

UiO : **Det juridiske fakultet**

Pasientskadeloven § 2 tredje ledd

En analyse av unntaksbestemmelsen og en sammenligning av rettsanvendelsen til Høyesterett og Pasientskadenemnda

Kandidatnummer: 577

Leveringsfrist: 25. april 2023

Antall ord: 17 362



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Temaet og problemstillinger	1
1.2	Bakgrunnsinformasjon om pasientskadeloven.....	2
1.3	Metode og kilder	3
1.4	Begrepsavklaringer	7
1.4.1	«Pasient» og «pasientskade»	7
1.4.2	«Erstatning».....	7
1.5	Videre fremstilling	9
2	EN «SÆRLIG STOR ELLER SÆRLIG UVENTET» PASIENTSKADE	9
2.1	Kort om bestemmelsens ordlyd.....	9
2.2	Om begrepet «særlig stor» pasientskade.....	10
2.3	Oppstiller Høyesterett og Nemnda en grense for en «særlig stor» skade?	12
2.4	Om begrepet «særlig uventet»	15
2.5	Oppstiller Høyesterett og Nemnda en grense for en «særlig uventet» skade?.....	17
2.6	Oppsummering av momentene en «særlig stor» og en «særlig uventet» pasientskade .	19
3	RISIKO PASIENTEN MÅ AKSEPTERE	20
3.1	Om begrepet risiko.....	20
3.2	Hvordan vurderes risiko?	22
3.3	Høyesteretts vurdering av risiko	24
3.4	Nemndas vurdering av «risiko»	26
3.5	Samsvarer Nemndas vurdering av risiko med Høyesteretts vurdering?	28
3.6	Oppsummering av risiko.....	28
4	TERSKELN FOR Å ANVENDE UNNTAKSBESTEMMELSEN	29
4.1	Innledende om terskelen	29
4.2	Høyesteretts og Nemndas uttalelser om terskelen	29
4.3	Oppsummering av terskelen.....	31
5	INFORMASJON TIL PASIENTEN	32
5.1	Hvorfor skal det gis informasjon til pasienten?	32
5.2	Høyesteretts og Nemndas uttalelser om gitt informasjon	33
5.3	Oppsummering av informasjon til pasienten	35

6	HELHETSVURDERING	36
6.1	Hvorfor gjøres det en helhetsvurdering?.....	36
6.2	Høyesteretts helhetsvurderinger.....	36
6.3	Nemndas helhetsvurderinger.....	38
6.4	Samsvarer Nemndas helhetsvurderinger med Høyesteretts vurderinger?	40
6.5	Oppsummering av helhetsvurderingen	41
7	AVSLUTNING	41
	KILDELISTE	46
	VEDLEGG 1.....	50

1 Innledning

1.1 Temaet og problemstillinger

Denne masteroppgaven i rettsvitenskap skal ta for seg vilkårene for pasientskadeerstatning etter lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) § 2 tredje ledd. Dette leddet omtales som unntaksbestemmelsen, og den brukes når det ikke foreligger et ansvarsgrunnlag etter pasientskadeloven § 2 første og annet ledd. Pasientskadeloven (heretter passkl.) § 2 tredje ledd har ordlyden:

«Selv om det ikke foreligger grunnlag for erstatningsansvar etter første og annet ledd, kan det unntaksvis ytes erstatning når det har skjedd en pasientskade som er særlig stor eller særlig uventet, og som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere. Det skal legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd.»

Unntaksbestemmelsen gir sjelden et grunnlag for å tilkjennes pasientskadeerstatning. Tall fra Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) viser at det i 2020, 2021 og 2022 var henholdsvis 12, 15 og 7 vedtak som fikk medhold etter unntaksbestemmelsen.¹ Av alle erstatningssøkerne som fikk medhold hos NPE i løpet av de siste tre årene utgjorde unntaksbestemmelsen 1 % av grunnlaget for medhold. Selv om det gjelder få saker, er det viktig for både pasienter og saksbehandlere å ha forståelse av når bestemmelsen kan være aktuell. Dette for å sikre lik praksis og styrke pasientenes rettssikkerhet.

Målet med denne oppgaven er å bidra til å fremme disse hensynene gjennom å klarlegge innholdet i unntaksbestemmelsen og å se på rettsanvendelsen. Det er verken mange høyesterettsdommer eller mye juridisk litteratur på fagområdet. Spesielt er det lite oppdatert juridisk litteratur om de to nyeste høyesterettsdommene fra 2017² og 2022^{3,4}.

Temaet har fått økt aktualitet for en masteroppgave etter at den nyeste høyesterettsdommen om unntaksbestemmelsen ble avsagt i desember 2022⁵. Dommen er pedagogisk oppbygget og gir en god oversikt over unntaksbestemmelsens vurderingsmomenter. En ny dom på fagfeltet gir en mulighet til å analysere rettsstilstanden, og å se om det har skjedd en rettsutvikling. Samtidig som at Høyesterett har avsagt nye dommer, er det sentralt å følge med på hvordan Pasientskadenemnda (heretter Nemnda) forholder seg til Høyesteretts avgjørelser. Dette har dannet

¹ Norsk pasientskadeerstatning (2023).

² HR-2017-2270-A.

³ HR-2022-2356-A.

⁴ Eksempelvis kom boken Pasientskaderett (pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner) ut i 2011. Skrevet av Syse, Kjelland og Jørstad.

⁵ HR-2022-2356-A.

utgangspunktet for to problemstillinger, der nr. 1 legger grunnlaget for å kunne svare på nr. 2. Oppgavens hovedproblemstillinger er:

1. Hvordan skal pasientskadeloven § 2 tredje ledd forstås?
2. Samsvarer Nemndas rettsanvendelse med Høyesteretts vurderinger?

1.2 Bakgrunnsinformasjon om pasientskadeloven

Pasientskadeerstatning fikk økt aktualitet fra omkring 1975, da Sverige innførte en pasientskadeordning. Dette førte til debatt i Norge og satte temaet på dagsordenen. I 1987 ble det vedtatt å sette i gang en prøveordning for erstatning for behandlingsskader. Det ble nedsatt en arbeidsgruppe som fremla en rapport, og 1. januar 1988 trådte de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning i kraft.⁶ Disse gjaldt frem til dagens pasientskadelov, som ble vedtatt i 2001 og trådte i kraft 1. januar 2003. Dagens lov bygger i stor grad på den midlertidige ordningen.⁷

Et viktig hensyn bak opprettelsen av pasientskadeerstatningen var å gi pasientene et bedre erstatningsrettslig vern. I lovforberedelsen var Justisdepartementet tydelige på at alminnelig erstatningsregler ikke gir tilstrekkelig vern for denne gruppen med skadelidte.⁸ Selv om loven ikke har en egen formålsbestemmelse, er formålet til loven å forhindre og gjenopprette skade som pasienter har blitt påført under utøvelsen av helsehjelp.⁹ Til skille fra de alminnelige erstatningsreglene er det ønskelig å unngå fokus på enkeltpersoners feil.¹⁰ På den måten må ikke spesifikke leger eller sykepleiere holdes ansvarlige, så lenge skaden har årsakssammenheng med behandlingen. De videre vilkårene for erstatning blir utdypet i punkt 1.4.

Ved hjelp av materielle og prosessuelle regler ønsket Justisdepartementet at det skulle bli enklere å få tilkjent erstatning enn etter alminnelige erstatningsregler. Opprettelsen av Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) er et tiltak for å lette prosessen for pasientene til å søke erstatning. Saksbehandlingen hos NPE er kostnadsfri for pasientene og NPE treffer enkeltvedtak i samsvar med forvaltningslovens regler.¹¹ Vedtakene kan klages inn til Nemnda og deretter tas til domstolene.¹² Alternativet hadde vært å gå direkte til søksmål, men dette hadde skapt en kostbar og lengere prosess for pasientene.

⁶ NOU 1992: 6 s. 11 og Regler for pasientskadeerstatning.

⁷ Innst.O. nr.68 (2000-2001) Pasientskadeloven punkt 1.1.1.

⁸ Innst.O. nr.68 (2000-2001) Pasientskadeloven punkt 1.1.1.

⁹ Syse (2011) s. 28.

¹⁰ NOU 1992: 6 s. 36.

¹¹ Pasientskadeloven § 12.

¹² Pasientskadeloven § 14 og 18.

Ett hensyn bak unntaksbestemmelsen er at den skal fange opp pasientskader der det kan virke «støtende på rettsfølelsen», at det ikke blir gitt erstatning etter hovedvilkårene.¹³ Det må gjøres en rimelighetsvurdering, der tanken er å fange opp sjeldne, men uunngåelige skader.¹⁴ I NOUen var ordet «rimelig» inntatt i lovforslaget. Selv om ordlyden ble endret i den endelige loven, samsvarer de grunnleggende hensynene. Også Ot.prp. nr. 31 (1998–99) omtaler unntaksbestemmelsen som en «rimelighetsvurdering».¹⁵ I Cellegift-dommen ble det fastlagt at det ikke skal gjøres en fri rimelighetsvurdering, men en begrenset rimelighetsvurdering etter de angitte skjønnsmessige vilkårene i lovteksten.¹⁶ Målet med vurderingen er å fange opp tilfeller der det er «et misforhold mellom skaden og den sykdommen pasienten behandles for».¹⁷ Utvalget skriver i NOUen at: «det kan virke urimelig at en pasient kommer ut av behandlingssituasjonen med mer omfattende skader enn han eller hun tidligere hadde».¹⁸ Selv om det er gitt riktig helsehjelp kan pasienten ende opp med å få skader av behandlingen. Derfor har pasientskadeloven en unntaksbestemmelse som skal fungere som en sikkerhetsventil for disse tilfellene som ellers ikke hadde blitt omfattet av hovedreglene for pasientskadeerstatning.

1.3 Metode og kilder

Masteroppgaven bruker rettsdogmatisk metode for å fastlegge innholdet i passkl. § 2 tredje ledd. Sentrale rettskilder som benyttes er lovtekst, forarbeider, høyesterettspraksis og nemndspraksis.

Sentrale forarbeider i utarbeidelsen av pasientskadeloven er *NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader* og *Ot.prp. nr. 31 (1998–99) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)*. Det ble laget en ytterligere proposisjon, *Ot.prp. nr. 55 (1999–2000)* som skulle bidra med tekniske tilpasninger til den første proposisjonen. Dette ble gjort for å harmonisere med helsereformen som ble vedtatt etter at *Ot.prp. nr. 31 (1998–99)* ble fremlagt. Den opprinnelige proposisjonen brukes allikevel som begrunnelse for lovforslaget som ble lagt frem.¹⁹

Det er rettsavgjørelser fra Høyesterett og saker fra Pasientskadenemnda som brukes i denne oppgaven. Høyesterettsavgjørelser har relevans på grunn av at Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grunnloven § 88 første ledd. Høyesterettspraksis tillegges dermed større rettskildemessig vekt enn henholdsvis tingretts- og lagmannsrettsdommer. I tillegg har

¹³ NOU 1992: 6 s. 95.

¹⁴ NOU 1992: 6 s. 94.

¹⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

¹⁶ Rt. 2013 s. 653, i avsn. 21.

¹⁷ HR-2017-2270-A, i avsn. 34, jf. Rt. 2013 s. 653, i avsn. 23.

¹⁸ NOU 1992: 6 s. 77.

¹⁹ Ot.prp. nr. 55 (1999-2000) s. 1.

høyesterettspraksis en sentral rolle i utviklingen av erstatningsrettslige spørsmål.²⁰ Selv om pasientskaderetten skiller seg fra den alminnelige erstatningsretten, er høyesterettspraksis også en sentral kilde i pasientskadesakene.

Relevant høyesterettspraksis som tar for seg dagens passkl. § 2 tredje ledd er: Rt. 2013 s. 653 (Cellegift), HR-2017-2207-A (Urininkontinens I) og HR-2022-2356-A (Urininkontinens II). I tillegg er det fire høyesterettsdommer som dømmer etter de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning: Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina), Rt. 2006 s. 1217 (Angiografi), Rt. 2008 s. 218 (Sarkom) og Rt. 2011 s. 549 (Tollefsen). Dommene er relevante fordi de grunnleggende trekkene ved den midlertidige ordningen er bevart i de nye reglene.²¹ For lettere å skille avgjørelsene fra hverandre, omtales de med kallenavn videre i oppgaven. Ingen av høyesterettsavgjørelsene ga medhold etter passkl. § 2 tredje ledd eller de midlertidige reglene for pasientskader. Med unntak av Cauda equina-dommen (dissens 3-2) og Tollefsen-dommen (1 delvis dissens) er alle dommene avsagt enstemmig med 5 dommere.

Vedtak fra Pasientskadenemnda har relevans fordi Høyesterett har uttalt at avgjørelser fra Pasientskadenemnda skal tillegges vekt når avgjørelsene kan tas som uttrykk for, eller har gitt seg utslag i, «en fast og konsistent praksis».²² I Ot.prp. nr. 31 (1998–99) ble det også forutsatt at domstolene skal legge vekt på praksis fra Pasientskadenemnda.²³ Nemnda er et uavhengig forvaltningsorgan som behandler klagesaker etter at de først har blitt behandlet hos NPE.²⁴ Nemndsmøtene avholdes enten med tre eller fem medlemmer, med minimum en jurist, en lege og en brukerrepresentant.²⁵ Nemnda behandler årlig mange saker innenfor saksområdet. I 2022 ble 2723 pasientskadeklager behandlet.²⁶ Først etter at det foreligger et vedtak fra Pasientskadenemnda kan saken bringes inn for domstolene.²⁷

For å finne relevante nemndsavgjørelser der pasienter har fått medhold etter passkl. § 2 tredje ledd, har jeg gjort flere søk i Lovdata. Lovdata har en database med 20 622 vedtak fra Pasientskadenemnda.²⁸ Å gjøre gode søk for å finne vedtak der pasienten har fått medhold etter passkl. § 2 tredje ledd har vært utfordrende. Det finnes ingen funksjon i Lovdata for å kunne skille ut

²⁰ Syse (2013) s. 590.

²¹ Rt. 2008 s. 218, i avsn. 60.

²² Rt. 2008 s. 218, i avsn. 63.

²³ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 85.

²⁴ Forskrift om Norsk Pasientskadeerstatning m.m. § 1 annet ledd, jf. passkl. § 16. Jf. Forskrift om Norsk Pasientskadeerstatning m.m. § 8.

²⁵ Pasientskadeloven § 16.

²⁶ Nasjonalt klageorgan for helsetjenesten (2023).

²⁷ Pasientskadeloven § 18 første ledd.

²⁸ Tall fra 08.02.2023.

vedtak som har fått medhold etter unntaksbestemmelsen. I tillegg formulerer Nemnda konklusjonene ulikt i vedtakene, noe som gjør det utfordrende å finne gode søkeord som rommer alle relevante vedtak, og unngår irrelevante avgjørelser.

Søket jeg har lagt til grunn for denne oppgaven er:

Emne 1: LOV-2001-06-15-53 § 2

Emne 2: «særlig stor» eller «særlig uventet»

Emne 3: «klagen har ført frem»

Rettskilde: PSN

Dette søket ble foretatt 17. januar 2023 og resulterte i 23 avgjørelser fra Nemnda. Kun 18 av dem viste seg å gi medhold etter passkl. § 2 tredje ledd. Disse avgjørelsene har blitt lest, analysert og systematisert. Vedlegg 1 viser en oversikt over nemndspraksisen med kommentarer. Disse avgjørelsene blir det fortløpende vist til i oppgaven. Avgjørelsene ble vedtatt fra 2015 til 2021.

En bemerkning til søket er at jeg kort tid før innlevering foretok det samme søket på nytt i Lovdata. Da ga søket et resultat med 36 avgjørelser. I søkeresultatet var det ingen nye avgjørelser fra Nemnda etter januar 2023. Årsaken til at søket ga et annet resultat er uklart, men etter å ha konferert med det juridiske biblioteket er det en mulighet for at Lovdata har gjort en oppdatering i søkemotoren, og at det derfor skyldes tekniske forhold. Etter å ha tatt en gjennomgang for å se hva som skiller det gamle og det nye resultatet har jeg sett at alle mine opprinnelige vedtak er med i det nye søket. Det er kun fire nye avgjørelser som gir medhold etter unntaksbestemmelsen. I tillegg er det flere som ikke gjelder tredje ledd, og dermed ikke er relevante for oppgaven. Selv om de nye søket ga flere resultater ga det ikke større treffprosent på unntaksbestemmelsen. På grunn av kort tid til innleveringsfristen og at det ikke ga et vesentlig bedre søkeresultat, beholder jeg det opprinnelige søkeresultatet i oppgaven.

I løpet av prosessen har jeg kontaktet Pasientskadenemnda og NPE for å finne nemndspraksis som har gitt medhold etter unntaksbestemmelsen. Jeg fikk svar fra NPE om at det i perioden 2018–2022 ble gjort 17 omgjøringer etter unntaksbestemmelsen. På denne måten fikk jeg saksnummer og tilgang til sentrale avgjørelser. Til sammenligning fant jeg 18 relevante avgjørelser i perioden 2015–2021 gjennom mitt søk i Lovdata. Dette viser en manglende mulighet til å søke opp relevante avgjørelser i Lovdata. Selv om jeg har fått oppgitt noen avgjørelser fra NPE, velger jeg allikevel å bruke mitt utvalg. Dette fordi mitt utvalg er spredt over flere år, og dette gir en mulighet til å se en mulig utvikling i Nemndas begrunnelser og skrivestil over tid.

En svakhet ved mitt søk er at det kun ga 18 relevante avgjørelser. Dette omfatter ikke alle sakene som har fått medhold i Nemnda i denne perioden, og det kan derfor diskuteres om antallet er

representativt. På bakgrunn av at det årlig er få saker som får medhold etter bestemmelsen, er det imidlertid begrenset med avgjørelser totalt. Dette er med på å rettferdiggjøre et lavt antall avgjørelser i denne oppgaven. I tillegg er dette en masteroppgave på 30 studiepoeng, og målsettingen er å finne en viss systematikk. En større kartlegging forutsetter et større omfang av prosjektet, blant annet med gjennomgang av alle vedtak fra PSN over tid. Nemndas praksis er relativt lik, og de selv gjenbruger mange av formuleringene i vedtakene. Dette gjør at et større utvalg ikke nødvendigvis hadde avdekket andre tendenser enn det jeg har funnet med mitt utvalg.

Et ytterligere metodisk poeng er at det kun er syv høyesterettsavgjørelser å sammenligne nemndspraksisen med. Det er et lite antall pasientskadesaker som har kommet til Høyesterett, spesielt sett i forhold til det store antallet med saker fra NPE og Nemnda. Høyesterett tar stilling til de prinsipielle spørsmålene og gir rettsavklaringer og korrigerer praksis. Gjennom tidligere instanser har fakta i sakene blitt fastlagt og visse delspørsmål kan ha blitt avklart. Dette gjør at når sakene først kommer til Høyesterett, er problemstillingene spisset og kun det tvilsomme gjenstår. I alle høyesterettsdommene som er brukt i denne oppgaven, har pasientene fått avslag på erstatning fra Høyesterett. Alle nemndsavgjørelsene som er med i oppgaven, har gitt medhold til pasientene. Resultatet er annerledes, og dermed er ikke avgjørelsene helt sammenlignbare.

