen praksis, slik at vi ikke blir sittende fast i løsninger alene på bakgrunn av tradisjon. I utgangspunktet innebærer enhver form for medisinsk behandling en risiko, og ved behandling som har stor betydning for den enkelte er man ofte villig til å ta visse sjanser. Dette er ikke ensbetydende med at man sier seg villig til å bære risikoen for at uforutsette og til en viss grad uforklarlige skader oppstår som man vil ha problemer med å bevise at skyldes den behandling man har fått. Innenfor medisinen vil det alltid være en mulighet for at skader oppstår som ikke sikkert kan forklares, men som kan ha sammenheng med ulike former for ”ytre påvirkning”, og dette tar § 3 første ledd høyde for.

Det skal alltid utvises varsomhet med innskrenkende fortolkning, og i dette tilfellet har en slik tolkning heller ikke støtte i lovens ordlyd eller forarbeider. På bakgrunn av hva som kan utledes av lov og forarbeider synes praksis i stor grad å komme i strid med lovgivers intensjon.

²⁰⁶ PSN 2007-610.

9 Litteraturliste

Andenæs, Henry Mads. *Rettskildelære*. Oslo 1997.

Andenæs, Barbro og Mår, Nina. *Klagenemnder (rettssikkerhet og effektivitet)*. 1. utg. Bergen 2008.

Engstrøm, Bjørn. *Skadeerstatningsloven med kommentarer*. 1. utg. Oslo 2010.

Foyn, Lund og Viken. *Pasienters rettsstilling*. 1. utg. Oslo 1990.

Kjelland, Morten. *Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten*. 1. utg. Oslo 2008.

Kjønstad, Asbjørn. *Helserett*. 2. utg. Oslo 2007.

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. Oslo 2009.

Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*. 5. utg. Bergen 2000.

Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*. 6. utg. Bergen 2007.

Rasmussen, Ørnulf. *Pasientskadeloven – kommentarutgave*. I: Norsk Lovkommentar. Oslo (Gyldendal Akademisk) 2006.

Rognlien, Stein. *Pasientskadeerstatning (legeansvar, sykehusansvar og annet pasientskadeansvar)*. 1. utg. Oslo 1995.

Syse, Aslak. *Pasientrettighetsloven med kommentarer*. 3. utg. Oslo 2009.

Artikler.

Aasen, Henriette Sinding. *Kravet om årsakssammenheng ved pasientskadeerstatning for informasjonssvikt*. I: Nybrott og odling, festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002. Bergen 2002.

Engstrøm, Bjørn. *Kravet til årsakssammenheng – særlig om hovedårsakslæren*. I: Tidsskrift for erstatningsrett. 2007 -1/2 s.

Hagen, Hanne. *Erstatning ved feildiagnose*. I: Tidsskrift for erstatningsrett. 2005 – 3/4.

Kjønstad, Asbjørn. *Ulovfestet objektivt ansvar*. I: Tidsskrift for erstatningsrett. 2004 - 2/3.

Lous, Felix. *Høyesterett og ankeutvalgets praksis i pasientskadesaker*. I: Tidsskrift for erstatningsrett. 2009-4.

Narvland, Runar. *Utmåling av erstatning når skadelidte har flere skader – Rt. 2006 s. 871*. I: Tidsskrift for erstatningsrett. 2007 – 1/2.

Reiersen, Nina. *Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester*. I Tidsskrift for erstatningsrett. 2004 2/3.

Simonsen, Sigmund. *Erstatning for forskningsskader*. I: Tidsskrift for erstatningsrett. 2010 – 3.

Storvik, Jan. *Erstatning ved feildiagnose – en kommentar*. I: Tidsskrift for erstatningsrett. 2006 – 1/2.

Lovgivning

Lov om endringer i helsepersonelloven og alternativ behandlingsloven av 9. mai 2008 nr. 33.

Lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) av 15. juni 2001 nr. 53.

Lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 64.

Lov om spesialisthelsetjenesten mm. (spesialisthelsetjenesteloven) av 2. juli 1999 nr. 61.

Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19.

Lov om produktansvar av 23. desember 1988 nr. 104.

Lov om helsetjenesten i kommunene av 19. november 1982 nr. 66.

Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26.

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.

Lov om ansvar for skade som motorvogn gjer (bilansvarslova) av 3. februar 1961

Forskrift om Norsk Pasientskadeserstatning og Pasientskadenemnda nr 1625
20.12.2002.

Forskrift om pasientskadelovens virkeområde og om tilskuddsplikt for den som yter helsehjelp utenfor den offentlige helsetjenesten nr 1166 31.10.2008.

Lovforarbeider

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

NOU 1994: 20 Personskadeerstatning.

NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader

Arbeidsgruppens notat. Erstatning for pasientskader. 1987.

Høyesterettspraksis

Rt. 2007 s. 172.

Rt. 2006 s. 1217.

Rt. 2006 s. 871.

Rt. 2003 s. 400.

Rt. 2000 s. 418.

Rt. 2000 s. 388.

Rt. 2000 s. 337.

Rt. 1999 s. 1473.

Rt. 1997 s. 771.

Rt. 1992 s. 64.

Rt. 1990 s. 874.

Rt. 1990 s. 688.

Rt. 1989 s. 674.

Rt. 1988 s. 244.

Underrettspraksis

LB 2007-16311

TOSLO-2006-138523

Nemndspraksis

PSN 2008 – 924.

PSN 2008 – 895.

PSN 2008 – 612.

PSN 2008 – 363.

PSN 2007 – 610.

PSN 2006 – 1076.

PSN Sekretariatets vedtak av 1991/41.

Nettdokumenter

Flåte, Sølvi. Trykkskader. Publisert 24. mars 2009

[http://www.npe.no/domino/npe/cms3603no.nsf/frames/index.html?open&4=/\(%All\)/EE1F3BB2ECDCCA51C1257583003976E3?OpenDocument](http://www.npe.no/domino/npe/cms3603no.nsf/frames/index.html?open&4=/(%All)/EE1F3BB2ECDCCA51C1257583003976E3?OpenDocument)

Personlig meddelelse

Løchen, Kari, seniorrådgiver PSN. Møte. 1. april 2011.

Vedlegg

Kopi av brev fra PSN til Helse- og omsorgsdepartementet.

Vedlegg:



Pasientskadenemnda

Helse- og omsorgsdepartementet
v/Kari Sønnerland
Postboks 8011 Dep
0030 OSLO

20080893 -1

1

Møllergata 24
0179 Oslo
Telefon 22 99 36 30
Telefaks 22 99 36 36
Bankgirokonto:
7694.05.11654
Postboks 8960 Youngstorget
0028 Oslo

Oslo, 16.10.2008

FORSLAG OM ENDRINGER I LOV 15. JUNI 2001 NR 53 OM ERSTATNING VED PASIENTSKADER MV (PASIENTSKADELOVEN).

Pasientskadenemnda fremmer med dette forslag til endringer i pasientskadeloven. Forslaget omhandler endringer i to bestemmelser: Den ene gjelder lovens § 18 – *Domstolsprøving*, hvor forslaget går ut på at lovens ordlyd i § 18 første ledd første punktum presiseres slik at det klart fremgår at det ikke skal være anledning til å trekke inn nye behandlingssteder i en sak som verserer for retten. Den andre gjelder lovens § 3 – *Uoppklarte årsaksforhold*, hvor forslaget innebærer at første ledd i bestemmelsen oppheves.

Forslaget om å oppheve bestemmelsen i pasientskadeloven § 3 – Uoppklarte årsaksforhold.

Pasientskadeloven § 3 første ledd lyder slik:

"Dersom årsaken til en skade på en pasient ikke kan bringes på det rene, og skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen, skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt i behandlingen."

Bestemmelsen regulerer etter ordlyden skadetilfeller der årsaken ikke kan bringes på det rene, men hvor skaden mest sannsynlig skyldes ytre påvirkning av en pasient under behandling.

Bestemmelsen må sees i sammenheng med bestemmelsen i lovens § 2 første ledd bokstav a) – som regulerer ansvaret der det foreligger feilbehandling eller "svikt". Bestemmelsen lyder slik:

"Pasienten og andre som har lidt tap på grunn av pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes."

