

Pasientskadelovens rettslige og rettspolitiske virkninger



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 757

Leveringsfrist: 25. 04. 13

Til sammen 17958 ord

23. 04. 2013

Innhold

| | |
|---|----|
| 1 Innledning..... | 1 |
| 1.1 Temaet i oppgaven..... | 1 |
| 1.2 Problemstillinger og avgrensninger..... | 2 |
| 1.3 Rettskilder | 3 |
| 1.3.1 Pasientskadeloven..... | 3 |
| 1.3.2 Forskrifter og forarbeider..... | 4 |
| 1.3.3 Rettspraksis | 4 |
| 1.3.4 Forvaltningspraksis..... | 5 |
| 2 Noen kjennetegn ved erstatningsinstituttet og helsetjenesten..... | 7 |
| 3 Utvikling av- og utfordringer med ulike erstatningsordninger..... | 9 |
| 3.1 Betydningen av den alminnelige erstatningsretten i helsetjenesten | 9 |
| 3.2 Billighetserstatning..... | 11 |
| 3.3 Norsk pasientskadeerstatning og den midlertidige ordningen fra 1988 | 11 |
| 3.3.1 Arbeidsgruppen og utviklingen av ordningen | 11 |
| 3.3.2 Særskilt om meldeordninger og informasjon..... | 13 |
| 3.3.3 Lødruputvalget: NOU 1992:6 | 13 |
| 3.4 Pasientskadeloven fra 2003 | 14 |
| 3.4.1 Særskilt om meldeordninger og informasjon..... | 14 |
| 3.5 Andre kompensasjonsordninger: Trygd | 15 |
| 3.6 Produktansvarsloven..... | 15 |
| 4 Vilkårene for erstatning..... | 17 |
| 4.1 Vilkårene for erstatning etter den alminnelige erstatningsretten..... | 17 |
| 4.1.1 Skadevilkåret | 17 |
| 4.1.2 Uaktsomhetsansvaret..... | 18 |
| 4.1.3 Det ulovfestede objektive ansvaret | 20 |
| 4.1.4 Arbeidsgiveransvaret..... | 20 |

| | |
|---|----|
| 4.1.5 Kravet til adekvat årsakssammenheng og bevisføring | 21 |
| 4.2 Vilkårene for erstatning etter Pasientskadeloven fra 2003 | 21 |
| 4.2.1 Generelt om formålet med loven og virkningen av denne | 21 |
| 4.2.2 Skadevilkåret | 22 |
| 4.2.3 Økonomisk tap | 23 |
| 4.2.4 Ansvarsgrunnlagene | 23 |
| 4.2.5 Rettstekniske utfordringer ved det objektive ansvarsgrunnlaget "behandlingssvikt" | 28 |
| 4.2.6 Kravet til adekvat årsakssammenheng og bevisføring | 30 |
| 4.3 Utgifter og økonomiske hensyn | 31 |
| 4.3.1. Konsekvensutredning av lovforslaget | 31 |
| 4.3.2 Finansiering, kostnader og erstatningsutbetalinger knyttet til NPE og PSN | 32 |
| 4.4 Pasientskadelovens dekningsområde | 34 |
| 4.5 Pasientskadeloven og informasjonsansvaret | 35 |
| 4.5.1 Effektiv tilgang til pasientinformasjon som grunnlag for søknad om erstatning | 36 |
| 5 Pasientskadelovens betydning | 37 |
| 5.1 Bedret erstatningsvern for pasienten | 37 |
| 5.2 Betydning for øvrige rettigheter | 38 |
| 5.3 Pasientsikkerhet og forebygging | 39 |
| 5.3.1 NPE og pasientsikkerhet | 42 |
| 5.4 Lovens effekt på helsetjenesten | 44 |
| 5.4.1 Betydning for helsearbeidere | 45 |
| 5.5 Økonomiske konsekvenser av pasientskadeordningen | 46 |
| 5.6 Er ordningen blitt mer omfattende enn tilsiktet? | 47 |
| 6 Rettsprosess og forvaltning | 49 |
| 6.1 Generelt om prosessordningen | 49 |
| 6.2 Endringer av betydning for pasientens rettsvern | 49 |
| 6.3 Utfordringer med dagens prosessordning | 51 |

| | |
|--|----|
| 7 Samlede betraktninger og refleksjoner..... | 53 |
| 7.1 En bærekraftig pasientskadeordning | 54 |
| 8 Referanseliste..... | 57 |

1 Innledning

1.1 Temaet i oppgaven

Pasientskadeordningen er en *særordning for erstatning* når pasienter¹ påføres skader i helsetjenesten med økonomiske følger. Erstatningsordningen ble innført som en prøveordning i 1988 og permanent ved pasientskadeloven fra 1. januar 2003.² Pasientskadeloven må ses i sammenheng med risikoen for skader ved helsehjelp og pasientens øvrige rettigheter i helsetjenesten. Loven er bygget opp på bakgrunn av erstatningsrettens hovedprinsipper.³

Det var flere hensyn som tilsa en særlig pasientskadeordning. I forbindelse med behandling i helsetjenesten inntreffer det pasientskader⁴ som aktualiserer et kompensasjonsbehov hos skadelidte. Før prøveordningen ble innført, ble erstatningskrav for pasientskader vurdert etter de alminnelige erstatningsrettslige regler⁵ og forutsatte søksmål og domstolsbehandling. En slik prosess er både tidkrevende og kostbar for skadevolder og den som er påført en skade. Arbeidsgiverorganisasjonen for sykehusene tok derfor initiativ til en særordning for pasientskader i sykehus. Det var i tillegg misnøye med at pasienter som var blitt påført en skade, hadde store utfordringer med å vinne frem med erstatningskrav, fordi det var vanskelig å bevise at helsearbeideren hadde utvist skyld. I noen tilfeller var det også vanskelig for pasienten å bevise *hvem* som hadde voldt skaden og *hvordan* dette hadde skjedd. I en situasjon der pasienten skal påvise skyld, vil det være et behov for de som arbeider i helsetjenesten å "beskytte seg" ved bruk av dokumentasjon, ansvarsfraskrivelser, evt. mangel på åpenhet. Loven er et resultat av mange års arbeid og utprøving av en forsøksordning ut fra et ønske om å styrke pasienters kompensasjonsmulighet for skade som påføres i møte med helsetjenesten. Det var også et ønske å innføre en ansvarsvurdering *uavhengig av skyld og uten sivile søksmål og partsprosesser*. På denne måten skulle ordningen bidra til åpenhet, redusere mørketallet på pasientskader som ikke ble meldt, samt ivareta helsearbeidere og nødvendig tillit til helsetjenesten.

Det er nå ti år siden pasientskadeloven trådte i kraft, og det kan reises spørsmål om hvordan den har virket for pasienten, helsetjenesten og samfunnet. I denne oppgaven vil jeg vurdere loven i forhold til de formål og intensjoner den skulle oppfylle, og se på hvilke *rettspolitiske* utfordringer loven kan ha gitt for samfunnet.

¹ Lov om pasient- og brukerrettigheter 2 juli 1999 nr. 63, jf § 1-3 litra a

² Lov om erstatning ved pasientskader mv. 15 juni 2001 nr. 52

³ Se kapittel 2

⁴ Pasientskadeloven § 1

⁵ Regler om erstatning utenfor kontraktsforhold

1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Den alminnelige erstatningsrett (heretter også omtalt som den ordinære ordningen) og prøveordningen fra 1988 (heretter omtalt som den midlertidige ordningen) danner den rettslige bakgrunnen for pasientskadeloven. Innenfor helsetjenesten har erstatningsordningene utviklet seg gradvis over tid, med stadig større vekt på å ivareta *reparasjonshensynet* overfor skadelidte. Resultatet av utviklingen ble en særlig pasientskadelov.

De endringene som bidro til at det ble enklere å oppnå erstatning med pasientskadeloven, følger av både materielle og prosessuelle vilkår, noe som er tema i oppgaven. I lys av at pasientskadeordningen "vokste frem" som et svar på at de tidligere erstatningsordningene ikke dekket pasienters og helsetjenestens behov, vil jeg behandle situasjonen før loven og beskrive *utviklingen* av ulike erstatningsordninger.

Det foretas særlig en sammenlikning av *materielle regler*, da de direkte påvirker pasienters kompensasjonsmulighet. Erstatningsvilkår som ikke er endret med pasientskadeloven, vil kun kortfattet bli omtalt. Materielt er det især endringene i ansvarsgrunnlagene i pasientskadeloven⁶ som påvirker pasienters kompensasjonsmulighet sammenliknet med tidligere rett. *Prosessuelt* tar den særlige prosessordningen sikte på å senke terskelen for å fremme erstatningskrav når skade inntreffer i helsetjenesten. I oppgaven reises det problemstillinger knyttet til effekten av disse rettslige endringene.

Fremstillingen av hovedpunkter i den alminnelige erstatningsretten og tidligere kompensasjonsordninger sammenliknet med pasientskadeloven, gir et grunnlag for å vise hva som er nytt med pasientskadeloven og for å reise hovedproblemstillingene i oppgaven, nemlig å vurdere om intensjonen med pasientskadeloven er oppfylt og hva som er virkningene med pasientskadeloven *rettslig* og *rettspolitisk*.

Selv om pasientskadeloven må ses i sammenheng med hvordan helsetjenesten er organisert og regulert i lov, forskrift og avtaler, behandler jeg ikke denne lovgivningen her annet enn å nevne et par bestemmelser med særlig relevans for pasientskadeloven.

Det gis en kortfattet omtale av *andre kompensasjonsordninger* som kan inntre ved påført skade i helsetjenesten, slik som billighetserstatningsordningen og folketrygdlovgivningen. Også disse

⁶ Pasientskadeloven § 2

ordningene har hatt som formål å avhjelpe utfordringen med å få kompensasjon gjennom det ordinære systemet.

Endringer i *prosessuelle regler* omtales hovedsakelig i relasjon til de endringene i prosessformen som senker terskelen for å fremme krav sammenliknet med ordinær ordning, og utvalgte utfordringer knyttet til dette.

Mange pasientskader skjer som følge av feil bruk av *legemidler*, men i oppgaven behandler jeg kun grensegangen mellom når slike skader reguleres av pasientskadeloven, og når lov om produktansvar (av 23. desember 1988 nr. 104) er riktig hjemmelsgrunnlag.

I oppgaven omtales *fysiske pasientskader* i somatisk helsetjeneste med retts- og forvaltningspraksis som eksemplifiserer slike hendelser. Pasientskader av fysisk eller psykisk art i psykisk helsevern holdes utenfor oppgaven, også i mine utvalg fra retts- og forvaltningspraksis. Denne typen pasientskader reiser mange problemstillinger og fortjener en særskilt drøftelse. For ordens skyld nevnes at pasientskadelovens regler gjelder tilsvarende for fysiske og psykiske skader både i somatisk og psykisk helsetjeneste. Fremstillingen av reglene vil derfor belyse pasienters rettsstilling også i psykisk helsetjeneste.

Regler for *utmåling av erstatning* behandles heller ikke i oppgaven, annet enn ved omtale av enkelte økonomiske hensyn knyttet til erstatningsutbetalinger, både i forhold til samfunnsøkonomiske utfordringer og prosessordningen.

1.3 Rettskilder

1.3.1 Pasientskadeloven

Pasientskadeloven er en særlov for erstatning for skade i helsetjenesten. Pasientskadeloven trådte i kraft 1. januar 2003, da med dekningsområde primært begrenset til offentlig helsetjeneste, noe som også omfattet enkelte private tilbydere med offentlig finansiering, slik som fastlegene. Med virkning fra 1. januar 2009 ble loven utvidet til også å omfatte hele den private helsetjenesten. Vurderingen av endringer i pasienters erstatningsvern må ta utgangspunkt i lovens ordlyd og en språklig fortolkning av reglene, da lovteksten er en viktig rettskilde.

1.3.2 Forskrifter og forarbeider

Forskriftsreguleringen til pasientskadeloven er relativt omfattende. Det vil fortløpende henvises til disse i oppgavens notesystem, etter behov og bruk. Jeg har særlig anvendt Forskrift om Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda (FOR-2002-12-20 nr.1625).

Pasientskadeloven ble behandlet to ganger i sosialkomiteen i Stortinget, og det er derfor flere forarbeider til pasientskadeloven. Særlig sentrale forarbeider er Ot. prp. nr. 31 (1998-1999) (heretter omtalt som Ot. prp. nr. 31) og Ot. prp. nr. 55 (1999-2000). I sistnevnte er det primært gjennomført terminologiske justeringer for å harmonisere forarbeidene med helselovgivningen etter helselovsrevisjonen i 1999. De to proposisjonene ble behandlet samtidig av Stortinget gjennom en egen innstilling fra Sosialkomiteen (Innst. O. nr. 68 (2000-2001)). I tillegg er det gitt en offentlig utredning, NOU 1992: 6, som var et eget vedlegg ved lovbehandlingen.

Siden de fleste drøftelser av ansvarsgrunnlaget og begrunnelsene for pasientskadelovens bestemmelser finnes i Ot. prp. nr. 31, er det især denne som belyses nærmere i oppgaven. Arbeidsgruppens notat, som førte frem til den midlertidige ordningen, omtales også kortfattet. Det blir også de begrunnelser fra NOU 1992:6 som ble videreført i proposisjonene, der disse utdyper bakgrunnen for pasientskadelovens tilblivelse. Det er viktig å være klar over at en del uttalelser, primært om ansvarsvurderingen, bevisst ble fraveket av lovgiver i denne utredningen.

Forarbeidene til pasientskadeloven er omfattende og utgjør en viktig rettskilde ved tolkning av lovens bestemmelser, særlig når loven er såpass ny. Siden det er her pasientskadelovens formål er konkretisert og innholdet i lovens regler er presisert, blir forarbeidene av stor betydning når en skal vurdere om lovgivers intensjoner er innfridd og i hvilken grad pasienters erstatningsvern er styrket.

1.3.3 Rettspraksis

Pasientskadeloven innebærer en *søknadsbasert erstatningsordning*, slik at rettspraksis i utgangspunktet skal ha liten betydning. Det er nå også færre krav som fremmes ved sivile søksmål etter den særlige ordningen trådte i kraft. Fortsatt har pasienter mulighet til å påklage forvaltningsavgjørelsene til domstolene, men det foreligger få avgjørelser som har behandlet skadekrav etter loven, samtidig som det er relativt få avgjørelser som er sluppet inn til behandling i Høyesterett av ankeutvalget.⁷ Avhandlingens redegjørelse for pasientskadeloven vil derfor

⁷ Se punkt 6.3

hovedsakelig belyses med eksempler fra forvaltningspraksis, se punkt 1.3.4. Selv om det foreløpig er avsagt relativt få høyesterettsavgjørelser etter pasientskadelovens regler, vil overprøvingsadgangen slik den følger av Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art.6, tilsi at det etter hvert kan bli en korrigerende og klargjørende av pasienters erstatningsvern her. Det foreligger også en del høyesterettspraksis etter de midlertidige reglene, som er relevant også for forståelsen av pasientskadelovens bestemmelser.

Der det i denne oppgaven vises til høyesterettspraksis, er det særlig i de kapitlene hvor den ordinære ordningen fremstilles. Den alminnelige erstatningsretten, kodifisert på noen områder i skadeerstatningsloven⁸, er utviklet gjennom domstolenes praksis. Rettspraksis vil av samme grunn være en helt sentral rettskilde for å forstå innholdet i denne erstatningsordningen på helserettens område.

Selv om den rettskildemessige vekten avtar noe nedover i domstolhierarkiet, vil oppgaven også omtale enkelte underrettsdommer, der avgjørelsene eksemplifiserer min problemstilling.

1.3.4 Forvaltningspraksis

Før den midlertidige ordningen trådte i kraft, var pasienten henvist til skadeerstatningsloven (heretter forkortet skl.) som rettslig grunnlag for å søke erstatning. Der saken ikke fikk sin avslutning gjennom forlik, ble skadekravet behandlet i et sivilt søksmål. Tilsvarende gjaldt for skader voldt i helprivat helsetjeneste (privat helsetjeneste som ikke var offentlig finansiert) frem til implementeringen i pasientskadeloven 1. januar 2009.

Med pasientskadeloven foretas det en *forvaltningsbehandling* av skadekrav for alle pasientskader, uavhengig av hvor skaden har oppstått. Forvaltningspraksis vil derfor stå helt sentralt i denne oppgaven. Det er Norsk Pasientskadeerstatning (heretter omtalt som *NPE*) og Pasientskadenemnda (heretter omtalt som *PSN*) som forvalter pasientskadeloven og er ansvarssubjekter etter loven. Pasienter som påføres skade, skal derfor henvende seg til NPE, som er førsteinstans etter loven. En god del avgjørelser påklages til PSN, som egen klageinstans. Begge er uavhengige forvaltningsorganer, underlagt Helse- og omsorgsdepartementet. Det siste er viktig da det sikrer legitimiteten til ordningen. Det er en særlig prosessforutsetning at krav må være behandlet av NPE og PSN *før* skadekravet kan behandles av domstolene. Det forklarer også hvorfor det foreløpig er avsagt få avgjørelser av domstolene etter pasientskadeloven.

⁸ Lov om skadeerstatning 13. juni 1969 nr. 26

Prosessforutsetningen er begrenset til å gjelde overfor aktører som er gitt søksmålsimmunitet.⁹ I andre tilfeller kan pasienten selv velge prosessform. Den særlige prosessordningen er et resultat av lovgivers ønske om en tids- og kostnadssparende prosessordning, for å forhindre fordyrende, usikre og sendrektige rettsprosesser - og senke terskelen for å fremme skadekrav. Samtidig var det et behov for å begrense ansvarsfokuset på helsetjenesten og imøtekomme helsevesenets ønske om ikke å bli stevnet for retten med krav om erstatning.

Siden pasientskadeloven trådte i kraft, er det avsagt over 33 700 avgjørelser av NPE.¹⁰ Det økende antallet saker gir et bredt utvalg av skadesaker til klargjøring av lovens innhold og rekkevidde. Forvaltningspraksis har en rettskildemessig lavere verdi enn domstolspraksis. Den rettskildemessige vekten øker når forvaltningspraksis er fast og konsistent. Det er forutsatt i lovens forarbeider¹¹ og rettspraksis¹² at forvaltningspraksis skal følges opp av domstolene i de tilfeller det foreligger slik konsistens. Også PSN viser til en slik relevans i egne begrunnelser¹³, og legger derfor vekt på tidligere praksis i sine avgjørelser. Det korrelerer forøvrig godt med lovgiverintensjonen med en egen pasientskadeordning, som tar sikte på å sikre likebehandling etter loven.

Denne avhandlingen vil vise til avgjørelser avsagt av *PSN*, siden det er en større rettskildemessig tyngde i deres avgjørelser sammenliknet med underinstansen NPE. Dette valget er óg naturlig når en skal belyse eventuelle svakheter i pasientvernet eller andre rettspolitiske konsekvenser. Medhold i en klageinstans vil tydeliggjøre diskrepansene mellom avgjørelsene. Siden det kan foreligge ulike medisinskfaglige tolkninger og vurderinger, må det til en viss grad forventes og tillates noe rom for skjønnlige diskrepanser og påfølgende divergerende avgjørelser i PSN. Dette bidrar samtidig til å belyse min problemstilling og rette søkelyset mot manglende forutsigbarhet for pasientens kompensasjonsmulighet.

De medisinske forholdene som ligger bak pasientskadesakene varierer fra sak til sak. Det begrenser gyldigheten av å trekke rettsmessige slutninger mellom de ulike sakene, ut over evt. generelle juridiske vurderinger og uttalelser. I denne oppgaven er det interessante hvordan lovgiver har forutsatt pasientens vern, og jeg benytter meg derfor av forvaltningspraksis for å eksemplifisere loven i praksis og for å vurdere om lovgiverintensjonene følges opp.