På bakgrunn av at det finnes høyesterettspraksis og nemndspraksis på området, velger jeg å ikke se på tingretts- og lagmansrettsdommer i denne oppgaven. Dette fordi de har lavere rettskildemessig vekt enn de førstnevnte på dette fagområdet, og at det blir for omfattende å skulle sammenligne funnene fra Høyesterett og Nemnda med ytterligere rettsinstanser.

En annen rettskilde det vises til i oppgaven er juridisk litteratur. Som nevnt innledningsvis er det lite oppdatert litteratur om passkl. § 2 tredje ledd. Lovkommentarer bidrar med sammenfatninger av rettsstilstanden og hensyn. Disse har en viss rettskildemessig vekt, men med tanke på at de bygger på primærkilder som lovforarbeider og avgjørelser, er det primærkildene som veier tyngst, og dermed får størst betydning i denne masteroppgaven.

Erstatningsordninger for pasientskader er først og fremst særegent for nordiske land. Det foregår en utvikling i pasientskadevernet i andre land med sammenlignbare rettssystemer.²⁹ I denne oppgaven ønsker jeg å fokusere på den norske rettsstilstanden. Det er ikke noen felles europeiske regler for pasientskadeerstatning Norge må forholde seg til på rettsområdet. Oppgaven begrenses til norsk rett, og internasjonale rettskilder faller utenfor.

²⁹ Syse (2011) s. 81.

1.4 Begrepsavklaringer

1.4.1 «Pasient» og «pasientskade»

Et grunnleggende begrep for oppgaven er «pasient». I NOU 1992: 6 er forståelsen av en pasient: «en person som er under behandling av lege eller annet helsepersonell».³⁰ Behandling skal forstås vidt og omfatter i tillegg til behandling av smerter, også forebyggende helsearbeid, undersøkelse, diagnostisering, pleie og kontroll m.v.³¹ Utvalget oppsummerer det slik at en person er en pasient i alle faser i kontakten med helsepersonell.

Hva som er en «pasientskade» er legaldefinert i passkl. § 1. Pasienten må ha en «skade» som er voldt i en av institusjonene eller situasjonene opplistet i § 1 bokstav a til c. Ordet «voldt» i loven viser til at det må være årsakssammenheng mellom skaden og ansvarshendelsen.³² Ulike ansvarshendelser er opplistet i § 1 annet ledd, og er eksempelvis undersøkelser, diagnostisering og behandling.

Pasientskadeloven definerer ikke hva som ligger i «skade». Skadebegrepet omfatter personska-der, tingskader og rene formueskader.³³ I forbindelse med helsevesenet og i pasientskadeloven, er det personskadene som er i fokus. Personskadene omfatter også sykdom, og både fysiske og psykiske skader medregnes.³⁴ I NOU 1992: 6 blir det forklart at en skade er en uønsket og ikke tilsiktet konsekvens.³⁵ I juridisk litteratur gjøres det et skille mellom komplikasjoner og skader. Komplikasjoner blir sett på som hendelser som regelmessig inntreffer etter medisinsk begrunnede inngrep mv., mens skader er hendelser som vanligvis bør kunne unngås ved korrekte behandlinger.³⁶ Ofte skilles det ikke mellom begrepene, og for unntaksbestemmelsens del kan både komplikasjoner og skader gi rett til erstatning.³⁷

1.4.2 «Erstatning»

Alminnelige erstatningsrettslige regler oppstiller tre vilkår for å få erstatning: ansvarsgrunnlag, skade/tap og årsakssammenheng.³⁸ Disse kan gjenfinnes i passkl. § 2 første ledd. Av

³⁰ NOU 1992: 6 s. 15.

³¹ NOU 1992: 6 s. 15.

³² Kjelland (2021) § 2 note 1.

³³ NOU 1992: 6 s. 18.

³⁴ NOU 1992: 6 s. 90.

³⁵ NOU 1992: 6 s. 37.

³⁶ Syse (2011) s. 21.

³⁷ Syse (2011) s. 21.

³⁸ Kjelland (2019) s. 4.

hovedregelen for erstatning i første ledd fremgår det at pasienten eller andre må ha «lidt tap på grunn av» «pasientskade», og dette må «skyldes» ett av punktene opplistet i bokstav a til e. Det skal i det følgende redegjøres nærmere for disse tre vilkårene.

For å få erstatning må det for det første foreligge et *ansvarsgrunnlag*. Pasientskadeloven § 2 første ledd oppstiller ansvarsgrunnlagene i bokstav a til e. Hovedregelen for ansvarsgrunnlag er at det foreligger en «svikt» ved ytelsen av helsehjelp, jf. passkl. § 2 første ledd bokstav a. At det foreligger «svikt» vil si at behandlingen ikke var i samsvar med gjeldende medisinsk praksis på behandlingstiden.³⁹ Bestemmelsen presiserer også at det kan foreligge en svikt «selv om ingen kan lastes». Sviktbegrepet gjør at det ikke må utpekes en skadevolder.⁴⁰ Dette er til fordel for pasienten, slik at ikke ansvarlige leger eller sykepleiere må utpekes.

Et annet ansvarsgrunnlag i første ledd er et objektivt ansvar etter bokstav b som handler om teknisk svikt ved apparater, redskap eller annet utstyr. Videre kan skaden skyldes «smitte eller infeksjon» etter bokstav c, vaksinasjon etter bokstav d, eller ansvarsgrunnlag for «helse- og omsorgstjenesten eller helsepersonell etter alminnelig erstatningsregler» i bokstav e.

Videre må det foreligge *en skade og et tap*. For skadebegrepet vises det til redegjørelsen ovenfor. Når det gjelder tap, er det et alminnelig vilkår for erstatning at det gjelder et økonomisk tap. Pasienten må minimum ha et økonomisk tap på 10 000 kr, jf. passkl. § 4 første ledd. Unntakene fra hovedregelen om økonomisk tap er reglene om ménerstatning og oppreisning.⁴¹

Det siste vilkåret er at det må foreligge en *årsakssammenheng*. For å få pasientskadeerstatning må det for det første være en årsakssammenheng mellom tapet og skaden. Dette bygger på ordlyden «på grunn av». I tillegg må det være en årsakssammenheng mellom skaden og det skadegjørende. Dette følger av ordlyden «skyldes». Samlet kan vilkåret omtales som en dobbelt årsaksformulering.⁴² Ot.prp. nr. 31 (1998–99) nevner at ordlyden «når skaden skyldes» er en henvisning til alminnelige rettslige prinsipper om årsakssammenheng.⁴³ Også NOU 1992: 6 la til grunn det alminnelige årsakskravet.

Betingelseslæren er hovedregelen om årsakssammenheng i norsk erstatningsrett.⁴⁴ Betingelseslæren sier at det er en årsakssammenheng «dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen

³⁹ PSN-2017-4554.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 90.

⁴¹ NOU 1992: 6 s. 19.

⁴² Kjelland (2021) § 2 note 2.

⁴³ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 90.

⁴⁴ Kjelland (2012) s. 240, jf. Rt. 1992 s. 64 (P-pille II).

eller unnlåtelsen tenkes borte».⁴⁵ Det presiseres også i Rt. 1992 s. 64 (P-pille II-dommen) at det kan foreligge flere årsaker til skaden.⁴⁶ Det må være mer enn 50 % sannsynlighet for årsaks-sammenheng.

Den overnevnte redegjørelsen gir en grunnleggende forståelse for hvilke hovedvilkår som må være oppfylt for å tilkjennes pasientskadeerstatning. Når det gjelder unntaksbestemmelsen muliggjør den erstatning, selv om ansvarsgrunnlagene etter første og annet ledd ikke foreligger. Etter unntaksbestemmelsen kan erstatning tilkjennes på et objektive grunnlag når momentene i passkl. § 2 tredje ledd er oppfylte.⁴⁷ Poenget med tredje ledd er at det ikke er gjort en feil fra helsepersonell og sykehuset som gir grunnlag for erstatning, men at det allikevel kan gis erstatning i visse tilfeller. Hva som skal til for å kvalifisere for erstatning etter unntaksbestemmelsen er fokuset videre i oppgaven.

1.5 Videre fremstilling

I den videre fremstillingen skal hovedproblemstillingene drøftes i oppgavens delkapitler 2–6. Disse kapitlene er inndelt kronologisk etter unntaksbestemmelsens ulike momenter. En slik inndeling er valgt fordi den gir en systematisk tilnærming til unntaksbestemmelsen og danner en god disposisjon for oppgaven. Hvert delkapittel starter med en analysedel som omhandler problemstilling nr. 1, før problemstilling nr. 2 retter søkelyset på rettsanvendelsen hos Høyesterett og Nemnda. I delkapittel 7 rundes oppgaven av med en avslutning som samler svarene på problemstillingene.

2 En «særlig stor eller særlig uventet» pasientskade

2.1 Kort om bestemmelsens ordlyd

Unntaksbestemmelsens ordlyd legger opp til at det må ha skjedd en pasientskade som er «særlig stor» eller «særlig uventet». Pasientskadeloven har ikke en legaldefinisjon av hva som er en «særlig stor eller særlig uventet» pasientskade. Etter en ordlydsfortolkning gir ordet «særlig» assosiasjoner til noe ekstraordinært. I kombinasjon med ordene «stor» og «uventet», så tyder det på en høy terskel for å kategorisere en pasientskade etter disse momentene. I bestemmelsen står det at det «unntaksvis» kan ytes erstatning etter passkl. § 2 tredje ledd. Ordet «unntaksvis» i samspill med «særlig», tyder på at bestemmelsen omhandler pasientskader utenom det vanlige.

⁴⁵ Rt. 1992 s. 64, s. 69.

⁴⁶ Rt. 1992 s. 64, s. 69.

⁴⁷ Syse (2011) s. 116.

Lovens bruk av ordet «eller» i passkl. § 2 tredje ledd gir tanker om at «særlig stor» og «særlig uventet» skal sees på som alternative vilkår. En slik ordlydsfortolkning har Høyesterett avvist. For det første omtaler vanligvis ikke Høyesterett «særlig stor» eller «særlig uventet» som vilkår, men som momenter eller kriterier.⁴⁸ For det andre legger Høyesterett til grunn at de ikke er alternative, men skal vurderes samlet i en helhetsvurdering.⁴⁹ Videre drøftelser av helhetsvurderingen gjøres i delkapittel 6.

2.2 Om begrepet «særlig stor» pasientskade

Det at pasientskaden skal være «særlig stor eller særlig uventet» er en ny formulering som har kommet med pasientskadeloven. Den midlertidige ordningen for erstatning fra 1. januar 1988⁵⁰ hadde ikke med momentene om «særlig stor eller særlig uventet» pasientskade. I NOU 1992: 6 er det ikke uttalelser om hva som ligger i «særlig stor eller særlig uventet» pasientskade. Dette fordi NOUen hadde en annen utforming av lovforslaget, med annen terminologi. Heller ikke Ot.prp. nr. 31 (1998–99) sier noe om «særlig stor». Samlet har ikke forarbeidene direkte uttalelser om hva som ligger i en «særlig stor pasientskade».

I rettspraksis benytter ikke alltid Høyesterett seg av begrepet «særlig stor» pasientskade. I Urininkontinens I-dommen⁵¹ skriver Høyesterett om «skadens omfang». I den saken gjennomførte pasienten en TVT-operasjon på grunn av problemer med urininkontinens. Etter komplikasjoner med epiduralkateter i forbindelse med operasjonen fikk pasienten konstante smerter i høyre ben. Høyesteretts begrepsbruk reiser et spørsmål om det er en innholdsmessig forskjell på «særlig stor» pasientskade og «skadens omfang».

Høyesterett viser i Urininkontinens I-dommen⁵² til NOU 1992: 6 side 39, for å finne rettskildemessig grunnlag for vurderingstemaet «skadens omfang». Denne delen av NOUen omtaler unntaksregelen i § 3 a i reglene om erstatning ved pasientskade etter de midlertidige reglene.⁵³ I NOU 1992: 6 s. 39 er «skadens omfang» en del av «trioen» (mitt begrep). Denne trioen utgjør vurderingen av: «viktigheten av inngrepet» (indikasjon), «skadehyppigheten» (risikoen for komplikasjoner) og «skadens omfang». Disse begrepene sto ikke i de midlertidige reglene. Begrepene ble brukt for å klarlegge innholdet i hva som var «akseptabel risiko», som var en del av ordlyden i de midlertidige reglene. De grunnleggende trekkene ved den midlertidige

⁴⁸ HR-2022-2356-A, i avsn. 30 og 35.

⁴⁹ HR-2022-2356-A, i avsn. 35.

⁵⁰ Regler for pasientskadeerstatning.

⁵¹ HR-2017-2270-A.

⁵² HR-2017-2270-A.

⁵³ Rt. 2008 s. 218, i avsn. 59.

ordningen er beholdt i den nye pasientskadeloven.⁵⁴ Dette gjør at Høyesteretts tolkninger av den midlertidige ordningen kan anvendes på dagens lov i stor grad. Dette gjør Høyesterett i praksis og det taler for at det ikke er en innholdsmessig forskjell på vurderingene som gjøres av en «særlig stor» pasientskade og «skadens omfang».

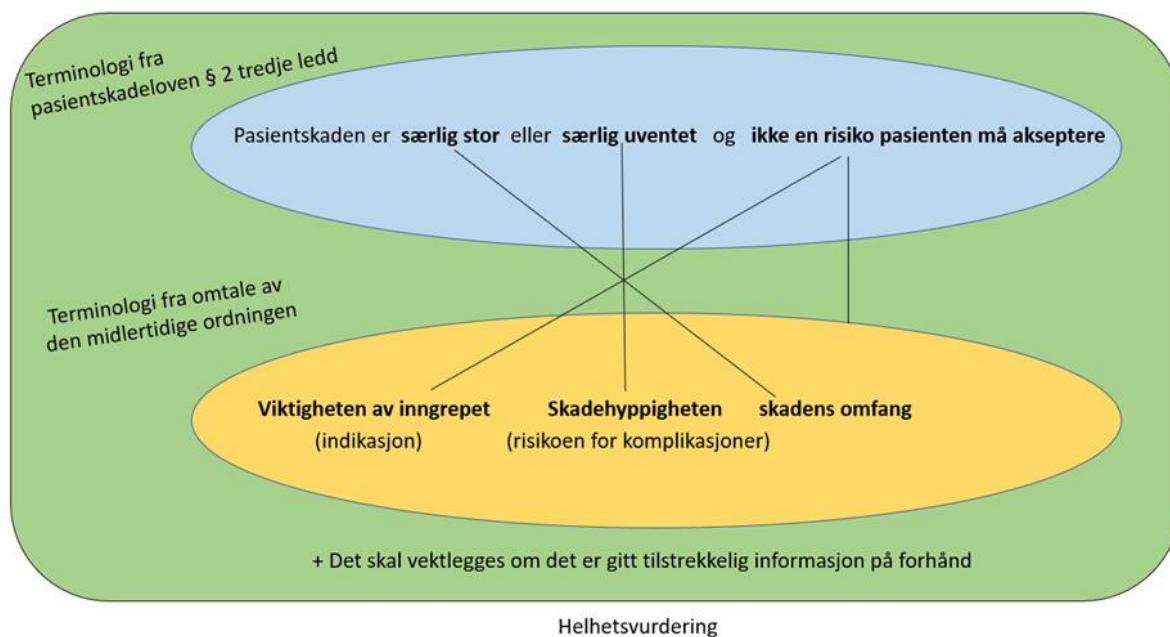
Ytterligere støtte for at begrepene «særlig stor» og «skadens omfang» overlapper finner vi i Urininkontinens II-dommen⁵⁵. Også i denne dommen velger Høyesterett å skrive om «omfanget av skaden». Saken gjaldt en pasient som fikk varige smerter i høyre ben etter en slyngeoperasjon i forbindelse med urininkontinens. Fra avsnitt 35 ser Høyesterett nærmere på hva som ligger i at skaden i saken er «særlig stor», og dette er oppstilt som en underoverskrift. I dommens neste avsnitt, 36, skriver Høyesterett om «omfanget av skaden». Her velger Høyesterett å bruke formuleringen «omfanget av skaden» fremfor «særlig stor». Høyesterett gjør ikke et poeng av å kommentere på egen begrepsbruk. Det at Høyesterett veksler mellom å skrive om «en særlig stor» skade og «omfanget av skaden» tyder på at det kun er språklig variasjon, og at det innholdsmessig betyr det samme.

Figur 1 under illustrerer begrepsbruken knyttet til unntaksbestemmelsen. Den blå boksen har terminologi fra dagens passkl. § 2 tredje ledd, mens den gule boksen har terminologi som kommer fra NOUens omtale om de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning. Illustrasjonen viser at begrepene i dagens ordlyd kan tilsvare begreper som ble brukt for å gjøre vurderinger etter de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning⁵⁶. Hittil i oppgaven har det blitt gjort rede for at lovens ordlyd om en «særlig stor» pasientskade samsvarer med vurderingstemaet «skadens omfang». I senere delkapitler i oppgaven vil det bli gjort rede for sammenhengen mellom de andre begrepene i illustrasjonen.

⁵⁴ Rt. 2008 s. 218, i avsn. 60.

⁵⁵ HR-2022-2356-A.

⁵⁶ Regler for pasientskadeerstatning.



Figur 1: Illustrasjon over begrepsbruken knyttet til pasientskadeloven § 2 tredje ledd.

2.3 Oppstiller Høyesterett og Nemnda en grense for en «særlig stor» skade?

Det første spørsmålet som reiser seg er om det er rettskildemessig grunnlag for å oppstille en grense for hva som er en «særlig stor» pasientskade. Verken lovens ordlyd eller forarbeidene nevner konkrete tall for å fastlegge grensen for «særlig stor».

Høyesterett viser til den varige medisinske invaliditeten av behandlingsskaden når de vurderer om skaden er «særlig stor». En medisinsk invaliditet er «den fysiske og/eller psykiske funksjonsnedsettelsen som en skade eller sykdom vanligvis gir».⁵⁷ Denne bygger på en standardtabell, der invaliditeten blir fastlagt av en medisinsk sakkyndig i et prosenttall. Dette gjør Høyesterett eksempelvis i Urininkontinens I-dommen, der Høyesterett benytter seg av invaliditetstabellen som gjelder ménerstatning ved yrkesskade i Urininkontinens I-dommen.⁵⁸ Dette følges også opp i Urininkontinens II-dommen, som fastslår at det er vanlig å ta utgangspunkt i den varige medisinske invaliditeten.⁵⁹

Forskriften om ménerstatning ved pasientskader gjelder ved utmåling av ménerstatning etter pasientskadeloven.⁶⁰ Forskriften har en invaliditetstabell som benyttes for å fastsette graden av medisinsk invaliditet. Utgangspunktet er at en erstatningssøker har rett på erstatning hvis

⁵⁷ Forskrift om ménerstatning ved pasientskader § 2 bokstav a.

⁵⁸ HR-2017-2270-A, i avsn. 48.

⁵⁹ HR-2022-2356-A, i avsn. 36.

