

Pasientskadeerstatningsrett

Hvor langt rekker det objektive ansvaret ved
pasientskader?

Kandidatnummer: 559

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17.970 ord

23.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	De spesielle hensyn som begrunner pasientskadereglene.....	4
1.3	Historikk	5
1.4	Rettslig plassering.....	7
1.5	Avgrensning av oppgaven	8
1.6	Rettskilder og metode	8
<u>2</u>	<u>PASIENTSKADELOVENS VIRKEOMRÅDE.....</u>	<u>10</u>
2.1	Lovens geografiske virkeområde.....	10
2.2	Lovens saklige virkeområde	10
2.2.1	Skadesituasjoner	10
2.2.2	Skadested	11
2.2.3	Skadevolder	13
2.2.4	Skadetype.....	13
2.2.5	Ansvarssubjekt – Norsk Pasientskadeerstatning.....	15
2.3	Lovens virkeområde i tid	16
2.4	Forskjeller mellom den midlertidige ordningen og pasientskadeloven	16
<u>3</u>	<u>BEHANDLING AV KRAV.....</u>	<u>19</u>
3.1	Behandling i første instans.	19
3.1.1	Statistikk fra NPE	19

3.2	Behandling i klageinstansen.....	20
3.3	Domstolsprøving	20
4	<u>REKKEVIDDEN AV DET ULOVFESTEDE OBJEKTIVE ANSVAR VED PASIENTSKADER.</u>	<u>22</u>
5	<u>ERSTATNING ETTER PASIENTSKADELOVEN</u>	<u>25</u>
5.1	Oversikt	25
5.2	Objektivt ansvar	26
5.3	Årsakskravet	28
5.3.1	Regler om beviskrav – uopklarte årsaksforhold	29
5.4	Når foreligger ansvarsbetingende ”svikt”?.....	31
5.5	Ansvar for teknisk svikt.....	39
5.6	Smitte- og infeksjonsskader.....	40
5.7	Vaksinasjonsskader	43
5.8	”Sikkerhetsventilen”, § 2 tredje ledd	45
5.8.1	Informasjonssvikt - manglende samtykke	55
5.8.2	Innebærer ”sikkerhetsventilen” et videre ansvarsgrunnlag enn det som gjaldt etter de midlertidige reglene? 58	
5.9	Erstatningsmessig tap	60
6	<u>VURDERING OG KONKLUSJON.....</u>	<u>62</u>
6.1	De lege ferenda.....	63
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Det er et vilkår for erstatning at det er et ansvarsgrunnlag som direkte knytter seg til den skadevoldende handling eller virksomhet. Erstatningsansvar forutsetter derved et ansvarsgrunnlag. Objektivt ansvar fører til erstatningsansvar uten hensyn til om den erstatningsansvarlige har utvist skyld. Lov av 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskade mv. (pasientskadeloven) inneholder flere bestemmelser hvor det gjelder et mer eller mindre objektivt ansvar.

Før 1988 ble erstatningskrav for pasientskade fremsatt ved at pasienten tok saken opp med skadevolder eller vedkommende forsikringsselskap. Kravet ble derved avgjort ved forlik eller av domstolene. Da gjaldt alminnelige erstatningsrettslige regler. Etter alminnelig erstatningsrett blir leger/sykehus ansvarlig for skade som kan føres tilbake til utvist uaktsomhet. Dette er det generelle ansvarsgrunnlaget i norsk rett, og det innebærer at risikoen for at man handlet uaktsomt, bæres av skadevolderen.

Et slikt ansvar medfører imidlertid at skader som ikke kan føres tilbake til en utvist uaktsomhet, ikke vil medføre erstatningsansvar. Risikoen for de hendelige uhell og for at skaden skyldes forhold som ikke kunne vært unngått ved tilstrekkelig aktsomhet, ligger således på pasienten.

Høyesterett har på enkelte områder etablert et ulovfestet objektivt ansvar for pasientskader. På 1900-tallet ble det etablert et ulovfestet objektivt ansvar i saker som gjaldt tvungen

vaksinasjon, ulovlig tilbakehold på psykiatrisk sykehus og skade etter bruk av P-pille.¹ Det har lenge vært forutsatt at det gjelder et objektivt ansvar for teknisk svikt i helsetjenesten. Når domstolene ikke har pålagt objektivt ansvar for behandlingsskader på sykehus og lignende, er det ut fra en interesseavveining. Denne avveiningen har generell rekkevidde. Risikoen for skader som følge av en behandling m.v. som er medisinsk indisert og adekvat, bør bæres av pasienten.²

Når det objektive ansvaret har vokst frem og i dag fremstår som ”likeverdig” med culpaansvaret, spør man ikke lenger bare om skaden er voldt ved uaktsom atferd, men hvem av to ”uskyldige” – A og B – står nærmest til å belastes det tap som A har påført B.

Pasientskadelovens formål er å gi et særskilt vern for pasienter. Loven inneholder både materielle og prosessuelle regler som gjør det lettere å få tilkjent erstatning. Når det gjelder de materielle vilkår for erstatning, er det blant annet gitt en hovedregel som er annerledes fra alminnelig erstatningsrett. Lovens hovedregel gir ikke et objektivt, men et objektivisert ansvarsgrunnlag. Den er uformet med sikte på å avbøte ulempene med uaktsomhetsansvar i pasientskadesaker. Det kreves ikke at pasienten må sannsynliggjøre at noen i helsevesenet kan bebreides for at skade har inntrådt.

Videre er den prosessuelle fremgangsmåten ved fremsetting av erstatningskrav forenklet. Skadelidte trenger bare å sende inn et skjema til et offentlig forvaltningsorgan.

Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) behandler erstatningskrav og utbetaler eventuell erstatning. NPEs avgjørelser kan av pasienten eller andre med kravpretensjoner (mest praktisk etterlatte på egne vegne, eller på vegne av pasienten) påklages til Pasientskadenemnda (PSN).

¹ Se mer om det ulovfestete objektive ansvaret i punkt 4.

² Rt. 1980 s. 1299 (Ulnarisdommen) og Rt. 1987 s. 482 (Røntgenstråledommen).

Rekkevidden til det objektive ansvaret ved pasientskader er avgjørende for hvilke skadetyper som kan erstattes. Hvilke skadetyper som faller inn, beror på en risikoavveining. Dette er en avveining om hvem av to "uskyldige" står nærmest til å bære risikoen for den begivenhet som utløste skaden. Skadevolderens virksomhet er lovlig og han kan ikke lastes for at han skaper bestemte risiki.

Siden helsehjelp i hovedsak gis i skadelidtes interesse, vil den alminnelige risikobetraktning passe dårlig, da denne trekker i skadelidtes disfavør. Det hender imidlertid at helsehjelp hovedsakelig mottas i samfunnets interesse. Dette var tilfelle i Rt-1960-841 (Vaksinedommen).³ Slike forhold vil trekke for et objektivt ansvar. Det er nå lovfestet objektivt ansvar for skade for vaksinasjoner som er påbudt eller anbefalt av staten i pasientskadeloven § 2.

Det er særlig tre bestemmelser i pasientskadeloven som kan medføre at risikoen legges på skadevolder. Loven har en bestemmelse om rent objektivt ansvar for teknisk svikt, jf. § 2 første ledd bokstav b. Risikoen legges på virksomheten som yter helsehjelp, siden disse har best forutsetning for å sørge for at det tekniske utstyr til enhver til er i orden.

En annen særlig bestemmelse i loven er rimelighetsregelen i § 2 tredje ledd. Risikoen plasseres der det er rimelig.

Det tredje som kan nevnes er bevisbyrereglene i § 3. Risikoen legges på skadevolder når årsaken er uavklart, og det er sannsynlig at skaden skyldes ytre påvirkning på pasienten under behandlingen.

Et hovedspørsmål jeg tar sikte på å besvare, er hvor langt det objektive ansvaret ved pasientskader rekker. Rekkevidden av det objektive ansvaret er avgjørende for hvilke skadetilfeller som omfattes av erstatningsplikt. Siden tredje ledd er en objektiv

³ Se mer i punkt 4.

unntaksbestemmelse, vil rekkevidden av det objektive ansvaret avhenge av hvordan pasientskadeloven § 2 i sin helhet blir tolket og praktisert av NPE, PSN og domstolene.

For å belyse hvilke tilfeller som omfattes av pasientskadeloven vil jeg først redegjøre for lovens virkeområde i kapittel 2. I kapittel 3 sies det litt om de forskjellige avgjørelsesorganene og behandling av erstatningskrav. For å belyse rettstilstanden, blir det ulovfestede objektive ansvaret ved pasientskader omtalt i kapittel 4. Kapittel 5 omhandler en nærmere redegjørelse av erstatningsvilkårene i pasientskadeloven. Det er i dette kapittel jeg tar sikte på å besvare min problemstilling. Det avsluttes med en vurdering og konklusjon i kapittel 6.

1.2 De spesielle hensyn som begrunner pasientskadereglene

Det objektive ansvaret i pasientskadeloven legger risikoen for hendelige begivenheter på skadevolderen. En slik regel kan begrunnes i *rettferdsbetraktninger* og *ønsket om en rimelig regel*. Det objektive ansvaret i pasientskadeloven § 2 tredje ledd er ment å fange opp tilfeller der det tidligere ble gitt billighetserstatning fra statskassen. Departementet mente at dagens billighetserstatningsordning ikke ga tilstrekkelig trygghet for pasientene.⁴

Forarbeidene sier at ”Erstatning bør ytes når det ikke er rimelig at pasienten selv bærer følgene av skaden.”⁵ I tredje ledd vil det *rimelige* eller *urimelige* ved et bestemt resultat inngå som del i vurderingen. Det er da det urimelige i at den som har skapt en risiko for omgivelsene, ikke selv må bære det tap virksomheten volder, som blir fremhevet. Det er den som har skapt risikoen som normalt har den beste bæreevne for de tap den realiserer seg i. Derved er et sosialt moment også brakt inn, hvor *ønsket om gjenoppretting* blir det sentrale. *Interessehensynet* har på enkelte områder betydelig vekt.

⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 68.

⁵ Ibid. s. 68.

Det kan videre nevnes at det objektive ansvar fanger opp skadeforvoldelser hvor det ikke foreligger uaktsomme forhold, men som ikke lar seg avdekke ("skjult skyld"). Slike forhold vil ofte kunne oppstå ved kompliserte virksomheter som helsevesenet. For å ramme skjult skyld, talte *bevishensyn* for et objektivt, eller i alle fall objektivisert ansvar. Bevisproblemene ble også sett på som årsak til at mange skadelidte unnlot å fremme erstatningskrav. *Prevensjonsmomentet* vil også komme inn her.

Opprettelsen av den særskilte erstatningsordningen for skader som helsevesenet kan påføre en pasient, hadde også som hovedformål å *gjøre det lettere for pasientene å fremme sine krav* og å få dem behandlet på en rask og forsvarlig måte. Det virker også *rettsteknisk forenklende*, idet man i en rekke tilfeller unngår det ofte møysommelige faktiske og juridiske arbeid som skal til for å klarlegge faktum i tilstrekkelig grad til at skadelidte kan oppfylle sin bevisbyrde. *Prosessøkonomiske hensyn* har stor betydning her.

Med mer objektiviserte bestemmelser ville man i tillegg *unngå at helsepersonell ble utpekt som syndere*, med den uheldige konsekvens det ville få. Dette kan også føre til større åpenhet fra helsepersonalet i forbindelse med skader. En slik åpenhet kan ha innflytelse på legenes rutiner, og derved virke skadeforebyggende. Dette vil lettere få frem sakens fakta og indirekte styrke tilliten samfunnet har til helsevesenet.

I det hele kan man si at loven er et resultat av et ønske om å *styrke pasientens rettsstilling*.⁶

1.3 Historikk

I 1987 ble det vedtatt å iverksette en prøveordning som skulle gi erstatning for pasientskader. Sosial- og helsedepartementet nedsatte en arbeidsgruppe som skulle utarbeide forslag til en midlertidig erstatningsordning. En midlertidig ordning ble etablert på bakgrunn av en avtale mellom staten og fylkeskommunene, som den gang var

⁶ NOU1992: 6 s. 59.

sykehuseiere. Reglene for midlertidig ordning med pasientskader for somatiske sykehus/poliklinikker trådte i kraft 1. januar 1988. To tilsvarende regelsett trådte i kraft 1. juni 1992; ett for pasienter behandlet på offentlig psykiatrisk sykehus/poliklinikker, og ett for pasienter behandlet av kommunelegetjenesten og de kommunale legevaktene.

Erstatningsansvaret etter de midlertidige reglene § 3 fremstår etter ordlyden som et rent objektivt ansvar. Det foreligger imidlertid i § 3 bokstav a til g unntak fra det objektive ansvaret, slik at resultatet blir et objektivisert ansvar som enten er basert på at undersøkelse eller behandling ikke har vært ”adekvat”, eller at skadefølgen ikke er kjent eller ikke kan ”aksepteres”.

Ved kgl.res. 11. september 1987 ble det oppnevnt et utvalg for å utrede og foreslå lovbestemmelser om pasientskadeerstatning (Lødruputvalget). I utvalgets mandat heter det at utvalget blant annet skal utrede og foreslå lovbestemmelser om et objektivt erstatningsansvar for behandlingsskader innenfor helsevesenet. Utvalget avga sin utredning i desember 1991 som NOU 1992: 6 *Erstatning ved pasientskader*.

Med utgangspunkt i de midlertidige reglene ble ansvarsgrunnlaget vurdert. Utvalget gikk inn for et lovfestet objektivisert ansvar for pasientskader.⁷ Det vil si at utvalget ikke foreslo et rent objektivt ansvar. Det var fordi de fryktet det ville bli for dyrt for sykehuseierne.

Utvalgets regler om ansvarsgrunnlag kan deles i tre. For det første foreslo utvalget en feil - regel, som er en skjerpelse av uaktsomhetsregelen i gjeldende erstatningsrett. Dernest foreslo utvalget noen helt objektive regler. Om endelig foreslo utvalget en ren rimelighetsregel til bruk når andre regler gir et urimelig eller utilsiktet resultat.

Justisdepartementet fremmet i Ot. prp. nr. 31 (1998-99) forslag til lov om erstatning ved pasientskader. Det fremgår av denne at ”Departementet er enig med utvalget i at et alminnelig uaktsomhetsansvar bør dekkes av pasientskadeloven, jf. NOU 1992: 6 s. 76,

⁷ NOU 1992: 6 s. 74.

men at dette bør skjerpes.”⁸ Departementet valgte å bruke Lødruputvalgets uttrykk ”feil eller svikt” i stedet for ”uaktsomhet” ved utforming av ansvarsgrunnlaget.

Forslag til pasientskadelov ble behandlet av sosialkomiteen i Innst. O. nr. 68 (2000-2001). Komiteen viser til at lovforslaget i stor utstrekning bygger på den midlertidige erstatningsordningen for pasientskader. Ordningen har i liten grad gitt pasienter erstatning som de ikke ville fått etter de alminnelige erstatningsrettslige reglene. Det vises til at Legeforeningen i sitt høringsnotat til komiteen har pekt på at utviklingen i den midlertidige erstatningsordningen kan tyde på at det gradvis har blitt vanskeligere å få erstatning ved at det objektive ansvaret har utviklet seg i retning av skyld. I departementets lovforslag fastslås kravet om å påvise skyld som en hovedregel i § 2 første ledd bokstav a og e, ved bruk av vilkår som ”feil” og ”uaktsomhet” for at det skal kunne reises krav om erstatning. Justiskomiteen tok derfor ut ordet ”feil” og pekte på at ”terskelen for hvilke handlinger som skal utløse ansvar, skal være lavere enn i den alminnelige erstatningsrett”.⁹

Pasientskadeloven trådte i kraft for offentlige sektor 1. januar 2003.

1.4 Rettslig plassering

Etter gjeldende rett er folketrygdens stønadssystem den primære kompensasjonsskilde ved pasientskader, som ved andre skader. Etter nærmere regler i folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 gis det stønad ved personskade og sykdom uansett hva som er årsak til tilstanden. De mest aktuelle ytelsene i forbindelse med pasientskader er stønad til livsopphold (sykepenger, ytelser til rehabilitering, attføring, midlertidig uførestønad og uførepensjon), stønad til dekning av bestemte utgifter og ytelser til etterlatte.

Trygdeytelsene kommer til fradrag ved en eventuell erstatningsutmåling, se skadeerstatningsloven 13. juni 1969 nr 26 § 3-1 tredje ledd. Erstatningsreglene er altså

⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 63.

