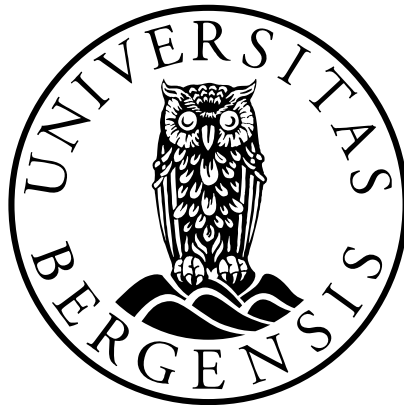


Rekkevidden av pasientskadeloven § 2 tredje ledd i  
lys av nyere praksis  
*-fra et pasientrettighetsperspektiv*

Kandidatnummer: 169

Antall ord: 14497



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

## Innhold

1	Innledning.....	3
2	Struktur og innhold.....	5
2.1	Oppbygging og metodiske utfordringer .....	5
2.2	Rettskilder.....	6
2.3	Avgrensninger og presiseringer .....	7
3	Utviklingen av rettighetsperspektivet.....	9
3.1	Pasient- og brukerrettighetsloven .....	9
3.1.1	Betydningen av praksis etter pasientskadereglene .....	10
3.2	Utviklingen av pasientens selvbestemmelses- og informasjonsrett .....	10
3.3	Hypotetisk samtykke .....	12
3.3.1	Kritikk .....	14
3.3.2	Forankring i lov og forarbeider .....	17
4	Pasientskadeloven .....	20
4.1	Kravet om skade .....	20
4.2	Kravet om ansvarsgrunnlag .....	20
4.3	Kravet om årsakssammenheng .....	21
5	Unntaksbestemmelsen i § 2 tredje ledd.....	22
5.1	En helhetsvurdering .....	22
5.2	Særlig stor.....	24
5.2.1	Indikasjon .....	25
5.2.2	Varig medisinsk invaliditet .....	28
5.2.3	Foringelse av pasientens livskvalitet .....	31
5.3	Særlig uventet.....	33
5.3.1	Kjent og typisk eller ukjent og atypisk skadefølge .....	34
5.3.2	Sannsynlighetsterskelen .....	37
5.3.3	Betydningen av manglende informasjon .....	39
5.4	Risikoen pasienten ikke må akseptere .....	40
5.4.1	Livreddende behandling .....	42
5.4.2	Fødselsskader .....	43
6	Avslutning .....	46

7	Litteraturliste .....	47
	Juridisk litteratur .....	47
	Artikler .....	48
	Rettsavgjørelser og vedtak .....	49

# 1 Innledning

Temaet for oppgaven er hvor langt det erstatningsrettslige vernet etter unntaksbestemmelsen i lov nr. 53/2001 om pasientskadeerstatning (pasientskadeloven) § 2 tredje ledd rekker. Dette er en unntaksbestemmelse som tilkjenner pasientskadeerstatning der hovedregelen ikke strekker til, men hvor skaden er «særlig stor eller særlig uventet» og «ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere». Skadene det tilkjennes erstatning for etter bestemmelsen er ikke et resultat av en svikt ved mottatt behandling og det er dermed ingen som kan klandres for at de har oppstått. Den fokuserer således på resultatet, i motsetning til hovedregelen hvor selve behandlingen er i fokus. Regelen er basert på synspunktet om at helsevesenet ved Norsk pasientskadeerstatning (NPE) i enkelte tilfeller står nærmere enn pasienten til å bære risikoen.<sup>1</sup>

Reglene i pasientskadeloven går lenger i beskyttelsen av pasienter enn alminnelige erstatningsrettslige regler. Ansvarsgrunnlagene er alle objektive, og det er ikke nødvendig å bevise klanderverdig opptreden fra helsepersonell. Selve søknadsprosessen er forenklet for pasienten ved at NPE har utredningsplikten i hver enkelt sak. Unntaksbestemmelsen i tredje ledd går enda et hakk lenger i å verne om pasientrettighetene. Skadene som erstattes etter denne bestemmelsen har oppstått som en svært uheldig konsekvens av en ellers adekvat behandling. Regelen har vært gjenstand for mye diskusjoner og uenigheter, og praksisen er blitt ansett for å være for streng og til og med urimelig. Forarbeidene har påpekt at regelen er ment å benyttes helt unntaksvis. Den skal fungere som en sikkerhetsventil for helt spesielle tilfeller hvor det ville være urimelig ikke å yte erstatning, på tross av at vilkårene i hovedregelen ikke er oppfylt.<sup>2</sup> Det snevre anvendelsesområdet har blitt ansett som såpass viktig å ivareta at det er kommet direkte til uttrykk i lovteksten, jf. «kan det unntaksvis ytes erstatning».

Pasientene som søker erstatning etter unntaksbestemmelsen har fått både store og uventede skader som får konsekvenser for deres livsutfoldelse. Det er dermed ikke unaturlig at det for dem kan fremstå som urimelig ikke å bli tilkjent noen form for erstatning. Lovens utforming har videre skapt forvirring om den egentlige rekkevidden av bestemmelsen, da det er en rekke

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91

<sup>2</sup> Ot.prp. Nr. 31 (1998-99) s. 91

avgjørende vurderingsmomenter utviklet i praksis som ikke så lett lar seg utlede av selve lovteksten.

Regelen er imidlertid en unntaksregel, og gir erstatning for skader som fra et alminnelig erstatningsrettslig perspektiv ikke er erstatningsberettiget. På tross av at det lett kan virke urimelig å sitte igjen med en varig medisinsk invaliditet som begrenser en for resten av livet, kan ikke bestemmelsen få et omfang som i for stor grad står i spenning med det alminnelige erstatningsrettslige vernet. Det er klart at man i en erstatningsrettslig sammenheng trenger en skadevolder så vel som en skadelidt. Selv om man i unntaksbestemmelsen fokuserer mer på resultatet enn på selve behandlingen, vil det å gi bestemmelsen for vidt omfang gå utover NPE på en måte som ikke er juridisk forsvarlig. Der unntaksregelen kommer til kort vil det være andre trygdeytelser som kan kompensere for det økonomiske tapet skaden medfører.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om anvendelsen er for streng ut fra et rettighetsperspektiv. Av de årlige utbetalingene fra NPE kan om lag 3 % tilskrives vedtak etter unntaksbestemmelsen.<sup>3</sup> Det er paradoksalt at en regel som tilkjenner erstatning etter rene rimelighetshensyn anses som sterkt urimelig. Spørsmålet er således i hvilken grad praksisen samsvarer med pasientrettighetsperspektivet, og om den eventuelt kan mykes opp uten at det går på bekostning av hensynet bak det snevre anvendelsesområdet.

---

<sup>3</sup> Syse (2013) s. 599

## 2 Struktur og innhold

### 2.1 Oppbygging og metodiske utfordringer

Oppgavens første del vil ta for seg temaet selvbestemmelsesrett og informasjonssvikt, og vil se på utviklingen av pasientrettighetene som til slutt førte til ikrafttreddelsen av lov nr. 63/1999 (pasient- og brukerrettighetsloven). Dette gjøres fordi rettighetsreglene i pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) fungerer i samarbeid med reglene i pasientskadeloven (passkl.), og således er relevant for anvendelsen av disse.

Det vil innledningsvis gjennomgås hvordan pasientrettighetsperspektivet fikk den sentrale rollen det har i dag, hvilke barrierer det har støtt på, og hvordan disse er løst i praksis. Dette er fraskilt den spesifikke gjennomgangen av unntaksbestemmelsen i passkl. i del to. Den første delen behandler også prinsippet om hypotetisk samtykke. Årsaken til dette er at informasjonsrett og krav til samtykke er relevant for anvendelsen av reglene om pasientskadeerstatning generelt, og ikke kun for unntaksbestemmelsen. Å gjennomgå reglene på et mer generelt plan anses som nødvendig for å sette unntaksbestemmelsen i sammenheng og dermed bedre få frem i hvilke tilfeller den gjør seg gjeldende.

Andre delen av oppgaven tar for seg innholdet i unntaksbestemmelsen. De ulike vilkårene er gått igjennom hver for seg for å fremheve hvilke momenter som er relevant ved vurderingen. Da endelig avgjørelse beror på en helhetsvurdering er det imidlertid enkelte momenter som får betydning for flere enn ett vilkår, som indikasjon for behandlingen. Dette har bydd på problemer for oversikten i gjennomgangen av momentene. Løsningen har blitt å vurdere momentet under vilkåret «særlig stor» skade, da dette kommer først i gjennomgangen og det også er her det får størst betydning. Målet med gjennomgangen er å få frem hva som er av betydning for selve helhetsvurderingen, og hvor stor vekt de ulike momentene har.

Det vil gjennomgås en rekke dommer fra Pasientskadenemnda (nemnda), lagmannsretten og Høyesterett. Det vil fortløpende vurderes i hvor stor grad vekten av de ulike momentene

samsvarer med rettighetsperspektivet loven bygger på, og med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.

## 2.2 Rettskilder

Det har kun vært to saker i Høyesterett som omhandlet passkl. § 2 tredje ledd, Rt. 2013 s. 653 (Cellegift) og HR-2017-2270-A.<sup>4</sup> De andre høyesterettsdommene hvor unntaksbestemmelsen har vært oppe til vurdering har omhandlet de midlertidige reglene. Passkl. er imidlertid i stor grad en videreføring av disse, og praksisen er fremdeles relevant. Dette følger direkte av Rt. 2013 s. 653 som igjen viser til Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 63. Her fremgår det at ansvarsgrunnlaget etter passkl. bør være «omtrent like strenge som de midlertidige reglene».<sup>5</sup>

I Rt. 2008 s. 218 (Sarkom) kom Høyesterett med en uttalelse hva angår forholdet mellom de tidligere pasientskadereglene og den nye passkl.:

*“Den nye loven om erstatning for pasientskader har en annen oppbygging enn den midlertidige ordningen, men det synes å fremgå av forarbeidene at de grunnleggende trekk ved den midlertidige ordningen er beholdt.”<sup>6</sup>*

At reglene er tiltenkt å ha samme innhold underbygges også av at førstvoterende i Rt. 2011 s. 549 velger å forholde seg til ordlyden i passkl. § 2 tredje ledd på tross av at saken skulle behandles etter de midlertidige reglene.<sup>7</sup>

Oppgaven vil ta for seg en rekke vedtak fra nemnda. Vekten av nemndspraksis har Høyesterett i Rt. 2006 s. 1217 (Angiografi) fastlagt at er relevant *“i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller har gitt seg utslag i, en fast og konsistent praksis”*.<sup>8</sup> Det ble i denne

---

<sup>4</sup> Dommene omtales nærmere nedenfor

<sup>5</sup> Avsnitt 29

<sup>6</sup> Avsnitt 60. Dommen blir nærmere omtalt nedenfor

<sup>7</sup> Se nærmere om dommen nedenfor

<sup>8</sup> Avsnitt 38

dommen henvist til Rt. 2005 s. 1757 (Skygge) som uttalte det samme, og påpekte at *“Det som måtte være uttalt i den enkelte avgjørelse, kan derimot ikke tillegges selvstendig rettskildemessig betydning”*.<sup>9</sup> Forarbeidene har videre forutsatt at *“domstolene vil legge vekt på pasientskadenemndas praksis”*.<sup>10</sup> Det vil i oppgaven påpekes hvorvidt vedtakene som det vises til gir uttrykk for en fast og konsistent praksis.

Da det er få høyesterettsdommer som har behandlet saker etter unntaksbestemmelsen, vil oppgaven ta for seg en rekke dommer fra lagmannsretten. Av dommene som er kommet til Høyesterett er imidlertid alle blitt anket videre av nemnda, som har vunnet samtlige. Nemnda anker tradisjonelt alle dommer hvor lagmannsretten tilkjenner erstatning etter bestemmelsen, men disse blir som regel ikke sluppet inn. Lagmannsretten har altså tilkjent erstatning i en del tilfeller hvor det kan tenkes at både nemnda og Høyesterett hadde vært uenig. Vekten av lagmannsrettsdommene må således vurderes etter hvorvidt de gir uttrykk for noe som fremkommer av en av Høyesterettsdommene eller ikke. Det er også relevant for vekten hvorvidt avgjørelsene strider med fast nemndspraksis. Dette vil vurderes underveis i oppgaven.

## **2.3 Avgrensninger og presiseringer**

Oppgaven vil hovedsakelig gjennomgå anvendelsen av loven på et generelt plan, og vil kun gå spesifikt inn på livreddende behandling, samt fødselsskader. Livreddende behandling står i en særstilling grunnet mangelen på alternativer, og det er derfor behandlet for seg. Fødselsskader er tatt med fordi det skiller seg fra skader ved sykdomsbehandling ved at det å skulle føde ikke er en sykdom, og da heller ikke en grunntilstand.

Oppgaven vil kun ta for seg ansvarsgrunnlag og det avgrenses således mot utmåling og adekvat årsakssammenheng. Videre vil ikke oppgaven inneholde noe spesifikt om rettigheter for pasienter som er barn eller voksne med svekket samtykkekompetanse, men ta utgangspunkt i alminnelige voksne pasienter.

---

<sup>9</sup> Avsnitt 45

<sup>10</sup> Ot.prp. Nr. 31 (1998-1999) s. 85



Den vil heller ikke ta for seg tilsvarende rimelighetsregel i svensk og dansk rett. Dette skyldes at det ikke er plass i oppgaven til å gjennomgå reglene med tilhørende praksis grundig nok til å sette det i sammenheng med oppgavens tema. Det anses dermed ikke som hensiktsmessig å ta det med.

Ved henvisning til dommer vil det enten brukes Rt. eller dommens kallenavn. Det vil ikke brukes navn som avslører personsensitive opplysninger, jf. HR-2018-557-A.

