



NORGES HØYESTERETT

Den 13. april 2011 avsa Høyesterett dom i

HR-2011-00813-A, (sak nr. 2010/1446), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Pasientskadenemnda

(advokat Felix Lous – til prøve)

mot

A

(advokat Steinar Winther Christensen)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Skoghøy**: Saken gjelder krav om erstatning etter regler av 1. januar 1988 for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker. Spørsmålet er om en pasient kan kreve erstatning for invalidiserende smerte- og diaréplager etter fjerning av en svulst som legene feilaktig trodde var kreft.
- (2) A, født 1956, oppsøkte i oktober 2002 lege på grunn av magesmerter ledsaget av blødninger ved avføring. Den 4. desember 2002 ble det foretatt røntgenundersøkelse som viste en utvendig svulst ("tumor") på første del av tykktarmen. Denne svulsten førte til at tykktarmen ble innsnevret. Det var sterk mistanke om at svulsten var ondartet.
- (3) A ble innlagt på sykehuset B 9. desember 2002 og operert neste dag. Svulsten, som var fire cm i diameter, var fastvokst i bukveggen. Ved operasjonen ble svulsten løsnet fra bukveggen, og det ble deretter foretatt et standard inngrep for slike svulster: Høyre del av tykktarmen og 15 cm av tynntarmen ble fjernet, og tykktarmen og tynntarmen ble koblet

sammen. Etterfølgende undersøkelser viste at svulsten ikke var en kreftsvulst, men en sjelden svulstform som ikke regnes som ondartet ("benignt multicystisk mesotheliom").

- (4) Etter operasjonen har A fått store smerter i høyre del av bukveggen, samt kraftig og uforutsigbar diaré. Begge plagene er, tross forskjellige undersøkelser og behandlinger, kroniske. A er nå 100 % arbeidsufør, og den medisinske invaliditeten er anslått til 70 %.
- (5) A meldte 22. juni 2005 skaden til Norsk Pasientskadeerstatning, som forela saken for rådgivende lege, spesialist i generell og gastroenterologisk kirurgi Arne E. Færden. Færden uttalte at røntgenfunnet og symptomene før operasjonen var såpass entydige at det var naturlig å mistenke ondartet "tumor". Inngrepet ville imidlertid blitt det samme selv om man hadde visst hvilken svulstform det var tale om. Den aktuelle svulstform vokser og kan utvikle seg til kreft, og bør derfor fjernes. Færden konkluderte med at inngrepet var nødvendig, og at det var korrekt utført.
- (6) Norsk Pasientskadeerstatning traff 8. mai 2006 vedtak om at A ikke hadde krav på erstatning. Vedtaket var begrunnet med at diagnosen var adekvat, og at operasjonen var nødvendig. De plager A var påført, måtte derfor aksepteres, jf. reglene for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning § 3 bokstav a.
- (7) A påklaget vedtaket til Pasientskadenemnda, som besluttet å innhente ytterligere en sakkyndig vurdering. Denne ble foretatt av professor dr.med. Trond Buanes.
- (8) Ved Pasientskadenemndas vedtak 14. oktober 2008 ble Norsk Pasientskadeerstatnings vedtak av 8. mai 2006 stadfestet. Etter å ha fremholdt at diagnostiseringen som foranlediget inngrepet, var adekvat, selv om diagnosen senere viste seg å være en annen, uttalte nemnda:

"Nemnda finner videre at det uavhengig av om diagnosen var ondartet kreftsvulst eller godartet multicystisk mesotheliom, var god indikasjon for det inngrepet som ble foretatt, herunder omfanget av inngrepet som var nødvendig for å fjerne svulsten i sin helhet. Videre finner nemnda at inngrepet ble adekvat utført i tråd med alminnelige retningslinjer og prinsipper, jf. reglene § 3 d. Diaréplager er en relativt uvanlig komplikasjon til et inngrep som det aktuelle. Nervesmerter etter et slikt inngrep må også anses for å være en relativt sjelden, men kjent komplikasjon, og forekommer med en frekvens på 2–6 %. Risikoen var antakelig noe forhøyet pga svulstens lokalisasjon og innvekst. Etter en konkret vurdering av pasientens forutgående plager og komplikasjonenes art og omfang, har nemnda, særlig sett hen til viktigheten av inngrepet, kommet til at komplikasjonene er å anse som følger av en akseptabel risiko ved behandlingen, jf. reglene § 3 a."

- (9) Ved stevning 13. januar 2009 til Oslo tingrett gikk A til søksmål mot staten v/Pasientskadenemnda med påstand om at han hadde krav på erstatning fra Norsk Pasientskadeerstatning. Staten tok til motmæle og påstod seg frifunnet. Under behandlingen for tingretten ble professor dr.med. Karl-Erik Giercksky oppnevnt som sakkyndig.
- (10) Oslo tingrett avsa 9. september 2009 dom med denne domsslutning:

"1. A har krav på erstatning fra Norsk Pasientskadeerstatning.