⁹ Innst. O. nr. 68 (2000-2001) s. 10.

subsidiære. Skadelidte kan ikke kreve noe av skadevolder med mindre det foreligger et tap utover det folketrygden dekker.

Andre erstatningsordninger i statlig regi er blant annet voldsoffererstatning og billighetserstatning fra statskassen.

1.5 Avgrensning av oppgaven

Det er hovedsakelig de materielle regler som er det sentrale i denne oppgaven. For å beskrive landskapet som det objektive ansvaret anvendes på, og hvem som anvender reglene, skal jeg redegjøre for lovens virksområde og de prosessuelle regler.

Jeg kommer ikke til å berøre utmålingsspørsmålet, da det ikke berører oppgavens problemstilling. Det avgrenses også mot ansvaret til privat sektor og deres forsikringsordninger. Siden loven ennå ikke er trådt i kraft for den private sektor, blir det ikke aktuelt å drøfte de nåværende ansvarsordningene for disse.¹⁰

1.6 Rettskilder og metode

Pasientskadeloven av 15. juni 2001 nr. 53 er den viktigste rettskildefaktoren i pasienterstatningsretten. Loven framstår som et felles rettsgrunnlag for skader voldt i helsetjenesten, og kommer til anvendelse uavhengig av om saken avgjøres av NPE i første instans, av Pasientklagenemnda i annen instans, eller eventuelt ved etterfølgende søksmål. Pasientskadeloven er et felles utgangspunkt for avgjørelsesorganene.

Kort oppsummert regulerer pasientskadeloven reglenes anvendelsesområde, hvem som er ansvarlig etter loven, enkelte saksbehandlingsregler og pasientens klageadgang og mulighet for domstolsprøving. Tapsutmåling reguleres ikke av pasientskadeloven.¹¹

¹⁰ Loven vil snart tre i kraft for privat sektor, jf. Ot.prp. nr. 103 (2005-2006) og Innst. O. nr. 46 (2006-2007).

¹¹ Her gjelder skadeerstatningsloven og alminnelige erstatningsrettslige regler, jf. pasientskadeloven § 4.

Ved tolkning av pasientskadeloven vil forarbeidene (Ot.prp. nr. 31 (1998-1999), Ot.prp. nr. 55 (1999-2000), Inst. O. nr. 68 (2000-2001) og NOU 1992: 6 *Erstatning ved pasientskader*, være sentrale rettskilefaktorer. Også lovendringsforslagene fremlagt i Ot.prp. nr. 22 (2002-2003), Ot.prp. nr. 74 (2002-2003) og Inst. O. nr. 100 (2002-2003) er av rettskildemessig betydning.

Forståelsen av de midlertidige reglene som er videreført vil være relevant for forståelsen av pasientskadeloven.¹² Det foreligger i dag en god del avgjørelser også etter pasientskadelovens bestemmelser.

Forvaltningspraksis fremstilles som eksempler for å belyse jussen. Et spørsmål er hvilken vekt denne kilden har i forhold til andre rettskilder. Praksis fra rettslig pregede forvaltningsorganer som NPE og Pasientskadenemnda må tillegges større rettskildemessig vekt enn praksis fra ordinære forvaltningsorganer, men mindre vekt enn rettspraksis.¹³

Når Høyesterett har tolket en lov på en bestemt måte, vil denne tolkningen som regel bli lagt til grunn neste gang en tilsvarende sak kommer for domstolene. Rettspraksis er her en tungtveiende rettskilde.

¹² Se mer om dette i punkt 2.4.

¹³ Kjønstad (2005) s. 60.

2 Pasientskadelovens virkeområde

2.1 Lovens geografiske virkeområde

Pasientskadeloven gjelder for skade som voldes i riket, samt Svalbard. Loven gjelder også skade voldt ved helsetjenester i utlandet (herunder behandlingsreiser til utlandet) som det offentlige helt eller delvis bekoster. Dette følger av pasientskadeloven § 19.

2.2 Lovens saklige virkeområde

2.2.1 Skadesituasjoner

For at skaden skal være en pasientskade, må den være ”voldt under veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling, ekspedisjon av legemidler fra apotek, pleie, vaksinasjon, prøvetaking, analyse av prøver, røntgen, forebygging av helseskader, medisinsk forsøksvirksomhet samt donasjon av organer, blod og vev”, jf. pasientskadeloven § 1 annet ledd.

Opplistingen i ordlyden er uttømmende. Skader som er voldt utenfor en slik behandlingssituasjon omfattes ikke av loven. En lege som kjører på en person under utrykning, eller en pasient som får en taksten fra sykehusets tak i hodet, er derfor ikke en pasientskade som reguleres av loven her. På den annen side kan hvert av de opplistede uttrykk tolkes vidt. Dermed vil for eksempel en avvisning av en pasient etter en telefonsamtale kunne bygge på feil diagnostisering, slik at en skade på grunn av dette omfattes av loven.¹⁴

¹⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 43 og 53.

Det er ikke noe krav om at behandlingen skal være nødvendig.¹⁵ Også kosmetiske operasjoner vil derfor omfattes av loven om de har vært *medisinsk indisert*. Eksempel på slik operasjon er rekonstruksjon av bryster til pasienter som har gjennomført brystkreftoperasjon. Behandling som ikke er medisinsk indisert faller utenfor lovens anvendelsesområde.

Er det først tale om pasientskade, spiller det ingen rolle om skaden har skjedd ved en administrativ eller medisinsk svikt, eller på annen måte.¹⁶ Det betyr at både skader voldt ved tapte eller mangelfulle journaler, manglende innhenting av samtykke og medisinske svikturderinger faller inn under lovens virkeområde.

Det er imidlertid ikke alle skader som helsevesenet volder som er pasientskader i denne lovens forstand. Departementet mener ulovlig tvangsinnleggelse ikke skal anses som skade etter loven,¹⁷ med unntak for de situasjoner der tvangsvedtaket bygger på feil diagnose.

Skader som i det vesentlige skyldes *pasientens grunnsykdom* skal som utgangspunkt ikke gi rett til erstatning. Det gjelder imidlertid unntak fra dette dersom behandlingen ikke er i samsvar med allment aksepterte retningslinjer. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 5.5.

Bestemmelsen i loven § 1 annet ledd virker kumulativt med bestemmelsen i første ledd, slik at det bare er en pasientskade dersom den er voldt i en behandlingssituasjon i kontakt med helsetjenesten.

2.2.2 Skadested

Pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav a, b og c angir tre tilknytningspunkter mellom skaden og helsevesenet. Det er tilstrekkelig at et av punktene er oppfylt for at pasientskadeloven skal komme til anvendelse.

¹⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 94.

¹⁶ Ibid. s. 90.

¹⁷ I.c.

Bokstav a gjør det klart at loven gjelder når skaden er ”voldt i institusjon” som reguleres av visse lover. Forarbeidene uttaler: ”Det avgjørende er om skaden er voldt – forårsaket – innenfor rammen av disse lovene, uavhengig av om pasienten befinner seg der eller om skaden inntreffer der.”¹⁸ En person som ringer institusjonen og får feil råd eller opplysning som leder til personskade, vil således falle inn under denne bestemmelse.¹⁹

Bestemmelsen gjelder bare skader som blir voldt i institusjoner under ”spesialisthelsetjenesten” (lov 2. juli 1999 nr. 61) eller ”kommunehelsetjenesten” (lov om helsetjenesten i kommunen 19. november 1982 nr. 61). Etter spesialisthelsetjenesteloven § 1-2 gjelder loven for spesialisthelsetjenester som ytes av fylke, stat eller private. Hvem som er eier av institusjonen er altså uten betydning. Kravet er at de yter spesialisthelsetjeneste. Begrepet avgrenses mot allmennhelsetjeneste. Allmennhelsetjenesten er regulert av kommunehelseloven, og helsehjelp etter denne loven omfattes også av pasientskadeloven.

Derimot må det trekkes en grense mellom allmennhelsetjeneste og sosialhelsetjeneste. Sosialinstitusjoner faller imidlertid utenfor bestemmelsen etter bokstav a. Dette innebærer at sykehjem omfattes av loven, men ikke aldershjem. Aldershjem reguleres av sosiallovgivningen, og ikke helselovgivningen.

Bokstav b åpner for at skader som er voldt ”under ambulansetransport” omfattes av loven. For eksempel kan pasienten ha kommet til skade på grunn av manglende tilsyn med at luftveiene er frie. Det avgjørende er om det er transport organisert av helsevesenet.²⁰ Det er uten betydning om skaden skjer i en sykebil, et ambulanshelikopter eller improvisert syketransport. Privat transport vil ifølge forarbeidene falle utenfor.²¹ Dette må gjelde hvor transporten ikke utføres av helsepersonell, jf. bokstav c.

¹⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 44.

¹⁹ Jørstad (2004) s. 140.

²⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 44.

²¹ Ibid. s. 89.

Det tredje tilknytningspunktet mellom skaden og helsevesenet kan være skadevolderen, jf. bokstav c. Skader voldt av autorisert helsepersonell omfattes av loven, uansett om de er voldt på institusjon eller i ambulanse. Se om dette under neste punkt.

2.2.3 Skadevolder

Skadevoldere i pasientskadeerstatningsrettens forstand omtales gjerne som helsepersonell. Loven omfatter helsepersonell som enten har ”offentlig autorisasjon eller lisens”, jf. pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav c. Autorisasjon eller lisens betyr offentlig godkjenning etter helsepersonelloven. I helsepersonelloven § 48 listes det opp 27 yrkesgrupper som kan gis autorisasjon, bl.a. ambulansesarbeidere, leger og vernepleiere. Lisensordningen er regulert i § 49 og gjelder helsepersonell som faller utenfor autorisasjonsordningen, for eksempel legestudenter i enkelte situasjoner.

I tillegg til offentlig godkjenning er det et vilkår at de ”yter helsehjelp.” I helsepersonelloven § 3 tredje ledd blir helsehjelp definert slik: ”Med helsehjelp menes enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende eller rehabiliterende mål og som utføres der av helsepersonell.”

Loven stiller ikke krav til at helsepersonellet har handlet *i tjenesteforhold*. Helsepersonell har plikt til å yte øyeblikkelig hjelp, også i sin fritid, jf. helsepersonelloven § 7.

Den som har handlet ”på vegne av” helsepersonell, er også omfattet av loven, for eksempel en legesekretær.

2.2.4 Skadetype

For at pasientskadeloven skal komme til anvendelse, må det foreligge en ”pasientskade”, jf. pasientskadeloven § 1 andre ledd. Begrepet *skade* skal forstås på samme måte som i

erstatningsretten ellers.²² Utgangspunktet blir da at både personskader, tingskader og formuesskader omfattes. For å være en *pasientskade* må det imidlertid være en personskade som har sammenheng med pasientrollen, og som oppstår i en behandlingssituasjon i vid forstand.²³

Begrepet pasientskade avgrenses til de situasjoner som er opplistet i loven § 1 andre ledd. Dersom pasienten ikke er i en behandlingssituasjon, vil skaden ikke være omfattet av loven. Dette innebærer at dersom pasienten eksempelvis faller i korridoren eller får en taksten i hodet når han beveger seg utenfor sykehusbygningen, vil ikke skaden være en pasientskade så sant pasienten ikke anses å være i en behandlingssituasjon på skadetidspunktet.

Begrepet pasientskade gjelder både *fysiske* og *psykiske* skader.²⁴ Det er heller ikke noe krav etter loven om at skaden skal være langvarig; også forbigående skader omfattes.

En pasient som får sjokk under en behandling, som for øvrig foregikk uten skade, vil for eksempel kunne være en skade etter loven her. Loven innebærer på dette punkt en styrking av rettsstillingen til de grupper som tidligere var omfattet av de midlertidige reglene. Disse reglene omfattet bare fysiske skader, og psykiske skader som var en direkte følge av en fysisk skade.

Tingskader vil normalt falle utenfor, men forarbeidene²⁵ nevner at skade på gebiss, klær, proteser kan gå inn under ansvaret. Rene *formuesskader* også normalt falle utenfor.²⁶ men kan også tenkes dekket, for eksempel tap som følge av for sent utstedt legeattest som er påkrevd for å gjennomføre en reise som er betalt og ikke kan endres. Det kan være vanskelig å få kompensert slike skader fordi pasientskadeloven § 2 annet ledd inneholder en ressursreservasjon, og fordi det alminnelige erstatningsrettslige adekvanskravet skal iakttas.

²² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 55.

²³ Jørstad (2004) s. 141.

²⁴ NOU 1992: 6 s. 18.

²⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 55.

²⁶ Nygaard (2000) s. 462.

Fødsel etter mislykket sterilisering er ikke skade i erstatningsrettslig forstand, og er dermed ikke omfattet av loven, jf. Rt-1999-90.

2.2.5 Ansvarssubjekt – Norsk Pasientskadeerstatning

Lovens kapittel 2 omhandler hvem som er ansvarlig etter loven. Da loven kun har trådt i kraft for den offentlige helsetjenesten, vil jeg i denne sammenheng i all hovedsak berøre hvem som er ansvarlig innen *offentlig* sektor. For skader voldt i den offentlige sektor, er det NPE som er ansvarlig, jf. pasientskadeloven § 6 første ledd.

Det er gitt en nærmere beskrivelse av hva som faller inn under den offentlige helsetjenesten i loven § 6 andre ledd. Denne bestemmelsen må nå ses i sammenheng med en presisering i forskrift om NPE og PSN (FOR-2002-12-20-1625) § 1 tredje ledd.

Med offentlig helsetjeneste menes i denne forskrift statlig og kommunal helsetjeneste.

Videre omfattes de deler av private tjenesteyteres virksomhet som er basert på driftstilskudd eller basistilskudd fra staten, regionale helseforetak eller kommune.

Videre omfattes de deler av private tjenesteyteres virksomhet som finansieres gjennom kjøpsavtaler med det offentlige og helsetjenester i utlandet som det offentlige helt eller delvis bekoster. Endelig omfattes øyeblikkelig hjelp som ytes utenfor virksomhet, dersom helsepersonellet er pliktig til å yte slik hjelp etter helsepersonelloven § 7. Dette gjelder dermed også for helsepersonell som jobber i den private helsetjenesten.

Pasientskadeloven § 4 tredje ledd slår fast at loven ikke er til hinder for at erstatningskrav gjøres gjeldende overfor andre enn NPE. Krav som fremmes overfor helsepersonell og ikke overfor NPE som er ansvarlig etter loven, må gjøres gjeldende etter alminnelige erstatningsregler.

Loven er imidlertid til hinder for krav mot staten og kommunene. Da de regionale helseforetakene er statlig eid, må loven § 4 tredje ledd fortolkes slik at disse er gitt immunitet etter loven.²⁷

NPE kan fremme regresskrav mot skadevolder, men utelukkende i de situasjoner der skade er voldt forsettelig eller når privat helsehjelpsytter har forsømt å tegne pliktig forsikring etter loven § 8.

2.3 Lovens virkeområde i tid

Skader voldt etter lovens ikrafttreden skal behandles etter pasientskadelovens regler, jf. loven §§ 20 og 21. Det vil si at pasientskadeloven får anvendelse på skader voldt etter 1. januar 2003 i den offentlige sektor.

Skader voldt før ikrafttredelsestidspunktet behandles etter lovens prosessuelle bestemmelser, men materielt sett skal erstatningskravet avgjøres etter det midlertidige regelverket eller etter alminnelig erstatningsrettslige regler.

2.4 Forskjeller mellom den midlertidige ordningen og pasientskadeloven

I Ot. prp. nr. 31 (1998-99)²⁸ går departementet inn for at pasientskadelovens regler om ansvarsgrunnlaget bør være ”omtrent like strengt som i de midlertidige reglene”.

Sammenligner man det erstatningsrettslige vernet etter den midlertidige ordningen og pasientskadeloven, er det særlig to punkter hvor det er gjort endringer.

²⁷ Jørstad (2004) s. 150.

²⁸ s. 5 og 63.