⁹ Pasientskadeloven § 18 første ledd, jf. § 4 tredje ledd 2. pkt

¹⁰ Tall oppgitt fra NPE

¹¹ Ot.prp. nr.31 punkt 17.1 s.85

¹² Rt. 2006 s.1217 (avsnitt 38), Rt. 2008 s.218 (avsnitt 63)

¹³ Eks. PSN-2004-468

2 Noen kjennetegn ved erstatningsinstituttet og helsetjenesten

Utgangspunktet for erstatningsinstituttet ligger i at den enkelte har et ansvar for å unngå skade på andre. I Norge har vi en lang rettstradisjon med å plassere ansvar hos den som har voldt en skade, en tradisjon bygget på romersk rett og tidligere rettsprinsipper, med utgangspunkt i grunnleggende rettferdsforestillinger. Læren om erstatningsrett har utviklet seg fra å være en privat hevneraksjon, til det offentliges ansvar. Tidligere var straff og erstatning uløselig knyttet sammen, og regler om erstatning var av samme grunn fastsatt i straffelov¹⁴ med krav til skaden at den var voldt ved en forbrytelse.¹⁵ I 1969 ble det vedtatt en egen skadeerstatningslov. Den ble til etter et nordisk samarbeid mellom Danmark, Norge og Sverige, og gjelder på alle livsområder, også i helsevesenet.

I erstatningsretten står *prevensjons- og reparasjonshensyn* (den forebyggende og gjenopprettende funksjon) som sentrale siktemål: Skadelidte skal få kompensert skaden, og vissheten om ansvarliggjøring skal mane til aktsomhet. Hovedregelen for erstatningsansvar, og lenge det eneste ansvarsgrunnlaget i erstatningsretten, er *uaktsomhetsansvar*. Ansvarsgrunnlaget, som "vokste frem" i løpet av første halvdel av det 19.århundre, kalles også *culpaansvaret* og forutsetter klandreverdigg opptreden. Til grunn ligger en norm basert på hvordan "bonus pater familias", en forstandig familiefar, ville opptrådt.

Begrensningen i ansvarsgrunnlaget, og utfordringen for skadelidte, knytter seg til å bevise avvik fra "bonus pater-standard". Uaktsomhetsansvaret forutsetter også at skadelidte har en identifisert skadevolder å forholde seg til, noe som ofte ikke er tilfellet. Denne begrensningen i kompensasjonsmuligheten ble senere avhjulpet som følge av samfunnsutviklingen. Med industrialiseringen og fremveksten av "farlige virksomheter" utviklet det seg et *objektivt rettsgrunnlag* gjennom rettspraksis, som åpnet opp for ansvarliggjøring uavhengig av subjektiv skyld. Samfunnsutviklingen tilsa et særlig ansvarsgrunnlag når det ikke var mulig å peke på en bestemt skadevolder og skyld, men hvor virksomhetens eier, som var nærmest å bære tapet, ble tilskrevet ansvaret. Når egen virksomhets risiko resulterte i skade, måtte risikoutøveren tåle ansvarliggjøring. Dette rettsprinsippet er dokumentert i bl.a. "*Nitroglyserindommen*" (Rt.1875 s. 330) og i "*Vannledningsdommen*" (Rt. 1905 s.715), hvor retten for første gang uttrykkelig anvender det objektive ansvarsgrunnlaget.

¹⁴ Kriminalloven av 1842

¹⁵ Lødrup (2009) s.61-62

Utfordringen knyttet til identifikasjon medførte utvikling også av andre ansvarsgrunnlag, etter andre hensyn enn det som begrunner skyldansvaret, bl.a. ut fra hvem som har mulighet til å forebygge en skade og en interesseavveining. I skl. ble det hjemlet et særlig ansvarsgrunnlag som ansvarliggjorde *arbeidsgiveren* for arbeidstakerens feil uten krav til identifikasjon, forutsatt avvik fra forsvarlig opptreden. Arbeidsgiveren har som regel bedre bæreevne, og ble ansett nærmest til å bære tapet for skader voldt under eget ansvarsområde. Driftsrisikoen ble fremholdt som et ansvar for den hvis interesse det er at arbeidet gjennomføres, uten mulighet til å fri seg fra ansvar ved å delegere arbeidsoppgaver til andre.¹⁶

Et sentralt kjennetegn ved helsetjenesten er at den er av stor betydning for hele befolkningen og anses som en av de viktigste samfunnsgodene vi har. I helselovgivningen legges det til grunn at helsetjenester skal være gode og forsvarlige, og fordelingen skal være likeverdig. Helsetjenester er et velferdsgode som i stor grad er finansiert av det offentlige, og antall behandlinger og bevilgningene over statsbudsjettet viser en årlig jevn økning i aktivitet.¹⁷

Økningen i antallet behandlede pasienter øker også risikoen for at flere skader oppstår, noe som er påregnelig ut fra risiko og skadeevne. Lenge var pasienters kompensasjonsmulighet for skade i helsetjenesten tilsvarende andre skadelidtes erstatningsmuligheter *utenfor* helsetjenesten: Betinget av subjektiv skyld vurdert etter skl. og alminnelige erstatningsbetingelser. Den subjektive skyld ved uaktsomhet ble vurdert strengere enn forsvarlighetskravet som følger av helsepersonelloven¹⁸ (heretter forkortet hpl.) § 4, og som før 2001 fremgikk av ulike profesjonslover, bl.a. legeloven § 25. Det stilles krav til enhver helsearbeider at yrkesutøvelsen skal være forsvarlig. Dette individkravet kan ved manglende overholdelse medføre disiplinærreaksjoner iht. hpl. kapittel 11. På tilsvarende måte er det stilt krav til selve tjenesten om å innrette den forsvarlig, i tillegg til forsvarlig organisering, som bl.a. fremgår av spesialisthelsetjenesteloven¹⁹ og andre lover som regulerer selve virksomheten. Poenget her er at helsepersonell skal kunne oppfylle individkravet, jf. hpl. § 16.

¹⁶ Nygaard (2007) s.222

¹⁷ Se Prop. 1 S (2012-2013) punkt 1-2: Status for omsorg og helse og 2: Profilen i budsjettforslaget

¹⁸ Lov om helsepersonell 2 juli 1999 nr. 64

¹⁹ Lov om spesialisthelsetjenesten 2 juli 1999 nr. 61

3 Utvikling av- og utfordringer med ulike erstatningsordninger

3.1 Betydningen av den alminnelige erstatningsretten i helsetjenesten

Frem til den midlertidige pasientskadeordningen trådte i kraft, gjaldt utgangspunktene for erstatningsinstituttet tilsvarende i helsetjenesten, med et krav til aktsomhet for ikke å forvolde skade på andre. Som nevnt i kapittel 2 ble uaktsomhetskravet i helsetjenesten vurdert strengere enn forsvarlighetskravet, som er en rettslig standard, dvs. en norm hvor innholdet endres med utviklingen av hva som kan forventes av standard ut fra kunnskap og samfunnsutvikling.

Det var ofte vanskelig for pasienten å påvise skyld og culpaansvar ved å bevise uaktsomhet fra helsearbeideren, noe som utfordret muligheten for "reparasjon og kompensasjon" og erstatningsretten som et *gjenopprettende system* også i helsetjenesten. Domstolene kunne ikke gi medhold i erstatningskrav uten sannsynlighetsovervekt - og la óg vekt på å unngå utvikling av en praksis som innebar at den enkelte må bruke tid på å gardere seg mot å gjøre feil (såkalt *defensiv medisin*), og dermed på samfunnets behov for at helsetjenestens vernes mot unødige søksmål. Dette har også betydning for ressursbruk samlet sett. Disse hensynene viser seg gjennom påfølgende siterte dom:

"ikke enhver menneskelig svikt som måtte forekomme under arbeidet med å helbrede sykdommer vil overstige den terskel hvor ansvar for uaktsomhet er på sin plass. En viss margin må det være for uhell hvor et dyktig og ansvarsbevisst personale gjør sitt beste, selv om det senere kan påvises at behandlingen ikke objektivt sett skulle ha vært gjennomført som skjedd. Særlig må dette gjelde hvor behandlingen i noen grad beror på utøvelsen av et skjønn".²⁰

Dommen viser at aktsomhetsnormen ble praktisert med rom for ansvarsfrie feilvurderinger. I LB-2004-601 gis uttrykk for den samme aksept for rom for feilvurdering, av hensyn til en rimelig balanse mellom aktsomhetskravet og styrken i erstatningsvernet. Også i LB-1999-3100 fremgår det klart at terskelen for å fastslå uaktsomhet ligger høyt. Pasienten, som var alvorlig syk, ble uten samtykke undersøkt gynekologisk for å lokalisere en mulig infeksjon. Det uttales at det gjelder en streng aktsomhetsnorm, men at helsehjelpen ikke under noen omstendigheter bryter med den erstatningsrettslige aktsomhetsnormen. Dommen viser den hensyntaken til beslutningstvang som påhviler helsepersonell, med rom for "slingringsmonn" innenfor en praksis som er "lege artis" (legekunst). Med "slingringsmonn" forstås m.a.o. den naturlige variasjon i valg av vurdering og behandling, innenfor et spenn for hva som må regnes som medisinsk forsvarlig, som helsepersonell vil anvende i ulike kliniske sammenhenger.

²⁰ Rt. 1978 s.482 (s.486-487)

En praksis med "defensiv medisin" er antatt å ha store negative effekter for samfunnet, noe som kan begrunne en "ansvarsfri feilmargin" i et fag preget av mye usikkerhet og risiko. Men vektleggingen av disse hensyn gjør det vanskelig å oppnå økonomisk kompensasjon. Terskelen for uaktsomhet har også betydning for mulighetene for å ansvarliggjøre en arbeidsgiver.²¹

Culpanormen ble som nevnt i kapittel 2 ikke vurdert som dekkende som ansvarsgrunnlag med etablering av industri og "farlige virksomheter", og det begrunnet et *objektivt ansvarsgrunnlag*. Når det gjaldt skader i helsetjenesten, ble det kun unntaksvis ilagt ansvar på objektivt grunnlag. I en sak som gjaldt erstatning for sårskader etter røntgenbehandling, fant retten at det ikke forelå ansvarsbetingende uaktsomhet, og om objektivt ansvar uttales:

"Å etablere ansvar uten hensyn til skyld ved adekvat behandlingsmåte, ville føre til store konsekvenser. [...]Det må være en lovgivningsoppgave å vurdere om objektivt ansvar skal innføres for komplikasjoner som behandling av syke har medført."²²

Høyesterett holdt tilbake fra å skape en presedens med henvisning til arbeidsfordelingen mellom lovgiver og rettsinstansen. Det var antatt at å anerkjenne ansvar ubetinget av skyld ville medføre urimelige kostnader for helsetjenesten, en prioritering som forutsatte en demokratisk lovgiverprosess. I dommens premisser ligger det også en vurdering av at det her var snakk om en mulig påregnelig skade ved behandling av en livstruende sykdom. Standpunktet ble senere opprettholdt, med henvisning til at det nå var oppstilt et lovgiverutvalg som vurderte ansvarsgrunnlaget (Rt. 1990 s. 768, s. 777-778), se punkt 3.3.3.

I de særlige tilfeller ansvarsgrunnlaget fikk gjennomslag, var begrunnelsen at pasienten hadde vært underkastet risikofylt behandling i samfunnets interesse²³ eller at rimelighetshensyn gjorde seg sterkt gjeldende²⁴. Behandling i egeninteresse ble som hovedregel avvist.²⁵ Utviklingen gikk likevel i retning av å gi pasienten erstatning når skaden skyldtes *teknisk svikt*. Allerede i 1959 ble det anerkjent et objektivt ansvar for stråleskade forårsaket ved tekniske mangler i et røntgenapparat, en ansvars plassering som ble uttalt å være naturlig.²⁶ Det ble senere en festet praksis.

²¹ Se punkt 4.1.4

²² Rt. 1978 s.482 (s.487)

²³ Rt. 1960 s.841: Tvungen vaksinasjon for sjømannsverv

²⁴ Rt. 1992 s.64: Bruk av p-pille forårsaket hjernetrombose (blodpropp i hjernen)

²⁵ Rt. 1990 s.768: Presumert at kvinnen ikke ville ha overlevd operasjonen uten blodoverføring

²⁶ RG. 1959 s.150 (s.156)

3.2 Billighetserstatning

Billighetserstatningsordningen, også kalt rettferdsvederlag, har røtter flere århundre tilbake, men ble befestet i 1917.²⁷ Ordningen forutsetter at skadelidte selv søker kompensasjon, og forvaltes av Stortinget for å "bøte på" urimelige utslag av behandling i det offentliges regi. På ulovfestet grunnlag tar den sikte på å muliggjøre kompensasjon når det ikke er rettslig grunnlag for erstatning over det ordinære system.

Det gjelder ingen formelle vilkår for billighetserstatning. Det tildeles et skjønkelig beløp vurdert etter *rimelighetshensyn* og sedvane som "plaster på såret". Billighetserstatning oppfyller kun delvis reparasjonshensynet, siden beløpene som tilkjennes som regel er lave, fra kr 20 000 – 100 000. I tillegg er det en forutsetning at skadelidtes tap ikke kompenseres gjennom andre ordninger (se punkt 3.5). Som hovedregel vektlegges om det offentlige har opptrådt kritikkverdig, noe som viser seg ved at billighetserstatning som regel ikke ytes når skaden følger av ulykker, sykdom eller vanskelige oppvekstforhold. Ordningen avhjelper heller ikke ressurs- eller kapasitetsmangler i offentlige helseapparater.²⁸ Tilsvarende gjelder for påregnelige skader.

Som eksempler på tilkjent billighetserstatning kan nevnes utbetalinger til tvangssteriliserte tatere, lobotomerte og pasienter som har blitt smittet med HIV-infisert blod i forbindelse med sykehusinnleggelse, eks. "*HIV-smittedommen*" (Rt. 1990 s. 768). I slike tilfeller blir det ytet noe høyere beløp, rundt kr. 200 000.

For ikke å gjøre ordningen til en alternativ erstatningsrett og for å ta avstand fra ordningen som en rettighet, er den bevisst ulovfestet.²⁹

3.3 Norsk pasientskadeerstatning og den midlertidige ordningen fra 1988

3.3.1 Arbeidsgruppen og utviklingen av ordningen

Utfordringen pasienter møtte i det ordinære system initierte et politisk arbeid for bedre kompensasjonsmuligheter for skadelidte pasienter gjennom *særlige erstatningsregler* for skader i helsetjenesten. I tillegg var det politisk prioritert å unngå søksmål med de negative virkningene

²⁷ Foyn (1990) s. 175

²⁸ St.prp. nr.65 (2006-2007) punkt 1.4.2

²⁹ St.prp. nr.72 (1998-1999) punkt 2.4

det hadde for helsetjenesten og helsearbeidere. Arbeidet startet i 1975, inspirert av den svenske pasientskadeordningen fastsatt samme år.

Det var Norske Kommuners Sentralforbund (NKS) og enkelte forsikringsselskaper som lanserte det første utkastet til pasientskaderegler. Forslaget ble oversendt til Sosialdepartementet, men ble den gang ikke prioritert. Først i 1987 ble arbeidet iverksatt, og det ble nedsatt en *arbeidsgruppe* med oppdrag å utarbeide forslag til en midlertidig, frivillig erstatningsordning, etter initiativ fra sosialministeren. Arbeidet resulterte i en midlertidig, avtalebasert ordning mellom staten og fylkeskommunene (dvs. sykehuseierne), med virkning fra 1. januar 1988. Den midlertidige ordningen var tiltenkt å vare i en treårsperiode, men det skulle vise seg å gå hele 13 år før den ble vedtatt i lovs form av Stortinget.

Pasientens erstatningsvern skulle styrkes ved å innføre et *objektivt ansvarsgrunnlag* som gav pasienten krav på erstatning uten å identifisere en personlig ansvarlig. Det var bl.a. dette som skulle skille de nye reglene fra den ordinære ordningen, og sikre at den virket mer gjenopprettende. Det objektive ansvaret ble *relativisert*, slik at uunngåelige konsekvenser av helsehjelpen ikke ga rett til erstatning. Det var i utgangspunktet kun fysiske skader som skulle omfattes av reglene. Det begrenset pasientens vern i forhold til den ordinære ordningen, se punkt 4.1.1 Videre skulle tingskader og rene formuestap som utgangspunkt falle utenfor reglene.³⁰

Den relative begrensningen i ansvaret, slik det fremgikk av reglenes § 3, skulle likevel ikke gjelde ved utvist uaktsomhet. Det fremkom av arbeidsgruppens notat og måtte bevises av NPE.³¹ Ut over dette hadde pasienten bevisbyrden, som svarte til reglene i den ordinære ordningen.

Innføring av et objektivt ansvar var óg ønskelig for å *skåne den enkelte helsearbeider* ved oppstått pasientskade, og for å avhjelpe risikoen for "defensiv medisin". Erfaringsvis hadde også velviljen til å bidra til å opplyse sakene uteblitt p.g.a. den personlige skyldplasseringen.

Det var ikke minst de dyre, belastende og konfliktskapende *rettsprosessene* som begrunnet en særlig prosessordning for pasientskader, hvor løsningen ble forvaltningsbehandling av skadekrav ved oppretting av NPE, underordnet klagenemnden PSN. Avgjørelser som ble fattet var å anse som enkeltvedtak etter reglene i forvaltningsloven³².

³⁰ NOU 1992: 6 punkt 4.4.1

³¹ NOU 1992: 6 punkt 4.4.2

³² Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10 februar 1967

Med etableringen av den midlertidige ordningen steg, ikke uventet, antallet klagesaker og færre krav ble ført i sivile søksmål. Dette ble satt i sammenheng med at ansvarsreglene nå var objektivisert, noe som medførte en forenkling i forhold til ansvars plasseringen.³³

3.3.2 Særskilt om meldeordninger og informasjon

Etter legeloven § 41 gjaldt det lenge en beskjeden rapporteringsplikt for helsepersonell ved pasientskader. Allerede før den midlertidige ordningen ble iverksatt, ble det arbeidet for bedre melderutiner av pasientskader i helsetjenesten, som ble videreført under den midlertidige ordningen for å bedre kommunikasjonen både internt mellom helsearbeidere, og til pasienter og aktuelle rapporteringsinstanser. Informasjonen som en innhentet, var det ønskelig å benytte til kvalitetssikrende arbeid i helsevesenet.³⁴

I forbindelse med at det ble laget en egen pasientrettighetslov med ikrafttredelse 1. januar 2001, ble pasienten gitt rett til å få *informasjon* om pasientskadeordningen ved skader, fastsatt i § 3-2 fjerde ledd. Informasjon om muligheten til å søke erstatning fra NPE var en viktig forutsetning for å gjøre ordningen effektiv. Det ble samtidig en plikt for helsepersonell til å informere om ordningen med hjemmel i hpl. § 10, som henviser til pasient- og brukerrettighetsloven (heretter forkortet pasbrl.) § 3-2.

3.3.3 Lødruputvalget: NOU 1992:6

Parallelt med arbeidsgruppen sitt arbeid fikk Justisdepartementet i oppdrag å utarbeide regler for pasientskadeerstatning. Departementet oppnevnte et *arbeidsutvalg*³⁵, kalt "Lødruputvalget", ledet av professor dr. juris Peter Lødrup. Basert på erfaringer en høstet ved den midlertidige ordningen, skulle "Lødruputvalget" komme med forslag til en ny pasientskadelov med *varige regler om objektivt ansvar*, for å avhjelpe en rettspraksis som bar preg av sterk tilbakeholdenhet mot å statuere uaktsomhetsansvar. En egen referansegruppe ble tilknyttet utvalget for å styrke bredden og sikre retningen i utredningsarbeidet. Reglene skulle gjelde for både offentlig og privat helsevesen, og da først og fremst for somatiske sykehus. Det var altså helt fra starten tilsiktet å subsumere den private helsetjenesten under lovens virkeområde, men det skulle vise seg vanskelig å få forsikringsselskapene til å binde seg på lovens vilkår.