⁶⁰ Jf. Forskrift om ménerstatning ved pasientskader § 1.

pasientskaden er varig og betydelig. Varig vil etter loven si at pasientskaden sannsynligvis vil vare i minst ti år. Grensen for hva som er en betydelig pasientskade, er en skade med en medisinsk invaliditet på minst 15 prosent.⁶¹

Selv om loven ikke oppgir en grense med prosentvis medisinsk invaliditet blir det brukt av Høyesterett og Nemnda. Det kan diskuteres om dette er hensiktsmessig. På den ene siden kan det tale til ugunst for pasientene dersom det blir tatt utgangspunkt i en medisinsk invaliditet de gangene pasienten har en lav grad. På den andre siden skal ikke invaliditeten i seg selv være avgjørende, men brukes som et moment i helhetsvurdering. At Høyesterett og Nemnda bruker et tallmessig utgangspunkt, kan bidra til å fremme forutsigbarhet og likebehandling for å kunne sammenligne saker.⁶²

Høyesterett tok i Urininkontinens II-dommen⁶³ stilling til om det er grunnlag i rettskildene for å anvende en nedre grense eller en veiledende terskel for hva som er en «særlig stor» pasientskade. Sentrale hensyn Høyesterett la vekt på var «forutsigbarhet» og «likbehandling». Disse hensynene kan en nedre grense for «særlig stor»-skade-vurdering bidra til å fremme. Høyesterett fant at det hadde «gode grunner for seg» å bygge på den varige medisinske invaliditeten i vurderingen.⁶⁴

Høyesterett har vist til at Pasientskadenemnda i forbindelse med den medisinske invaliditeten gjør «en sammenligning av behandlingsskaden med grunnlidelsen ubehandlet» for å vurdere skadens størrelse.⁶⁵ Med dette følger Høyesterett opp Nemndas praksis og dermed godkjenner deres praksis på dette punktet. Et videre spørsmål er *hvor* grensen for den medisinske invaliditeten bør ligge hos pasienten for at skaden skal regnes som «særlig stor». Nemnda uttaler at det «kun helt unntaksvis vil være grunnlag for å diskutere unntaksbestemmelsen når pasientskaden er lavere enn méngruppe 3 (35-44%).⁶⁶ Også i PSN-2017-4554 uttaler Nemnda at det kun helt unntaksvis vil være grunnlag for å diskutere unntaksbestemmelsen når pasientskaden er lavere enn 35–44 %.

Nemndas egen uttalelse blir bekreftet i praksis gjennom mitt utvalg av nemndsavgjørelser⁶⁷. I mitt utvalg av 18 nemndsavgjørelser har pasienten i 12 av sakene mer enn 40 % varig medisinsk invaliditet. I en av de 18 sakene var den medisinske invaliditeten satt til 25 %, men de

⁶¹ Jf. Forskrift om menerstatning ved pasientskader § 3 første ledd.

⁶² HR-2022-2356-A, i avsn. 39.

⁶³ HR-2022-2356-A, i avsn. 38 i det følgende.

⁶⁴ HR-2022-2356-A, i avsn. 39.

⁶⁵ HR-2022-2356-A, i avsn. 44.

⁶⁶ PSN-2015-8352.

⁶⁷ Se vedlegg 1.

sakkyndige antok at pasienten ville få en høyere grad senere.⁶⁸ I tre av sakene er det ikke oppgitt en varig medisinsk invaliditet. To av tilfellene gjelder dødsfall og har derfor ikke en varig medisinsk invaliditetsgrad.

Til sammenligning er det oppgitt en varig medisinsk invaliditet i fem av de syv relevante Høyesterettsavgjørelsene. Unntaket er Cellegift-dommen⁶⁹ der pasienten døde og Sarkom-dommen⁷⁰. I Sarkom-dommen var det klart at skadene var varige og store. I tillegg ble saken vurdert ut fra de midlertidige reglene for pasientskade, der ordlyden var annerledes.

I de 12 sakene fra Nemnda med en medisinsk validitet fra og med 40 % er invaliditetsgradene: 40 % (1 tilfelle), 50 % (6 tilfeller), 53 % (1 tilfelle), 59 % (1 tilfelle), 70 % (1 tilfelle) og 80 % (2 tilfeller). Dette viser at den varige medisinske invaliditetsgraden er høy i de tilfellene pasientskadene har vært særlig store og ført til erstatning.

Eksempler på pasientskader fra nemndspraksis der Nemnda har uttalt at skaden er «særlig stor» er: hjerneinfarkt etter hjerteoperasjon med innvirkning på kognitive funksjoner, språkfunksjon og gangfunksjon⁷¹, CRPS etter en kikkhullsoperasjon i skulderen⁷² og bekkenbunnsutfall med komplett inkontinens for avføring, urinretensjon og bortfall av seksualfunksjon etter operasjon for spinal stenose i nivå L5⁷³.

Høyesterett har en annen oppfatning av grensen på varig medisinsk invaliditet enn Nemnda. Både PSN-2015-8352 og PSN 2017-4554 setter opp en grense på 35–44 % på invaliditetstabellen. I Urininkontinens II-dommen viser Høyesterett direkte til PSN-2017-4554 og uttaler at de ikke er enige i at en slik grense kan oppstilles.⁷⁴ I Urininkontinens II-dommen resonnerer Høyesterett seg frem til at en medisinsk invaliditet på 35 % fremstår som et rimelig nivå å ta utgangspunkt i.⁷⁵ Dette baserer Høyesterett på at passkl. § 2 tredje ledd skal være en sikkerhetsventil som skal brukes med forsiktighet.⁷⁶ Samtidig presiserer Høyesterett at en medisinsk invaliditet på 35 % ikke er avgjørende, fordi det kun er et moment i helhetsvurderingen.

⁶⁸ PSN-2015-9046.

⁶⁹ Rt. 2013 s. 653.

⁷⁰ Rt. 2008 s. 218.

⁷¹ PSN-2017-9295. Pasienten fikk en varig medisinsk invaliditet på 80 %.

⁷² PSN-2018-5917. Pasienten fikk en varig medisinsk invaliditet på 50 %.

⁷³ PSN-2017-4554. Pasienten fikk en varig medisinsk invaliditet på 70 %.

⁷⁴ HR-2022-2356-A, i avsn. 41.

⁷⁵ HR-2022-2356-A, i avsn. 40.

⁷⁶ HR-2022-2356-A, i avsn. 40.

Praksis fra Pasientskadenemnda tillegges vekt av Høyesterett. Begrunnelsen er at Nemnda behandler mange pasientskadesaker og at det danner seg en «langvarig og konsekvent praksis».⁷⁷ Allikevel har høyesterettsavgjørelser større rettskildemessig vekt enn Nemndspraksis. Ved at Høyesterett i Urininkontinens II-dommen tok avstand fra Nemndas uttalelser om at en grense på 35–44 % var hovedregelen, er det Høyesteretts siste dom som er utgangspunktet og som Nemnda må innrette seg etter. Det er å forvente at Nemnda følger opp Høyesteretts nyeste uttalelse i vedtakene fremover.

2.4 Om begrepet «særlig uventet»

Slik som kriteriet «særlig stor», er heller ikke «særlig uventet» omtalt i NOU 1992: 6. Dette fordi NOUen hadde et annet lovforslag enn dagens ordlyd. Departementet har i Ot.prp. nr. 31 (1998–99) et lovforslag tilnærmet likt dagens ordlyd. Selv om ordlyden «særlig uventet» omtales, foretar ikke departementet en ordlydsfortolkning eller presisering av begrepet. En naturlig språklig forståelse av «uventet» er at noe ikke er forutsigbart, og plutselig oppstår. Når dette i tillegg er «særlig» uventet, fremstår det helt uforberedt og som et lite tenkbart scenario.

En problemstilling knyttet til «særlig uventet» er om vurderingen gjelder skader generelt eller den spesifikke skaden. Høyesterett går inn på denne problemstillingen i Urininkontinens II-dommen⁷⁸. Spørsmålet i saken var om det var «særlig uventet» at *den spesifikke skaden* oppsto eller om det var *generell risiko for skade* av behandlingen (min kursivering).⁷⁹ I vurderingen finner ikke Høyesterett hjelp i verken lovteksten eller forarbeidene for å avgjøre spørsmålet. I stedet bruker Høyesterett Angiografi-dommen⁸⁰ og Urininkontinens I-dommen⁸¹ for å utlede et svar. I begge sakene ble det lagt vekt på hvor ofte de spesifikke skadene inntraff. Høyesterett utleder at det som hovedregel ikke er den generelle skaderisikoen ved behandlingen som skal vurderes.⁸²

Allerede før Urininkontinens II-dommen ga en avklaring på vurderingstemaet, har Nemnda hatt uttalelser om hvilke skader det er som skal vurderes. I PSN-2015-8552 ble det uttalt: «Nemnda anser risikoen for en nerveskade av slikt særlig stort omfang, med både motoriske og sensoriske utfall, å være utenfor den risiko pasienten måtte akseptere når hun skulle opereres med innsetting av protese, selv om det generelt sett foreligger en risiko for nerveskader ved en slik operasjon». Her ser Nemnda på den konkrete skaden, og ikke risikoen for nerveskader generelt. Dette

⁷⁷ HR-2022-2356-A, i avsn. 40.

⁷⁸ HR-2022-2356-A.

⁷⁹ HR-2022-2356-A, i avsn. 48.

⁸⁰ Rt. 2006 s. 1217.

⁸¹ HR-2017-2270-A.

⁸² HR-2022-2356-A, i avsn. 51.

vedtaket ble avsagt før Urininkontinens II-dommen. Gjennom Høyesterett sin stadfestelse i dommen, har den bekreftet at Nemnda gjennom sin praksis har gjort rett i å vurdere den konkrete skaden.

En ytterligere presisering Høyesterett gjør i Urininkontinens II-dommen, er å anlegge et videre perspektiv. I det ligger at Høyesterett mener at vurderingen ikke bare skal se på den konkrete skaden på eksempelvis en bestemt nerve, men se om skaden ligger i «risikoens retning».⁸³ At skaden ligger i «risikoens retning» vil si at det er en typisk skadefølge.⁸⁴ Høyesterett formulerte det i Urininkontinens II-dommen som en vurdering av «risikoen for nerveskade med alvorlige konsekvenser som følge av operasjonen». Det avgjørende er ifølge Høyesterett om «skaden etter sin art og omfang ligger helt utenfor det som er påregnelig».⁸⁵ Hvis skaden er en kjent og typisk komplikasjon regnes den som påregnelig, selv om den sjeldent forekommer.⁸⁶

Når det gjelder begrepsbruk viser illustrasjon 1 (se side 12 i oppgaven), at «særlig uventet» har en parallell i begrepet «skadehyppigheten». Spørsmålet er om det er rettskildemessig belegg for å si at disse begrepene tar for seg den samme vurderingen.

I utvalget av 18 nemndsavgjørelser⁸⁷ er «skadehyppighet» kun nevnt i to av gjørelsene.⁸⁸ Begge avgjørelsene har den samme formuleringen: «*Nemnda legger til grunn at viktigheten av behandlingen (indikasjonen for helsehjelpen), risikoen for komplikasjoner (skadehyppigheten) og pasientskadens størrelse er de sentrale momentene ved en helhetsvurdering av om det er et vesentlig misforhold mellom skaden pasienten har endt opp med, og den sykdommen eller tilstanden pasienten ble behandlet for*». Begrepet «skadehyppigheten» blir nevnt som et sentralt moment, uten at begrepet blir vist til i de øvrige delene av vedtakene. Slik som nevnt i sitatet ovenfor, er skadehyppigheten samsvarende med «risikoen for komplikasjoner».

I PSN-2017-4554 velger Nemnda å bruke underoverskriften «risikovurderingen» i vedtaket. Det forstås som risikoen for komplikasjoner. Under denne overskriften oppstiller Nemnda spørsmålet om hvorvidt skaden i saken kunne sies å være «særlig uventet». Dette underbygger forståelsen om at den varierende språkbruken «særlig uventet», «risikoen for komplikasjoner», «risikovurderingen» og «skadehyppigheten» alle er omtalelser av den samme vurderingen. I den samme nemndsavgjørelsen, PSN-2017-4554, sier Nemnda at vurderingen av om skaden var «særlig uventet» skal se på «om skaden var kjent i det medisinske miljøet, om den ligger i

⁸³ HR-2022-2356-A, i avsn. 51.

⁸⁴ PSN-2017-9295.

⁸⁵ HR-2022-2356-A, i avsn. 51.

⁸⁶ HR-2017-2270-A, i avsn. 45.

⁸⁷ Vedlegg 1.

⁸⁸ PSN-2017-4554 og PSN-2015-8352.

risikoens retning (typisk skadefølge) og hvor ofte den oppstår ved den aktuelle helsehjelpen». Den samme uttalelsen finnes også i PSN-2015-8352.

I høyesterettsavgjørelsene blir heller ikke «skadehyppighet» brukt gjennomgående i dommene. Der «skadehyppighet» blir brukt, siterer Høyesterett fra NOU 1992: 6, som omtaler forståelsen av de midlertidige reglene. Der blir «trioen» nevnt, idet de skriver: «For det annet inngår både viktigheten av inngrepet (indikasjonsstillingen), skadehyppigheten og skadens omfang ved vurderingen av om en risiko er akseptabel.»⁸⁹ Høyesterett viser med det til omtalelsen av de tidligere reglene, som et rettskildemessig grunnlag for hva vurderingen innebærer. Dette kan de gjøre, idet Høyesterett selv har slått fast at utgangspunktene fra den midlertidige ordningen skulle videreføres i den nye loven. Samtidig som de viser til vurderingstemaene, endrer de begrepsbruken i selve vurderingen til dagens ordlyd «særlig uventet».

2.5 Oppstiller Høyesterett og Nemnda en grense for en «særlig uventet» skade?

På bakgrunn av manglende angivelser i lovens ordlyd og forarbeidene om grensen for en «særlig uventet» pasientskade, er høyesterettspraksis et naturlig rettskildemessig utgangspunkt. Høyesterett har uttalt at listen for hva som er en «uventet skade» ligger høyt.⁹⁰ Dette blir tydelig ved at Høyesterett i Urininkontinens II-dommen uttaler at risikoen for skaden var på promillenivå, og at det var i grenseland.

Den høye listen for hva som er en «særlig uventet» skade fremgår også av nemndspraksis. I 12 av 18 saker fra mitt utvalg av nemndspraksis⁹¹ gjaldt det komplikasjoner som Nemnda uttaler at forekommer i 1 % eller mindre enn 1 % av tilfellene ved behandlingen. I seks av tilfellene var det ikke angitt ett prosenttall. Uttalelser fra sakene er at det gjelder: «en sjelden komplikasjon»⁹², «en svært sjelden komplikasjon»⁹³ og «en relativt sjelden» komplikasjon⁹⁴. Prosenten på 1 % og mindre og uttalelsene samlet sett viser at det i praksis er en høy terskel for å kategorisere skaden som «særlig uventet».

Eksemplene overfor viser at Nemnda varierer omtalene av komplikasjonene. I alle de overnevnte tilfellene opptrådte de spesifikke komplikasjonene i under 1 % av tilfellene. Allikevel

⁸⁹ Rt. 2006 s. 1217, i avsn. 35, Rt. 2008 s. 218, i avsn. 59, Rt. 2011 s. 549, i avsn. 37, Rt. 2013 s. 653 i avsn. 26, HR-2017-2270-A, i avsn. 34 og HR-2022-2356-A.

⁹⁰ HR-2022-2356-A, i avsn. 52.

⁹¹ Se vedlegg 1.

⁹² PSN-2019-107.

⁹³ PSN-2018-5917.

⁹⁴ PSN-2017-4523.

velger Nemnda å variere mellom å kalle dem en «sjelden komplikasjon», «en svært sjelden komplikasjon» og en «relativ sjelden komplikasjon». Det oppstår derfor et spørsmål om hvorfor Nemnda varierer omtalen. En mulig forklaring på dette er at Nemnda ubevisst varierer språkbruken. En annen mulig forklaring er at Nemnda synes det er en viss forskjell mellom skadene, selv om kjennskapet til komplikasjonene er på omtrent samme prosent- og promillenivå. Selv om begrepsbruken kan skape forvirring om det holder at komplikasjonen er «sjelden» eller må være «svært sjelden», så tyder praksis på at holdepunktet til en kjennskap til komplikasjonene rundt 1 % er et utgangspunkt Nemnda bruker for å kategorisere en skade som «særlig uventet». Jeg tror variasjonen delvis er et utslag av at Nemnda kopierer uttalelser fra tidligere avgjørelser, og at det derfor blir en variasjon i hvilke uttrykk som brukes basert på hvilke tidligere avgjørelser som brukes som sammenligningsgrunnlag.

Det foreligger ikke nok praksis fra Høyesterett til å se et fast mønster fra Høyesterett når det gjelder kjennskap til komplikasjonene oppgitt i prosent. En antydning til et lignende mønster kan sees i noen av de syv aktuelle avgjørelsene. I Urininkontinens II-dommen ble det skrevet at risikoen for pasientens skader ligger på promillenivå. Et slikt lavt risikonivå på bare noen promille, og til og med lavere enn dette, var også tilfellet i Urininkontinens I-dommen.⁹⁵ Også i Tollefsen-dommen var sannsynligheten for et slikt smerteproblem som pasienten opplevde mindre enn 5 % og nærmere 1 % for begge pasientproblemene (invalidiserende diare og smerteproblem). I Angiografi-dommen forekom komplikasjonen med nerveskade opp mot 5 % av pasientene.⁹⁶ I Sarkom-dommen var risikoen for skadene som oppsto mindre enn 1 %.⁹⁷ Dette viser at flertallet av sakene Høyesterett har tatt inn til vurdering etter passkl. § 2 tredje ledd har en pasientskade der komplikasjonen har en forekomst på omtrent 1 %. Basert på Nemndas og Høyesteretts praksis kan dette sies å være en grense for om skaden kategoriseres som «særlig uventet» i det medisinske miljøet.

Jeg tror 1 % er en grense som brukes i praksis, men som Høyesterett og Nemnda ikke uttrykkelig sier at de anvender, fordi verken loven eller forskrifter oppstiller en slik grense. Dermed er det ikke et juridisk grunnlag for å si at det foreligger en spesifikk grense, og det er opp til rettspraksis å utdype hvor grensen ligger. Dette synspunktet underbygges av NPEs interne retningslinjer om unntaksbestemmelsen der det står at: «Det er ingen fast nedre grense for hvilken prosentvis risiko for skade som pasienten må akseptere».⁹⁸ På bakgrunn av kompleksiteten i pasientskadesakene tenker jeg Høyesterett er forsiktige med å oppstille en slik grense, fordi det kan gjøre at noen tilfeller faller utenfor, som det hadde vært rimelig å la få erstatning. Disse

⁹⁵ HR-2017-2770-A, i avsn. 43.

⁹⁶ Rt. 2006 s. 1217.

⁹⁷ Rt. 2008 s. 218, i avsn. 48.

⁹⁸ NPE (2020).

tilfellene kan fanges opp når grensen ikke er helt fastlagt, og det istedenfor gjøres en helhetsvurdering. Som en uskreven regel basert på retts- og nemndspraksis fremstår imidlertid 1 % som et utgangspunkt for en grense.

