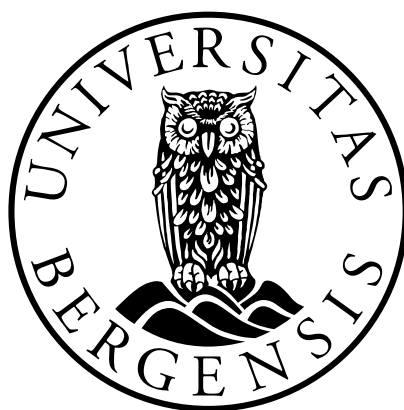


Pasientskadeloven § 2 tredje ledd

– med vekt på en analyse av praksis fra Pasientskadenemnda

Kandidatnummer: 113

Antall ord: 14 976



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	1
1.1 Tema	1
1.2 Problemstillinger og perspektiv	1
1.3 Presiseringer og avgrensninger	2
1.4 Rettskilde og metode	2
1.5 Begrepsavklaringer	5
1.6 Fremstillingen videre	6
2. Hovedelementene i bestemmelsen	8
2.1 Utviklingen av pasientskadeloven § 2 tredje ledd	8
2.2 Hensyn bak rimelighetsregelen.....	10
2.3 Erstatningsvilkårene	11
2.3.1 Oversikt.....	11
2.3.2 Særlig stor skade	13
2.3.3 Særlig uventet skade	14
2.3.4 Skaden er ikke utslag av en risiko pasienten må akseptere.....	18
2.4 Tilstrekkelig informasjon	22
2.5 Øvrige vilkår.....	26
3. Utvalgte typetilfeller – analyse av praksis	29
3.1 Begrunnelse for utvalget.....	29
3.2 Fødselsskader.....	29
3.3 Skader ved kreftbehandling	33
3.4 Ryggskader	35
3.5 Oppsummering	38
4. Komparativt perspektiv	39
4.1 Utvalg: svensk og dansk rett.....	39
4.2 Prosessuelle og institusjonelle forhold	39

4.3 Rimelighetsregelen	40
4.3.1 Svensk rett – patientskadelagen 6 §	40
4.3.2 Dansk rett – kel. § 20	42
5. Samlende betraktninger	44
5.1 Oppsummering	44
5.2 Refleksjoner.....	45
Referanser.....	47
Lover.....	47
Forskrifter	47
Svenske og danske lover.....	47
Forarbeider.....	48
Svenske og danske forarbeider	48
Rettspraksis.....	48
Høyesterettspraksis	48
Underrettspraksis	48
Praksis fra Pasientskadenemnda	49
Juridisk litteratur.....	55
Elektroniske kilder.....	58
Personlige meddelelser	58
Liste over figurer	59

1. Innledning

1.1 Tema

Tema for oppgaven er det erstatningsrettslige vernet etter pasientskadeloven¹ (passkl.) § 2 tredje ledd. Erstatning for skader påført pasienten kan kreves når skaden er særlig stor eller særlig uventet, og som ikke kan anses som utslag av en risiko pasienten må akseptere.

Hovedregelen er at pasienter kan kreve erstatning når skaden skyldes svikt ved ytelsen av helsehjelpen. Passkl. § 2 tredje ledd er et unntak fra dette. Den anvendes i situasjoner hvor det ikke kan påvises svikt ved behandlingen. Den åpner for å tilkjenne erstatning i andre tilfeller. Bestemmelsen anviser en rimelighetsregel. Erstatning gis når det ikke er rimelig at pasienten selv bærer følgene av skaden. Et eksempel kan være at en kvinne får en svært sjelden nerveskade i ryggen ved spinalbedøvelse under et keisersnitt. Et resultat av det kan være at hun får redusert livsutfoldelse og ervervsevne. En slik skade vil være særlig stor, særlig uventet og utenfor en risiko som må aksepteres.

Fra 2007 til 2016 har det i gjennomsnitt økt med 216 erstatningskrav per år. I 2016 mottok Norsk pasientskadeerstatning (NPE) 5629 saker om erstatning.² Svikt i behandlingen er den vanligste grunnen til at pasienter får medhold (54 prosent). Av alle medholdsvedtak fra 2007–2016 var det 2 prosent som fikk medhold etter passkl. § 2 tredje ledd.³ Det skal forsøkes å antyde noen grunner til at medholdsprosenten etter bestemmelsen ligger på et så lavt nivå sammenlignet med andre behandlingsfeil. Bestemmelsen retter seg til skader som rammer den skadelidte på en svært alvorlig måte.

1.2 Problemstillinger og perspektiv

Oppgavens hovedproblemstilling er å finne ut hvor langt passkl. § 2 tredje ledd rekker. Det legges vekt på å kartlegge mønstre av praksis fra Pasientskadenemnda (Nemnda). Problemstillingen deles opp i en beskrivelse av *vilkårene og momentene* som anvendes i vurderingen av om bestemmelsen kommer til anvendelse. I tillegg vil det vurderes hvor «*terskelen*» for erstat-

¹ Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv.

² Hentet fra npe.no (under fanen pasientsikkerhet og statistikk).

³ E-post med Mette Willumstad Thomsen, seniorrådgiver i NPE.

ning ligger etter passkl. § 2 tredje ledd. Med «terskel» menes en samlebetegnelse på hvor omfattende og uventet skaden må være for at erstatning kan kreves. En nærmere forklaring blir gjort i punkt 1.5.

Unntaksbestemmelsen skal brukes når det vil virke støtende på rettsfølelsen ikke å tilkjenne erstatning. Frem til dags dato (31.05.17) er det kun NPE og Nemnda som har tilkjent erstatning etter bestemmelsen. Høyesterett har aldri tilkjent erstatning etter den. Derfor er det av interesse å undersøke om den anvendes i tråd med lovgivers intensjon.

Hovedproblemstillingen suppleres av en vurdering av om noen av *typetilfellene* kommer ut i en spesiell stilling, ved å ha et særlig sterkt vern eller særlig svakt vern for erstatning. Problemtillingene skal belyses fra et rent juridisk (rettsdogmatisk) perspektiv, ved å forklare hvordan passkl. § 2 tredje ledd anvendes i dag.

Oppgaven har også et *komparativt perspektiv*. Det vil forklares hvordan rettstilstanden er for Sverige og Danmark. Retts- og samfunnsutviklingen på området for pasientskade har på flere måter vært parallell i Norge, Sverige og Danmark. Derfor er det av interesse å vurdere den norske regelen opp mot tilsvarende regulering i våre to naboland.

1.3 Presiseringer og avgrensninger

Etter passkl. § 2 tredje ledd legges det vekt på om pasienten har fått informasjon om risikoen for skade. Av den grunn vil oppgaven handle om informasjonsplikt etter pasient- og brukerrettighetsloven⁴ (pbrl.), men loven vil hovedsakelig bli omtalt under temaet om informasjonsplikt etter passkl. § 2 tredje ledd i punkt 2.4. Siden oppgaven handler om ansvarsgrunnlag, vil det avgrenses mot de andre erstatningsvilkårene, utmåling og adekvat årsakssammenheng. Det vil kun redegjøres for disse kort i punkt 2.5.

1.4 Rettskilde og metode

Pasientskadeloven trådte i kraft 1. januar 2003. Før loven trådte i kraft, gjaldt det en midlertidig ordning fra 1. januar 1988.⁵ Rettskildene etter den midlertidige regelen i § 3 bokstav a har

⁴ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.

⁵ Forskrift 1. januar 1988 nr. 4458 om regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker.

fremdeles relevans ved tolkningen av passkl. § 2 tredje ledd. Bakgrunnen er at grunntrekkene ved den tidligere regelen er videreført. Dette utdypes nedenfor.

De sentrale *forarbeidene* til passkl. § 2 tredje ledd er NOU 1992: 6 *Erstatning ved pasientskader*, Ot.prp. nr. 31 (1998–99) *Om lov om erstatning ved pasientskader* og notatet som Arbeidsgruppen utarbeidet 17. august 1987.

I *Cellegift* (Rt. 2013 s. 653) ble det vist til Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 63, hvor det ble lagt til grunn at «pasientskadelovens regler om ansvarsgrunnlag [bør] være omtrent like strenge som i de midlertidige reglene» (avsnitt 29). Grunntrekkene etter den midlertidige regelen § 3 bokstav a er derfor videreført. *Cellegift* er den eneste *høyesterettsdommen* med passkl. § 2 tredje ledd som rettsgrunnlag. En kvinne gjennomgikk en cellegiftkur under behandling av kreft, og fikk en infeksjon som resulterte til hjernesvinn og død. Dødsårsaken var en «særlig stor eller særlig uventet» følge av cellegiftbehandlingen, jf. passkl. § 2 tredje ledd. Problemstillingen var om skaden var «utslag av en risiko som pasienten må akseptere». Høyesterett la til grunn at uventede og store skader, også dødsfall, er en akseptabel risiko ved livstruende sykdom. De etterlatte fikk ikke erstatning.

Tollefsen (Rt. 2011 s. 549), *Sarkom* (Rt. 2008 s. 218) og *Angiografi* (Rt. 2006 s. 1217) har den midlertidige regelen § 3 bokstav a som rettsgrunnlag. Avgjørelsene har overføringsverdi ved tolkningen av passkl. § 2 tredje ledd, ettersom grunntrekkene er videreført i bestemmelsen. I *Tollefsen*-dommen fikk en pasient invalidiserende smerte og diaréplager etter at det ble fjernet en svulst som legene feilaktig trodde var kreft. Høyesterett kom til at skadene var påregnelige. Operasjonen skulle bli gjennomført, og det var ingen holdepunkter for at problemene ikke ville komme ved et senere tidspunkt. I *Sarkom*-dommen hadde pasienten en alvorlig kreftsykdom, og fikk svært store skader etter cellegift- og strålebehandling. Skadene var utslag av en kjent risiko som var akseptabel. Erstatning ble ikke tilkjent. I *Angiografi*-dommen fikk en mann en varig skade som resulterte i 100 prosent ervervsmessig uførhet etter en hjerteoperasjon. Skadene ble ansett påregnelige til tross for at de var sjeldne. Ettersom det var en livsviktig operasjon, var skadene utslag av en risiko som måtte aksepteres.

Erstatningskrav etter passkl. § 2 tredje ledd rettes først til NPE, hvor Nemnda er klageorgan etter passkl. § 15 første ledd første punktum. Før vedtaket går til domstolsbehandling må det ha vært gjennom denne toinstansbehandlingen etter passkl. § 18 første ledd første punktum.⁶

I noen tilfeller tillegges nemndspraksis vekt for Høyesterett, se *Sarkom* (Rt. 2008 s. 218) og *Angiografi* (Rt. 2006 s. 1217). I *Angiografi*-dommen henviste retten til *Skygge* (Rt. 2005 s. 1757), som var den første kjennelsen som stadfestet synspunktet. I *Skygge* ble skadelidtes kne-skade ansett som en yrkesskade etter yrkesskadeforsikringsloven.⁷ Førstvoterende uttalte følgende:

«Etter mitt syn må avgjørelser av Trygderetten tillegges vekt i den utstrekning *de kan tas som uttrykk for eller har gitt seg utslag i en fast og konsistent praksis*. Det som måtte være uttalt i den enkelte avgjørelse, kan derimot ikke tillegges selvstendig rettskildemessig betydning.» (avsnitt 45)

Kjennelsen har derfor betydning for spørsmål om vekt av praksis fra NPE og Nemnda, selv om den gjaldt Trygderettens praksis. Ved saker som har gitt seg utslag i en fast og konsistent praksis vil domstolene være tilbakeholdne med å overprøve Nemndas vedtak. I rettslitteraturen anføres det at dersom praksis skal tillegges selvstendig vekt, er det et behov for å begrunne dette konkret ved den enkelte sak. Det anses ikke nok å kun begrunne det med at praksis er fast og konsistent, se Ikdahl.⁸ På bakgrunn av dette skal jeg forsøke å antyde et mønster i praksis, for å legge til grunn om praksis har rettskildeværdi eller eksempelverdier. Det vil derfor analyseres om det er en fast og konsistent praksis som er i tråd med andre kilder. Hvis den er det, tillegges den rettskildemessig vekt.⁹ Jeg vil stedvis knytte noen bemerkninger til hvordan jeg betrakter praksis opp mot hensyn bak passkl. § 2 tredje ledd.

Reelle hensyn er et fellesord om vurderinger av hva som er rimelig eller rettferdig. Det kan anses som «produkter av rettsanvenderens egne overveielser».¹⁰ Det blir også omtalt som vurderinger av resultatets godhet.¹¹ Passkl. § 2 tredje ledd åpner for at reelle hensyn trekkes inn i vurderingen. Vilklårene gir anvisning på at det skal foretas en rimelighetsvurdering. Når det ikke foreligger svikt ved helsehjelpen, kan bestemmelsen unntaksvis medføre erstatning når

⁶ Syse (2017) s. 113.

⁷ Lov av 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring.

⁸ Ikdahl (2016) s. 319–320.

⁹ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 103.

¹⁰ Eckhoff ved Jan E. Helgesen (2001) s. 24.

¹¹ Eckhoff ved Jan E. Helgesen (2001) s. 371.

pasientskaden ikke anses som en risiko som må aksepteres. Synspunktet har støtte i forarbeidene. Når de andre reglene i pasientskadeloven gir et urimelig resultat, vil passkl. § 2 tredje ledd vurderes.¹² Den er ikke en *ren* rimelighetsregel. Høyesterett la til grunn i *Cellegift* (Rt. 2013 s. 653) at «[t]vert imot angir ordlyden en begrenset rimelighetsvurdering etter de angitte skjønnsmessige vilkårene» (avsnitt 20).

Rettslitteraturen om passkl. § 2 tredje ledd er begrenset. Det er ingen bøker som kun omhandler regelen. Boken som i størst grad tar opp temaet er «Pasientskaderett: pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner» utgitt i 2011 av redaktørene Syse, Kjelland og Jørstad. Bergsjø har skrevet en artikkel om passkl. § 2 tredje ledd. Aschehoug har også skrevet en artikkel om bestemmelsen, som bygger på hennes masteroppgave som ble levert 2010. Reiersen og Jørstad skrev kort om regelen i sine artikler om pasientskadeloven. Storvik skrev en artikkel om erstatning ved feildiagnose, hvor regelen kort ble beskrevet. Eksisterende litteratur bidrar til å beskrive generelt om bestemmelsen og vilkårene. Det bidrar ikke til å gi en inngående beskrivelse av andre momenter som anvendes i vurderingen. Videre bidrar det ikke til en inngående beskrivelse av hvordan regelen behandles ved ulike skader. På bakgrunn av dette skal oppgaven belyse de områder som er lite dekket i litteraturen.

1.5 Begrepsavklaringer

Her forklares begreper som brukes gjennomgående i oppgaven. En «pasient» er en person som er under medisinsk behandling. En «pasientskade» er en uønsket og utilsiktet fysisk og/eller psykisk smerte, tap, tort eller mén som er påført pasienten som følge av manglende nødvendig medisinsk behandling eller av medisinsk behandling.¹³ Dette faller innenfor passkl. § 2 tredje ledd.

Det skilles mellom skader og komplikasjoner. En *skade* er en hendelse som bør unngås ved forsvarlig behandling. Dette omfattes av passkl. § 2 tredje ledd. En *komplikasjon* er en hendelse som ofte oppstår etter et medisinsk inngrep. En komplikasjon trenger ikke å realisere i en skade. Dersom den realiseres i en skade, vil komplikasjonen være inkludert av passkl. § 2 tredje ledd.¹⁴

¹² Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 63 og s. 68.

¹³ Nylenna (2009) s. 352.

¹⁴ Syse (2011) s. 21.

I fremstillingen vil «behandling» brukes som en samlebetegnelse på hjelpen skadelidte får i helsevesenet.¹⁵ Betegnelsen «skadelidte» blir i oppgaven brukt til pasienter som har fått en skade etter behandlingen. Stedvis anvendes «pasient» for variasjonshensyn, og ved grensesnittet mot helseretten eller ved medisinske forklaringer.

Etter passkl. § 2 tredje ledd skilles det mellom grunnlidelser skadelidte hadde før behandlingen, og skader som ble påført under behandlingen. En grunnlidelse er den skaden/sykdommen skadelidte hadde før behandlingen.¹⁶ Betegnelsen er en innarbeidet terminologi i rettspraksis, se *Sphincter-ruptur* (Rt. 1998 s. 1336). En kvinne fikk en total sphincter-ruptur (overriving av endetarmsmuskelen) under fødselen. Totalrupturen ble ansett som hennes grunnlidelse, og erstatning kunne derfor ikke kreves. Når det brukes spesifikke begrepsavklaringer vil disse bli forklart i de enkelte avsnitt i oppgaven.