## 3 Utviklingen av rettighetsperspektivet

### 3.1 Pasient- og brukerrettighetsloven

Erstatningsretten bygger på tanken om at en skade som skyldes en annen enn skadelidtes handling i størst mulig grad skal repareres og gjenoprettes. Den skal også ha en forebyggende effekt ved å bevisstgjøre mennesker til ikke å opptre på en måte som kan gjøre dem erstatningsansvarlig overfor andre. Erstatningsretten er således ment å ivareta den skadelidtes interesse og eksisterer ut i fra et rettferdighets- og rettighetsperspektiv. Dette rettighetsperspektivet er bakgrunnen for at reglene om pasientskadeerstatning i dag er et eget regelsett som er spesielt laget for å sikre ivaretakelsen av pasientrettigheter.<sup>11</sup> Rettsutviklingen mot et mer rettighetsbasert pasientvern som til slutt ledet til både passkl. og pbrl. har skjedd gradvis. Særlig i 1980-årene ble pasientrettighetsbegrepet mer og mer sentralt i både i rettsvesenet, helseforvaltningen, rettsforskningen og mediedebatten.<sup>12</sup>

Rundt tusenårsskifte kom pasientskadeloven, helsepersonelloven (lov nr. 64/1999) og pasient- og brukerrettighetsloven. Pasientrettigheter ble særlig styrket gjennom disse lovene, og da spesielt med hensyn til fremveksten av deres selvbestemmelses- og informasjonsrett. Disse rettighetene springer igjen ut av det grunnleggende hensynet til menneskers autonomi. Det ble som følger av disse rettighetene mulig å basere erstatningssøksmål på bakgrunn av at det forelå en informasjonssvikt.

I dag følger det direkte av pbrl. § 3-2 at pasienter har krav på informasjon som er “nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand” og “innholdet i helsehjelpen”. Hun skal også “informeres om mulige risikoer og bivirkninger”. § 3-2 må videre sees i sammenheng med § 4-1 som angir at behandling kun kan gis “med pasientens samtykke”. Pasienten må informeres i tråd med § 3-2 for at samtykket skal være gyldig, jf. § 4-1 2. setning.

---

<sup>11</sup> NOU 1992:6 pkt. 8.1 flg.

<sup>12</sup> Syse (2015) s. 35

I de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning var “informasjonssvikt” spesifikt angitt som et ansvarsgrunnlag, mens det i den nye pasientskadeloven går inn under «svikt», jf. § 2 første ledd bokstav a. Forarbeidene presiserer at manglende informasjon kan være en *“behandlingsfeil som kan lede til skade, og manglende informasjon kan utgjøre en mangel ved pasientens samtykke til behandlingen”*.<sup>13</sup>

### **3.1.1 Betydningen av praksis etter pasientskadereglene**

Pbrl. trådte i kraft i 2001, og var i stor grad en kodifisering av allerede eksisterende pasientrettigheter som på det tidspunktet var utviklet i rettspraksis.<sup>14</sup> Ikrafttreddelsen medførte at pasientrettighetene ikke lenger måtte utledes fra legens lovpålagte plikter. På denne tiden hadde pasientskadereglene av 1988 lenge vært utviklet i rettspraksis, og de påvirket både utformingen og rekkevidden av den nye pasientskadeloven. Da denne utviklingen i stor grad skjedde før pasientens selvbestemmelses- og informasjonsrett fikk en sentral rolle i rettskildebildet, kan det derfor stilles spørsmål om hvorvidt de to lovene samsvarer med hverandre. Det vil i den forbindelse være nødvendig å se på hvilken rolle pasientenes autonomi og selvbestemmelsesrett hadde i helseretten før og etter utviklingen i praksis.

### **3.2 Utviklingen av pasientens selvbestemmelses- og informasjonsrett**

Tidligere var forholdet mellom leger og pasienter paternalistisk, og det var ikke vanlig at pasienter fikk informasjon om helsetilstand og behandling, eller at deres personlige ønsker ble nevneverdig vektlagt.<sup>15</sup> Selv om legene hadde etiske forpliktelser var informasjonsplikten lenge ikke omfattet, og da den først kom var det et stort rom for legene til selv å avgjøre hva som ble formidlet til pasienten.<sup>16</sup> I 1980 kom legeloven (lov nr. 42/1980) som i § 25 påla leger en plikt om å gi pasienten informasjon om helsehjelpen, samt å la pasienten medvirke “såvidt mulig”.

---

<sup>13</sup> Ot.prp. Nr. 31 (1998-99) s. 91.

<sup>14</sup> Syse (2015) s. 35

<sup>15</sup> Aasen (2000) s. 22

<sup>16</sup> Aasen (2000) s. 91

En svært viktig høyesterettsavgjørelse for pasienters informasjonsrett kom med Rt. 1993 s. 1169. Det var informasjonsretten etter legeloven § 25 som var oppe til vurdering i forbindelse med en pasientskade hvor det var nedlagt påstand om mangelfull informasjon. Saken gjaldt en pasient som var operert for det legene trodde var en lungenesvulst, som viste seg å være en nervesvulst. Pasienten fikk permanente nerveskader ved fjerningen av svulsten. Påstanden om mangelfull informasjon var begrunnet med at pasienten ikke hadde fått beskjed om muligheten for at det kunne være en nervesvulst, samt om risikoen ved fjerningen av denne. Høyesterett kom i dommen med en viktig uttalelse om pasientens informasjons- og selvbestemmelsesrett:

*“opplysningsplikten henger sammen med pasientens rett til å bestemme over eget legeme. Det er et grunnleggende krav om at det må foreligge samtykke fra pasienten før legebehandling, så fremt det ikke foreligger nødstilstand eller andre særlige omstendigheter. Et slikt samtykke forutsetter at pasienten har tilstrekkelig oversikt over formålet med behandlingen, sannsynligheten for at den vil gi den tilsiktede virkningen og hvilke komplikasjoner og bivirkninger som vil kunne oppstå”.<sup>17</sup>*

Om rekkevidden av informasjonsretten etter legeloven § 25 spesifikt, uttalte Høyesterett at det ikke måtte utelates *“vesentlige risikomomenter”*. Særlig viktig var det å gi informasjon om slike risikomomenter *“hvor det er reelle valgmuligheter”*.

Det ble i dommen lagt til grunn at informasjonssvikt kunne medføre erstatningsansvar, men det ble ikke ansett å foreligge en informasjonssvikt i det aktuelle tilfellet. Sannsynligheten for at pasienten hadde en nervesvulst kunne *“neppe...sies å ha vært betydelig”*, og diagnosen lungenesvulst ble ansett for å ha vært fullt forsvarlig. Det ble videre påpekt at det var situasjonen på behandlingstidspunktet som var relevant ved vurderingen av om det forelå uaktsomhet fra legenes side, hvilket senere er blitt fulgt i rettspraksis.<sup>18</sup>

Dommen gir et klart uttrykk for at pasientens autonomi og selvbestemmelsesrett er relevant i en behandlingssituasjon, men er ikke helt representativ for den sentrale rollen denne retten har

---

<sup>17</sup> s. 1174

<sup>18</sup> Rt 2011 s. 549, nærmere omtalt nedenfor

i dag. Det blir blant annet påpekt av mindretallet at det *“bare unntaksvis kan være grunnlag for erstatningsansvar på det grunnlag at opplysningsplikten etter legeloven § 25 tredje ledd ikke anses oppfylt”*.

Likevel var dommen en styrke av pasientrettighetene og et viktig grunnlag for den videre utviklingen av selvbestemmelsesretten. Det tok imidlertid ikke lang tid før man støtte på en ny barriere. I Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina) fant retten at det forelå en informasjonssvikt. Det ble likevel ikke tilkjent erstatning da informasjonssvikten ikke ble ansett for å ha forårsaket skaden. Det ble antatt at pasienten hadde latt seg operere selv om det var gitt tilstrekkelig informasjon, og det manglet dermed en årsakssammenheng. Grunnet mangelen på samtykke gitt på forhånd, oppstilte altså retten et hypotetisk samtykke som igjen ble grunnlag for å nekte erstatning.

### **3.3 Hypotetisk samtykke**

Også i Rt. 1998 s. 1538 var det legeloven § 25 som var oppe til vurdering. Erstatningssøkeren hadde blitt operert i 1990, og de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning var således trådt i kraft. Dette innebar at ansvarsgrunnlaget var blitt objektivt, og at det ikke var nødvendig å stadfeste uaktsomhet fra legens side. Saken gjaldt en pasient som hadde fått permanente nerveskader etter en operasjon for isjasplager. Disse nerveskadene hadde blant annet medført en nedsatt seksualfunksjon. Pasienten var ikke på forhånd blitt informert om risikoen for en slik skadefølge, og mente han ikke hadde latt seg operere dersom informasjonen var blitt gitt. Om innholdet i legeloven § 25 ble det henvist til Rt. 1993 s. 1169. Etter å ha fastslått at det forelå informasjonssvikt oppstilte høyesterett et hypotetisk samtykke ved å vurdere hva pasienten *ville ha gjort* dersom han var blitt tilstrekkelig informert på forhånd. Dommen ble avsagt under dissens 3-2 og uenigheten dreide seg ikke om hvorvidt det kunne oppstilles et hypotetisk samtykke, men om det var riktig å gjøre det i det aktuelle tilfellet.

Førstvoterende (mindretallet) i dommen kom her med en interessant uttalelse om hvordan et hypotetisk samtykke skal oppstilles:

*“En slik hypotese kan enten fastlegges ut fra normal pasientatferd, basert på den forutsetning at A ville ha handlet normalt, eller den kan fastlegges konkret og individuelt for A. Om normal pasientatferd i slike situasjoner som A var i, har de sakkyndige for Høyesterett uttalt at pasienter i alminnelighet følger det råd legen gir, men at dette ikke skjer i alle tilfelle [...] Jeg er imidlertid - som lagmannsretten - kommet til at As hypotetiske standpunkt må fastlegges konkret og individuelt”.<sup>19</sup>*

Mindretallet konkluderte med at pasienten hadde valgt ikke å la seg operere. De vektla at han på forhånd hadde vært engstelig, og at den type skade han var blitt påført - skade på seksualfunksjonen - var *“et særlig følsomt punkt for en person i As alder og livssituasjon”*. Dette standpunktet har både Aasen og Nygaard sagt seg enig i.<sup>20</sup>

Flertallet sa seg enig i at hypotetisk samtykke måtte oppstilles etter en konkret og individuell vurdering, men mente at pasienten ville ha latt seg operere med tilstrekkelig informasjon. Annenvoterende begrunnet dette med at:

*“A var på tidspunktet for operasjonen 26 år, 100 prosent sykemeldt på grunn av isjassmerter, han levde i et samboerforhold og hadde barn med samboeren. Mange forhold - både rasjonelle og irrasjonelle - kan komme inn i vurderingen av operasjon, og særlig her hvor det også forelå risiko for skade på seksualfunksjonen. Jeg legger til grunn at A riktignok - som nevnt i 1993-dommen - hadde valgmuligheter. Men selv med det syn jeg har gitt uttrykk for når det gjelder tvilsrisikoen, er jeg blitt stående ved å måtte bygge på at han i denne situasjonen ville valgt å følge legens råd om å la seg operere.”<sup>21</sup>*

På tross av at annenvoterende går inn på forhold rundt pasientens livssituasjon, legges det i realiteten til grunn hva en normal pasient ville gjort i samme situasjon. Annenvoterende går ikke konkret inn i pasientens egne forutsetninger og personlighet. Det kan således stilles spørsmål ved om ikke flertallet i dommen avgjorde saken nettopp på bakgrunn av normal

---

<sup>19</sup> s. 1547

<sup>20</sup> Aasen (2002) s. 236-238, Nygaard (2007) s. 481

<sup>21</sup> S. 1548

pasientatferd. Også etter en slik vurdering ville det være nødvendig å konkretisere pasientens tilfelle, da det ellers kun ville bli vektlagt utgangspunktet om at pasienter følger legens råd.

Problemet med å skulle foreta en helt konkret vurdering av hver enkelt pasient er at det vil være svært vanskelig å bevise at personen avviker fra normalen. Det kunne for eksempel være aktuelt å innhente uttalelser fra vitner om hvordan pasienten har forholdt seg før operasjonen. Har vedkommende hele tiden gitt uttrykk for at risikoen ved behandlingen kan medføre at han ikke lar seg operere, vil dette tale i pasientens favør. Vitner kan også bidra til å klarlegge om pasienten av natur er en engstelig person. Det er imidlertid trolig sjeldent at det foreligger slike beviser, og enhver pasient vil naturlig nok i ettertid påstå at de ikke hadde latt seg operere hvis de visste om risikoen. Det er selvsagt ikke relevant for vurderingen, da risikoen da allerede har realisert seg i en skade.

Å foreta en helt konkret vurdering vil videre by på ressursmessige problemer i det bevisvurderingen raskt vil bli omfattende. Det kan sånn sett være grunn til heller å oppstille samtykke basert på normal pasientatferd ut fra den konkrete situasjonen, ved at man lar andre momenter spille inn i vurderingen. Er det snakk om en livreddende behandling vil man som en helt klar hovedregel måtte anta at pasienten ville samtykket uansett risiko. Dette må sees i sammenheng med Høyesteretts uttalelse i dommen fra 1993 om at det må foreligge “reelle valgmuligheter” for at informasjonssvikt skulle kunne medføre ansvar etter dagjeldende regler. Også i dag vil det måtte stenges for erstatning dersom pasienten ikke hadde noen reelle valgmuligheter og derfor hadde måttet la seg operere selv med høy risiko.<sup>22</sup> Er det imidlertid snakk om en behandling som er særlig smertefull, og som i tillegg har en relativ indikasjon, vil terskelen for sannsynlighet måtte senkes betraktelig i pasientens favør.