2.6 Oppsummering av momentene en «særlig stor» og en «særlig uventet» pasientskade

Pasientskadeloven § 2 tredje ledd legger opp til at pasientskaden skal være «særlig stor» og «særlig uventet». I høyesterettspraksis og nemndsavgjørelser har vi sett at vurderingen av «særlig stor» har tatt utgangspunkt i pasientens varige medisinske invaliditet. Dermed oppsto spørsmålet om det er rettskildemessig belegg for å fastsette en nedre grense for den varige medisinske invaliditeten.

Loven utdyper ikke hvor terskelen for en «særlig stor» skade skal ligge. Heller ikke forarbeidene spesifiserer noe nærmere. Nemnda har oppstilt en grense på 35–44%, og at det kun unntaksvis vil være aktuelt å drøfte unntaksbestemmelsen om den varige medisinske invaliditeten er lavere. Nemnda viser ikke til rettskildene for å begrunne denne grensen. Det fremstår som at Nemnda har satt en egen grense, og ved å følge den i mange saker anlegger en «fast praksis». På den ene siden har Høyesterett fremhevet at nemndspraksis kan tillegges vekt fordi Nemnda har langvarig og konsekvent praksis.⁹⁹ På den andre siden er ikke Høyesterett enige med Nemnda i formuleringen rundt grensen de har fastsatt. I Urininkontinens II-dommen uttaler Høyesterett at de ikke er enige med Nemnda i at det kun unntaksvis vil være aktuelt å bruke bestemmelsen når skaden er lavere enn 35–44 %.¹⁰⁰

Høyesterett baserer sin vurdering på lovens ordlyd og tidligere høyesterettspraksis når de i Urininkontinens II-dommen sier at det ikke er grunnlag for å sette 35–44 % som en grense. Høyesterett får frem at størrelsen bare er ett av flere momenter i helhetsvurdering, og at nivået for den varige medisinske invaliditeten ikke er mer enn et utgangspunkt.¹⁰¹ Høyesterett synes imidlertid 35 % fremstår rimelig og er et godt utgangspunkt sett i sammenheng med at unntaksbestemmelsen skal brukes med forsiktighet.¹⁰²

Etter min mening er det ikke så stor forskjell på hvor Nemnda og Høyesterett setter grensen i praksis. Jeg tror at Høyesterett er bevisste på sin rolle som prejudikatdomstol, og at de derfor er tilbakeholdene med å si at det foreligger en grense. Nemnda har derfor tydeligere uttalelser

⁹⁹ HR-2022-2356-A, i avsn. 40.

¹⁰⁰ HR-2022-2356-A, i avsn. 41.

¹⁰¹ HR-2022-2356-A, i avsn. 41.

¹⁰² HR-2022-2356-A, i avsn. 40.

på dette punktet. Når Høyesterett skriver at 35 % er et godt utgangspunkt, kan dette tolkes som at de er enige i hvor listen skal ligge, men at de kun velger å kalle det et utgangspunkt og ikke en grense. Det fremstår mer som en språklig variasjon enn en faktisk uenighet. At terskelen er høy fremgår av at Høyesterett ikke har gitt medhold til sakene som har vært til behandling etter passkl. § 2 tredje ledd. I Urininkontinens II-dommen var den medisinske invaliditeten mellom 25 og 30 % og dette ble ikke betegnet som en «særlig stor» skade.¹⁰³ Dette underbygger at Høyesterett har en viss grense de forholder seg til. Jeg tenker at utgangspunktet for Nemnda og Høyesterett er det samme, men at Høyesterett ikke kunne stille seg bak Nemndas uttalelse om at det «kun unntaksvis vil være grunnlag for å diskutere unntaksbestemmelsen når pasientskade er lavere enn méngruppe 3 (35–44 %)». Et slikt standpunkt undergraver betydningen av en helhetsvurdering, og det er en slik undergraving jeg tenker Høyesterett vil hindre.

Når det gjelder momentet «særlig uventet», viser praksis at det er den spesifikke skaden som skal vurderes. Terskelen for å si at skaden er «særlig uventet» ligger høyt, ofte på promillenivå. Dette bekrefter både utvalget av nemndspraksis¹⁰⁴ og høyesterettspraksis. Omtalelsene fra Nemnda er ofte at det gjelder en «sjelden komplikasjon». Nemndas varierende omtalelse av komplikasjonene som oppstår i under 1 % av behandlingstilfellene fremstår ikke av innholdsmessig betydning, kun språklig variasjon.

3 Risiko pasienten må akseptere

3.1 Om begrepet risiko

Pasientskadeloven § 2 tredje ledd legger til grunn at det må ha skjedd en pasientskade som «ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere». For å vite hva slags utslag pasienten må akseptere, er det aktuelt å stille spørsmålet om hva som ligger i begrepet «risiko».

En ordlydsfortolkning av «risiko» tilsier at det foreligger et visst usikkerhetselement, og at det kan bli uønskede konsekvenser. Knyttet opp til konteksten omhandler det behandlinger pasienter får. Ethvert medisinsk inngrep har en risiko ved at det kan skje noe galt. Ved å samtykke til behandling, er det noen komplikasjoner pasienten har en risiko for å få, som pasienten må være forberedt på. Eksempelvis må pasienter tåle kjente bivirkninger av behandlinger, eksempelvis fra cellegift ved kreftsykdommer, uten å få erstatning.

I forarbeidene blir «risiko» omtalt. I NOU 1992: 6 blir «risiko» nevnt i forbindelse med at det i deres lovforslag skulle gjøres en rimelighetsvurdering basert på «behandlings betydning og

¹⁰³ HR-2022-2356-A, i avsn. 45.

¹⁰⁴ Se vedlegg 1.

risiko». I dette ligger ifølge utvalget at «jo alvorligere sykdommen er, desto større risiko må pasienten tåle uten rett til erstatning».¹⁰⁵ Lovforslaget i NOU 1992: 6 ble ikke vedtatt i den foreslåtte utformingen. Selv om formuleringene i lovforslaget og dagens bestemmelse er ulike, kan uttalelsene brukes for å tolke dagens bestemmelse, idet de grunnleggende hensynene bak de to utformingene er den samme. Samtidig har rettspraksis fulgt opp at livsnødvendig behandling gjør at pasienten må tåle større risiko. Oppsummert må resultatet av behandlingen sees i relasjon til sykdommen pasienten ble behandlet for.

I Ot.prp. nr. 31 (1998–99) går departementet bort fra utvalgets formulering av vilkårene for å få pasientskadeerstatning, og fremsetter en egen utforming av lovforslaget. I deres forslag til § 2, som omhandler vilkårene for erstatning, ligger disse tett opp til dagens lovbestemmelse. Forskjellen mellom deres forslag til § 2 tredje ledd og dagens § 2 tredje ledd ligger i at departementet skriver om en pasientskade «som ikke kan anses som en kalkulert risiko».¹⁰⁶ Dagens ordlyd er at det skal være en pasientskade «som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere». Dette reiser et spørsmål om det er en innholdsmessig forskjell mellom en «kumulert risiko» og en «akseptert risiko».

En ordlydsfortolkning av «kumulert» kan tilsi at det handler om noe beregnelig og forventet, nærmest matematisk. At noe er «akseptert» tilsier at det er gitt en viss godkjenning. Departementet eksemplifiserer i Ot.prp. nr. 31 (1998–99) hva som er en «kumulert risiko». Eksempelet er at det kan være nødvendig å utsette pasienten for fare hvis det gjelder å redde pasientens liv. Hvis faren realiseres, så fører det ikke til erstatningsansvar.¹⁰⁷ Den kalkulerte risikoen innebærer at det er en viss fare for skader, men pasienten må godta det, fordi konsekvensen av utelatt behandling kan være fatal. Departementets uttalelse samsvarer med Høyesteretts uttalelser om at livsnødvendig behandling gjør at pasienten må akseptere større risiko. Det at Høyesterett også skriver om livsnødvendig behandling i forbindelse med «akseptert risiko», taler for at «kumulert» og «akseptert» risiko innholdsmessig er det samme. Det gjør at departementets uttalelser om kalkulert risiko er overførbare til «akseptabel risiko».

Begrepet «risiko» ble også brukt i de midlertidige reglene for erstatning. Utgangspunktet i de gamle reglene var et rent objektivt ansvar for fysiske skader forårsaket av undersøkelse, diagnostikk, behandling, pleie og informasjonssvikt etter daværende § 2. Et objektivt ansvar er et ansvar uten skyld.¹⁰⁸ I dette tilfellet påla det sykehuset et ansvar selv om det ikke kunne påpekes at en skadevolder hadde voldt skade ved å være uaktsom eller ved å ha utvist forsett. Det

¹⁰⁵ NOU 1992: 6 s. 94.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 101.

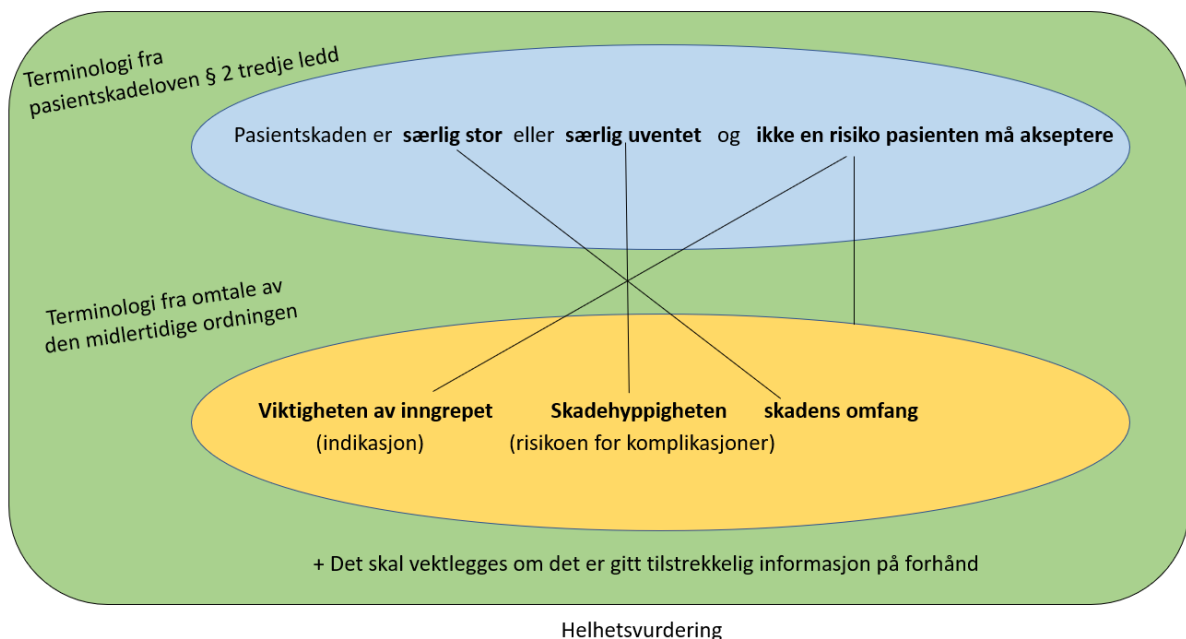
¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

¹⁰⁸ Store norske leksikon (2021).

objektive ansvaret ble sterkt modifisert av ansvarsbegrensninger etter daværende § 3. Den mest sentrale ansvarsbegrensningen fulgte av § 3 bokstav a, som la til grunn at erstatning ikke gis: «når skaden er en følge av en risiko ved undersøkelse, diagnostikk eller behandling som er kjent og som ut fra den medisinske kunnskap på skadetidspunktet må aksepteres.» Her er ordene «risiko» og «aksepteres» inntatt. Disse gjenfinnes i dagens lovtekst. Dette underbygger ytterligere at essensen fra de midlertidige reglene er bevart, selv om formuleringen er endret. Dette henger sammen med utgangspunktet om et objektivt ansvar og med ansvarsbegrensninger i de tidligere reglene.

3.2 Hvordan vurderes risiko?

Det videre spørsmålet er hvordan risiko skal vurderes i de enkelte sakene. Slik illustrasjonen under viser er det to streker fra punktet om hvilken risiko pasienten må akseptere. Dette skal illustrerer at «risiko»-vurderingen kan omfatte to vurderinger. I det ene tilfellet viser «risiko» til en vurdering av viktigheten inngrepet (indikasjon). I det andre tilfellet viser «risiko» til en samlet vurdering av «viktigheten av inngrepet», «skadehyppigheten» og «skadens omfang». Begrunnelsen for en slik forståelse følger under.



Det skal først redegjøres for den ene tolkningen om at risiko er knyttet til viktigheten av inngrepet. Uttrykket «viktigheten av inngrepet» kan også omtales som indikasjon. En definisjon av «indikasjon» er at det er grunn til å gjennomføre et bestemt tiltak, for eksempel en spesiell undersøkelse eller en behandling.¹⁰⁹ I PSN-2017-4554 blir det gjort en utfyllende forklaring av

¹⁰⁹ Store norske leksikon (2020).

begrepet. Det blir oppstilt et skille mellom absolutt indikasjon og relativ indikasjon. Ved den absolutte indikasjonen gjelder det livsnødvendig behandling, og pasienten må akseptere større risiko. Når det foreligger relativ indikasjon gjelder det behandling som skal bedre en funksjon eller lindre smerter.¹¹⁰ Nemnda er imidlertid kritisk til begrepet «relativ indikasjon», fordi det ikke er klargjørende nok for å forstå hvor viktig helsehjelpen er i de konkrete tilfellene. Dette viser at Nemnda er opptatt av å se den enkelte sak, og behandlingen for den spesifikke pasienten og sykdommen det gjelder. Det er sentralt å kartlegge hvor nødvendig og viktig behandlingen er for pasienten.

Rettskildemessig støtte for at risiko knyttes til indikasjon kan utledes fra Ot.prp. nr. 31 (1998–99). Der står det: «Er det nødvendig å utsette en pasient for fare for å redde livet, utløses imidlertid ikke erstatningsansvar om faren manifesterer seg. Skaden er i dette tilfelle en kalkulert risiko».¹¹¹ Her er det snakk om livsnødvendig behandling med høy indikasjon. I slike tilfeller innebærer behandlingen en risiko, men fordi alternativet er at pasienten dør av sykdommen, er risikoen kalkulert. Som nevnt ovenfor, kan den kalkulerte risikoen overføres til dagens begrep om risiko som må aksepteres. Livsnødvendig behandling gjør at pasienten må akseptere større risiko for skader av behandlingen uten rett på erstatning.

Den andre og mer komplekse forståelsen av risikovurderingen er at det skal gjøres en samlet vurdering av «inngrepets viktighet», «skadehyppighet» og «omfanget av en eventuell skade». Denne forståelsen bygger på uttalelser fra NOU 1992: 6, som har oppsatt disse vurderingstemaene.¹¹² Disse vurderingstemaene sto ikke i de midlertidige reglene, men ble brukt til å tolke «akseptabel risiko», som inngikk i de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning § 3 bokstav a. Når skadeomfanget er uforholdsmessig stort, sett i forhold til indikasjonsstillingen, gis det erstatning.¹¹³ Er det liten indikasjon for inngrepet, men et stort skadeomfang, er det større sjanse for å få erstatning enn om indikasjonen er høy og skadeomfanget stort. Denne forståelsen av risikovurderingen fanger opp at behandlingsskaden må sees i en større helhet. Dette samsvarer godt med dagens ordlyd i passkl. § 2 tredje ledd, og er derfor den mest relevante forståelsen av hva som skal vurderes som «akseptabel risiko» for pasienten.

Den komplekse risikovurderingen er tett knyttet til helhets- og rimelighetsvurderingen som må gjøres etter tredje ledd. Jeg har valgt å oppstille risikovurderingen og helhetsvurderingen som to separate delkapitler i oppgaven. Dette fordi jeg oppfatter risikovurderingen som snevrere enn helhetsvurdering. I helhetsvurderingen inngår eksempelvis også momentene om det er gitt

¹¹⁰ PSN-2017-4554.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

¹¹² NOU 1992: 6 s. 39.

¹¹³ NOU 1992: 6 s. 39.

tilstrekkelig informasjon. Selv om samtykke og informasjon også har med risikovurderingen å gjøre, i form av hva slags forventninger pasienten får til behandlingen, så fanges det først og fremst opp i en helhetsvurdering. En videre utdyping av helhetsvurderingen følger i delkapittel 6.

I tillegg til de to måtene å betrakte risikovurderingen på, er det flere tilleggsmomenter som hører med til risikovurderingen. For det første må vurderingen av «inngrepets viktighet», «skadehyppigheten» og «omfanget av skaden» vurderes slik forholdene fremstår på operasjons- eller behandlingstidspunktet.¹¹⁴ For det andre er det presisert i NOUen at den medisinske kunnskapen på skadetidspunktet avgjøres ut fra helsepersonellens ståsted, og ikke pasientens.¹¹⁵ Dette var også gjeldende praksis for den midlertidige ordningen.¹¹⁶

Videre må det tas stilling til om skadetilfellet er en kjent og typisk følge av behandlingen.¹¹⁷ Dersom skadene er kjente og typiske, omtales de som påregnelige. De kan være påregnelige, selv om de sjeldent forekommer.¹¹⁸ Tilsvarende uttalelser fremgår av Angiografi-¹¹⁹, Sarkom-¹²⁰ og Tollefsen-dommen¹²¹. Et konkret eksempel fra Høyesterett er Urininkontinens I-dommen.¹²² Etter en operasjon for urininkontinens fikk pasienten blant annet konstante smerter i ett av beina. Høyesterett tok stilling til hva slags risiko pasienten måtte tåle. Sentrale vurderingsmomenter var om skadetilfellet var en kjent og typisk følge av inngrepet.¹²³ Konklusjonen var at skadene var påregnelige, selv om sannsynligheten for at de skulle inntreffe var svært liten. Disse momentene samlet sier noe om hva slags risiko pasienten må akseptere.

3.3 Høyesteretts vurdering av risiko

I tilfeller der det er nødvendig å utsette pasienten for fare med hensikt å redde pasientens liv er det normalt ikke grunnlag for erstatningsansvar.¹²⁴ Dette utgangspunktet har blitt fulgt opp i høyesterettspraksis. Pasienten må akseptere en større risiko når sykdommen er livstruende enn når den ikke er det.¹²⁵ I Cellegift-dommen blir det presisert at behandlingen både må være

¹¹⁴ Rt. 2011 s. 549, i avsn. 38.

¹¹⁵ NOU 1992: 6 s. 39.

¹¹⁶ Rt. 1998 s. 1538, s. 1544.

¹¹⁷ Rt. 2006 s. 1217, i avsn. 46, Rt. 2008 s.218, i avsn. 61 og HR-2017-2270-A, i avsn. 44.

¹¹⁸ HR-2017-2270-A, i avsn. 45 og 46.

¹¹⁹ Rt. 2006 s. 1217, i avsn. 45–46.

¹²⁰ Rt. 2008 s. 218, i avsn. 61.

¹²¹ Rt. 2011 s. 549, i avsn. 45.

¹²² HR-2017-2270-A.