For det første er det ingen begrensninger til fysiske skader i pasientskadeloven, slik det er etter den midlertidige ordningen.²⁹

For det andre har også tredjepersoner nå fått et vern mot økonomisk tap med pasientskadevern.³⁰ Etter den midlertidige ordningen er det pasienten selv, eller et forsørgertap som kan utledes ved at pasienten dør, som er sikret erstatning. Denne begrensningen finnes ikke i pasientskadeloven, og de alminnelige erstatningsreglene om tredjemannsskade kommer derfor til anvendelse.³¹

I likhet med den midlertidige ordningen skal erstatningen beregnes etter de alminnelige erstatningsrettslige regler. Det vil si at den som er skadet, skal ha dekket det fulle økonomiske tapet og eventuell menerstatning når varig og betydelig skade er påført. Tap under kr. 5000 dekkes ikke. Nytt med loven er at oppreisning eller såkalt tort og svie ikke dekkes. Etter de midlertidige reglene er slike krav begrenset til 20 000 kroner.

Ellers er den store forskjellen at pasientskadeloven har en positiv oppregning av ansvarsgrunnlagene, se pasientskadeloven § 2. Dette gjør loven lettere å lese, og kanskje også å anvende. I alle fall mulig lettere å forklare pasienter hvorfor de ikke får medhold, enn det er i henhold til det midlertidige regelverket.

Forholdene mellom ansvarsgrunnlagene i de to regelsettene er ikke avklart i praksis. Det er lagt til grunn i forarbeidene at ansvarsgrunnlagene neppe er vesentlig endret, se Ot.prp.nr.31 (1998-99) s. 63. Denne oppfatningen deles av flere.³²

Det er i pasientskadeloven § 2 bokstav b og d, at det faktisk er en overgang.

²⁹ NOU 1992: 6 s. 18

³⁰ Syse (2004)

³¹ Nygaard (2000)

³² Blant annet; Syse (2004), Reiersen (2004) og Nygaard (2000)

Bestemmelsen om ”svikt” i loven § 2 bokstav a er en direkte videreføring av de midlertidige reglene § 3 d og e. Unntaksbestemmelsen i loven § 2 tredje ledd er en videreføring av § 3 bokstav a i de midlertidige reglene. Jeg vil komme nærmere tilbake til de forskjellige ansvarsgrunnlag.

3 Behandling av krav

3.1 Behandling i første instans.

NPE er et uavhengig statlig forvaltningsorgan underlagt Helse- og omsorgsdepartementet. Organet behandler erstatningskrav fra pasienter som mener de er påført skade ved behandlingssvikt i helsetjenesten. Slike krav meldes skriftlig til NPE, jf. pasientskadeloven § 9 første ledd. Saksbehandlingen er gratis.

NPE utreder saken. Både forvaltningsloven og offentlighetsloven gjelder for virksomheten, jf. loven § 14.

Når saken er ferdig utredet, treffer NPE vedtak om erstatning skal ytes og eventuelt om erstatningens størrelse, jf. loven § 12 første ledd. Slike vedtak er enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Avgjørelsen kan påklages til PSN.

3.1.1 Statistikk fra NPE

NPE utbetalte 485 millioner kroner til pasienter og pårørende i 2006. Det er det høyeste erstatningsbeløp NPE har utbetalt i løpet av et år, og er elleve prosent høyere enn hva som ble utbetalt i 2005.

I 2006 mottok NPE nesten 3700 krav om erstatning. Dette er en økning i saksmengden på elleve prosent fra året før. Hovedgrunnen til økningen skyldes mest sannsynlig økende kjennskap til ordningen kombinert med større bevissthet rundt egne rettigheter.

I 2006 fattet NPE vedtak i 3309 saker. Av disse fikk opp mot 1100 (33 %) medhold og i underkant av 2200 (67 %) fikk avslag.

3.2 Behandling i klageinstansen.

Klage på enkeltvedtak som er fattet av NPE, behandles av Pasientskadenemnda, jf. pasientskadeloven § 15 første ledd og forskrift § 8.

Ved den nye pasientskadeloven ble Pasientskadenemnda opprettet som et selvstendig og uavhengig forvaltningsorgan, lokalisert atskilt fra NPE. Nemnda består av fem medlemmer og lederen skal ha juridisk embetseksamen. Pasientskadenemnda har et eget sekretariat som utreder klagesakene og fremlegger disse for nemnda. Nemnda treffer vedtak med alminnelig flertall. Saksbehandling skal være skriftlig og kontradiktorisk.

Saksbehandlingsreglene for NPE som er gitt i lovens kapittel 3, gjelder tilsvarende for Pasientskadenemnda, jf. loven § 17 andre ledd.

Det er avslag i Pasientskadenemnda som bringes inn for domstolene, jf. loven § 15 første ledd. Etter lovendringen av 26. september 2003 skal søksmål rettes mot Pasientskadenemnda, og ikke mot NPE som tidligere.

Rettsvesenet behandler bare en brøkdel av de saker hvor pasienter fremsetter krav om erstatning. Av der erstatningskrav som reises, siles de fleste av underveis i NPE og nemnda.

3.3 Domstolsprøving

Etter de alminnelige ulovfestede prinsipper for domstolsprøving av forvaltningsvedtak, kan domstolene blant annet prøve rettsanvendelsesskjønnet. Derimot kan domstolene som utgangspunkt ikke prøve forvaltningens skjønnsutøvelse, dvs. det frie skjønn.

Pasientskadeloven § 18 første ledd sier at ”den som krever erstatning etter loven her, kan bringe saken inn for domstolene.” Etter en naturlig forståelse er det *selve erstatningskravet*,

og ikke gyldigheten av nemndas vedtak som overprøves av domstolene, dvs. full prøvelsesrett. Denne forståelse støttes av lovens forarbeider.³³

En slik bestemmelse er imidlertid ikke gitt i den midlertidige ordningen. Domstolene har for øvrig full prøvelsesadgang også etter den midlertidige ordningen, jf. Jordmor-dommen. Lovgiver har i pasientskadeloven, gitt en lovbestemmelse i samsvar med det Høyesterett mener er rimelig.

I pasientskadesaker kan domstolene altså treffe ny realitetsavgjørelse, selv om det knytter seg en rekke skjønnsmessige vurderinger til vilkårene for erstatning.

³³ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 98.

4 Rekkevidden av det ulovfestede objektive ansvar ved pasientskader.

Risikoens art har betydning når spørsmålet om objektivt ansvar skal avgjøres. I rettspraksis er det særlig lagt vekt på om skaden er et utslag av en ”stadig, typisk og ekstraordinær risiko” ved den aktuelle virksomhet.³⁴ Det er også viktig om risikoen har vært påregnelig for skadevolder og upåregnelig for skadelidte. Dessuten har man pålagt ansvar uten skyld ved såkalt teknisk svikt og uforsvarlig ordning.

Når disse egenskapene ved risikoen tillegges vekt, er det fordi det er mer rimelig og nærliggende at skadevolder blir ansvarlig ved visse risiki enn ved andre risiki.³⁵

Nyere rettspraksis synes å legge mer vekt på risikoen for skade, enn at den skal være stadig og typisk. I Rt-1992-64 (P-pilledommen II) fikk en 23-årig kvinne hjernetrombose ved bruk av p-pille. Selskapet som markedsførte p-pillen i Norge ble tillagt erstatningsansvar for skaden på objektivt grunnlag. Førstvoterende innledet med å si at lignende tilfeller ikke hadde vært oppe tidligere. Videre heter det: ”Det ulovfestede objektive erstatningsansvaret er utviklet gjennom en omfattende rettspraksis. Utviklingen startet med at det ble pålagt ansvar for såkalt `farlig bedrift`, men ansvaret har fått en stadig større rekkevidde. Det kan i dag langt på vei sies å bygge på risikobetraktninger og interesseavveininger.”

Interesseavveiningssynspunktet vil altså være sentralt i begrunnelsen for et ansvar på objektivt grunnlag. Det er en lære om at det er den i hvis interesse handlingen blir utført, som bør bære tapet når handlingen volder skade. Er skaden voldt i forbindelse med behandlinger som også er foretatt i skadelidtes interesse, vil avveiningen lettere slå ut i skadevolderens favør, selv om mange av de momenter som ellers taler for et objektivt ansvar er til stede.

³⁴ Lødrup (1999) s. 248, 249.

³⁵ Kjønstad (2004) s. 115.

Når domstolene ikke har pålagt objektivt ansvar for behandlingsskader på sykehus og lignende, er det også ut fra en interesseavveining, og den har generell rekkevidde: Risikoen for at ikke alle operasjoner lykkes, og for at det under en operasjon fra tid til annen inntreffer komplikasjoner, er lagt på skadelidte.

Det kan her vises til saken i Rt-1978-482 (Røntgenstråledommen), som gjaldt sårskade etter røntgenbehandling i forbindelse med brystkreftsoperasjon. Høyesterett kom til at det ikke forelå grunnlag for erstatning på objektivt grunnlag for en adekvat behandlingsmåte. Det uttales: ”Faren for komplikasjoner vil man ved alvorlige inngrep alltid stå overfor, og risikoen for slike komplikasjoner anses det for forsvarlig å løpe når man sammenholder den med den fare selve sykdommen innebærer.” Strålebehandlingen førte ikke til en risikøkning for den kreftsyke, men svert imot en risikoreduksjon.

En lignende vurdering ble også gjort i Rt-1980-1299 (Ulnarisdommen). En kvinne var påført skade på ulnarisnerven under operasjon. Skadelidte fikk ikke medhold i sitt erstatningskrav. Retten påpekte innledningsvis at man ikke hadde å gjøre med en skade på pasienten som har inntrådt som følge av svikt i tekniske hjelpemidler som nyttes på sykehuset. Det forelå ikke grunnlag for objektivt ansvar. I begrunnelsen uttales ”Man står med andre ord overfor en del av den risiko for uhell som følger av ethvert operativt inngrep av noen betydning, og som pasienten må bære, om operasjonen ønskes utført.”

En viktig dom om grensen for det objektive ansvaret har vi i Rt-1990-768 (Hivdommen). En kvinne var blitt Hiv-smittet etter blodoverføring. Deretter ble mannen smittet gjennom samleie og døde av Aids. Sykehusets blodbank hadde ikke opptrådt uaktsomt; overføringen skjedde før Hiv-faren var kjent og kunne reduseres gjennom testing av blodgivere. Det ble slått fast at skaden ikke skyldes teknisk svikt. Høyesterett kom (enstemmig) til at det ikke forelå grunnlag for objektivt ansvar i dette tilfellet. Det ble ikke tilkjent erstatning. Særlig ble det lagt vekt på at blodoverføringen skjedde ”i pasientens egen interesse,” at den ”var et

helt nødvendig ledd i behandlingen,” og at pasienten ”så vidt skjønnes ikke ville overlevd operasjonen uten blodoverføringen”.

Der behandling er gjort i *samfunnets interesse*, har utfallet blitt ett annet. Saken Rt-1960-841 (Vaksinedommen) gjaldt spørsmålet om objektivt ansvar for staten for skade påført en ung sjømann som følge av tvungen koppevaksine. Høyesterett kom (enstemmig) til at det her var grunnlag for objektivt ansvar. Skadelidte ble tilkjent erstatning. Det var samfunnets interesse som var den dominerende årsak til at sjømannen utsattes for risikoen. Man ville hindre at han ved hjemkomst brakte smitte til landet. At vaksinen også beskyttet sjømannen selv, ble i sammenligningen med dette en biting. Det ble i ettertid gitt en bestemmelse i smittevernsloven § 8-2 som ga rett til erstatning ved skade som følge av påbudt vaksinasjon. Denne er videreført i pasientskadeloven, jf. loven § 2 første ledd bokstav c.

I *Hivdommen* kan det riktignok vises til at det var i samfunnets interesse at blodbanken fortsatte sin virksomhet, til tross for mulighetene for overføring av smitte. Men det står her på en helt annen måte som sentralt at det som gjøres, skjer i pasients egen interesse. Blodoverføring var et helt nødvendig ledd i behandlingen av skadelidte.

5 Erstatning etter pasientskadeloven

5.1 Oversikt

Selv om hendelsen faller innenfor lovens virkeområde, gir den ikke uten videre rett til erstatning. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, dvs. en svikt eller annet forhold som gir pasienten rett på erstatning.

Reglene om ansvarsgrunnlag ved pasientskade finner vi i pasientskadeloven § 2.

Bestemmelsen har fire ledd. Første ledd angir i alternativene a) – e) i hvilke tilfeller pasientskadeerstatning skal ytes. Annet ledd er en supplerende bestemmelse til forståelsen av første ledd.

Bestemmelsens tredje ledd inneholder en såkalt ”sikkerhetsventil” for unntaksvis ansvar der pasientskaden er særlig stor eller uventet, og ikke skyldes en risiko som pasienten må akseptere.

Loven § 2 fjerde ledd er en fullmaktsbestemmelse om at erstatningskrav etter brudd på internasjonale konvensjoner Norge har ratifisert, skal behandles etter loven. Denne bestemmelsen er det ingen grunn til å gå inn på i denne sammenheng.

Det er videre gitt en særlig beviskravsbestemmelse i loven § 3, se nærmere punkt 5.3 som kan gi rett til erstatning ved uklare årsaksforhold.

Det kreves i tillegg til ansvarsgrunnlag etter § 2 første eller tredje ledd, årsakssammenheng mellom pasientskaden og vedkommende ansvarsgrunnlag for at erstatning skal gis. Dette

følger av bestemmelsen første ledd, jf. at skaden må ”skyldes” ett av de der nevnte ansvarsgrunnlagene.

5.2 Objektivt ansvar

For å kunne gi en nærmere drøftelse av rekkevidden til det objektive ansvaret ved pasientskader, må det først vurderes hvilke bestemmelser som gir et slikt ansvarsgrunnlag og i hvilken grad det er objektivt. Jeg skal derfor omtale de enkelte ansvarsgrunnlag, og i hvilken grad de er objektive.

Jeg skal først vurdere hvilke ansvarsgrunnlag som gjelder, deretter hvilke skader de omfatter.

Lovens hovedregel er at pasienten og andre som har lidt tap på grunn av pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes ”svikt ved ytelsen av helsehjelp”. Det gjelder ”selv om ingen kan lastes” for skaden, jf. § 2 første ledd bokstav a. Ansvaret har i forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur blitt gitt flere navn. Det kalles blant annet for objektivisert ansvar eller et utvidet uaktsomhetsansvar, og omtales også som ”culpa light.”³⁶

Utrykket ”selv om ingen kan lastes” taler for at ansvaret er objektivt. Det trenger ikke foreligge uaktsomhet. Justiskomiteen har uttalt at ”det er skaden og skaderesultatet som skal være avgjørende for om pasienten får erstatning, ikke om det kan påvises at enkeltpersoner har gjort feil eller utvist uaktsomhet, og mener det er behov for å presisere dette i lovteksten”.³⁷

Det er dermed klart at culpaansvarets subjektive element; den utviste skyld, ikke er relevant etter bokstav a. Det vil videre bety at culpavurderingen også utelukker de subjektive unnskyldningsgrunner. Dette følger også av forarbeidene.³⁸ Pasienten vil derfor likevel bli

³⁶ Syse (2004)

³⁷ Innst. O. nr. 68 (2000-2001) s. 3

³⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 64.

tilkjent erstatning, selv om den behandlede lege etter alminnelig erstatningsrett ikke ville blitt ansvarlig som følge av subjektive unnskyldningsgrunner. At subjektive unnskyldningsgrunner ikke skal tas med i ”culpavurderingen”, medfører at uaktsomhetsansvaret utvides, og at aktsomhetskravet skjerpes. Dette forklarer hvorfor ansvaret etter bokstav a har fått betegnelsen ”utvidet uaktsomhetsansvar” og ”culpa light”. Men ansvaret er likevel ikke rent objektivt fordi svikt-reglen forutsetter at det har skjedd noe som ikke skulle ha skjedd. Det er derfor mer tale om et objektivisert ansvar.³⁹

Det objektiviserte erstatningsansvaret kan forklares med uttrykket ”fault, no blame”, det objektive med uttrykket ”no fault, no blame”.⁴⁰

Selv om ansvaret etter bokstav a kan sies å nærme seg de objektive, er de øvrige ansvarsgrunnlagene til dels mer objektive.

Det er gitt en bestemmelse om ansvar for *teknisk svikt* i loven § 2 første ledd bokstav b. Denne gir rent objektivt ansvar for teknisk svikt. Ordlyden ”svikt” taler imidlertid for at det må ha skjedd noe som ikke burde ha skjedd, at ansvaret derfor er objektivt, men objektivisert. Om teknisk ”svikt” også er et objektivisert ansvar, vil bero på det som ligger bakenfor de to bestemmelsene. Her tolker vi det som at det objektive ansvaret dekker alt svikt. Det ulovfestede objektive ansvaret for teknisk svikt stiller ikke spørsmål om hvordan det har skjedd, jf. Vaksinedommen og Hivdommen. Det dekker altså alt svikt. Bak ”svikt” ved helsehjelp ligger uttrykket ”burde”, som taler for en menneskelig svikt. Det bakenforliggende taler for at det er to forskjellige begreper, selv om de er likelydende. Tekniske ”svikt” kan derfor ikke sies å ha tilknytning til det objektiviserte ansvaret.