### **3.3.1 Kritikk**

Prinsippet om hypotetisk samtykke har blitt kritisert i teorien av Aasen, som mener det er i strid med rettighetsperspektivet og formålet med ordningen om pasientskadeerstatning.<sup>23</sup> Artikkelen hennes ble skrevet før ikrafttredelsen av passkl. og før prinsippet om hypotetisk

---

<sup>22</sup> Se nærmere om livreddende behandling i punkt 5.4.1

<sup>23</sup> Aasen (2002) s. 238

samtykke ble videreført i praksis fra både nemnda og domstolen.<sup>24</sup> Hun fremhever at det på bakgrunn av at ansvarsgrunnlaget i passkl. er objektivt, også burde være grunn til å objektivisere årsakskravet. Hun fremhever at det i så tilfelle vil være det at det er foretatt en behandling uten innhenting av gyldig samtykke som vil være erstatningsgrunnlaget.<sup>25</sup> Man vil i disse tilfellene vite at skaden rent faktisk skyldes behandlingen, samt at det ikke forelå gyldig samtykke før denne skadegjørende behandlingen ble gjennomført. Dette mener hun burde kunne tjene som tilstrekkelig rettslig grunnlag for erstatning. Dersom man i slike tilfeller oppstiller et krav om at det også må mangle et hypotetisk samtykke, vil man undergrave pasientenes selvbestemmelsesrett. En slik praksis vil videre være i strid med hensikten bak passkl., som var å gjøre det enklere for pasienter å vinne frem med sitt krav.

Begrunnelsen for praksisen følger av den alminnelige betingelseslæren som kan forankres i P-pille-dom II,<sup>26</sup> samt langvarig praksis og sedvane. Høyesterett uttalte her at

*“årsakskravet mellom en handling eller unnlatelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatelse tenkes borte. Handlingen eller unnlatelsen er da en nødvendig betingelse for at skaden inntrer”.*<sup>27</sup>

Årsakssammenhengen er etter denne læren betinget av at pasienten med tilstrekkelig informasjon faktisk hadde unnlatt å la seg operere, slik at skaden hadde vært unngått. Ser man vekk fra dette, vil NPE bli ansvarliggjort i tilfeller hvor legens mulige alternative handling ikke ville utgjort noen forskjell i hendelsesforløpet som ledet frem til skaden. Dette er i strid med grunnleggende erstatningsrettslige prinsipper, og vil medføre at man etter passkl. har et langt større vern enn etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Å begrense anvendelsesområdet med denne praksisen kan dermed virke nødvendig på tross av at det vanskeliggjør erstatningsprosessen for pasientene.

På den annen side vil det å anvende kravet til informasjon og samtykke strengt, kunne ha en preventiv effekt ved at helsepersonellet blir enda mer grundig i å sørge for at pasienten er

---

<sup>24</sup> Se feks PSN-2015-8385, PSN-2015-8073 og LG-2017-107392

<sup>25</sup> Aasen, 2002 s. 238

<sup>26</sup> Rt. 1992 s. 64

<sup>27</sup> s. 69



tilstrekkelig informert. Det vil imidlertid ikke dekke over de tilfeller hvor det oppstår en lite sannsynlig komplikasjon under en operasjon som det er mer hensiktsmessig fra et medisinsk ståsted å håndtere der og da. Legene vil i så fall måtte avslutte operasjonen, og dermed tvinge pasienten til å undergå nok en operasjon, for å innhente samtykke. Det kan i denne sammenheng vises til et eksempel fra en svensk dom som omhandlet spørsmålet om informasjonssvikt.

En kvinne var under operasjon for å løsne på nerver som medførte smerte. Under operasjonen fant legene det nødvendig å kutte over en nerve for å løse problemene hennes. Dette medførte imidlertid en annen type smerte og kvinnen søkte erstatning. Retten fant at skaden ikke var erstatningsberettiget da det hadde vært forsvarlig at legene kuttet nerven under operasjonen. Dersom de hadde skullet gjøre dette på et senere tidspunkt ville nerven vært nær sagt umulig å finne igjen. Operasjonen ble foretatt før pasientskadeordningen trådte i kraft i Sverige i 1975 og ansvarsgrunnlaget var således uaktsomhet.<sup>28</sup>

Dommen har vært kritisert i den svenske teorien og blitt ansett for å underminere pasientens selvbestemmelsesrett. Det hadde i det aktuelle tilfellet vært påregnelig at nerven måtte kuttes, og synspunktet var derfor at kvinnen burde vært informert om denne muligheten.<sup>29</sup> På tross av dette, illustrerer dommen at det kan oppstå situasjoner hvor det vil være vanskelig for legene å ha innhentet samtykke på forhånd. Med et objektivt ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng uten oppstilling av hypotetisk samtykke, ville vurderingen måtte bero på hvem som sto nærmest til å bære risikoen for skaden. Ut fra et pasientrettighetsperspektiv ville det være NPE som står nærmest til å bære risikoen for komplikasjoner dersom disse var noenlunde påregnelige og pasienten ikke var informert på forhånd. Er det snakk om uforutsette komplikasjoner, vil spørsmålet antagelig måtte vurderes etter unntaksbestemmelsen i passkl. § 2 tredje ledd dersom det også er tale om en særlig stor skade.<sup>30</sup> Det vil da ikke være spørsmål om informasjonssvikt, men om skadens sjeldenhet og omfang er utenfor det pasienten må akseptere av risiko og NPE således står nærmest til å bære risikoen.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Nytt Juridisk Arkiv (NJA) 1990 s. 442 – henvist til i Aasen (2002) s. 231

<sup>29</sup> Rynning, "patientens samtykke - rettslig relevant eller bare medicinsk-etisk? Juridisk Tidsskrift 1990/91 s. 630-644, s. 643, henvist til i Aasen (2002) s. 231

<sup>30</sup> Se kapittel 5 for nærmere gjennomgang av bestemmelsen

<sup>31</sup> Betydningen av informasjon i unntaksbestemmelsen tas opp i pkt. 5.3.3

Oppstilling av hypotetisk samtykke har blitt videreført i praksis fra både domstolen og nemnda.

I LA-2007-48909 hadde en pasient fått cauda equina-skade etter å ha blitt operert i ryggen to ganger. Kvinnen ble 100 % ervervsmessig ufør og fikk en rekke plager. Lagmannsretten fant at det ikke var anledning til å gi erstatning i det behandlingen hadde vært forsvarlig, og skaden ikke var atypisk, men en kjent mulig skadefølge på mellom 3 promille og 1 prosent. Skaden sto heller ikke i sterkt misforhold til grunntilstanden. Det ble videre lagt til grunn at kvinnen ville latt seg operere selv om hun var blitt informert om muligheten for den skadefølgen som inntraff. Erstatning ble ikke tilkjent.<sup>32</sup>

I LG-2017-107392 hadde en pasient fått en skade etter en hofteoperasjon. Pasienten var på forhånd ikke blitt informert om muligheten for dette. Det ble av lagmannsretten konstatert at det forelå informasjonssvikt, men det ble ikke ansett for å være årsakssammenheng mellom denne og skaden. Pasienten ble ansett for å ha latt seg operere selv om hun hadde fått tilstrekkelig informasjon da indikasjonen hadde vært god, og hun hadde hatt betydelige hofteproblemer forut for inngrepet. Det ble imidlertid konstatert «svikt» i selve behandlingen og kvinnen fikk erstatning på dette grunnlag.

Oppstillingen av hypotetisk samtykke, på tross av at det foretas etter en konkret og helhetlig vurdering for hver enkelt pasient, er ikke en sikker måte å sørge for riktig avgjørelse i den enkelte sak. Det vil være et utgangspunkt for enhver vurdering at de fleste pasienter gjør det legen anbefaler, og pasientene vil derfor starte i motbakke når de skal bevise at nettopp de ikke inngår i denne normalen. Praksisen samsvarer heller ikke med hensynet til pasientens autonomi og selvbestemmelsesrett, i det den i lengden vil medføre at helsepersonell “slipper unna” med informasjonssvikt i tilfeller hvor det faktisk hadde vært av avgjørende betydning. Praksisen er således mest i favør av NPE, og ikke pasienten.

### **3.3.2 Forankring i lov og forarbeider**

Oppstilling av hypotetisk samtykke er videre ikke dekket av ordlyden i hpl. § 10, eller pbrl. § 3-2, og samstemmer ikke med hensynet bak informasjonsplikten som er at det er pasienten

---

<sup>32</sup> Se også for eksempel PSN-2015-8385, PSN-2015-8073, PSN-2016-5042, PSN-2016-8031

selv som bestemmer over sin egen kropp. I forarbeidene til passkl. er spørsmålet om erstatning ved mangelfull informasjon tatt opp, men med et tvetydig svar. Det uttrykkes først at det burde være tilstrekkelig for erstatning at det har oppstått en skade under en operasjon som er foretatt uten gyldig samtykke, for eksempel ved at en nerve kattes over ved fjerningen av en svulst uten at dette er uaktsomt. Videre uttales det at

*“det avgjørende kan være at operasjonen aldri burde vært foretatt, fordi pasienten ikke har gitt et tilstrekkelig klart og velinformert samtykke”*

og at

*“Kravet til årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og tapet kan også være oppfylt i disse tilfellene”.*

Dette synes å tyde på at forarbeidene ikke gir grunnlag til oppstilling av hypotetisk samtykke. I avsnittet under blir det imidlertid påpekt at

*“ofte vil en nok anta at siden det dreier seg om en operasjon legen mente burde vært utført, så ville pasienten samtykket om vedkommende var blitt spurt”.*<sup>33</sup>

Hvilket standpunkt forarbeidene tar angående det aktuelle spørsmålet er dermed ikke lett å avgjøre. Det kan fremstå som at problemstillingen ikke er sett, på tross av dommen fra 1998.<sup>34</sup> Ordlyden i passkl. er kun at skaden må “skyldes” informasjonssvikten, uten nærmere presiseringer. Dette kan ikke anses for å utelukke bruken av hypotetisk samtykke i det skaden ikke rent faktisk vil «skyldes» informasjonssvikten dersom pasienten uansett ville latt seg operere.

Videre fremgår det av forarbeidene at manglende informasjon, på tross av at det er tatt en riktig kalkulert risiko, “kan [...] utløse erstatningsplikt dersom pasienten ikke er tilstrekkelig informert”.<sup>35</sup> Leger har et visst slingringsmonn til å selv avgjøre hva det er hensiktsmessig å informere pasienten om. Dette følger også av forarbeidene til pbrl. som angir at legen kan utøve skjønn ved valg av hvilken informasjon som er nødvendig å gi til pasienten. Dette beror på den enkelte pasients mulighet til å ta til seg informasjonen, livssituasjonen samt dens

---

<sup>33</sup> Ot.prp.nr. 31 (1998-1999) s. 13

<sup>34</sup> Aasen (2002) s. 236

<sup>35</sup> Ot.prp. Nr. 31 (1998-99) s. 91

tilstand og sykdom. Det må foreligge nok informasjon for pasienten til at denne har et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag.<sup>36</sup> Dette er også fastlagt i høyesterettspraksis, senest i HR-2017-687-A som igjen henviser til uttalelsen i Rt. 1993 s. 1169.

Når legen har et slikt slingringsmonn medfører dette at det tidvis vil være nødvendig å foreta en vurdering av hva pasienten ville ha gjort med tilstrekkelig informasjon. Å ikke gi engstelige pasienter fullstendig oversikt over alle tenkelige ting som kan gå galt ved det legen mener er en nødvendig behandling, fremstår således som logisk og forsvarlig. Det må likevel, hvilket også blir påpekt av annenvoterende (flertall) i dommen fra 1998, være en lav sannsynlighetsterskel for at pasienten anses for ikke å ha latt seg operere.<sup>37</sup> Det er imidlertid liten tvil om at praksisen ikke samsvarer med pasientrettighetsperspektivet som både passkl. og pbrl. bygger på.

Likevel vil det av praktiske årsaker være umulig å bygge på en fullstendig autonomi for en pasient, og innenfor helseretten må det være rom for fleksibilitet. Selv om pasienten kan mest om seg selv, er det legen som kan mest om helse, og det er da også naturlig at det til en viss grad er rom for skjønn ved utøvelsen av helsehjelpen. I en erstatningsrettslig sammenheng er det da nødvendig å vurdere årsakssammenhengen mer inngående, da det tross alt er mest vanlig at pasienten følger legens råd. Problemet kommer på spissen i relasjon til unntaksbestemmelsen, da skadene i disse tilfellene ofte er så sjeldne at det ikke er naturlig at legen informerer om dem på forhånd.<sup>38</sup>

Oppgaven vil i det følgende gjennomgå unntaksbestemmelsen i passkl. § 2 tredje ledd, etter en kort gjennomgang av hovedregelen.

---

<sup>36</sup> Ot.prp.nr. 12 (1998-1999) s. 132

<sup>37</sup> s. 1548

<sup>38</sup> Se punkt 5.3.3

## 4 Pasientskadeloven

Pasientskadeloven har ingen formålsbestemmelse, men skal gjenopprette pasientskader som er voldt i behandlingssammenheng. I likhet med alminnelige erstatningsrettslige regler må det også her foreligge en skade, et ansvarsgrunnlag og en årsakssammenheng. I motsetning til alminnelige erstatningsrettslige regler er det kun økonomisk tap som overstiger NOK 10 000 som erstattes, jf. § 4. Dette kan være direkte økonomisk tap, eller menerstatning for begrensninger i livsutfoldelse. Dersom man ønsker å søke om oppreisning må dette gjøres etter skadeserstatningsloven § 3-5, og kravet må da rettes direkte til behandlingsstedet.