Opgaven bruker ordet «terskel» flere steder. Som nevnt i punkt 1.2 anvendes det som en samlebetegnelse for å finne ut hvor mye som skal til for at skadelidte kan kreve erstatning. Gjennom analyser av nemndspraksis og andre kilder skal det forsøkes å finne et terskelnivå for hva som er en «særlig stor» og «særlig uventet» skade. Resultatet kan skape forutberegnelighet. Det kan gjøre det lettere for pasienter å forstå om de har mulighet til å kreve erstatning. Betegnelsen er vanlig terminologi. Juridisk teori anvender betegnelsen for å finne ut hva som er uvesentlig i forbindelse med erstatningskrav. Har ansvarshendelsen ytt et minimalt bidrag til skaden, under uvesentlighetsterskelen, vil skadevolder frifinnes.¹⁷

1.6 Fremstillingen videre

Den videre fremstillingen gir først en redegjørelse for hovedelementene i bestemmelsen, både utviklingen, hensyn bak, vilkårene og momentet om tilstrekkelig informasjon. Det vil forsøkes å vurdere hvor terskelen for erstatning ligger (punkt 2). Deretter redegjøres det for utvalgte typetilfeller. Der vil det redegjøres for momenter i vurderingen (punkt 3). Videre vil det gis en oversikt over prosessuelle og institusjonelle forhold i svensk og dansk rett, og til den tilnærmede regelen til passkl. § 2 tredje ledd (punkt 4). Til slutt foretas en oppsummering og refleksjon over rimelighetsregelen (punkt 5).

¹⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 10.

¹⁶ Kjelland (2016a) s. 363.

¹⁷ Kjelland (2014) s. 11.

Alle kursiveringer er foretatt av meg. Jeg har gitt avgjørelsene kallenavn for enklere å holde dem fra hverandre, og derved øke leservennligheten. Flere avgjørelser har fått kallenavn i tidligere fremstillinger av erstatningsretten.

2. Hovedelementene i bestemmelsen

2.1 Utviklingen av pasientskadeloven § 2 tredje ledd

Det finnes flere forskjellige ansvarsgrunnlag i erstatningsretten, fra skyldansvaret (culpaansvaret/uaktsomhetsansvaret) til objektive ansvar. Ved det alminnelige skyldansvaret blir det vurdert om personen har utvist skyld. Objektivt ansvar innebærer at skadevolder kan bli ansvarlig uavhengig av om personen har utvist skyld.¹⁸

De midlertidige reglene var basert på et «objektivisert ansvar». Ansvaret var ikke fullstendig objektivt, fordi et skyldansvar også ble anvendt.¹⁹ Hovedregelen om ansvarsgrunnlag er forankret i passkl. § 2 første ledd bokstav a (svikt-ansvaret). Den er en variant av objektivt ansvar og skyldansvar. Foreligger det svikt, har det ingen betydning om denne er utløst av uaktsomhet, feilvurdering eller liknende. Derfor kan ansvarsgrunnlaget kalles «objektivisert». Det omtales også som en form for «culpa light».²⁰

Passkl. § 2 inneholder i tillegg andre ansvarsgrunnlag. Rent objektivt ansvar anvendes i passkl. § 2 første ledd bokstav b–d, som gjelder når skaden skyldes teknisk svikt fra redskap, smitte/infeksjon og vaksinasjon. Passkl. § 2 tredje ledd betraktes som et eget ansvarsgrunnlag, som retter seg til spesielle tilfeller hvor det anses rimelig å gi erstatning.²¹

Ordlyden i den midlertidige regelen § 3 a var annerledes enn passkl. § 2 tredje ledd. Den tidligere bestemmelsen tilkjente ikke erstatning hvis skaden var «en følge av en risiko ved undersøkelse, diagnostikk eller behandling» som var «kjent og som ut fra den medisinske kunnskap på skadetidspunktet» måtte aksepteres. Bestemmelsen skapte usikkerhet.²² Dette førte til en forenkling av ordlyden. I likhet med någjeldende regel var det tidligere også nødvendig å legge vekt på om det ble gitt tilstrekkelig informasjon til pasientene.²³

Før passkl. § 2 tredje ledd trådte i kraft, kunne skadelidte bli tilkjent erstatning fra det offentlige på et rimelighetsgrunnlag, kalt billighetserstatning.²⁴ Dette innebar at skadelidte ikke hadde et

¹⁸ Kjelland (2016a) s. 83 og s. 149.

¹⁹ Reiersen (2004) s. 124.

²⁰ Syse (2011) s. 24.

²¹ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 17.

²² NOU 1992: 6 s. 39.

²³ Storvik (2006) s. 111.

²⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 67.

rettslig grunnlag å bygge erstatningskravet på. Erstatning kunne gis hvis skadelidte hadde havnet i en «særlig ugunstig stilling», og skaden ikke ble dekket gjennom trygde- eller forsikringsordninger, eller etter alminnelige erstatningsregler.²⁵ På bakgrunn av at skadelidte ikke alltid fikk dekket sitt fulle økonomiske tap, ble ikke ordningen ansett for å gi tilstrekkelig trygghet. En rimelighetsklausul ble inntatt i loven.²⁶

For å anvende passkl. § 2 tredje ledd må behandlingen ha vært adekvat.²⁷ At behandlingen er adekvat, betyr at den er fullgod eller dekkende.²⁸ Har behandlingen vært inadekvat, tilkjennes erstatning etter passkl. § 2 første ledd, ikke passkl. § 2 tredje ledd. Det forutsettes da at det foreligger årsakssammenheng mellom helsehjelpen og skadefølgen.

Ved behandling på sykehus er det en risiko for skade. Etter bestemmelsen gis det ikke erstatning for «normale og akseptable skadefølger» som oppstår i forbindelse med helsehjelpen.²⁹ Oppstår det en kjent bivirkning eller skade som inntreffer ofte, bør ikke bestemmelsen anvendes. Har sykdommens karakter medført en behandling med slike skader, vil skadene anses som en følge av selve grunnsykdommen. Et eksempel på dette er hjerteoperasjoner. Slike operasjoner innebærer en behandling med en høy risiko, og en kjent skade vil normalt ikke gi krav på erstatning.

En mindre alvorlig skade som inntreffer sjeldent, bør på lik linje falle utenfor anvendelsesområdet. Passkl. § 2 tredje ledd retter seg til alvorlige og sjeldne skader. I slike situasjoner vurderes det om skadelidte bør få erstatning. Det er ingen automatikk at skadelidte får erstatning når skaden er sjelden og alvorlig. Kjerneområdet er alvorlige, uventede skader i «et ellers enkelt sykdomsbilde». Skaden står ikke i en rimelig sammenheng med grunnsykdommen.³⁰ Formålet er å gi erstatning i de tilfeller det anses urimelig at skadelidte selv bærer følgene av skaden.

Har pasienten kommet særlig uheldig ut sammenlignet med andre pasienter i samme gruppe, gis det erstatning.³¹ Etter fast praksis kommer ikke passkl. § 2 tredje ledd til anvendelse på

²⁵ NOU 1992: 6 s. 33.

²⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 68.

²⁷ NOU 1992: 6 s. 39.

²⁸ Nylenna (2009) s. 13.

²⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 17.

³⁰ NOU 1992: 6 s. 77.

³¹ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 67 og s. 91.

diagnosesaker.³² Ved feil eller forsinket diagnose må skaden skyldes en aktiv handling eller svikt ved helsehjelpen for at erstatning skal tilkjennes. I rettslitteraturen anføres det at det bør vurderes om regelen burde gi grunnlag for erstatning i disse sakene, se blant annet Bergsjø.³³ Av plasshensyn vil dette ikke vurderes nærmere.

2.2 Hensyn bak rimelighetsregelen

Erstatningskrav ved pasientskader er begrunnet i to hovedhensyn. Hensynet til å gjenopprette skaden (gjenopprettelseshensynet) og hensynet til å forebygge skaden (prevensjonshensynet).³⁴ Rimelighetsregelen har forankring i begge, hovedsakelig gjenopprettelseshensynet. Ettersom regelen retter seg mot uventede hendelser, slår ikke prevensjonshensynet like sterkt inn. Gjenopprettelseshensynet har en mer fremtredende funksjon, fordi det gis erstatning hvis vilkårene er oppfylt.

Når Nemnda behandler krav om erstatning, blir passkl. § 2 første ledd bokstav a vurdert først. Spørsmålet er om skaden er forårsaket av svikt ved ytelsen av helsehjelpen. Hvis det ikke foreligger svikt, og det ikke er anført at skaden er forårsaket av passkl. § 2 første ledd bokstav b–e, vurderes det om rimelighetsregelen kan anvendes. Et illustrerende eksempel er *Endetarmskreft II* (PSN-2016-138). Skadelidte krevde erstatning for skade på endetarm etter strålebehandling for endetarmskreft. Nemnda vurderte først om skaden skyldtes svikt ved helsehjelpen. Videre la Nemnda til grunn at «[s]elv om det ikke er svikt ved behandlingen, kan det i helt spesielle tilfeller gis erstatning for en særlig stor og særlig uventet pasientskade, se pasientskadeloven § 2 tredje ledd». Det samme følger av en fast og konsistent nemndspraksis.³⁵

³² Se eksempelvis PSN-2015-3262, PSN-2015-3116, PSN-2014-343, PSN-2013-1446, PSN-2013-1360, PSN-2013-1000, PSN-2012-1559, PSN-2012-593, PSN-2011-1336, PSN-2010-1319, PSN-2009-738, PSN-2009-132, PSN-2007-474 og PSN-2006-734.

³³ Bergsjø (2016) s. 65–78.

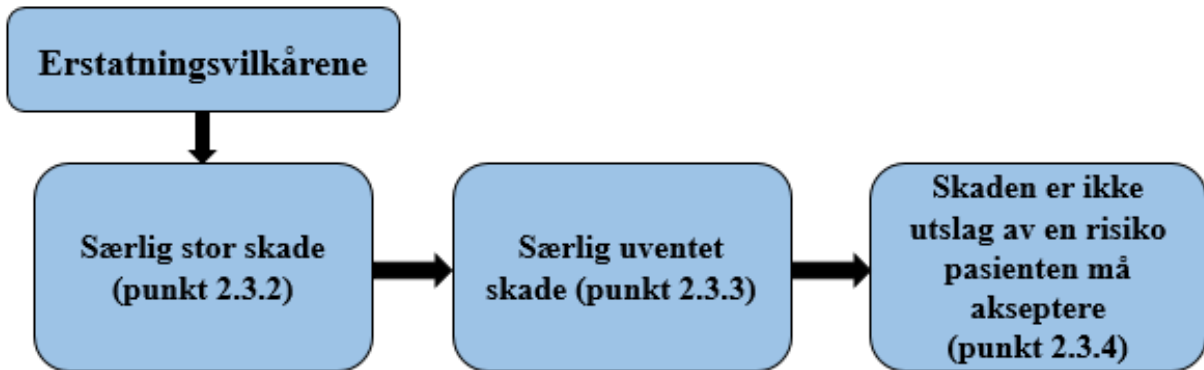
³⁴ Syse (2011) s. 26.

³⁵ Se blant annet PSN-2016-5083, PSN-2016-4198, PSN-2016-1165, PSN-2015-3118, PSN-2015-2607, PSN-2014-1632, PSN-2014-484, PSN-2013-1187, PSN-2013-601, PSN-2012-1631, PSN-2012-1062, PSN-2011-1346 og PSN-2011-1322.

2.3 Erstatningsvilkårene

2.3.1 Oversikt

Før vilkårene beskrives, er det hensiktsmessig å plassere de i en figur. Dette blir gjort for å vise en enklere oversikt.



Figur 1. Rimelighetsvurderingens «kronologi»³⁶

Figuren viser det som kalles for rimelighetsvurderingens «kronologi». Med dette menes at den angir rekkefølgen til vilkårene i passkl. § 2 tredje ledd. De tre vilkårene uttrykker kravene om at skaden er særlig stor, særlig uventet og ikke utslag av en risiko pasienten må akseptere.

Vilkårene er skjønsmessige. Forarbeidene presiserer at det ikke er til «å unngå at denne grensen må bli skjønsmessig».³⁷ Før hvert vilkår forklares nærmere, vil det her gis en oversikt.

Særlig stor eller særlig uventet: Det første hovedspørsmålet er om det har skjedd en pasient-skade som er «særlig stor eller særlig uventet», jf. passkl. § 2 tredje ledd. Ordlyden «særlig stor eller særlig uventet» tilsier at vilkårene er alternative. Forarbeidene anser vilkårene som kumulative, se NOU 1992: 6 s. 77, hvor det uttales at «[d]et er først når vi kommer til de sjeldne og alvorlige komplikasjoner at det [...] kan være grunn til å vurdere om pasienten bør ha rett til erstatning». Rettspraksis legger til grunn samme synspunkt, se *Cellegift* (Rt. 2013 s. 653),

³⁶ Begrepet er hentet fra Kjelland (2008) s. 49. Det var der inspirert av Askelands uttrykk «erstatningsrettens kronologi», jf. Askeland (2006) s. 18.

³⁷ NOU 1992: 6 s. 78.

Tollefsen (Rt. 2011 s. 549), *Sarkom* (Rt. 2008 s. 218) og *Angiografi* (Rt. 2006 s. 1217). Skaden må være særlig stor og særlig uventet.

Har tilstanden til skadelidte blitt betydelig forverret etter behandlingen, er det rimelig å gi erstatning. Vurderingen avgjøres ut fra skadens art og omfang. Jo større skade, dess større er muligheten for å anvende regelen.³⁸ Videre har den sakkyndiges syn på komplikasjonsrisikoen stor vekt i vurderingen av om skaden er «særlig uventet».³⁹ Slike vurderinger av sakkyndige er ikke rettslig bindende for domstolen. Det skal på den andre siden mye til før slike bevis blir overprøvd.⁴⁰

Risiko som må aksepteres: Det andre hovedspørsmålet er om skaden «anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere», jf. passkl. § 2 tredje ledd. En begrensning av de nevnte vilkårene «særlig stor» og «særlig uventet» er alvorligheten av skadelidtes grunnsykdom. Jo mer alvorlig sykdommen er, dess større risiko må skadelidte tåle.⁴¹

I loven brukes dette elementet som et vilkår. Det kan gis erstatning når skaden er særlig stor eller særlig uventet, «og som» ikke anses som utslag av en risiko skadelidte må akseptere, jf. passkl. § 2 tredje ledd. I *Angiografi* (Rt. 2006 s. 1217) ble skaden ansett særlig stor. Førstvotende presiserte videre at «[s]pørsmålet er om As skade likevel inntraff på en slik måte eller var av slik karakter at skaderisikoen kan sies å ligge utenfor hva som kan aksepteres» (avsnitt 44). Sammenholdt med den livsnødvendige behandlingen, kunne ikke skadens størrelse alene danne grunnlag for erstatning. Til tross for at det første vilkåret var oppfylt, var det nødvendig å vurdere om skaden lå utenfor en risiko som måtte aksepteres. Elementet anses som et vilkår på lik linje med om skaden er særlig stor og særlig uventet.

Nemndspraksis bruker ofte elementet som uttrykk for sluttresultatet av dommen. Dette medfører at det er vanskelig å utlede at det er tre vilkår, se til illustrasjon *Nakkeoperasjon* (PSN-2014-860). Skadelidte fikk plager etter en nakkeoperasjon. Nemnda la til grunn at skadelidte hadde fått kjente skader som ikke var særlig store, og avsluttet saken slik:

³⁸ NOU 1992: 6 s. 94.

³⁹ Bergsjø (2016) s. 67.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 14.

⁴¹ NOU 1992: 6 s. 94.

«På bakgrunn av en konkret helhetsvurdering, med særlig vekt på indikasjonen for operasjonen, at det oppstod en kjent komplikasjon samt omfanget av skaden, anser nemnda at skaden er *utslag av en risiko som pasienten i dette tilfellet må akseptere.*»⁴²

Til tross for at Nemnda ikke uttrykker elementet som et vilkår i hver sak, skal det alltid vurderes. Hver sak skal vurderes konkret etter en helhetsvurdering. Skadens omfang og dens hyppighet holdes opp mot risikoen skadelidte må forvente å akseptere når grunnlidelsen tas i betraktning.⁴³

2.3.2 Særlig stor skade

Ordlyden i passkl. § 2 tredje ledd «særlig stor» trenger presiseringer. I forarbeidene brukes ordet «alvorlig».⁴⁴ En språklig forståelse av ordet «alvorlig» er at skaden er betydningsfull. Hvis skaden er alvorlig, vil muligheten for å anvende bestemmelsen være større enn ved små skader.⁴⁵ Etter arbeidsgruppens notat bør «[u]betydelige skader som med større eller mindre sannsynlighet vil inntreffe» falle utenfor ordningen.⁴⁶ Om pasientens medisinske invaliditet medfører en særlig stor skade vurderes ved hjelp av en invaliditetstabell.⁴⁷

Dersom skadelidte har en inngangsinvaliditet, vil det bli gjort fradrag for denne, se *Angiografiundersøkelse* (LF-2014-104419). Pasienten fikk skade etter en angiografiundersøkelse, og fikk medhold etter bestemmelsen. Retten la til grunn at skaden var særlig stor. Den medisinske invaliditeten oversteg 30 prosent «etter at det [var] gjort fradrag for eventuell inngangsinvaliditet». Det er bare relevant å vurdere den delen av skaden som skyldes ansvarshendelsen.⁴⁸

Hvis forskjellene i invaliditetsgraden etter operasjonen er små, vil ikke skaden anses «særlig stor». *Protese* (PSN-2011-500) gir et eksempel. En kvinne fikk ulike skader etter en proteseoperasjon. Nemnda anså ikke skadene som særlig store, og la til grunn at «pasientens funksjon er på tilsvarende nivå som før operasjonen og at skadeomfanget således er begrenset». Passkl. § 2 tredje ledd kom ikke til anvendelse.