³³ NOU 1992: 6 punkt 6.2

³⁴ NOU 1992: 6 punkt 3.8

³⁵ Ved kgl. res. 11. september 1987

3.4 Pasientskadeloven fra 2003

Lov om pasientskader trådte i kraft 1. januar 2003 og avløste de midlertidige reglene. Loven har de samme formålene som den midlertidige ordningen, men pasientskadeloven³⁶ innebærer en lovfesting av materielle og prosessuelle regler, og enkelte innholdsendringer. Nytt i loven er óg et utvidet virkeområde, se punkt 4.4. Det som fremsto som et vilkårlig skille mellom offentlige og private helsetjenester i loven, er nå begrenset til å gjelde overgangsskader.³⁷ Fortsatt supplerer enkelte regler i skl. pasientskadelovens regler, bl.a. for erstatningsutmålingen.

Pasientskadeloven bygger på "Lødruputvalgets" arbeid i NOU 1992: 6, og viderefører på de fleste områder den avtalebaserte ordningen. Det ble lagt til grunn at de fleste målsettinger med ordningen var oppnådd i samsvar med de målene som ble satt. Med pasientskadeordningen ble ansvarsgrunnlaget mer objektivisert, noe som førte til at flere fikk erstatning, bl.a. fordi pasienten unngikk de bevisproblemene som var knyttet til culpavurderingen. Utover enkelte kapasitetsmessige problemer p.g.a. en økning i antall skadekrav, var erfaringen med egne klageorganer i hovedsak gode, som tilsa en videreføring av prosessordningen.

Sentralt ved lovens utforming var spørsmålet om rekkevidden av det objektive ansvaret. "Lødruputvalget" foreslo et ansvar for skader som skyldtes *feil eller svikt* ved helsehjelpen. Dette skulle markere en grense nært opp til adekvanskrevet, som var ansvarsgrunnlagets ordlyd under den midlertidige ordningen.³⁸ Forslaget ble videreført i Ot.prp. nr. 31, men Stortinget valgte bevisst å fravike forslaget. Ordet "feil" ble fjernet p.g.a. sterk kritikk, primært fra Den norske legeforening, med den begrunnelse at en beveget seg tilbake til en culparettslig tankemodell, som loven skulle avvikle, og for å tydeliggjøre at ansvarsgrunnlaget var objektivisert. Etter endringen av ordlyden ble det tilføyd i sosialkomiteens uttalelser at *"terskelen for hvilke handlinger som skal utløse ansvar, skal være lavere enn i den alminnelige erstatningsrett."*³⁹

3.4.1 Særskilt om meldeordninger og informasjon

Arbeidet med bedre meldeordninger og interne rapporteringssystemer ble videreført med pasientskadeloven, da erfaringer under den midlertidige ordningen var gode. Det objektive ansvarsgrunnlaget bidro til en *åpenhetskultur* med lavere terskel for interne rapporteringer og eksterne meldinger til bl.a. NPE. Intensjonen var at dette skulle bidra til en positiv utvikling for

³⁶ Heretter omtalt både som pasientskadeloven og passkl.

³⁷ Pasientskadeloven § 21

³⁸ De midlertidige reglene § 3 litra d

³⁹ Innst.O.nr. 68 (2000-2001) punkt 2.2

det skadeforebyggende arbeidet, samtidig som fremstillingen av den faktiske situasjonen i helsevesenet ble mer pålitelig.⁴⁰

3.5 Andre kompensasjonsordninger: Trygd

Trygdesystemet har vært en del av vårt sosiale "sikkerhetsnett" siden 1800-tallet. Det som startet som en "frivillig arbeidsløshetskasse", ble etter hvert mange lover og samlet i en særlig lov, lov om folketrygd av 17. juni 1966 nr. 12, senere avløst av lov av 28. februar 1997 nr. 19.⁴¹

Trygd er ikke erstatning, men en offentlig velferdsordning som fungerer som et "sikkerhetsnett" for de som ikke har en skadevolder å forholde seg til, og ytes uavhengig av skadeårsak. Trygdeytelsene er det *grunnleggende kompensasjonssystemet* og ytes alene eller i tillegg til andre, subsidiære erstatningsordninger, men da gjøres det fradrag tilsvarende trygdeutbetalingen i disse. De øvrige ordningene har selvstendig betydning som kompensasjonsordninger først når lidt tap overstiger trygdens utbetalinger, såkalte mertap. Dette forutsetter at vilkårene for erstatning evt. billighetserstatning er oppfylt. Utgangspunktet er det samme også for andre kompenserende ordninger, slik som ulykkesforsikringer.

Hovedregelen for erstatningsutmålingen ved personskader er hjemlet i skl. § 3-1, en regel som gjelder tilsvarende for skadekrav for NPE. Det fremgår av tredje ledd at bestemmelsen skal leses sammen med andre regelsett som aktualiseres i en skadesituasjon, og bekreftes av Høyesterett i Rt. 2010 s. 1153.

3.6 Produktansvarsloven

Skader som følge av *legemiddelbruk*, enten skaden resulterer i mén eller økonomisk tap, reguleres av produktansvarsloven av 1988, kapittel 3. Loven fastsetter et *objektivt ansvar* for produsenter av legemidler, med en tvungen legemidelforsikring. Ansvarer supplerer skadelidtes erstatningsvern, sammen med pasientskadeloven og den ordinære ordningen. Erstatningsvernet forutsetter at skaden eller medikamentets bivirkninger ikke var påregnelig.⁴²

⁴⁰ NOU 1992: 6 punkt 4.5

⁴¹ Fra NAV sine hjemmesider

⁴² Produktansvarsloven § 3-3 annet ledd, litra b

Produsentansvaret avgrenses mot pasientskadelovens virkeområde. Der bivirkningen/skaden skyldes feilordinering fra legen eller feilekspedering i apotek, kommer pasientskadeloven til anvendelse. Produktansvaret gjelder heller ikke der medikamentet ikke har virket, evt. ikke har virket tilstrekkelig.⁴³

For pasienten er det ofte vanskelig å vite om helseplagene skyldes bruk av legemidler, selve sykdommen eller behandlingen forøvrig. Til pasientens fordel, og av hensyn til forenkling, kan både usikre og evt. ubegrunnede krav fremmes etter pasientskadeloven. Dekkes skaden av produktansvarsloven, gjelder disse reglene i regressomgangen.⁴⁴

⁴³ Produktansvarsloven § 3-3 annet ledd, litra a og c

⁴⁴ Ot.prp. nr.31 punkt 10.6.3 s.56

4 Vilkårene for erstatning

Kompensasjonsordningene som til nå er gjennomgått, forutsetter for erstatning at flere *kumulative vilkår* er oppfylt, med unntak av billighetserstatning. I 4.1 og 4.2 behandles vilkårene etter *ordinær ordning* og *pasientskadeloven*. En fremstilling av vilkårene for erstatning slik de følger av alminnelig erstatningsrett er relevant av flere grunner. Enkelte kriterier er videreført i pasientskadeloven, slik som innholdet i skadekriteriet, samtidig som fremstillingen tar sikte på å belyse ulikheter mellom ordningene. I forarbeidene til pasientskadeloven er det uttalt at enkelte momenter som vektlegges i uaktsomhetsvurderingen, også er retningsgivende for ansvarsvurderingen i pasientskadeloven. I pasientskadeloven skal imidlertid ansvaret vurderes uten skyldtilnærming og forutsettes å inntreffe på et tidligere tidspunkt enn uaktsomhetsansvaret.⁴⁵

4.1 Vilkårene for erstatning etter den alminnelige erstatningsretten

Erstatningsvilkårene etter ordinær ordning utledes av skl., rettspraksis og juridisk teori. Pasienten må være påført en skade med påfølgende økonomisk tap, som en enkeltperson eller en arbeidsgiver kan ansvarliggjøres for, evt. som et objektivt ansvar. Det må foreligge årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og ansvarsgrunnlaget som er adekvat, dvs. en påregnelig forbindelse mellom skaden og helsehjelpen.

4.1.1 Skadevilkåret

Grunnvilkåret er påført *skade*. Skaden kan være en personskade, enten fysisk eller psykisk, en ren formuesskade eller en tingskade. Det er uten betydning hvor skaden har inntruffet, men arbeidsgivere svarer kun for ansattes feil når de opptrer i tjenesten. Det er et selvstendig vilkår at skaden medfører *økonomisk tap*. Det er gjort unntak fra dette i reglene om oppreisning⁴⁶ og ménerstatning⁴⁷, som kompenserer for ikke-økonomiske tap, som f.eks. tap av hørsel. Mens oppreisning krever at skyldgraden er forsett eller grov uaktsomhet, gis ménerstatning uavhengig av skyldgrad, forutsatt at skaden er varig og betydelig.

Det er et vilkår for erstatning at det har oppstått en skade *i helsetjenesten*, altså at behandlingen eller unnlåtelsen av behandlingen i helsetjenesten har medført skaden. Dersom skaden skyldes

⁴⁵ Se punkt 4.2.5

⁴⁶ Skadeerstatningsloven § 3-5

⁴⁷ Skadeerstatningsloven § 3-2

sykdommen omfattes den ikke. Det kan oppstå tvil om det er skade, slik den frifinnende "*Steriliseringsdommen*" (Rt. 1999 s. 203) illustrerer. Et feilet steriliseringsforsøk ble her avkrevet med erstatning for videre oppfostring av barnet, men det ble ikke ansett som en skade at et mislykket forsøk på sterilisering forårsaket et barn.

4.1.2 Uaktsomhetsansvaret

Det vises til omtalen av skyldkravet i kapittel 2 og punkt 3.1, og avgrensninger som følge av nødvendig "slingringsmann". Innholdet i *uaktsomhetsansvaret* følger av ulovfestet rett, som har utviklet en rekke *skjønnlige* vurderingsmomenter. Nedenfor illustrerte momenter, vil sammen med andre, avgjøre om ansvar ilegges. Utenfor culpaansvaret faller det som kalles *hendelige uhell*⁴⁸, som ikke gir rettslig skyldansvar etter regelen.

Helsepersonell som ikke følger *lovpålagte plikter, faglig anerkjente retningslinjer* og *medisinsk praksis* i en behandlingssituasjon, kan oppfylle uaktsomhetsansvaret. På helserettens område er det særlig hpl. som hjemler ansvarspliktene. Det følger av sikker rett at vurderingen skal gjøres objektiv, slik at en lege som p.g.a. nervøsitet i forbindelse med en operasjon volder skade, ikke kan påberope seg individuelle forhold som ansvarsbefriende.⁴⁹ Om helsepersonell av bemanningsårsaker er ufrivillig overarbeidet og derfor påvirket av f.eks. tretthet, må det likevel vektlegges i en ansvarsvurdering.

Det kan videre være uaktsomt ikke å ta høyde for *risikoens størrelse*, og siden helsehjelp ofte er risikabelt, skjerpes aktsomhetskravet i situasjoner hvor faregraden er særlig stor, uten at det nødvendigvis resulterer i ansvarliggjøring. Det ble resultatet i "*Jordmordommen*" (Rt. 2005 s. 1050). Retten uttaler her at det gjelder en skjerpet norm hvor risikoen for alvorlig skade evt. død er nærliggende, med det resultat at en jordmor vil oppfylle kravet til ansvarsbetingende uaktsomhet dersom en unormal svangerskapsutvikling ikke oppdages (avsnitt 22). På tross av dette ble resultatet her frifinnelse, bl.a. av hensyn til ressurssituasjonen (avsnitt 35-36).

Det er ikke nødvendigvis uaktsomt å gjennomføre en risikofylt behandling der *nytteeffekten* overgår risikoelementet⁵⁰, men risikoens størrelse kan tilsi at helsearbeideren burde ha valgt en *alternativ handling*. I "*Lymfeknutedommen*" (Rt. 1981 s. 728) var spørsmålet om behandleren alternativt skulle ha gjennomført en fjerning av en unormal lymfeknute i full narkose, og ikke

⁴⁸Et uhell som lett inntreffer, uten at det er utvist subjektiv skyld

⁴⁹ Dette har også støtte i teorien, se Kjønsstad (2007) s.259

⁵⁰ Rt. 1978 s.482 (s.498)

lokalt, og om moren til gutten alternativt skulle vært informert om skaderisikoen som statuerte seg. I denne dommen ble ingen av spørsmålene besvart bekreftende.

Vurderingen vil også vektlegge *ressurskapasitet* som evt. legger begrensninger på valg av behandlingsmetode, enten det er budsjettmessig eller utstyrmessig, men også helsearbeiderens *kliniske skjønn* ut fra pasientopplysninger og egen oppfatning av situasjonen. Det forutsetter at vurderingen, slik den ble gjort på skadetidspunktet, samsvarer med forsvarlig, medisinsk praksis. I forhold til ressurskapasitet vil culpavurderingen ta hensyn til at helsepersonell kan opptre i *pressede arbeidssituasjoner*, slik som ved øyeblikkelig hjelp, mens en helsearbeider som selvvalgt har påtatt seg for mange arbeidsoppgaver og som følge av dette forvolder skade, vanskelig kan påberope seg den samme lempen. Der tiden tillater det, må en forvente at pasienten henvises til riktig behandlingsnivå både med tanke på kompetanse, utstyr og kapasitet.

Det kan også være uaktsomt av en helsearbeider å gå *for langt* i en utrednings- eller behandlingssituasjon som ledd i "defensiv praksis". Det følger allerede av hpl. § 6.

Som regel vil *skadelidtes forhold* ikke påvirke erstatningskravet, med mindre pasienten selv har medvirket til skaderisikoen.⁵¹ En fortielse om egen helsetilstand eller unnlattelse av å møte til videre undersøkelse eller behandling, kan få selvstendig betydning for skadekravet.⁵²

Et skjerpet aktsomhetskrav pålegges *profesjonsansvarlige*, dvs. autorisert helsepersonell. Etter hpl. følger egne plikter med et slikt ansvar, som kan sanksjoneres ved pliktbrudd. Profesjonsansvaret stiller krav til ferdigheter, faglig forståelse og faglig oppdatering innenfor egen profesjon. Mangelfulle kvalifikasjoner på behandlingstidspunktet vil derfor kunne medføre erstatningsansvar.⁵³

Det kan være uaktsomt å gå utover *faglige forutsetninger* og påta seg større ansvar enn egen kompetanse tilsier. Helsearbeideren er her forpliktet til å henvise pasienten til riktig behandlingsnivå, sett at situasjonen forøvrig gjør det forsvarlig. I "*Reservelegedommen*" (Rt. 1962 s. 994) ble en turnuslege solidarisk ansvarlig sammen med sykehuset for skade under en debutoperasjon med en slik begrunnelse (s.997-998). Dommen avbilder også at aktsomhetskravet skjerpes i situasjoner uten hastepreg som muliggjør alternativ handling.

⁵¹ Skadeerstatningsloven § 3-5

⁵² Rt. 1989 s.426 (s.432)

⁵³ Rt. 1951 s.950 (s.953)

4.1.3 Det ulovfestede objektive ansvaret

Som nevnt i kapittel 2 og punkt 3.1 "vokste" det *objektive ansvarsgrunnlaget* frem for å kunne pålegge ansvar der uaktsomhetsansvaret ikke var dekkende. Juridisk teori synes divergerende i sine oppfatninger av hvilke krav som må oppfylles for objektivt ansvar, der i blant hvilke betydning det har for vurderingen at risikoen er stadig, typisk og ekstraordinær. Det er uttalt i forarbeidene at *"Det sier seg selv at disse kriteriene er noe vage, og at rammen for det ulovfestede, objektive ansvar derfor blir noe usikker"*.⁵⁴ Risikoen i virksomheten og for skade står helt sentralt i ansvarsvurderingen, hvor det vektlegges om den i tilstrekkelig grad avviker fra dagliglivets risiko, m.a.o. om artsdifferansen er stor nok. Slik risiko kan ansvarliggjøres, forutsatt at risikoen har sammenheng med virksomheten.⁵⁵ Jo mer stadig og typisk risikoen er, jo mer taler for å ansvarliggjøre uten skyld. Den endelige vurderingen vil bero på en helhetsvurdering, hvor også rimelighetshensyn og driftshensyn vektlegges.

4.1.4 Arbeidsgiveransvaret

Bakgrunnen for arbeidsgiveransvaret er beskrevet i kapittel 2. Ansvarsgrunnlaget er en form for objektivt ansvar hjemlet i skl. § 2-1, men forutsetter at arbeidstakeren oppfyller uaktsomhetskravet. I sum er flest søksmål etter den ordinære ordningen fremmet etter dette ansvarsgrunnlaget. Arbeidsgiveren holdes ansvarlig for egne ansatte, evt. solidarisk⁵⁶, forutsatt at arbeidstakeren har handlet *"i tjenesten"*. Skader som voldes av helsearbeidere utenfor sitt ansvars- og kompetanseområde må derfor vurderes etter uaktsomhetsansvaret. Ansvarsgrunnlaget er oppfylt selv om arbeidstakeren er uidentifisert (anonyme feil). Det bekreftes i f.eks. RG. 1970 s. 215, hvor et sykehus ble ansvarlig for en røntgenbehandling som medførte for høy strålebehandling og en sårskade på pasienten. Også feil som enkeltvis ikke er tilstrekkelig til å oppfylle uaktsomhetsansvaret, kan samlet være erstatningsbetingende etter dette ansvarsgrunnlaget (kumulative feil).

Dersom *"de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten er tilsidesatt"*, ligger det an til erstatning, jf. skl. § 2-1 punkt nr. 1. Rimelighetsvurderingen rommer muligheten for å nedtone pasientens forventninger tilsvarende begrensninger i økonomiske bevilgninger fra myndighetene, så fremt det er forsvarlig. I *"Fusadommen"* (Rt. 1990 s. 874) gikk

⁵⁴ NOU 1992: 6 punkt 8.3

⁵⁵ Nygaard (2007) s.270 og Rt. 1960 s.429

⁵⁶ Skadeerstatningsloven § 5-3

ressursbegrensningen for langt, da helsehjelpen " åpenbart [...] ikke tilfredstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie" (s.888).

Det fremgår nå av skl. § 2-1 punkt nr. 4 at pasientskadeloven skal gjelde for pasientskadeerstatning. Det innebærer at erstatningskrav etter pasientskader ikke lengre baseres på arbeidsgiveransvaret.

4.1.5 Kravet til adekvat årsakssammenheng og bevisføring

Vilkåret adekvat årsakssammenheng og bevisreglene er hovedsakelig sammenfallende etter ordinær ordning og pasientskadeloven. Fremstillingen gjøres derfor samlet i punkt 4.2.6.

4.2 Vilkårene for erstatning etter Pasientskadeloven fra 2003

4.2.1 Generelt om formålet med loven og virkningen av denne

Pasientskadeloven har ingen formålsbestemmelse, men i forarbeidene er det et uttalt mål "*å styrke det erstatningsrettslige vernet for personer som pådrar seg skader som omfattes av lovens virkeområde*".⁵⁷ Det er derfor innført et objektivt ansvarsgrunnlag, som kan ivareta kompensasjonsbehovet bedre ved å lempe på ansvarsvurderingen slik den gjaldt tidligere. Loven har videre søkt å forhindre at det oppstår et vilkårlig og urimelig skille til de som kun har folketrygdens ytelser og evt. ulykkesforsikringer å holde seg til, siden disse vil ha samme behov for kompensasjon.⁵⁸

Den materielle virkningen av loven er at uaktsomhet ikke er avgjørende for erstatningsansvar.⁵⁹ I pasientskadeloven er det dekningsområdet for objektivt uriktige vurderinger og handlinger som er det sentrale.

De prosessuelle virkningene av loven er at det har blitt lettere for pasienter å fremme krav og at helsearbeidere/helseinstitusjoner ikke lengre er part i prosessen.

⁵⁷ Ot.prp. nr.31 punkt 1 s.5

⁵⁸ NOU 1999: 6 punkt 9.3.3

⁵⁹ LB-2010-005844, hvor det uttales at "det kreves ikke at opptreden er subjektivt klandrerlig" og videre at "kravet til subjektiv skyld er fjernet"

4.2.2 Skadevilkåret

Skadebegrepet forstås i utgangspunktet tilsvarende som i den ordinære ordningen, se punkt 4.1.1. Pasientskadeloven gjelder både ved *fysisk og psykisk skade*, en endring som er gjort for å unngå et vilkårlig skille.⁶⁰ Det er uten betydning om skaden oppstår i diagnose- eller behandlingsfasen, og det stilles heller ikke krav til skaden at den er varig. Også tidsbegrensede sykdomsperioder omfattes av begrepet.⁶¹

Et minstevilkår for erstatning er at skaden skyldes *helsehjelpen*. I passkl. § 1 oppstilles tre *tilknytningspunkter* til helsetjenesten, hvor minst én av forbindelsene må foreligge. Som regel vil flere av tilknytningspunktene være oppfylt. Opphøret av skillet mellom privat og offentlig helsetjeneste i loven har forenklet en tidligere sammensatt vurdering.