¹²³ HR-2017-2270-A, i avsn. 44.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

¹²⁵ Rt. 2013 s. 653, i avsn. 32, HR-2017-2270-A, i avsn. 36.

adekvat og nødvendig for å redde pasientens liv. Når det er tilfellet er det ikke grunnlag for erstatning.¹²⁶ Dette har også blitt bekreftet i den nyeste høyesterettsdommen om unntaksbestemmelsen, Urininkontinens II-dommen.¹²⁷

I Angiografi-dommen¹²⁸ kom Høyesterett frem til at pasientens skader ikke hadde stort nok skadeomfang for å få behandling, sammenholdt med at det var gitt livsnødvendig behandling. Dermed oppstilte Høyesterett et nytt spørsmål. Dette spørsmålet var om skaden «inntraff på en slik måte eller var av slik karakter at skaderisikoen kan sies å ligge utenfor hva som kan aksepteres».¹²⁹ Her viser Høyesterett til skadehyppigheten, at skadene ikke var atypiske, at skadene er påregnelige ved hjertebehandling og at det var en livsnødvendig hjerteoperasjon. Avslutningsvis skriver Høyesterett at skaden er utslag av en risiko pasienten måtte akseptere. Risikovurderingen er med det en samling av de ulike momentene sett i sammenheng, som Høyesterett velger å avrunde dommen med. Dette underbygger den komplekse forståelsen av at risikovurderingen består av flere momenter, se punkt 3.2.

Vurderingen av hvilken risiko pasienten må akseptere skal skje ut fra «inngrepets viktighet», «skadehyppighet» og «skadeomfang». Dette blir gjentatt i Tollefsen-dommen.¹³⁰ I den saken hadde pasienten fått invalidiserende smerte- og diareplager etter fjerning av en svulst. Inngrepet var nødvendig og riktig utført. Indikasjonen på operasjonstidspunktet tilsa at svulstoperasjonen var livsnødvendig.¹³¹ Høyesterett kom i dissens 4-1 til at pasienten ikke ble tilkjent erstatning for de to plagene. Førstvoterende uttaler i dommens avs. 42 at smerteproblemene var utslag av en kjent, om enn liten, risiko ved behandlingen. For diareplagene uttaler førstvoterende at risikoen for en slik plage er svært liten, men ikke upåregnelig.

Et spørsmål knyttet til akseptabel risiko er de tilfellene der det foreligger behandlingsalternativer og det i ettertid viser seg at en annen behandling ville ha vært den beste for pasienten. Må pasienten akseptere utslaget av risikoen for den valgte behandlingen i slike tilfeller? Dette spørsmålet måtte Høyesterett ta stilling til i Cellegift-dommen.¹³² Høyesterett slo fast at behandlingen pasienten fikk var den vanlige og mest adekvate behandling. For den aktuelle pasienten førte behandlingen til redusert immunforsvar, infeksjon, hjernesvinn og til slutt død. I ettertid er det slått fast at pasienten burde ha fått en behandling uten cellegift. For å ta stilling til spørsmålet ser Høyesterett til NOU 1992: 6 s. 93–94. Utvalget trekker frem et eksempel om

¹²⁶ Rt. 2013 s. 653, i avsn. 33.

¹²⁷ HR-2022-2356-A, i avsn. 32.

¹²⁸ Rt. 2006 s. 1217.

¹²⁹ Rt. 2006 s. 1217, i avsn. 44.

¹³⁰ Rt. 2011 s. 549, i avsn. 37.

¹³¹ Rt. 2008 s. 218, i avsn. 42.

¹³² Rt. 2013 s. 653.

at dersom en behandling for en bestemt diagnose i 80 % av tilfellene er best og mest egnet, så vil det gi dårlig sammenheng i reglene om 20 % av pasientene har krav på erstatning, om det i ettertid viser seg at en annen behandlingsmåte hadde vært bedre egnet. Av dette kan vi trekke ut at behandlingen som har vist seg å være best egnet for diagnosen på tidspunktet den gis, er avgjørende for å se om behandlingen har vært adekvat. Dette er også Høyesteretts konklusjon. Det ble derfor ikke tilkjent erstatning i Cellegift-dommen, fordi behandlingen pasienten fikk var vurdert til å være den beste.

3.4 Nemndas vurdering av «risiko»

Et gjennomgående trekk i de 18 utvalgte nemndsavgjørelsene¹³³ er at Nemnda avslutningsvis uttaler seg om risikoen, og med det runder av vedtaket før de gir medhold. Utformingen av hva de tar med i setningen om risiko varierer. Et spørsmål som reiser seg er hvilken betydning den varierende utformingen har på vedtakene. Dette skal undersøkes i det følgende med konkrete saker fra Nemnda.

I noen tilfeller uttaler Nemnda: «Flertallet anser at skaden er utslag av en risiko som pasienten i dette tilfelle ikke må akseptere».¹³⁴ I de tilfellene brukes lovens ordlyd, men det er ikke nærmere utdypet i oppsummering hva risikovurderingen er basert på. Dette gjør det utfordrende å vite hvordan Nemnda faktisk forholder seg til begrepet «risiko».

I andre tilfeller uttaler Nemnda: «[...] har Nemnda etter en helhetsvurdering kommet til at skaden ikke er utslag av en risiko som pasienten i dette tilfellet må akseptere»¹³⁵. Her har Nemnda brukt ordet «helhetsvurdering», som ikke brukes av loven selv, men som implisitt fremgår av bestemmelsen, idet ulike momenter må vurderes i sammenheng. Dette sier noe mer om hva Nemnda inntar i risikovurderingen.

I noen vedtak ligger Nemndas uttalelse enda tettere opp mot lovens ordlyd i det også «særlig stor» og «særlig uventet» blir inkludert. Dette gjøres i et vedtak der Nemnda skriver: «Nemnda finner at tilstanden utgjør en særlig stor og uventet skade, og plagene ikke er en akseptert risiko ved et donasjonsinngrep».¹³⁶ Her knyttes risikoen spesifikt opp til donasjonsinngrepet som pasienten hadde gjennomgått.

¹³³ Se vedlegg 1.

¹³⁴ PSN-2017-9295.

¹³⁵ PSN-2019-107.

¹³⁶ PSN-2015-11722.

Andre ganger er formuleringen enda mer utfyllende og følger vurderingsmomentene som har blitt oppstilt av Høyesterett. I fire av nemndsavgjørelsene skriver Nemnda avslutningsvis i vedtaket at: «Etter en konkret helhetsvurdering av indikasjonsstillingen, komplikasjonsrisikoen samt skadens art og omfang, har Nemnda kommet til at skaden som pasienten er påført ligger utenfor den risiko som pasienten må akseptere.»¹³⁷ Her fremkommer «trioen», og Nemnda tydeliggjør at disse skal sees i sammenheng.

I andre tilfeller utelater Nemnda ordet «risiko» i omtalen av den samlede vurdering som gjøres avslutningsvis før det gis medhold til pasienten. I utvalget på 18 avgjørelser ble oppsummeringen med ordet «risiko» utelatt i tre av tilfellene.¹³⁸ Dette kan fremstå overraskende med tanke på at lovens ordlyd spesifikt nevner «risiko».

I noen av Nemndas avgjørelser kan det rettes kritikk mot Nemndas begrepsbruk knyttet til «risiko». Som nevnt ovenfor, kan risikobegrepet bestå av ulike vurderinger. Lovens ordlyd nevner «risiko» og da er det avgjørende å finne ut hva som ligger i dette. Vurderingen blir mer utfordrende ved at Nemnda skriver om «risiko» i flere anledninger. Som nevnt ovenfor gjøres dette noen ganger for å snakke om kun indikasjon. I andre tilfeller gjelder det «trioen». En ytterligere forvirring kan oppstå idet skadehyppigheten blir omtalt som «risikoen for komplikasjoner». Et eksempel på sistnevnte tilfelle finner vi i PSN-2017-9295. Vedtaket har et eget underpunkt som heter «risikovurderinger». Den første setningen i det underpunktet tar for seg vurderingen av «særlig uventet». Som illustrasjonen over begrepsbruk viser¹³⁹, blir «særlig uventet», «skadehyppighet» og «risikoen for komplikasjoner» brukt om hverandre. Vedtaket er et eksempel på dette. Det å kunne oppgi et konkret tall på risikoen for komplikasjoner er med på å si hva som utgjør en «særlig uventet» pasientskade.

I tillegg til at Nemnda avslutningsvis runder av med en helhetsvurdering der risiko inngår, er det flere vedtak der risiko bli nevnt innledningsvis. Nemnda har i de fleste avgjørelsene et innledende avsnitt med informasjon om passkl. § 2 tredje ledd, der vilkårene og den høye terskelen nevnes. I tillegg har Nemnda innledningsvis formuleringer knyttet til risiko. Eksempelvis skriver Nemnda i 11 av vedtakene fra utvalget: «Jo viktigere behandlingen er, desto større risiko for skade må pasienten akseptere uten rett til erstatning».¹⁴⁰

Oppsummert fra Nemndas praksis har Nemnda ulike formuleringer av risikovurderingen. I flertallet av avgjørelsene bruker Nemnda ordet «risiko» og knytter det til helhetsvurderingen.

¹³⁷ PSN-2018-5917, PSN-2018-5541, PSN-2015-11685 og PSN-2015-9046.

¹³⁸ PSN-2016-7947, PSN-2016-2666 og PSN-2015-2428.

¹³⁹ Se side 12 eller 22.

¹⁴⁰ PSN-2015-4089, PSN-2015-9046, PSN-2015-6818, PSN-2015-2428, PSN-2016-2666, PSN-2015-11685, PSN-2016-7947, PSN-2015-8352, PSN-2017-4554, PSN-2016-3626, PSN-2017-4523.

Nemnda skriver ofte om «utslag av en risiko som pasienten 'i dette tilfellet' må akseptere». Dette viser at det gjøres en konkret vurdering i hver enkelt sak. En slik vurdering må gjøres fordi momentene «inngrepets viktighet», «skadehyppighet» og «omfanget av en eventuell skade» virker sammen og må vurderes konkret til hver enkelt pasientskade.

3.5 Samsvarer Nemndas vurdering av risiko med Høyesteretts vurdering?

Både Høyesterett og Nemnda har uttalelser om at pasienten må akseptere større risiko når sykdommen er livstruende. Dette legger de ofte til grunn i begynnelsen av avgjørelsen som en del av at terskelen for unntaksbestemmelsen er høy.

Som en avslutning på dommene og vedtakene, avrunder både Høyesterett og Nemnda ofte med risikobegrepet som en del av helhetsvurderingen. Flere momenter blir trukket frem og det samsvarer med den komplekse forståelsen av risiko-begrepet som vurderer ut fra «trioen». Nemnda har flere variasjoner i måten de avslutter vedtakene på. Med tanke på at sammenligningsforholdet er syv høyesterettsavgjørelser mot 18 nemndsavgjørelser, kan det ikke sammenlignes fullt ut. Det er for få dommer til å si at det har dannet seg en fast og konsistent praksis hos Høyesterett på dette punktet.

3.6 Oppsummering av risiko

Hva som er en risiko pasienten må akseptere kan sees på som en todelt vurdering. Den ene delen av vurderingen bygger på viktigheten av inngrepet. Her er det et skille mellom absolutt og relativ indikasjon.¹⁴¹ Er det en livsnødvendig behandling, må pasienten tåle flere skader. Den andre delen av risikoen er en samlet vurdering av viktigheten av inngrepet, skadehyppigheten og skadens omfang. Vurderingen av risiko kan fremstå som mindre håndfast, ved at det ikke er målbare tall, slik som for «særlig stor» og «særlig uventet».

Forarbeidenes omtalelse av de midlertidige reglene er relevante, fordi reglene tok for seg «akseptabel risiko», som også gjenfinnes i dagens ordlyd. Når NOU 1992: 6 sa noe om tolkningen av «akseptabel risiko», så ser vi gjennom praksis at Høyesterett og Nemnda har benyttet seg av deres begreper «trioen»: viktigheten av inngrepet, skadehyppigheten og skadens omfang.

Høyesterett oppsummerer at det sentrale er at: «man må akseptere en større risiko når sykdommen er livstruende enn når den ikke er det».¹⁴² Dette underbygger at ordlyden «kalkulert risiko» i Ot.prp. nr. 31 (1998–99) samsvarer med dagens «risiko som pasienten må akseptere.».

¹⁴¹ PSN-2017-4554.

¹⁴² Rt. 2013 s. 653, i avsn. 23.

4 Terskelen for å anvende unntaksbestemmelsen

4.1 Innledende om terskelen

Pasientskadeloven § 2 tredje ledds ordlyd er at det «unntaksvis ytes erstatning», når vilkårene er oppfylte. Ordet «unntaksvis» tyder på at dette er en bestemmelse som ikke skal brukes mye, og at terskelen derfor er høy. En høy terskel samsvarer med at tredje ledd er en mulighet til å få erstatning når ansvarsgrunnlaget etter første og annet ledd ikke er oppfylt.

I NOU 1992: 6 blir det lagt til grunn at passkl. § 2 tredje ledd i utgangspunktet er en rimelighetsvurdering.¹⁴³ Dette er tilfelle når det virker «støtende på rettsfølelsen» at det ikke gis erstatning etter bestemmelsens første eller annet ledd.¹⁴⁴ Når utvalget nevner tilfellene de tenker er omfattet, nevnes sjeldne, men uunngåelige skader. Et eksempel er de tilfellene hvor pasientens sykdom eller tilstand har blitt forverret av behandling, og at forverringen er betydelig.

I Ot.prp. nr. 31 (1998–99) er departementet tydelig på at bestemmelsen skal være en «sikkerhetsventil», og at erstatning på rimelighetsgrunnlag kun skal tilkjennes i «særlige tilfeller».¹⁴⁵ Et vurderingstema er om pasienten har kommet særlig uheldig ut. Disse tilfellene mente departementet skulle tilsvare saker som tidligere fikk billighetserstatning. Billighetserstatning, nå kalt rettferdsvederlag, er en ytelse personer kan søke Stortinget om, og som vurderes ut fra en rimelighetsvurdering til «den spesielt uheldige borger».¹⁴⁶

4.2 Høyesteretts og Nemndas uttalelser om terskelen

I Cellegift-dommen oppsummerer Høyesterett rettstilstanden ved å si at rettskildene viser at unntaksbestemmelsen er en sikkerhetsventil som skal brukes med forsiktighet.¹⁴⁷ Høyesterett viser til forarbeidene og får frem at bestemmelsen er ment å være snever.¹⁴⁸ Dette samsvarer med den høye terskelen som ble utledet fra forarbeidene i punkt 4.1.1. I tillegg viser Høyesterett til Ot.prp. nr. 31 (1998–99) for å få frem at selv om pasientskadeloven er annerledes oppbygget enn de midlertidige reglene, så er de grunnleggende trekkene beholdt.¹⁴⁹ I tillegg henviser Høyesterett til to høyesterettsdommer som ble vurdert etter de midlertidige reglene. Høyesterett er dermed innom sentrale rettskilder på området.

¹⁴³ NOU 1992: 6 s. 95.

¹⁴⁴ NOU 1992: 6 s. 95.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

¹⁴⁶ Store norske leksikon (2023).

¹⁴⁷ Rt. 2013 s. 653, i avsn. 33.

¹⁴⁸ Rt. 2013 s. 653, i avsn. 22.

¹⁴⁹ Rt. 2013 s. 653, i avsn. 29 og 30.

Et annet sentralt poeng i Cellegift-dommen er at Høyesterett tydeliggjorde at passkl. § 2 tredje ledds ordlyd ikke åpner for en fri rimelighetsvurdering. I stedet skal rimelighetsvurderingen skje etter de angitte skjønnsmessige vilkårene i bestemmelsen.¹⁵⁰ Dette finner Høyesterett støtte for i ordlyden og dens ulike momenter. Videre uttaler Høyesterett at vurderingstemaet, i stedet for en fri rimelighetsvurdering, er å vurdere sykdommen og skaden opp mot hverandre.¹⁵¹ Det må være et misforhold mellom sykdommen pasienten behandles for og skaden.¹⁵²

Høyesteretts uttalelser om at tredje ledd er en snever unntaksregel i Cellegift-dommen blir gjentatt av Høyesterett i Urininkontinens II-dommen¹⁵³. Ved å stadfeste utsagnet fra en tidligere høyesterettsdom, får utsagnet økt rettskildemessig vekt. Det er viktig for Høyesterett å få frem at terskelen er høy, og derfor gjentar de at passkl. § 2 tredje ledd er en sikkerhetsventil. Et spørsmål er om Nemnda anvender den samme høye terskelen som Høyesterett.

Det har blitt gjort et søk i de 18 utvalgte nemndsavgjørelsene som brukes i denne oppgaven. Samtlige av avgjørelsene har med formuleringen: «Det følger av forarbeider til pasientskadeloven og praksis fra Høyesterett og Nemnda at det er en høy terskel for å gi erstatning etter denne bestemmelsen.» Her viser «denne bestemmelsen» til passkl. § 2 tredje ledd. Nemnda bruker her sin egen standardformulering og gjentar utgangspunktet i hver avgjørelse. Dette bidrar til å skape fast og konsistent praksis over tid.

Et interessant funn er at det i seks av nemndsavgjørelsene har blitt tilføyd ordet «svært» i samme setning. Med det blir formuleringen at det er «[...] en svært høy terskel for å gi erstatning etter denne bestemmelsen».¹⁵⁴ En ordlydsfortolkning av «en svært høy terskel» og «en høy terskel» tilsier at den førstnevnte legger terskelen høyere, og at «svært» indikerer at bestemmelsen har et snevert anvendelsesområde. Spørsmålet er om dette får en betydning i praksis, eller om det kun er varierende språkbruk av Nemnda. Forarbeidene er de samme, slik at det i så fall må være praksisen fra Høyesterett og Nemnda som må ha endret seg.

I utvalget av 18 nemndsavgjørelser er det PSN-2018-5541, som først tar i bruk formuleringen med «en svært høy terskel». Vedtaket ble avsagt 21.06.2019. Den siste Høyesterettsdommen som ble avsagt med passkl. § 2 tredje ledd i fokus før dette var Urininkontinens I-dommen¹⁵⁵, som ble avsagt 30.11.2017. Mellom domsavsigelsen i 2017 og PSN-2018-5541 i 2019 har det blitt avsagt andre nemndsavgjørelser. Ikke alle disse har ikke brukt formuleringen. Det tyder på

¹⁵⁰ Rt. 2013 s. 653, i avsn. 20.

¹⁵¹ Rt. 2013 s. 653, i avsn. 21.

¹⁵² Rt. 2013 s. 653, i avsn. 23.

¹⁵³ HR-2022-2356-A, i avsn. 30.

¹⁵⁴ PSN-2018-5541, PSN-2018-5917, PSN-2015-11722, PSN-2018-2762, PSN-2019-107, PSN-2017-9295.

¹⁵⁵ HR-2017-2270-A.

at det ikke er Urininkontinens I-dommen som har foranlediget en endring i Nemndas standardformulering.