Loven har en bestemmelse om *smitte- og infeksjonsskader*, jf. § 2 første ledd bokstav c. Ansvaret etter denne bestemmelse er ikke rent objektivt, fordi det gjelder et unntak fra ansvar for skader som i hovedsak skyldes forhold ved pasienten selv. Selv om ansvaret ikke

³⁹ Reiersen (2004)

⁴⁰ Syse (2004)

er objektivt, så vil det bli så godt som objektivt med en gang det ikke kan sies at skaden ikke skyldes forhold ved pasienten selv.

Loven har videre en bestemmelse om *vaksinasjonsskader*, jf. § 2 første ledd bokstav d. Ansvar er etter denne enda mer objektivt enn ansvaret i bokstav c, pga. den særlige bevisbyrderregelen i § 3 andre ledd.⁴¹ Ansvar er derfor nesten rent objektivt.

Den siste bestemmelse som skal nevnes er *sikkerhetsventilen* i loven § 2 tredje ledd. Denne gir et objektivt ansvar, nettopp fordi den kommer til anvendelse når det ikke foreligger svikt.

Årsakskravet er et av hovedvilkårene for et ansvar ved pasientskade. Det vil være mest naturlig å behandle årsakskravet først, siden dette er et vilkår som ofte ikke er oppfylt.

5.3 Årsakskravet

Etter pasientskadeloven § 2 første ledd første punktum fremgår det at skaden må ”skyldes” ett av de angitte ansvarsgrunnlag. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at den henviser til de alminnelige rettslige prinsipper om årsakssammenheng.⁴² Forarbeidene sier også det.⁴³ Det er derfor et naturlig utgangspunkt.

En mann har for eksempel falt ned fra et tre, og blir innlagt på sykehus. Det tar fire uker før sykehuset oppdager ryggbruddet. Hvis resultatet ville blitt det samme selv om bruddet ble oppdaget tidligere vil det ikke foreligge årsakssammenheng. Dvs. at det ikke er sammenheng mellom plagene pasienten hadde fått, og det at sykehuset overså bruddet da pasienten ble innlagt første gang. Smerter pasienten har nå, skyldes bruddet i seg selv, ikke behandlingen.

⁴¹ Syse (2007)

⁴² Ibid.

⁴³ De spesielle merknadene til § 2 i Ot.prp. nr. 31 s. (1998-99)

I pasientskadeloven § 1 første ledd, fremgår at skaden må være ”voldt” i en av de der nevnte situasjoner. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at den stiller et krav om årsakssammenheng. Reelle hensyn taler for at det ikke er behov for å stille krav om årsakssammenheng flere steder i samme lov. Loven § 1 har overskriften: Pasientskade. Overskriften i loven § 2 er: Erstatning for pasientskade. Ut fra overskriftene, kan disse tyde på at det som reguleres i loven § 1 er lovens ytre ramme, mens loven § 2 gjelder selve skadesituasjonen. Det er videre ikke noe krav om at det utpekes en skadevolder på en institusjon som et sykehus. Dette taler for at det er årsakskravet i § 2 som er det aktuelle.

Et særlig spørsmål gjelder forholdet mellom på den ene side det klassiske erstatningsrettslige krav om årsakssammenheng mellom atferd og skade, og på den andre side det forvaltningsrettslige krav om informert samtykke som rettslig grunnlag for lovlig behandlingsvirksomhet. Dette vil bli behandlet i punkt 5.6.1.

Et annet særlig spørsmål er hvordan man bevismessig skal forholde seg til uklare hendelsesforløp. Se om dette i neste punkt.

5.3.1 Regler om beviskrav – uopklarte årsaksforhold

Utgangspunktet etter pasientskadeloven er som ellers i erstatningsretten at det er den skadelidte som har bevisbyrden for at det foreligger skade og at denne skaden skyldes svikt ved ytelsen av helsehjelp eller et annet ansvarsgrunnlag etter loven. Det kreves normalt at det foreligger sannsynlighetsovervekt (mer enn 50 %) for at en skadevolder skal pålegges erstatningsansvar for en påført skade.

Pasientskadeloven § 3 første ledd inneholder en særlig bevisregel. Denne 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.”

Det fremgår av lovens forarbeider⁴⁴ at loven viderefører et prinsipp som Pasientskadenemnda har praktisert: 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. Forarbeidene angir at det typiske virkeområde for bevisregelen er klem- og trykkskader under operasjon.

Bevisregelen gjelder både spørsmål om ansvarsgrunnlag foreligger, og om det er årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og pasientskaden.⁴⁵

Bestemmelsen gjelder bare der det er sannsynlig at skaden skyldes ”ytre påvirkning”. En naturlig forståelse er at det skader som skyldes pasientens grunnskade eller sykdom faller utenfor. Forarbeidene sier at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse hvis skaden skyldes disposisjon hos pasienten selv.⁴⁶

I forarbeidene er det anført at poenget med bestemmelsen er å unngå vidløftige vurderinger av uklare fakta. I så måte er bestemmelsen et nyttig verktøy i pasientens interesse for raskere å kunne avgjøre saken. Det vil være en formodning om at er vilkårene oppfylt, så har skaden skjedd en svikt, dersom det ikke dreier seg om en kjent medisinsk risiko. Dette er likevel kun en formodning, og det er adgang til å føre motbevis. En naturlig forståelse av lovens formulering ”skal det normalt antas” taler for at kravene til motbevis ikke er spesielt strenge. En slik forståelse støttes i juridisk teori.⁴⁷

Det fremgår av saken i Rt-1989-674 at bevisbyrden snus i de situasjoner der tvil foreligger, hvor *journalen er mangelfullt ført*, og der denne mangel kan ha vært årsak til at forholdet ikke kan avklares. Saken gjaldt en mann som fikk stemmebåndsnerve skadet i forbindelse med en strumaoperasjon. Skadelidte ble tilkjent erstatning. Førstvoterende viste til legerjournalenes bevismessige betydning. Førstvoterende uttalte: ”Når den sikreste

⁴⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91 jf. s. 69, 70.

⁴⁵ Jørstad (2004)

⁴⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91.

⁴⁷ Kjørstad, (2005) s. 96, 97.

kilden til viten om hva som skjedde og hva som ble gjort er taus på dette punkt, anser jeg kravet til bevis for uaktsomhet som oppfylt.” Det legges altså her til grunn at rutiner ikke rutinemessig følges med mindre det fremgår av journalen. Høyesterett har her snudd helt rundt siden Ulnarisdommen.⁴⁸

I situasjoner der sannsynlighetsovervekt ikke er dokumentert, og pasienten mangler den bevismulighet journalen skal gi, presumeres altså at beviskravene er oppfylt. Pasientskadeloven endrer ikke på denne presumsjonsregelen.⁴⁹ Juridisk teori⁵⁰ sier at man gjennom reglene om omvendt bevisbyrde, i noen grad vil komme til samme resultat som den særlige bevisregel i loven § 3 første ledd.

Når bevis, fortrinnsvis forklaringer eller nedtegnelser, trekker i forskjellig retning, er det viktig å være klar over at bevis vil kunne ha ulik kvalitet og vekt, jf. Rt-2005-1050.⁵¹ Datidige nedtegnelser vil ofte veie tyngre enn nedtegnelser foretatt i ettertid, etter at tvist har oppstått. Videre vil nedtegnelser foretatt av fagfolk med sikte på å klarlegge en tilstand ofte ha større kvalitet som bevis enn utsagn fra parter eller vitner forbundet med parter.

Ytterligere praksis av bestemmelsen vil bli presentert underveis i oppgaven.

5.4 Når foreligger ansvarsbetingende ”svikt”?

Loven benytter uttrykket ”svikt”. Noe rent resultatansvar er det derfor neppe tale om. Komiteens uttalelse om at det er ”skaderesultatet” som er avgjørende for ansvar, virker derfor ikke helt treffende. Lovens vilkår ”svikt” kan vanskelig kombineres med et rent objektivi ansvar. Begrepet svikt må knytte seg til den skadeutløsende adferd. Men denne adferd trenger altså ikke være subjektivt kritikkverdig. Hva ligger da i svikt?

⁴⁸ Dommen er omtalt i punkt 4.

⁴⁹ Rasmussen (2006)

⁵⁰ Jørstad (2004)

⁵¹ Som henviser til Rt-1998-1565.

Regelen i første ledd bokstav a suppleres med bestemmelsens annet ledd, som krever at man ”skal ta hensyn til de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten”. Ser vi disse bestemmelsene i sammenheng, syntes det å føre til at det må foreligge en atferd fra skadevolder som avviker fra en normalforventning skadelidte kan ha til virksomheten. Sagt på en annen måte: Noe har skjedd som ikke burde ha skjedd, sett i forhold til visse faglige normer. Den objektiviserte vurderingen knyttes her til *den faglige standard*. Pasienten bør kunne sette høye krav, innen de gitte rammer som er satt. Det uttales i lovproposisjonen⁵² at ”Selv om uaktsomhetsregelen skjerpes, skal handlingene til leger og annen helsepersonell fremdeles sammenlignes med det som er vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe.” Sagt på en annen måte: alminnelig god vare, normalforventning. Det gjelder ikke noen spesialiststandard. Det er i rettspraksis⁵³ lagt til grunn at det foreligger svikt ved avvik fra *medisinskfaglig forsvarlig handlemåte*, uten at det behøves å konstatere noe klanderverdig eller uaktsomt forhold ved ytelsen.

Dette peker mot culpanormens objektive element. Vi står da overfor en mellom situasjon, mellom det rene subjektive og det rene objektive ansvar. Culpaansvarets objektive element er opprettholdt, men det subjektive er fjernet. Dette er riktignok ikke helt lett å forene med Justiskomiteens forklaring på sin endring av lovforslaget og komiteens påpekning av at det er skaderesultatet som er avgjørende for ansvar. Men komiteen måtte ha valgt en annerledes lovformulering for å oppnå et rent resultatansvar. At komiteen ikke gjorde dette, kan tyde på at den kanskje ikke skjønnte denne finjussen.

Uttrykket ”svikt” er generelt og må inkludere den rene behandlingssvikt, men kan også inkludere annen type svikt, for eksempel svikt i informasjon, pleie, undersøkelse eller diagnostikk.

Ansvarsgrunnlaget i bokstav a må kunne sies å være en videreføring av unntaksbestemmelsen i den midlertidige ordning § 3 bokstav e, om ”adekvat” behandling.

⁵² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 65.

⁵³ Se bl.a. TOSLO-2006-9032.

Det må som hovedregel fortsatt foreligge et *avvik* fra den standard man må kunne forvente, for at erstatning skal kunne tilkjennes.⁵⁴

Skader som i det vesentlige skyldes *pasientens grunnsykdom* skal som utgangspunkt ikke gi rett til erstatning. Det uttales i regelens ”forarbeider”⁵⁵ at det ikke foreligger skade når det tilsiktede resultat ved behandlingen ikke oppnås, dvs. når pasienten ikke kureres for grunnsykdommen. Ingen har rettskrav på å bli frisk eller få erstattet følgene av å ikke bli det.

Dette prinsippet gjelder likevel ikke uten reservasjoner. Dersom den *manglende helbredelse skyldes svikt* ved helsehjelpen er det lagt til grunn at det foreligger ansvar etter loven. Dette følger av Rt-1998-1336 (Jordmor-dommen). En kvinne fremsatte krav om erstatning etter at hun fikk overrevet endetarmsmuskulaturen (totalruptur) under en fødsel. Rupturen ble sydd primært, men såret sprakk etter et par dager slik at hun fikk en alvorlig skade med inkontinens for avføring, og til slutt fikk hun utlagt tarm. Retten avviste kravet, med hjemmel i de midlertidige reglene. Totalrupturen var å betrakte som As grunnlidelse, og førstvoterende la til grunn at syingen av totalrupturen var absolutt nødvendig, og at det ikke hadde skjedd noen forverring av grunnlidelsen. Retten presiserte imidlertid at dersom den manglende helbredelsen skyldes at det var anvendt en inadekvat behandlingsform, eller at behandlingen er utført på en inadekvat måte, vil det derimot foreligge erstatningsansvar. Et spørsmål er om dette også vil gjelde hvor det ikke foreligger svikt, men uakseptabel risiko. Se om dette i punkt 5.2.7.

Det vil ikke foreligge ansvarsgrunnlag for svikt dersom skaden skyldes *forhold ved pasienten selv*. Som eksempel kan nevnes PSN-2005-879 som gjaldt skade i form av ødelagt tannbro i overkjeven i forbindelse med narkose. Nemnda uttaler at dersom feilstillingen har oppstått ved operasjonen, legger nemnda til grunn at skaden mest sannsynlig skyldes *forhold ved pasientens tannstatus før operasjonen*.

⁵⁴ NPE-info nr. 2 (2001)

⁵⁵ Notat av 17. august 1987 fra arbeidsgruppen som utredet utkastet til regelverk.

Behandlingen skal være i samsvar med *allment aksepterte retningslinjer*. Det vil den være dersom det er indikasjon for behandlingen, anvendt riktig behandlingsmetode og hvor denne er korrekt utført.

Indikasjon for behandling

Det foreligger svikt hvis det ikke er *indikasjoner for behandlingen*. Et eksempel på dette har vi i nemndas vedtak i PSN-2005-587. Saken gjaldt en pasient som i en tid hadde hatt smerter og problemer med vannlating, og det var derfor mistanke om at det forelå sammenvoksing av tynntarmen og vaginaltoppen. Nemnda fant imidlertid at det ikke var indikasjon for å foreta inngrep med fjerning av tarmadheransen, da dette ikke var i nærheten av pasientens vaginaltopp eller eggstokker. Det forelå derfor svikt. Avgjørelsen viser at det kan foreligge svikt selv om det er indikasjon for *deler* av inngrepet.

Indikasjon for behandling kan også ha betydning som moment for at det *ikke* foreligger svikt, om behandlingen ellers har fulgt vanlige retningslinjer. Dette kan typisk gjelde hvis indikasjon for behandlingen var *klare og sterke*. Saken i TOSLO-2006-9032 gjaldt en kvinne som var blitt lam etter operasjon for spinal stenose. I nemndas begrunnelse for at det ikke forelå svikt, ble det blant annet lagt vekt på at ”Indikasjonen for operasjon var klare og sterke. Operasjonen ble utført etter gjeldende retningslinjer og vanlig etablert medisinsk praksis. Det er ingen indikasjon på feilbehandling.” Det var derimot ansvar etter loven § 2 tredje ledd. Se om dette i punkt 5.6.

Om operasjonen var *svært viktig for skadelidte*, vil det tale mot at det foreligger svikt. Saken i Oslo tingretts dom av 27. november 2006 gjaldt en kvinne som var påført nerveskade ved operasjon for Thorax apertur-syndrom, som innebar trang passasje for nervene fra nakken og ut i venstre arm. Det forelå ikke svikt. Retten la blant annet vekt på at smerter hadde vart å i 20 år, og det var forverring i det siste halve året før operasjonen fant sted. Det var sterk mistanke for syndromet og pasienten var meget sterkt innstilt på å

bli operert så snart som mulig. Ifølge retten viste dette at det var klar indikasjon for behandlingen.

Riktig behandlingsmetode

Det foreligger svikt hvis det ikke er anvendt *riktig behandlingsmetode*. Det kan stilles til spørsmål om det inntreffer ansvar ved de skader som kunne vært unngått, men hvor dette ikke vites før man i etterhånd kan vurdere hendelsesforløpet. Valget står for eksempel mellom medisinsk sett forsvarlige behandlingsmetode A og B. Valget faller på A, med en skade til følge – og i etterkant kan man se at det her var B som skulle vært foretrukket. Etter Utvalgets forslag vil erstatning i slike tilfeller ikke følge av hovedregelen. Det kan ikke sies å foreligge en svikt når valget står mellom to medisinsk sett forsvarlige og faglig sett aksepterte alternativer.