### 4.1 Kravet om skade

Etter passkl. kan det tilkjennes erstatning for “skader” som er “voldt” av nærmere opplistede institusjoner i § 1 a-c, jf. § 2. Begrepet “skader” skal her forstås som i erstatningsretten ellers, og omfatter både psykisk og fysisk skade.<sup>39</sup> Det må ha forekommet en ytre påvirkning av pasienten, enten fysisk eller psykisk, som har overgått hennes toleransenivå. Videre tilkommer det et ytterligere krav om at skaden må være en “pasientskade”, jf. § 1. En “pasientskade” foreligger når skaden er “voldt” i situasjonene som er beskrevet i første ledd bokstav a-e, samt at de er “voldt under” nærmere angitte behandlingssituasjoner, jf. § 1 andre ledd.

I en ny dom fra lagmannsretten av 18. mai 2018, lb-2014-184931, ble det påpekt at normale smerter etter et inngrep, for eksempel smerter fra selve arret, ikke er å anse som en «pasientskade» så lenge disse er påregnelige. Dette skyldes at slike plager er en nødvendig følge av inngrep.<sup>40</sup>

### 4.2 Kravet om ansvarsgrunnlag

Ansvarsgrunnlaget fremkommer av § 2 første ledd bokstav a-e. De opplistede ansvarsgrunnlagene er alle objektive, til forskjell fra i alminnelig erstatningsrett hvor det

---

<sup>39</sup> Ot.prp nr. 31 (1998-99) s. 55

<sup>40</sup> Dommen omtales nedenfor

også kan stadfestes subjektivt ansvar gjennom culpa eller forsett. Bokstav a om “svikt ved ytelsen av helsehjelp” er det vanligste erstatningsgrunnlaget og gjør seg gjeldende “selv om ingen kan lastes”. Sistnevnte er et klart uttrykk for at stadfestelse av ansvar ikke samtidig er en erklæring om klanderverdig opptreden. Pasientskader som forekommer i de opplistede situasjoner utgjør hovedregelen for pasientskadeerstatning.

### 4.3 Kravet om årsakssammenheng

Etter § 2 første ledd må tapet skaden har medført “skyldes” de nærmere opplistede ansvarsgrunnlagene i bokstav a-e. Ordlyden i “skyldes” tilsier at handlingen som ansvarliggjøres må ha vært en nødvendig betingelse for at skaden inntraff. Dette samsvarer med betingelseslæren.<sup>41</sup> Bruken av betingelseslæren følger av fast nemndspraksis.<sup>42</sup>

I P-pille II kom det en viktig presisering fra Høyesterett, ved at de tok avstand fra *hovedårsakslæren* som riktig metode for årsakssammenheng. På pasientskadeområdet er dette særlig viktig, da pasienter som er under behandling allerede har en sykdom og således ofte er mer sårbare enn andre. Sårbarhetsprinsippet som er utviklet i rettspraksis gjelder altså også i pasientskaderetten.<sup>43</sup> Prinsippet går ut på at skadevolder må “ta skadelidte som han er” og er basert på hensynet til respekt for menneskers individualitet. Det skal sørge for at også de sårbare er beskyttet på lik linje med de robuste.<sup>44</sup> Dette innebærer videre at dersom en grunnlidelse gjør en pasient mer sårbar for en type skade, er det NPE som i utgangspunktet må bære denne sårbarhetsrisikoen.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Se rt. 1992 s. 64, og oppgavens avsnitt 3.3.1

<sup>42</sup> Se feks PSN-2011-785, PSN-2009-0636, PSN-2006-0139

<sup>43</sup> Rt. 1997 s. 1 (Rossnes), Rt. 1999 s. 1473 (Stokke), Rt. 2000 s. 915 (Dispril), Rt. 2000 s. 1614 (Passiv røyk I), Rt. 2001 s. 337 (Ranheim)

<sup>44</sup> Kjelland (2011) s. 255

<sup>45</sup> Merk at dette begrenses ved smitte og infeksjon som “i hovedsak skyldes pasientens tilstand eller sykdom, jf. § 2 bokstav c.

## 5 Unntaksbestemmelsen i § 2 tredje ledd

### 5.1 En helhetsvurdering

Passkl. § 2 tredje ledd er et eget ansvarsgrunnlag som gjør NPE erstatningsansvarlig ved visse typer pasientskader. Denne vil kunne gjøre seg gjeldende dersom ingen av vilkårene i § 2 første og andre ledd er oppfylt. Det må da foreligge en pasientskade som er “særlig stor eller særlig uventet” og som “ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere”. Det skal ved vurderingen vektlegges “om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd”, jf. siste setning. Regelen er ment å brukes helt unntaksvis, jf. “kan det unntaksvis ytes erstatning” og skal fungere som en sikkerhetsventil for tilfeller hvor det ville virke støtende på rettsfølelsen ikke å yte erstatning.<sup>46</sup>

Regelen gir ved første øyekast inntrykk av å bestå av spesifikke, alternative vilkår, jf. “særlig stor *eller* særlig uventet” (min utheving). Av praksis fra både nemnda og domstolen fremgår det derimot at disse vilkårene heller er momenter i en helhetsvurdering. I denne helhetsvurderingen er det en rekke vurderingsmomenter som går igjen, som indikasjon for inngrepet, grunnlidelsens alvor, og hvorvidt den aktuelle skadefølgen av behandlingen er kjent fra før av.<sup>47</sup> Konklusjonen skal baseres på hvorvidt det foreligger et misforhold mellom grunntilstanden og skadefølgen av behandlingen som er utenfor det pasienten må akseptere.<sup>48</sup>

I likhet med hovedregelen må det her også foreligge en pasientskade, ved at skaden må være “voldt” i opplistede situasjoner i § 1 første ledd, samt “voldt under” “veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling...”, jf. § 1 andre ledd. Ordlyden i “voldt under” tilsier, i lys av at man her er utenfor hovedregelen, at det må være tale om en *aktiv handling* fra helsepersonalet sin side. Dersom det er snakk om en unnløstelse av å handle, vil dette enten måtte være en “svikt” etter § 2 første ledd bokstav a, eller så vil skaden være forårsaket av sykdommen i seg selv. Dette kan eksemplifiseres med forsinket diagnostisering. Dersom en

---

<sup>46</sup> NOU 1992:6 s. 94

<sup>47</sup> Rt. 2013 s. 653

<sup>48</sup> Senest oppsummert i HR-2017-2270-a

pasient går til legen for behandling og legen ikke lykkes i å finne problemet, vil dette måtte være i strid med medisinsk forsvarlig praksis slik at det er en “svikt” for at det skal kunne sies å ha forårsaket skaden. Alternativt vil skadene være forårsaket av sykdommen i seg selv, hvilket ikke erstattes.<sup>49</sup> Kravet til årsakssammenheng etter unntaksbestemmelsen er altså at det må være foretatt en aktiv handling som igjen har forårsaket skaden.

Det er flere eksempler fra rettspraksis hvor skader en skulle tro var omfattet av ordlyden likevel ikke anses erstatningsberettiget.<sup>50</sup> På tross av at det er naturlig at regelen har et snevert anvendelsesområde vil en nærmere gjennomgang kunne klarlegge hvorvidt selve praksisen av regelen også samsvarer med rettighetsperspektivet.

Som nevnt innledningsvis, har det kun vært to saker oppe i Høyesterett hva gjelder rekkevidden av passkl § 2 tredje ledd. Rt. 2013 s. 653 gjaldt en pasient som hadde blitt behandlet for kreft og som grunnet behandlingen fikk en infeksjon som førte til hjernesvinn og død. I denne dommen ble rettstilstanden oppsummert. Det ble fastlagt at verken § 3a eller § 2 tredje ledd er en ren rimelighetsregel, men at den er begrenset av de skjønnsmessige vilkårene. Regelen skal videre brukes med forsiktighet, og skal bare anvendes helt unntaksvis for de tilfeller hvor det er et misforhold mellom sykdommen pasienten behandles for og skadefølgen. Konklusjon skal foretas etter en helhetlig vurdering hvor indikasjon for behandling, omfanget av skaden og skadens sannsynlighet er av betydning.

HR-2017-2270-A gjaldt en pasient som var operert for urininkontinens. Pasienten ble operert tre ganger. Ved første operasjon var det god indikasjon for å foreta en TVT-operasjon. Etter dette fikk hun imidlertid smerter, og hun ble derfor operert på nytt. Det var da legene fant at kvinnens tynntarm var perforert på to steder som følger av første operasjon. Hun fikk da utlagt tarm. Tredje gangen ble hun operert med sikte på å legge tarmen tilbake. Etter denne operasjonen ble det forsøkt to ganger å legge epidural for å lindre pasientens smerter. Det var ved disse to forsøkene at skadene pasienten søkte erstatning for oppsto.<sup>51</sup> Høyesterett viste til

---

<sup>49</sup> Se for eksempel PSN-2005-212

<sup>50</sup> Se videre i oppgaven

<sup>51</sup> Dommen omtales nærmere nedenfor



gjennomgangen av bestemmelsen i Rt. 2013 s. 653, og la til at det må foreligge «*et markert avvik fra den risikoen som pasienten må akseptere når de gjennomgår medisinske inngrep.*»<sup>52</sup>

At det foreligger en høy terskel for å anvende regelen fremgår klart av både eldre og nyere rettspraksis. Det som fremdeles er uklart er hvordan de ulike vurderingsmomentene som inngår i helhetsvurderingen vektet i forhold til hverandre. Oppgaven vil i det følgende gjennomgå bestemmelsens vilkår og tilhørende vurderingsmomenter.

## 5.2 Særlig stor

Ordlyden i “særlig stor” er vag, men indikerer at det må være snakk om et skadeomfang som skiller seg markant fra de pasientskadene andre med samme grunnlidelse og behandling har fått, samt at det må være tale om en vesentlig forverring av pasientens tilstand. I lovens forarbeider omtales dette som “sjelden og alvorlig komplikasjon”, hvilket tilsier at det må være en betydningsfull skadefølge som er permanent eller livstruende.<sup>53</sup> Uvesentlige skader vil altså uansett ikke erstattes etter bestemmelsen.

Ved avgjørelsen av hvorvidt skadefølgen er “særlig stor” må man sammenligne med pasientens grunntilstand. Det er med utgangspunkt i denne at man finner ut om det er et vesentlig misforhold mellom det pasienten ble behandlet for, og skadefølgen av denne behandlingen. Videre vil det være relevant hvilke konsekvenser det ville hatt for pasienten dersom hun ikke ble behandlet i det hele tatt. Er det et stort avvik mellom dette og skaden hun har fått, vil det tale for at man er utenfor akseptabel risiko.<sup>54</sup> Er grunnlidelsen liten og inngrepet enkelt og dette gir seg utslag i en forverring av allmenntilstanden som følger av en lite sannsynlig skadefølge, vil det bli gitt erstatning hvis skaden ikke har sammenheng med grunnlidelsen. Det vil da være et misforhold mellom grunnlidelsen og skadefølgen av behandlingen, noe man har ansett som urimelig ikke å erstatte.<sup>55</sup> Nemnda har gjennom fast praksis foretatt en differansebetraktning. De vurderer “*hvordan pasientens situasjon mest*

---

<sup>52</sup> avsnitt 52

<sup>53</sup> Ot. prp. Nr. 31 s. 91

<sup>54</sup> Senest klarlagt i HR-2017-2270-A avsnitt 36.

<sup>55</sup> Ot.prp. Nr. 31 (1998-99) s. 91

*sannsynlig ville ha vært uten behandlingen som ga skaden, og situasjonen i dag med skaden”.*<sup>56</sup>

Et godt eksempel for når det foreligger et slikt misforhold mellom grunntilstand og skade er i nemndas vedtak PSN-2008-128. Her fikk en kvinne smerter og nedsatt funksjon i armen etter en rutinemessig blodprøve hos fastlegen. Dette var ikke en risiko hun måtte akseptere ut i fra inngrepet som var blitt gjort.

### **5.2.1 Indikasjon**

Et sentralt moment i helhetsvurderingen etter tredje ledd er behandlingens indikasjon. Med “indikasjon” menes hvor nødvendig det var å igangsette behandlingen på det aktuelle tidspunktet. Indikasjonen for en operasjon har for eksempel ikke vært god hvis den kunne vært foretatt på et senere tidspunkt med mindre risiko for skade. Dersom det er nødvendig å igangsette behandling med en gang, vil dette medføre at muligheten for erstatning blir snevrere. Er behandlingen foretatt uten indikasjon faller tilfellet innenfor første ledd bokstav a. Det vil da ha vært en «svikt» at det i det hele tatt ble igangsatt en behandling. Er indikasjonen relativ vil det være en lavere terskel for at bestemmelsen gjør seg gjeldende. Momentet har således betydning både for om skaden anses «særlig stor» og «særlig uventet», i det pasienten da må akseptere mindre enn med en solid indikasjon. Det er gjerne der indikasjonen er solid, men komplikasjonene er store at regelen kommer på spissen.<sup>57</sup>

Betydningen av indikasjon for behandling må sees i sammenheng med det alminnelige erstatningsrettslige prinsippet om at det må foreligge en mulig *alternativ handling* for å kunne anse noen som erstatningsrettslig ansvarlig. Har pasienten først blitt syk er det legenes oppgave å forsøke å helbrede denne sykdommen. Har det ikke vært grunn for legene til å anta at det ville være bedre å vente med å igangsette en behandling, og det heller ikke har vært noen svikt i denne behandlingen, er det fra et erstatningsrettslig perspektiv ikke riktig å ansvarliggjøre legen.

---

<sup>56</sup> Se PSN-2015-10236, PSN-2016-6372, PSN-2014-1775, PSN-2013-1472, PSN-2012-893

<sup>57</sup> Se punkt. 5.4.1 om livreddende behandling.