Er skaden voldt i et behandlingssted som omfattes av tjenesteområdene til spesialisthelsetjenesten eller kommunehelsetjenesten⁶², er tilknytningskriteriet oppfylt (jf. litra a.) Det gjelder selv om skaden inntreffer først på et senere tidspunkt, f.eks. etter utskrivning. Videre omfattes skader med tilknytning til ambulansetransport (jf. litra b). Transportmidler skal forstås i vid forstand, men avgrenses mot privat transport.

Endelig omfattes pasientskader som er voldt av helsepersonell (jf. litra c), og uten at det stilles krav til at helsearbeideren opptrådte i tjenesten når skaden inntraff. I forhold til øyeblikkelig hjelp og fritidsskader utgjør dette en praktisk viktig bestemmelse. På den annen side lempes kravet for helsearbeidere i slike tilfeller. Det skal f.eks. mer til å vinne frem med påstand om feilaktig behandling når det er gitt tilfeldige råd utenom arbeidssituasjonen. Helsepersonell skal forstås på samme måte som i hpl. § 48 - § 50, jf. § 3. I tillegg omfatter loven hjelpere til autorisert helsepersonell.

Bestemmelsen avgrenses mot hjemmebaserte helsetjenester uten bistand fra autorisert helsepersonell, f.eks. personer som omfattes av lov om alternativ behandling av sykdom (27. juni 2003 nr. 64), og som ikke samtidig defineres under hpl. virkeområde.

Hvilke skader som regnes som pasientskader, fremkommer av passkl. § 1 annet ledd. Begrepet *helsehjelp* er gitt et omfattende innhold i pasientskadeloven, mer omfattende enn begrepet

⁶⁰ Ot.prp. nr.31 punkt. 10.6.1 s.54-55

⁶¹ Eks. PSN-2011-556

⁶² Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. 24 juni 2011 nr.39

fremstår i den øvrige helselovgivningen.⁶³ Det omfatter all form for kontakt med helsevesenet og uten krav til at hjelpen har vært nødvendig. Mulige skadesituasjoner er brudd på taushetsplikten og konsultasjoner per telefon, så fremt kontakten med helsevesenet er etablert på individuelt nivå.⁶⁴ Generelle råd en innhenter gjennom internett o.l. faller utenfor. Høyesterett behandlet skadebegrepet i "*Sphincter-rupturdommen*" (Rt. 1998 s. 1336). Det ble ikke ansett som en pasientskade at en kvinne ble påført totalruptur (ødelagt endetarmsmuskulatur) i fødselsforløpet. Skaden ble ansett som en følge av fødselen (grunnlidelse) og falt derfor utenfor lovens pasientskadebegrep.

Erstatning (evt. ikke erstatning) utelukker ikke reaksjoner fra Statens helsetilsyn⁶⁵ eller evt. straff for de samme forhold. Det følger av sikker rett at dette ikke er dobbelstraff i strid med EMK protokoll 4 artikkel 4 nr. 1.⁶⁶

4.2.3 Økonomisk tap

Tilsvarende tidligere ordninger må pasientskaden medføre et *økonomisk tap*. Det er helt klart at tap av inntekt og kostnader som en følge av skaden oppfyller kravet, men nytt i loven er at den avgrenses mot småkrav med økonomisk tap under 5000 kr. Siden det kun er mertap som erstattes, må videre behandlingkostnader o.l. overstige denne beløpsgrensen for å gi rett til erstatning.

Oppreisningskrav omfattes ikke av loven, og henvises til skl., selv om kravet fremmes i tilknytning til pasientskader. Også dette er nytt i loven: Oppreisningskrav var tidligere omfattet av den midlertidige ordningen, men beløpsmessig avgrenset. Derimot omfattes *ménerstatning* av pasientskadeloven, og ytes der pasienten får redusert livskvalitet, forutsatt medisinsk invaliditet på minst 15 %.

4.2.4 Ansvarsgrunnlagene

Ansvarsgrunnlagene bygger på en videreføring av de midlertidige reglene, og oppstiller ulike former for *objektivt ansvar*, jf. passkl. § 2. Ansvaret omfatter flere skader enn uaktsomhetsansvaret.

⁶³ Saml. helsepersonelloven § 3

⁶⁴ Ot.prp. nr.31 punkt 10.4.1 s.49

⁶⁵ Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m., 30. mars 1984 nr. 15

⁶⁶ Rt. 2004 s.1343, tilbakekall av legelicens var ikke straff

I litra a er ansvarsgrunnlaget "svikt ved ytelsen av helsehjelpen, selv om ingen kan lastes". Bestemmelsen er hjemmelsgrunnlaget til de fleste skadekrav som reises etter loven. Det er ikke rom for subjektive aktsomhetsvurderinger etter bestemmelsen (jf. "ingen kan lastes"), men regelen gir heller ikke anvisning på et rent objektivt ansvar, såkalt resultatansvar, (jf. "svikt"). I forarbeidene er det uttalt slik:

"[...]regelen er objektiv i den forstand at den utelukker subjektive unnskyldningsgrunner."⁶⁷

"[S]elv om ansvaret i utgangspunktet objektiviseres, må det forankres i at det har skjedd noe irregulært, og at det kan føres tilbake til en [...] handlemåte som burde være annerledes."⁶⁸

På denne måten *relativiseres ansvaret*, slik at skader som har sammenheng med etterfølgende tilegnede kunnskaper, pasientens grunnsykdom eller legevitenenskapens begrensninger faller utenfor lovens dekningsområde. Ansvarsgrunnlaget har likevel stor betydning for pasientens erstatningsvern, ved at en unngår å måtte bevise *hvem* som står bak skaden. Relativiseringen viser seg i praksis ved at skadekrav avvises der helsehjelpen ikke anses som "sviktende", f.eks. der det tilkommer skade ved behandling som i ettertid viser seg å være unødvendig. PSN-2012-200 eksemplifiserer dette. Det ble fremmet erstatningskrav for feilaktig fjerning av skjoldbruskkjertelen etter feiltolkning av preoperative vevsundersøkelser som indikerte kreft i kjertelen. Følgene for pasienten var et skjemmende arr og permanent behov for tilført stoffskiftehormon. PSN avslo erstatningskravet, da inngrepet bygget på korrekt indikasjon på bakgrunn av den kunnskap en hadde på *behandlingstidspunktet*.

Irregularitet som erstatningsbetingende bekreftes i PSN-2012-281. Saken gjaldt erstatningskrav for redusert syn p.g.a. komplikasjoner under øybehandling. NPE avslo erstatning, da risikoen var kjent og indikasjonen god. PSN opphevet avgjørelsen begrunnet med at skaden skyldtes irregulær behandling:

"det foreligger svikt ved ytelsen av helsehjelp. [S]kaden oppsto som følge av at luftslangen som fyller øyet med luft gled halvveis ut under inngrepet."

Vedtaket eksemplifiserer at når noe faktisk svikter under behandlingen, uavhengig av skyld, skal det ytes erstatning. Dette er en klar forbedring for pasienten sammenliknet med ordinær ordning, som trolig ikke ville anerkjent erstatning i en sak som denne. Vedtaket illustrerer óg den glidende overgangen mellom skadefølger som vurderes som påregnelige og derfor pasientens egenrisiko (NPEs vurdering), og skadefølger som anses som svikt ved ytelsen (PSNs vurdering).

⁶⁷ Ot.prp. nr.31 punkt 11.4.2 s.64

⁶⁸ Ot.prp. nr.31 punkt 8.2 s.34

Divergensen i avgjørelsene understreker pasientens manglende forutberegnelighet i en sak som synes å ligge i kjernen av ansvarsregelen "behandlingssvikt".

De midlertidige reglene vurderte ansvarsgrunnlaget etter *adekvat behandling*. Det utelukket ikke helsehjelpen som adekvat at en alternativ behandlingsmetode ville ha medført et bedre resultat, men ansvarsgrunnlaget måtte ta utgangspunkt i en faglig strengere norm enn uaktsomhetsvurderingen, jf. "*Sarkomdommen*" (Rt. 2008 s.218 avsnitt 37).

Pasientskadeloven inneholder ikke vurderingstemaet adekvat. Skadekravet avgjøres etter en vurdering av om "*de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt*", jf. passkl. § 2 annet ledd. Ordlyden harmonerer med arbeidsgiveransvaret, som gir anvisning på en tilsvarende normalforventning. Det sentrale her er om pasienten har fått behandling i samsvar med objektive kvalitetskrav som kan stilles til tjenesten, som langt på vei svarer til et adekvanskrav. I forvaltningspraksis uttales som regel følgende om vurderingsmåten: "*Med svikt menes at behandlingen ikke har vært i tråd med gjeldende medisinskfaglige retningslinjer og prinsipper på behandlingstiden. Det er behandlingen, ikke sluttresultatet, som er gjenstand for vurdering.*"⁶⁹

Den objektive vurderingen skal utelukke at individuelle forventninger til helsearbeideren eller helsehjelpen vektlegges⁷⁰, som følges opp i forvaltningen ved at pasienten ikke vinner frem med å være forespeilet en behandlingsoptimisme, jf. PSN-2012-401. Derimot vil det kunne ligge an til erstatning der det ikke er gitt informasjon om *reelle* skaderisikoer⁷¹, eller mulige risikoelementer er nedtonet på en måte som gjør at samtykket til helsehjelpen ikke anerkjennes som rettsmessig.⁷²

Det stilles naturlig nok større krav til helsehjelp som ytes i et sykehus under ordinære, planlagte driftssituasjoner enn helsehjelp som ytes i en improvisert hastesituasjon. Et belysende eksempel er PSN-2011-731 hvor skadekrav ble fremmet for unødig ventetid på akuttbehandling. PSN avviste erstatningskravet, da behandlingen var utført i tråd med gjeldende retningslinjer "*innenfor det en må forvente i den medisinske hverdag*". Avgjørelsen harmonerer med utgangspunktet i ordinær ordning hvor det åpnes for å ta hensyn til behandlingssituasjonen.⁷³

⁶⁹ Eks. PSN-2007-852

⁷⁰ Ot.prp. nr.31 Kapittel, §2 s. 90

⁷¹ Lødrup (2009) s.275

⁷² Se punkt 4.5

⁷³ Se Rt. 2005 s.1050, fremstilt i punkt 4.1.2

Selv om pasientens forventninger er innenfor det objektivt rimelige og det skulle foreligge f.eks. en svikt, kan skadekravet avskjæres av grunner som fremkommer av passkl. § 2 annet ledd. Der følger en ikke uttømmende oppramsing av vilkår⁷⁴ som virker inn og bestemmer ansvarsvurderingen, som bl.a. ressurs hensyn. Helsevesenets pålegg om å holde seg innenfor gitte økonomiske rammer i sine prioriteringer, samsvarer med vilkårene etter tidligere ordninger og tillates kun der fordelingen av ressursene er forsvarlig og hjelpen holder en minstestandard, se eks. PSN-2011-731 som er nevnt over. Er minstestandarden oppfylt, må ressursfordelingen ha vært *uaktsom* for at pasienten skal tilkjennes erstatning.⁷⁵

Litra b gir anvisning på et *rent objektivt ansvar* for skader voldt ved *teknisk svikt*. Hvilke utstyr som er beheftet med feil, er uten betydning. Dette åpner for at f.eks. feil ved stoler og sengeutstyr kan utløse erstatningsansvar.⁷⁶ Ansvarsgrunnlaget har mindre betydning for pasientens kompensasjonsmulighet: Det var anerkjent også i ordinær ordning og i samme utstrekning som ansvarsgrunnlaget nå følger av *litra b*. På den annen side har loven betydning for pasientens *prosessuelle rettigheter*.

Det rene objektive ansvarsgrunnlaget gjelder tilsvarende etter *litra c*, ved *smitte - og infeksjonsskader*. I bestemmelsen er det innført den begrensning at erstatning likevel ikke ytes der hvor skaden har sammenheng med pasientens sykdom eller tilstand. Skyldes skaden pasientens egen helsetilstand er en utenfor dekningsområde til loven. Fra praksis kan nevnes LB-2006-142740, hvor retten avskar erstatning til en diabetiker for senfølger etter en operasjon, begrunnet i pasientens helsetilstand før operasjonen. Det utelukker ikke at regelen kan være vanskelig å anvende i praksis, i forhold til de sammensatte medisinske vurderinger som forutsettes klargjort.

Bestemmelsen styrker likevel pasientens kompensasjonsmulighet i forhold til ordinær ordning, hvor smitte- eller infeksjonsrisikoen måtte overgå dagliglivets risiko for erstatning.⁷⁷ Vernet går også lengre enn de midlertidige reglene, som avskar erstatning der infeksjonen oppsto i områder med særlig høy bakteriekonsentrasjon.⁷⁸

Objektivt erstatningsansvar for skadefølger etter statlig anbefalte eller påbudte *vaksiner* fulgte lenge av lov om vern mot smittsomme sykdommer (5. august 1994 nr. 55) § 8-2. Ansvarsgrunnlaget er nå kodifisert i *litra d*. Tilsvarende skader som følge av teknisk svikt, har

⁷⁴ Ot.prp. nr.31 Kapittel 18, §2 s.91

⁷⁵ Ibid

⁷⁶ Rognlien (1995) s.128

⁷⁷ Rt. 1960 s.429 (s.443)

⁷⁸ De midlertidige reglene § 3 *litra f*

loven selvstendig betydning for pasientens *prosessuelle rettigheter* og der vaksinen faller utenfor dekningsområde til tidligere ordning.

For de tilfeller hvor det oppstår skade som ikke omfattes av de nevnte ansvarssituasjonene, er det hjemlet et eget ansvar i *litra e*.

Pasientskadeloven åpner for å tilkjenne erstatning der det er *rimelig* og selv om pasienten ikke har krav på erstatning etter § 2 første og annet ledd, jf. *passkl. § 2 tredje ledd*, bl.a. for å harmonisere avgjørelsen med den alminnelige rettsfølelsen og styrke tilliten til helsevesenet. I tillegg til de mange begrensninger som følger allerede av lovens ordlyd, har lovgiver presisert regelen som en unntaksbestemmelse i forarbeidene.⁷⁹ Forvaltningspraksis følger opp lovgiverviljen, som viser seg i den lave medholdsprosenten etter bestemmelsen. I perioden 2008-2012 var denne på 2 %.⁸⁰ Denne "sikkerhetsventilen" skal ikke komme til anvendelse der skaden er en følge av "*en risiko pasienten må akseptere*". Med det må forstås påregneligheten for skade i den aktuelle behandlingssituasjon, slik at de mer påregnelige skader blir pasientens egenrisiko. Rimelighetshensyn tilsier at hva pasienten må akseptere tar utgangspunkt i gitt informasjon, slik rettigheten følger av pasbrl. § 3-2. I praksis vektlegges som regel påregneligheten ut fra anerkjent medisinsk kunnskap.⁸¹

I loven er det gjort til selvstendige vilkår for erstatning at skaden er særlig stor *eller* særlig uventet, og graden av medisinsk invaliditet vil derfor måtte vektlegges i avgjørelsen. Både forarbeidene og forvaltningspraksis tolker vilkårene som ledd i en helhetsvurdering.⁸²

Regelen svarer langt på vei til billighetserstatningsordningen og *praksis* etter de midlertidige reglene, hvor uakseptable skader ble kompensert uavhengig av om de andre ansvarsgrunnlagene i § 3 kom til anvendelse.⁸³ Fordelen med "rimelighetsregelen" er mulig full kompensasjon.

Foreløpig er det høyesterettspraksis avsagt etter de midlertidige reglene § 3 vi må forholde oss til, da Høyesterett enda ikke har vurdert pasientskader etter *passkl. § 2 tredje ledd*. Dette er uproblematisk, da rettspraksis tilsier en tilsvarende vurderingstilnærming etter begge bestemmelsene.⁸⁴ Her forutsettes en streng linje. I "*Angiografidommen*" (Rt. 2006 s. 1217) ble det

⁷⁹ Ot.prp. nr.31 punkt 11.4.5 s.68

⁸⁰ Tall oppgitt fra NPE

⁸¹ Eks. PSN-2007-852

⁸² Syse (2011) s.117

⁸³ Ot.prp. nr. 31 punkt 4.4

⁸⁴ Rt. 2008 s.218 (avsnitt 60).

fremmet erstatningskrav etter hjerteoperasjon som førte til 100 % ervervsmessig uførhet. Retten avviste erstatningskravet da pasienten mottok livsnødvendig behandling. Høyesterett har inntatt samme standpunkt i "*Sarkomdommen*" (Rt. 2008 s. 218). I forbindelse med cellegift- og strålebehandling for alvorlig kreftsykdom ble pasienten påført store og uventede skader. Risikoen ble likevel vurdert akseptabel og skaden påregnelige, da behandlingen tok sikte på å redde pasientens liv. Avgjørelsene korrelerer godt med lovgiverviljen som forutsetter en slik praksis ved livreddende indikasjon.⁸⁵

Lovgiverviljen og retningsgivende rettspraksis følges opp av forvaltningsorganene, f.eks. PSN 2012-261, hvor det uttales at det følger av fast nemnds- og rettspraksis at det ikke gis erstatning for behandlingsskader hvor hjelpen er livreddende. Det er gode holdepunkter for en slik praksis med tanke på at reglene er gitt ut fra bl.a. ressurs- og samfunnshensyn. I tillegg oppnås konsistent og forutsigbar praksis, i samsvar med lovgiverviljen, som er ønskelig også fra et pasientståsted.

Forsinket eller feilaktig diagnose (diagnoseskader) er ikke beskyttet av bestemmelsen⁸⁶, heller ikke fødselsskader, forutsatt at ikke helsehjelpen har sviktet.⁸⁷

4.2.5 Rettstekniske utfordringer ved det objektive ansvarsgrunnlaget "behandlingssvikt"
Ansvaret for "behandlingssvikt"(jf. passkl. § 2 litra a) er en *skjønnlig utformet regel*. Dette åpner opp for at det kan oppstå rettstekniske utfordringer når regelen skal anvendes i forhold til *omfanget* av ansvarsgrunnlaget. Rekkevidden av regelen er derfor forsøkt presisert i forarbeidene, hvor det bl.a. er uttalt at ansvarsgrunnlaget skal medvirke til ansvarliggjøring på et tidligere tidspunkt enn ansvar ble ilagt etter tidligere ordninger og *praksis*.⁸⁸ Etter de midlertidige reglene ble ansvarsgrunnlaget praktisert med en tilnærming som lå nært opp til skyldansvaret i ordinær ordning, noe som i liten grad ga pasienter erstatning som de ikke allerede ville ha fått etter alminnelig erstatningsrett.⁸⁹ Sosialkomiteen påpekte derfor viktigheten av å fokusere på pasientens *skade*.⁹⁰

Det kan ikke være riktig å utelukkende ta utgangspunkt i skaderesultatet, slik sosialkomiteen synes å forutsette i sin uttalelse. Det ville strekke samfunnsansvaret urimelig langt og synes heller

⁸⁵ Ot.prp. nr.31 Kapittel 18, §2 s. 91

⁸⁶ Eks. PSN-2011-976, hvor det uttales at et følger etter lang og fast praksis

⁸⁷ Eks. Rt. 1998 s.1336

⁸⁸ Ot.prp. nr.31 Kapittel 18, § 2 s.90

⁸⁹ Ot.prp. nr.31 punkt 4.4 s.18

⁹⁰ Innst. O. nr.68 (2000-2001) punkt 2.1 og punkt 2.2

ikke å samsvare med ansvarsreglen som forutsetter en *irregularitet* i behandlingen. Heller ikke forarbeidene synes å forutsette en så snever vurdering. Der er ansvarsvurderingen uttalt å skulle ta utgangspunkt i vanlig praksis, tilsvarende som etter uaktsomhetsregelen.⁹¹ Det innebærer at NPE/PSN ansvarliggjøres der helsetjenesten ikke har ytet behandling i tråd med gjeldende medisinskfaglige retningslinjer og god klinisk praksis. Det er også etter denne tilnærmingen forvaltningen vurderer skadekrav.