Utvalget over de 18 avgjørelsene viser at de siste fem vedtakene har formuleringene med «en svært høy terskel». Fire av dem ble avgjort i 2020 og en i 2021. Det tyder på at Nemnda har gjort en endring i egen praksis. Det er utfordrende å si hvor denne endringen kommer fra. En mulighet er at Nemnda har strammet inn og gjort det vanskeligere å få medhold etter passkl. § 2 tredje ledd. En annen mulighet er at terskelen er den samme, men at endringen i formuleringen har blitt gjort for å tydeliggjøre at det skal mye til for å få medhold. I samme periode, 2020 og 2021, lå medholdsprosenten hos NPE på samme nivå som tidligere, der unntaksbestemmelsen er 1 % av årsakene til medhold.¹⁵⁶ NPE og Nemnda er to ulike instanser, men statistikken fra NPE gir en indikator på at det ikke nødvendigvis har blitt vanskeligere å få medhold etter passkl. § 2 tredje ledd.

I Cellegift-dommen uttalte Høyesterett at Nemndas praksis er «entydig i tråd med utgangspunktet» Høyesterett la opp til.¹⁵⁷ Dette gjaldt uttalelsen om at tredje ledd er en sikkerhetsventil. Dette underbygger at Nemnda følger Høyesterett, og at Høyesterett på den måten gir en godkjenning av at terskelen Nemnda anvender er riktig. Samtidig er Nemnda opptatt av å følge Høyesterett. I PSN-2015-8352 viser Nemnda til Cellegift-dommens uttalelse om at unntaksregelen ikke kan gis etter en fri rimelighetsvurdering. Dette innebærer at dommerne ikke kan dømme etter eget skjønn, men må bruke lovens momenter i rimelighetsvurderingen. Det skrives videre at «unntaksregelen gir grunnlag for erstatning i tilfeller hvor det ville virke støtende ikke å gi erstatning.»¹⁵⁸ At noe er «støtende» tyder på en høy terskel.

4.3 Oppsummering av terskelen

Terskelen som unntaksbestemmelsen oppstiller er at det unntaksvis kan ytes erstatning. Det har blitt nærmere presisert i forarbeidene, høyesterettspraksis og nemndspraksis at bestemmelsen er en sikkerhetsventil som bare skal brukes i «særlige tilfeller» og dermed er en snever unntaksbestemmelse. Bestemmelsen legger opp til en rimelighetsvurdering, men denne er ikke fri. I stedet skal rimelighetsvurderingen baseres på lovens egne momenter.

Nemnda er i tillegg til Høyesterett bevisst at det er en høy terskel for å anvende unntaksbestemmelsen. Nemnda varierer mellom å skrive at det er «en høy terskel» og «en svært høy terskel»

¹⁵⁶ Norsk pasientskadeerstatning (2023).

¹⁵⁷ Rt. 2013 s. 653, i avsn. 34.

¹⁵⁸ PSN-2015-8352.

for å anvende passkl. § 2 tredje ledd. Årsaken til den varierende språkbruken er ikke klar, men tendenser i de nyeste avgjørelsene er at Nemnda presiserer at det er en «svært høy terskel». Terskelen for å anvende unntaksbestemmelsen er høy og dette blir ytterligere underbygget ved at ingen av høyesterettsavgjørelsene har fått medhold. I tillegg har det i denne oppgaven vært utfordrende å finne et godt utvalg av nemndspraksis som har gitt medhold, se metodekapitlet punkt 1.2.

5 Informasjon til pasienten

5.1 Hvorfor skal det gis informasjon til pasienten?

I passkl. § 2 tredje ledd annet punktum står det at: «Det skal legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd». Informasjon forstås her som relevant informasjon knyttet til behandlinger pasientene mottar. Det står at gitt informasjon til pasienten skal vektlegges, men ikke om det skal vektlegges i liten eller stor grad. Ut fra leddets oppbygning fremstår ikke manglende informasjon som et eget vilkår for å kunne få erstatning, men som en del av helhetsvurderingen etter tredje ledd.

I de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning var «informasjonssvikt» opplistet som en av skadeårsakene til å kunne få erstatning etter daværende § 2. I NOU 1992: 6 tok ikke utvalget uttrykkelig med et lovforslag der informasjonssvikt var en egen skadeårsak eller en del av rimelighetsvurderingen. Allikevel bemerker utvalget at manglende informasjon prinsipielt faller innenfor behandlingsfeil.¹⁵⁹ Utvalget viser også til legeloven § 25. Legeloven § 25 er i dag opphevet, men videreført i helsepersonelloven § 10, og pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-2 til 3-4. At pasienten skal motta informasjon er et grunnleggende hensyn for å kunne ivareta pasientens selvbestemmelsesrett. Dette henger tett sammen med pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 om rett til medvirkning og informasjon, samt hovedregelen om at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd. For å kunne samtykke, må pasienten ha fått nødvendig informasjon, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 annet ledd.

Departementet framsatte i Ot.prp. nr. 31 (1998–99) et lovforslag til passkl. § 2 tredje ledd med samme ordlyd som dagens bestemmelse. Uttalelser om lovforslaget derfra kan dermed tillegges stor vekt. I Departementets merknad til § 2 tredje ledd siste punktum i kap. 18, skriver de at det kan utløse erstatningsplikt dersom pasienten ikke er tilstrekkelig informert. Dette gjelder selv om det medisinsk kan være riktig å ta en kalkulert risiko.¹⁶⁰ Videre skriver Departementet at

¹⁵⁹ NOU 1992: 6 s. 95.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

«om lag en firedel av klagene til Norsk Pasientskadeerstatning nevner manglende informasjon, og det er grunn til å tro at dette har stor vekt i allmenne rimelighetsavveininger».¹⁶¹ I likhet med utvalget nevner også Departementet at manglende informasjon kan være en behandlingsfeil som kan lede til skade.

5.2 Høyesteretts og Nemndas uttalelser om gitt informasjon

I HR-2020-1332-A (Atrieflimmer) ble det reist et spørsmål om informasjonssvikt kan utgjøre «svikt» i lovens forstand. Dette svarte Høyesterett bekreftende på.¹⁶² Saken gjaldt en pasient som ikke hadde fått informasjon om mulig behandling med blodfortynnende medikament i forbindelse med hjerteflimmer han fikk. Høyesterett presiserer at ikke enhver informasjonssvikt medfører ansvar, men at det må ha skjedd noe irregulært.¹⁶³ Av sammenhengen mellom passkl. § 3, helsepersonelloven § 10, og pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 og 3-2 utleder Høyesterett at det foreligger svikt: «dersom pasienten ikke har fått den informasjon som er nødvendig for å sette vedkommende i stand til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige behandlingsmetoder».¹⁶⁴ Dette gjør at det kan foreligge informasjonssvikt selv om behandlingen pasienten har fått var medisinsk forsvarlig. Når informasjonssvikt faller innenfor passkl. § 2 første ledd, er spørsmålet hvilken betydning dette momentet har i vurderingen av tredje ledd.

I Urininkontinens II-dommen¹⁶⁵ tar Høyesterett stilling til pasientens anførsel om at det skal legges vekt på at hun ikke ble informert om risikoen for nerveskade. I den saken var det enighet mellom partene om at det ikke var brudd på informasjonsplikten at hun ikke hadde blitt informert om denne risikoen. I den forbindelse uttaler Høyesterett at når informasjonsplikten er overholdt, kan det ikke vektlegges i helhetsvurderingen etter tredje ledd at pasienten ikke har fått «tilstrekkelig informasjon».¹⁶⁶ Videre uttaler Høyesterett at momentet kun kan trekkes inn i vurderingen som et argument *mot* ansvar. Dersom det ikke er gitt tilstrekkelig informasjon, så regnes dette som «svikt» i helsehjelpen etter passkl. § 2 første ledd bokstav a.

Det vi kan trekke ut fra Høyesteretts vurdering er at dersom det ikke har blitt gitt tilstrekkelig informasjon, skal dette vurderes etter passkl. § 2 første ledd. Er det ikke brudd på informasjonsplikten, kan ikke manglende informasjon vektlegges til fordel for pasienten i vurderingen etter passkl. § 2 tredje ledd. Når tredje ledd sier at det skal vektlegges om det er gitt tilstrekkelig informasjon, er dette i så fall et argument *mot* ansvar, og dermed til ugunst for pasienten i

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

¹⁶² HR-2020-1332-A, i avsn. 35.

¹⁶³ HR-2020-1332-A, i avsn. 37.

¹⁶⁴ HR-2020-1332-A, i avsn. 40.

¹⁶⁵ HR-2022-2356-A.

¹⁶⁶ HR-2022-2356-A, i avsn. 56.

erstatningsspørsmålet. Dette fremstår som en motsetning til det departementet skrev i Ot.prp. nr. 31 (1998–99) om at det er «grunn til å tro at dette (manglende informasjon) har stor vekt i allmenne rimelighetsavveininger».¹⁶⁷ At noe skal tillegges «stor vekt» viser til at det er et betydningsfullt argument som får stor plass i vurderingen. Praksis viser på sin side at dette ikke er tilfellet. Verken i Cellegift-dommen¹⁶⁸ eller Urininkontinens I-dommen¹⁶⁹ ble spørsmålet om informasjonssvikt reist. I disse avgjørelsene var det andre tvilsspørsmål Høyesterett tok stilling til. Allikevel viser det at momentet om gitt informasjon ikke har så stor betydning i praksis for helhetsvurderingen etter tredje ledd.

I Sarkom-dommen¹⁷⁰ ble det innledningsvis i dommen sagt at pasient A ikke ble informert om muligheten for senskader «av den karakter og det omfang som A har fått». Årsaken til dette var at senskadene var helt uventede.¹⁷¹ Informasjonsmomentet ble ikke diskutert videre i dommen. Dette fordi sykdommen i seg selv var så alvorlig og behandlingen livsnødvendig. Her viste Høyesterett at de ser sykdommen og behandlingen i sammenheng. I slike situasjoner med livsnødvendig behandling må pasienten akseptere større risiko.

Et spørsmål er om Nemnda har flere uttalelser om gitt informasjon. I utvalget med 18 nemndsavgjørelser er det litt ulikt hvordan Nemnda tar for seg spørsmålet om informasjonssvikt. I åtte av tilfellene vurderer Nemnda informasjonssvikt som en egen underproblemstilling etter passkl. § 2 første ledd bokstav a. I ett tilfelle ble «gitt informasjon» tatt opp i sakens bakgrunn, men ikke i selve vurderingen av passkl. § 2 tredje ledd.¹⁷² I tre tilfeller ble «gitt informasjon» nevnt i avgjørelsen, men under vurderingen av § 2 første ledd, svikt-alternativet. I seks av avgjørelsene ble ikke «gitt informasjon» nevnt, verken etter bestemmelsens første eller tredje ledd. I to avgjørelser ble det nevnt at det i helhetsvurderingen skal legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon.¹⁷³

Vedtakene fra Nemnda viser at det er ulik praksis i hvordan «gitt informasjon» til pasienten blir vurdert. Med tanke på at lovens ordlyd sier at momentet om tilstrekkelig informasjon til pasienten skal vektlegges, fremstår det overraskende at det ikke blir nevnt i seks av vedtakene. En mulig forklaring til hvorfor det ikke blir nevnt er at pasienten ikke har klagd på informasjonen som har blitt gitt. En annen mulighet er at mange av behandlingsskadene som vurderes etter unntaksbestemmelsen er sjeldne, og derfor informeres det ikke om på forhånd. I slike tilfeller

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

¹⁶⁸ Rt. 2013 s. 653.

¹⁶⁹ HR-2017-2270-A.

¹⁷⁰ Rt. 2008 s. 218.

¹⁷¹ Rt. 2008 s. 218.

¹⁷² PSN-2019-107.

¹⁷³ PSN-2017-4554 og PSN-2015-8352.

er det heller ikke alltid nødvendig å informere, fordi de opptrer så sjeldent og ikke ville ha påvirket pasienten til å velge en annen behandling.

Av avgjørelsene denne oppgaven har sett på (syv høyesterettsavgjørelser om passkl. § 2 tredje ledd/ den midlertidige ordningen og 18 nemndsavgjørelser) har både Høyesterett og Nemnda lite fokus på gitt informasjon til pasienten. Dette kan virke motstridende til det som ble sagt i punkt 5.1 om at: «om lag en firedel av klagene til Norsk Pasientskadeerstatning nevner manglende informasjon, og det er grunn til å tro at dette har stor vekt i allmenne rimelighetsavveininger». ¹⁷⁴ For det første er dette forarbeidet fra 1998–99, og årsakene til at pasienter klager kan ha endret seg. For det andre er det et viktig poeng at manglende informasjon kan være en behandlingssvikt etter første ledd, og dermed avgjøres før tredje ledd i det hele tatt vurderes. En vurdering av informasjonssvikt etter første ledd fanges ikke fullstendig opp av utvalget i denne oppgaven, da fokuset er på bestemmelsens tredje ledd.

5.3 Oppsummering av informasjon til pasienten

Høyesterett er tydelig i Urininkontinens II-dommen ¹⁷⁵ på at dersom det ikke foreligger brudd på informasjonsplikten, så kan ikke manglende informasjon vektlegges som et moment i vurderingen av passkl. § 2 tredje ledd. Fordi manglende informasjon regnes som «svikt» etter passkl. § 2 første ledd, blir det i praksis lite rom for en vurdering av gitt informasjon etter tredje ledd.

Funnene fra nemndspraksis samsvarer i stor grad med uttalelsene fra Høyesterett. Det at informasjonssvikt i åtte av de 18 vedtakene ble vurdert som en egen problemstilling i forbindelse med passkl. § 2 første ledd, stemmer overens med at Høyesterett uttaler at informasjonssvikt er en del av «svikbegrepet». I seks av de 18 avgjørelsene ble ikke manglende informasjon drøftet i det hele tatt, verken etter første eller tredje ledd. Dette underbygger Høyesteretts poeng om at dersom det ikke er konstatert informasjonssvikt, så brukes det ikke i vurderingen av tredje ledd.

I to avgjørelser skrev Nemnda at gitt informasjon skulle vektlegges i helhetsvurderingen. I den konkrete helhetsvurdering ble det imidlertid ikke utdypet nærmere eller gjort noen drøftelser av dette poenget. Det tyder på at Nemnda i de tilfellene har vist til lovens ordlyd, men i praksis ikke anvender ordlyden aktivt.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 91.

¹⁷⁵ HR-2022-2356-A.

6 Helhetsvurdering

6.1 Hvorfor gjøres det en helhetsvurdering?

I passkl. § 2 tredje ledd står det ikke uttrykkelig at det skal foretas en helhetsvurdering. Forarbeidene har ikke direkte uttalelser om at passkl. § 2 tredje ledd skal avgjøres etter en helhetsvurdering.

Bestemmelsen er en kan-regel, og dette gjør at det må foretas en vurdering i den enkelte sak. I tillegg inneholder bestemmelsen flere momenter, og disse er skjønnsmessige. Som nevnt i delkapittel 3, er det flere momenter som må vurderes samlet for å se hva som er utslaget av en risiko pasienten må akseptere. I tillegg til dette må også gitt informasjon med i vurderingen. Samlet taler oppbygning av passkl. § 2 tredje ledd og dens momenter for at det skal foretas en helhetsvurdering av om pasienten skal tilkjennes erstatning eller ikke.

På bakgrunn av at verken ordlyden eller forarbeidene uttrykkelig sier noe om «helhetsvurderingen», er det naturlig å starte med å se på høyesterettspraksis.

6.2 Høyesteretts helhetsvurderinger

Av de syv relevante høyesterettsavgjørelsene¹⁷⁶ om unntaksbestemmelsen er det først i Urininkontinens I-dommen fra 2017 at Høyesterett bruker ordet «helhetsvurdering» i dommen.¹⁷⁷ Høyesterett trekker frem at momentene «særlig stor skade» og «særlig uventet skade» inngår i «helhetsvurderingen av om det foreligger et misforhold mellom skaden og pasientens sykdom, som dermed ligger utenfor det pasienten må akseptere».¹⁷⁸ Høyesterett nevner uttrykkelig ordet «helhetsvurdering», og vi gjenfinner vurderingsmomentene som er oppstilt i lovens ordlyd. På den måten får Høyesterett frem at det skal gjøres en helhetsvurdering.

Ordlyden i unntaksbestemmelsen er at det kan ytes erstatning: «[...] når det har skjedd en pasientskade som er særlig stor eller særlig uventet [...]». Selv om ordlyden «eller» kan tyde på at dette er to alternative vilkår, har Høyesterett fastslått at begge er momenter som skal inngå i helhetsvurderingen.¹⁷⁹ Det kan bemerkes at Høyesterett for det meste omtaler disse som

¹⁷⁶ Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina), Rt. 2006 s. 1217 (Angiografi), Rt. 2008 s. 218 (Sarkom), Rt. 2011 s. 549 (Tollefsen), Rt. 2013 s. 654 (Cellegift), HR-2017-2270-A (Urininkontinens I) og HR-2022-2356-A (Urininkontinens II).

¹⁷⁷ HR-2017-2270-A, i avsn. 35.

¹⁷⁸ HR-2017-2270-A, i avsn. 35.

¹⁷⁹ HR-2017-2270-A, i avsn. 35.

momenter¹⁸⁰ og angitte kriterier¹⁸¹. Det fremstår som uheldig at ordlyden skriver «eller», som kan gi en tanke om at det er alternative vilkår. I praksis har det ikke så stor betydning, for ved å se på hvilken risiko som pasienten må akseptere, så inngår en vurdering av blant annet skadehyppigheten og skadens omfang. Dette gjenspeiler lovens vilkår om «særlig stor» og «særlig uventet». Juridisk litteratur har også kommentert på lovens ordlyd og skrevet at dette ikke er alternative vilkår, men to elementer i en helhetsvurdering.¹⁸²

Høyesteretts uttalelse om at det skal gjøres en helhetsvurdering i Urininkontinens I-dommen blir gjentatt i Urininkontinens II-dommen.¹⁸³ I den dommen står det at vurderingen av «indikationsstillingen», «skadehyppigheten» og «skadens omfang» fører til en vurdering som «munner ut i en helhetsvurdering av om det foreligger et markert misforhold mellom skaden og pasientens sykdom, som dermed ligger utenfor det pasienten må akseptere».¹⁸⁴ Helhetsvurderingen bidrar med det til å undersøke om det foreligget er slikt misforhold. Et ytterligere eksempel på at Høyesterett viser til helhetsvurderingen i Urininkontinens II-dommen finner vi i avs. 53. Der drøfter Høyesterett om skaden i saken var «særlig uventet». Høyesterett tok ikke endelig stilling til om skaden var «særlig uventet». Dette fordi skaden ble ansett som et grensetilfelle som var utfordrende å avgjøre. I tillegg ble det uttalt at «særlig uventet» ikke er et eget vilkår som skulle vurderes isolert, men var «et moment i en helhetsvurdering». Derfor anså ikke Høyesterett det nødvendig å måtte ta endelig stilling til om skaden var «særlig uventet».

At det skal foretas en helhetsvurdering er et tydelig poeng i Urininkontinens II-dommen. Dette ser vi ved at dommen har et eget underpunkt som heter «helhetsvurderingen».¹⁸⁵ Høyesterett ser her momentene i sammenheng. Dette gir grunnlag for å si at unntaksbestemmelsen legger opp til en helhetsvurdering med de angitte momentene i lovens ordlyd. Slik illustrasjonen på side 12 og 22 viser, er ordet «helhetsvurdering» plassert utenfor den blå, gule og grønne boksen. Dette er for å få frem at helhetsvurderingen ikke uttrykkelig er en del av passkl. § 2 tredje ledds ordlyd, men at det allikevel skal foretas en slik vurdering og gjøres på bakgrunn av alle momentene samlet.