Ved spørsmål om indikasjonsstilling er det det situasjonen slik den fremsto da behandling ble igangsatt som er relevant, jf. Rt. 2011 s. 549. Saken gjaldt en mann som hadde blitt operert for det legene på det daværende tidspunkt trodde var en ondartet kreftsvulst i tarmen. Det viste seg senere å være en svært sjeldent godartet svulst. Denne ville det imidlertid uansett vært nødvendig å fjerne ved en senere anledning, da den kunne ha utviklet seg til å bli ondartet. Pasienten hadde etter operasjonen fått kroniske smerter samt kraftig og uforutsigbar diaré. Dette gjorde ham 100 % ervervsmessig ufør, og 70 % medisinsk invalid. Førstvoterende fremhevet at det for legene hadde fremstått som livsnødvendig å igangsette behandling på det aktuelle tidspunktet, og at det derfor måtte legges til grunn at indikasjonen hadde vært solid. Det ble likevel påpekt at det i en tenkt situasjon kunne vært aktuelt med erstatning dersom det viste seg at inngrepet var basert på en feil diagnose og i ettertid viste seg å være helt nytteløst. Det fremstår altså som at Høyesterett har åpnet et lite vindu for å tilkjenne erstatning også der hvor indikasjonen på det aktuelle tilfellet har vært solid.

Dette ble tillagt vekt i LB-2014-9420. Pasienten hadde her fått nerveskader etter en spinalpunksjon i forbindelse med et inngrep som var foretatt for å forsikre seg om at pasienten ikke hadde hjernehinneblødning. På tross av at hjernehinneblødning er en svært alvorlig og livstruende sykdom, ble ikke behandlingen ansett for å ha vært livreddende. Inngrepet ble gjort som en rutinemessig sjekk for å kunne utelukke at pasienten hadde hjernehinnebetennelse, og det var ansett som lite sannsynlig at dette var tilfellet. Retten viste til standpunktet i Rt. 2011 s. 549 samt Angiografi og Cellegift og slo fast at terskelen for erstatning måtte ligge lavere i det aktuelle tilfellet. Pasienten hadde fått en særlig uventet skade som følger av en nytteløs behandling som heller ikke hadde fremstått som livreddende. Det ble tilkjent erstatning. Dommen er henvist til i LB-2016-175273 med hensyn til rekkevidden av unntaksbestemmelsen for skader som utgjør en relativt lav medisinsk invaliditet.<sup>58</sup>

Dette samsvarer med hensynet bak erstatningsreglene som er å gjenopprette og reparere skader ved feilbehandling. Dersom legene, om enn i beste hensikt, igangsetter en unødvendig

---

<sup>58</sup> Se mer om denne dommen i punkt 5.2.2 og 5.4

behandling som får store konsekvenser for pasienten, er det NPE og ikke pasienten som er nærmest til å bære risikoen for dette.

Betydningen av indikasjon vil i enkelte tilfeller være helt avgjørende. Dette kan illustreres med to vedtak fra nemnda som omhandlet svært like tilfeller.

I PSN-2006-22 hadde en pasient blitt operert for prolaps, og fikk i ettertid kroniske smerter, avføringsproblemer, vannlatingsproblemer, ødelagt seksualfunksjon og nedsatt gangfunksjon grunnet pareser i begge bein. Sannsynligheten for skaden var anslått å være 0,1 %. Den var imidlertid kjent, i tillegg til at inngrepet var gjort med en solid indikasjon. Pasientens problemer ville bare økt dersom inngrepet ikke var blitt foretatt. Det ble ikke tilkjent erstatning.

I PSN-2007-768 var en pasient operert for prolaps, og senere for spinalstenose. Pasienten fikk pareser i begge bein, kroniske smerter, samt skade på avførings- og vannlatingsfunksjonen. Sannsynligheten for skaden var anslått til 0,05 og 0,2%, og selve omfanget var ansett for å være enda sjeldnere. Indikasjonen for inngrepet hadde i tillegg vært relativ og nemnda fant at dette medførte at skaden lå utenfor akseptabel risiko. Det ble tilkjent erstatning.

Vedtakene er illustrerende for vekten både domstolen og nemnda legger på indikasjon for behandling. Både sannsynligheten for, og omfanget av skaden var svært likt i de to tilfellene. En vurdering av hvor nødvendig behandlingen av pasienten var, er relevant ved avgjørelsen av hvem som er nærmest til å bære risikoen for tapet skaden har medført. Ved en solid indikasjon vil det vanskelig kunne argumenteres for at helsepersonellet kunne gjort noe annerledes. Å tilkjenne erstatning i disse tilfellene ville medføre at spesialregelen i unntaksbestemmelsen gikk svært mye lenger enn alminnelige erstatningsregler i å beskytte skadelidte, og dette på bekostning av helsevesenet. Praksisen kan således ikke anses som i direkte strid med rettighetsperspektivet. Å myke opp denne praksisen ville medføre et for vidt anvendelsesområde for bestemmelsen.

## 5.2.2 Varig medisinsk invaliditet

Både domstolen og nemnda har lagt betydelig vekt på hvor stor pasientens varige medisinske invaliditet (VMI) er blitt grunnet behandlingen i relasjon til “særlig stor”-vilkåret.<sup>59</sup> Graden av invaliditet avgjør hvilket beløp som eventuelt skal utbetales i menerstatning, og nedre grense i tabellen er 15 %.<sup>60</sup> Det vil si at dersom pasienten allerede hadde en VMI før behandlingen startet, er det en eventuell økning som skyldes behandlingen det tas utgangspunkt i ved en utmåling. Tabellen har medregnet vanlige psykiske plager som følger av invaliditeten, og dersom man får særlige psykiske skadefølger har dette betydning for vurderingen av om skaden er «særlig stor».<sup>61</sup> Psykiske plager kan i seg selv gi grunnlag for erstatning, men ser man på praksis er det typisk at en psykisk skade kommer sammen med en fysisk.

Det er i teorien argumentert for at en VMI på rundt 30 % ligger helt i grenseland for hva som aksepteres som “særlig stor” skade, og det er da blant annet vist til Cauda equina og Angiografi.<sup>62</sup>

I Cauda equina var pasientens VMI anslått til å være 32,5 %. Dette ble av Høyesterett ikke ansett for å være en særlig stor skade som ga grunnlag for erstatning. Sannsynligheten for en slik skade var anslått til å være 5 %, og ble ansett for å ligge i risikoens retning. Det var altså ikke kun på bakgrunn av skadens størrelse at erstatning ble nektet. Her ble det som nevnt heller ikke stadfestet årsakssammenheng.

I Angiografi hadde en mann fått behandling for alvorlige hjerteproblemer, og endte som følger av dette opp med en skade som utgjorde en VMI på 30 % samt at den gjorde ham 100 % ervervsmessig ufør. Sannsynligheten for komplikasjoner ved behandlingen var til sammen 5 %, men sannsynligheten for selve skaden som oppsto var anslått til å være 0,1 %.

---

<sup>59</sup> Syse (2011) s. 117

<sup>60</sup> Forskrift om menerstatning ved yrkesskade, FOR-1997-04-21-373 § 3.

<sup>61</sup> Syse (2011) s. 117.

<sup>62</sup> S. Aschehoug, TfE, 2011 punkt 3.6

Høyesterett kom her til at skaden ikke var stor nok til at den alene kunne begrunne erstatning, da det hadde vært en solid indikasjon og behandlingen var livsnødvendig.

Det er således en stor forskjell i de to dommene da den ene omhandlet livreddende behandling. Indikasjonen i Angiografi var absolutt, og handlingsalternativene få. En VMI på 30 % etter en livreddende behandling kan vanskelig anses å være et markant avvik fra konsekvensen av ikke å ha mottatt behandlingen. Differansebetraktningen nemnda foretar i slike tilfeller talte dermed klart imot erstatning. Videre kunne det antagelig vært snakk om en langt høyere VMI uten at dette hadde blitt ansett for å være en «særlig stor» skade i det aktuelle tilfellet.

I Cauda equina var det tale om en langt mindre alvorlig grunntilstand, men det var en rekke andre momenter, også sett bort fra årsakssammenhengen, som tilsa at skaden lå innenfor akseptabel risiko. Dommen er illustrerende for at avgjørelsen beror på en helhetsvurdering.

I HR-2017-2270-A var kvinnens varige medisinske invaliditet 20-24 %. Inngangsinvaliditeten var anslått til 15-20%. Skaden hadde i tillegg gjort henne ufor i jobben samt ødelagt søvnen. Høyesterett mente at det ikke forelå en særlig stor skade da 20-25 % varig medisinsk invaliditet lå i nedre del av tabellen i forskrift om yrkesskade. Videre uttales det i avsnitt 52: *«Dersom erstatning skulle tilkjennes i et tilfelle som dette, vil man etter mitt skjønn gå utenfor de rammer som lovgiver har ment at bestemmelsen skal ha».*

Heller ikke her var det bare skadens størrelse som ble vurdert, men også hyppigheten av denne. Dommen har et komplisert faktum, i det pasienten undergikk tre operasjoner. Sannsynligheten var anslått å være på kun noen få promille.<sup>63</sup> Likevel tilsier dommen at en skade som gir en varig medisinsk invaliditet på 20-24 % ikke kan anses som «særlig stor».

I LB-2016-175273 henviste retten til HR-2017-2270-A hva angikk terskelen for anvendelse av unntaksbestemmelsen. I denne saken hadde en pasient blitt operert for ryggprolaps og hadde fått store skader som ikke var en kjent mulig følge av behandlingen. Kvinnens varige medisinske invaliditet var på 35 % og sannsynligheten var anslått til 1 %. Kvinnen hadde hatt en inngangsinvaliditet på 15 %. Retten fant likevel at det forelå både en særlig stor og særlig

---

<sup>63</sup> Se mer om dette i punkt 5.3

uventet skade som lå utenfor akseptabel risiko. Det ble vektlagt at indikasjonen hadde vært relativ, at kvinnen hadde uttrykket sterk skepsis i forkant av operasjonen, samt at legen hadde overdrevet sannsynligheten for å helbrede problemene.

I den allerede nevnte LB-2014-9420 hadde inngrepet for å utelukke hjernehinneblødning ledet til en varig medisinsk invaliditet på 18 %. Dette ble ikke ansett for å utelukke bruk av bestemmelsen. Det kan her tenkes at resultatet ville blitt et annet i Høyesterett. Selv om indikasjonen hadde vært relativ for selve inngrepet kunne skadens størrelse sett i sammenheng med at skaden også var «kjent» tenkes å ha medført at erstatning ikke ble tilkjent.

Det var således en rekke andre momenter som spilte inn i alle de nevnte dommene, og det kan fremstå som at det ikke var av avgjørende betydning at VMI var på rundt 30 %. Dommene er dermed ikke tilstrekkelig til å konkludere med en VMI på 30 % medfører avslag på erstatning. Det kan imidlertid peke i retning av at man nærmer seg nedre grense for hva som kan anses som særlig stor skade.

Man må i denne sammenheng skille mellom hva som kan anses som akseptabel risiko, og hva som isolert sett er en særlig stor skade. Endelig avgjørelse beror som nevnt på om det er et misforhold mellom skaden og grunntilstanden. Likevel må vurderingen av vilkåret knyttes opp mot det helt konkrete tilfellet. Dette tilsier at det heller ikke kan settes en grense for hva som isolert sett er en «særlig stor» skade, og at selv en skade som gir en VMI på 15 % kan oppfylle vilkåret.<sup>64</sup> Får man en VMI på 15 % etter et rutinemessig inngrep med en ubetydelig grunntilstand, vil dette tale for at skaden er «særlig stor». Er dette imidlertid resultatet etter behandlingen av en mer alvorlig lidelse, taler det mot. Det ville ikke være en hensiktsmessig bruk av en snever unntaksbestemmelse å tilkjenne erstatning for skader som ikke har utgjort en særlig forskjell i pasientens generelle helsetilstand. Det vil på den annen side lett bli urimelig å nekte erstatning basert på en standardisert VMI som skal gjelde for alle typer sykdommer. Er man imidlertid under en VMI på 15 %, tilsier dette, i lys av at man er i en unntaksbestemmelse, for at det må settes en grense.

Det finnes også eksempler fra nemnda hvor erstatning er tilkjent for skader som medfører en varig medisinsk invaliditet på under, og rett over 30 %.

---

<sup>64</sup> N2008/0128 er et godt eksempel selv om VMI ikke fremgår av vedtaket.

I PSN-2015-9046 hadde en 36 år gammel mann som var behandlet for lammelser i ansiktet fått nekrose i begge hofter samt i begge knærne. Dette var en skadefølge som ble ansett for å være ytterst sjelden. Mannens medisinske invaliditet var anslått til å være på kun 25 %. Det var imidlertid en relativ indikasjon for behandlingen, og det var i tillegg ansett som sannsynlig at den medisinske invaliditeten kom til å øke i fremtiden. Mannen fikk erstatning etter unntaksbestemmelsen.

I PSN-2013-378 fikk en 76 år gammel kvinne innsatt en protese i skulderen og fikk som følger av dette en nerveskade som gjorde henne ute av stand til å bruke høyre arm. Denne skadefølgen var under 1 % sannsynlig og atypisk for behandlingen. Kvinnens VMI ble satt til 60 %. Det forelå en særlig stor og særlig uventet skade og kvinnen fikk erstatning. Det ble her påpekt av nemnda at kvinnen uten skadefølgen uansett ville endt opp med en medisinsk invaliditet på 15-20 % dersom hun foretok operasjonen. Det sies ingenting om inngangsinvaliditet på tross av at kvinnen lenge hadde hatt store plager i skulderen, og det var i tillegg god indikasjon for inngrepet. Heller ikke her ble indikasjonen avgjørende for resultatet.