Diskrepansen sammenholdt med tidligere avhenger av hvor lempelig regelen faktisk praktiseres. Det er tilsiktet at pasienter skal ha et *styrket erstatningsvern* etter dagens ordning. Skal lovgiverviljen realiseres, er det viktig at regelen praktiseres såpass lempelig at skyldvurderinger utelates fra skadevurderingen. Skyldspørsmålet er nå forbeholdt klagesaker via Helsetilsynet. Forvaltningsavgjørelser som trekker inn kritikkmomenter, synes fortsatt å tangere mot den ordinære ordningens skyldtilnærming og harmonerer tilsvarende dårlig med lovgivers intensjon. Det kan bidra til unødig uklarhet når forvaltningspraksis trekker inn kritikkmomentet ved vurdering av helsehjelpen, slik som PSN-2011-345 illustrerer. Saken gjaldt ansvar for mangelfull oppfølging og overvåking av et barn på en nyfødttintensivavdeling, hvor barnet utviklet cerebral parese. Mindretallet, som gikk inn for ansvarsfrihet, uttaler på tross av dette:

"Det kan *kritiseres* [min utheving] at pasienten ble liggende på mors bryst i tre timer uten tilsyn."

Ved tvil om ansvarsgrunnlaget er oppfylt, tilsier lovgiverviljen ansvarliggjøring.⁹² Målet må være å oppnå likebehandling og sikre ansvarliggjøring på et tidligere tidspunkt enn tidligere ordninger, og det er da uheldig at praksis ikke synes helt konsekvent i oppfølgingen av denne politiske forutsetningen. PSN-2011-1205 kan her tjene som eksempel. Avgjørelsen gjaldt erstatningskrav for forsinket diagnostisering og behandling av en seneruptur i et lår. Det uttales i vedtaket:

"På bakgrunn av sakens dokumenter, herunder de medisinske vurderinger, legger nemnda *under tvil* [min uthevelse] til grunn at diagnostiseringen og behandlingen [...] var i tråd med alminnelige prinsipper og retningslinjer."

Avgjørelsen understreker at pasientens vern kan bero på hvilke rettskildemessig vekt man tillegger forarbeidene. Det er et uttalt siktemål at forarbeidene skal tjene som en klargjøring av reglene, for å sikre likebehandling etter loven.⁹³ Av hensyn til intensjonen bak loven, burde trolig tvilstilfeller i større grad resultere i ansvar.

⁹¹ Ot.prp. nr.31 punkt 11.4.2 s.64

⁹² Ibid

⁹³ Ot.prp. nr.31 punkt 3.3 s.15

4.2.6 Kravet til adekvat årsakssammenheng og bevisføring

Det er en forutsetning for å statuere erstatningsansvar at helsehjelpen er *årsaken* til pasientskaden, jf. passkl. § 2 "når skaden *skyldes*". I dette ligger en henvisning til de alminnelige prinsipper om adekvat årsakssammenheng, slik de følger av ulovfestet rett og teori. Siden vilkåret adekvat årsakssammenheng ikke er endret med pasientskadeloven, er det i ytterkant av oppgaven å behandle dette videre her.

Pasientvernet beror endelig på om de kumulative vilkårene kan *bevises* av pasienten, slik det følger av sikker rett, jf. "*Strumadommen*" (Rt. 1989 s. 674 s. 679). Dommen åpner samtidig opp for å ta hensyn i den enkelte sak og snu bevisbyrden, såkalt *motbevisbyrde/omvent bevisbyrde*. Det gjelder i praksis der journalføringen er mangelfull p.g.a. legejournalens bevismessige betydning for ansvarsvurderingen (s. 682). Helsearbeidere/helseinstitusjoner vil derfor kunne påvirke bevisbyrden, slik den i utgangspunktet påhviler pasienten som følge av sin journalføringsplikt.⁹⁴

Bevisvurderingen forutsetter ofte *medisinsk sakkyndige* uttalelser, og pasientens vern synes å forutsette at sakkyndige er på "pasientens side": Er de sakkyndige enige i sine faglige vurderinger, fravikes nesten aldri deres arbeidsbeskrivelser.⁹⁵ Helsehjelpen må uavhengig av sakkyndige uttalelser underkastes en rettslig og selvstendig vurdering, så det kliniske skjønn ikke gis forrang foran jussen.

Selv om bevisreglene ikke er endret med pasientskadeloven, er det gitt en særlig bevisregel i passkl. §3. Den gjelder for uoppklarte årsaksforhold som anvendes på tross av at årsakskravet ikke er oppfylt, så fremt "*skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen*", jf. § 3 første ledd. Bestemmelsen går lengre enn å snu bevisbyrden ved manglende journalføring eller - dokumentasjonsutlevering, men den synes å være praktisk vanskelig å anvende.

⁹⁴ I LB-2006-121530 uttales at det ikke gjelder særlige regler for pasientskadesaker. Slik praktiserer også forvaltningen reglene, se eks. PSN-2004-361

⁹⁵ Kjønstad (2007) s.112

4.3 Utgifter og økonomiske hensyn

Dette underkapittelet tar for seg visse *samfunnsøkonomiske konsekvenser* av en særlig pasientskadeordning. I 4.3.1. redegjøres for Justisdepartementets konsekvensutredning *før* innføring av lovforslaget.⁹⁶ 4.3.2. omhandler økonomiske utviklingstrekk i *etterkant*, særlig utgifter vedrørende NPE og PSN.

4.3.1. Konsekvensutredning av lovforslaget

Forut for innføringen av pasientskadeordningen var det p.g.a. bl.a. manglende tallmateriale stor usikkerhet knyttet til fremtidig utgiftsnivå ved en slik ordning. Usikkerheten gjaldt både omfanget av erstatningsutbetalingene og administrasjonskostnadene ved oppfølgingen av nye, varige lovregler. Allerede ved innføring av pasientskadeloven var det derfor fokus på om en pasientskadeordning innebar en riktig ressursbruk:

"I likhet med Finansdepartementet finner Justisdepartementet det ikke opplagt at samfunnet er bedre tjent med å bruke ressurser til et bedret erstatningsrettslig vern for pasienter enn for eksempel til forbedret forebygging eller behandling eller til en generell styrking av folketrygden."⁹⁷

Tall fra forsikringsselskapene UNI og Storebrand, som ansvarsforsikret ca. 85% av sykehusene inntil prøveordningen med pasientskadeerstatning trådte i kraft 1. januar 1988, viste noe svingende forsikringsutbetalinger knyttet til pasientskader fra ca. 15 millioner i 1983 til ca. 23 millioner i 1988 til sammen for de to selskapene.⁹⁸ De årlige utbetalingene (inkludert avsetninger) gjennom den midlertidige ordningen var i 1991 på ca. 51 millioner og ble av "Lødruputvalget" anslått til å stige til ca. kr. 70 millioner i 1995. Utvalget så *"ikke grunnlag for dramatiske økninger utover dette, med mindre rammen for retten til erstatning blir utvidet."*⁹⁹

Ut fra en samlet vurdering ble det besluttet å innføre en særlig pasientskadeordning. En forventet at pasientskaderegler med et objektivt ansvarsgrunnlag og en prosessordning med forvaltningsbehandling av skadekrav ville sikre en *billigere prosess* enn etter den ordinære ordningen, selv om dette kunne redusere lovens preventive virkning. Departementet påpekte samtidig de *mange usikkerhetsfaktorene* som var knyttet til den medisinske utviklingen og som ville påvirke helsebudsjettet uavhengig av en pasientskadeordning, slik som bl.a. forventet økning

⁹⁶ Fremstilt i Ot.prp. nr. 31 kapittel 7

⁹⁷ Ot.prp. nr. 31 punkt 7.3 s.28

⁹⁸ NOU 1992: 6 punkt 6.1

⁹⁹ NOU 1992: 6 kapittel 12

i antall behandlede personer og en vanskelig forutsigbar feilbehandlingsprosent. Det var også usikkert hvilken økonomisk diskrepans en ville få mellom de utbetalinger som ble gjort etter sivile søksmål og etter pasientskadeloven.

En utvidelse av lovens virkeområde (punkt 4.4) ble forsvart ved at kravene stort sett var presiseringer i randsonen til de midlertidige reglene, som ikke ville medføre store utgiftsøkninger: Spesialisthelsetjenesten var allerede omfattet av dekningsområdet, og helsetjenester med lavere skaderisiko ville begrense kostnadsveksten. Konsekvensutredningen konkluderes derfor slik:

"Selv om dette medfører økte utgifter på offentlige budsjetter, medfører lovforslaget i seg selv ikke stor kostnadsvekst, og heller ikke ukontrollert vekst i helsebudsjettene."¹⁰⁰

Justisdepartementet anslo at merkostnaden med en særlig pasientskadeordning mest nærliggende ikke ville bli mer enn 10 millioner kroner høyere per år enn under den midlertidige ordningen.¹⁰¹

4.3.2 Finansiering, kostnader og erstatningsutbetalinger knyttet til NPE og PSN

NPE og PSN sine *driftsutgifter* knyttet til *offentlig sektor* finansieres gjennom ordinære driftsbevilgninger over statsbudsjettet via Helse- og omsorgsdepartementet.¹⁰² Det er ingen budsjettmessige begrensninger i de erstatninger som faktisk blir utbetalt, da tilkjent erstatning er å anse som en rettighetsbasert ytelse og NPE/ PSN er uavhengige organer.

Erstatningsutbetalingene fra NPE knyttet til offentlig helse- og omsorgstjeneste finansieres via tilskudd fra bl.a. regionale helseforetak, fylkeskommuner og kommuner etter en egen fordelingsnøkkel, jf passkl. § 7 og forskriftsregulering¹⁰³, og med økonomisk ansvar for hver sine tjenesteområder. Regionale helseforetak er den viktigste bidragsyteren, da skaderisikoen er størst i spesialisthelsetjenesten. I tillegg betaler helseforetakene egenandeler på 10 % av erstatningssummen for hver enkelt sak innen helseforetaket der det gis medhold (oppad begrenset til kr. 100 000 per sak).¹⁰⁴

¹⁰⁰ Ot.prp. nr.31 punkt 7.3.7 s.33

¹⁰¹ Ot.prp. nr.31 punkt 7.3.5.4 s.31

¹⁰² FOR-2002-12-20 nr. 1625, jf. § 16

¹⁰³ Ibid

¹⁰⁴ Syse (2011) s.191

Fordelingen mellom de fire helseforetakene beregnes ut fra størrelsen på helseforetakene og hvor stor andel av erstatningsutbetalingene de siste 5 år det enkelte regionale helseforetaket står for. Siden systemet kan stimulere til skadeforebyggende arbeid, kunne en tenke seg en ennå sterkere kobling mellom skadefrekvens og innbetalingsnivå, men høy meldefrekvens er ikke nødvendigvis enstydig med høy skadeforvoldelse.¹⁰⁵

For kommuner og fylkeskommuner fordeles innbetalingen ut fra innbyggertall. Også her foretar NPE en avregning for avvik mellom faktiske skadeutbetalinger og budsjetterte beløp for foregående år. I 2010 sto kommunene for om lag 5 % av finansieringen i offentlig sektor, resterende 95 ble finansiert av de regionale helseforetakene.¹⁰⁶

Driftskostnader og utbetalinger knyttet til *privat sektor* finansieres via årlige tilskudd fra de private virksomhetene, jf. passkl. 8 og forskrift¹⁰⁷. Tilskuddene, som skal stå i forhold til den skaderisiko helsepersonellgruppen utgjør, skal bl.a. dekke erstatningsutbetalinger i privat sektor, utgifter til advokathjelp og driftsutgifter knyttet til skadekrav utenfor offentlig sektor.

NPEs årsrapporter og regnskap viser at det har vært en markert kostnadsstigning knyttet til NPE gjennom de årene ordningen har bestått. I 2003 (ved ordningens ikrafttredelse) var NPEs driftskostnader, inkludert kostnadene til medisinske sakkyndige, PSN og advokater, på vel 79 millioner kroner. I 2011 var de samme kostnadene (for offentlig sektor) steget til vel 184 millioner, dvs. en 14 % økning i snitt per år.¹⁰⁸

Den samme økningen ser en også i erstatningsutbetalingene fra NPE, som steg fra vel 379 millioner kroner i 2003 til vel 846 millioner kroner i 2011, m.a.o. også her omtrent 14 % årlig stigning.¹⁰⁹ Antall mottatte saker i samme periode steg fra 2336 til 4334, dvs. vel 9 % per år.¹¹⁰ Den totale kostnad for pasientskadeordningen for offentlig sektor var i 2011 på vel 926 millioner kroner. Økningen i årlige kostnader er stor i forhold til de maksimalanslag som ble forsøkt beregnet i konsekvensutredningen i forkant av pasientskadeloven (se punkt 4.3.1).

¹⁰⁵ Opplysninger meddelt i møte med NPE

¹⁰⁶ Syse (2011) s. 191

¹⁰⁷ FOR-2008-10-31 nr. 1166

¹⁰⁸ NPE Årsmelding 2004, s.35 og NPE konsolidertregnskap 2011, s.1

¹⁰⁹ NPE Årsmelding 2004, s.26 og NPE Årsmelding 2012, s.12

¹¹⁰ NPE Årsmelding 2012, s.8

4.4 Pasientskadelovens dekningsområde

Pasientskadeloven har endret betydningen av den alminnelige erstatningsretten i helsetjenesten. Med virkning fra 1. januar 2009 ble *hele den private helsetjenesten* inkludert under pasientskadelovens virkeområde, jf. passkl. § 19. Det foreligger nå forslag om en ytterligere utvidelse av virkeområdet til å omfatte barneboliger, kommunale rusinstitusjoner og aldershjem. Virkningen er at stadig flere skadekrav avgjøres etter lovens særlige materielle og prosessuelle regler, og ikke etter alminnelige erstatningsregler etter den ordinære ordningen.

Det utvidede virkeområdet er nytt i loven. De midlertidige reglene var begrenset til norske offentlige og privateide somatiske sykehus, der disse var omfattet av fylkeskommunale helseplaner eller fikk sine driftsutgifter dekket over statsbudsjettet.¹¹¹ Private helseutøvere var sikret gjennom tvungne ansvarsforsikringer med hjemmel i bl.a. hpl. § 20. Fra 1. juli 1992 kunne pasienten fremme krav etter de midlertidige reglene også for skader som oppsto i kommunehelsetjenesten, legevakt, psykiatriske sykehus og poliklinikker.

Pasientskadeloven gjelder kun skader voldt *etter* loven trådte i kraft, jf. passkl. § 21 som hjemler særlige overgangsregler. Skader voldt *før* 1. januar 2003 avgjøres etter de midlertidige reglene. Det forutsetter at skaden er voldt *etter* 1. januar 1988 og at den omfattes av de midlertidige reglenes virkeområde. Her gjelder likevel pasientskadelovens prosessuelle regler, jf. passkl. § 21 litra a til c. Følgen blir da at NPE er rette ansvarssubjekt også for disse skadekravene. Med "voldt" forstås det tidspunkt den skadevoldende handling fant sted.¹¹²

Skader som ikke omfattes av de midlertidige regelen, avgjøres etter ordinær ordning, jf passkl. § 21 litra e, som gjelder tilsvarende for småkrav, oppreisningssøksmål og øvrige erstatningsbetingelser som ikke er lovfestet, slik som kravet om adekvat årsakssammenheng og bevisreglene. Pasienten kan også velge den ordinære ordningen, så fremt regelen om søksmålsimmunitet ikke stenger for dette, jf. passkl. § 4 tredje ledd.

Høyesteretts ankeutvalg har behandlet passkl. § 4 tredje ledd i Rt. 2011 s. 797. Der fastslås det at skadekrav mot aktører som er gitt søksmålsimmunitet må realitetsbehandles av retten, med evt. frifinnelse der kravet ikke er berettiget.

¹¹¹ De midlertidige reglene § 1

¹¹² Ot.prp. nr.31 Kapittel 18, § 21 s. 99

4.5 Pasientskadeloven og informasjonsansvaret

Det kan reises spørsmål om pasientskadeloven har påvirket pasientens *tilgang til informasjon* fra helsetjenesten om behandlingen og om skaden.

Høyesterett har behandlet tre saker om informasjonssvikt, alle avsagt før både pasbrl. og pasientskadeloven trådte i kraft: "*Lymfeknutedommen*", (Rt. 1981 s.728) "*Nervesvulstdommen*" (Rt. 1993 s. 1169) og "*Cauda equina-dommen*" (Rt. 1998 s.1538). Ingen av disse dommene anser informasjonssvikten til å være årsaken til skaden etter en hypotetisk vurdering, til tross for uttalt kritikk om mangelfull informasjonsformidling, og på tross av at det uttales at det ikke skal gjelde strenge krav til å bevise at pasienten ikke ville ha latt seg behandle med tilstrekkelig informasjon. Forvaltningen følger opp rettspraksis, og det er vanskelig å se klare tendenser til styrket erstatningsvern når skadekrav begrunnes med manglende informasjon, bl.a. p.g.a. det *hypotetiske samtykket* som legges til grunn der det vurderes som mest sannsynlig at pasienten ville ha latt seg behandle med tilstrekkelig informasjon.

Det er bred enighet om at mangelfull informasjon om behandlingen kan utgjøre en svikt, noe som også er forutsatt i forarbeidene til pasientskadeloven.¹¹³ Men kravene til informasjon og selvbestemmelse fremgår først og fremst av pasbrl. kapittel 3 og 4, som trådte i kraft før pasientskadeloven. Poenget med informasjonsrettigheten er å gi pasienten en mulighet til å gi *samtykke* på opplyst grunnlag eller til å velge bort behandling, og å medvirke i behandlingen. Informasjonen er grunnlaget for å kunne samtykke til helsehjelpen (det informerte samtykket). Pasienten vil være berettiget til erstatning dersom pasienten ikke ville ha samtykket til helsehjelpen om det var gitt tilstrekkelig informasjon om skaderisikoen. Lovlighetsvilkåret tilsier at samtykke veier tungt i vurderingen av skadekravet. Informasjonen må ikke selekteres på en måte som får betydning for pasientens valg og skal omfatte alternative, forsvarlige behandlingsmetoder, mulige virkninger av hjelpen og konsekvenser av å avstå fra behandling, jf. pasbrl. § 3-2.

Ved pasientskadelovens innføring gjaldt om lag en firedel av sakene for NPE informasjonssvikt.¹¹⁴ Med økende antall krav og den utviklingen som har skjedd siden, har denne andelen av krav falt til under enn 1 %.¹¹⁵

¹¹³ Ot.prp. nr.31 Kapittel 18, § 2 s. 91

¹¹⁴ Ibid

¹¹⁵ Tall oppgitt fra NPE

Den store forskjellen i antall skadekrav fra tidligere og til nå, begrenser den rettsmessige verdien av å sammenlikne disse tallene, men det at andelen er vesentlig redusert, gjør det rimelig å tro at pasbrl. har hatt effekt. Pasientskadeloven synes derimot ikke å være avgjørende i forhold til å styrke tilgangen til informasjon om behandlingen. Tidligere avsagte høyesterettsdommer vedrørende informasjonsansvaret synes fortsatt å gi uttrykk for gjeldende rett, og en endret praksis forutsetter trolig en korrigering i Høyesterett.