Når Urininkontinens I- og Urininkontinens II-dommene sees i sammenheng, ser det ut til å være en tendens til at Høyesterett i nyere rettspraksis er mer bevisste på å uttrykkelig si at de foretar en helhetsvurdering. Det er ikke nødvendigvis vurderingene som har endret seg de siste årene, men Høyesteretts skrivestil og begrepsbruk. Dette kan sees i generell sammenheng med at

¹⁸⁰ HR-2017-2270-A og HR-2022-2356-A, i avsn. 35.

¹⁸¹ HR-2022-2356-A, i avsn. 30.

¹⁸² Syse (2011) s. 117.

¹⁸³ HR-2022-2356-A, i avsn. 31.

¹⁸⁴ HR-2022-2356-A, i avsn. 31.

¹⁸⁵ HR-2022-2356-A, i avsn. 58–62.

Høyesterett har vist en tendens til å ha mer pedagogisk oppbygde dommer med avsnittsinnledning, underoverskrifter og en bevisstgjøring rundt skrivestilen. Det har vært et økt fokus på språket i domstolene de siste årene, og i 2015 avga en arbeidsgruppe på vegne av Domstoladministrasjonen rapporten «Anbefalinger om domsskriving».¹⁸⁶ Dette kan være en mulig forklaring på hvorfor ordet «helhetsvurdering» har blitt brukt i de to nyeste dommene, sammenlignet med de eldre dommene.

6.3 Nemndas helhetsvurderinger

Et første spørsmål som reiser seg er om også Nemnda benytter seg av en helhetsvurdering når passkl. § 2 tredje ledd skal vurderes. Etter en gjennomgang av avgjørelsene har dette vist seg å være tilfellet. Av oppgavens 18 utvalgte vedtak har 14 av dem med ordet «helhetsvurdering». Avslutningsvis i vedtakene har de fleste av disse en konklusjon hvor ordet «helhetsvurdering» inngår. I noen av vedtakene er det også noen innledende avsnitt om unntaksbestemmelsen, hvor det blant annet står at det skal gjøres en helhetsvurdering.

I de 14 vedtakene Nemnda skriver om helhetsvurderingen ordlegger Nemnda seg stort sett med litt variasjon. Her følger tre konkrete eksempler fra Nemnda på hvordan «helhetsvurdering» blir nevnt avslutningsvis i vedtakene:

- «Etter en konkret helhetsvurdering har nemnda kommet til at skaden anses som særlig stor og særlig uventet».¹⁸⁷
- «Etter en konkret helhetsvurdering av indikasjonsstillingen, komplikasjonsrisikoen etter skadens art og omfang, har nemnda kommet til at skaden som pasienten er påført ligger utenfor den risiko som pasienten må akseptere».¹⁸⁸
- «Etter en helhetsvurdering er nemnda kommet til at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse i denne saken.»¹⁸⁹

Utdragene viser at Nemnda varierer måten å skrive konklusjonene i vedtaket på. I det siste eksempelet skriver Nemnda at de har gjort en helhetsvurdering, men det står ikke hvordan de har gjort vurderingen eller hvilke momenter de har vektlagt. I det andre eksempelet står det både at det ble gjort «en konkret helhetsvurdering» og hva den er basert på. Når Nemnda skriver på en slik måte kan det bidra til å styrke rettssikkerheten, fordi Nemnda viser at de har forholdt seg til lovens momenter. Det gjør det lettere å etterprøve begrunnelsen for vedtaket og for pasienten til å forstå hvorfor resultatet ble som det ble. I det første eksempelet mangler det en

¹⁸⁶ Domstoladministrasjonen (2015).

¹⁸⁷ PSN-2015-4089.

¹⁸⁸ PSN-2015-9046, PSN-2015-11685 og PSN-2017-4523.

¹⁸⁹ PSN-2015-6818.

vurdering av om skaden er utslag av en risiko pasienten må akseptere. Dette kommer to setninger senere i vedtaket, slik at det er tatt med i vedtakets avslutning, selv om momentene er fordelt over flere setninger. At Nemnda varierer måten å omtale helhetsvurderingen på er ikke problematisk, så lenge Nemnda er innom vurderingstemaene i de ulike vedtakene. Det er naturlig at Nemnda varierer skrivestilen til en viss grad, så lenge momentene er gjenkjennelige og viser at vurderingene er gjort. Eksemplene ovenfor viser at Nemnda gjør helhetsvurderinger og uttrykkelig skriver det.

Å gjøre en helhetsvurdering handler om å se de ulike vurderingsmomentene samlet. For å kunne se dem samlet må Nemnda ta stilling til de enkelte momentene først. Det ene momentet som skal vurderes er «særlig stor» skade, som ofte oppgis i et prosenttall ut fra den varige medisinske invaliditeten til pasienten. I tre av sakene fra nemndsutvalget¹⁹⁰ er det ikke oppgitt et prosenttall på varig medisinsk invaliditet.¹⁹¹ Det reiser et spørsmål om hvordan det påvirker helhetsvurderingen. Dette kan illustreres med eksempler fra to av avgjørelsene.

I sak PSN-2018-2762 fikk pasienten hjerneslag med følgetilstander etter ryggkirurgi. Det er ikke oppgitt en varig medisinsk invaliditet, men Nemnda legger til grunn at skadene er varige, og uttaler at skaden opptrer i mindre enn 1 % av tilfellene. Pasienten har blant annet problemer med talen, begrenset funksjon i den ene armen og er avhengig av hjelp til gjøremål i hverdagen. Oppsummert fant Nemnda at pasientens plager sto i et misforhold til plagene hun ville hatt uten behandlingen. Dette viser at Nemnda ser helheten, selv om de enkelte delene ikke kan fastsettes i et prosenttall hver for seg.

I PSN-2015-11722 gjaldt saken en redusert nyrefunksjon for pasienten etter et donasjonsinngrep. Her uttalte Nemnda at nyrefunksjonen ble redusert med mer enn det som normalt forventes. I tillegg så Nemnda på at personen før inngrepet var i full jobb og hadde en aktiv fritid og at dette endret seg etter donasjonen. Nemnda anså det trolig ikke nødvendig å måtte angi en prosent på den varige medisinske invaliditeten. Avgjørelsen skiller seg ut ved at den verken oppgir prosenttall på varig medisinsk invaliditet eller prosent på kjennskap til komplikasjonene. Vurderingene er korte. En mulig årsak er at den saken gjaldt et standard donasjonsinngrep. Dette skiller seg fra de mer komplekse sakene der sykdomsbildene er sammensatt, og det er mer usikkerhet rundt diagnoser og behandlinger.

Felles for begge de to nemndsavgjørelsene er at Nemnda fokuserer på helheten, og ser saken opp imot sykdommen og smertene pasientene ville ha hatt uten behandlingen eller donasjonsinngrepet. Derfor er det ikke nødvendigvis et problem at nemnda ikke oppgir et konkret

¹⁹⁰ Se vedlegg 1.

¹⁹¹ PSN-2018-2762, PSN-2015-6818 og PSN-2015-11722.

prosenttall på den varige medisinske invaliditeten. Utfordringen er imidlertid at det kan være vanskeligere å sammenligne med andre saker, når ikke prosenttallet kan sammenlignes. På den andre siden kan skadebildet være ulikt for den enkelte pasient selv om prosenttallet ligner. Dette er avhengig av alder, yrke og det sammensatte sykdomsbildet for den enkelte pasient.

6.4 Samsvarer Nemndas helhetsvurderinger med Høyesteretts vurderinger?

Det videre spørsmålet er hvordan Nemndas vurderinger er, sett opp imot Høyesteretts vurderinger og bruk av ordet «helhetsvurdering». Et første poeng å merke seg er at flere av nemndsavgjørelsene som nevner «helhetsvurdering» er avgjort i 2015, og dermed før Urininkontinens I-dommen ble avsagt i 2017. Det vil si at Nemnda tok i bruk ordet «helhetsvurdering» før Høyesterett begynte å bruke det i sine dommer om passkl. § 2 tredje ledd. Slik som nevnt over bruker Høyesterett ordet «helhetsvurdering» aktivt i Urininkontinens II-dommen. Denne ble avsagt i 2022, og det er ikke nyere Høyesterettsdommer om samme unntaksbestemmelse å sammenligne med.

Nemndas avgjørelser er kortere enn høyesterettsdommene. Dette henger blant annet sammen med Høyesteretts oppgave som prejudikatsdomstol, og at de skal avklare rettsspørsmål. Dermed blir dommene som regel lengre og mer utfyllende i sine begrunnelser. Samtidig skal erstatningssøkeren oppleve at Nemnda også vurderer saken grundig, slik at det ikke blir forskjell i kvaliteten avhengig av om saken behandles i en nemnd eller i domstolene. Selv om Pasientskadenemndas avgjørelser er kortere, har Nemnda ofte med ett til to avsnitt der momentene sammenfattes og hvor det gjøres en helhetsvurdering.

Momentene nemnda bruker ser ut til å samsvare med Høyesteretts. I Urininkontinens I-dommen gjøres helhetsvurderingen i avsnitt 50 til 52. Der nevner Høyesterett blant annet livsutfoldelse og livskvalitet, skadene sammenholdt med sykdommen før operasjonen, invaliditetsgraden, arbeidsudyktigheten, pasientens alder og den høye terskelen for å benytte unntaksbestemmelsen. Dette er også momenter i helhetsvurderingen i Urininkontinens II-dommen i avsnitt 58 til 62. I PSN-2019-207 sees tilsvarende momenter i det oppsummerende avsnittet. Der nevnes det at komplikasjonen er sjelden, at pasienten er uføretrygdet, at skaden er varig og den medisinske invaliditet og skaden blir sammenholdt med grunnlidelsen.

Et annet poeng er at både Høyesterett og Nemnda gjør helhetsvurderinger uten å nødvendigvis skrive ordet «helhetsvurdering». I Urininkontinens I-dommen blir som sagt ordet «helhetsvurdering» brukt for første gang i en høyesterettsdom som omhandler unntaksbestemmelsen. I den avgjørelsen ble «helhetsvurdering» nevnt i avsnitt 35, for å fremheve at momentene i lovteksten inngår i en helhetsvurdering. Nå selve helhetsvurderingen gjøres mot slutten av dommen brukes ikke ordet. Måten Høyesterett sammenfattet momentene viser at det er en helhetsvurdering de

gjør. Selv om Høyesterett ikke uttrykkelig skriver «helhetsvurdering», bruker de andre ord for det. I avsnitt 52 skriver de: «Ved den samlede vurderingen av om A ble påført en skade som ligger utenfor en risiko hun må akseptere [...]». Her brukes ordene «ved den samlede vurderingen ...». En tilsvarende formulering finner vi også i nemndspraksis, se PSN-2015-2428, PSN-2016-2666 og PSN-2018-5541. Dette tilsier at ordbruken ikke er avgjørende, så lenge vurderingen blir gjort. Om det gjøres en «helhetsvurdering» eller «en samlet vurdering» er dette samme uttrykk for å vise at lovtekstens momenter blir vurdert i sammenheng.

6.5 Oppsummering av helhetsvurderingen

Av praksis fra Høyesterett og Pasientskadenemnda følger det at det skal foretas en helhetsvurdering i den enkelte sak. Innholdet av helhetsvurderingen er de ulike momentene som er opplistet i passkl. § 2 tredje ledd.

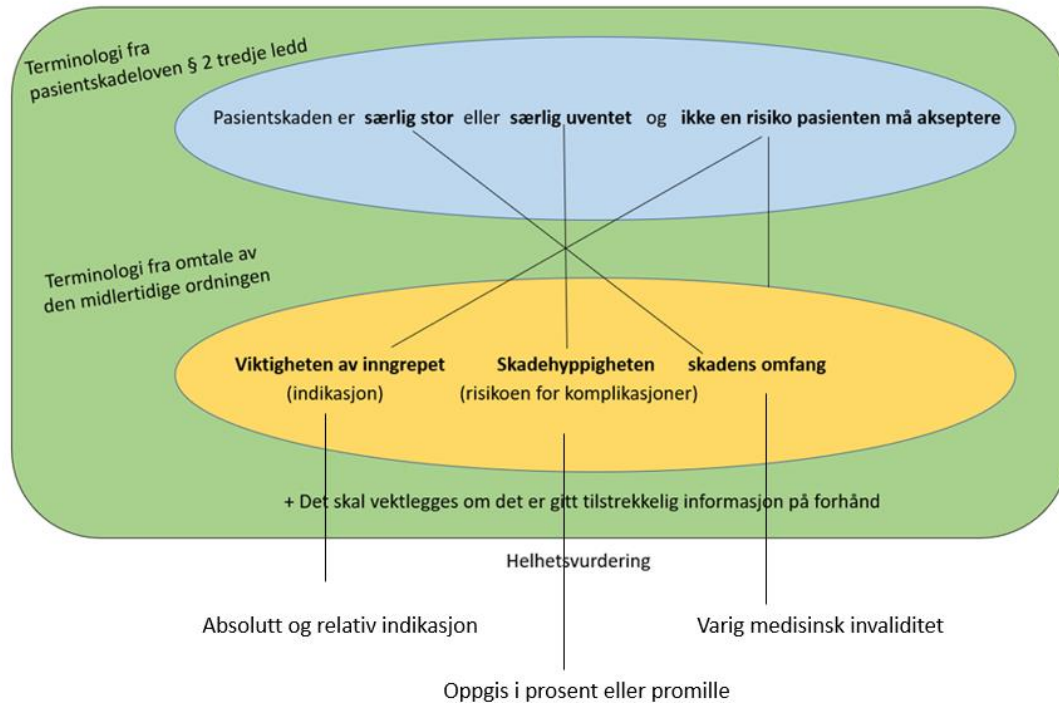
Slik som hos Høyesterett, tar ikke Nemnda alltid endelig stilling til alle momentene i unntaksbestemmelsen. Det gjør at i noen avgjørelser er ikke den varige medisinske invaliditeten oppgitt i prosent og i andre saker er ikke kjennskapet til komplikasjonene oppgitt i prosent. Slik Høyesterett uttalte i Urininkontinens II-dommen, må det ikke nødvendigvis konkluderes under hvert moment om skaden er «særlig stor» eller «særlig uventet». Det sentrale er at de skal sees i sammenheng i en helhetsvurdering. Skadene etter behandlingen sees opp imot grunnlidelsen til pasienten. Helhetsvurderingen bidrar til å svare på om skadene er et utslag en av risiko pasienten må akseptere.

Selv om ikke ordet «helhetsvurdering» alltid brukes i vedtakene eller dommene, så gjøres det allikevel en slik vurdering. Dette kan også gå under betegnelsen «en samlet vurdering». I de to nyeste dommene har Høyesterett tatt i bruk ordene, sannsynligvis av pedagogiske årsaker. Spesielt i den nyeste dommen, Urininkontinens II-dommen, er Høyesterett tydelige på at de gjør en helhetsvurdering ved å gjenta ordet flere ganger i dommen, samt å ha en egen underoverskrift i dommens avsluttende del, der vurderingsmomentene sees i sammenheng.

7 Avslutning

Før jeg oppsummerer oppgavens to problemstillinger har jeg noen avsluttende bemerkninger knyttet til begrepsbruken hos Høyesterett og Nemnda. Unntaksbestemmelsen er skjønnsmessig med flere vurderingsmomenter, og det kan gjøre det utfordrende å anvende den. Det at Høyesterett og Nemnda har varierende betegnelser på like vurderingsmomenter kan forsterke utfordringen rundt forståelsen og anvendelsen av bestemmelsen. Slik oppgaven har vist, tar avgjørelsene ofte i bruk lovens egen ordlyd og i tillegg benytter begreper som stammer fra de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning. Dette gjelder begrepene «viktigheten av inngrepet»,

«skadehyppigheten» og «skadens omfang», som samsvarer med lovens begreper «akseptert risiko», «særlig uventet» og «særlig stor». Analysen har vist at begrepene i stor grad overlapper i innhold. For rettsanvendere og pasientene kan det skape forvirring at det blir brukt ulike formuleringer.



Gjennom illustrasjonen over viser jeg hvordan begrepene kan sees i sammenheng. Det er samme illustrasjon som tidligere i oppgaven, men i denne versjonen er det tatt med tre nye loddrette streker med tilhørende stikkord. Stikkordene «absolutt og relativ indikasjon», «oppgis i prosent eller promille» og «varig medisinsk invaliditet», er tatt med for å utdype hva vurderingene i den blå og oransje boksen innebærer. Dette er stikkord som analysene i oppgaven har vist er relevante for vurderingen av passkl. § 2 tredje ledd.

Den første problemstillingen oppgaven reiste var hvordan pasientskadeloven § 2 tredje ledd skal forstås. For å få bedre forståelse for unntaksbestemmelsen, har de ulike momentene blitt analysert. Det skal her gis en oppsummering av de sentrale funnene for hvert moment.

Gjennomgangen har vist at kriteriet «særlig stor» pasientskade også kan formuleres som en vurdering av «skadens omfang». Her tar praksis utgangspunkt i den varige medisinske invaliditeten til pasienten. Gjennomgangen av nemndsavgjørelser viste at 35–44 % medisinsk invaliditet fungerer som et veiledende utgangspunkt. Høyesterett har imidlertid presisert at invaliditetsgraden kun er et utgangspunkt, og ikke avgjørende i seg selv.

Når det gjelder hva som er en «særlig uventet» pasientskade, kan dette også omtales som «skadehyppigheten» eller «risikoen for komplikasjoner». Verken ordlyden eller forarbeidene har

disse nærmere angitte grensene. Fordi det er en skjønsmessig bestemmelse er det naturlig at grensene trekkes opp gjennom nemnds- og rettspraksis. Her har det vist seg at komplikasjonene typisk opptrer i 1 % eller under 1 % av behandlingstilfellene i sakene som gir medhold.

I risikovurderingen er det et spørsmål om hva pasienten må akseptere. For å vurdere risikoen, sees det på viktigheten av inngrepet, skadehyppigheten og skadens omfang. Hva pasienten må akseptere av risiko henger sammen med hvor livsnødvendig behandling er. Behandling av livstruende sykdommer fører til at pasienten må akseptere en større risiko.

Terskelen for å få erstatning etter passkl. § 2 tredje ledd er høy. Dette kommer frem av ordlyden, forarbeidene og praksis fra Høyesterett og Nemnda, som uttrykkelig sier at dette er en unntaksbestemmelse. Kombinasjonen av å ha en høy medisinsk invaliditet og at det skal være lav kjennskap til komplikasjonene, understreker også at det er en høy terskel for å gi medhold etter unntaket. Unntaksbestemmelsen er skjønsmessig, og dermed er det ofte ikke mulig å angi presist hva som skal til for å nå opp til terskelen.

Når det gjelder betydning av gitt informasjon til pasienten, så sier ordlyden at dette skal vektlegges. På bakgrunn av at informasjonssvikt kan være et eget ansvarsgrunnlag etter passkl. § 2 første ledd, har det i praksis ikke nødvendigvis så mye å si for vurderingen etter tredje ledd. Dette skyldes at dersom Nemnda eller Høyesterett har kommet til at det ikke foreligger informasjonssvikt, så vektlegger de ikke manglende informasjon i vurderingen av unntaksbestemmelsen.