⁴² Se også PSN-2015-2202 (ryggsmerter etter ryggoperasjon), PSN-2014-9 (plager etter ryggoperasjon), PSN-2013-1538 (lammelser etter ryggoperasjon), PSN-2013-1187 (rusavhengighet etter smertebehandling i forbindelse med kreftbehandling), PSN-2013-901 (stråleskade i tarmen), PSN-2012-376 (skade etter fjerning av galleblære), PSN-2007-768 (skade etter ryggoperasjon) og PSN-2004-590 (ryggmargsskade).

⁴³ Bergsjø (2016) s. 67.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

⁴⁵ NOU 1992: 6 s. 39.

⁴⁶ Arbeidsgruppens notat s. 24.

⁴⁷ Forskrift 21. april 1997 nr. 373 om menerstatning ved yrkesskade.

⁴⁸ Kjelland (2016a) s. 363.

Er det store forskjeller i invaliditetsgraden etter behandlingen, taler det sterkt for at vilkåret er oppfylt, se eksempelvis *Uriktig diagnostisert* (LB-2009-180976). Skadelidte ble behandlet for en uriktig diagnostisert ondartet svulst. Han fikk kroniske diaréplager og smerter i bukveggen. Retten til grunn at «[a]vgjørende for flertallets vurdering er de utvilsomt store skader - betydelige kroniske smerter og alvorlige avføringsplager i kombinasjon - A har fått, og som tilsier en høy medisinsk invaliditetsgrad opp mot 70 %». Pasienten fikk medhold etter passkl. § 2 tredje ledd. Begrepene «særlig stor» og «betydelig» brukes om hverandre i praksis, men innebærer ingen forskjell.

Det er vanskelig å angi et nøyaktig prosentnivå på når en skade anses særlig stor. I *Uriktig diagnostisert* (LB-2009-180976) ble invaliditet på 70 prosent ansett særlig stor. I *Røntgenundersøkelse* (LB-2006-125718) ble skadelidtes svulst i høyre lunge fjernet, og under operasjonen ble en nerve skadet. Han fikk en invaliditet på 25 prosent. Siden svulsten i ettertid viste seg å være godartet, og skadelidte før operasjonen var frisk med en ufarlig fortetning i lungene, ble skaden ansett særlig stor. Passkl. § 2 tredje ledd kom til anvendelse. Til tross for den store forskjellen mellom invaliditetene i avgjørelsene, ble begge ansett særlige store. Begrunnelsen er at skaden vurderes opp mot dens sjeldenhet og behovet for inngrepet. Dette støttes av forarbeidene, som legger til grunn at erstatning tilkjennes «[d]ersom skadeomfanget er uforholdsmessig stort sett i forhold til indikasjonsstilling og skaderisiko». ⁴⁹ Det kan derfor ikke settes en klar prosentgrense for når en viss medisinsk invaliditet oppfyller terskelen. Synspunktet støttes av juridisk teori. ⁵⁰

2.3.3 Særlig uventet skade

I dette punktet skal det forklares om hvilke momenter som anvendes i vurderingen av om skaden betraktes som særlig uventet.

Ordlyden i passkl. § 2 tredje ledd «særlig uventet» trenger i likhet med vilkåret ovenfor nærmere presiseringer. En skade anses særlig uventet når sannsynligheten er liten for at skade inntrer. ⁵¹

⁴⁹ NOU 1992: 6 s. 39.

⁵⁰ Aschehoug (2011) s. 171 og Bergsjø (2016) s. 67.

⁵¹ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 17.

Komplikasjonsrisikoen: I vurderingen vil normalt den sakkyndiges syn på komplikasjonsrisikoen være avgjørende.⁵² I flere saker er denne anslått i prosent eller promille. Jo sjeldnere en skade inntreffer, dess større mulighet er det for å få medhold etter passkl. § 2 tredje ledd.⁵³

Er risikoen over 1 prosent, anses normalt ikke skaden som særlig uventet. *Rusavhengighet* (PSN-2013-1187) kan tjene som eksempel. Skadelidte krevde erstatning for rusavhengighet etter smertebehandling i forbindelse med kreftbehandling. Skaden ble ikke ansett særlig uventet, fordi «utvikling av avhengighet til sterke smertestillende midler [ligger] i størrelsesorden 1 % – 5 %». Som følge av at en fast og konsistent linje i nemndspraksis ikke anser skaderisiko over 1 prosent særlig uventet, tillegges det rettskildeværdi.⁵⁴

For at skaden skal anses særlig uventet, må risikoen for at skade inntreffer normalt ligge under 1 prosent. Dette har forankring i underrettspraksis. Illustrerende er *Epidural* (LF-2011-40620). En kvinne ble påført en svært sjelden nerveskade i ryggen etter epidural/spinalbedøvelse under et keisersnitt. Skaden var særlig uventet, særlig stor og utenfor en risiko som hun måtte akseptere. Lagmannsretten ordla seg slik:

«På bakgrunn av den sakkyndiges rapport legges det til grunn at risikoen for slik skade [...] vil ligge i størrelsesorden 1:240.000, tilsvarende 0,0004 promille. Etter lagmannsrettens syn kan det derfor ikke være særlig tvilsomt at man står ovenfor en særlig uventet skade.»

Se liknende resonnering i *Angiografiundersøkelse* (LF-2014-104419) og *Røntgenundersøkelse* (LB-2006-125718), hvor skaderisikoen var på henholdsvis 0,07 prosent og under 1 prosent. I begge tilfellene fikk skadelidte medhold. I *Lammelse* (PSN-2007-768) fikk en kvinne skader etter en ryggoperasjon. Nemnda presiserte at «[h]va gjelder hyppigheten [...] angis dette til mellom 0,05 % og 0,2 %». Kvinnen fikk medhold etter passkl. § 2 tredje ledd.

På bakgrunn av *Lammelse* (PSN-2007-768), anføres det i rettslitteraturen at når grensen inntreffer ned mot 0,05–0,2 prosent, vil skaden være særlig uventet, se Aschehoug.⁵⁵ Det er ikke

⁵² Bergsjø (2016) s. 67.

⁵³ Syse (2011) s. 117.

⁵⁴ Se til illustrasjon PSN-2015-2554, PSN-2014-1632, PSN-2014-817, PSN-2014-9, PSN-2013-1717, PSN-2013-1000, PSN-2013-212, PSN-2012-1794, PSN-2012-988, PSN-2012-370, PSN-2011-1001, PSN-2011-995, PSN-2011-114, PSN-2010-575, PSN-2010-371, PSN-2009-293, PSN-2007-334, PSN-2006-675, PSN-2006-440 og PSN-2003-650.

⁵⁵ Aschehoug (2011) s. 174.

funnet andre kilder som støtter dette standpunktet. En terskel på under 1 prosent, særlig ned mot 0,05–0,2 prosent, anses etter min mening å være i tråd med hensyn bak bestemmelsen. Den skal kun brukes i *unntakstilfeller* hvor det er urimelig ikke å tilkjenne erstatning.

I vurderingen av om skaden er særlig uventet er det flere momenter som får betydning. Disse henger ofte i nær sammenheng, se *Struma* (LB-2012-157867). Pasienten krevde erstatning etter strumaoperasjon som medførte tap av funksjon i biskjoldbruskkjertlene. Erstatning ble ikke tilkjent. Retten ordla seg slik:

«Den aktuelle skaden er en medisinsk sett *kjent* komplikasjon.

[...]

Skaden må anses *typisk* ved denne typen operasjoner, og lagmannsretten er også enig med staten i at skaden må anses å ligge i *risikoens retning*.»

Risikoens retning: Behandlingsskader ligger ofte i risikoens retning. Når en skade ligger i risikoens retning, taler det for at skaden ikke er særlig uventet. I *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538) ble skadelidtes nerverøtter i ryggen skadet under en operasjon. Formålet med operasjonen var å bedre hans ryggplager. En slik skade inntreffer i ca. 5 prosent av de tilfeller en liknende operasjon blir gjennomført, og «den skaden som inntraff, lå i risikoens retning» (s. 1544). Erstatning ble ikke tilkjent.

En skade kan ligge i risikoens retning, samtidig som den anses svært uventet. Et eksempel til illustrasjon er *Angiografiundersøkelse* (LF-2014-104419). Skadelidte fikk ulike skader etter en angiografiundersøkelse, og fikk medhold etter regelen. Retten la til grunn følgende:

«Særlig når risikoen for de to aktuelle skadeformene sammenstilles, en armskade som er vurdert å inntre i 5 av 40.000 tilfelle og en brystskade med vurdert risiko 0,07 %, fremtrer skaden i saken som ekstremt uventet, *selv om den må sies å ligge i risikoens retning*.»

Hvis skaden ikke ligger i risikoens retning, betyr det at skaden for eksempel oppstår i andre organsystemer enn de behandlingen gjelder.⁵⁶ Det taler for at skaden anses særlig uventet. Et illustrerende eksempel er *Skoliose* (PSN-2010-461). Pasienten fikk skade på bukspyttkjertelen

⁵⁶ Syse (2011) s. 117.

etter operasjon for skoliose og fikk medhold etter passkl. § 2 tredje ledd. Skoliose betyr «skjev rygg på grunn av sidekrumning av ryggsøylen».⁵⁷ Retten la til grunn at «[s]kaden som oppstod ligger ikke i risikoens retning, og må anses som særlig uventet da skade på bukspyttkjertel i forbindelse med skolioseoperasjon etter de sakkyndiges kjennskap ikke er beskrevet tidligere». Dersom skaden ikke ligger i risikoens retning, taler det for å anvende rimelighetsregelen.

Typisk/atypisk skadefølge: Det legges videre vekt på om en skadefølge er mer atypisk enn typisk, se *Angiografi* (Rt. 2006 s. 1217). At skadefølgen er atypisk betyr at den er avvikende.⁵⁸ Jo mer atypisk skadefølgen er, dess mer uventet er skaden. I *Angiografi*-dommen ble ikke skadene ansett atypiske. Skadelidte fikk ikke medhold.

Kjent/ukjent skade: Til tross for at en skade er særlig uventet, kan den være kjent i det medisinske miljøet. Kjente skadefølger taler mot anvendelse av passkl. § 2 tredje ledd. I både *Cellegift* (Rt. 2013 s. 653), *Sarkom* (Rt. 2008 s. 218) og *Angiografi* (Rt. 2006 s. 1217) fikk pasientene svært uventede skadefølger, men de var likevel kjente for helsevesenet. I *Cellegiftbehandling* (LG-2011-198265) døde skadelidte etter cellegiftbehandling for kreft i endetarmen. Dødsfallet var særlig uventet. I tillegg var skadefølgen ukjent. Den var ikke en kalkulert eller kjent risiko. Dette skilte saken fra avgjørelsene fra Høyesterett. Vilkårene i passkl. § 2 tredje ledd var oppfylt.

I *Epidural* (LF-2011-40620) ble nerveskade i forbindelse med epiduralbedøvelse ansett svært uventet. Retten presiserte videre at skaden «må riktignok sies å ligge i «risikoens retning», og nerveskader i forbindelse med epidural/spinal anestesi må også sies å være kjent». En skade kan ligge i risikoens retning og være kjent, samtidig som den er svært uventet. Kvinnen fikk medhold.

Hvis komplikasjonsrisikoen er lav, skaden ikke ligger i risikoens retning, skaden er atypisk eller ukjent, taler det sterkt for at skaden er særlig uventet.

⁵⁷ Nylenna (2009) s. 433.

⁵⁸ Nylenna (2009) s. 49.

2.3.4 Skaden er ikke utslag av en risiko pasienten må akseptere

Vurderingstemaet er ikke om skaden ligger utenfor hva som må aksepteres. Pasienten kan få erstatning hvis skaden er en følge av en *risiko* som ikke må aksepteres. Dette ble uttrykkelig presisert i *Sarkom* (Rt. 2008 s. 218).

Indikasjon: I vurderingen av om risikoen må aksepteres inngår blant annet «viktigheten av inngrepet (indikasjonsstilling)». ⁵⁹ Med indikasjon for inngrepet, menes en omstendighet som er årsak til (indikerer) eller motiverer visse tiltak. ⁶⁰ Er indikasjonen absolutt, er behandlingen livsnødvendig. Kreftbehandling vil ofte være livsnødvendig, da det ikke foreligger et reelt alternativ. Ubehandlet vil normalt kreftsykdommer føre til død. ⁶¹

Viktige inngrep vil normalt utelukke bruk av passkl. § 2 tredje ledd. Dette uttrykkes i *Kreft* (PSN-2015-3118). Pasienten krevde erstatning for skade etter behandling for kreft i eggstokken, men fikk ikke medhold. Retten la til grunn at «det var god indikasjon for behandlingen idet pasienten hadde kreft med risiko for tilbakefall». Nemnda bruker også betegnelser som «godt grunnlag», «indikasjon» og «absolutt indikasjon», se henholdsvis PSN-2016-5083 (skade etter kneoperasjon), PSN-2015-5175 (skade etter inngrep for urinlekkasje) og PSN-2011-114 (fødselsskade). Betegnelsene følger av en fast linje i nemndspraksis. ⁶² Forarbeidene legger til grunn at dersom det ikke finnes et annet alternativ enn å foreta behandlingen, bør bestemmelsen ikke anvendes. ⁶³

Passkl. § 2 tredje ledd anvendes derfor normalt ikke ved livreddende behandling, selv om pasienten får en svært sjelden skade. *Tollefsen* (Rt. 2011 s. 549) presiserer at det finnes et unntak når skadelidte har fått «en stor og uventet skade, og det etter at behandlingen er gjennomført, viser seg at diagnosen var uriktig, og at behandlingen har vært unødvendig og ikke hatt noen nyttefunksjon» (avsnitt 38).

Hvis indikasjonen er relativ, er behandlingen ikke livsnødvendig. Da er det større mulighet for at rimelighetsregelen anvendes, se eksempelvis *Nerveskade II* (LB-2013-152559). Under en

⁵⁹ NOU 1992: 6 s. 39.

⁶⁰ Nylenna (2009) s. 210.

⁶¹ Boehlke (2011) s. 344.

⁶² Se også PSN-2015-10307, PSN-2015-3165, PSN-2015-3118, PSN-2015-2554, PSN-2014-1632, PSN-2014-1071, PSN-2014-484, PSN-2013-1538, PSN-2013-212, PSN-2010-638, PSN-2009-495, PSN-2009-444, PSN-2007-334 og PSN-2007-78.

⁶³ Arbeidsgruppens notat s. 24.

ryggoperasjon ble pasienten påført en nerveskade, hvor hun fikk problemer med inkontinens for urin og avføring. Retten la til grunn at «[j]o svakere indikasjon for helsehjelpen, desto mindre skal det til for at unntaksbestemmelsen i § 2 tredje ledd kommer til anvendelse forutsatt at vilkårene om skadeomfang og uventethet er oppfylt». Skadelidte fikk medhold. Se liknende resonnement i *Epidural* (LF-2011-40620) og *Røntgenundersøkelse* (LB-2006-125718). Hvis personen er frisk før behandlingen, skal det mindre til før passkl. § 2 tredje ledd anvendes, hvis vilkårene er oppfylt.

Misforhold: Indikasjonsstillingen legger opp til en sammenlikning av grunnsykdommen og hvordan denne mest sannsynlig ville utviklet seg uten den aktuelle behandlingen.⁶⁴ Begrepet «misforhold» brukes i denne sammenheng, se *Cellegift* (Rt. 2013 s. 653). Førstvoterende uttalte at passkl. § 2 tredje ledd retter seg til tilfeller hvor «det er misforhold mellom skaden og den sykdommen pasienten behandles for» (avsnitt 23). Hvis skaden er særlig stor sammenlignet med sykdommen, vil det foreligge et misforhold.