4.5.1 Effektiv tilgang til pasientinformasjon som grunnlag for søknad om erstatning

Med pasientskadeordningen er helsepersonell pålagt å *medvirke*. Det er en lovpålagt plikt overfor helsepersonell til å informere pasienten om pasientskadeloven, jf. pasbrl. § 3-2 fjerde ledd, selv om vedkommende har påført skaden. At informasjonsplikten tas på alvor, viser seg ved at sykehusene/legene er den primære informasjonskilden for pasienten til ordningen.¹¹⁶ I det ligger *ikke* et krav om å vurdere skadekravet. Helsearbeidere må også bidra til sakens opplysning gjennom skadedokumentasjon, et ansvar som virker direkte inn på bevisvurderingen. Loven har medvirket til en bedret vilje til saksopplysninger, i tråd med intensjonene (se punkt 3.4.1).

¹¹⁶ Fra NPE sin brukerundersøkelse s.15

5 Pasientskadelovens betydning

I helsetjenesten gjennomføres behandlinger med høy skaderisiko i *pasienters interesse*, noe som nødvendigvis må tilsi at andre hensyn gjør seg gjeldende for ansvarsgrunnlaget. Hensynene som er vektlagt i pasientskadeloven, er pasienters kompensasjonsbehov og helsetjenestens behov for ikke å bli stilt rettslig til ansvar for skader. Spørsmålet er om loven har hatt effekt i forhold til formålene og om den har hatt andre og mer utilsiktede effekter.

I dette kapittelet drøftes lovens betydning for pasienten, helsetjenesten og samfunnet.

5.1 Bedret erstatningsvern for pasienten

Fremstillingen av culpanormen¹¹⁷ viser terskelen for erstatningsansvar etter ordinær ordning. Kjønstad har gjennomgått samtlige pasientskadesaker avgjort av Høyesterett gjennom hele 1900-tallet, en fremstilling som viser at pasienten kun fikk medhold i ca. 20 % av sakene. Som han selv påpeker, har det begrenset juridisk verdi å trekke en bastant slutning fra dette beskjedne domsmaterialet¹¹⁸, men undersøkelsen sier likevel noe om hvordan ordinær ordning fungerte. Det synes å være en bred oppfatning av at culpanormen ble praktisert i for lempelig form overfor helsearbeiderne.¹¹⁹

Mens det tidligere var vanskelig å vinne frem med skadekrav, kan det med henvisning til punkt 4.2, konkluderes med at det er blitt betydelig enklere å oppnå erstatning, i tråd med lovgiverviljen. Det følger av et rettsgrunnlag som angir *et videre ansvarsgrunnlag* enn tidligere ordninger. For pasienten har det vært en fordel at uaktsomhetsvurderingen, slik den forutsettes både etter culpanormen og arbeidsgiveransvaret, nå er fraveket. Selv om endringen er størst i forhold til culpaansvaret, viser den seg også i forhold til arbeidsgiveransvaret med utvidelsen til å gjelde ansvarliggjøring utenfor tjenesten og ansvarskumulering uavhengig av behandlingssted.

De ulike ansvarsgrunnlagene har likevel variert betydning for pasientens erstatningsvern. NPEs tall fra 2012 viser at *behandlingssvikt* var begrunnelsen hos hele 51 % av de som fikk innvilget pasientskadeerstatning, mens 40 % fikk avslag på erstatningskravet etter dette ansvarsgrunnlaget p.g.a. fravær av svikt.¹²⁰ I hvilken grad det kan dokumenteres en *behandlingssvikt*, er m.a.o.

¹¹⁷ Se kapittel 2 og punkt 3.1

¹¹⁸ Kjønstad (2007) s.95 og 97

¹¹⁹ Andersen (1970) s. 177-178 og Brunsvig (1983) s.314 er av motsatt oppfatning

¹²⁰ Tall oppgitt fra NPE

viktig for pasientens kompensasjonsmulighet, mens ansvarsreglene som viderefører tidligere rett synes å være av mindre praktisk betydning for pasienten.

Som tilsiktet har pasientskadeloven medført økte erstatningsutbetalinger, og årlig mottas et stigende antall skadekrav. I 1988 lå tallet på kun 245 krav¹²¹, i 2007 3733, og i 2012 ble hele 5124 skadekrav fremmet. Andelen av de som får i medhold i sine erstatningskrav hos NPE, har ligget stabilt rundt 33 % de siste årene.¹²² Det tilsier at antall personer som får innvilget sine krav, har vært jevnt stigende. Det vil ikke være riktig å sammenlikne NPEs medholdsprosent med de 20% som fikk medhold etter ordinær ordning: Disse refererte til høyesterettsdommer, og tallmaterialet er dessuten lite, noe som gjør en prosentfremstilling usikker. Jeg er heller ikke kjent med hvor mange skadekrav som ble avgjort av lavere instanser i denne tidsperioden. Det er også grunn til å tro at det bak det tidligere lave antallet skadekrav ligger et mye høyere mørketall enn det en har ved dagens ordning.

Den bedre kompensasjonsmuligheten etter pasientskadeloven avspeiler seg også i pasienters forventninger, noe pasienttilfredshetsundersøkelser i regi av NPE illustrerer. Andelen som forventer medhold etter opplevde pasientskader, ligger på omkring det dobbelte av antall innvilgede skadekrav.¹²³ Dette kan vitne om manglende kjennskap til ansvarsgrunnlagets rekkevidde og hvilke krav som med rette kan stilles til helsetjenesten. Tallene viser også nødvendigheten av en grensesettende forvaltningspraksis for å begrense utgiftsøkningen. I dette ligger det også en *stor utfordring*: Skal pasienten ivaretas best mulig under dagens system og nødvendig tillit til helsetjenesten opprettholdes, er det viktig at reglens innhold gjøres godt kjent for pasientene. Men det er også *rettspolitisk uheldig* når store ressurser benyttes til å behandle uberettigede krav. Her kan nevnes at NPE i tidsperioden 2003-2012, har avvist/henlagt 1540 krav og gitt avslag i 21 610 saker.¹²⁴

5.2 Betydning for øvrige rettigheter

Spørsmålet her er om pasientskadeloven og dens fokus på erstatning har en vridende effekt på andre pasientrettigheter. Har lovens primære fokus på reparasjon bidratt til et svekket fokus på *forutgående helsehjelp* også i annen rettighetslovgivning og påvirket bruken av helseressurser? Risikoen for søksmål ved uforsvarlighet mot helsepersonell og virksomheter er redusert. Samtidig

¹²¹ NOU 1992: 6 punkt 4.5

¹²² Tall hentet fra NPE sine hjemmesider

¹²³ Fra NPE sin brukerundersøkelse s.22

¹²⁴ Tall oppgitt fra NPE

er det holdepunkter for å si at retten til nødvendig helsehjelp kan være svekket, både faktisk når det gjelder tilgang til helsetjenester og i forhold til kapasitet, men også rettslig fra retten til nødvendig helsehjelp innen en fastsatt frist ble tatt inn i pasientrettighetsloven § 2-1 med ikrafttredelse fra 1. januar 2001 (senere pasient – og brukerrettighetsloven). Med forskrift hjemlet i samme lov og en rekke veiledere er det mye som tyder på at retten til behandling gradvis er blitt retten til en første konsultasjon innen en fastsatt frist. I statsråd 12. april 2013 ble det vedtatt at det ikke lenger skal skilles mellom rettighetspasienter og andre, men at alle som henvises skal ha rett til vurdering innen 10 dager.

Formålet med endringen er å styrke rettet til vurdering og behandling i erkjennelsen av at denne retten er for svak. Men det er uenighet om endringen i realiteten styrker retten til behandling. Riksrevisjonen kritiserte helseforetakene for lang ventetid i sin revisjon i 2013.¹²⁵

Pasientskadeloven kan på denne måten ha bidratt negativt til å redusere årvåkenheten for å forebygge skader, også av mangel på behandling innen nødvendig tid, da ordningen har bidratt til å fjerne den økonomiske risiko for helseforetakene som ligger i søksmålsrisiko for erstatning. Dette må også ses i sammenheng med at ansvaret for innbetalinger til NPE er kollektiv, selv om den justeres noe i forhold til helseforetakenes andel av erstatningsutbetalingene.¹²⁶

Pasientskadeloven kan også ha vridningseffekter ved at mer ressurser benyttes på kompensasjon på bekostning av ressurser til behandling, uten at dette behandles nærmere her.

5.3 Pasientsikkerhet og forebygging

For pasienten er det selvsagt av den største betydning at kvaliteten på behandlingen i helsetjenesten er kvalitativt god og så sikker som mulig. Det er også viktig med rask tilgang til nødvendige helsetjenester. Slike hensyn og det å unngå pasientskader bør naturlig nok være det primære.

Så langt har oppgaven hovedsakelig omhandlet ulike hensyn som aktualiseres *etter* en pasientskade inntreffer. Men pasientvern er mer enn lempeligere regler for erstatning! Med *pasientsikkerhetsarbeid* forstås her tiltak som anvendes for å *forebygge* pasientskader. Et

¹²⁵ Dokument 3:2 (2012-2013) s.35 flg. (særlig s.41 og 43)

¹²⁶ Se punkt 4.3.2 og punkt 5.4

overordnet spørsmål er om ressursene samlet sett benyttes adekvat. Erstatning kan kun i begrenset utstrekning kompensere for en skade, og bedre erstatningsmuligheter bør derfor ikke gå på bekostning av pasientsikkerheten. Tall presentert i 2012 viser at antall (kjente) pasientskader ikke ble redusert i 2011 sammenliknet med foregående år¹²⁷, og i 2012 fikk 69 % av de som fremmet erstatningskrav for NPE avslag.¹²⁸ Også dette tyder på at ressursinnsatsen for å unngå skader, som både pasienten og samfunnet er best tjent med, antakelig er for liten.

Den ordinære ordning har med sitt ansvarsfokus på den skadevoldende handlingen bidratt til at både virksomhetens og helsearbeidernes gjerninger har blitt vurdert. Den økonomiske ansvarsplasseringen ved skade innebar et klart forebyggende incitament. Ulempene ved ordningen var faren for underrapportering av pasientskader p.g.a. risiki for å bli holdt erstatningsansvarlig, kostnadene ved å reise søksmål og kravet til å kunne bevise uaktsomhet.

Det er verdt å reise spørsmålet om pasientskadeloven medfører et svekket incitament for og fokus på *forebygging og det preventive elementet* ved ordningen, når virksomheter og helsearbeidere søkes skånet under prosessen ved ikke å pålegges en økonomisk risiko mht. svikt og faglig uforsvarlighet.

Når pasientskadeloven ikke tar sikte på å plassere ansvar, er det antakeligvis fordi dette vil stå i motstrid med behovet for *åpenhet*, som er tenkt å ha en tillitskapende effekt. Åpenhet om feil kan ikke i samme grad oppnås ved den økonomiske risiko som ordinær ordning innebar. Den åpenhet som oppnås ved objektivisering av ansvaret, må derfor sies å være lovens største styrke for det preventive elementet, og en *rettspolitisk tiltenkt konsekvens*.¹²⁹ Også pasienter synes å ønske en åpenhet rundt skader. En eldre undersøkelse, som antas fortsatt å gi uttrykk for status, oppgir at søksmål primært reises i forebyggingsøyemed, og at dette er viktigere enn selve erstatningskravet.¹³⁰ Det indikerer at de interesser pasientskadeloven ivaretar, ikke nødvendigvis er sammenfallende med de interesser pasienten setter høyest.

Med loven var siktemålet å styrke muligheten for erstatning uten å kunne påvise culpaansvar, og *skadeårsaken* blir da tilsvarende nedprioritert i erstatningsvurderingen, samtidig som den personlige økonomiske risiko er utelatt fra systemet. Pasientskadeloven bygger i hovedsak på

¹²⁷ Fra Dagens Medisin sine hjemmesider

¹²⁸ Tall hentet fra NPE sine hjemmesider

¹²⁹ Se punkt 3.4.1

¹³⁰ Fra Den norske legeforenings hjemmeside: "Overlegen 1-2009", s.33

reparasjonshensyn, og *prevensjonshensyn* er tilsvarende nedtonet. Det er en rettslig konsekvens som lovgiver anerkjente:

"Dersom man lar et sykehus være objektivt ansvarlig for smitte pasienten har fått på sykehuset, unngår man både å diskutere hvilke rutiner sykehuset burde ha fulgt, om rutinene var brutt, og om pasienten ville ha unngått smitte om disse rutinene var blitt fulgt. Det er nok å konstatere at pasienten ville ha blitt smittet på sykehuset."¹³¹

Det er lite som minner om en forebyggende tankegang i et slikt resonnement. Likevel ble det vedtatt bestemmelser som i praksis innebærer et svekket skadeforebyggende fokus, av hensyn til prosessbesparelser (se punkt 4.3.1). Siden helsepersonell som regel vil gjøre sitt beste for å yte god helsehjelp, er det derfor mest sannsynlig selve *ansvarsvurderingen* som medvirker til at erstatningsinstituttet mht. *prevensjon* ikke slår inn: En forutsetning for forebyggende arbeid er å øke kunnskapsgrunnlaget omkring *årsakene* til at skader oppstår, enten årsakene er å finne i rammebetingelser, rutiner, menneskelig eller organisatorisk svikt. Det er derfor *rettspolitisk uheldig* om lovens endrede fokus bidrar til at skadeårsaker ikke overveies, slik en objektiv tilnærming av skadekravet legger opp til. Det er klart dårlig samfunnsøkonomi dersom femti skadekrav innvilges p.g.a smitte- eller infeksjonsskade, uten at den evt. rutinebristen som forårsaker pasientskadene avdekkes.

Manglende fokus på organisatoriske forhold som en sikkerhetsrisiko er påpekt av helsearbeidere. Flere beskriver en byråkratisering, med stadig flere administratorer og hvor avstanden fra "gutta på gulvet" - fagpersonene - til ledelsen blir stadig større. Det er et tankekors hvis dette går på bekostning av pasientens sikkerhet. Helse- og omsorgsdepartementet anerkjenner tilsvarende at ledere som arbeider nær pasienten, har en helt sentral rolle i pasientsikkerhetsarbeidet.¹³²

Pasientskadeordningens *reparasjonsfokus* øker viktigheten av andre ordninger med forebyggende fokus, slik som meldeordninger hjemlet i bl.a. spesialisthelsetjenesteloven og andre melde- og analyseverktøy, f.eks. Global Trigger Tool-systemet (GTT)¹³³. Også administrative tiltak fra tilsynsmyndighetene vil være viktige for å vurdere forsvarligheten ved ulike helsetilbud, inkludert evt. administrative tiltak overfor helseinstitusjoner/helsepersonell. Dette tilsier at det kan være hensiktsmessig å aktivere tilsynsmyndighetene *før* en evt. erstatningssak for NPE, nettopp for å få vurdert forsvarligheten av helsehjelpen.¹³⁴ I praksis synes også forvaltningsorganene å vektlegge

¹³¹ Ot.prp. nr.31 punkt 7.3.3 s.29

¹³² Meld. St.10 (2012-2013) punkt. 1.1

¹³³ Et analyseverktøy som siler et tilfeldig utvalg journaler etter skadeårsaker

¹³⁴ Befring (2002) s.117

evt. uttalelser fra tilsynsmyndighetene i sine avgjørelser. I PSN-2011-840 ble dette sammen med sakkyndige uttalelser avgjørende for erstatningsansvaret: "*Sett hen til den medisinske vurderingen og uttalelser fra Helsetilsynet finner nemnda at det var i strid med gjeldende retningslinjer å sende pasienten hjem[..]*".

Floraen av ordninger kan virke mot sin hensikt dersom ressurskapasitet til å drive godt pasientarbeid erstattes av for mye rapporteringsarbeid. Det kan fremstå klart uheldig om ressurskrevende og mer eller mindre unyttige rapporteringsrutiner stjeler fokuset fra det som faktisk kan forhindre skader og bedre helsehjelpen; *selve behandlingen*. Det er derfor viktig å evaluere nytteeffekten av de enkelte ordningene.

Det kan synes som at behovet for åpenhet i forebyggende øyemed og incitamentet i den økonomiske ansvars plasseringen er to motstridende hensyn, og spørsmålet vil være hvilke av hensynene som gir best resultater for reduksjon av pasientskader. Så langt er det vanskelig å se at fokuset på åpenhet har gitt det ønskede utslag i pasientsikkerhetsarbeidet, når antall pasientskader foreløpig ikke er redusert. Dette gir også holdepunkter for å hevde at heller ikke den valgte, kollektive finansieringsmodellen har hatt den tilsiktede forebyggende effekt.

På den annen side bidrar pasientskadeloven til at langt flere pasienter mottar erstatning ved å fremme skadekrav og at tilgjengelig læringsmateriale har økt tilsvarende. Dette kan brukes både for forebyggende arbeid og i videre forskning.

5.3.1 NPE og pasientsikkerhet¹³⁵

NPE har en viktig oppgave i det skadeforebyggende arbeidet ved å tilrettelegge for at forvaltningsorganets skadestatistikk knyttet til pasientskadekrav gjøres tilgjengelig for helseinstitusjoner og andre.¹³⁶ Via NPEs statistikkportal kan helseinstitusjoner og andre få direkte tilgang til relevant statistikk for egen virksomhet i tillegg til noen sammenlikningstall. Dette gir tilgang til kunnskap om både *når* pasientskader inntreffer og sette fokus på *årsakene* til disse, og derved et utgangspunkt for å forebygge pasientskader.

I første omgang vil portalen vise antall mottatte saker, vedtak, utbetalinger og medisinsk område, som på sikt tilsiktes utviklet slik at helseforetakene kan få tilgang til mer detaljert informasjon om sakene.

¹³⁵ Denne fremstillingen tar utgangspunkt i informasjon meddelt i møte med NPE

¹³⁶ FOR- 2002-12-20 nr. 1625, § 4

Noe av styrken og fortrinnet til statistikk materialet til NPE er at arbeidet nesten alltid foregår i samråd med sakkyndig. Det kvalitetssikrer arbeidet og tydeliggjør det enkelte sakskomplekset ("feilen"), som igjen styrker legitimiteten for helseinstitusjoner/helsearbeidere som skal anvende materialet. Til sammenlikning kvalitetssikres ikke analysefunnene på samme måte i f.eks. GTT-analyseverktøyet.

For å kunne trekke ut mer detaljert kunnskap av skadesakene, må pasienten samtykke til at det skal gis informasjon vedrørende saken utover anonymiserte former, jf. lov om behandling av personopplysninger, av 14. april 2000 nr. 31. Den mest praktiske anvendelsen av NPEs materiale blir derfor at NPE enten selv utgir statistikk eller legger til rette for at fagkyndige får tilgang til summariske fremstillinger og statistikker.

Finansieringen av NPE begrenser organets mulighet til selv å drive forebyggende arbeid. NPE arbeider imidlertid for en større bevissthet i de kliniske miljøene og samfunnet forøvrig knyttet til pasientsikkerhet og læring av erstatningssaker.

I 2005 tok Norsk Gynekologisk Forening det første (og foreløpig eneste) initiativ til et direkte skadeforebyggende samarbeid med NPE, finansiert av NPE og Kvalitetssikkerhetsfondet i Legeforeningen. Arbeidet tok utgangspunkt i en gjennomgang av fødselsskader i Norge i perioden 1994-2008, senere publisert i et internasjonalt tidsskrift.¹³⁷ I dette prosjektet hadde prosjektlederen tilgang til detaljerte saksopplysninger gjennom konkrete samtykker som var innhentet for dette formålet. De opplysninger NPE kunne bidra med, var viktige for identifiseringen av de hyppigste skadeårsakene og dermed for innretningen av forebyggende tiltak.

Fra NPE uttrykkes det at pasientskadeordningen synes å medføre en bedret læringseffekt når tilbakemeldingene etter pasientskader skjer uten påstand om skyld.

¹³⁷ Andreassen, Backe, Jørstad, Øian "A nationwide descriptive study of obstetric claims for compensation in Norway". Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica 2012

5.4 Lovens effekt på helsetjenesten

Pasientskadelovens objektive ansvarsgrunnlag innebærer en aksept for at svikt i pasientbehandling nødvendigvis vil forekomme innenfor virksomheter med så stor skaderisiko som medisin har, og det uten at den enkelte virksomhet eller helsearbeider personlig ansvarliggjøres økonomisk. Som nevnt i punkt 5.3 kan det ha betydning for hvordan helsetjenesten innretter seg. Innledningsvis må det bemerkes at det ikke utelukker at både virksomheter og helsearbeidere kan ansvarliggjøres etter andre reaksjonssystemer. Loven oppfylder imidlertid helsetjenestens ønske om å motvirke ansvars plassering, slik ordningen ble drevet frem av sykehuseierne. Spørsmålet er om denne endringen kan ha andre effekter som ikke er tilsiktet.