En slik vurdering følger av *Jordmor-dommen*. Det konkluderes, idet også forholdet mellom en uaktsomhetsvurdering om en adekvatvurdering etter de midlertidige reglene blir omtalt, på følgende måte: ”At det ikke er utvist uaktsomhet fra sykehusets side, syntes jeg må være temmelig klart. Men jeg er også blitt stående ved at den behandling A fikk, må sies å ha fremstått som adekvat i den situasjon som forelå. At det i ettertid kan reises spørsmål om valg av en annen behandlingsmåte hadde ført til et bedre resultat, kan ikke gi grunnlag for erstatning når denne behandlingsmåte ikke måtte fremstå som den riktige på det aktuelle tidspunkt. På denne bakgrunn finner jeg at heller ikke den omstendighet at hemaromet ikke ble tømt tidligere, medfører erstatningsansvar for NPE.” Det ble gitt en adekvat behandling selv om det ble et uventet utfall. En rett til erstatning kan imidlertid i enkelte slike tilfeller følge av unntaksregelen i tredje ledd.⁵⁶

Dersom en etterfølgende vurdering viser at den anvendte behandlingsmetoden *ikke* var adekvat på behandlingstidspunktet, så er det grunnlag for erstatning selv om den valgte behandling fremsto som riktig for legen da behandlingen ble foretatt, jf. TOSLO-2006-85867. Det må i den konkrete behandlingssituasjonen foreligge en *alternativ*

⁵⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 61.

behandlingsmetode som var *kjent* på behandlingstidspunktet.⁵⁷ Dersom det foreligger to anerkjente metoder som må anses tilnærmet likeverdige, og det ikke foreligger omstendigheter som gjør at den ene metoden fremstår som mer egnet i det konkrete tilfellet, må det legges til grunn at begge er riktige.⁵⁸

Det er på det rene at bestemmelsen skal anvendes på grunnlag av den *informasjon som var tilgjengelig da valgene ble tatt*, jf. Jordmor-dommen. Om for eksempel en medfødt svakhet hos pasienten tilsier at en alternativ behandlingsmåte burde vært valgt, eller den medisinske forskning frembringer nye behandlingsformer etter at skaden inntraff, foreligger ikke rett til pasientskadeerstatning i Norge.

Korrekt utført

Det foreligger svikt hvis behandling ikke er korrekt utført. Et inngrep er korrekt utført, når det er *utført etter gjeldende retningslinjer og vanlig etablert medisinsk praksis*, dvs. en medisinskfaglig korrekt utførelse.

Dersom pasientens helsetilstand tilsier ekstra skånsom behandling, vil det være svikt om dette ikke blir gjort. Dette ble uttalt i PSN-2005-879 som gjaldt anført tannskade.

Det foreligger svikt dersom sykehuset ikke gjør *tilstrekkelige forberedelser før en operasjon*. Det kan eksempelvis vises til NPEs vedtak av 21. november 2006. Da sykehuset under operasjonen ikke lokaliserte nerven, var det svikt i behandlingen. Nerven skulle vært kartlagt på forhånd.

Det er ingen ”svikt” ved undersøkelse og behandling i kommunehelsetjenesten/fastlegen dersom utredning og oppfølging har vært i tråd med *prinsipper for god allmennmedisin*. Disse prinsipper sier at pasienter skal bli tatt på alvor og få adekvat behandling for sine

⁵⁷ NOU 1992: 6 s. 40.

⁵⁸ Herradsvela (1995)

ulike plager. Det ble i nemndas vedtak i PSN-2006-349 anført at legen ikke hadde overholdt prinsipper for god allmenmedisin. Det forelå ikke svikt. Legen hadde henvist pasienten for videre undersøkelser og behandling. Det ble foretatt flere adekvate undersøkelser. Prinsipper for god allmenmedisin var derfor fulgt.

5.4.1.1 Den objektiviserte forventning

Etter pasientskadeloven § 2 andre ledd første punktum skal det ”tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt”. Det vil si at det i vurderingen av om det er skjedd svikt/opprådt kritikkverdig, også skal tas et visst hensyn til pasientenes alminnelige forventninger. Bestemmelsen knyttes i prinsippet til alle ansvarsgrunnlagene etter første ledd. Men fordi flere av dem har et mer eller mindre rent objektivt ansvar, er annet ledd særlig aktuelt i forhold til krav etter bokstav a.⁵⁹

Skadelidtes forventninger er objektivisert.⁶⁰ Det vil si at pasientens subjektive forventning i utgangspunktet ikke relevant her. Har den enkelte pasient spesielle forventninger ut fra hva legen har garantert, er dette uten betydning.⁶¹ Den enkelte pasients forventninger vil eventuelt bli et problem i forbindelse med om det er gitt misvisende informasjon som kan reise spørsmål om det foreligger gyldig samtykke til behandlingen.

Den objektive forventning er et spørsmål om hva pasienten i en slik situasjon generelt kan forvente av det norske helsevesenet som yter bistanden.⁶² Hvilke krav pasienten med rimelighet kan stille, vil variere etter omstendighetene. Ved førstehjelp ytet av en tilfeldig lege i skiløypa, blir kravene for å få erstattet skade større enn om hjelp ble ytet på sentralsykehusets akuttavdeling.⁶³

⁵⁹ Rasmussen (2006)

⁶⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 95

⁶¹ I.c.

⁶² Rasmussen (2006)

⁶³ I.c.

I saken gitt i TOSLO-2006-85867 ble PSN pålagt erstatningsansvar. Selv om behandlingsopplegget som ble valgt var fagligmedisinsk forsvarlig, kom retten til at det i denne situasjonen ikke ble gjort nok for å utrede behovet for reoperasjon. De krav som pasienten med rimelighet kan stille til behandlingen, var dermed ikke oppfylt.

Det tas et forbehold for ansvar for de uunngåelige komplikasjoner som erfaringsmessig kan inntre. Det kan som eksempel vises til nemndas vedtak i PSN-2005-67, som gjaldt skade i forbindelse med hjertekateterisering. Under prosedyren med hjertekateterisering ble en wire ført opp i venstre halskar. Det forelå ikke svikt. Nemnda begrunnet med at ”dette er noe som skjer fra tid til annen, og er noe som kan inntreffe på grunn av vanskelige anatomiske forhold, uten at det kan karakteriseres som svikt ved behandlingen”.

5.4.1.2 Ressursforbeholdet

I pasientskadeloven § 2 annet ledd annet punktum er det inntatt en ressursreservasjon. Etter denne bestemmelsen skal utilstrekkelige ressurser ”ikke medføre ansvar dersom ressursfordelingen har vært forsvarlig og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard”. En pasients forventning må justeres etter denne foreliggende reservasjonen.⁶⁴

Ved vurderingen av om det foreligger erstatningsansvar skal det ikke legges til grunn en vurdering av hva som er en optimal behandling. Det som skal vurderes er om behandlingen er i tråd med alminnelige retningslinjer og prinsipper på det behandlingsnivå skaden behandles på. Så lenge ressursene er benyttet forsvarlig skal ikke ressursmangel medføre erstatningsansvar. Hvis for eksempel et sykehus som har to respiratorer, får inn fem pasienter etter en trafikkulykke, vil det som utgangspunkt ikke foreligge ansvar etter loven § 2 første ledd bokstav a.

Ressursspørsmålet sto sentralt i nemndas avgjørelse i PSN-2005-435. Saken gjaldt anført mangelfull behandling og oppfølging av trykksår. En medisinsk sakkyndig fant at

⁶⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91.

pasienten ikke hadde fått optimal behandling. Nemnda fant at det ikke forelå erstatningsansvar når trykksåret var behandlet etter anerkjente prinsipper og med de midler som forventes å stå til rådighet på de forskjellige avdelinger som pasienten var innlagt på.

5.5 Ansvar for teknisk svikt

Etter pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav b har pasienten krav på erstatning når skaden skyldes ”teknisk svikt ved apparat, redskap eller annet utstyr som er brukt ved ytelsen av helsehjelp”. Bestemmelsen lovfester det tidligere ulovfestede objektive ansvaret for teknisk svikt, jf. prinsippet om farlig bedrift. At det gjaldt et slikt ansvar ved pasientskader, har lenge vært forutsatt av Høyesterett, jf. Hivdommen.⁶⁵ Ved skade etter bruk av slikt utstyr er det altså tilstrekkelig at kravet om årsakssammenheng er oppfylt. Forarbeidene⁶⁶ sier at ansvaret ikke er ment å rekke lenger enn det som følger av alminnelige erstatningsrettslige regler. Og det svarer til det som gjaldt for pasientskader etter den midlertidige ordningen.

Det objektive ansvaret har sin bakgrunn i at det er den virksomhet som yter helsehjelp som har best forutsetninger for å sørge for at det tekniske utstyret til enhver tid er i orden.

Det er et vilkår at skaden skyldes teknisk svikt på apparater eller utstyr som ”ytes til helsehjelp”. Dersom for eksempel en kaffemaskin på sykehuset eksploderer og volder skade på en pasient, så er ikke dette et apparat som ”ytes til helsehjelp”. Slik jeg tolker regelen i bokstav b, faller således dette tilfellet utenfor bestemmelsens ansvarsgrunnlag.

Derimot vil et røntgenapparat som for eksempel plutselig skulle gi fra seg mangedobbel dose stråler med pasientskade som følge omfattes av ansvaret, jf. RG-1959-150. Om eksempelvis en varmelampe til kuvøse plutselig eksploderer med skadefølger, vil det samme måtte gjelde.

⁶⁵ Dommen er omtalt i punkt 4.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 65, 66 og 90.

Selv om teknisk svikt foreligger, kan det likevel være forhold som gjør at det ikke blir gitt erstatning. Det kan eksempelvis vises til nemndas avgjørelse i PSN-2005-674 som gjaldt dødsfall til en pasient som var under behandling for lungekreft. Pasienten ble som følge av teknisk svikt ikke tilført oksygen, men vanlig luft. Nemnda fant at pasientens liv mest sannsynlig ble forkortet noen få dager. Nemnda begrunnet avslaget med at det tidligere dødsfallet ikke medførte et økonomisk tap på minst kr. 5000.

Den nedre tapsgrensen fikk også betydning i nemndas avgjørelse i PSN-2005-17. For tidlig og stor plastslitasje i kneprotese, ble av nemnda fastslått å være teknisk svikt. Nemnda var imidlertid i tvil om tapet utgjorde minst kr. 5000, og ba derfor NPE om å utrede skadens art og omfang nærmere.

Etter alminnelig erstatningsrett har skadelidte rett på å få erstattet sitt fulle og hele økonomiske tap, det er ikke gitt en nedre tapsgrense. Om en tapsgrense kan være tillatt eller ikke vil i stor grad bero på om lovgiver her har ment å utfylle den alminnelige erstatningsrett, eller om pasientskadeloven er å anse som en kodifisering av ulovfestet rett. En minste erstatningsgrense på kr. 5000 ble fastsatt ved etableringen av NPE -ordningen i 1988, dette for å unngå at NPE skulle belastes med for mange mindre, bagatellmessige skader. Siden tap under kr. 5000 må behandles etter alminnelige erstatningsrettslige regler, tyder dette på at pasientskadeloven er en utfylling av den alminnelige erstatningsretten. En slik nedre tapsgrense syntes etter en slik vurdering å være tillatt.

5.6 Smitte- og infeksjonsskader

Etter pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav c foreligger erstatningsansvar når skade skyldes "smitte eller infeksjon". Bestemmelsen dekker også Hiv-/aids smitte gjennom blodoverføring.⁶⁷ Utgangspunktet er at pasienter som blir sykere på grunn av smitte eller infeksjon under behandlingen ikke skal ha den økonomiske risikoen for dette selv. Etter en

⁶⁷ Rasmussen (2006)

naturlig forståelse er ansvaret objektivt. Ifølge forarbeidene er ansvaret begrunnet med at skadelidtes bevisbyrde ikke skal bli for vanskelig å oppfylle, idet det kan være vanskelig for skadelidte å klargjøre om behandlingsstedet har tatt tilstrekkelige forholdsregler mot at smitte eller infeksjon skal oppstå. Prosessøkonomiske grunner taler også for en slik bestemmelse.⁶⁸

Det er gjort unntak fra utgangspunktet om objektivt ansvar for de tilfeller der smitte eller infeksjon ”i hovedsak skyldes pasientens tilstand eller sykdom”. Bestemmelsen er lagt inn i erkjennelsen av at det kan være økt risiko for smitte og infeksjon ved den sykdom eller tilstand som gjør at pasienten befinner seg i en behandlingssituasjon i helsevesenet, for eksempel ved aids. Dessuten vil det ved tarmlekkasjer og bruddskader der huden er åpen, være tilgang på bakterier som ikke skyldes sykehusets behandling.

Forarbeidene⁶⁹ uttaler at lovens bestemmelse om erstatning for pasientskader som skyldes infeksjon eller smitte er en klar utvidelse av erstatningsområdet i forhold til bakgrunnsretten for øvrig. Det kan trekkes parallell til de midlertidige reglene § 2 andre punktum og § 3 bokstav c. Unntaket i de midlertidige reglene for infeksjon i områder med særlig høy bakteriekonsentrasjon (for eksempel området rundt tarmåpningen) ble opphevet da loven ble gitt på grunn av avgrensingsproblemer.⁷⁰

Nemndas praktisering av bestemmelsen kan imidlertid tyde på at det i en slik situasjon likevel legges til grunn at infeksjonen *i hovedsak* skyldes pasientens tilstand eller sykdom. Som eksempel kan nevnes avgjørelsen i PSN-2006-109. Saken gjaldt krav på erstatning som følge av infeksjon og residiv etter operasjon for brokk. Det ble ikke tilkjent erstatning. Nemndas begrunnelse var at ”infeksjonen i hovedsak skyldes pasientens egen tilstand idet pasienten utviklet et hematom etter operasjonen. Utvikling av hematom er en kjent risiko forbundet med inngrepet, og som ikke gir grunnlag for erstatningsansvar. Hematomet ga

⁶⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 66.

⁶⁹ I.c. s. 18.

⁷⁰ I.c. s. 66.

grobunn for oppvekst av bakterier, og den infeksjonen som oppsto må således anses sekundær til selve inngrepet.”

En slik begrunnelse kan tyde på at PSN tillegger ordlyden ”i hovedsak skyldes pasientens tilstand” et vidt anvendelsesområde. Den vil da også omfatte de *følgeskader* som erfaringsmessig er forbundet med inngrepet. Dette medfører at unntaket omfatter mye av det samme som omfattes av unntaksbestemmelsen i det midlertidige regelsettet. Mye tyder på at PSN legger listen høyere enn det som har vært lovgivers vilje med bestemmelsen. PSN sin forklaring av unntaket kan bidra til å underbygge en slik forståelse. Nemnda nøyde seg her med å vise til prinsippet om ”at pasientskadeordningen ikke skal være noen forsikring mot sykdom, men bare skal dekke de tilfellene der det skjer noe irregulært under behandlingen”. At nemnda knytter dette prinsippet til unntaket, kan tolkes dit at den mener det må foreligge en slags svikt for at det skal bli tale om ansvar etter bokstav c.

Tingretten syntes å legge listen for erstatning etter bokstav c noe lavere enn PSN. Det kan vises til avgjørelsen i TOSLO-2005-90049. Saken gjaldt påført infeksjon i forbindelse med/eller etter leggamputasjon som slo ut i pasientskader i form av multiorgansvikt og låramputasjon. Skadelidte ble tilkjent erstatning. Det var ikke mulig å si med sikkerhet hvor infeksjonen stammet fra. Retten uttalte at ”Slik loven er utformet, er ikke infeksjonsårsaken avgjørende for erstatningsspørsmålet, så lenge infeksjonen i hovedsak ikke med overveiende sannsynlighet kom fra A selv. Den alminnelige og teoretiske mulighet er ikke tilstrekkelig til å sannsynliggjøre at infeksjonen `i hovedsak` skyldes egen sykdom eller tilstand.” Dette var i strid med PSN sin anførsel om at skadene skyldes A og hans grunnlidelse i form av dårlig blodsirkulasjon, overvekt, sår og koldbrann. Om dette uttalte retten at ”Økt risiko alene konstaterer imidlertid ikke kausalitet.”

Slik bestemmelsen er utformet lovteknisk, trenger pasienten heller ikke motbevise muligheten for at infeksjonen skyldes egen tilstand eller sykdom for at rett til erstatning skal oppstå. Det er staten som bærer *tvilsrisikoen* for om en infeksjon i hovedsak skyldes pasientens egen sykdom/tilstand eller ei. I overnevnte tingrettsdom var det ikke fremlagt

noe bevismessig grunnlag for å anta at infeksjonen i hovedsak skyldes As egen tilstand eller sykdom. Tingretten syntes å legge en snevrere tolkning av unntaket til grunn. Dommen er blitt anket til lagmannsretten.