Nemndspraksis anvender betegnelsen «differansebetraktning» i denne sammenhengen. Det brukes ofte en generell formulering i sakene. Formuleringen lyder på tilsvarende vis som *Nedsatt funksjon* (PSN-2015-3599), hvor pasienten fikk nedsatt funksjon og kraft i bein etter ryggoperasjoner. Retten ordla seg slik:

«Når pasienten har fått en skade som skyldes behandlingen, må nemnda foreta en differansebetraktning. Det betyr at nemnda skal vurdere hvordan pasientens situasjon mest sannsynlig ville ha vært uten behandlingen som ga skaden, og situasjonen i dag med skaden.»

Ettersom formuleringen utgjør en konsistent linje i nemndspraksis, tillegges det rettskildeværdi.⁶⁵

Har skadelidte en alvorlig grunnlidelse, vil det normalt ikke være et misforhold mellom skaden og sykdommen. Da er risikoen stor for at det inntreffer en alvorlig skade. *Cellegift* (Rt. 2013 s.

⁶⁴ Syse (2011) s. 117.

⁶⁵ Se for eksempel PSN-2015-6818 (skade etter kreftbehandling), PSN-2015-3338 (skade etter ryggoperasjon), PSN-2015-2442 (fødselsskade), PSN-2014-860 (plager etter nakkeoperasjon), PSN-2014-484 (dødsfall som følge av cellegiftbehandling), PSN-2014-9 (plager etter ryggoperasjon) og PSN-2013-1538 (lammelser etter ryggoperasjon).

653) er den nyeste dommen som bekrefter standpunktet. Til tross for at kvinnen døde, var ikke vilkårene oppfylt. Det ble lagt stor vekt på at hun hadde en livstruende sykdom.

Flere avgjørelser fra underrettspraksis viser at det avgjørende for anvendelse av bestemmelsen normalt gjelder om behandlingen er relativ eller absolutt. I blant annet *Angiografiundersøkelse* (LF-2014-104419), *Livmor II* (LA-2013-206001) og *Røntgenundersøkelse* (LB-2006-125718) fikk pasientene medhold, fordi behandlingen ikke var livreddende.

Det er derimot ingen automatikk at livreddende behandling utelukker regelen. I *Cellegift* (Rt. 2013 s. 653) presiserte førstvoterende følgende:

«Kreftpasienter og andre pasienter med livstruende sykdom er *ikke generelt unntatt* fra bestemmelsen, men det forhold at sykdommen er livstruende, er et sentralt moment i vurderingen. Der behandlingen er adekvat og nødvendig for å redde pasientens liv, vil skade som følge av behandlingen normalt anses som «utslag av en risiko som pasienten må akseptere.» (avsnitt 33)

En analyse av nemndspraksis viser at livstruende sykdom automatisk fører til utelukkelse av regelen, se til illustrasjon *Endetarmskreft I* (PSN-2011-1545). Pasienten fikk skade på nerve under operasjon for kreft i endetarm. Nemnda la til grunn at «[d]et foreligger fast nemnds- og rettspraksis for at det ikke blir gitt erstatning for behandlingsskader som følge av nødvendig behandling av livstruende sykdommer».⁶⁶

Ved livreddende behandling er terskelen høy for at bestemmelsen anvendes, men det må foretas en konkret vurdering. Dette forklares i *Cellegiftbehandling* (LG-2011-198265), hvor pasienten døde etter cellegiftbehandlingen. Tingretten hadde presisert at det ved sykdommer som ubehandlet kan være dødelig, må «foretas en konkret vurdering hvor den skaden som materialiserte seg må holdes opp mot for eksempel alternative behandlingsformer». Dette var lagmannsretten enig i. Det får betydning om det foreligger en akutt livsfare eller ikke. Pasientens sykdom ville ubehandlet ha en dødelig utgang, men det var ikke noen umiddelbar livsfare i form av en akutt-situasjon. Pasienten hadde fått beskjed om at det var en stor mulighet for å bli helt frisk, men døde kort tid etter behandlingen. Retten ordla seg slik:

⁶⁶ Se til illustrasjon PSN-2016-138, PSN-2015-3118, PSN-2015-3038, PSN-2014-1071, PSN-2014-847, PSN-2013-651, PSN-2012-795, PSN-2010-316, PSN-2009-946, PSN-2009-95, PSN-2007-499, PSN-2007-39 og PSN-2006-205.

«Slik flertallet ser det, vil det i en øyeblikkelig hjelp-, eller situasjon med mer akutt livsfare, gjelde andre og mindre strenge krav til skaderisiko enn der en forventet dødelig utgang på ubehandlet sykdom har lengre tidshorisont, slik tilfellet var i denne saken.»

Informasjonssvikten fikk også stor betydning i vurderingen i *Cellegiftbehandling* (LG-2011-198265). Det avgjørende for medholdet var at skadelidte døde som følge av en meget sjelden og ukjent skadefølge.

En avgjørelse som viser at livreddende behandling ikke automatisk utelukker passkl. § 2 tredje ledd er *Tett strupe* (LB-2006-34508). Behandlingen av kreft var livreddende. Pasienten fikk skader (blant annet tett strupe) etter operasjonen. Begrunnelsen for medholdet var at det i fremtiden ikke vil bli utført en like intensiv behandling på andre pasienter med hans alder og diagnose.

Alder: Pasientens alder er et moment som har fått betydning i vurderingen av om skaden er utslag av en risiko som må aksepteres. Dette er fordi alderen får betydning for konsekvensene av skaden. *Tett strupe* (LB-2006-34508) er illustrerende. Saksforholdet fremgår av avsnittet ovenfor. Retten la til grunn at det ikke vil bli gjennomført en liknende behandling på «nye pasienter med As *alder* [17 år] og diagnose».

Et annet eksempel er *Livmor I* (PSN-2010-728). En unødvendig operasjon ble utført på en 62 år gammel kvinne grunnet en feilaktig kreftdiagnose. Dette medførte at både livmoren og venstre eggstokk ble fjernet. I vurderingen av om passkl. § 2 tredje ledd kunne anvendes, uttalte nemnda at «[s]ett hen til pasientens alder har fjerningen av livmor osv. ikke hatt de samme konsekvenser som for en yngre pasient uten barn». Hun fikk ikke medhold etter regelen.

I *Tarmskade I* (PSN-2011-324) fikk pasienten skade på tarmen. Det ble lagt til grunn at «[n]emnda bemerker avslutningsvis at alle typer komplikasjoner vil påvirke gamle mennesker i større grad enn yngre og at dette er hensyntatt ved ovennevnte vurdering». Skadelidte fikk ikke medhold.

I de nevnte sakene ble det lagt vekt på skadelidtes alder. Det finnes derfor eksempler på at det blir tillagt vekt. Det er på den andre siden for få saker hvor dette har vært et tema til å påvise noen mønstre i praksis.

Etterpåklokskap: Hvis det i ettertid av operasjonen oppdages at en annen behandlingsmåte burde ha vært valgt, er spørsmålet om erstatning kan tilkjennes på grunnlag av dette. I *Cellegift* (Rt. 2013 s. 653) presiserte førstvoterende at «[d]en etterfølgende vurderingen av at en annen behandlingsmåte i det konkrete tilfellet ville vært bedre, skal altså ikke lede til erstatning, når den valgte behandlingsmåten generelt sett er den beste» (avsnitt 40). *Tollefsen* (Rt. 2011 s. 549) bekrefter synspunktet. Førstvoterende uttalte at vurderingen foretas ut fra «forholdene slik de fremstår på operasjons- eller behandlingstidspunktet» (avsnitt 38). Etterpåklokskap får ikke betydning dersom første behandling ble utført forsvarlig.

2.4 Tilstrekkelig informasjon

I rimelighetsvurderingen «skal [det] legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd», jf. passkl. § 2 tredje ledd andre punktum. Det er ikke et vilkår i bestemmelsen, men et moment som skal legges vekt på i vurderingen. Informasjonskravet er grunnleggende for at pasientene kan være delaktig i behandlingen. Kravene til å gi informasjon har økt med årene.⁶⁷ Har skadelidte fått informasjon om mulige komplikasjoner, taler det mot å anvende regelen. I slike situasjoner anses ikke skaden som særlig uventet.⁶⁸ Bestemmelsen gir ingen veiledning for forståelsen av «tilstrekkelig informasjon». En naturlig språklig forståelse tilsier at pasienten må få informasjon om ulike komplikasjoner som kan inntre som følge av operasjonen.

Informasjonskravet: *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169) inneholder presiseringer om informasjonskravet. Pasienten ble påført en skade etter at en nervesvulst ble fjernet. Han hevdet at det ikke forelå tilstrekkelig informasjon, men fikk ikke medhold. Rettsgrunnlaget i saken var legeloven⁶⁹ § 25 tredje ledd, som nå er opphevet. Regelen er videreført i pbrl. § 3-2, og avgjørelsen har derfor betydning for forståelsen av begrepet. Førstvoterende presiserte at «[s]kedefølger som fremstår som overveiende sannsynlige ved et inngrep» må informeres. Når skadefølgene ikke er overveiende sannsynlige, uttalte han at «et ledende synspunkt må etter min mening være at pasienten må få en informasjon som ikke utelater vesentlige risikomomenter» (s. 1174).

En avgjørelse som også viser hva det er nødvendig å informere om er *Informasjonssvikt* (LB-2010-206521). Pasienten fikk skade etter flere ryggoperasjoner, og endte i rullestol. Det var

⁶⁷ Befring og Ohnstad (2010) s. 117.

⁶⁸ Syse (2011) s. 123.

⁶⁹ Lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger.

ikke gitt informasjon om risikoen for forverring. Retten la til grunn at «naturlig og tilstrekkelig informasjon i tilfelle ville vært begrenset til mer generell informasjon om komplikasjoner og eventuelt nervesmerter». Pasienten fikk medhold.

Både *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169) og *Informasjonssvikt* (LB-2010-206521) viser at det ikke er nødvendig å informere pasienten om alle skadefølger. Generell informasjon om skadefølger som det er stor sannsynlighet for at oppstår, vil normalt oppfylle informasjonsplikten i passkl. § 2 tredje ledd andre punktum.

Hvis risikoen er svært lav for at en skade oppstår, vil det normalt ikke gis informasjon til pasienten. Et illustrerende eksempel finnes i *Nerveskade II* (LB-2013-152559). Saksforholdet fremgår i punkt 2.3.4. Pasienten ble påført en nerveskade under en ryggoperasjon. Skaden oppstår i 0,2 prosent av liknende tilfeller, og retten la til grunn følgende:

«Når det gjelder informasjon som ble gitt på forhånd om risiko forbundet med operasjonen, legger lagmannsretten til grunn at det ble informert om faren for komplikasjoner, men at det ikke ble gitt særskilt informasjon om risikoen for inkontinens for avføring og urin, og heller ikke for skade på seksualfunksjonen. Dette var det heller ikke naturlig å gjøre, i og med at *risikoen for slike komplikasjoner er meget liten.*»

I *Epidural* (LF-2011-40620) ble kvinnen påført en svært sjelden nerveskade etter epiduralbehandling, hvor skaderisikoen var på 0,0004 promille. Retten la til grunn at «den informasjonen A ble gitt på forhånd kan [ikke] sies å ha vært mangelfull, hensett til den svært lave risikoen for alvorlig nerveskade, jf pasientskadeloven § 2 tredje ledd siste punktum». Vilkårene i passkl. § 2 tredje ledd var derimot oppfylt, slik at det ble gitt medhold. Er det større risiko for at en skade inntreffer ved en viss type behandling, er det nødvendig å informere pasienten om dette.

Hypotetisk vurdering: Det «skal» legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon, jf. passkl. § 2 tredje ledd andre punktum. Ettersom ordet «skal» er valgt av lovgiver, tilsier det at momentet er tungtveiende. Informasjonssvikt i seg selv vil derimot ikke utgjøre et erstatningsansvar, se *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538). En mann ble behandlet for ryggsmerte, men disse forsvant ikke etter operasjonen. Han mistet i tillegg seksualevnen. Det sistnevnte var det ikke informert om. Det ble presisert følgende:

«Spørsmålet er så om informasjonssvikten kan sies å ha "forårsaket" den skaden A ble pådratt ved operasjonen. Svaret må bero på en hypotese om hvilket standpunkt A ville ha tatt til legens anbefaling om operasjon dersom han hadde fått tilstrekkelig informasjon.» (s. 1547)

Retten mente at han ville latt seg operere hvis det forelå adekvat informasjon. En slik hypotetisk vurdering av om skadelidte ville ha gjennomgått behandlingen hvis informasjon var gitt, anvendes også i nemndspraksis.⁷⁰

Retten la videre til grunn i *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538) at den hypotetiske vurderingen skal foretas individuelt og konkret, ikke etter en generell pasientadferd. Flertallet poengterte at «[v]urderingen av om han med adekvat informasjon ville latt seg operere, er vanskelig. I denne situasjonen bør det etter min mening ikke stilles strenge krav til sannsynliggjøring av at han med tilstrekkelig informasjon ville valgt ikke å la seg operere» (s. 1548). Det skal derfor ikke mye til for å sannsynliggjøre at skadelidte ville avstått fra operasjonen.

Det anføres i rettslitteraturen at dersom retten eller NPE anser at et hypotetisk samtykke ville blitt gitt av pasienten, fremstår ikke informasjonssvikten som årsak til skaden, se Syse.⁷¹ Det betyr at dersom pasienten med tilstrekkelig informasjon hadde latt seg operere, vil ikke informasjonen være bakgrunnen for operasjonen. I et annet tilfelle kan retten legge til grunn at pasienten med tilstrekkelig informasjon ikke hadde samtykket til behandling. Da er det den manglende informasjonen som er bakgrunnen for operasjonen.

Mangelfull informasjon: Hvis det foreligger mangelfull informasjon, kan det bli oppveid av andre elementer. Et særskilt element er om det er forsvarlig å utføre operasjonen. En sentral avgjørelse er *Prolaps* (LB-2009-192317). Skadelidte fikk prolaps i nakken etter en bilulykke, og operasjonen førte til ryggmargskader. Pasienten fikk ikke medhold. Retten ordla seg slik:

«Videre har lagmannsretten funnet det mest sannsynlig at informasjonen om ventet resultat av operasjonen kan ha vært noe mangelfull. Etter en samlet vurdering kan ikke lagmannsretten se at denne informasjonssvikten er tilstrekkelig til å bringe forholdet inn under unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd, hensett til at det var *fullt forsvarlig å foreta operasjonen.*»

⁷⁰ Se til illustrasjon PSN-2016-274, PSN-2016-87, PSN-2015-10307, PSN-2015-5627, PSN-2015-2835, PSN-2014-1697, PSN-2013-482, PSN-2011-1001, PSN-2010-787, PSN-2010-181-1, PSN-2010-140-1, PSN-2007-726 og PSN-2006-121.

⁷¹ Syse (2015) s. 331.

En avgjørelse som viser hva pasienten selv må være kjent med er *Dropfot* (LB-2007-16311). Skadelidte ble påført en nerveskade etter en hofteoperasjon som medførte nedsatt gangfunksjon (dropfot). Kvinnen fikk ikke medhold. Retten formulerte seg slik:

«Det pekes blant annet på at selv om A ikke var gjort kjent med den konkrete risikoen for nerveskade, måtte hun *generelt* være kjent med at det forelå en risiko for komplikasjoner ved en operasjon av det omfang det var tale om her, og hun var også gjort kjent med enkelte av de komplikasjoner som kunne oppstå.»

Det innebærer at det i vurderingen av om passkl. § 2 tredje ledd kan anvendes, forventes at pasienter generelt må være kjent med risikoer ved operasjonen de gjennomgår. Både *Prolaps* (LB-2009-192317) og *Dropfot* (LB-2007-16311) tilsier at informasjonskravet ikke er særlig tungtveiende.

Regler for informasjonsplikt er også forankret i pbrl. § 3-2. I pbrl. § 4-1 kan helsehjelp kun gis når det er gitt samtykke fra skadelidte. Dette kan gis uttrykkelig eller stilltiende, jf. pbrl. § 4-2. Har det blitt gitt samtykke, og informasjonen er mangelfull, kan det medføre en svikt ved ytelsen av helsehjelpen etter passkl. § 2 første ledd bokstav a. Dette forutsetter at pasienten ikke ville valgt behandlingen hvis det ble gitt tilstrekkelig informasjon. Informasjonsplikten i passkl. § 2 tredje ledd andre punktum kan derfor anses som en unødvendig tilføyelse. Argumentet støttes av juridisk teori.⁷²

Informasjonsplikt vurderes ofte av Nemnda etter passkl. § 2 første ledd bokstav a, til tross for at saken inneholder vurderinger etter passkl. § 2 tredje ledd. En konsistent linje i nemndspraksis styrker derfor at momentet er unødvendig.⁷³ Lovgiver har bestemt at informasjonssvikt skal få betydning etter rimelighetsregelen, men momentet er ofte fraværende i praktiseringen. Dette medfører at passkl. § 2 tredje ledd andre punktum blir forvirrende. Momentet kan i noen tilfeller anses som et tilleggsargument, fremfor et moment av særlig betydning.⁷⁴

⁷² Jørstad (2004) s. 147.