VMI gir et inntrykk av skadens omfang, men ikke av den faktiske betydningen skaden har for pasienten. Det synes heller ikke å alltid være av avgjørende betydning i helhetsvurderingen. Dette er i tråd med rettighetsperspektivet, i det mange momenter vil kunne være relevant for skadens faktiske konsekvenser for den enkelte. Det er i praksis også vektlagt helt individuelle omstendigheter som medfører en forringelse i pasientens livskvalitet.

### **5.2.3 Forringelse av pasientens livskvalitet**

Andre momenter som medfører en forringelse av pasientens livskvalitet vil også være relevant i ved vurderingen, som for eksempel fremtidig arbeidsmulighet. Det foretas en mer konkret vurdering av hvilken betydning skaden har for skadelidte ut i fra hennes livssituasjon. Er det tale om en yngre person vil en skade som svekker arbeidsmuligheten få større konsekvenser enn for en person som nærmer seg pensjonsalder.



I HR-2017-2270-A talte fremtidig arbeidsmulighet i pasientens disfavør. Høyesterett uttalte at det ikke ble lagt «avgjørende vekt på at [pasienten] ble 100 prosent arbeidsudyktig i butikkjobben, ettersom dette inntrådte i relativ høy alder».<sup>65</sup> Det ble også uttalt at «jeg er ikke i tvil om at de kroniske og konstante smertene som A ble påført ved behandlingen, er tunge å bære i det daglige, og at de virker negativt på hennes livsutfoldelse og livskvalitet».<sup>66</sup> Dette var imidlertid ikke tilstrekkelig til at skaden ble ansett for å være særlig stor.

I Angiografi ble også arbeidsmulighet vektlagt: «De økonomiske konsekvensene av uførepensjoneringen kan ikke anses spesielt omfattende, siden han ble ufør i relativ høy alder». Her ble også andre momenter trukket frem: «Arbeidsuførheten gir redusert livskvalitet for A, blant annet ved at han mister det sosiale nettverket og følelsen av å være nyttig.»<sup>67</sup>

Momentene ble ikke utslagsgivende i noen av de to dommene. Det er imidlertid eksempler på tilfeller hvor det får mer avgjørende betydning.

I LF-2011-40620 (Epidural) fikk en kvinne nerveskader etter en epiduralbedøvelse i forbindelse med et keisersnitt. Kvinnen ble mellom 20-30% medisinsk ufør, og hadde i tillegg som følger av skadene en svekket mulighet til å følge opp sine barn på fritiden samt redusert søvn m.m. Lagmannsretten påpekte at det for dem ikke hadde vært avgjørende hva som var kvinnens VMI i det de uansett fant at skaden hadde fått store konsekvenser for livsutfoldelsen. Det ble heller ikke ansett for å ha vært god indikasjon for å foreta keisersnittet. Kvinnen fikk erstatning.<sup>68</sup>

I LB-2013-152559 hadde en kvinne blitt operert flere ganger grunnet smerter i ryggen som oppsto i forbindelse med et svangerskap. Etter siste operasjon fikk hun avføringsinkontinens og måtte bruke bleie i det daglige. Både tingretten og lagmannsretten kom til at dette ikke var en skade hun måtte akseptere. Det hadde vært en relativ indikasjon for siste operasjon som var ansett å ha forårsaket skaden. Kvinnens tilstand ville ikke ha forverret seg uten operasjonen, og det var heller ikke var noen garanti før operasjonen at denne ville kurere plagene. Det var

---

<sup>65</sup> Avsnitt 51

<sup>66</sup> Avsnitt 50

<sup>67</sup> Avsnitt 43

<sup>68</sup> Se mer om dommen i punkt 5.4.2

videre en sjelden skadefølge, på tross av at den var kjent i det medisinske miljøet. Kvinnens medisinske invaliditet på rundt 40-45 %, og hun måtte i tillegg bruke skyllestomi for å skylle tarmen. Dette ble til sammen ansett for å utgjøre en “særlig stor” skade hun ikke måtte akseptere risikoen for.

Vektleggingen av konkrete omstendigheter ved skadelidtes livssituasjon for betydningen av “særlig stor”-vurderingen er i samsvar med rettighetsperspektivet loven bygger på. Å vektlegge hvordan skaden påvirker den enkelte person er i tråd med hensynet bak menneskers individualitet. Etter gjennomgang av ovenfor nevnte praksis synes det likevel som at disse momentene bare får selvstendig betydning når indikasjonen har vært relativ, og man ligger i grenseland for når VMI kan sies å betegnes som en “særlig stor” skade. I saker som omhandler skade ved livreddende behandling er disse vurderingsmomentene en ren formalitet, i det praksis har slått fast at man i slike tilfeller må tåle det aller meste.<sup>69</sup>

Det er imidlertid fastlagt i Høyesterett at vurderingen ikke er en ren rimelighetsvurdering. Vekten av disse øvrige momentene må derfor modereres ut fra de mer konkrete momentene som indikasjon, varig invaliditet samt momentene som er relevant for om skaden anses «særlig uventet».

### **5.3 Særlig uventet**

Ordlyden i “særlig uventet” tilsier at det må være snakk om en svært sjelden skadefølge som ikke er kjent for den aktuelle behandlingen. Det vektlegges her om skaden ligger i “risikoens retning”, altså om den er typisk eller atypisk for behandlingen, og om pasienten er informert om risiko. Av forarbeidene fremgår det at komplikasjonen må være så sjelden at sannsynligheten fremstår mer som statistisk enn reell for pasienten.<sup>70</sup> På tross av at det er uunngåelig i det lange løp at også disse sjeldne skadefølgene oppstår, vil det være vanskelig for hver enkelt pasient å se for seg at nettopp de vil rammes. I slike tilfeller åpner bestemmelsen for at skadefølgen kan vedtas å ligge utenfor akseptabel risiko for pasienten.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Se mer om livreddende behandling i punkt 5.4.1

<sup>70</sup> Ot.prp. Nr. 31 (1998-99) s. 59

<sup>71</sup> Se nærmere om vilkåret i punkt 5.4 flg.

Ved vurdering av om skaden er “særlig uventet” anmoder domstol og nemnda helsepersonell om å komme med en sannsynlighetsberegning for den inntrådte skaden i prosent eller eventuelt promille.<sup>72</sup> Jo sjeldnere den er, jo større sjanse er det for å få erstatning.

I den nevnte LF-2011-40620 (Epidural) var sannsynligheten for skade anslått å være 0,0004 promille. Retten uttalte her at det ikke kunne være «særlig tvilsomt at man [sto] ovenfor en særlig uventet skade». I dette tilfellet var således vilkåret isolert sett oppfylt.

I PSN-2012-320-1 var en mann operert for mellomgulvsbrokk og hadde som følger av dette fått en VMI på 50 %. Det hadde vært en god indikasjon for inngrepet, hvilket i utgangspunktet hever terskelen for å få erstatning etter bestemmelsen. Sannsynligheten for alle komplikasjonene som oppsto og som førte til den medisinske invaliditeten var imidlertid til sammen anslått til å være under 1 promille. Dette ble ansett for å oppfylle kravene til både særlig stor og særlig uventet skade, samt å ligge utenfor den risikoen pasienten måtte akseptere.

De to dommene er gode eksempler på når vilkåret klart er oppfylt. Det kan vanskelig sies at en skadefølge med en frekvens på under 1 promille kan fremstå som reell og ikke statistisk for pasienten.

### **5.3.1 Kjent og typisk eller ukjent og atypisk skadefølge**

Det finnes likevel eksempler på tilfeller hvor skaden er erkjent som svært uventet, men likevel ikke er ansett for å oppfylle vilkåret. Hvorvidt skaden er kjent i det medisinske fagmiljøet og anses typisk for behandlingen kan utelukke at vilkåret anses oppfylt på tross av en lav sannsynlighet.

I Angiografi ble dette av avgjørende betydning for vurderingen av om skaden var særlig uventet. Retten uttalte her

---

<sup>72</sup> Syse (2011) s. 117

*«Etter mitt syn kan det ikke legges så stor vekt på at sannsynligheten for den konkrete skaden og skadekombinasjonen er liten. Selv om skaden hver for seg – og særlig i kombinasjon er sjeldne, er både disseksjon og nerveskade godt kjente komplikasjoner i forbindelse med angiografi og hjerteoperasjon. Det kan ikke sies å være atypiske skader A har pådratt seg.»<sup>73</sup>*

Skaden ble på grunn av dette ansett for å være påregnelig.

I Sarkom ble det samme lagt til grunn. Retten uttalte her:

*«Risikoen for at behandlingen skulle få disse følger var meget liten. Den sakkyndige har [...] angitt sannsynligheten for et slikt skadetilfelle til å være mindre enn én prosent. Men selv om risikoen var svært liten må den etter mitt syn likevel betraktes som «kjent» i forhold til reglenes § 3a.»<sup>74</sup>*

Dette ble senest fulgt opp i HR-2017-2270-A. Her la retten til grunn at sannsynligheten for den inntrufne skaden kun var noen få promille. Deretter gikk de videre til å vurdere hvorvidt skaden var kjent og typisk for behandlingen og uttalte at dette var av betydning for hva pasienten måtte tåle. Det ble vist til de sakkyndiges uttalelser om at skaden var både kjent og typisk selv om den sjeldent forekom, og konkludert med at skaden som følger av dette ikke kunne anses som særlig uventet.<sup>75</sup> Da sannsynligheten her kun var på noen få promille kan dette anses for å være svært strengt. Høyesterett vurderte imidlertid faktum helhetlig. Det hadde vært god indikasjon for den første TVT-operasjonen. At pasienten fikk perforert tynntarm var en kjent og påregnelig komplikasjon av en slik operasjon. Det var videre vanlig å gi epidural for smertelindring, og en påregnelig følge av dette at pasienten fikk konstante smerter i høyre ben. På tross av at skaden slik den oppsto hadde en svært lav sannsynlighet samlet sett, ble den i lys av denne helhetlige vurderingen ansett for å likevel ha vært påregnelig.

---

<sup>73</sup> Avsnitt 46

<sup>74</sup> Avsnitt 61

<sup>75</sup> Avsnitt 44-46

Vektleggingen er ut fra et pasientrettighetsperspektiv svært strengt. I de to førstnevnte dommene var det tale om livreddende behandling, men i sistnevnte var pasienten operert for urininkontinens. At en skade med en sannsynlighet på bare noen få promille ikke anses som særlig uventet fordi den er kjent i det medisinske miljøet, kan vanskelig anses for å være forenlig med pasientrettighetsperspektivet. Det var svært vanskelig for pasienten å se for seg det faktiske utfallet av behandlingen da første operasjon ble foretatt. Selv om ordlyden i vilkåret tilsier at det er av betydning hvorvidt skaden er kjent eller ikke, er praksisen motstridende med formålet med bestemmelsen. Det er i realiteten for legen at skaden kan anses påregnelig, og den strenge praksisen vil dermed være i favør av NPE og ikke pasienten. Da endelig avgjørelse beror på en helhetlig vurdering kan det virke mer hensiktsmessig å erkjenne skaden som særlig uventet, men nekte erstatning på bakgrunn av at den ligger innenfor akseptabel risiko grunnet for eksempel solid indikasjon.

I Rt. 2011 s. 549 var sannsynligheten for de inntrufne skadene anslått til henholdsvis 1 % for smertene, og under 1 % for diaréplagene. Selve svulsten pasienten ble operert for var det bare rapportert 100 tilfeller av i den medisinske verdenshistorien. Det ble av Høyesterett lagt til grunn at smerteplagene var en kjent og sjelden skadefølge. Sammenholdt med at det hadde vært god indikasjon for behandlingen mente førstvoterende at det var “klart” at disse plagene ikke kunne medføre erstatning etter pasientskadereglene.<sup>76</sup>

Om diaréplagene kunne medføre erstatning delte retten seg i to. Førstvoterende fremhevet at det ikke forelå holdepunkter for å si at ikke de samme diaréplagene ville kunne oppstå også på et senere tidspunkt, da svulsten uansett ville måtte fjernes. På tross av at det ikke var hørt om slike diaréplager tidligere, var det å anse som en påregnelig skadefølge som pasienten måtte akseptere risikoen for. Det fremstår således som at førstvoterende mener diaréplagene er påregnelig fordi det fremsto som livreddende behandling. Hvem det i tilfellet skulle være påregnelig for er vanskelig vite. Det avgjørende for standpunktet var nok at man ved livreddende behandling må være forberedt på nærsagt hva som helst, og at skader derfor ikke kan anses særlig uventet. Mindretallet fremhevet nettopp at man ikke kunne se vekk fra det at skaden var ukjent, og mente derfor at diaréplagene måtte gi grunnlag for erstatning for tap som kunne tilskrives disse. Dommen ble avsagt med dissens 4-1.

---

<sup>76</sup>avsnitt 42

Dommen er illustrerende for hvordan terskelen for erstatning etter unntaksbestemmelsen er avhengig av indikasjonen for inngrepet. Sammenligner man tilfellet med vedtakene fra nemnda hvor indikasjonen har vært god og skadefølger er blitt ansett for å være særlig stor og særlig uventet, ville nok pasienten fått erstatning for diaréplagene dersom behandlingen ikke hadde fremstått som livreddende.

### 5.3.2 Sannsynlighetsterskelen

I alle de nevnte høyesterettsdommene var det imidlertid snakk om behandling med solid indikasjon, og i to av tilfellene var behandlingen livreddende. Tålegrensen er da svært høy, og det er i praksis ikke praktisert en like streng sannsynlighetsvurdering for andre typer skader.