I prinsippet kan enhver helseenhet - både sykehus, kommunale helsetjenester og private behandlere - berøres av skadekrav. Det ligger likevel i sakens natur at det særlig er sykehus, og da spesielt avdelinger som foretar risikobetonte inngrep, slik som kirurgiske avdelinger og enheter for kreftbehandling, kvinnesykdommer og fødselshjelp, som kan betraktes som "farlige virksomheter". Dette fremgår også av skadestatistikken til NPE. Private virksomheter innenfor de samme fagområdene vil trolig være i tilsvarende situasjon. For "farlige virksomheter" og andre var det derfor ønskelig med en "no fault- modell" (objektivt ansvar uavhengig av skyld).

Pasientskadeloven forplikter helsetjenesten å tilby faglig forsvarlige behandlingstilbud, da det ikke anses *"naturlig å verne forventninger som går lengre enn at helsevesenet skal yte det beste."*¹³⁸ Brudd på virksomhetens ansvar viser seg nå i de økonomiske konsekvensene. Under ordinær ordning kunne helsetjenesten oppleve store erstatningssøksmål med økonomiske konsekvenser. Selv om de var dekket via forsikringsordninger og evt. kunne søke regress mot berørte helsearbeidere på gitte vilkår, måtte helseinstitusjonene i utgangspunktet stå for skadeerstatningene alene, der skyldkravet var oppfylt. Det var mye prestisje å tape gjennom å innrømme skyld, og mange skadekrav ble derfor avgjort med forlik.

Med pasientskadeloven og NPE som ansvarssubjekt, har finansieringen av erstatningsutbetalinger blitt endret.¹³⁹ Den direkte økonomiske risikoen for helsetjenesten er redusert p.g.a. en kollektiv finansieringsløsning ("pool"). Dette er også ment å forhindre vridningseffekter i helsetjenesten i form av at behandlingstilbud hvor en erfaringsmessig opplever erstatningskrav prioriteres, mens

¹³⁸ NOU 1992: 6 punkt 9.3.1

¹³⁹ Se punkt 4.3.2

andre og kanskje viktigere områder nedprioriteres i ressurstilførsel. Denne finansieringsmodellen var også tiltenkt å skulle ha en viss forebyggende effekt på skader/ulykker.¹⁴⁰

5.4.1 Betydning for helsearbeidere

Pasientskadeloven innebærer at pasienter søker om erstatning i stedet for å benytte søksmål. For den enkelte helsearbeider betyr det at risikoen for søksmål er erstattet av en rekke oppgaver knyttet til langt flere søknader, se punkt 4.5.1 om informasjonsinnhenting fra helsepersonell. Helsepersonell må bruke mye tid på informasjonsutveksling, tid som kunne vært frigjort til pasientbehandling. En viktig tilsiktet effekt er at pasientskadeloven skal bidra til *åpenhet* og motvirke en "syndebukktilnærming", bl.a. ved at helsepersonell skal oppklare og dokumentere skaden. Ordningen skal også medvirke til å "oppheve" belastningen for helsepersonell ved å unngå skyldplassering. Spørsmålet er om loven har realisert denne målsettingen.

Selv om loven ikke utelukker rettslig ansvarliggjøring, er den utformet slik at de fleste skadekrav i dag forutsetter forvaltningsbehandling. På den annen side risikerer helsepersonell fortsatt oppreisningssøksmål og prosesser med arbeidsgiver, tilsyn og i påtalemyndigheten. En hendelse i helsetjenesten kan utløse prosesser i flere systemer samtidig. Målsettingen med å oppnå åpenhet har således ikke fått betydning for andre reaksjonsformer.

Det er også langt flere muligheter til å reagere overfor helsearbeidere enn overfor helseforetakene og andre institusjoner.

Uavhengig av ansvars plasseringer og erstatningskrav, vil helsepersonell normalt føle det *personlig belastende* å forvolde skade og å leve rasjonelt med pasientskader som en del av den kliniske hverdag.¹⁴¹ Flere undersøkelser har tatt for seg legers personlige og profesjonelle opplevelse med pasientskader, bl.a. den såkalte legekårundersøkelsen, som er en undersøkelse iverksatt av Den norske legeforening. Gjennomgående viser undersøkelser at leger opplever det tyngende å volde skade.¹⁴² Denne belastningen unngås ikke ved innføringen av pasientskadeloven. Der skadekrav innvilges som følge av avvik fra anerkjent praksis, vil også dét kunne oppleves som tyngende for helsepersonell, selv uten skyldtilnærming og personlig tilbakemelding. En evt. opplevelse av urett i prosessen, er ikke gjenstand for overprøving når avgjørelsen treffes i favør

¹⁴⁰ Ot.prp. nr.31 punkt 7.3.2 s.28-29

¹⁴¹ Syse (2000) s.185-186

¹⁴² Eks. Rapport fra Helsetilsynet 7/2009 s.25-26

pasienten. Belastningen kan også bli forsterket ved evt. ledsagende klage til Helsetilsynet og medieoppslag i sammenheng med pasientskaden.

I samsvar med intensjonene er det grunn til å tro at dagens ordning med reduksjon i økonomiske risiki har redusert noe av belastningen på helsepersonell ved pasientskader. Søksmål om erstatning ville trolig også blitt en tilleggsbelastning til evt. prosesser i andre systemer. Det er mer usikkert i hvilken grad loven har bidratt til en reduksjon i den menneskelige belastningen.

5.5 Økonomiske konsekvenser av pasientskadeordningen

Sammenliknet med tidligere løper helsetjenesten i dag ingen stor økonomisk risiko ved skader. Spørsmålet er hvilken kostnad pasientskadeordningen har for samfunnet totalt sett, sammenliknet med kostnadene under den ordinære ordningen.

Det er ikke lett å foreta en samfunnsøkonomisk sammenlikning mellom de totale kostnadene knyttet til dagens ordning og de en hadde etter tidligere ordning. En har gode tall for utviklingen av kostnadene gjennom NPE, men tidligere ble mange skadekrav avgjort gjennom forlik, ofte med en interesse av at beløpet ikke ble gjort kjent. Det viser seg også vanskelig å få oversikt over hvor store utbetalinger som opp gjennom årene er gitt etter ordinær ordning.¹⁴³

I 2012 var utbetalingene via NPE på vel 700 millioner kroner¹⁴⁴, et beløp i en helt annen størrelsesorden enn lovgiver forutsatte i sin konsekvensutredning i 1998-1999. Pasientskadeutbetalingene lå den gang på ca. 125 millioner under midlertidig ordning.¹⁴⁵ Bak de administrative kostnadene til NPE/PSN ligger det som vist i punkt 5.1 også en sterk stigning i antall skadekrav, inkludert et stort antall uberettigede krav, som avvises av NPE. Siden kun 1/3 av skadekravene blir innvilget, kan det ligge en stor besparelse i å få redusert antall uberettigede krav.

I tillegg til de beskrevne kostnadene via NPE/PSN, genererer pasientskadeordningen utgifter og beslaglegger ressurser også i form av det arbeidet som pålegges *andre aktører* i prosessen. Helsepersonell bruker mye tid på dokumenterings- og informasjonsutvekslingsplikten, en tidsbruk som ikke er forsøkt tallfestet i de offentlige regnskapene.

¹⁴³ Domstoladministrasjonen kunne ikke gi tallmateriale for dette

¹⁴⁴ Tall hentet fra NPE sine hjemmesider

¹⁴⁵ NOU 1992: 6 punkt 7.3.5.4

I tillegg medfører også pasientskadeloven kostnader til *juridiske prosesser*, når saker bringes for retten etter forvaltningsbehandlingen.¹⁴⁶ Her er det både snakk om domstolenes ressursbruk og gjerne økte skadeutbetalinger som følge av domstolbehandlingen.

En del av de kostnadene som er knyttet til ulike rapporteringssystemer og tilhørende administrative ordninger, springer også mer eller mindre ut av pasientskadeloven og dens tankegods. Her vil det være glidende og tilsvarende uklare overganger i forhold til hva som med rimelighet kan tilskrives loven.

Som redegjort for i punkt 4.3 og som vist ovenfor, er det en utilsiktet *rettsøkonomisk konsekvens* av pasientskadeloven at kostnadene knyttet til denne har blitt langt større enn forutsatt ved innføringen av loven. Det mest åpenbare har vært de stadig stigende administrative kostnadene knyttet til NPE og PSN og erstatningsutbetalinger via disse forvaltningsorganene.

5.6 Er ordningen blitt mer omfattende enn tilsiktet?

De økte kostnadene reiser også spørsmålet om det er en grense for hva pasientskadeordningen kan koste før den endres, og om ordningen i dag er videre enn det som ble forutsatt.

Offentlige dokumenter kan trekke i retning av at det til nå ikke har vært aktuelt å reversere pasientskadeordningen, selv med sine utilsiktede økonomiske konsekvenser. Lovgiver synes å ha vært innstilt på at ordningen kunne få større økonomiske virkninger enn antatt. Pasientskadeordningen har óg blitt forsvart med en sammenlikning med skader på andre samfunnsområder, hvor skadelidte ivaretas gjennom bl.a. ulykkesforsikringer og yrkesskadeerstatning.¹⁴⁷ En rimelig balanse mellom kompensasjonsbehovet til de med pasientskader og andre skadelidte med tilsvarende behov for kompensasjon synes viktig om en skal videreføre dagens pasientskadeordning. Kostnadsnivået må også ses i sammenheng med at culpanormen allerede var på vei i en skjerpet retning da ordningen ble utarbeidet¹⁴⁸ og det forhold at det kan stilles spørsmål ved ordningens preventive effekt.

¹⁴⁶ Domstoladministrasjonen kunne ikke gi tallmateriale for dette

¹⁴⁷ Foyen (1990) s. 207

¹⁴⁸ Ot.prp. nr.31 punkt 7.3.5.2 s.30

Det kan her være viktig å presisere lovgivers vilje om erstatning der hjelpen er under den *minste akseptable standard*. Det er ikke et rettskrav på optimal behandling, slik en bevitnet praksis under den midlertidige ordningen¹⁴⁹, men et spørsmål om hvor vidt hjelpen har vært *forsvarlig*. Det er en utfordring i et økonomisk perspektiv når forvaltningspraksis tidvis fortsatt legger optimal behandling til grunn i erstatningsvurderingen. Eksempelvis kan nevnes PSN- 2007-577, hvor det uttales:

" Etter en helhetsvurdering har nemnda kommet til at sykehuset ikke iverksatte gode nok tiltak for at pasienten skulle få en *optimal behandling* [min utheving]. Det foreligger etter dette en pasientskade som følge av svikt ved ytelsen av helsehjelp [..]."

Manglende konsistens er uheldig for pasientens forutsigbarhet og svekker tilliten til helsevesenet, samtidig som det korrelerer dårlig med lovgivers intensjon. Det er viktig at ikke praksis bidrar til å så tvil rundt pasientens rettskrav og tydeliggjør at dét pasienten er berettiget til, er en *minstestandard*, vurdert etter vanlig praksis og ikke etter optimale behandlingsforløp. Ikke minst risikerer en ansvarliggjøring på et tidligere tidspunkt enn det lovgiver har ønsket.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr.31 punkt 11.4.2 s.64

6 Rettsprosess og forvaltning

6.1 Generelt om prosessordningen

Pasienter som søker kompensasjon, skal nå henvende seg til NPE, jf. passkl. § 6. At helsepersonell ikke lengre er en del av prosessen, vises bl.a. ved at de ikke er gitt prosessrettigheter. NPEs avgjørelser kan påklages av *pasienten* til PSN, jf. passkl. § 15. Dette er en svært pasientvennlig bestemmelse, da verken helsepersonell eller helseinstitusjoner har samme klagemulighet. Årlig mottar NPE 4000-4500 klagesaker, hvorav rundt 1000 innklages til PSN.¹⁵⁰ I perioden 2003-2011 var medholdsprosenten i snitt 12-13% i PSN.¹⁵¹

6.2 Endringer av betydning for pasientens rettsvern

Skal forvaltningsbehandling av skadekrav kunne erstatte den rettsikkerhet som domstolsbehandling representerer, må organene oppleves som faglig kompetente og egnede alternativer, og de bør i likhet med domstolene fortrinnsvis anvende et muntlig, kontradiktorisk prinsipp.¹⁵² For saksbehandlingen i NPE og PSN gjelder i tillegg til forvaltningsloven (heretter forkortet fvl.) reglene i personopplysningsloven. Det er en viktig rettsikkerhet for pasienten, samtidig som det ivaretar tillitshensyn.

Saksbehandlingen i NPE/PSN er ut fra effektivitetshensyn skriftlig, og henvendelser fra pasienter og helseinstitusjoner skjer tilsvarende i skriftlig form. Til pasientens fordel kan nye anførsler gjøres gjeldende i klagesaker, jf. Rt. 2008 s. 1142.

Skadekrav etter ordinær ordning ble gjennomsnittlig ferdigbehandlet innen to år, hvorav ett år på å avgjøre ansvarsgrunnlaget, og ett år på erstatningsutbetalingen.¹⁵³ I 2011 var gjennomsnittlig behandlingstid for ansvarsvurderingen i NPE snaut 12 måneder, som ble redusert til 10,5 måneder i 2012.¹⁵⁴ En økning i antall skadekrav påvirker nødvendigvis saksbehandlingstiden, samtidig som NPE er bundet av loven til å utrede saken tilstrekkelig, jf. fvl. § 17. Det legges således stor vekt på en rettsikkerhetsorientert ordning. I tillegg tilsier kombinasjonen av komplekse juridiske og medisinske forhold at saksbehandlingstiden nødvendigvis blir lenge enn ellers i forvaltningen.

¹⁵⁰ Syse (2011) s.76 og 78

¹⁵¹ Tall hentet fra PSN sine hjemmesider

¹⁵² Andenæs (2008) s.108

¹⁵³ Syse (2011) s.199

¹⁵⁴ NPE Årsmelding 2012 s.3

Disse hensyn er det viktig å holde fast ved, særlig når pasienter ofte ytrer misnøye mot saksbehandlingstiden, som oppleves som ineffektiv.¹⁵⁵ Samtidig har lovgiver forutsatt en ordning som lempet terskelen for å fremme skadekrav, som nødvendigvis må tilsi en økning i antall skadekrav og by på utfordringer i saksbehandlingstiden. Forøvrig settes ikke økningen i antall skadekrav entydig i sammenheng med økt skadeforvoldelse.¹⁵⁶ Dette understreker at ordningen virker som *rettspolitisk tiltenkt*. På den annen side er utfordringen å kvalitetssikre kravene, så andelen erstatningskrav som avvises eller gis avslag kan reduseres, samtidig som det er et behov å forhindre at pasienten ser seg tjent med videre klagebehandling.

Pasienten er fritatt fra å utrede saken, jf. fvl. § 17 som normalt innebærer en fordel for pasienten. Forvaltningslovens utredningsprinsipp og god forvaltningskikk forutsetter at NPE innhenter informasjon om skaden fra både aktuelle behandlingssted og pasienten. Det er slik *kontradiksjonen* i prosessen ivaretas. Selv om NPE utreder saken, er det pasientens ansvar å dokumentere den angitte skaden via NPEs skadeskjema, etter veiledning (fvl. § 11) og informasjon (fvl. § 17) fra NPE. Saksutredningen og vurderingen av de juridiske vilkår som ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng forvaltes av NPE, som ivaretar pasientvennligheten i ordningen.

I tråd med lovgiverintensjonen er prosessordningen kostnadsbesparende for pasienten. Utgifter til advokat er pasientens eneste kostnad. Det er i utgangspunktet en klar forbedring sammenliknet med ordinær ordning, hvor pasienten risikerte å bli sittende med alle saksomkostningene. Samtidig var det tiltenkt at det skulle være unødvendig å benytte seg av advokat i NPE/PSN.¹⁵⁷ Det er derfor uheldig med tanke på lovgiverintensjonen at pasienter opplever en styrket relasjon til NPE der advokat benyttes.¹⁵⁸ Dette avdekker et pasientbehov ved saksbehandling og utredning, som NPE ikke oppfyller.

På den positive siden åpner pasientskadeloven opp for å dekke advokatutgifter der det foreligger særlige grunner.¹⁵⁹ Bestemmelsen må leses sammen med skl. § 3-1 første ledd. Advokatbistand vil ofte være mer påtrengende i utmålingsaken, enn i ansvarsfasen, da praksis synes å gi større utbetalinger der pasienten har advokatbistand. Dette skyldes at pasienten sjelden er kjent med hvilke tapsposter som virker inn på og er relevant for tapsutmålingen.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Eks.NPE sin brukerundersøkelse s.21 og 28

¹⁵⁶ Fra NPE sine hjemmesider

¹⁵⁷ Ot.prp. nr.31 punkt 17.3 s.85

¹⁵⁸ Fra NPE sin brukerundersøkelse s.24 og 31

¹⁵⁹ Pasientskadeloven § 11, nærmere regulert i FOR-2009-03-27 nr. 357

¹⁶⁰ Statskonsults NPE evaluering s.29 og 3

Det har vært et sentralt siktemål med den særlige prosessordningen å få den til å virke konfliktdempende for å lette prosessen for pasienten, også i videre kontakt til behandlingsstedet. Det er oppnådd ved å tilsidesette den tradisjonelle partsprosessen som søksmål innebærer.

6.3 Utfordringer med dagens prosessordning

Et spørsmål av økende betydning er i hvilken grad forvaltningsordningen har avlastet domstolapparatet som tiltenkt. Lovgiverintensjonen var å sikre kvaliteten i forvaltningen slik at domstolsbehandling ikke ble nødvendig, samtidig som det var ønskelig å holde domstoladgangen åpen. Det er viktig å fastholde at ordningen går lengre enn den alminnelige domstolkontrollen med forvaltningens vedtak. Det utgjør en viktig sikkerhetsgaranti for pasienten, og domstolene kan prøve alle sider av saken, jf. Rt. 2001 s. 995. Pasienten nyter ubestridt et sterkt vern av dette. Loven åpner for domstolprøving først *etter* at saken har vært innom begge forvaltningsorganene til avgjørelse, jf. passkl. § 18 første ledd.

Erfaringene viser at det har vært en markant økning i utviklingen i antall prosesser for domstolene de årene ordningen har bestått. I siste del av 1990 var det i overkant av 20 prosesser årlig.¹⁶¹ I perioden 2004-2010 mottok PNS 643 domstolstevninger, som utgjorde ca. 10 % av realitetsbehandlede saker i PSN. 42 % av stevningene resulterte i rettskraftige dommer, hvorav PSN har vunnet i ca. 70 % av sakene. De øvrige ble avsluttet med forlik eller trukket før domsavsigelse. Ca. 1/3 av sakene kommer ikke til domsavsigelse.¹⁶² Dette indikerer at systemet trolig belastes med mange ukvalifiserte krav. Dette viser seg forøvrig også i avvisnings- og avslagsstatistikken til NPE. Et forsøk på å oppjustere søksmålsfristen for å kvalitetssikre kravene¹⁶³, reduserte heller ikke antall stevninger.¹⁶⁴

I samsvar med grunnloven § 88 avgjøres også pasientskadesaker i siste instans av Høyesterett. Her slipper ankeutvalget kun inn saker av prinsipiell betydning eller som angår spørsmål av relevans utover den foreliggende sak, jf. tvisteloven (lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90) § 30-4. Foreløpig er det avsagt 15 avgjørelser av Høyesterett etter pasientskadeloven, men ingen av disse har vedrørt ansvarsgrunnlaget i passkl. § 2.