⁷³ Jf. for eksempel PSN-2015-2835 (plager etter ryggoperasjon), PSN-2014-267 (parkinsonsymptomer etter epilepsimedisin), PSN-2013-2007 (skade etter implantering av øyeprotese), PSN-2011-1324 (skade etter levertransplantasjon), PSN-2010-1235 (skade etter ryggoperasjon), PSN-2010-787 (skade etter kneoperasjon), PSN-2010-181-1 (plager etter skulderoperasjon), PSN-2010-140-1 (skade etter operasjon for urinlekkasje), PSN-2007-726 (skade etter operasjon for prolaps i nakken) og PSN-2007-101 (nerveskade etter ryggoperasjon).

⁷⁴ Aschehoug (2011) s. 180–181.

Etter pbrl. § 3-2 får skadelidte den informasjonen som er nødvendig for å få innsikt i sin helse-tilstand. Minimumskravet er at informasjonen skal medføre at skadelidte kan samtykke til helsehjelpen og medvirke til valget av helsehjelp, for eksempel behandlingsformen. Skadelidte blir normalt informert om påregnelige eller alminnelig forekommende skader.⁷⁵ Dette tyder på at informasjonsplikten er forsvarlig utført i pbrl. § 3-2.

Det har blitt reist spørsmål i rettslitteraturen om årsakskravet i henhold til mangelfull informasjon bør «objektiveres». Det betyr at dersom det er klart at det er gitt mangelfull informasjon, skal det gis erstatning.⁷⁶ Resultatet vil bli at retten ikke foretar en hypotetisk vurdering av hva pasienten ville ha gjort med tilstrekkelig informasjon. I rettslitteraturen anføres det at dette kan styrke det erstatningsrettslige vernet til pasientene, se Reiersen.⁷⁷ Høyesterett la til grunn i *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538) at det skal foretas en hypotetisk vurdering ved spørsmålet om informasjon. Fremstillingen vil derfor ikke vurdere spørsmålet nærmere av plasshensyn.

2.5 Øvrige vilkår

Passkl. § 2 tredje ledd krever – i likhet med alminnelig erstatningsrett – at tre grunnvilkår er oppfylt for at skadelidte kan kreve erstatning. Det første vilkåret er at det må foreligge et ansvarsgrunnlag, se punkt 2.1. Det andre vilkåret er at skadelidte må ha blitt påført en skade. En pasientskade kan medføre et økonomisk tap og et ikke-økonomisk tap. Det økonomiske tapet omfatter inntektstap og/eller merutgifter. Det ikke-økonomiske tapet omfatter tapt livsutfoldelse. Tapene kompenseres av menerstatning og oppreisning.

Inntektstapserstatning, merutgiftserstatning og menerstatning dekkes etter passkl. § 4 første ledd første punktum, jf. skadeserstatningsloven⁷⁸ (skl.) §§ 3-1 og 3-2.⁷⁹ Det økonomiske tapet må overstige 10 000 kroner, jf. passkl. § 4 første ledd andre punktum.⁸⁰ Tidligere var beløpet på 5000 kroner, men dette ble endret i 2016.⁸¹

⁷⁵ Syse (2015) s. 360.

⁷⁶ Aasen (2002) s. 238.

⁷⁷ Reiersen (2004) s. 129.

⁷⁸ Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.

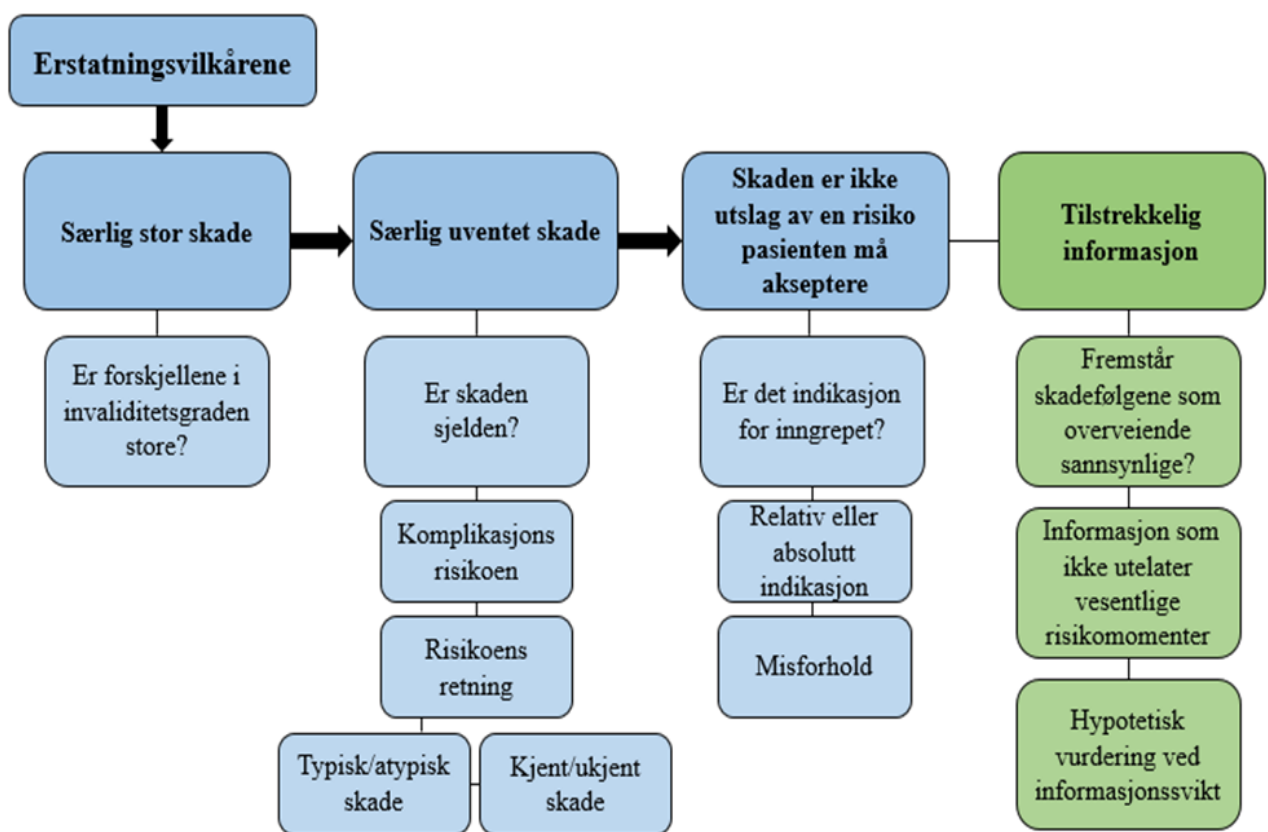
⁷⁹ Kjelland (2016c) s. 129–130.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 72.

⁸¹ Lov 18. desember 2015 nr. 121 om endringer i helselovgivningen (nasjonalt klageorgan for helsetjenesten mv.).

Ønsker skadelidte å kreve erstatning for tap under denne summen, må det kreves etter alminnelige erstatningsregler, jf. passkl. § 2 første ledd bokstav e. Oppreisningserstatning for tort og svie erstattes etter skl. § 3-5, ikke passkl. § 4 første ledd andre punktum. Det betyr at skadelidte må fremme kravet personlig etter alminnelige erstatningsregler.⁸² Det tredje vilkåret er at det må være en adekvat årsakssammenheng mellom skaden og den ansvarsbetingende handlingen.⁸³

Oppsummering: Passkl. § 2 tredje ledd inneholder flere vilkår og momenter. Figuren nedenfor viser et forenklet flytskjema.



Figur 2. Oppsummering av rimelighetsvurderingen

Figuren viser vilkårene og momentene i passkl. § 2 tredje ledd. Det første vilkåret er om skaden er særlig stor, se blå boks til venstre. Utgangspunktet for vurderingen er om forskjellene i invaliditetsgraden er store. Hvis forskjellene er store, taler det for anvendelse av bestemmelsen. Vilket suppleres av det neste vilkåret, om det er en særlig uventet skade. Her får det betydning

⁸² Kjelland (2016b) s. 703.

⁸³ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 10 og s. 17.

om skaden er sjelden. Om den er det, avgjøres av tre elementer. Det første elementet er komplikasjonsrisikoen. Hvis denne er lav, taler det for at skaden er sjelden. Det andre elementet er om skaden ligger i risikoens retning. Hvis den ikke ligger i risikoens retning, taler det for at skaden er sjelden. Det tredje elementet er om skaden er typisk/atypisk. Jo mer atypisk skade, dess mer uventet er den. Det fjerde elementet er om skaden er kjent/ukjent. Ukjente skadefølger taler for anvendelse av regelen. Dersom komplikasjonsrisikoen er lav, skaden ikke ligger i risikoens retning, skaden er atypisk eller ukjent, taler det sterkt for at skaden er særlig uventet.

Det tredje vilkåret er om skaden ikke er utslag av en risiko som pasienten må akseptere. Det beror blant annet på om det er indikasjon for inngrepet. Er indikasjonen relativ, er behandling ikke livsnødvendig. Det taler for anvendelse av bestemmelsen. Hvis indikasjonen er absolutt, er behandlingen livsnødvendig. Det taler sterkt for at bestemmelsen ikke anvendes. Det har betydning om det er misforhold mellom skaden og den sykdommen pasienten blir behandlet for. Dersom skaden er særlig stor sammenlignet med grunnsykdommen, er elementet oppfylt. Hvis pasienten har en alvorlig grunnsykdom, er det normalt ikke et misforhold mellom sykdommen og skaden. Hvis alle tre vilkårene er oppfylt, får pasienten erstatning etter passkl. § 2 tredje ledd.

Et moment i vurderingen er om det ble gitt tilstrekkelig informasjon før behandlingen, se grønn boks til høyre. Ettersom det kun er et moment, er det anvendt en annen farge i figuren for å markere forskjellen. Det skal gis informasjon hvis det er overveiende sannsynlighet for at skadefølgen oppstår. I andre tilfeller skal informasjonen ikke utelate vesentlige risikomomenter. I de tilfellene det foreligger informasjonssvikt, skal retten foreta en hypotetisk vurdering av om skadelidte hadde gjennomgått behandlingen, dersom informasjon var gitt.

3. Utvalgte typetilfeller – analyse av praksis

3.1 Begrunnelse for utvalget

I fremstillingen ovenfor er vilkårene og momenter i passkl. § 2 tredje ledd gjennomgått. I helhetsvurderingen av om regelen kan anvendes, vil derimot flere elementer få betydning. Her skal det fokuseres på hvilke momenter som anvendes i praksis. Fremstillingen vil vurdere om det er noen av typetilfellene som har et særlig svakt vern eller særlig sterkt vern for erstatning.

Typetilfellene er valgt fordi de er noen av de hyppigste som blir reist i Nemnda. De er også egnet til å fange inn ulike nyanser i passkl. § 2 tredje ledd. Noen av de samme momentene trekkes inn ved flere av typetilfellene, mens andre blir anvendt i det enkelte tilfellet. Fremstillingen vil behandle fødselsskader (punkt 3.2), skader ved kreftbehandling (punkt 3.3) og ryggskader (punkt 3.4). Det vil gis en oppsummering av typetilfellene i punkt 3.5.

3.2 Fødselsskader

Oversikt: Med fødselshjelp menes helsehjelp mor og barn får under fødselen.⁸⁴ Fra 2007 til 2016 ga NPE medhold i 18 saker etter passkl. § 2 tredje ledd. For saker som gjaldt skade på barnet ble det gitt medhold i 1 sak. De resterende 17 sakene gjaldt fødselshjelp og kvinnesykdommer.⁸⁵

En fødsel kan medføre risiko for skade på både mor og barn. Fremstillingen omhandler skader som skulderdystoci og plexusskade. Skulderdystoci er definert som at «skuldrene ikke kommer spontant eller etter et lett drag i fosterhodet, at de ikke kommer på neste ri etter at hodet er født, eller at de ikke er forløst innen ett minutt etter at hodet er født».⁸⁶ Plexusskade er en nerveskade som kan oppstå ulike steder i kroppen. Et eksempel er plexus brachialis, som er definert som «armnervefletningen».⁸⁷

Det skilles mellom skader som er påført av *aktiv handling* og skader som er påført av *selve fødselen*. Erstatning tilkjennes kun ved aktive handlinger. Er barnet påført skade av selve fødselen, skyldes skaden naturlige forhold, ikke sykehuset. Barnet anses i slike tilfeller ikke å ha

⁸⁴ Mørtvedt (2011) s. 279.

⁸⁵ E-post med Mette Willumstad Thomsen, seniorrådgiver i NPE.

⁸⁶ Blix og Øian (2010) s. 510.

⁸⁷ Nylenna (2009) s. 366.

en pasientskade. Dette kommer til uttrykk i *Feilbehandling* (LH-2001-430). Foreldrene krevde erstatning etter angivelig feilbehandling ved sykehuset. Barnet fikk diagnosen cerebral parese etter fødsel. Retten ordla seg slik:

«Lagmannsretten trenger ikke å ta standpunkt til det nærmere innholdet i § 3 a, fordi den under enhver omstendighet ikke kan danne grunnlag for erstatningsansvar i den foreliggende sak. A ble skadet etter en fødsel som på adekvat måte fikk gå sin naturlige gang. Skaden skyldtes altså ikke sykehuset, men *naturlige forhold*.»

Unnlatelser fra helsevesenet faller også utenfor anvendelsesområdet. Har legen eller jordmoren unnlatt å handle fordi det ikke var indikasjon for det, har det ikke skjedd en svikt. De må ha utført en aktiv handling. Dette har vært gjenstand for kritikk. Synspunktet er at det bør gis erstatning hvis det i ettertid blir oppdaget at en aktiv handling (for eksempel et keisersnitt) kunne hindret skaden. Det anføres at det bør gis erstatning etter passkl. § 2 tredje ledd, av hensyn til rimelighetsbetraktninger.⁸⁸

Argumentet har ikke fått gjennomslag i praksis, se *Hjerneskode II* (LB-2012-106842). Barnet fikk hjerneskode under fødselen på grunn av oksygenmangel. Spørsmålet var om det var årsakssammenheng mellom helsehjelpen og skaden, ettersom det ikke var satt inn aktive tiltak under fødselen. Fødselshjelpen ble ikke ansett som et nødvendig bidrag til oksygenmangelen. Det ble vist til at passkl. § 2 tredje ledd ikke er en ren rimelighetsregel, og lagt til grunn at «[o]m regelen burde være det, i hvert fall ved særlig store og/eller særlig uventede fødselsskader som kunne vært unngått ved annen fødselshjelp, ligger imidlertid ikke til domstolen å avgjøre». Fremstillingen vil av plasshensyn ikke vurdere nærmere om unnlatelser i slike tilfeller bør omfattes. Nedenfor vil hovedtrekk ved momentene som er mest anvendt i saker om fødselsskader presenteres.

Tidsmomentet: Et sentralt moment i vurderingen av om skadelidte har rett til erstatning er om helsevesenet var under tidspress under fødselen. Hvis det er tilfellet, er erstatning etter passkl. § 2 tredje ledd som regel utelukket. Resultatet kan bli mer fatalt for mor og barn hvis det ikke handles raskt i slike situasjoner. Risikoen for skade på barnet er her særlig stor. Skader som kan oppstå er oksygenmangel og hjerneskode, se henholdsvis PSN-2015-2442 og PSN-2010-1329.

⁸⁸ Mørtvedt (2011) s. 291–292.

Flere av sakene i Nemnda utelukker bruk av rimelighetsregelen på grunn av tidsmomentet. Dette medfører at drøftelsene er korte. *Plexusskade* (PSN-2011-1499) gir et representativt eksempel. Foreldrene krevde erstatning fordi barnet hadde fått plexusskade (nerveskade) i høyre arm etter fødselen. Nemnda la til grunn følgende:

«Nemnda viser til at plexusskaden skyldes fastsittende skuldre og ikke svikt i fødselshjelpen. Det er godt kjent i det medisinske miljø at plexusskade kan forekomme ved vanskelig skulderforløsning. Sett hen til at man måtte handle raskt for å få pasienten ut, finner nemnda at den oppståtte plexusskaden må anses som en følge av en kjent risiko forbundet med fødselen som må aksepteres. Pasientskadeloven § 2 tredje ledd kommer ikke til anvendelse.»

Ettersom en fast linje i nemndspraksis utelukker bruk av passkl. § 2 tredje ledd på grunn av tidsmomentet, tillegges det rettskildevekt.⁸⁹ Indikasjonen er absolutt, som taler sterkt for at rimelighetsregelen ikke anvendes.