Det er uttalt i NPE⁷¹ at ved anvendelsen av lovens bestemmelse vil vurderingen av pasientens tilstand bli en mer skjønnspreget vurdering i forhold til bestemmelsen i den midlertidige ordningen. Det at smitte oppstår i et område med høy bakteriekonsentrasjon, er i seg selv ikke nok til å avvise et erstatningskrav. Det må skyldes noe mer. Denne forståelsen synes å passe overens med vurderingen i overnevnte tingrettsdom.

5.7 Vaksinasjonsskader

Skadelidte har krav på erstatning når skaden skyldes ”vaksinasjon”, jf. loven § 2 første ledd bokstav d. Etter en naturlig forståelse er ansvarsgrunnlaget objektivt.

Lovgiver fant det mest hensiktsmessig å flytte særbestemmelsen om vaksineskader fra smittevernsloven 5. august 1994 nr. 55 § 8-2 til pasientskadeloven. Bestemmelsen i smittevernsloven bygget på tidligere rettspraksis om erstatning på objektivt grunnlag for vaksinasjonsskader, jf. *Vaksinedommen*.⁷²

Ansvarer kan begrunnes med at slike vaksiner ikke bare tas i den enkeltes interesse, men også for å hindre videre utbredelse av farlige sykdommer.⁷³ Bestemmelsen tar særlig sikte på situasjoner der vaksinasjonen gir *upåregnelige skadevirkninger*.⁷⁴ Statistisk vil visse vaksiner gjøre dette. Tilfellene er imidlertid sjeldne. Den økonomiske risikoen bæres da av fellesskapet.

⁷¹ Storvik (2007)

⁷² Se om denne i punkt 4.

⁷³ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 67.

⁷⁴ Rasmussen (2006) s. 12.

For slike skader vil pasientskadeloven § 3 andre ledd medføre at ansvarsgrunnlaget blir mer objektivisert gjennom et *særlig beviskrav* som tilsier at det skal legges til grunn at det foreligger vaksinasjonsskade dersom ikke ”den ansvarlige godgjør at en eller flere andre årsaker er mer sannsynlige”.⁷⁵ Dette er en videreføring av bevisregelen i den nå opphevede § 8-2 første ledd i smittevernsloven. Bestemmelsen er begrenset til å gjelde kun *anbefalt* eller *påbudte* vaksinasjoner. Når staten anbefaler eller pålegger befolkningen å la seg vaksinere, bør den også erstatte tap som måtte oppstå som følge av skaden. Bestemmelsen fraviker de alminnelige bevisprinsipper, og den innebærer at kravet til sannsynlighetsovervekt er mer lempelig enn ved vaksinasjonsskader som faller utenfor smittevernslovens felt.

Det må være *antatt* at vaksinen kan være årsak til skaden, og at det ikke kan *sannsynliggjøres* at det finnes andre årsaker. En slik vurdering ble gjort i nemndas vedtak i PSN-2006-16. Saken gjaldt om utvikling av kronisk tretthetssyndrom anført som følge av MMR-vaksine. Vaksinen var anbefalt. Det ble ikke gitt erstatning. Nemnda viste til sakkyndig erklæring om at infeksjoner, selv beskjedne infeksjoner, antas som hyppig utløsende faktorer ved ME. Nemnda fant derfor at det var mer sannsynlig at pasientens ME var utløst av en akutt infeksjonssykdom.

I forarbeidene⁷⁶ er det uttalt at det ”ofte foreligger flere mulige årsaker til skaden, og ofte går det lang tid før skaden viser seg. Det er rimeligere å legge risikoen for disse vanskelige bevissspørsmålene på staten enn på den skadelidte.” Ut fra de hensyn som har blitt fremhevet kan det objektive ansvaret langt på vei sies å bygge på en interesseavveining. Denne interesseavveiningen kan ved vaksineskader bli tillagt slik vekt at den kan overstyre årsakssammenhengskravet. Det er nettopp gjort en avgjørelse i nemnda hvor skadelidte har fått medhold, selv om ingen tror skaden skyldes vaksinen.⁷⁷ Avgjørelsen har enda ikke blitt publisert.

⁷⁵ Syse (2007) s. 3.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 69.

⁷⁷ Uttalt av professor dr. juris Aslak Syse.

Utenfor smittevernslovens felt er skade etter frivillig vaksinerings, for eksempel reisevaksiner. Men dersom vaksinasjonsskaden skyldes selve vaksinen – legemiddelet – kan skadelidte likevel ha krav på erstatning etter reglene om legemiddelansvar i produktansvarsloven 23. desember 1988 nr. 104 kapittel 3. Vilrårene for ansvar er gitt i § 3-3. Ansvaret er objektvt. Det rene objektive ansvaret er imidlertid undergitt en rekke begrensninger. De er basert på at produsenten ikke skal hefte for andres feil eller en bruk som ikke kan sies å være en påregnelig bruk av middelet. Dette er unntak som dog ikke gjelder ved forsøksskader.

5.8 "Sikkerhetsventilen", § 2 tredje ledd

Selv om vilrårene i pasientskadeloven første ledd og andre ledd ikke er oppfylt, kan en pasient likevel ha krav på erstatning etter den objektive unntaksbestemmelsen i loven § 2 tredje ledd. Etter denne bestemmelsen vil ansvar foreligge når det har "skjedd en pasientskade som er særlig stor eller særlig uventet, og som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere." Bestemmelsen går ofte under navnet rimelighetsregelen eller sikkerhetsventilen.

En behandling kan være faglig korrekt, men likevel representere en risiko. Noen av disse risiki -tilfellene skal da dekkes av loven. Hvor mange som vil oppnå erstatning etter tredje ledd, vil avhenge av hvordan denne blir tolket og praktisert av NPE, PSN og domstolen. Høyesteretts praksis har vært streng. Forarbeidene uttaler at erstatning bør ytes "når det ikke er rimelig at pasienten selv bærer følgene av skaden. Hvilke tilfeller som omfattes, må bero på et konkret skjønn. Det er likevel grunn til å understreke at rimelighetsklausulen er en unntaksbestemmelse som må gis begrenset anvendelse i praksis. Dette anser departementet som så viktig at det er kommet direkte til uttrykk i lovteksten".⁷⁸

⁷⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 68.

Bestemmelsen tar sikte på å fange opp tilfeller hvor det vil virke *støtende på rettsfølelsen* å ikke tilkjenne erstatning. Som eksempel på dette sier forarbeidene ”at det vil være rimelig å yte erstatning ved sjeldne, uunngåelige skader hvor pasientens tilstand er betydelig forverret som følge av behandlingen.”⁷⁹

Denne vurderingen er i utgangspunktet objektiv, men må etter siste setning likevel vurderes i lys av hva pasienten fikk vite om risikoen, dette kommer jeg nærmere inn på under neste punkt.

Loven oppstiller to alternative situasjoner hvor dette unntaket kan komme til anvendelse. For det første kommer unntaket til anvendelse hvis pasientskaden er ”*særlig stor*.” Pasientskaden må altså vurderes i forhold til hva man kan forvente dersom skaden først inntreffer. Unntaket kommer også til anvendelse hvis pasientskaden er ”*særlig uventet*.” Det kan stilles spørsmål om hvor mye som skal til for at en pasientskade kan sies å være ”*særlig stor*” eller ”*særlig uventet*.” En naturlig forståelse av ordlydene er at det skal svært mye til før et av vilkårene er oppfylt. Det er ikke nok at skaden er stor eller uventet, det kreves i tillegg at skaden er ”*særlig*” stor eller uventet.

I begge tilfellene blir det sentralt å trekke en grense mot en *akseptabel risiko*. Vurderingstemaet som brukes er om denne pasienten har kommet særlig uheldig ut i forhold til andre i samme tilfelle, altså fått en større varig invaliditet enn ved lignende tilfeller.⁸⁰

Det avgjørende er hva som er kjent og akseptabelt i *det legefaglige miljø*, ikke hva pasienten oppfatter som akseptabelt, jf. blant annet *Caudi equina-dommen* (Rt. 1998 s. 1538) Dommen omtales nærmere nedenfor.

⁷⁹ NOU 1992: 6 s. 94.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91

Pasienten må akseptere en viss risiko. Hva som i det konkrete tilfellet må aksepteres, vil bero på en rekke faktorer.⁸¹ Forarbeidene uttaler at Departementets forslag for øvrig viderefører Pasientskadenemndas praksis og utvalgets forslag. I følge utvalgets forslag skal rimelighetsvurderingen skje ut fra pasientens ”tidligere tilstand, sykdommens art, behandlingens betydning og risiko, og skadens art og omfang”.⁸²

Som eksempel på uakseptabel risiko nevnes i forarbeidene ”at det ved en operasjon oppstår en svært sjelden og alvorlig komplikasjon som fører til skader som ikke står i rimelig sammenheng med det forhold pasienten ble behandlet for”.⁸³ Det kan av forarbeidene synes som at regelen skal tolkes som ”særlig stor og særlig uventet”, og ikke etter ordlyden ”særlig stor eller særlig uventet”. Spørsmålet er i hvor stor grad lovens ordlyd ”særlig stor” vil være avgjørende når skaden er ”særlig uventet”.

Bestemmelsen må sees i lys av den tilsvarende bestemmelse i den midlertidige ordningen § 3 bokstav a. Det fremgår av denne at rett til erstatning foreligger når skaden er sjelden og utslag av en uakseptabel risiko. Bestemmelsens ordlyd stiller ikke krav til at skaden må være av et visst omfang.

Lødruputvalget⁸⁴ har omtalt den midlertidige ordningen. Utvalget fremholder at unntaket i § 3 bokstav a for det første må virke kumulativt med unntaket i § 3 bokstav d, slik at det bare kommer til anvendelse dersom den aktuelle behandling er adekvat. Videre heter det: ”For det annet inngår både viktigheten av inngrepet (indikasjonsstilling), skadehyppighet og skadens omfang ved vurderingen av om en risiko er akseptabel. Dersom skadeomfanget er uforholdsmessig stort sett i forhold til indikasjonsstilling og skaderisiko, gis det erstatning.” Utvalget oppsummerer sin redegjørelse slik: ”Sagt på en enkel måte, tar § 3 a sikte på å gi erstatning hvor skaden står i misforhold til det man ut fra viktigheten av inngrepet, sannsynligheten for at skade skulle inntre og skadens størrelse anses akseptabelt

⁸¹ Lødrup (1999) s. 237

⁸² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 68.

⁸³ Ibid. s. 96.

⁸⁴ NOU 1992: 6 s. 39.

for den som rammes. Denne bestemmelsen har i praksis skapt usikkerhet, men bruken av den må nødvendigvis bli skjønnsmessig.”

I sak Rt-2006-1217 henviser retten til utvalgets uttalelser. Ved undersøkelse av og behandling for hjertesykdom, ble pasienten påført disseksjon i hovedpulsåren og nerveskade i pulsåren til den ene armen. Retten kom (enstemmig) til at risikoen var akseptabel. Skadelidte ble ikke tilkjent erstatning, jf. de midlertidige reglene § 3 bokstav a.

Retten fant at ”Den forståelse av § 3 bokstav a som utvalget her gir uttrykk for, syntes å være i overensstemmelse med de avgjørelser fra Pasientskadenemnda som er fremlagt for Høyesterett.”(37) Det er også fast praksis i NPE for å legge vekt på hvor omfattende og alvorlig den oppståtte skaden er. Det legges i tillegg vekt på indikasjonsstilling og skaderisiko. Mye taler derfor for at skaden må være ”særlig stor og særlig uventet”. Jeg legger til grunn at det er slik den anvendes.

Det kan videre stilles spørsmål til om lovfesting av ordlyden ”særlig stor eller særlig uventet” vil føre til at listen for å få tilkjent erstatning settes på en litt annen måte enn etter det midlertidige regelverket. Dette blir nærmere drøftet nedenfor i punkt 4.2.7. Det kan likevel nevnes at avgjørelser etter pasientskadeloven av NPE, PSN og underretten, baseres på de samme vurderingstemaer som gjelder etter den midlertidige ordningen.

Det kan for eksempel vises til TOSLO-2006-9032. Skadelidte ble tilkjent erstatning med hjemmel i pasientskadeloven § 2 tredje ledd. I drøftelsen av den uakseptable risiko henviste retten til utvalgets uttalelse om at erstatning gis når skadeomfanget er *uforholdsmessig stort* sett i forhold til indikasjonsstilling og skaderisiko. Dette ble vurderingstemaet i drøftelsen. Retten baserte vurdering av om tilfellet forelå ved å sammenligne sakens fakta med saken i Rt-2006-1217 (som anvendte de midlertidige reglene). Da retten fant at skadens omfang sett opp mot indikasjon og risiko taler for at loven § 2 tredje ledd kom til anvendelse, var det fordi den fant at vurderingene i sitt faktiske grunnlag skilte seg fra saksforholdet i Rt-2006-1217. På denne måten blir praksis etter de midlertidige reglene videreført.

Det vil, som tidligere nevnt, ikke være skade når det tilsiktede resultat ved behandlingen ikke oppnås, dvs. når pasienten *ikke kureres for grunnsykdommen*. Det gjelder et unntak hvis den manglende helbredelse skyldes svikt i behandling. Spørsmålet er om et slikt unntak også kan gjelde hvor det ikke var svikt, men risikoen uakseptabel.

I *Jordmor-dommen* tok Høyesterett stilling til spørsmålet etter anførsel fra skadelidte, som hevdet at prinsippet også fikk anvendelse på uakseptabel risiko. NPE hevdet at den uakseptable risiko bare kan gjelde for *merskader* og *forverring* av grunnlidelsen.

Førstvoterende uttalte at atskillig kunne tale for en slik forståelse av reglene:

”Formuleringen i § 3 bokstav a) om at `skaden er en følge av en risiko ved ... behandling ... som ... må aksepteres` er lite treffende ved manglende helbredelse av grunnlidelsen.”

Førstvoterende utelukket likevel ikke at unntak kan tenkes.

Jeg skal videre ta for meg noen relevante avgjørelser som kan bidra til å belyse rekkevidden til det objektive ansvaret i tredje ledd. For oversiktens skyld skal jeg behandle de relevante momenter i følgende rekkefølge: Indikasjonsstilling, skaderisiko og skadens omfang.

Indikasjonsstilling

Er det *nødvendig å utsette en pasient for fare for å redde livet*, utløses ikke erstatningsansvar om faren manifesterer seg. Skaden er i dette tilfelle en kalkulert risiko. Dette kan begrunnes i at det ikke er noen aktuelle valgmuligheter. For at erstatning skal ytes etter tredje ledd er det forutsatt at det har vært en valgmulighet, og at skadelidte har eller burde ha kunnet foreta et valg.

Vi har flere eksempler fra rettspraksis hvor det er av sentral betydning hvor viktig operasjonen er for pasienten. Det kan blant annet vises til Rt-2006-1217 hvor dette momentet ble fremhevet. Det var av sentral betydning at det her dreide seg om en *livsnødvendig* hjerteoperasjon, og terskelen for den akseptable risiko vil da nødvendigvis

være høy. Dommen viser også at jo mer alvorlig sykdommen er, jo mer må aksepteres av risiko ved behandlingen. Dette er fordi valgmulighetene snevres tilsvarende inn. Det foreligger fast praksis fra PSN om at det ikke gis erstatning dersom behandlingen har vært livstruende nødvendig for pasienten.

Ved *mistanke* om alvorlig sykdom, må også den akseptable risiko i diagnosefasen være høyere enn ellers. Eksempel på dette finner vi i avgjørelsen i TOSLO-2005-71739. Saken gjaldt skadefølge etter operativt fjerning av svulst som viste seg å være godartet. Det ble ikke gitt erstatning. Retten uttalte at skadelidte ”på tidspunktet for behandlingen hadde en uavklart kreftsituasjon der sannsynligheten for ondartet svulst var stor. Det var med andre ord fare for en svært alvorlig grunnlidelse dersom operasjonen ikke ble gjennomført. Operativt inngrep var da ... helt nødvendig, og alternativ behandling eller utredning ville ikke vært adekvat.”