¹⁶¹ Statskonsults evaluering av NPE s.62

¹⁶² Syse (2011) s.204-205

¹⁶³ Ot.prp. nr.81 (2007-2008) punkt 4.5

¹⁶⁴ Syse (2011) s.202

En annen utfordring ved prosessordningen, og en påpekt svakhet ved systemet, er diskrepansen mellom forvaltningens og domstolenes *erstatningsutbetalinger*. Det hevdes at pasienter ikke tilbys riktig erstatning når de som tar saken til retten, kan oppleve å få tilkjent langt høyere erstatning, opp mot det dobbelte.¹⁶⁵ Mange klagesaker til domstolene kan da muligens tilskrives det som synes å være en stagnert rettsutvikling i forvaltningspraksis, som ikke samsvarer med domstolretten. Dette er også påpekt av Statskonsult.¹⁶⁶

Prinsippet om likebehandling og konsistent praksis tilsier at flere saker trolig burde slippe gjennom nåløyet til Høyesteretts ankeutvalg. Når avgjørelser avsagt av lagmannsretten ikke får presedensstatus, kan det oppstå avvik mellom retts- og forvaltningspraksis, uten korreksjon av Høyesterett. En slik diskrepans kan stimulere pasienten til å fremme krav for domstolene.¹⁶⁷ Diskrepans mellom erstatningsutmålinger i forvaltningen og domstolene er også utvilsomt uheldig både for tillit til systemet og samfunnsøkonomiske budsjetter.

¹⁶⁵ Opplysninger fra Advokat Christian Lundin

¹⁶⁶ Statskonsults evaluering av NPE s.61

¹⁶⁷ Syse (2011) s.77

7 Samlede betraktninger og refleksjoner

Pasientskadeloven har fått stor rettslig betydning både for pasienten, helsetjenesten og samfunnet. Mange av lovgivers formål og intensjoner med en særlig erstatningsordning ved pasientskader er oppfylt, men ordningen har også medført ulike rettspolitiske utfordringer for samfunnet.

De *rettslige virkningene* av loven viser seg både i de materielle og prosessuelle reglene som samlet avgjør pasientvernet. *Materielt* er det særlig det utvidede ansvarsgrunnlaget som styrker pasientens kompensasjonsmulighet ved pasientskader, og *prosessordningen* har gjort det betydelig lettere å fremsette og få behandlet skadekrav. Som vist i NPEs statistikker, får langt flere nå medhold i sine erstatningskrav etter det objektive ansvarsgrunnlaget i pasientskadeloven enn etter culpaansvaret i den ordinære ordningen. Denne hovedintensjonen bak innføringen av pasientskadeloven synes dermed innfridd.

Ansvarsgrunnlaget "behandlingssvikt" er *skjønnlig utformet*. Det begrenser forutberegneligheten, øker pasientforventningene og gjør regelen retts teknisk vanskelig å anvende. I oppgaven er det vist til flere avgjørelser som kan tolkes som utfordringer med å håndheve samfunnsansvaret i tråd med lovgiverviljen. Dagens forvaltningspraksis synes gjennomgående *ikke* å praktisere reglene på en måte som innvilger flere skadekrav enn tiltenkt i forarbeidene. Det er viktig med tanke på de overveielser som ligger bak lovens utforming. På den annen side er det vist til andre forvaltningsavgjørelser som ikke samsvarer med lovgivers forutsetninger. Forarbeidene bør derfor vektlegges i større grad for å sikre konsekvent praksis og forhindre at loven gis et annet dekningsområde enn tiltenkt.

Også lovgivers intensjoner om å redusere de *rettslige, økonomiske og personlige belastninger* som culpaansvaret innebar for helsearbeidere, synes langt på vei oppfylt i pasientskadeloven, selv om personlige belastninger i stor grad følger med utøvelsen av profesjonen. De positive virkningene loven har hatt for helsearbeidere er viktige, bl.a. fordi culpanormen var i ferd med å bli skjerpet. Denne positive gevinsten begrenses av at helsepersonell i dag må bruke mye tid på arbeid med skadekrav og andre byråkratiske rutiner, ressurser som med fordel kunne ha vært frigjort til pasient*behandling*. I et større perspektiv kan mangelen på forebygging, reduksjon av risiko og kapasitetssvikt i virksomhetene også medføre flere saker mot helsearbeidere i andre systemer.

Pasientskadeloven har flere *utilsiktede rettspolitiske virkninger*. Med loven er erstatningssaker ved pasientskader blitt et *samfunnsansvar* med betydelig offentlig finansiering og stadig økende

økonomiske ringvirkninger, som må tilskrives lovens hovedfokus på reparasjon. Ordningen har blitt langt dyrere for samfunnet enn forutsatt og genererer utgifter utover det som lar seg tallfeste gjennom forvaltningsorganene.

Det er også en rettspolitisk uheldig konsekvens av ordningen at *pasientforventningene* korrelerer dårlig med faktisk innfridde skadekrav, i det hele 2/3 av kravene avvises av NPE. Behandling av et stigende antall uberettigede krav innebærer en stor og unødvendig arbeidsbelastning på forvaltningsorganene og bidrar til økt saksbehandlingstid, økte kostnader for samfunnet og svekket tillit til dagens ordning. Det er et behov å gjøre pasientene bedre kjent med hva som gir og ikke gir rett til skadeerstatning.

Den *største ulempen med dagens ordning* er trolig lovens effekt på virksomhetene og mangelfulle fokus på prevensjon. Det er grunn til å reise spørsmålet om det ville ha vært samfunnsmessig riktigere, og i et lengre perspektiv besparende, å ha valgt en lovutforming som i større grad vektla en kvalitativt bedre helsetjeneste og tiltak for færre pasientskader. Det er óg grunn til å betvile om lovgivers sterke prioritering av en kostnadsbesparende prosessordning og endret ansvarsgrunnlag på sikt ivaretar pasientens hovedinteresser på beste måte og innebærer god samfunnsøkonomi.

7.1 En bærekraftig pasientskadeordning

Skal en lykkes med å snu den pågående kostnadsutviklingen og styrke pasientskadeordningens fokus på en kvalitativt bedre helsetjeneste, bør flere mulige tiltak vurderes:

NPE innehar *mye* kunnskap i form av bl.a. et omfattende statistikkmateriale omkring hvilke skadetyper som dominerer pasientskadekravene. Her ligger et dårlig utnyttet potensiale i å avdekke hvilke skadetyper det er viktigst å forebygge både i et individrettet og et kostnadsreducerende perspektiv, hvilke skader som trolig er lettest å forebygge, og derved hvor en særlig bør sette inn forebyggende tiltak. Det handler m.a.o om å omdanne ervervet kunnskap til skadereduksjon.

Det synes også å være behov for å evaluere selve pasientskadeloven. I 2004 ble ordningen evaluert av Statskonsult, men etter ti års virke kan det være tid for nok en evaluering, både for å klargjøre loven der utydelighet medfører ressurskrevende utredninger av enkeltsaker, og med tanke på evt. innskjerpinger i de materielle vilkårene. Hvilke skadetyper er innenfor

kjerneområdet av hva loven bør sikre kompensasjon for, og hvilke må evt. nedprioriteres i et større samfunnsmessig perspektiv?

Det er også ønskelig med flere høyesterettsdommer som kan sette rettspraksis for senere domstolsbehandling og gi føringer til forvaltningsbehandlingen, både i forhold til en bærekraftig fortolkning av de materielle reglene og nivå på erstatningsutbetalingene. Beslektet med dette, kan det være hensiktsmessig å innrapportere flere skadesaker til Helsetilsynet, for å avklare forsvarligheten av helsehjelpen, som en form for kvalitetssikring før kravet fremmes for NPE. Det kan gi arbeidsbesparende føringer for deres arbeid.

Der bør óg foretas en evaluering av forvaltningsorganenes organisering og arbeidsform. En utfordring med dagens ordning er å realisere den politiske målsettingen om tids- og kostnadsbesparende saksbehandling, også på bakgrunn av pasienters manglende opplevelse av at ordningen tilfredsstillende berettigede krav.¹⁶⁸ Den erfaringen flere gjør ved at de kan oppnå langt høyere erstatningsbeløp gjennom påfølgende domstolsbehandling, og som kan stimulere pasienter til å gå videre med sine skadekrav til domstolene, tilsier óg en evaluering. Det er viktig å kunne håndtere et økende antall skadekrav innen akseptabel tidsbruk, uten at dette går på bekostning av kvaliteten i saksbehandlingen.

I konsekvensutredningen var alternativet til en egen pasientskadeordning bl.a. en utvidelse av trygdesystemet. Selv om valget ble en særlig kompensasjonsordning for pasientskader, kan dagens erfaringer tilsa at dette forslaget bør vurderes på ny. Det er mulig at f.eks. en nedjustert grense for innvilging av uførepensjon ved pasientskader både kan være samfunnsøkonomisk besparende og harmonere bedre med den alminnelige rettsoppfatningen enn dagens ordning.

Det kan også tenkes at en kan finne frem til fornuftige endringer i vår pasientskadeordning ved å se nærmere på lovverk og praksis i våre naboland. Slik erfaringsutveksling kan kanskje gi verdifulle innspill til endringer.

Slik jeg forstår det, vil den største utfordringen fremover være å videreføre de mest sentrale elementene ved dagens pasientskadeordning, samtidig som en må tilstrebe å begrense og helst redusere kostnadene knyttet til ordningen. En må også i større grad fokusere på forebygging av helseskader og bedring av kvaliteten på ulike helsetjenester. Innvilging av pasientskadeerstatning og utbetalingsnivå må til enhver tid avspeile samfunnets bæreevne og rettferdsforestillinger.

¹⁶⁸ NPEs brukerundersøkelse s. 13, 21 og 28

8 Referanseliste

Litteraturliste

- Andersen (1970) Andersen, Kristen: *Skadeforvoldelse og erstatning*. 1. utg. Oslo 1970
- Andenæs (2008) Andenæs, Barbro og Mår, Nina: *Klagenemnder*. 1. utg. Bergen 2008
- Befring (2002) Befring, Anne Kjersti, Grytten, Nils, Ohnstad, Bente: *Jus for leger*. Kristiansand 2002
- Foyn (1990) Foyn, Stein, Lund, Anne M. og Viken, Ola: *Pasienters rettstilling*. 1. utg. Oslo 1990
- Kjønstad (2007) Kjønstad, Asbjørn: *Helserett*. 2. utg. Oslo 2007
- Lødrup (2009) Lødrup Peter: *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. Oslo 2009
- Nygaard (2007) Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*. 6. utg. Bergen 2007
- Rognlien (1995) Rognlien, Stein: *Pasientskadeerstatning (Legeansvar, sykehusansvar og annet pasientskadeansvar)*. 1.utg. Oslo 1995
- Syse (2000) Syse, Aslak, Førde, Reidun og Førde, Olav H.: *Medisinske feil*. 1. utg. Oslo 2000
- Syse (2011) Syse, Aslak, Kjelland, Morten og Jørstad, Rolf G.: *Pasientskaderett (Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner)* 1.utg. Oslo 2011

Tidsskrift

Andreasen, Backe, Jørstad, Øian "A nationwide descriptive study of obstetric claims for compensation in Norway". *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica* 2012

Brunsvig, Jørgen: *Culpanormen for leger*. Jussens Venner 1983

Domsregister

| | |
|-------------------|---|
| Rt.1875 s. 330 | <i>" Nitroglyserindommen "</i> |
| Rt. 1905 s.715 | <i>"Vannledningsdommen"</i> |
| Rt. 1951 s. 950 | <i>Mangelfull faglig oppdatering</i> |
| Rt. 1960 s. 429 | <i>"Gimlemoddommen"</i> |
| Rt. 1962 s. 994 | <i>"Reservelegedommen"</i> |
| Rt. 1960 s. 841 | <i>"Vaksinedommen"</i> |
| Rt. 1978 s. 482 | <i>"Strålebehandlingsdommen"</i> |
| Rt. 1981 s. 728 | <i>"Lymfeknutedommen"</i> |
| Rt. 1989 s. 426 | <i>"Nerveskadedommen"</i> |
| Rt. 1989 s. 674 | <i>"Strumadommen"</i> |
| Rt. 1990 s. 768 | <i>"HIV-smittedommen"</i> |
| Rt. 1990 s. 874 | <i>"Fusadommen"</i> |
| Rt. 1992 s. 64 | <i>"P-pilledom II"</i> |
| Rt. 1993 s. 1169 | <i>"Nervesvulstdommen"</i> |
| Rt. 1998 s.1336 | <i>"Sphincter-rupturdommen"</i> |
| Rt. 1998 s.1538 | <i>"Cauda equina-dommen"</i> |
| Rt. 1999 s. 203 | <i>"Steriliseringsdommen"</i> |
| Rt. 2001 s. 995 | <i>Adgang til å prøve alle sider av saken</i> |
| Rt. 2004 s. 1343 | <i>Forbud mot dobbel straffeforfølgning</i> |
| Rt. 2005 s. 1050 | <i>"Jordmorddommen"</i> |
| Rt. 2006 s. 1217 | <i>"Angiografidommen"</i> |
| Rt. 2008 s. 218 | <i>"Sarkomdommen"</i> |
| Rt. 2008 s. 1142 | <i>Adgangen til å gjøre nye anførsler gjeldende</i> |
| Rt. 2010 s. 1153. | <i>Fradrag for andre kompensasjoner</i> |
| Rt. 2011 s. 797 | <i>Krav til realitetsbehandling</i> |

Underrettsdommer

| | |
|-----------------|------------------------------------|
| RG. 1959 s. 150 | Østre Bærum herredsrett 1958-03-07 |
| RG. 1970 215 | Gulating lagmannsrett 1969-10-16 |
| LB-1999-3100 | Borgarting lagmannsrett 2003-06-06 |
| LB-2004-601 | Borgarting lagmannsrett 2005-02-14 |
| LB-2006-121530 | Borgarting lagmannsrett 2007-12-21 |
| LB-2006-142740 | Borgarting lagmannsrett 2007-11-29 |
| LB-2010-005844 | Borgarting lagmannsrett 2010-10-22 |

Forvaltningsavgjørelser fra Pasientskadenemnda

PSN-2004-361
PSN-2004-468
PSN-2007-577
PSN-2007-852
PSN-2011-345
PSN-2011-556
PSN-2011-731
PSN-2011-840
PSN-2011-976
PSN-2011-1205
PSN-2012-200
PSN 2012-261
PSN-2012-281
PSN-2012-401

Lovgivning

| | |
|------------|--|
| albhl. | Lov om alternativ behandling av sykdom mv. 27 juni 2003 nr. 64 |
| ftrl. | Lov om folketrygd 28 feb 1997 nr. 19 (folketrygdloven) |
| fvf. | Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10 februar 1967 (forvaltningsloven) |
| grl. | Kongeriget Norges Grundlov 17.mai 1814 |
| hpl. | Lov om helsepersonell m.v. 2 juli 1999 nr. 64 (helsepersonelloven) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester 24 juni 2011 nr. 30 (helse- og omsorgstjenesteloven) |
| pasbrl. | Lov om pasient- og brukerrettigheter 2 juli 1999 nr. 63 (pasient- og brukerrettighetsloven) |
| passkl. | Lov om erstatning ved pasientskader mv. 15 juni 2001 nr. 53 (pasientskadeloven) |
| popplyl. | Lov om behandling av personopplysninger 14 april 2000 nr. 31 (personopplysningsloven) |
| prodansvl. | Lov om produktansvar av 23 desember 1988 nr. 66 (produktansvarsloven) |
| skl. | Lov om skadeerstatning 13 juni 1969 nr. 26 (skadeerstatningsloven) Lov om statlig tilsyn med helse og - omsorgstjenesten 30 mars 1984 nr. 15 (helsetilsynsloven) |
| smittel. | Lov om vern mot smittsomme sykdommer 5 aug. 1994 nr. 55 (smittevernloven) |
| sphlsl. | Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. 2 juli 1999 nr. 61 (spesialisthelsetjenesten) |
| tvf. | Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17 juni 2005 nr. 90 (tvisteloven) |
| EMK | Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon 21mai 1999 nr. 30 |

Forskrifter

| | |
|-------------------------|---|
| FOR 2002-12-20 nr. 1625 | Forskrift om Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda |
| FOR-2008-10-31 nr. 1166 | Forskrift om pasientskadelovens virkeområde og om tilskuddsplikt for den som yter helsehjelp utenfor den offentlige helsetjeneste |
| FOR-2009-03-07 nr. 357 | Forskrift om dekning av pasienters utgifter til advokat |

Forarbeider og offentlige dokumenter

| | |
|-----------------------------|---|
| NOU 1992: 6 | Erstatning ved pasientskader |
| Ot. prp. nr. 31 (1998-1999) | Om lov om erstatning ved pasientskader |
| St. prp. nr. 72 (1998-1999) | Billighetserstatninger av statskassen |
| Ot. prp. nr. 55 (1999-2000) | Endringer ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) |
| Innst. O. nr. 68 2000-2001 | Innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader m.v. (pasientskadeloven) |
| St. prp. nr. 65 (2006-2007) | Rettfærdsvederlag fra statskassa (Om stortinget si rettfærdsvederlagsordning, arbeidet i rettfærdsvederlagsutvala m.m.) |
| Ot. prp. nr. 81 (2007-2008) | Pasientskadeloven m.m. (dekning av advokatutgifter og forlengd søksmålsfrist) |
| Prop. 1 S (2012-2013) | Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak)For budsjettåret 2013 |
| Meld. St. 10 (2012-2013) | God kvalitet - trygge hender |

Nettdokumenter

(alle dokumenter sist sjekket 4. april 2013)

Fra Dagens Medisins hjemmesider:

<http://www.dagensmedisin.no/nyheter/store--vi-ma-vare-apne-om-feil/>

Fra Den norske legeforeningens hjemmesider:

Den norske legeforening: <http://legeforeningen.no/yf/overlegeforeningen/Om-oss/Overlegen/>

Fra Helsetilsynets hjemmesider:

Helsetilsynets årsrapport 2009:

http://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/rapporter2009/helsetilsynetrapport7_2009.pdf

Fra Nav sine hjemmesider:

<http://www.nav.no/Om+NAV/NAV/Etablering+av+NAV/Historie/Trygdeetatens+historie.1073751271.cms>

Fra NPE sine hjemmesider:

<http://www.npe.no/no/Om-pasientskader/Statistikk/Medholdavslag-per-ar/>

<http://www.npe.no/no/Om-NPE/Aktuelt/Kraftig-okning-i-nye-saker-til-NPE-i-2012/>

<http://www.npe.no/no/Om-pasientskader/Statistikk/Utbetalinger-per-ar/>

Brukerundersøkelsen 2010:

http://www.npe.no/Documents/Rapporter/TNSGallup_Rapport_2010_v3.pdf

Årsmelding 2004:

http://www.nsd.uib.no/polsys/data/filer/aarsmeldinger/AN_2004_37600.pdf

Årsmelding 2011:

http://www.npe.no/Documents/%C3%85rsmelding/aarsmelding_2011.pdf

Årsmelding 2012:

<http://www.npe.no/Documents/%C3%85rsmelding/%C3%A5rsmelding2012.pdf>

Fra PSN sine hjemmesider:

<http://www.pasientskadenemnda.no/Statistikk/Avviklede-saker-totalt1/>

Fra Regjeringens hjemmesider:

Statskonsult sin evaluering av NPE:

http://www.regjeringen.no/upload/kilde/hd/prm/2004/0019/ddd/pdfv/201393-hd_rapport_evaluering.pdf

Fra Riksrevisjonens hjemmesider:

http://www.riksrevisjonen.no/Rapporter/Documents/2012-2013/Dokumentbase_3_2_2012_2013.pdf

Muntlige kilder og kontakter

| | |
|--------------------|--|
| Aasland, Olav G. | <i>Instituttssjef i Den norske legeforeningens forskningsinstitutt</i> |
| Helland, Gro: | <i>Domstoladministrasjonen</i> |
| Jørstad, Rolf G.: | <i>Direktør i NPE</i> |
| Lundin, Christian: | <i>Advokat, Ness Lundin</i> |
| Marstrand, Baard: | <i>Domstoladministrasjonen</i> |
| Wollum, Mette T.: | <i>Statistikkansvarlig i NPE</i> |