Uforutsette hendelser: Under en fødsel vil noen skader skyldes hendelser som ikke kan forutses. Det finnes flere akutte tilstander som krever livreddende hjelp, som gjør indikasjonen absolutt. Et eksempel er når barnets skulder sitter fast (skulderdystoci). Det skjer i 0,15–2,1 prosent av alle fødsler.⁹⁰ Resultatet kan være at barnet får skade på armnervefletningen (plexusskade), kragebensbrudd eller overarmsbrudd.

Noen forhold ved moren og barnet øker risikoen for slike komplikasjoner. Er barnet stort (over 4500 gram), vil risikoen øke for at skuldrene sitter fast.⁹¹ *Hjerneskode I* (LG-2011-66251) gir et eksempel. Barnet fikk alvorlig cerebral parese i forbindelse med fastsittende skuldre under fødselen. Det ble poengtert at «mor [var] overvektig, led av svangerskapsdiabetes og barnet veide ved fødselen ca. 4400 gram. Det var altså tale om et stort barn». Siden en fast linje i nemndspraksis utelukker regelen på grunn av at det oppsto en uforutsett hendelse, tillegges det rettskildemessig vekt.⁹² Skaden anses normalt som utslag av en risiko som må aksepteres.

⁸⁹ Se også PSN-2015-2442, PSN-2013-414, PSN-2012-1689, PSN-2012-1457, PSN-2011-106, PSN-2010-1329, PSN-2010-1184, PSN-2009-266, PSN-2007-672, PSN-2005-455, PSN-2005-332-1 og PSN-2004-251.

⁹⁰ Blix og Øian (2010) s. 502.

⁹¹ Mørtvedt (2011) s. 284.

⁹² Jf. blant annet PSN-2015-2442, PSN-2013-414, PSN-2012-1689, PSN-2011-1499, PSN-2011-529, PSN-2011-114, PSN-2011-106, PSN-2010-1329, PSN-2010-638, PSN-2005-455, PSN-2005-332-1 og PSN-2004-251.

Foringelse av pasientens livskvalitet: I vurderingen av om skaden er «særlig stor» etter passkl. § 2 tredje ledd, har det betydning om pasienten har fått en forringelse av livskvaliteten som følge av skaden. Faktorer ved livskvaliteten som legges vekt på er arbeidsmuligheter, sosial fungering og seksualliv. I *Epidural* (LF-2011-40620) fikk kvinnen en sjelden nerveskade etter en epiduralbedøvelse. Saksforholdet er nærmere forklart i punkt 2.3.3. Det ble lagt vekt på ulike elementer:

«Smertene har ført til redusert søvn og svekket funksjonsevne. Bl.a makter hun ikke å følge opp sine barn slik hun ønsker på fritiden. Hennes seksualliv er sterkt hemmet. Hun arbeider i redusert stilling (56%), men ser ingen mulighet for å gå opp i full stilling på grunn av nerveskadene.

[...]

Etter lagmannsrettens syn må skaden etter en samlet vurdering av den medisinske invaliditet, de ervervmessige begrensninger den har medført i form av reduserte muligheter for å arbeide på dagtid i full stilling, samt de kraftige begrensninger skaden har medført for A's hverdagsliv og livsutfoldelse, anses som en betydelig skade.»

Avgjørelsen viser at flere elementer får betydning ved størrelsen av skaden, ikke bare den medisinske invaliditeten. Ettersom skaden i tillegg ble ansett særlig uventet og utenfor en risiko som måtte aksepteres, fikk kvinnen medhold. Retten la til grunn at «[s]kadetilfeller av denne art er så sjeldne at de bare vil forekomme år om annet ved norske sykehus». Som nevnt ovenfor legges det stor vekt på momentet om hurtighet i Nemnda. Passkl. § 2 tredje ledd utelukkes normalt på det grunnlaget. Derfor er det ikke funnet noen eksempler hvor forringelse av livskvalitet tillegges særlig vekt. På bakgrunn av at momentet har fått betydning i underrettspraksis, tillegges det en viss rettskildemessig vekt.

Utgangspunktet er at fødselsskader er utslag av en risiko som pasienten må akseptere, slik at passkl. § 2 tredje ledd ikke kommer til anvendelse. I *Hjerneskode I* (LG-2011-66251) fikk barnet alvorlig cerebral parese etter fødsel, og retten presiserte:

«Normalt gis der etter praksis ikke erstatning i disse tilfellene, fordi risikoen for skade *anses akseptabel i lys av viktigheten* av å få forløst barnet raskt nok av hensyn til faren for skade på mor eller barn, for eksempel oksygenmangel og hjerneskode.»

Som en deloppsummering av typetilfellet har analysen kommet frem til at indikasjonen veier særlig tungt. Risikoen for skade blir vurdert mot behovet for behandlingen. *Epidural* (LF-2011-40620) er den eneste avgjørelsen som er funnet hvor skadelidte fikk medhold. Kvinnen fikk en permanent nevrologisk skade i ryggen etter epiduralbedøvelse, som er et rutinemessig inngrep uten særlig høy risiko. Dette viser at anvendelsesområdet for bestemmelsen er store skader i et ellers enkelt sykdomsbilde, se punkt 2.1. Begrunnelsen for medholdet var særlig at det ikke var tale om en livsnødvendig behandling. Ettersom dette er den eneste avgjørelsen som er funnet hvor det ble gitt medhold, har fødselsskader et særlig svakt vern for erstatning.

3.3 Skader ved kreftbehandling

Oversikt: Kreft er en fellesbetegnelse på ondartede svulster. Hvis det skjer feil i forbindelse med celledelingen, dannes kreftceller. Det oppstår da ukontrollert cellevekst, slik at en kreftsvulst dannes.⁹³ Fra 2007 til 2016 tilkjente NPE erstatning i 13 saker etter passkl. § 2 tredje ledd (både saker om svulster og kreftsykdommer).⁹⁴

Både *Cellegift* (Rt. 2013 s. 653), *Tollefsen* (Rt. 2011 s. 549) og *Sarkom* (Rt. 2008 s. 218) gjaldt kreftbehandling. Pasientene fikk ikke medhold etter passkl. § 2 tredje ledd. Det ble lagt stor vekt på at behandlingen var livreddende. Nedenfor skal hovedtrekk ved momentene som er mest anvendt i saker om kreft presenteres.

Foringelse av pasientens livskvalitet: I likhet med fødselsskader vil dette momentet ha betydning i vurderingen av om skaden er særlig stor. Faktorer ved livskvaliteten som her legges vekt på er arbeidsmuligheter, sosial fungering, seksualliv og bilkjøring. I *Angiografi* (Rt. 2006 s. 1217) uttalte førstvoterende at «[a]rbeidsuførheten gir redusert livskvalitet for A, blant annet ved at han mister det sosiale nettverket og følelsen av å være nyttig» (avsnitt 43). I *Uriktig diagnostisert* (LB-2009-180976) ble skadelidte behandlet for en uriktig diagnostisert ondartet svulst, og endte med kroniske diaréplager og smerter i bukveggen. Det ble gitt medhold. Retten formulerte seg slik:

⁹³ Boehlke (2011) s. 331.

⁹⁴ E-post med Mette Willumstad Thomsen, seniorrådgiver i NPE.

«Dette medfører at A har vanskeligheter med å ha normal omgang med andre mennesker, og at han i det daglige er blitt mer eller mindre sosialt isolert. Diaréplagene setter også begrensninger når det gjelder muligheter til bilkjøring. A er heller ikke lenger i stand til å ha et normalt seksualliv.»

På bakgrunn av at momentet har blitt tillagt vekt av både Høyesterett og lagmannsretten, får det en stor rettskildemessig vekt.

Økonomiske konsekvenser: I tillegg til psykiske og fysiske plager, legges det vekt på om skadelidte ikke kan fortsette i arbeid og/eller har utgifter til medisiner. Momentet har støtte i forarbeidene, hvor det ble lagt til grunn at «størrelsen av det økonomiske tapet [vil] influere på mulighetene til erstatning i den konkrete sak».⁹⁵ Det har også støtte i underrettspraksis, se *Uriktig diagnostisert* (LB-2009-180976), hvor det ble uttalt følgende:

«I tillegg til de fysiske og psykiske plagene, har A også fått økonomiske problemer. Siden han har falt ut av arbeidslivet, må han nå klare seg med uførepensjon. Han har også store utgifter hver måned til medisiner og nødvendig diettmat.»

Ettersom momentet har støtte i både forarbeidene og underrettspraksis, får det rettskildemessig vekt. Det er ikke funnet noen eksempler på momentet i nemndspraksis. Dette er fordi de fleste saker legger til grunn at sykdommen var livstruende, og utelukker medhold som følge av det, se punkt 2.3.4.

Faglig uenighet: Ved vurderingen har det blitt lagt vekt på at det var faglig uenighet mellom de sakkyndige, se *Tett strupe* (LB-2006-34508). Saksforholdet er beskrevet i punkt 2.3.4. Skadelidte fikk skader som tett strupe etter kreftbehandling. En liknende behandling vil ikke bli utført i fremtiden på pasienter med hans alder og diagnose. Retten vektla at det var adskillig tvil mellom de sakkyndige knyttet til spørsmålet om behandlingen av pasienten var adekvat eller inadekvat. Retten uttalte at «[d]en sterke faglige uenigheten om dette i saken her bør få en viss betydning ved vurderingen etter § 3 a». I *Sarkom* (Rt. 2008 s. 218) ble momentet tatt stilling til, men «[d]et er ikke noen uenighet blant de sakkyndige om at de inntrufne skader var helt uventede» (avsnitt 48). Det var derfor ikke holdepunkter for synspunktet. Til tross for dette, er det relevant om det er sterk faglig uenighet i saken, ettersom underrettspraksis tillegger det vekt. Momentet får en viss rettskildemessig vekt.

⁹⁵ NOU 1992: 6 s. 39.

Tvangslignende situasjon: Det har fått betydning at situasjonen medførte at skadelidte kom i en tvangslignende situasjon, se *Røntgenundersøkelse* (LB-2006-125718). Skadelidte var frisk da han ankom sykehuset. Skadelidte fikk inntrykk av helsevesenet at faren for kreft ikke var stor, slik at operasjon ikke var nødvendig. Senere ble skadelidte forklart at svulsten kunne være ondartet. Han samtykket da til operasjon. Under behandlingen ble en nerve skadet, og han endte opp med en betydelig skade. Retten uttalte at «[d]et har også betydning at A ved den fremgangsmåte som ble valgt, kom i en tvangslignende situasjon». Det ble gitt medhold. Ettersom det ikke er funnet flere avgjørelser som har liknende resonnement i saker om kreft, får momentet liten rettskildemessig vekt.

Som en deloppsummering av typetilfellet har analysen funnet ut at, i likhet med fødselsskader, er det en sterk vektlegging av indikasjonen. Ved behandling som er livreddende, vil normalt ikke passkl. § 2 tredje ledd anvendes. Hvis behandlingen ikke er livreddende og det foreligger andre alternative behandlinger med mindre skaderisiko, taler det for anvendelse av regelen. I slike tilfeller har skader ved kreftbehandling et litt sterkere vern for erstatning enn når operasjon er livsviktig.

3.4 Ryggskader

Oversikt: En samlebetegnelse på saker om ryggbehandling er ortopedi. Fra 2007 til 2016 ga NPE medhold i 68 saker etter passkl. § 2 tredje ledd.⁹⁶ Det finnes ulike typer ryggskader. Fremstillingen omhandler vanlige ryggskader som isjias (prolaps) og skoliose. Isjias er definert som en «samlebetegnelse på lidelser hvor hovedsymptomet er smerter som stråler fra korsryggen bak hoften, ned i låret og eventuelt ut i foten».⁹⁷ Skoliose er definert i punkt 2.3.3, og betyr skjev rygg.

Cauda equina (Rt. 1998 s. 1538) er den eneste høyesterettsdommen som gjelder ryggskade. Skadelidte anførte flere feil ved behandlingen. Blant annet at skaden var en følge av en risiko som ikke var akseptabel etter ordningens § 3 bokstav a. Skaden ble verken ansett stor eller sjelden. Retten behandlet § 3 bokstav a kort. Saken handlet hovedsakelig om de andre anførselene til skadelidte. Det er derfor ingen momenter knyttet til rimelighetsregelen som kan belyse

⁹⁶ E-post med Mette Willumstad Thomsen, seniorrådgiver i NPE.

⁹⁷ Nylenna (2009) s. 222.

hva som blir tillagt vekt i forbindelse med ryggskader. Nedenfor vil hovedtrekk ved de mest anvendte momentene fra underrettspraksis og nemndspraksis presenteres.

Foringelse av pasientens livskvalitet: I likhet med de andre typetilfellene, er dette et moment som får betydning i vurderingen av om skaden er særlig stor. I *Nerveskade II* (LB-2013-152559) var ikke ryggoperasjonen livsviktig. Det fikk betydning at kvinnen hadde fått inkontinensplager, nedsatt seksualfunksjon og at hun hadde blitt sosialt isolert. Retten ordla seg slik:

«Hun går med bleie fordi hun har inkontinensplager med avføring og luft.

[...]

Hun har forklart at hennes seksualfunksjon er betydelig nedsatt fordi hun har nedsatt følsomhet og nedsatt seksuell lyst. Før operasjonen hadde hun glede av å ha sex. Hun kjenner ikke lenger seksuell opphisselse, noe hun finner det vanskelig å håndtere. Generelt sett er hun blitt isolert sosialt, har store problemer med å reise bort, gå på kino osv og dra på ferie.»

Har skaden ført til at skadelidte har utviklet depresjon, er det et element som styrker at skaden er særlig stor, se *Nerveskade I* (LB-2006-187893). Kvinnen fikk under ryggoperasjonen en nerveskade som førte til lammelse i begge ben, inkontinens og depresjonstilstand. Retten la til grunn at «[v]idere finner flertallet å kunne legge til grunn at den alvorlige depresjon A har utviklet, i alle fall delvis har sammenheng med operasjonen og den påførte nerveskade». Behandlingen var ikke livsviktig, og kvinnen fikk medhold. Flere elementer vil følgelig få betydning i vurderingen av om skaden er særlig stor. Momentet får en viss rettskildemessig vekt.

Økonomiske konsekvenser: I likhet med typetilfellet ovenfor, har det betydning om skadelidte har blitt arbeidsufør og/eller har utgifter tilknyttet skaden. I *Nerveskade II* (LB-2013-152559) ble det lagt vekt på at «hun har fått store kostnader til legebesøk, medisiner og ødelagte klær». Se også *Informasjonssvikt* (LB-2010-206521), hvor pasienten endte i rullestol etter skade under ryggoperasjon. Retten la til grunn at «A er i [dag] avhengig av rullestol og er 100 % uføretrygdet. Før operasjonen i juni 2004 hadde han invalidiserende rygg smerter i kortere perioder 2-3 ganger i året. Han var fortsatt i arbeid som bussjåfør d[a] han fikk akutte smerter i oktober 2003». Til tross for at behandlingen var viktig, fikk skadelidte medhold. Skadene var særlig store og uventede. I tillegg forelå det informasjonssvikt. Retten la til grunn at «[r]isikoen for en

så omfattende skade må anses som så liten at den ikke må aksepteres av pasienten». På bakgrunn av at momentet har fått betydning i underrettspraksis, tillegges det en viss rettskildemessig vekt.

Det finnes flere eksempler fra Nemnda hvor vurderingene innenfor ryggskader er korte. Begrunnelsen for dette er at det normalt er god indikasjon for operasjonen. Når pasientens ryggplager er så store at behandlingen anses nødvendig, er normalt erstatning utelukket. Ofte er skaden ikke uventet, kjent for helsevesenet og utslag av en risiko som må aksepteres. *Nerve-skade III* (PSN-2015-3325) gir et representativt eksempel. Pasienten hadde hatt ryggproblemer i mange år før operasjonen. Som følge av operasjonen fikk kvinnen blant annet delvis lammelser i venstre ben og nedsatt bevegelsesfunksjon. Nemnda la til grunn følgende:

«Nemnda legger til grunn at pasienten *ville hatt store plager også uten operasjonene*, men at hun har fått disse betydelig forverret som følge av behandlingen. Nemnda finner imidlertid ikke at det er et så stort misforhold mellom situasjonen med og uten behandlingen at unntaksbestemmelsen kan komme til anvendelse.»

På bakgrunn av at en fast og konsistent linje i nemndspraksis utelukker passkl. § 2 tredje ledd når det er god indikasjon for inngrepet, tillegges det rettskildeværdi.⁹⁸

Er behandlingen relativ, taler det for anvendelse av regelen. I *Skoliose* (PSN-2010-461) fikk pasienten skade på bukspyttkjertelen etter operasjon for skoliose. Skadelidte fikk medhold fordi indikasjonen var relativ. Skaden lå ikke i risikoen retning.