For å se unntaksbestemmelsens momenter i sammenheng skal det gjøres en helhetsvurdering. Utformingen av hva helhetsvurdering innebærer kunne ha vært bedre presisert i loven. Dette gjelder først og fremst momentene om en «særlig stor eller særlig uventet» pasientskade. De fremstår som alternative vilkår etter loven, men i praksis vurderes de som kumulative vilkår i en helhetsvurdering. Samtidig viser praksis at ikke begge momentene blir vurdert fullt ut. Hvis helhetsvurderingen taler for erstatning, har dette blitt gitt selv om det ikke har blitt angitt en varig medisinsk invaliditetsgrad eller et spesifikt nivå for kjennskap til behandlingskomplikasjonene.

Den andre problemstillingen oppgaven har tatt for seg er om Nemndas rettsanvendelse samsvarer med Høyesteretts.

Høyesteretts avgjørelser har større rettskildemessig verdi, og dermed er det av interesse å se om Nemnda følger Høyesterett sine vurderinger. Her blir rettsanvendelsen til Høyesterett og Nemnda for de ulike momentene oppsummert.

Momentet «særlig stor» pasientskade blir av både Høyesterett og Nemnda angitt i et prosenttall ut fra pasientens varige medisinske invaliditet. Prosenttallet fastsettes av fagkyndige og er basert på en standardisert tabell. Hvilket prosenttall som skal benyttes som en «nedre grense» for hva som er en «særlig stor» pasientskade, har det vært ulik forståelse av. Ut fra nemndspraksis, spesielt PSN-2017-4554, kunne det virke som at 35–44 % var en nedre grense. Dette er basert på Nemndas uttalelse om at det «kun helt unntaksvis vil være grunnlag for å diskutere unntaksbestemmelsen når pasientskaden er lavere enn méngruppe 3 (35–44 %)». Høyesterett ser ikke på det som en grense, men uttaler i Urininkontinens II-dommen at prosenttallet kan brukes som et utgangspunkt. Høyesterett presiserer at det kun er et utgangspunkt, for momentet må sees i sammenheng med de andre momentene i en helhetsvurdering.

Momentet «særlig uventet» pasientskade blir ofte angitt i prosent eller promille ut ifra kjennskapen til komplikasjonene i det medisinske fagmiljøet. Av alle nemndsavgjørelsene i utvalget til denne oppgaven som hadde oppgitt en prosent for hvor ofte komplikasjonen oppsto, lå de på 1 % eller mindre enn 1 % forekomst. Nemndspraksis samsvarer her med Høyesterett, i det rettspraksis har vist at promillenivå er i grenseland for å anse komplikasjonene som «særlig uventet».

Risikovurderingen er mindre håndfast en de øvrige momentene. Dette fordi vurderingen ser på flere momenter samlet og vurderer den enkelte pasients situasjon. Det gjør at verken Høyesterett eller Nemnda har en fast praksis på hvordan dette momentet vurderes og omtales. Både Høyesterett og Nemnda tilpasser risikovurderingen ut fra den enkelte sak, og det gjør at risikoen i noen saker får større oppmerksomhet enn i andre.

Terskelen for å anvende tredje ledd er høy, og dette er både Høyesterett og Nemnda tydelige på. Dette blir gjentatt i praksis ved å si at unntaksbestemmelsen er en «sikkerhetsventil». Høyesterett har fastslått at det ikke skal gjøres en fri rimelighetsvurdering av tredje ledd. Dette har Nemnda fulgt opp i sine vedtak ved å henvise til Høyesteretts uttalelser.

Momentet om at pasienten skal ha tilstrekkelig informasjon før det blir gitt behandling har av både Høyesterett og Nemnda blitt tillagt lite vekt i vurderingen av tredje ledd. Det er ikke mye informasjon i dommene eller vedtakene om hvordan dette momentet har blitt vurdert eller vektlagt. En viktig grunn til dette er at informasjonsmomentet også blir vurdert etter første ledd, dersom pasienten anfører at det er informasjonssvikt. Har momentet allerede blitt vurdert, og det er konkludert med at det ikke er informasjonssvikt, så får det liten eller ingen betydning i vurderingen av unntaksbestemmelsen.

Både Høyesterett og Nemnda gjør helhetsvurderinger i sakene. I noen av sakene blir det eksplisitt sagt at det gjøres en helhetsvurdering. Noen ganger blir den også omtalt som «den

samlende vurdering».¹⁹² I Høyesteretts nyeste dom om unntaksbestemmelsen, Urininkontinens II-dommen, er det en egen underoverskrift om «Helhetsvurderingen».¹⁹³ Nemnda gjør også helhetsvurderinger, men det er ikke alltid de bruker ordet «helhetsvurdering».¹⁹⁴ Som regel vurderer Nemnda unntaksbestemmelsen under en samlet underoverskrift. I noen av vedtakene er drøftelsene mer utfyllende og da benyttes det underoverskrifter.¹⁹⁵ Når underoverskriftene brukes, fremstår vedtaket mer pedagogisk, og det er lettere å forstå hvordan Nemnda uttaler seg om de enkelte momentene.

Konklusjonen på problemstilling nummer 2 er at det fremstår som at Nemnda har en rettsanvendelse som samsvarer med Høyesteretts. De gjør tilsvarende vurderinger, selv om Nemndas vedtak ofte er kortere i begrunnelsen, og begrepsbruken og vedtakets oppbygning varierer i større grad. Et lite antall høyesterettsavgjørelser gjør at Nemnda ikke får korrigert eller overprøvd sin rettsanvendelse hyppig. Dette kan være en svakhet ved at det utvikler seg en praksis hos Nemnda, som Høyesterett senere avviker fra. Et eksempel på dette er Nemndas uttalelse i PSN-2017-4554 om at det kun helt unntaksvis vil være grunnlag for å diskutere unntaksbestemmelsen når pasientskaden er lavere enn 35–44 %. Først i Urininkontinens II-dommen, 4 år senere, skrev Høyesterett at de ikke var enige i uttalelsen.¹⁹⁶ I mellomtiden har det blitt fattet mange enkeltvedtak hos NPE og Nemnda. Disse kan ha brukt uttalelsen fra Nemnda, som Høyesterett har vist seg å være uenig i. Dette er en konsekvens av at det er få saker om unntaksbestemmelsen hos Høyesterett og at de kommer med flere års mellomrom.

Oppsummert har masteroppgaven bidratt med å gi en forståelse av hva passkl. § 2 tredje ledd innebærer. Ved å analysere de enkelte momentene har det blitt lettere å forstå hva slags vurderinger som skal gjøres. Når det gjelder selve rettsanvendelsen har oppgaven vist at Nemnda i stor grad samsvarer med Høyesterett. Nemnda viser i noen av sine avgjørelser direkte til høyesterettspraksis og viser dermed at de tilpasser sine vurderinger etter oppdatert rettspraksis. I noen tilfeller tar Høyesterett avstand fra Nemndas uttalelser og faste praksis. Dette må forventes å skje med tanke på Høyesterett sin oppgave med rettsavklaring og status som prejudikatdomstol. Det avgjørende i slike tilfeller er at Nemnda forholder seg til oppdatert rettspraksis. På grunn av at den nyeste høyesterettsdommen på feltet kom i desember 2022, har ikke denne oppgaven hatt anledning til å få med nyere nemndspraksis fra tiden etter dommen. Det blir spennende å se hvordan Nemndas avgjørelser i 2023 henviser og retter seg etter den nyeste høyesterettsdommen.

¹⁹² HR-2017-2270-A, i avsn. 52.

¹⁹³ HR-2022-2356-A, i avsn. 58.

¹⁹⁴ Se eksempelvis PSN-2015-11722.

¹⁹⁵ Se eksempelvis PSN-2017-4554.

¹⁹⁶ HR-2022-2356-A, i avsn. 41.

Kildeliste

Lov- og forskriftsregister

1980	Lov 13. juni 1980 nr. 42 Lov om leger (lege-loven). (opphevet).
1988	Forskrift 01. januar 1988 nr. 4458 om regler for midlertidig ordning med pasientskade-erstatning for somatiske sykehus/poliklinik-ker (regler for pasientskadeerstatning).
1999	Lov 7. februar 1999 nr. 63 Lov om pasient-og brukerrettigheter (pasient og brukerrettig-hetsloven).
1999	Lov 25. februar 1999 nr. 64 Lov om helse-personell m.v. (helsepersonelloven).
2001	Lov 15. juni 2001 nr. 53 Lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven).
2002	Forskrift 20. desember 2002 nr. 1625 For-skrift om Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda.
2021	Forskrift 3. januar 2021 nr. 622 Forskrift om menerstatning ved pasientskader.

Forarbeider

Innst.O. nr. 68 (2000–2001)	<i>Innstilling fra sosialkomiteen om lov om er-statning ved pasientskader mv. (pasientska-deloven).</i>
NOU 1992: 6	<i>Erstatning ved pasientskader.</i>
Ot.prp. nr. 31 (1998–1999)	<i>Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven).</i>

Ot.prp. nr. 55 (1999–2000)

Om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven).

Litteratur

Kjelland, Morten (2019)

Erstatningsrett- en lærebok. 2.utg., Oslo: Universitetsforl., 2019.

Kjelland, Morten (2021)

«Karnov lovkommentar til pasientskadeloven». I *Lovdata Pro* (2021) hentet 28.03.2023.

Syse, Aslak (2009)

Pasientrettighetsloven med kommentarer. 3.utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2009.

Syse, Aslak, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad (2011)

Pasientskaderett. Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner. Oslo: Gyldendal. Norsk Forlag AS, 2011.

Syse, Aslak (2013)

Syse, Aslak. «Materielle og prosessuelle skiller mellom pasientskaderett etter pasientskadeloven og etter alminnelig erstatningsrett.» I *Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år.* Kirsten Ketscher, Kåre Lilleholt, Eivind Smith og Aslak Syse red., Oslo: Gyldendal, 2013, s. 587-602.

Domstoladministrasjonen (2015)

<https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner-og-veiledere/publikasjoner-og-veiledere/> Hentet 28.03.2023.

Nasjonalt klageorgan for helsetjenesten (2023)

«4480 fekk svar på saka si i 2022». (2023) <https://www.helseklage.no/forside/nyheter/4480-fekk-svar-paa-saka-si-i-2022>. Hentet 28.03.2023.

- Norsk Pasientskadeerstatning (2023) https://www.npe.no/globalassets/dokumenter/statistikk/2022/helar/2022_netstastistikk_v2.pdf. Hentet 28.03.2023.
- Norsk Pasientskadeerstatning (2020) <https://www.npe.no/no/Erstatningssaker/saksbehandlingen/fagnotater/unntaksbestemmelsen/> Hentet 12.04.2023.
- Store norske leksikon (2021) «Objektivt ansvar» (08.07.2021). https://snl.no/objektivt_ansvar. Hentet 28.03.2023.
- Store norske leksikon (2020) «Indikasjon» (23.01.2020). <https://snl.no/indikasjon> Hentet 28.03.2023.
- Store norske leksikon (2023) «Billighetserstatning» (08.01.2023). <https://snl.no/billighetserstatning> Hentet 28.03.2023.

Domsregister

- Rt. 1998 s.1538 (Cauda equina).
Rt. 2006 s. 1217 (Angiografi).
Rt. 2008 s. 218 (Sarkom).
Rt. 2011 s. 549 (Tollefsen).
Rt. 2013 s. 653 (Cellegift).
HR-2017-2270-A (Urininkontinens I).
HR-2020-1332-A (Atrieflimmer).
HR-2022-2356-A (Urininkontinens II).

Vedtak fra Pasientskadenemnda

- PSN-2017-9295
PSN-2019-107
PSN-2018-2762
PSN-2015-11722
PSN-2018-5917
PSN-2017-4523
PSN-2016-3626
PSN-2018-5541
PSN-2017-4554

PSN-2015-8352
PSN-2016-7947
PSN-2015-11685
PSN-2016-2666
PSN-2015-2428
PSN-2015-6818
PSN-2015-9046
PSN-2015-4089
PSN-2014-8

Vedlegg 1

Nemndsavgjørelser – 18 vedtak som har gitt medhold etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd

Avgjørelser (18 totalt)	Varig medisinsk invaliditet «særlig stor»	Kjennskap til komplikasjonene «særlig uventet»	Uttalelser om komplikasjonene	Risiko	Gitt informasjon til pasienten
PSN-2017-9295	80 %			Flertallet anser at skaden er utslag av en risiko som pasienten i dette tilfellet ikke må akseptere.	Vurdert i eget punkt under passkl. § 2 (1) bokstav a informasjonssvikt.
PSN-2019-107	50 %	Under 1 %	En kjent, men sjelden komplikasjon.	«[...] har nemnda etter en helhetsvurdering kommet til at skaden ikke er et utslag av en risiko som pasienten i dette tilfellet må akseptere».	Ikke nevnt i selve vurderingen, kun i sakens bakgrunn.
PSN-2018-2762		Under 1 %	Selv om pasienten hadde risikofaktorer for hjerneinfarkt viser nemnda til at hjerneslag med følgetilstander generelt er en sjelden komplikasjon til ryggkirurgi.	«Nemnda anser at skaden er utslag av en risiko som pasienten i dette tilfellet ikke må akseptere».	Ikke nevnt i vurderingen av passkl. § 2 (3).
PSN-2015-11722			Nyrefunksjonen er redusert med mer enn det som kunne forventes.	«Nemnda finner at tilstanden utgjør en særlig stor og uventet skade, og plagene ikke er en akseptert risiko ved et donasjonsinngrep».	Ikke nevnt i vurderingen av passkl. § 2 (3).
PSN-2018-5917	50 %	Under 1 %	En svært sjelden komplikasjon.	«Etter en konkret vurdering på bakgrunn av det medisinske grunnlaget for inngrepet, risiko for skade og skadens art og	Vurdert i eget punkt under passkl. § 2 (1) bokstav a informasjonssvikt.

				omfang, har nemnda kommet til at skaden i dette tilfellet ikke er et utslag av en risiko som pasienten må akseptere».	
PSN-2017-4523	Død	1 %	En kjent følge. Komplikasjonen oppstår relativt sjelden. En upåregnelig følge.	«Jo viktigere behandlingen er, desto større risiko for skade må pasienten akseptere uten rett til erstatning».	Ikke nevnt.
PSN-2016-3626	50 %	Under 1 %	Pasienten fikk komplikasjoner som er sjelden.	Nemnda har, etter en samlet vurdering, kommet til at skaden ikke er utslag av en risiko som pasienten i dette tilfellet må akseptere.	Ikke nevnt.
PSN-2018-5541	40 %		Kjente, men sjeldne komplikasjoner.	«Etter en konkret helhetsvurdering av indikasjonstiltingen, komplikasjonsrisikoen, samt skadens art og omfang, har nemnda kommet til at skaden ligger utenfor den risiko som må aksepteres».	Ikke nevnt.
PSN-2017-4554	70 %	Ikke enighet blant sakkyn-dige. En studie viser 0,006 %. En annen studie viser mellom 0,08 og 0,2 %.		«Jo viktigere behandlingen er, desto større risiko for skade må pasienten akseptere uten rett til erstatning.» «Selv om det er svært liten risiko for at en skade skal oppstå, er skaden likevel å anse som påregnelig dersom	Vurdert i eget punkt under passkl. § 2 (1) bokstav a informasjonsvikt. Nevnes: «Det er et vilkår for erstatning at informasjonsvikten mest sannsynlig (dvs. med mer enn 50 %

				<p>risikoen er kjent i det medisinske miljøet og ikke var en atypisk følge av inngrepet».</p> <p>«At skaden isolert sett er påregnelig tillegges da mindre vekt sett opp mot det store skadeområdet i denne saken».</p>	<p>sannsynlighet) er årsaken til skaden som pasienten krever erstatning for.)</p> <p>Nevnes at det i helhetsvurderingen skal legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd.</p>
PSN-2015-8352	53 % (fra behandlings-skaden)	Under 1 promille	Ikke en ukjent skade.	<p>«Er sykdommen livstruende, må man akseptere større risiko».</p> <p>«Nemnda anser risikoen for en nerveskade av slikt særlig stort omfang, med både motoriske og sensoriske utfall, å være utenfor den risiko pasienten måtte akseptere når hun skulle opereres med innsetting av protese, selv om det generelt sett foreligger en risiko for nerveskader ved en slik operasjon».</p>	<p>Vurdert i eget punkt under passkl. § 2 (1) bokstav a informasjonssvikt.</p> <p>Nevnes at det i helhetsvurderingen skal legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd. (men nevnes ikke konkret i vurderingen). Mer fokus på risikoen).</p>
PSN-2016-7947	50 %		Risikoen for alvorlig og varig nerveskade er svært lav.	Bruker ikke ordet «risiko» i omtalen av helhetsvurderingen som her er gjort.	<p>Vurdert i eget punkt under passkl. § 2 (1) bokstav a informasjonssvikt.</p> <p>Nemnda bemerker videre at det ikke foreligger dokumentasjon i</p>

					journal om at pasienten har mottatt informasjon om alternative muligheter for smertelindring, uten at dette er tillagt avgjørende vekt.
PSN-2015-11685	Død	Promillennivå	Ikke i risikoens retning.	Etter en konkret helhetsvurdering av indikasjonsstillingen, komplikasjonsrisikoen samt skadens art og omfang, har nemnda kommet til at skaden ligger utenfor den risiko som må aksepteres.	Ikke nevnt.
PSN-2016-2666	59 %		En rutinemessig kneoperasjon.	Bruker ikke ordet «risiko» i omtalen av den samlede vurderingen.	Ikke nevnt.
PSN-2015-2428	50 %	Under 5 % eller 1 % (sakkyndige uenige)	Et forholdsmessig rutinemessig inngrep.	Bruker ikke ordet «risiko» i omtalen av den samlede vurderingen.	Nevnt i eget punkt om informasjonssvikt.
PSN-2015-6818		Under 1 promille	Plagene står i en særstilling i forhold til hva man kan forvente av behandlingen.	Nemnda mener derfor at pasientens plager i etterkant av behandlingen er av en slik art og omfang at de ligger utenfor den risiko pasienten må akseptere.	Nevnt i vurderingen av svikt ved behandlingen.
PSN-2015-9046	25 % (mest sannsynlig høyere senere)	Promillennivå	En svært sjelden komplikasjon.	Etter en konkret helhetsvurdering av indikasjonsstillingen, komplikasjonsrisikoen samt skadens art og omfang, har nemnda kommet til at skaden som pasienten er påført ligger	Vurdert i eget punkt under passkl. § 2 (1) bokstav a informasjonssvikt.

				utenfor den risiko som pasienten må akseptere.	
PSN-2015-4089	50 %	0,01 %	En svært sjelden komplikasjon.	Nemnda vurderer etter dette at skaden som pasienten har fått ligger utenfor den risiko som hun kan akseptere.	Vurdert i eget punkt under passkl. § 2 (1) bokstav a informasjonsvikt.
PSN-2014-8	80 %		Ikke avdekket konkret hyppighet av denne typen skader.	En skade av dette omfanget kan ikke anses å være en kjent risiko som pasienten må akseptere.	Ikke nevnt.