Hvor det ikke dreier seg om en livsnødvendig operasjon, men *hvor sykdomsbildet ville blitt vesentlig forverret uten behandlingen*, har det også talt for å tilkjenne erstatning. Et eksempel har vi i TOSLO-2006-9032. Det var erkjent fra nemndas side at skaden var alvorlig og omfattende. Det avgjørende spørsmål var for retten om skaden til tross for sitt omfang er et utslag av en risiko A må akseptere. Operasjonens nødvendighet vil slik retten ser det i dette tilfelle et forhold som taler mot erstatning etter tredje ledd. Avgjørelsen er et eksempel på at erstatning ytes hvor pasienten har kommet *særlig uheldig ut*. Skaden etter operasjonen hadde medført en så vesentlig forringelse av hennes helsetilstand at det var grunnlag for erstatning etter rimelighetsregelen.

Skaderisiko

Hvis skaden er ”særlig uventet”, kan dette tale for erstatningsansvar. *Caudi equina-dommen* gjaldt vurderingen av den akseptable risiko. En 26 år gammel mann hadde gjennomført en ryggoperasjon. Under operasjonen ble noen nerverøtter skadet. Det førte til at viktige funksjoner, blant annet seksualfunksjonen, ble svekket. En enstemmig Høyesterett fant at risikoen i dette tilfellet var akseptabel. Det var på det rene at

operasjonen medførte en risiko, men forholdsvis liten, rundt ca 5 %. Skaden lå i risikoens retning. En slik risiko måtte derfor anses akseptabel i forhold til grunnlidelsen. Dommen vil bli omtalt mer nedenfor, idet skadelidte hevdet at han ikke hadde fått tilstrekkelig informasjon om risikoen, og at han i så fall ikke ville ha samtykket i operasjonen.

Det kan stilles til spørsmål om det er den *konkrete* eller den *generelle* skaderisiko som er den avgjørende. Skaderisikoen ble vurdert i PSN-2005-718 som gjaldt feilplassering av skrukopp i hofte. Ca. 5 % av alle som har fått innsatt kneprotese har mer plager etter operasjonen enn før, og ca. 20 % har smerter i en eller annen grad. Til tross for at det er mer sjeldent at pasienter får kroniske smerter etter denne type operasjoner, fant nemnda at plagene var utslag av akseptabel risiko. Det er den generelle risiko som er avgjørende.

Den generelle risiko var også avgjørende i Rt-2006-1217, hvor førstvoterende uttaler ”etter mitt syn kan det ikke legges så stor vekt på at sannsynligheten for denne konkrete skaden og skadekombinasjonen er liten. Selv om skadene hver for seg – og særlig i kombinasjon – er sjeldne, er både disseksjon og nerveskade godt kjente komplikasjoner i forbindelse med angiografi og hjerteoperasjon. Det kan ikke sies å være atypiske skader A har pådratt seg. Selv om de forekommer sjelden i kombinasjon, dreier det seg om skader som må anses for påregnelige ved hjertebehandling.” Førstvoterende legger her vekt på at den aktuelle behandlingen *generelt* sett innebærer en særlig skaderisiko. Dette medfører at det skal mer til for at skade kan sies å være upåregnelig, og derved at listen for å bli tilkjent erstatning etter rimelighetsregelen settes høyere.

Dette er i stor grad i samsvar med PSN sin anførsel om at pasienten må akseptere som en del av risikoen ved å få en alvorlig og livstruende sykdom at avanserte undersøkelser også kan medføre risiko som pasienten må bære følgene av.

Ikke enhver sammenheng mellom handlingen og skaden er tilstrekkelig til å begrunne et erstatningsansvar. Skaden må være *påregnelig* for at den skal bli gjenstand for erstatning. Det kreves blant annet en viss nærhet i årsakssammenhengen, og upåregnelige skadefølger

erstattes ikke.⁸⁵ Kravet om påregnelighet er begrunnet i hensynet til skadevolderen. Erstatningsansvaret kunne ellers blitt svært tyngende. Ansvar for påregnelige skadefølger vil også ha liten preventiv effekt. Rettstekniske hensyn taler også for at de upåregnelige skadefølger ikke erstattes.

I overnevnte tingrettsdom, TOSLO-2006-9032, var det av sentral betydning at påregneligheten for den konkrete skaden måtte sies å være forsvinnende liten. I den tidligere nevnt, Oslo tingretts dom av 27. november 2006, ble skadelidte tilkjent erstatning med hjemmel i midlertidige ordning § 3 bokstav a. Skaden var etter rettens mening upåregnelig, ”kun spesialister innen Torax-kirurgi som kunne forventes å ha kunnskap om den aktuelle skademuligheten i 2002. Skademuligheten må av den grunn anses som ukjent i det medisinske miljø som planla og gjennomførte operasjonen av kvinnen.” Etter rettens uttalelser syntes det å fremgå at det er påregnelighet av den *konkrete* skaden som er det sentrale, og ikke den generelle skaderisikoen.

Det er praksis i NPE for å *skille mellom ulike skader ved samme operasjon*. For eksempel er det gitt avslag for plager som følge av ødemer etter brystkreftoperasjon, fordi dette er hyppige skader, og som omfattes av unntaket i de midlertidige reglene § 3 bokstav a, mens skader på store nerver anses svært sjeldne, med den konsekvens at NPE har funnet at skaden faller utenfor unntaksregelen. I avgjørelsen gitt i TOSLO-2003-11329, ble det lagt vekt på at tilsvarende skader i flere tilfeller har endt med erstatning i NPE. Saken gjaldt en pasient som hadde fått skadet nervus thoracicus longus under en brystkreftoperasjon med fjerning av lymfeknuter i armhulen. Pasienten ble tilkjente erstatning etter de midlertidige reglene. Retten fant at det var tvil om behandlingen var adekvat, og at skaden var så sjelden og skaden så betydelig, at unntakene i de midlertidige reglene ikke kom til anvendelse.

Dersom *tilsvarende skader har endt med erstatning* i NPE, vil dette være et moment som taler for erstatning etter loven § 2 tredje ledd. Dette var et vesentlig moment i saken i TOSLO-2003-11329, hvor skadelidte ble tilkjent erstatning etter det midlertidige

⁸⁵ NOU 1992: 6 s. 26-27.

regelsettet. Retten uttaler at ”Når det også tas hensyn til at tilsvarende skader i flere tilfeller har endt med erstatning i NPE, har ikke retten funnet det godgjort at skaden omfattes av unntakene i reglens § 3 og skadelidte har derfor krav på erstatning.” Hensynet til likebehandling tilsier at like tilfeller blir behandlet likt. Det ble også vist til at retten var i tvil om behandlingen var adekvat, noe som etter teorien, kan trekkes inn i vurderingen av unntaket i § 3 a, og dermed om erstatning bør gis.

Skadens omfang

Hvis skaden er ”særlig stor” kan dette tale for at det skal tilkjennes erstatning. En skade som er alvorlig og omfattende har betydning for hvilket risikonivå som må aksepteres.⁸⁶ Vurderingen blir da om skaden til tross for sitt omfang er et utslag av en risiko som skadelidte må akseptere. Forarbeidene⁸⁷ sier, som tidligere nevnt, at dersom skadeomfanget er uforholdsmessig stort sett i forhold til indikasjonsstilling og skaderisiko, gis det erstatning.

Et spørsmål er hvor mye som skal til for at skadeomfanget kan sies å være ”uforholdsmessig stort” i forhold til indikasjon og risiko. I sak Rt-2006-1217 gjorde Høyesterett en slik vurdering av skadeomfanget. Det var på det rene at skaden gav A store plager, blant annet i form av svekket muskelstyrke og svekket pinsettgrep. Selv om armen fortsatt kan brukes, har skaden medført at A – som arbeidet som vaktmester – er erklært 100 % arbeidsufør. Førstvoterende kom frem til at ”Selv om skaden gir betydelige plager for A, kan jeg ikke se at selve skadeomfanget er så stort at dette alene kan danne grunnlag for erstatning, når skaden sammenholdes med den livsnødvendige behandling A fikk.” Dommen viser at terskelen for den akseptable risiko er høy, når det dreier seg om livsnødvendig behandling. Skadelidte må akseptere skade som er utslag av livsnødvendig behandling, selv om skadeomfanget er betydelig. Skadeomfanget var ikke uforholdsmessig stort i forhold til indikasjonsstillingen.

⁸⁶ TOSLO-2006-9032.

⁸⁷ NOU 1992: 6 s. 39.

Ved *sjeldne, men svært alvorlige skader*, vil det være grunnlag for erstatning.⁸⁸ En slik forståelse ble lagt til grunn i sak TOSLO-2006-9032. Retten fant at skadens omfang sett opp mot indikasjon og risiko, talte for at loven § 2 tredje ledd kom til anvendelse. Retten var enig med nemnda i at smerter og nerveskader etter prolapsoperasjoner innebærer en akseptabel og kjent risiko. Retten kom imidlertid til et annet konkret resultat enn nemnda i det retten finner at ”avviket mellom As tidligere tilstand, og den meget forverrede tilstand etter inngrepet, er så vesentlig og har medført slike konsekvenser at rimelighetsvurderingen får et annet utfall enn nemnda”. Skaden måtte etter en slik vurdering anses som en svært alvorlig skade. Påregneligheten for den oppståtte skaden var ”forsvinnende liten”. Det virker som at tingretten her tøyser rimelighetsregelen langt for at den kan anvendes på forholdet. Dommen viser også at i vurderingen av skadens omfang, så vil *tilstanden før skaden inntraff* være av betydning.⁸⁹

Hvis skaden kan sies å ligge i samme retning som hensikten med behandling, kan dette tilsi at skaden ikke er så stor. Nemndas vedtak i PSN-2006-525 gjaldt feilbehandling ved operasjon for asymmetriske bryst samt reduksjon av bryststørrelse. Det ble ikke gitt erstatning. Reduksjon av brystenes størrelse var en av hovedhensiktene med operasjonen. Det forhold at disse nå er så små at de ikke står i forhold til den øvrige kroppsbygningen utgjorde ikke en uakseptabel risiko ved inngrepet.

Lødruputvalget har uttalt at størrelsen av det *økonomiske tapet* vil influere på mulighetene til å få erstatning i den konkrete sak.⁹⁰ At de økonomiske konsekvensene ikke kunne anses spesielt omfattende ble tillagt vekt i Rt-2006-1217. Skadelidte ble etter skaden 100 % uføretrygdet, men dette medførte ikke større tap en cirka 100.000 kroner brutto i året. Førstvoterende uttaler at ”De økonomiske konsekvensene av uførepensjoneringen kan ikke anses spesielt omfattende, siden han ble ufør i relativ høy alder.”

⁸⁸ NOU 1992: 6 s. 94.

⁸⁹ Se også Oslo tingretts dom av 27. november 2006.

⁹⁰ NOU 1992: 6.

5.8.1 Informasjonssvikt - manglende samtykke

I vurderingen av den akseptable risiko skal det ”legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd”, jf. pasientskadeloven § 2 tredje ledd siste punktum.

Pasientens rett til informasjon er begrunnet i flere hensyn. For det første er informasjon nødvendig for å kunne ivareta egne interesser, både i forhold til behandling og i andre sammenhenger. For det andre er informasjon en forutsetning for at pasienten kan samtykke til helsehjelp. For det tredje er informasjon nødvendig for å kunne medvirke på en effektiv måte.

Det kan spørres om hvor langt informasjonsplikten skal strekke seg med hensyn til *risiki som inntreer sjeldent*. Som hovedregel skal pasienten samtykke til helsehjelp, jf. § 4-1 i pasientrettighetsloven. Unntak gjelder i forbindelse med f.eks. trafikkulykker, ved bevisløshet og lignende. Samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende. Informasjonskravet er lovfestet i pasientrettighetsloven § 3-2 første ledd, som sier at pasienten ”skal ha den informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Pasienten skal også informeres om mulige risikoer og bivirkninger.” Ordlyden taler for at det skal gis opplysninger om enhver risiko. Det går likevel en grense. Legene bør informere pasientene om en risiko over 1 %, mens et tilsvarende krav ikke nødvendigvis kan stilles når risikoen er under 1 %.⁹¹

Bestemmelsen må alltid sees i forhold til at pasienten har stått overfor et *valg*.⁹² Det betyr at det ikke blir gitt erstatning etter tredje ledd for diagnoseskader. At en lege eksempelvis ikke ser at en pasient har kreft, fortsetter behandlingen og pasienten dør, omfattes ikke.

Om bakgrunnen for bestemmelsen uttaler forarbeidene⁹³ at ”det skal legges vekt på den informasjon pasienten har fått i rimelighetsvurderingen. Selv om det medisinsk måtte være

⁹¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99)

⁹² Storvik (2006)

⁹³ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91.

riktig å ta en kalkulert risiko, kan dette altså utløse erstatningsplikt dersom pasienten ikke er tilstrekkelig informert.” Loven åpner for at risikoen kan være kalkulert fra helsevesenets side, mens pasienten ville ha avstått fra å ta risikoen om han hadde blitt informert om den på forhånd. Ansvarsgrunnlaget knyttes her til *hypotetiske årsaksbetraktninger*, dvs. en vurdering av om pasienten – dersom han hadde fått den nødvendige informasjon – likevel ville ha samtykket til behandlingen. I så fall foreligger det ikke årsakssammenheng mellom den unnlatte informasjon og skaden.

En slik vurdering av *hypotetisk samtykke* ble gjort i *Caudi equina-dommen*. Det var enighet i Høyesterett om at mannen ikke hadde fått tilstrekkelig informasjon om risiko forbundet med inngrepet. Vurderingstemaet ble angitt til å være hva den individuelle pasient (mann på 26 år) ville ha gjort om han hadde fått vite at inngrepet medførte risiko for skade på nerverøtter med innvirkning på blant annet seksualfunksjonen. Høyesteretts flertall (tre dommere) la til grunn at pasienten ville ha gitt sitt samtykke selv om han hadde fått tilstrekkelig informasjon, til tross for at han bestred dette. Mindretallet (to dommere) fant at det var årsakssammenheng mellom det manglende samtykket og skaden.

Poenget i årsakskravet vil etter avgjørelsen være hvorvidt pasienten ut fra en slags *sannsynlighetsberegning* ville tatt sjansen på behandlingen om han hadde kjent risikoen. Sannsynligheten for hva skadelidte ville ha gjort må *vurderes objektivt* og ikke bare i lys av hva han gir uttrykk for i dag, selv om vurderingen skal tilstrebes å være konkret og objektivt.

Det kan stilles spørsmål til om hva som skal veie tyngst av årsakskravet Høyesterett stiller og regelen i tredje ledd. *Cauda equina-dommen* ble avsagt før pasientrettighetsloven av 1999 ble vedtatt, og den gang stod ikke samtykkekravet like sterkt som det gjør i dag. Det fremgår av juridisk teori at de nye prinsippene i pasientrettighetsloven må tillegges stor vekt når man skal fastlegge det juridiske årsaksbegrepet.⁹⁴

⁹⁴ Nygaard (2000) s. 468-469 og Rasmussen (2006)

Dette virker å stemme overens med nyere praksis i tingretten. Det kan eksempelvis vises til avgjørelsen i TOSLO-2005-146707, som gjaldt spørsmål om erstatningsplikt for skade ved innsetting av kunstig hofte. Det forhold at skadelidte i ung alder var hofteoperert og at benlengden nå ville bli korrigeret i forbindelse med operasjonen, kan ha medført økt risiko for uheldige følger. Dette ble hun imidlertid ikke informert om. Skadelidte ble tilkjent erstatning etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd. Retten legger særlig vekt på *mangelen på informasjon om risikoelementene*. Det uttales at ”Informasjonsplikten er så vesentlig at unnlattelse av å overholde denne teller tungt i rettens vurdering.” Retten er enig med skadelidte i at om hun hadde kjent til de ulike risikoer, ville hun i alle fall tenkt seg om ytterligere slik at operasjonen mest trolig ville blitt utsatt.

Retten påpeker at ”For det første bør domstolene generelt være tilbakeholdne med å legge til grunn hypotetisk samtykke. For det andre – uten slik tilbakeholdenhet – vil lett informasjonsplikten undergraves.” Avgjørelsen viser at det legges stor vekt på informasjonssvikt, og at det skal mye til for at hypotetisk samtykke kan sies å foreligge.