Som en deloppsummering har analysen kommet frem til at, i likhet med de andre typetilfellene, er terskelen høy for å få erstatning dersom det er absolutt indikasjon for behandling. Dette støttes av juridisk teori.⁹⁹ En analyse av nemndspraksis viser at pasientene ofte har store ryggsmertter før operasjonen, som medfører at det normalt ikke gis erstatning. Momenter som relativ

⁹⁸ Se for eksempel PSN-2016-1165, PSN-2015-7118, PSN-2015-3599, PSN-2015-3338, PSN-2015-2835, PSN-2015-2202, PSN-2014-996, PSN-2014-817, PSN-2014-701, PSN-2014-9, PSN-2013-1538, PSN-2013-1489, PSN-2013-328, PSN-2013-271, PSN-2012-1631, PSN-2012-1565, PSN-2012-1540, PSN-2012-409, PSN-2011-940, PSN-2011-9, PSN-2010-1235, PSN-2010-209, PSN-2009-154, PSN-2007-556, PSN-2007-101, PSN-2006-955 og PSN-2006-612.

⁹⁹ Syse (2011) s. 121.

indikasjon og informasjonssvikt vil tale for anvendelse av passkl. § 2 tredje ledd. Da vil typetilfellet ha et litt sterkere vern mot erstatning.

3.5 Oppsummering

Nødvendigheten av behandlingen har en betydelig vekt ved hvert typetilfelle. I vurderingen av om skaden er «særlig stor» er det flere elementer som får betydning, noe som ikke lett kan utledes fra lovteksten. Hvordan skaden har påvirket livssituasjonen for pasienten tillegges stor vekt ved alle typetilfellene. Har skaden medført en vesentlig forringelse av livskvaliteten, taler det sterkt for anvendelse av passkl. § 2 tredje ledd. Etter min mening samspiller dette med hensyn bak bestemmelsen. Den er en rimelighetsbestemmelse, som tar hensyn til skadeforløpet etter behandlingen til den konkrete pasient.

Det gis svært sjeldent medhold i fødselsskader, ettersom det ofte er stort tidspress og oppstår uforutsette hendelser. Ved både behandling av kreft og ryggskader blir det lagt vekt på hvilke økonomiske konsekvenser skaden har medført for skadelidte. Noen momenter er kun funnet ved det enkelte tilfellet. Dette gjør at typetilfellene er egnet til å vise ulike nyanser i passkl. § 2 tredje ledd. I vurderingen av om rimelighetsregelen kommer til anvendelse, vektlegges det hvor stor og uventet skaden er. Analysen viser at den konkrete *skadetypen* også får betydning i vurderingen av om passkl. § 2 tredje ledd kommer til anvendelse.

4. Komparativt perspektiv

4.1 Utvalg: svensk og dansk rett

Oppgaven skal i denne delen behandle rimelighetsregelen til våre naboland. Fremstillingen fokuserer på Sverige og Danmark, fordi området for pasientbehandling i stor grad ligner de norske reglene. Erstatningskrav knyttet til pasientbehandling øker i de fleste andre land, i likhet med Norge.

Sverige var det første landet som etablerte en frivillig pasientforsikringsordning som ikke knyttet seg til skyldansvaret. Det er hovedsakelig de nordiske landene som har den særlige erstatningsordningen for pasientskader. Ordningen medfører at pasienter får et bedre erstatningsrettlig vern.¹⁰⁰ Det finnes forskjeller mellom ordningene i Norge, Sverige og Danmark, noe oppgaven vil forklare nedenfor. Fremstillingen vil gi et overblikk over prosessuelle og institusjonelle forhold i svensk og dansk rett (punkt 4.2) og om rimelighetsregelen i begge land (punkt 4.3).

4.2 Prosessuelle og institusjonelle forhold

Sverige fikk en pasientskadelov¹⁰¹ i 1997, som avløste en frivillig pasientforsikringsordning fra 1975 som ikke knyttet seg til skyldansvar. Löv (Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag) er forsikringsgiver for ca. 90 prosent av helsevesenet.¹⁰² I 2016 mottok Löv 16 000 anmeldelser, hvor 40 prosent fikk medhold.¹⁰³ Dette gjelder alle medholdsvedtak, ikke kun etter rimelighetsregelen. Dersom skadelidte er misfornøyd med vedtaket, kan det påklages til Patientskadenämnden. Avgjørelsene er kun rådgivende.¹⁰⁴ Er vedkommende fortsatt misfornøyd, kan saken kreves fremmet for en voldgiftsdomstol. Domstolen har i praksis en perifer rolle, siden de fleste saker blir løst på forvaltningsnivå.¹⁰⁵

I Danmark trådte patientforsikringsloven¹⁰⁶ i kraft i 1992, som senere ble innarbeidet i lov om klage- og erstatningsadgang (kel.).¹⁰⁷ Før 1992 kunne pasientene få erstatning ved domstolene

¹⁰⁰ Jørstad (2011) s. 81.

¹⁰¹ Patientskadelagen (1996: 799).

¹⁰² Jørstad (2011) s. 81–82.

¹⁰³ Löv årsrapport (2016) s. 2.

¹⁰⁴ Jørstad (2011) s. 82.

¹⁰⁵ NOU 1992: 6 s. 54 og s. 58.

¹⁰⁶ Lov nr. 367 af 6. juni 1991 om patientforsikring.

¹⁰⁷ Lov nr. 1113 af 7. november 2011 om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet.

etter culperegelen. Dette ble senere endret til objektivt ansvar for å gi pasienter bedre mulighet for erstatning. Pasienter har et sterkt vern ettersom erstatning ikke søkes hos domstolene, men ved en anmeldelse til Patientforsikringen.¹⁰⁸ Avgjørelsen kan påklages til Patientskadeankenævnet.¹⁰⁹ Deres avgjørelse kan bringes inn for landsretten.¹¹⁰

Domstolen har også i praksis en perifer rolle, ettersom sakene normalt blir løst på forvaltningsnivå.¹¹¹ Patientforsikringsforeningen administrerer patientskadeordningen. I 2016 traff Patientforsikringen 10 361 avgjørelser om behandlingsskader, hvor 26 prosent fikk medhold.¹¹² Dette gjelder alle medholdsvedtak. Erstatning tilkjennes ikke for tap under 10 000 kroner.¹¹³

4.3 Rimelighetsregelen

4.3.1 Svensk rett – patientskadelagen 6 §

Loven inneholder seks ansvarsgrunnlag, jf. patientskadelagen 6 § första stycket 1–6 (§ 6 første ledd nr. 1–6). Ansvarsgrunnlagene er objektive. De inneholder på den andre siden begrensninger. En begrensning er at erstatning kun tilkjennes hvis skaden var en uunngåelig komplikasjon ved en medisinsk motivert handling. En annen begrensning er at erstatning ikke gis for diagnostikkskader hvis det var medisinsk motivasjon for å ta risikoen.¹¹⁴

Rimelighetsregelen er forankret i 6 § första stycket 4 (første ledd nr. 4), jf. tredje stycket (tredje ledd). Rimeligheten følger av «måste tålas» i tredje ledd:

«6 § Patientskadeersättning lämnas för personskada på patient om det föreligger övervägande sannolikhet för att skadan är orsakad av

[...]

4. överföring av smittämne som lett till infektion i samband med undersökning, vård, behandling eller liknande åtgärd,

[...]

¹⁰⁸ Hartlev, Hybel og Mortensen (2013) s. 307–308.

¹⁰⁹ Jørstad (2011) s. 83.

¹¹⁰ NOU 1992: 6 s. 57.

¹¹¹ NOU 1992: 6 s. 58.

¹¹² Patienterstatningen årsrapport (2016) s. 3.

¹¹³ Betænkning nr. 1346 i punkt 2.4.

¹¹⁴ NOU 1992: 6 s. 57.

Rätt till ersättning enligt första stycket 4 är utesluten i de fall omständigheterna är sådana att infektionen skäligen *måste tålas*. Hänsyn skall därvid tas till arten och svårhetsgraden av den sjukdom eller skada som åtgärden avsett, patientens hälsotillstånd i övrigt samt möjligheten att förutse infektionen.»

Regelen gjelder kun for infeksjonsskader, ikke for alle skadetyper slik som i Norge. Medholdsandelen varierer mellom 5 og 100 prosent, avhengig av hvilken type infeksjon det gjelder. Har infeksjonen oppstått etter en leddproteseoperasjon i knær eller hofter, erstattes nesten 100 prosent av sakene. Ved andre operasjoner ligger prosenten mellom 5 og 10.¹¹⁵ Medholdsprosenten er derfor høyere enn den var i Norge fra 2007–2016, hvor den lå på 2 prosent.

Momenter i vurderingen er arten og alvorlighetsgraden av grunnsykdommen, helsetilstanden og muligheten til å forutse infeksjonen. En og samme type infeksjon kan bedømmes ulikt, avhengig av hvilken pasient det gjelder og helsetilstanden. En alvorlig infeksjon som rammer en svært kreftsyk og infeksjonsfølsom person, vil normalt ikke gi grunnlag for erstatning etter regelen. Samme type infeksjon vil normalt gi grunnlag for erstatning hvis den rammer en frisk person etter en enkel operasjon.¹¹⁶

Jo mer alvorlig grunnlidelsen er, dess større komplikasjoner må tåles uten at regelen anvendes. Hvis infeksjonen var forutsigbar, gis det ikke erstatning.¹¹⁷ Dette forutsetter at den som utførte helsehjelpen eliminerte/minimerte risikoen, hvis personen burde ha forutsett at det var en infeksjonsrisiko. Erstatning kan likevel tilkjennes hvis misforholdet mellom infeksjonen og grunnsykdommen er særskilt stor, til tross for at infeksjonen kunne forutses.¹¹⁸

Regelen kommer ikke til anvendelse når skaden er en følge av nødvendige tiltak for behandling av en skade som ubehandlet ville vært direkte livstruende eller ledet til alvorlig invaliditet, jf. pasientskadelagen § 7.¹¹⁹

Noen behandlinger innebærer økt risiko for infeksjon. Dette gjelder transplantasjoner, behandlinger som reduserer immunforsvaret og kateterbehandlinger. Ved slike behandlinger bør infeksjoner som inntreffer som regel tåles. Skade kan også aksepteres dersom infeksjon oppstår i

¹¹⁵ E-post med Pelle Gustafson, Chefläkare i Löf.

¹¹⁶ E-post med Pelle Gustafson, Chefläkare i Löf.

¹¹⁷ Prop. 1995/96:187 i nr. 19.1 Förslag till patientskadelag i punkt 4.

¹¹⁸ Wilow og Wilow (1997) s. 44.

¹¹⁹ Jørstad (2011) s. 82.

et område med redusert blodsirkulasjon under en større operasjon.¹²⁰ Hvis risikoen for en infeksjonsskade er liten eller ikke forutsigbar, taler det for at erstatning tilkjennes etter bestemmelsen.¹²¹

I vurderingen av om regelen kan anvendes tas det hensyn til om pasienten er en av flere pasienter som rammes. Et sykehus kan ha en ukontrollerbar situasjon med smittespredning. Da kan en infeksjon gi krav på erstatning fordi pasienten helt åpenbart rammes av overførte infeksjoner, for eksempel fra personalet eller andre pasienter. Dette gjelder selv som denne type infeksjon normalt ikke gir grunnlag for erstatning når den rammer en enkeltperson.¹²²

4.3.2 Dansk rett – kel. § 20

Loven inneholder fire ansvarsgrunnlag, jf. kel. § 20. Ansvarsgrunnlagene er objektive. De inneholder derimot begrensninger, ettersom en av reglene inneholder vurderinger om en erfaren spesialist hadde handlet annerledes.¹²³ Fra 2012 til 2016 var det ca. 8,3 prosent i gjennomsnitt som fikk medhold etter rimelighetsregelen.¹²⁴ Medholdsprosenten er derfor høyere enn i Norge.

Rimelighetsregelen er forankret i kel. § 20 stk. 1, nr. 4, som lyder:

«hvis der som følge af undersøgelse, herunder diagnostiske indgreb, eller behandling indtræder skade i form af infektioner eller andre komplikationer, der er mere omfattende, end hvad patienten med *rimelighed må tåle*. Der skal herved tages hensyn til dels skadens alvor, dels patientens sygdom og helbredstilstand i øvrigt samt til skadens sjældenhet og mulighederne i øvrigt for at tage risikoen for dens indtræden i betragtning.»

Momenter i vurderingen er skadens alvor, pasientens sykdom, helsetilstand, skadens sjeldenhet og mulighetene for å ta risikoen for dens inntreden i betraktning. Bestemmelsen kalles for «rimelighetsreglen» eller «tålereglen». Den anses som en oppsamlingsbestemmelse, hvor det gis erstatning for skader som det ville virke støtende ikke å gi erstatning for. Kjernen i bestemmelsen retter seg til tilfeller hvor det hadde vært bedre at skadelidte ikke var blitt behandlet.¹²⁵

¹²⁰ Prop. 1995/96:187 i nr. 19.1 Förslag till patientskadelag i punkt 4.

¹²¹ Wilow og Wilow (1997) s. 45.

¹²² E-post med Pelle Gustafson, Chefläkare i Löf.

¹²³ NOU 1992: 6 s. 57.

¹²⁴ E-post med Emma Josefine Jespersen, student i kommunikationsenheden på Patienterstatningen. Se også Patienterstatningen årsrapport (2016) s. 11.

¹²⁵ Hartlev, Hybel og Mortensen (2013) s. 313 og s. 322.

Forarbeidene til patientforsikringsloven har overføringsverdi, ettersom loven ble innarbeidet i klage- og erstatningsloven. Erstatning tilkjennes komplikasjoner som er mer omfattende enn hva pasienten må tåle. Et eksempel på når bestemmelsen kan anvendes er når en pasient behandles for en mindre alvorlig sykdom, og det oppstår en nerveskade under operasjonen som gjør vedkommende invalid. Jo mer alvorlig grunnsykdommen er, dess større risiko må skadelidte tåle.

Vilkåret «skadens alvor» settes opp mot sykdommens alvor. Hvis grunnsykdommen innebar en nærliggende risiko for død eller alvorlig invaliditet, tilkjennes ikke erstatning. En skade anses tilstrekkelig alvorlig når de faktiske følgene av komplikasjonen er større enn de forventes å ha blitt av grunnlidelsen, hvis pasienten var ubehandlet. Utgangspunktet inneholder begrensninger. Et eksempel er når en kvinne gjennomgår en brystforminskende operasjon. Det er ikke rimelig at hun får erstatning for små komplikasjoner, fordi grunnlidelsen ubehandlet ikke medførte fare. I vurderingen vil derfor farligheten av den nødvendige behandlingen og den etterfølgende prognosen for helbredelse få betydning, når skadens alvor og grunnsykdom sammenlignes.¹²⁶

I likhet med Norge, er det ikke nok at skaden er alvorlig. Det tas hensyn til «skadens sjeldenhet». Komplikasjoner som inntreffer så sjeldent at det ikke er grunn til å ta risikoen i betraktning, skal det gis erstatning for. Risikoen må i praksis høyst inntreffe med en hyppighet på 1–2 prosent. Hvis skadens alvor volder tvil om oppfyllelse, blir skadens sjeldenhet avgjørende. Jo mer sjelden skaden er, dess mindre er kravene til alvoret av skaden. Motsatt vil skadens alvor være avgjørende hvis sjeldenheten volder tvil.¹²⁷

¹²⁶ Betænkning nr. 1346 i punkt 2.3.4.

¹²⁷ Hartlev, Hybel og Mortensen (2013) s. 323.

5. Samlende betraktninger

5.1 Oppsummering

Rimelighetsregelen har en skjønnsutøvelse som gir individuelle variasjoner. Den konkrete pasienten med sin helsetilstand får betydning i vurderingen. På den ene siden skaper dette fleksibilitet for pasientene. På den andre siden byr regelen på utfordringer. Når vilkårene er skjønnsmessige, er det vanskelig å forstå når erstatning kan tilkjennes.

Fremstillingen har vist hva som klart faller innenfor og klart utenfor regelen. Terskelen for hva som er en «særlig stor» skade er vanskelig å angi presist. Hvis skaderisikoen ligger under 1 prosent, særlig rundt 0,05–0,2 prosent, vil terskelen for en «særlig uventet» skade være oppfylt. Jo mer nødvendig behandlingen er, dess større komplikasjoner må pasienten akseptere.

Usikkerhet oppstår når tilfellet er i randsonen av kjerneområdet og det som klart faller utenfor. Her må hver sak vurderes konkret, det kan ikke utledes et fasitsvar for alle tilfeller. Siktemålet med bestemmelsen er å gi erstatning til pasienter som er særlige uheldige, sammenlignet med andre i samme pasientgruppe. En nylig avsagt dom fra Agder lagmannsrett, *Tarmskade II* (LA-2016-151040), illustrerer når bestemmelsen anvendes. En kvinne ble påført tarmskader under et inngrep mot urininkontinens. Under en oppfølgende operasjon ble hun påført skade som ga kronisk smertetilstand i benet. Retten la til grunn følgende:

«A stod opprinnelig overfor *et kurant, rutinemessig og beskjedent inngrep* hvor resultatet i dag er at hun er påført en varig betydelig skade som det var ekstremt liten risiko for ville inntreffe. Vurdert også opp mot hennes innledende plager, er dette etter lagmannsrettens syn en risiko hun ikke må akseptere.»