Det har i teorien vært antatt at man ved en sannsynlighet på 0,05 og 0,2 % er innenfor hva som anses som «særlig uventet».<sup>77</sup>

I den allerede nevnte PSN-2007-768 var sannsynligheten for skaden mellom 0,05 og 0,2%. Skadefølgen var kjent og typisk for behandlingen, men omfanget var større enn hva som var vanlig når skaden først inntrådte. Nemnda fant at dette oppfylte kravet til «særlig uventet».

Når omfanget av en ellers kjent skade er uvanlig stort, er dette av betydning for om skaden anses «særlig uventet». Dette ble også vektlagt i dommen fra 2018, LB-2014-184931.

Her hadde pasienten blitt operert for å fjerne galleblæren. Hun hadde som følger av dette fått smerter i magen og uforutsigbar diaré. Diaréplagene hadde videre ført til en angst- og depresjonslidelse som begrenset henne i hverdagen. Plagene hadde vart i 10 år. Skadene var i utgangspunktet påregnelig og kunne oppstå i så mye som 20-30 % av tilfellene. Det store *omfanget* var imidlertid svært sjeldent, og egentlig ukjent for de sakkyndige. Kvinnens VMI var 50 %. Retten viste til både HR-2017-2270-A, Rt. 2013 s. 653 og Rt. 2011 s. 549 og slo fast at bruken av bestemmelsen var svært restriktiv. Lagmannsretten fant således spørsmålet tvilsomt, men mente likevel at det i det aktuelle tilfellet måtte tilkjennes erstatning. Det ble påpekt at pasienten ikke hadde hatt en inngangsinvaliditet i motsetning til i HR-2017-2270-A, og at dette talte for at skaden var «særlig stor» og dermed utenfor akseptabel risiko.

---

<sup>77</sup> Aschehough, TtE (2011) punkt 4.2

Indikasjonen for kvinnens behandling hadde vært god, men relativ. Dette skyldtes at hun hadde hatt smerter forut for behandlingen, men at denne ikke var livsnødvendig. Omfanget ble ansett å være så ekstraordinær at det ikke kunne anses å ligge innenfor akseptabel risiko.

På tross av at lagmannsretten erkjente at terskelen var svært høy fremstår det som at de mente skaden var så stor og uventet, og også utover kvinnens VMI hadde fått så omfattende konsekvenser, at det måtte tilkjennes erstatning. Videre mente de at tilfellet, i lys av at det ikke forelå en inngangsinvaliditet, skilte seg fra saken i HR-2017-2270-A i en slik grad at avgjørelsen ikke var i strid med denne. At behandlingen ikke hadde fremstått som livreddende medførte videre at tilfellet skilte seg fra Rt. 2011 s. 549.

De to nevnte sakene er illustrerende for at endelig avgjørelse beror på en helhetsvurdering. Det fremstår her som at det at skaden var «særlig stor» fikk betydning for at den også ble ansett som «særlig uventet».

I PSN-2012-518 hadde en kvinne fått en infeksjon etter innsetting av en hormonspiral. Som følger at dette måtte hun gjennomgå operasjon for fjerning av livmor, høyre eggstokk samt begge eggledere. Sannsynligheten for skaden var 0,1 %. Dette ble ansett for å være «særlig uventet». Skaden var i tillegg «særlig stor» og kvinnen fikk erstatning.

I den allerede nevnte PSN-2013-378 var sannsynligheten for skaden under 1 %. Dette ble ansett for å være «særlig uventet». Indikasjonen hadde vært god, men skaden var atypisk og i tillegg «særlig stor». Det ble tilkjent erstatning.

Til sammenligning ble en skade i PSN-2007-15 med sannsynlighet på 0,5 % ikke ansett for å være «særlig uventet». Pasienten hadde her fått aneurisme med perforasjon under en hjerneoperasjon. Skaden var kjent, på tross av at den sjeldent inntrådte. Her ble det likevel tilkjent erstatning da behandlingen var gjort med en relativ indikasjon og det var uklart hvorvidt pasienten var tilstrekkelig informert om risikoen. Skaden ble i tillegg ansett for å være «særlig stor».

Da det er en rekke andre momenter som spiller inn i de forskjellige vedtakene er det vanskelig å avgjøre hvor grensen for «særlig uventet» skade går. Indikasjon er her av stor betydning for

om skaden er en påregnelig risiko. I tillegg er det av betydning om skaden er kjent, og om skadeomfanget er vanlig sammenlignet med andre tilfeller. Det synes likevel som at man ved skader med en hyppighet på under 0,5 % nærmer seg grensen for når vilkåret er innfridd.

### 5.3.3 Betydningen av manglende informasjon

Ordlyden i «særlig uventet» tilsier i lys av rettighetsperspektivet at manglende informasjon er av betydning, da en skade man ikke vet om risikoen for selvsagt er uventet. Etter gjennomgangen ovenfor kan en imidlertid se at det ikke er gitt nevneverdig vekt i praksis. Selv ved skader hvor risikoen har vært ukjent for pasienten medfører ikke dette at kravet til «særlig uventet» anses oppfylt. Bestemmelsens siste setning tilsier således at informasjon er av langt større betydning enn det faktisk er, jf. «det *skal* legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd» (min utheving).

Det er i rettspraksis lagt til grunn at det ikke er et krav etter unntaksbestemmelsen at pasienten er informert om risikoen for den spesifikke skaden. Det er tilstrekkelig at pasienten har blitt gjort klar over hvilken risiko behandlingen *generelt* medfører. I nemndspraksis er det forventet at legen informerer om risiko dersom denne er på mer enn 1 %.<sup>78</sup>

I LB-2007-16311 hadde en kvinne fått nerveskader ved innsetting av en hofteprotese. Hun var ikke informert om risikoen for nerveskader på forhånd. Dette var likevel ikke av avgjørende betydning for om skaden var særlig uventet da hun «*generelt [måtte] være kjent med at det forelå en risiko for komplikasjoner ved en operasjon av et omfang det var tale om her, og hun også var gjort kjent med enkelte av de komplikasjonene som kunne oppstå*».

Dette må sees i sammenheng med at legen har et slingringsmonn til å selv avgjøre hva pasienten skal informeres om, og at skader som vurderes etter unntaksbestemmelsen alltid er sjeldne. Det gjør imidlertid at momentet i unntaksbestemmelsens siste setning fremstår som overflødig.<sup>79</sup> Der det kommer inn i vurderingen ser det ikke ut til å ha betydning for vilkåret om «særlig uventet», men heller for endelig avgjørelse av om risikoen er akseptabel.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Syse (2016): kommentar til pbrl § 3-2. Rettsdata, note 94

<sup>79</sup> Jørstad TFE (2004) punkt 4.3

<sup>80</sup> Se for eksempel PSN-2007-15 omtalt ovenfor i punkt 5.3.2



I selve unntaksbestemmelsen byr legers slingringsmonn, kombinert med praksisen om hypotetisk samtykke, på problemer for pasienten. Skadene etter unntaksbestemmelsen må være «særlig uventet», og da som regel ha en risiko på under 1 %. Legene trenger imidlertid ikke informere om disse risikoene fordi grensen for deres plikt nettopp går ved ca. 1 %. Når risikoen så realiserer seg i skade, blir pasienten ansett for å ha latt seg operere også med informasjon. At skaden var så sjelden er da i seg selv et argument for at det ikke er sannsynlig at det ville vært utslagsgivende. Dersom indikasjonen for inngrepet har vært god er nok dette som en klar *hovedregel* riktig å anta. Har indikasjonen vært relativ er det imidlertid ikke like sikkert. Det er kun i de helt spesielle tilfellene hvor det faktisk foreligger konkrete holdepunkter at det kan tale i pasientens favør.<sup>81</sup> Pasientens selvbestemmelsesrett blir altså svært vanskelig å ivareta med en slik praksis.

Det er imidlertid vanskelig å skulle foreta en oppmykning uten at dette går utover hensynet bak det snevre anvendelsesområdet til bestemmelsen. Hadde en for eksempel sagt at man i unntaksbestemmelsen ikke oppstilte hypotetisk samtykke, ville man plutselig få et større vern for informasjonssvikt enn man får etter hovedregelen i første ledd bokstav a. Det som imidlertid kunne vært gjort, var å vurdere spørsmålet mer inngående for hver enkelt pasient.

Kombinert med praksisen rundt kjent og typisk skade-momentet, er betydningen informasjon er tillagt direkte i strid med pasientrettighetsperspektivet. Det burde ikke vektlegges i pasientens disfavør at skaden er kjent, dersom det er klart at det ikke er informert om denne risikoen på forhånd. Det vil i tilfeller hvor informasjonen har vært mangelfull være rom for å myke opp praksisen rundt kjent og typisk skade-momentet uten at dette strider med verken bestemmelsens ordlyd, eller hensynet bak det snevre anvendelsesområdet.

## **5.4 Risikoen pasienten ikke må akseptere**

Etter vurderingen av om skaden er særlig stor eller særlig uventet beror endelig avgjørelse på om skaden «ikke kan anses som utslag av en risiko pasienten må akseptere». Vilkåret er bundet sammen med de to øvrige med «og», hvilket tilsier at det er kumulativt. I domstols- og nemndspraksis fremstår det som at dette vilkåret er det avgjørende, og at det er uttrykk for

---

<sup>81</sup> LB-2016-175273, PSN-2007-15

hva som må være konklusjonen av vurderingen om «særlig stor eller særlig uventet» skade. Det vil uansett ikke utbetales erstatning hvis ikke vilkåret er oppfylt, selv om man har funnet at skaden er både særlig stor og særlig uventet.<sup>82</sup> Skaden må være så stor og uventet at den i det aktuelle tilfellet er utenfor risikoen pasienten må akseptere. Dette vil igjen avhenge av grunnlidelsens art, behandlingens nødvendighet samt inngrepets størrelse.

Her foretas den endelige vurderingen av om det, i lys av sakens momenter, er et misforhold mellom grunnsykdommen og skaden av en slik grad at risikoen ikke burde ligge hos pasienten.<sup>83</sup> Det er den medisinske kunnskapen på skadetidspunktet som skal legges til grunn, og det vil være relevant hvorvidt pasienten er kjent med den generelle risikoen i den konkrete sak.<sup>84</sup>

I LB-2016-175273 lå risikoen for skaden utenfor det akseptable da indikasjonen var relativ, skadene var både særlig stor og særlig uventet, og hun heller ikke ble ansett for å ha latt seg operere hvis hun hadde fått tilstrekkelig informasjon.

Dersom skaden er sjelden, og omfanget av den stor, vil dette igjen peke i retning av at man er utenfor det pasienten må akseptere. Er det i tillegg tale om et mindre inngrep med relativ indikasjon taler dette ytterligere for at det kan tilkjennes erstatning. Dette ble senest illustrert i LB-2014-184931. Av fast nemndspraksis fremgår det at terskelen for hva som må aksepteres av risiko, øker i takt med viktigheten av inngrepet.<sup>85</sup>

I PSN-2011-1260 hadde en pasient fått sterke nakkesmerter etter en operasjon for hemoroider. Sannsynligheten for inngrepet var anslått til å være 1-2 %, og pasientens VMI var 50-60 %. Nemnda tok imidlertid ikke konkret stilling til verken sannsynligheten eller VMI i det de uansett mente skaden totalt sett lå utenfor akseptabel risiko. Inngrepet hadde vært enkelt, og var for de aller fleste helt smertefritt. Indikasjonen for operasjonen som ledet til skaden hadde heller ikke vært god. Det ble tilkjent erstatning.

---

<sup>82</sup> Rt. 2006 s. 1217, Rt. 2008 s. 218, Rt. 2011 s. 549

<sup>83</sup> Senest oppsummert i HR-2017-2270-a

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 91

<sup>85</sup> Se som eksempel PSN-2015-8953

I HR-2017-2270-A ble pasientens urininkontinens ansett for å være hennes grunntilstand i relasjon til smertene hun til slutt fikk av forsøkene på å sette epidural.<sup>86</sup> Det var altså med utgangspunkt i dette at tålegrensen ble fastslått. Fordi det hadde vært en god indikasjon for den første TVT-operasjonen, og kvinnen allerede før operasjonen hadde en inngangsinvaliditet på 15-20 %, ble ikke utgangsinvaliditeten ansett for å være et «markert avvik» fra dette. Det lå derfor innenfor akseptabel risiko.

Vilkåret vil som regel samspille med de øvrige vilkårene, men får i enkelte tilfeller selvstendig betydning.

### **5.4.1 Livreddende behandling**

Ved livreddende behandling vil man uavhengig av om skaden er både særlig stor og særlig uventet, ligge innenfor det pasienten må akseptere av risiko. I slike tilfeller er alternativet for pasienten å dø, og det er derfor lagt til grunn i både retts- og nemndspraksis at slike tilfeller ikke erstattes.<sup>87</sup> Indikasjonen for behandling vil i disse tilfellene være absolutt, og som allerede konstatert ovenfor er dette av svært stor betydning for helhetsvurderingen etter bestemmelsen. Ved dødelige sykdommer hvor det å avvente behandling bare øker risikoen for at pasienten dør vil det ikke være andre mulige valg for helsepersonellet enn å behandle pasienten, med mindre pasienten selv motsetter seg den, jf. Pbrl. § 4-1. Det foreligger med andre ord ingen handlingsalternativ, hvilket er en erstatningsrettslig forutsetning for ansvarliggjøring. Det vil i tillegg være vanskelig å konstatere skade som står i mislighold til grunntilstanden, uansett hvor omfattende den måtte være. Hvorvidt det ville være bedre å dø enn å pådra seg de aktuelle skadene er ikke en relevant vurdering for hverken helsepersonellet eller pasientskadeorganene.