PSN syntes imidlertid å fastholde på sin praksis. Det kan for eksempel vises til PSN-2005-185, som gjaldt skade etter ryggoperasjon. Det fremgikk av journalnotat at pasienten mottok informasjon om hva inngrepet innebar, og at det innebar en viss risiko. Ifølge uttalelse fra sykehuset, blir det vanligvis gitt informasjon om mulighet for nerverotskade. Det ble ikke tilkjent erstatning. Nemnda viste til Rt-1993-1169 og Caudi equina-dommen, der Høyesterett uttaler at det må være *rom for skjønn fra legens side* med tanke på hvilken informasjon som skal gis i det enkelte tilfellet. Det ble også vist til Høyesteretts uttalelse i Caudi equina-dommen, om at man *ikke må stille for strenge krav til sannsynliggjøring* av at pasienten med tilstrekkelig informasjon ville ha valgt å ikke la seg operere. Det er ikke tilstrekkelig å vise til hva pasienter flest ville ha valgt å gjøre, idet det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Nemnda konkluderer med at det i dette tilfellet ”ikke er nødvendig å gå nærmere inn på om det foreligger informasjonssvikt, idet det under enhver omstendighet legges til grunn som

mest sannsynlig at pasienten også med informasjon om risikoen for den aktuelle komplikasjon ville ha valgt å gjennomføre behandlingen”. Nemnda syntes å legge mer vekt på årsakskravet Høyesterett stiller, enn på regelen i tredje ledd. Det medfører at det skal mer til for å oppnå erstatning på objektivt grunnlag.

Sannsynlighetsberegningen i den hypotetiske årsaksbetraktning må rimeligvis være nært knyttet til den faglige risikokalkulering. I overnevnte tingrettsdom⁹⁵ bemerket retten at ”flertallsformen `risiki` ikke bare omfatter de statistisk uheldige følger som kan inntre ved en operasjon, men omfatter, slik vanlig ordbruk er, også en vurdering av alvorlighetsgraden av de uheldige omstendighetene som kan inntre, dvs. en kombinasjon av statistikk og alvorlighetsgrad”. Dette innebærer at selv om sjansene for en uheldig følge prosessuelt er svært liten, vil ”risikoen” kunne fortone seg som stor dersom følgen vil være svært alvorlig for pasienten.

5.8.2 Innebærer ”sikkerhetsventilen” et videre ansvarsgrunnlag enn det som gjaldt etter de midlertidige reglene?

Den tilsvarende bestemmelse i den midlertidige ordning er gitt i § 3 bokstav a. Denne innebærer at skader som er en følge av en kjent risiko (kjent i det medisinske miljø), ikke gir pasienten rett til erstatning, dersom risikoen må aksepteres ut fra den medisinske kunnskap som forelå på skadetidspunktet. Bokstav a er imidlertid ikke et eget ansvarsgrunnlag, den må ses i sammenheng med bokstav d og e. Etter disse, skal det ikke ytes erstatning når behandlingen har vært adekvat.

Når `hva som kan aksepteres` knyttes til den medisinske kunnskap på skadetidspunktet, vil følgene av ukjente risikofaktorer måtte bæres av pasienten. Etterpåklokskap skal ikke ramme sykehuset. Det er her en forskjell mellom den midlertidige ordning og loven § 2 tredje ledd, siden lovens bestemmelse gir rett til erstatning på rent rimelighetsgrunnlag. Saken i LG-2004-11367 omhandlet erstatning etter den midlertidige ordningen. Skadelidte

⁹⁵ TOSLO-2005-146707

hadde bl.a. anført at det måtte foretas en rimelighetsvurdering. Retten var ikke enig i det. I sin begrunnelse viste retten til lovens forarbeider⁹⁶ og la til grunn ”at de midlertidige reglene ikke hadde noen regel som ga rett til erstatning på rent rimelighetsgrunnlag. En slik bestemmelse kom imidlertid inn med den nye loven, i § 2 tredje ledd.” Hvis den midlertidige ordningen ikke har noen tilsvarende rimelighetsregel, vil det tale for at ”sikkerhetsventilen” gir et videre ansvarsgrunnlag enn det som tidligere gjaldt.

Er en skade et utslag av en uakseptabel risiko, skal det imidlertid etter nemndas praksis ytes erstatning uansett om et av de andre unntaksbestemmelser i de midlertidige reglene § 3 får anvendelse, jf. for eksempel avgjørelsen i PSN-2006-411. Dette er i strid med ordlyden, og gjør på sett og vis bokstav a til et eget ansvarsgrunnlag. En slik praksis syntes å være mer i overensstemmelse med den loven gir anvisning for. Dette kan føre til at forskjellene ikke bli så store likevel. Til støtte for dette syn har det i juridisk teori⁹⁷ blitt hevdet at det er feil i forarbeidene når det står at de midlertidige reglene ikke hadde en rimelighetsregel. Det begrunnes med at en slik regel ble dannet i nemndas praksis.

På den annen side så har Høyesterett i flere dommer trukket opp en snevrere grense for anvendelsen av § 3 bokstav a så lenge det foreligger grunnlag for unntak fra erstatningsplikt etter § 3 bokstav d. Av de saker som er blitt forelagt Høyesterett og som gjelder spørsmålet om erstatningsansvar for uakseptabel risiko, har ingen erstatningskrav ført frem. Det kan her vises til Jordmor-dommen, Caudi equina-dommen og Rt-2006-1217.

Som tidligere nevnt, har loven ordlyden ”særlig stor eller særlig uventet”, jf. § 2 tredje ledd. Den midlertidige ordningen sier ikke noe om skadens omfang, men det er fast praksis for at skadeomfanget er et sentralt moment i vurderingen av den akseptable risiko. Det er også praksis for at skaden må være særlig stor og særlig uventet. Et spørsmål er om lovfesting av ordlyden ”særlig stor eller særlig uventet” vil medføre at ansvar utvides.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 67.

⁹⁷ Jørstad (2004)

Ut fra forarbeidene til loven er det ikke grunn til å tro at "sikkerhetsventilen" vil føre til en utvidelse av ansvarsgrunnlaget.⁹⁸ Selv om det nå er blitt en del avgjørelser etter loven, så er det ut fra disse vanskelig å se noen forskjeller. Etter samtale med NPE⁹⁹ kom det frem at det er en mulighet for at det er en liten forskjell, men så langt kan man ikke se at det er en klar endring i praksis.

Det kan ikke trekkes noen klar konklusjon etter dette, men den trekker i retning av at "sikkerhetsventilen" på sikt kan medføre et videre ansvarsgrunnlag enn det som gjaldt etter de midlertidige reglene.

5.9 Erstatningsmessig tap

Etter pasientskadeloven § 2 første ledd stilles det krav om at pasienten (eller evt. tredjemann) må ha "lidt tap" som følge av pasientskaden.

Det følger av pasientskadeloven § 4 at "for tapsutmåling, skadelidtes medvirkning m.v. gjelder lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatningsloven og alminnelige erstatningsregler". Erstatning for personskader reguleres i skl. kapittel 3. Skadelidte kan kreve erstattet både tap av økonomisk og ikke-økonomisk art. Dette gjelder dog ikke oppreisning etter pasientskadelovens organer.

Både påløpte utgifter, lidt innteksttap, utgifter i fremtiden og tap i fremtidig erverv kan kreves dekket etter skl. § 3-1. Erstatning for tap av forsørger reguleres i skl. § 3-4.

Ved menerstatning kan det gis erstatning for ikke-økonomisk tap etter skl. § 3-2. Vilkårene for at skadelidte skal ha krav på menerstatning er at skadelidte har fått "varig og betydelig skade av medisinsk art" At skaden må være betydelig innebærer at invaliditeten må være minst 15 %.¹⁰⁰

⁹⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 67-68 og s. 91.

⁹⁹ Intervju med avd.dir. Jan Storvik (22. mars 2007)

¹⁰⁰ Lødrup (1999) s. 495

Det foreligger ikke noen maksimalgrense for hvilke tap som kan erstattes etter pasientskadeloven § 4.

6 Vurdering og konklusjon

Jeg vender når tilbake til spørsmålet som ble stilt innledningsvis om hvor langt det objektive ansvaret ved pasientskader rekker. Spørsmålet blir besvart ved å se hvilke skader som omfattes av ansvaret og hvilke som faller utenfor. For å vurdere ansvarets rekkevidde kan det spørres om lovens regler gir det objektive ansvar et utvidet eller innsnevret anvendelsesområde i forhold til det som tidligere gjaldt.

Det at objektivt ansvar for pasientskader nå er lovfestet har vekt i seg selv.

Med tiden vil loven omfatte all helsepersonell. Det objektive ansvaret vil da kunne anvendes på et større område. Loven vil innebære en klar styrking av rettsvernet for de pasientgrupper som hittil har falt utenfor pasientskadeloven og den midlertidige ordningen. Det er også av betydning at ansvaret etter loven gjelder for psykiske skader og tredjemannstap.

Selv om det kan fastslås ansvar på objektivt grunnlag for pasientskade, kan andre forhold medføre at det likevel ikke blir tilkjent erstatning. Det objektive ansvaret dekker bare pasientskader som har medført et økonomisk tap på minst kr. 5000. Alminnelig erstatningsrett har ikke en nedre grense for økonomiske tap. En lovfesting av beløpsgrensen medfører med dette at anvendelsesområdet til det objektive ansvaret innsnevres.

Etter pasientskadeloven § 2 bokstav c om smitte/infeksjon, syntes Pasientskadenemnda å kreve at det skal ha skjedd noe irregulært i behandlingen. Det kan virke som det objektive ansvaret her snevres inn til å være et mer objektivisert ansvar.

Ved skade etter anbefalte eller påbudte vaksiner kan det virke som at interesseavveininger kan overstyre årsakssammenhengskravet. Dette vil føre til at det objektive ansvaret kan få en større rekkevidde.

Lovfesting av ordlyden ”særlig stor eller særlig uventet” i loven § 2 tredje ledd, kan tale for et noe videre ansvar. Praksis kan til nå ikke sies å medføre noen forskjell.

Praksis kan gi det objektive ansvaret et utvidet anvendelsesområde.

Når det gjelder informasjonssvikt etter loven § 2 tredje ledd, syntes nemnda å legge mer vekt på årsakskravet Høyesterett stiller enn på regelen i tredje ledd. Det medfører at det objektive ansvaret ikke omfatter skader hvor det kan legges til grunn hypotetisk samtykke.

Det objektive ansvaret omfatter videre de skader som har oppstått under behandling, hvor skadeårsaken ikke kan bringes på det rene. Jeg viser her til den særlige bevisregel i loven § 3 første ledd. Bestemmelsen kan sies å være en videreføring av ulovfestet rett og Pasientskadenemndas prinsipp. Sann sett kan ikke lovfestingen sies å medføre en utvidelse av ansvaret. Det er imidlertid nytt at bevisregelen gis i en egen bestemmelse i pasientskadeloven. Pasientskadenemnda og domstolenes praktisering av bestemmelsen vil avklare om vi her vil stå overfor en reell endring.

Høyesterett syntes å være strengere enn de øvrige avgjørelsesorganene i sine vurderinger av om objektivt ansvar foreligger. Dette kan ha sammenheng med at Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grunnloven § 88. Når Høyesterett har truffet en avgjørelse, vil den som regel bli fulgt i lignende tilfeller, og etter hvert gro fast som en del av gjeldende rett. Det er domstolsskapte regler og prinsipper som utgjør grunnstammen i vår erstatningsrett. Selv om området nå er lovregulert, består loven mest i en kodifisering av de prinsipper som rettspraksis allerede har funnet fram til på egenhånd.

6.1 De lege ferenda

Slik loven fremstår i dag, mener imidlertid jeg, at den ikke innebærer den styrkingen av pasienters erstatningsrettslige vern som var forutsatt den gang det ble besluttet å lovfeste et objektivt erstatningsansvar for behandlingsskader i helsesektoren.

Erstatningsreglene innebærer en avveining av skadelidtes interesse mot samfunnets interesse i å kunne bruke pengene på andre formål. Hvor mye penger skal man for eksempel flytte fra aktiv pasientbehandling, mange pasienter står i kø for å bli behandlet. Da lovgiver ikke ønsket å gi et fullstendig objektivt ansvar for pasientskader, var det fordi det ville koste for mye. Det er viktig at også andre forhold innen helseretten prioriteres. Det kan likevel reises innvendinger mot ressursbruken slik den er i dag.

Det har den siste tiden gjentatte ganger vært uttalt i media at tallet på pasientskader som voldes i den norske helsesektoren er betraktelig høyt. Dette kan ha sammenheng med flere forhold. Blant annet kan det skyldes at flere fremsetter erstatningskrav enn tidligere. At flere skulle fremsette krav, var også et av målene bak erstatningsordningen. Det store tallet på pasientskader kan imidlertid også skyldes helsesektoren selv. Når det har skjedd en pasientskade blir det vanligvis ikke iverksatt etterforskning av forholdet. Pasientskadeloven stiller ikke vilkår om skyld fra helsevesenets side for å tilkjenne erstatning. Erstatning blir automatisk utbetalt når NPE finner at ansvarsgrunnlag foreligger, og dermed er saken ute av verden.

Det er da lettere for helsevesenet å skjule sine feil. Foreligger det ikke fare for sanksjoner, oppnås ofte heller ingen prevensjonsvirkning. Man får ikke silt ut de faglig uegnede i helsevesenet. At det er en slik ulempe med ordningen er det støtte for i juridisk teori.¹⁰¹ Mye taler for at tallet på pasientskader og erstatningsutbetalinger vil kunne synke dersom det iverksettes nærmere etterforskning av forholdene. Og i takt med synkende antall erstatningsutbetalinger, kan man anvende ressursene på andre forhold.

¹⁰¹ Kjøenstad

7 Litteraturliste

Syse, Førde og Førde *Medisinske feil*. Oslo, 2000

Kjønstad, Asbjørn *Helserett*. 1 utg. Oslo, 2005

Lødrup, Peder *Lærebok i erstatningsrett*. 4 utg. Oslo, 1999

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

Syse, Aslak *Helserettslige dommer siden 1985 I: Lov og Rett* (2004) s. 387

Nøkleby *Nye regler om pasientskader – betydning for forsikringsselskapene I: Tidsskrift i erstatningsrett* (2004) s. 154

Reiersen, Nina *Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester I: Tidsskrift i erstatningsrett* (2004) s. 123

Kjønstad, Asbjørn *Objektivt erstatningsansvar I: Tidsskrift i erstatningsrett* (2004) s. 97

Herredsvela, Per Kåre *Pasientskadeerstatning I: Norsk Lovnøkkel*, Oslo (Ad Notam Gyldendal) 1995

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

Storvik, Jan *Erstatning ved feildiagnose en kommentar I: Tidsskrift i erstatningsrett* (2006) Nr. 1-2.

Jørstad, Rolf Gunnar *Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester I:*
Tidsskrift i erstatningsrett (2004) Nr. 2-3.

Personlige meddelelser

Syse, Aslak *Kort notat om skadebegrepet, årsaksforhold og unntaksregeler mv.* (4. februar 2007)

Storvik, Jan (avdelingsdirektør i NPE) Telefonsamtale. 22. mars 2007

Rapporter og undersøkelser

Norsk Pasientskadeerstatning, *Pasienttilfredsundersøkelsen*, 2003

Norsk Pasientskadeerstatning, *Årsmelding* 2006

Lovregister

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

Lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernsloven) av 5. august 1994 nr. 55.

Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 63.

Lov om skadeerstatning (skadeerstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26.

FOR 2002-12-20 nr 1625: Forskrift om Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda.

Forarbeider

- NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader
- Ot.prp. nr. 31 (1998-99) Lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven).
- Innst. O. nr. 68 (2000-2001) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved Pasientskader m.v. (Pasientskadeloven)

Norsk Rettstidende

- Rt-2006-1217
- Rt-2005-1050
- Rt-1999-90
- Rt-1998-1336
- Rt-1998-1538
- Rt-1993-1169
- Rt-1992-64
- Rt-1992-963
- Rt-1990-768
- Rt-1989-674
- Rt-1980-1299
- Rt-1978-482
- Rt-1960-841
- RG-1959-150

Underrettspraksis

LG-2004-11367

TOSLO-2006-9032

TOSLO-2006-85867

TOSLO-2005-90049

TOSLO-2005-71739

TOSLO-2005-146707

TOSLO-2003-11329

Oslo tingretts dom av 27. november 2006

Forvaltningspraksis

PSN-2006-349

PSN-2006-109

PSN-2006-16

PSN-2006-411

PSN-2005-718

PSN-2005-185

PSN-2005-67

PSN-2005-879

PSN-2005-587

PSN-2005-435

PSN-2005-674

PSN-2005-17

NPEs vedtak av 21. november 2006