Avgjørelsen viser at bestemmelsen retter seg særlig til skader som har oppstått under enkle inngrep. I slike tilfeller anses det rimelig at skadelidte får erstatning.

De skandinaviske landene har en rimelighetsregel med flere likhetstrekk. Desto mer alvorlig grunnsykdommen er, jo mer må pasienten tåle. Kjerneområdet er alvorlige og sjeldne skader som oppstår under enkle inngrep. Hvis misforholdet mellom skaden og grunnsykdommen er svært stor, taler det sterkt for anvendelse av reglene. Vilkårene i vurderingene er stort sett like.

Det finnes også flere forskjeller mellom reglene. For det første gjelder rimelighetsregelen i Sverige kun for infeksjonsskader, mens den i Danmark og Norge gjelder for alle typer skader. For det andre har domstolen i praksis i Sverige og Danmark en mer perifer rolle enn i Norge. For det tredje gis det oftere medhold i Sverige og Danmark. For det fjerde kommer momentene klarere til uttrykk i loven i Sverige og Danmark. Måten passkl. § 2 tredje ledd er utarbeidet, gjør at pasienter må undersøke forarbeider, rettspraksis og nemndspraksis for å forstå hvilke momenter som er av betydning. Bestemmelsene i Sverige og Danmark skaper mer forutsigbarhet.

5.2 Refleksjoner

Fremstillingen av de ulike rettskildene gir grunnlag for refleksjoner de lege ferenda. Passkl. § 2 tredje ledd praktiseres med tre ulike vilkår. Det er derfor naturlig at loven også gir uttrykk for dette. Jeg mener at loven burde endre uttrykket særlig stor «eller» særlig uventet til «og». I dag må rettspraksis og forarbeider anvendes for å forstå at skaden både må være særlig stor og særlig uventet. En slik endring vil skape forutberegnelighet for pasientene.

En annen endring er at passkl. § 2 tredje ledd tilføyes flere momenter, på tilsvarende vis som Sverige og Danmark. Bestemmelsen inneholder få momenter. Dette fører etter min mening til manglende forutberegnelighet, da det er vanskelig å lese ut av lovteksten når pasienter kan kreve erstatning. Fremstillingen har vist at bestemmelsen har et snevert anvendelsesområde. Måten den er utformet, kan føre til at pasienter får større forventninger til erstatning enn det som er mulig. Hvis flere momenter ble tilføyd, ville det blitt lettere å forstå at terskelen er høy for å bli tilkjent erstatning. Slike momenter kan være alvorligheten av grunnlidelsen, pasientens helsetilstand og mulighetene for å ta risikoen for skadens inntreden i betraktning. En slik endring vil skape forutberegnelighet.

Informasjonskravet i passkl. § 2 tredje ledd andre punktum er også et element som kan være gjenstand for endring. Momentet skaper forvirring, ettersom det står at det «skal» legges vekt på, men ikke får særlig stor betydning i praksis. Momentet vurderes normalt i nemndspraksis etter passkl. § 2 første ledd bokstav a, fremfor passkl. § 2 tredje ledd. Loven kunne her gitt uttrykk for at informasjonssvikt får betydning etter pbrl. § 3-2 og passkl. § 2 første ledd bokstav a.

Det kan fra skadelidtes ståsted anses urimelig at det ikke tilkjennes erstatning når vedkommende rammes særlig hardt. Det er her viktig å huske på at regelen kun brukes unntaksvis for særskilte tilfeller. Et spørsmål er hvorfor Norge praktiserer regelen så strengt sammenlignet med Sverige og Danmark. Spørsmålet kan ikke besvares med et enkelt svar. Et moment kan være at Høyesterett aldri har tatt stilling til en sak hvor behandlingen er relativ (ikke livredende). Hvis det gis medhold i et slikt tilfelle, er det sannsynlighet for at medholdsprosenten øker noe. I Sverige og Danmark har domstolen i praksis en perifer rolle, som kan være en grunn til at medholdsprosenten er høyere enn i Norge. Et annet moment kan være at det er vanskelig for Nemnda å gi oftere medhold enn det blir gjort i dag. Det finnes ikke mange medholdssaker å sammenligne med, slik at det er vanskelig å forstå når passkl. § 2 tredje ledd kommer til anvendelse. Et motstridende moment er at lovgiver ønsker at utførelsen av regelen skal være så streng som den er i dag. Passkl. § 2 tredje ledd er ment å være et sikkerhetsnett.

Siktemålet med fremstillingen har vært å besvare hovedproblemstillingen om hvor langt passkl. § 2 tredje ledd rekker, ved å forklare om vilkårene, momentene og terskelen for erstatning de lege lata. Frem til dags dato praktiseres rimelighetsregelen strengt. Terskelen er *svært høy* for å bli tilkjent erstatning etter passkl. § 2 tredje ledd.

Referanser

Lover

1969	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
1980	Lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger (legeloven) (opphevet)
1989	Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring (yrkesskadeforsikringsloven)
1999	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)
2001	Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)
2015	Lov 18. desember 2015 nr. 121 om endringer i helselovgivningen (nasjonalt klageorgan for helsetjenesten mv.)

Forskrifter

1997	Forskrift 21. april 1997 nr. 373 om menerstatning ved yrkesskade
1988	Forskrift 1. januar 1988 nr. 4458 om regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker

Svenske og danske lover

Patientskadelagen	Patientskadelagen (1996: 799) [Sverige]
Lov om patientforsikring	Lov nr. 367 af 6. juni 1991 om patientforsikring [Danmark]
Lov om klage- og erstatningsadgang (kel.)	Lovbekendtgørelse nr. 1113 af 7. november 2011 om klage- og erstatningsadgang inden for

sundhedsvæsenet (lov om klage- og
erstatningsadgang) [Danmark]

Forarbejder

Arbejdsgruppens notat

Arbejdsgruppens notat om erstatningsordning for
pasientskader av 17. august 1987

NOU 1992: 6

Erstatning ved pasientskader

Ot.prp. nr. 31 (1998–99)

*Om lov om erstatning ved pasientskader (pasient-
skadeloven)*

Svenske og danske forarbejder

Prop. 1995/96:187

Patientskadelag m.m. [Sverige]

Betænkning nr. 1346

*Betænkning om revision af lov om
patientforsikring, 1997.* [Danmark]

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1993 s. 1169

Nervesvulst

Rt. 1998 s. 1336

Sphincter-ruptur

Rt. 1998 s. 1538

Cauda equina

Rt. 2005 s. 1757

Skygge

Rt. 2006 s. 1217

Angiografi

Rt. 2008 s. 218

Sarkom

Rt. 2011 s. 549

Tollefsen

Rt. 2013 s. 653

Cellegift

Underrettspraksis

LH-2001-430

Feilbehandling

LB-2006-34508	Tett strupe
LB-2006-125718	Røntgenundersøkelse
LB-2006-187893	Nerveskade I
LB-2007-16311	Dropfot
LB-2009-180976	Uriktig diagnostisert
LB-2009-192317	Prolaps
LB-2010-206521	Informasjonssvikt
LF-2011-40620	Epidural
LG-2011-66251	Hjerneskade I
LG-2011-198265	Cellegiftbehandling
LB-2012-106842	Hjerneskade II
LB-2012-157867	Struma
LB-2013-152559	Nerveskade II
LA-2013-206001	Livmor II
LF-2014-104419	Angiografiundersøkelse
LA-2016-151040	Tarmskade II

Praksis fra Pasientskadenemnda

PSN-2003-650

PSN-2004-251

PSN-2004-590

PSN-2005-332-1

PSN-2005-455

PSN-2006-121

PSN-2006-205

PSN-2006-440

PSN-2006-612

PSN-2006-675

PSN-2006-734

PSN-2006-955

PSN-2007-39

PSN-2007-78

PSN-2007-101

PSN-2007-334

PSN-2007-474

PSN-2007-499

PSN-2007-556

PSN-2007-672

PSN-2007-726

PSN-2007-768

Lammelse

PSN-2009-95

PSN-2009-132

PSN-2009-154

PSN-2009-266

PSN-2009-293

PSN-2009-444

PSN-2009-495

PSN-2009-738

PSN-2009-946

PSN-2010-140-1	
PSN-2010-181-1	
PSN-2010-209	
PSN-2010-316	
PSN-2010-371	
PSN-2010-461	Skoliose
PSN-2010-575	
PSN-2010-638	
PSN-2010-728	Livmor I
PSN-2010-787	
PSN-2010-1184	
PSN-2010-1235	
PSN-2010-1319	
PSN-2010-1329	
PSN-2011-9	
PSN-2011-106	
PSN-2011-114	
PSN-2011-324	Tarmskade I
PSN-2011-500	Protese
PSN-2011-529	
PSN-2011-940	
PSN-2011-995	
PSN-2011-1001	
PSN-2011-1322	

PSN-2011-1324

PSN-2011-1336

PSN-2011-1346

PSN-2011-1499

Plexusskade

PSN-2011-1545

Endetarmskreft I

PSN-2012-370

PSN-2012-376

PSN-2012-409

PSN-2012-593

PSN-2012-795

PSN-2012-988

PSN-2012-1062

PSN-2012-1457

PSN-2012-1540

PSN-2012-1559

PSN-2012-1565

PSN-2012-1631

PSN-2012-1689

PSN-2012-1794

PSN-2013-212

PSN-2013-271

PSN-2013-328

PSN-2013-414

PSN-2013-482

PSN-2013-601

PSN-2013-651

PSN-2013-901

PSN-2013-1000

PSN-2013-1187

Rusavhengighet

PSN-2013-1360

PSN-2013-1446

PSN-2013-1489

PSN-2013-1538

PSN-2013-1717

PSN-2013-2007

PSN-2014-9

PSN-2014-267

PSN-2014-343

PSN-2014-484

PSN-2014-701

PSN-2014-817

PSN-2014-847

PSN-2014-860

Nakkeoperasjon

PSN-2014-996

PSN-2014-1071

PSN-2014-1632

PSN-2014-1697

PSN-2015-2202

PSN-2015-2442

PSN-2015-2554

PSN-2015-2607

PSN-2015-2835

PSN-2015-3038

PSN-2015-3116

PSN-2015-3118

Kreft

PSN-2015-3165

PSN-2015-3262

PSN-2015-3325

Nerveskade III

PSN-2015-3338

PSN-2015-3599

Nedsatt funksjon

PSN-2015-5175

PSN-2015-5627

PSN-2015-6818

PSN-2015-7118

PSN-2015-10307

PSN-2016-87

PSN-2016-138

Endetarmskreft II

PSN-2016-274

PSN-2016-1165

PSN-2016-4198

PSN-2016-5083

Juridisk litteratur

- Aasen (2002) Aasen, Henriette Sinding, «Kravet om årsakssammenheng ved pasientskadeserstatning for informasjonssvikt», *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, 2002 s. 225–238.
- Aschehoug (2011) Aschehoug, Susanna, «Pasientens krav på erstatning ved skade som er særlig stor eller særlig uventet», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 2011 s. 163–182.
- Askeland (2006) Askeland, Bjarte, *Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør* (Bergen 2006).
- Befring og Ohnstad (2010) Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad, *Helsepersonelloven – med kommentarer*, 3. utgave (Bergen 2010).
- Bergsjø (2016) Bergsjø, Per Erik, «Sikkerhetsventilen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd og diagnosesakene» i *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt. Festskrift til Aslak Syse 70 år*, Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck (red.) (Oslo 2016) s. 65–78.
- Blix og Øian (2010) Blix, Ellen og Pål Øian, «Livreddende førstehjelp ved akutte tilstander» i *Jordmorboka. Ansvar, funksjon og arbeidsområde*, Anne Brunstad og Eva Tegnander (red.) (Oslo 2010) s. 502–515.
- Boehlke (2011) Boehlke, Therese Lohne, «Skader i forbindelse med diagnostisering og behandling av kreftsykdommer» i *Pasientskaderett: pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*, Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad (red.) (Oslo 2011) s. 331–348.

- Eckhoff ved Jan E. Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001).
- Hartlev, Hybel og Mortensen (2013) Hartlev, Mette, Ulla Hybel, Peter Bak Mortensen, *Sundhed og Jura – Sundhedsretlige perspektiver på sundhedsvæsen, sundhedspersoner og patientrettigheder* (København 2013).
- Ikdahl (2016) Ikdahl, Ingunn, «Hvilken vekt skal man legge på Trygderettens praksis?» i *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt. Festskrift til Aslak Syse 70 år*, Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck (red.) (Oslo 2016) s. 309–320.
- Jørstad (2004) Jørstad, Rolf Gunnar, «Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester», *Tidskrift for Erstatningsrett*, 2004 s. 138–153.
- Jørstad (2011) Jørstad, Rolf Gunnar, «Andre lands rett» i *Pasientskaderett: pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*, Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad (red.) (Oslo 2011) s. 81–85.
- Kjelland (2008) Kjelland, Morten, *Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten: en analyse av generelle og spesielle regler om årsakssammenheng* (Oslo 2008).
- Kjelland (2014) Kjelland, Morten, «Årsakssammenheng og bevis i personskadeerstatningsretten – en populærvitenskapelig fremstilling av generelle regler og de særskilte kriterier for vurdering av nakkeslengskader», *Nordisk försäkringstidskrift*, 2014 s. 1–40.
- Kjelland (2016a) Kjelland, Morten, *Erstatningsrett: en lærebok* (Oslo 2016).

- Kjelland (2016b) Kjelland, Morten, «Oppreisningserstatning ved fysiske og psykiske krenkelser – en analyse av høyesterettspraksis og sentrale utviklingslinjer» i *Rettsavklaring og rettsutvikling - Festskrift til Tore Schei*, Gunnar Bergby, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie (red.) (Oslo 2016) s. 703–758.
- Kjelland (2016c) Kjelland, Morten, «Tilsyn og ansvar» i *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (red.) (Oslo 2016) s. 104–134.
- Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse, Morten Kjelland, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 6. utgave (Oslo 2017).
- Mørtvedt (2011) Mørtvedt, Trude, «Fødselsskader» i *Pasientskaderett: pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*, Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad (red.) (Oslo 2011) s. 278–295.
- Nylenna (2009) Nylenna, Magne, *Medisinsk ordbok*, 7. utgave (Oslo 2009).
- Reiersen (2004) Reiersen, Nina, «Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester», *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2004 s. 123–137.
- Storvik (2006) Storvik, Jan, «Erstatning ved feildiagnose – en kommentar», *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2006 s. 108–113.
- Syse (2011) Syse, Aslak, «Pasientskaderett» og «Pasientskadeloven med kommentarer» i *Pasientskaderett: pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*, Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf

Gunnar Jørstad (red.) (Oslo 2011) s. 21–89 og s. 93–185.

Syse (2015)

Syse, Aslak, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utgave (Oslo 2015).

Syse (2017)

Syse, Aslak, «Klage over tildelingsvedtak» i *Velferdsrett II: Barneverns- og sosialrett*, 5. utgave, Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland (red.) (Oslo 2017) s. 111–152.

Wilow og Wilow (1997)

Wilow, Kay og Staffan Wilow, *Patientskadelagen. En kommentar* (Stockholm 1997).

Elektroniske kilder

Norsk pasientskadeerstatning. Pasientsikkerhet og statistikk - Statistikk - Mottatte saker (2016). <http://www.npe.no/nn/pasientsikkerhet-og-statistikk/statistikk/mottatte-saker/> [sitert 25. mai 2017]

Patienterstatningen – behandlings- og lægemiddelskader. Viden om skader - Tal og statistik - Hele året - Landstal - behandlingsskader (2016). <http://pebl.dk/Viden-om-skader/Tal-og-statistik/2016> [sitert 29. mai 2017]

Löf - Patientsäkerhet – Skadestatistik - Skadestatistik för hela Sverige (2016). <http://lof.se/wp-content/uploads/Statistik-2016-Hela-Sverige.pdf> [sitert 27. mai 2017]

Personlige meddelelser

Willumstad, Mette Thomsen. Seniorrådgiver i NPE (Norsk pasientskadeerstatning). E-post, 27. mars og 8. mai 2017.

Gustafson, Pelle. Chefläkare/Chief Medical Officer i Löf (Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag). E-post, 13. april 2017.

Jespersen, Emma Josefine. Student i kommunikationsenheden på Patienterstatningen – behandlings- og lægemiddelskader. E-post, 18. april 2017.

Liste over figurer

Figur 1. Rimelighetsvurderingens «kronologi»

Figur 2. Oppsummering av rimelighetsvurderingen