Illustrerende for denne problemstillingen er Sarkom-dommen. Skadene var her både svært store og sjeldne. Det ble likevel konkludert med at skaden ikke var erstatningsberettiget, i det grunnlidelsen hadde vært livstruende, og behandlingen forsvarlig. HR henviser til nemndas vedtak:

---

<sup>86</sup> Avsnitt 50

<sup>87</sup> Rt. 2006 s. 1217, Rt. 2008 s. 218, Rt 2011 s. 549, rt. 2013 s. 653

*“når man ved behandling av sykdommer som i seg selv er livstruende, i håp om helbredelse må anvende behandlingsmetoder som i seg selv er risikofylte, må det aksepteres også en relativt høy risiko for alvorlige komplikasjoner.”<sup>88</sup>*

Som gjennomgangen av Sarkom, Angiografi, Rt. 2011 s. 549 og Cellegift har vist, er det en svært streng praktisering av samtlige vilkår i bestemmelsen ved livreddende behandling. Fra et pasientperspektiv kan dette fremstå som urimelig. Det er heller ikke unaturlig at det fremstår som urimelig for den som rammes. I de aktuelle tilfellene er imidlertid valgmulighetene få for pasienten. Det er viktig i denne sammenheng å skille mellom det å få erstatning gjennom ansvarliggjøring av helsevesenet, og å få økonomisk kompensasjon for tapt arbeidsevne og livsutfoldelse gjennom andre trygdeytelser. Livstruende sykdommer er det alltid en risiko for at man får i løpet av livet, og skader man pådrar seg ved behandling av disse vil med den nåværende medisinske kunnskapen i enkelte tilfeller være like uunngåelig som sykdommen selv. Det vil da heller ikke være naturlig omfattet av det erstatningsrettslige vernet som er betinget av ansvar i en eller annen form.

#### **5.4.2 Fødselsskader**

Også ved fødselsskader kan vilkåret få selvstendig betydning for resultatet. Fødsel er en naturlig ting som er forbundet med en viss risiko. Dette innebærer blant annet at det ikke anses som en grunntilstand i pasientskaderettslig sammenheng. Skal man få erstatning for skader man har fått under en fødsel må denne enten ha oppstått som følger av en «svikt» i fødselshjelpen, eller i forbindelse med en etterfølgende behandling av en fødselsskade.

En god illustrasjon finner man i Rt. 1998 s. 1336 (Spinster-ruptur). Her hadde en kvinne fått en overriving av endetarmsmuskelen under en fødsel. Hun ble som følger av dette inkontinent og fikk etter flere mislykkede operasjoner utlagt tarm. Hun ble ikke tilkjent erstatning da det ikke forelå «svikt» ved behandlingen av overrivingen. Det var ikke avgjørende at helsepersonellet ikke hadde lyktes i å helbrede fødselsskaden. Det ble videre påpekt at det var overrivingen som var kvinnens grunntilstand, og ikke fødselen.

---

<sup>88</sup> Avsnitt 62

Etter unntaksbestemmelsen er det som tidligere nevnt et krav om *aktiv handling* for at det anses å foreligge årsakssammenheng.<sup>89</sup> Har det ikke vært foretatt en aktiv handling, og dette ikke er en «svikt», vil skaden være forårsaket av fødselen i seg selv. Har det for eksempel oppstått en skade under en vaginal fødsel som kunne vært unngått ved keisersnitt, vil ikke dette erstattes dersom det ikke har vært indikasjon for å foreta et keisersnitt. Dette er blitt kritisert i teorien, og det er blitt argumentert for at det ut fra rimelighetshensyn i slike tilfeller burde kunne tilkjennes erstatning.<sup>90</sup> Synspunktet er ikke fulgt opp i praksis.<sup>91</sup> Keisersnitt er i seg selv forbundet med risiko for skade, hvilket kan by på erstatningsrettslige problemer hvis det gjennomføres uten medisinsk indikasjon.

I LF-2011-40620 (Epidural) var indikasjonen for å foreta keisersnitt ikke god i medisinsk forstand. Helsepersonalet hadde hovedsakelig vektlagt kvinnens eget sterke ønske om ikke å føde vaginalt.

Saken viser at indikasjon for behandling og inngrep ikke nødvendigvis sammenfaller med pasientens eget ønske. Dommen illustrerer også behovet for fleksibilitet når det gjelder pasientens selvbestemmelsesrett. Det vil i enkelte tilfeller ikke være mulig å opprettholde en 100 % autonomi for pasienten. Å la den fødende selv bestemme om det skal foretas keisersnitt eller fødes vaginalt ville ikke være forenlig med betydningen indikasjon er tillagt i praksis.

Et typisk eksempel på skader som oppstår ved aktiv handling under en fødsel er ved skulderdystoci – at fosterets skuldre sitter fast. Dette er en kjent men svært sjelden komplikasjon med en frekvens på 0,07 %. Skadene i disse tilfellene oppstår på både mor og barn når helsepersonellet forsøker å få ungen ut, og kan ofte være svært store for begge. På tross av det kan sies å være både særlig store og særlig uventede skader, er det lagt til grunn i både retts- og nemndspraksis at det ikke gis erstatning.<sup>92</sup> Dette skyldes at indikasjonen i slike tilfeller er absolutt, da det haster å få barnet ut. Dersom helsepersonellet ikke foretar seg noe, kan resultatet bli fatalt for både mor og barn. Risikoen anses dermed å være innenfor det akseptable.

---

<sup>89</sup> Se punkt 5.1

<sup>90</sup> Mørtvedt (2011) s. 292

<sup>91</sup> Se LH-2001-430, LG-2009-175352, LB-2006-83417, LE-2006-43175

<sup>92</sup> LH-2001-430, LG-2009-175352, LB-2006-83417, LE-2006-43175

Illustrerende for praksisen er PSN-2011-1499. Her hadde barnet fått en plexusskade av fødselen. Barnets skuldre hadde siddet fast. Nemnda uttalte her:

*«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.»*

Det tilkjennes i praksis aldri erstatning etter unntaksbestemmelsen for skader etter aktive handlinger foretatt under selve fødselen. Risikoen er i slike tilfeller ansett å være akseptabel fordi indikasjonen er god. Tilfellene kan således sammenlignes med begrunnelsen for at det ikke ytes erstatning etter unntaksbestemmelsen ved livreddende behandling.

Det kan imidlertid argumenteres for at man ikke kan likestille disse med livreddende behandling hva gjelder risikoen pasienten må akseptere. Ved livreddende behandling har pasienten allerede fått den livstruende sykdommen, og valgmulighetene er få. Fødsel er imidlertid en svært naturlig del av livet som de fleste kvinner gjennomgår flere ganger. Det er også ønskelig fra et samfunnsmessig perspektiv at kvinner føder. At de selv må bære risikoen for enhver komplikasjon som kan oppstå ved aktiv handling som ikke er en svikt, fremstår således som en lite rimelig praksis fra et pasientrettighetsperspektiv. Det foreligger i motsetning til dødssyke pasienter et alternativ: de kan unngå å bli gravid. Hadde alle kvinner unnlatt å bli gravid fordi de ikke ønsket å akseptere risikoen ville dette bydd på store samfunnsmessige problemer. Det ville videre ikke være naturlig å unnlate å få barn for å unngå en risiko for skade på 0,07%. Dette taler for at NPE i slike tilfeller burde stå nærmest til å bære risikoen for slike skader. På tross av at det ville medføre et sterkere vern enn hva alminnelige erstatningsrettslige regler skulle tilsi, har det ut fra et rimelighetsmessig ståsted gode grunner for seg. Ut fra de aktuelle vurderingsmomentene oppgaven har gjennomgått er det imidlertid liten tvil om at praksisen samsvarer med hvordan bestemmelsen ellers blir tolket. Det ville derfor være nødvendig med en lovendring som inntok en presisering om at man i slike tilfeller tilkjente erstatning, basert på samfunnsmessige hensyn.

## 6 Avslutning

Som fremstillingen over har vist, er det en rekke momenter som får betydning for avgjørelsen som ikke lar seg utlede av ordlyden i bestemmelsen. Videre er det vanskelig å vite hvordan disse momentene vektet opp mot hverandre i en konkret sak. Praksisen er fra et pasientrettighetsperspektiv svært streng, og er for mange av de ulike momentene i favør av NPE. Nemndas vedtak er sparsomme i sine forklaringer, og like skader kan dermed føre til ulikt resultat. Det er således naturlig at bestemmelsen har skapt forvirring. Det er ikke lett for pasienter å forutberegne sin rettsstilling basert på bestemmelsen alene, og det er med andre ord nødvendig å gå dypere inn i rettskildebildet. Da formålet med loven var å gjøre erstatningsprosessen enklere for pasientene fremstår dette som et feiltrinn.

Vilkårene «særlig stor eller særlig uventet» er ikke alternative vilkår. Selv om det varierer hva som er i fokus i en konkret sak, er det imidlertid klart at en skade som bare oppfyller ett av kravene ikke vil erstattes. Anses skaden som uvesentlig, hjelper det ikke at den var upåregnelig. Er skaden vesentlig, vil den ikke erstattes dersom den anses påregnelig. Dette tilsier at bestemmelsen ville vært mer i samsvar med den faktiske bruken dersom vilkårene var bundet sammen med «og», istedenfor «eller».

Når det gjelder betydningen av indikasjon og valgmuligheter, er dette i samsvar med alminnelige erstatningsrettslige hensyn. Det lar seg dermed ikke oppmykes uten at dette vil være i strid med det snevre anvendelsesområdet. Å innta en setning som presiserer hvilke momenter som vil være relevant ved selve helhetsvurderingen ville imidlertid skape enda mer forutberegnelighet. Særlig kunne det da vært hensiktsmessig å spesifikt angi indikasjon som relevant. Oppgavens problemstilling var hvor langt bestemmelsen rekker. Etter en gjennomgang er det lite tvilsomt at den ikke rekker langt, og at det er en svært høy terskel for at den gjør seg gjeldende.

# 7 Litteraturliste

## Juridisk litteratur

**Aasen (2002):** Henriette Sinding Aasen, «Kravet om årsakssammenheng ved pasientskadeerstatning for informasjonssvikt», *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, Fagbokforlaget, 2002 s. 225-238.

**Aasen (2000):** Henriette Sinding Aasen, «Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling», Fagbokforlaget, 2000.

**Syse (2011), Kjelland (2011):** Aslak Syse, Morten Kjelland, Rolf Gunnar Jørstad, «Pasientskaderett, Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner», 1. utgave, Gyldendal 2011.

**Mørtvedt (2011):** Aslak Syse, Morten Kjelland, Rolf Gunnar Jørstad, «Pasientskaderett, Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner», 1. utgave, Gyldendal 2011, kapittel 7 om fødselsskader.

**Syse (2015):** Aslak Syse, «Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer», Gyldendal 4. utgave, 2015.

**Nygaard (2007):** Nils Nygaard, «Skade og ansvar», 6. utgave, Universitetsforlaget, 2007.

**Syse (2013):** Aslak Syse, «Materielle og prosessuelle skiller mellom pasientskaderett etter pasientskadeloven og etter alminnelig erstatningsrett», *Velferd og rettferd – festskrift for Kjønnstad*, 1. utgave 2013, s. 589-599



## Artikler

**Susanne Aschehoug**, «Pasientens krav på erstatning ved skade som er særlig stor eller særlig uventet», Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett, 03/2011 (Volum 8) s. 163-182.

Link av 29.05.2018:

[https://www.idunn.no/tidsskrift\\_for\\_erstatningsrett\\_forsikringsrett\\_og\\_velferdsrett/2011/03/pasientens\\_krav\\_paa\\_erstatning\\_ved\\_skade\\_som\\_er\\_saerlig\\_stor](https://www.idunn.no/tidsskrift_for_erstatningsrett_forsikringsrett_og_velferdsrett/2011/03/pasientens_krav_paa_erstatning_ved_skade_som_er_saerlig_stor)

**Rolf Gunnar Jørstad**, «Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester», Tidsskrift for Erstatningsrett, 02-03/2004 (Volum 1) s. 138-153.

Link av 29.05.18:

[https://www.idunn.no/tidsskrift\\_for\\_erstatningsrett/2004/02-03/den\\_nye\\_pasientskadeloven\\_saerlig\\_om\\_offentlige\\_helsetjenes](https://www.idunn.no/tidsskrift_for_erstatningsrett/2004/02-03/den_nye_pasientskadeloven_saerlig_om_offentlige_helsetjenes)

# Rettsavgjørelser og vedtak

Høyesterett:

Rt. 1993 s. 1169

Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina)

Rt. 1998 s. 1336 (Spinster-ruptur).

Rt. 2005 s. 1757 (Skygge)

Rt. 2006 s. 218 (Angiografi)

Rt. 2008 s. 1217 (Sarkom)

Rt. 2011 s. 549

Rt. 2013 s. 653 (Cellegift)

HR-2017-2270-A

HR-2017-687-A

HR-2018-557-A

Lagmannsretten:

LB-2014-184931

LB-2007-16311

LB-2016-175273

LB-2006-83417

LB-2014-9420

LF-2011-40620 (Epidural)

LG-2017-107392

LG-2009-175253

LH-2001-430

LE-2006-43175

Vedtak fra Pasientskadenemnda:

PSN-2008-128

PSN-2006-22

PSN-2007-768

PSN-2015-9046

PSN-2013-378

PSN-2012-320-1

PSN-2012-518

PSN-2007-15

PSN-2011-1260

PSN-2011-1499

PSN-2015-8385

PSN-2015-8073

PSN-2016-5042

PSN-2016-8031

PSN-2011-785

PSN-2009-0636

PSN-2006-0139

PSN-2015-10236

PSN-2016-6372

PSN-2014-1775

PSN-2013-1472

PSN-2012-893

PSN-2015-8953