Forståelsen av bestemmelsen fremgår i *Ot prp nr 31 (1998-99) s 64 høyre spalte, 3.* avsnitt, hvor det heter:

"Selv om uaktsomhetsregelen skjerpes, skal handlingene til leger og annet helsepersonell fremdeles sammenliknes med det som er vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe".

Det er på det rene at § 2 første ledd bokstav a) er den bestemmelsen som regulerer ansvarsgrunnlaget etter pasientskadeloven, der det er tale om feilbehandling ("svikt").

Det har imidlertid vist seg at bestemmelsen i § 3 kan misforstås til å hjemle et selvstendig ansvarsgrunnlag. F eks kan det tenkes at man etter et inngrep får en skade på en nerve, og at det med henvisning til § 3 første ledd anføres at det følgelig også foreligger svikt ved behandlingen og at det derfor foreligger et erstatningsgrunnlag. Dette med bakgrunn i bestemmelsens ordlyd, som etter vår mening er blitt misvisende. I tråd med fast praksis i Pasientskadenemnda, vil det i et slikt tilfelle uansett måtte foretas en vurdering av om det foreligger svikt i henhold til § 2 første ledd bokstav a).

Av forarbeidene (*Ot prp nr 31 s 91*) fremgår det klart at bestemmelsen er en bevisregel som er i samsvar med Pasientskadenemndas praksis. Bevisregelen skal i følge forarbeidene gjelde både i forhold til spørsmål om årsakssammenheng og ansvarsgrunnlaget. Etter pasientskadenemndas oppfatning kan imidlertid bestemmelsen misforstås til å hjemle et objektivt ansvar der årsaken til en skade ikke kan bringes på det rene: Etter ordlyden i § 3 første ledd skal det antas at feilen skyldes svikt dersom årsaken til skaden ikke kan bringes på det rene. Motsatt er det, der årsaken til skaden er på det rene, klart at spørsmålet om det foreligger svikt skal vurderes etter § 2 første ledd a). Følgelig kunne ordlyden tyde på at pasienten hadde et bedre erstatningsrettslig vern (i praksis med objektivt ansvar) der det foreligger en uklar årsakssammenheng, i forhold til tilfeller der årsaksspørsmålet ikke er tvilsomt.

Slik Pasientskadenemnda ser det, er det på det rene at en slik forståelse av regelen ikke er riktig. Det har aldri vært meningen å innføre en type objektivt ansvar der det foreligger usikkerhet tilknyttet spørsmålet om årsaken til skaden. Regelen har i henhold til Pasientskadenemndas praksis heller ingen nevneverdig selvstendig verdi som bevisregel, idet innholdet av regelen forutsettes å være i samsvar med nemndas praksis. Etter pasientskadenemndas praksis er det de alminnelige bevisregler som gjelder både i forhold til ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og skade/tap. Dette innebærer at det er som utgangspunkt er skadelidte som har bevisbyrden, men at det etter praksis er visse unntak fra dette, herunder at skader som oppstår under behandling og som en ikke finner noen annen forklaring på enn at det må ha skjedd en feil, antas å skyldes inadekvat, erstatningsbetingende behandling, jf *Ot prp nr 31 s 69*.

Pasientskadenemnda mener således at regelen i § 3 første ledd ikke har noen selvstendig verdi som bevisregel. Ved en gjennomgang av nemndspraksis er det også ytterst sjeldent det er henvist til denne regelen som bevisregel. Vi erfarer imidlertid at regelen ofte påberopes av pasientene, som gjør gjeldende at de har krav på erstatning etter denne

bestemmelsen. Regelen er således egnet til misforståelser, idet den medvirker til å gjøre forholdet til ansvarsregelen i § 2 første ledd bokstav a) uklart.

Etter Pasientskadenemndas oppfatning er det viktig at regelverket for pasientskader er tydelig og forståelig for brukerne, og at misforståelser basert på unødige språklige uklarheter i regelverket i størst mulig grad bør unngås. På denne bakgrunn foreslår Pasientskadenemnda at bestemmelsen i lovens § 3 første ledd oppheves.

Med vennlig hilsen


Rose-Marie Christiansen
direktør
Tlf: 22 99 36 40


Felix Lous
seksjonssjef/advokat
Tlf: 22 99 36 59