2. Staten v/Pasientskadenemnda dømmes til å betale A kr 86 743,75 – åttisekstusensjuhundreogförtitre kroner og syttifemøre – i sakskostnader innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.”

- (11) Tingretten fant at diagnosen og behandlingen var adekvat, men at As komplikasjoner ikke sto i rimelig forhold til det problemet han ble behandlet for, og at han derfor hadde krav på erstatning etter reglene for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning.
- (12) Staten v/Pasientskadenemnda påanket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett. Professor dr.med. Karl-Erik Giercksky ble reoppnevnt som sakkyndig for lagmannsretten.
- (13) Borgarting lagmannsrett kom i dom 9. juli 2010 under dissens (2 mot 1) til at komplikasjonsrisikoen lå utenfor den risiko som A måtte akseptere, og at han derfor hadde krav på erstatning etter reglene for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning. Lagmannsrettens dom har denne domsslutning:

”1. Anken forkastes.

2. Staten v/Pasientskadenemnda dømmes til å betale til A 74 296 – syttifiretusentohundreognittiseks – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av dommen.”

- (14) Staten v/Pasientskadenemnda har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken retter seg mot rettsanvendelsen.
- (15) Også for Høyesterett har professor dr.med. Karl-Erik Giercksky vært oppnevnt som sakkyndig. Han har avgitt en tilleggs erklæring om risikoen for plager av det omfang A har fått. Denne erklæringen er blitt nærmere utdypet i muntlig forklaring. Det er også fremlagt skriftlig partsforklaring av A. Bortsett fra at skaderisikoen er blitt bedre opplyst, står saken for Høyesterett i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (16) Den ankende part, *staten v/Pasientskadenemnda*, har i korte trekk anført:
- (17) Etter reglene for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning § 3 bokstav a har en pasient ikke krav på erstatning for skade ved medisinsk behandling når skaden er en følge av en risiko som er kjent, og som ut fra den medisinske kunnskapen på skadetidspunktet må aksepteres. Det følger av rettspraksis og fast praksis fra Pasientskadenemnda at pasienten må akseptere en risiko for svært omfattende og alvorlig skader dersom behandlingen er livreddende.
- (18) Etter fast praksis fra Pasientskadenemnda er det indikasjonen på operasjonstidspunktet – basert på en adekvat utredning – som må være avgjørende for hvilken skaderisiko som må aksepteres etter § 3 bokstav a. Dette følger også av bestemmelsens ordlyd og forarbeider.
- (19) På operasjonstidspunktet var det sterk mistanke om at A hadde en ondartet svulst, tarmkreft, som måtte opereres for å unngå spredning og mulig dødelig utgang. Det fantes ingen alternativ behandling. Behandlingen må derfor betraktes som livreddende. Selv om man hadde hatt riktig diagnose, ville inngrepet ha blitt foretatt.
- (20) Etter Pasientskadenemndas syn må risikoen for de komplikasjoner som A har fått, anses kjente. Den prosentvise risikoen for at de skal inntre – som det har vært en viss uklarhet om – har mindre betydning.

- (21) Det følger av dette at A, tross sine omfattende plager, ikke har krav på erstatning.
- (22) Staten har nedlagt slik påstand:
- ”1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.
2. Staten v/Pasientskadenemnda tilkjennes sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”
- (23) Ankemotparten, A, har i korte trekk anført:
- (24) Reglene for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning § 3 bokstav a er en rimelighetsregel som ifølge forarbeidene skal forstås slik at sjeldne skader som står i sterkt misforhold til størrelsen på inngrepet og sykdommens art, ikke er en risiko som pasienten må akseptere. Avgjørelsen avhenger av en konkret vurdering.
- (25) As plager er alvorlige. I tillegg til invalidiserende smerter og diaré har A fått et forstyrret seksualliv og psykiske plager. Han har også fått forverret økonomi.
- (26) Ved anvendelsen av § 3 bokstav a må det legges til grunn at A ikke led av noen livstruende sykdom. Det endrer ikke vurderingen at svulsten uansett ville blitt anbefalt fjernet. Dersom man på operasjonstidspunktet hadde hatt en riktig diagnose, ville man hatt bedre tid til å foreta undersøkelser før et eventuelt inngrep fant sted. Selv om det ville være riktig å fjerne svulsten, var det ikke nødvendig å gjøre dette når denne ikke var ondartet.
- (27) Risikoen for å få de plagene A har fått, er svært liten – mindre enn 1 %. Når det tas i betraktning at behandlingen bygget på feil diagnose, må en skadehyppighet opp mot 5 % anses å ligge innenfor rimelighetsregelens anvendelsesområde. A ble ikke informert om hvilken risiko operasjonen var forbundet med, og de plager han er påført, kan ikke anses som utslag av en kjent skaderisiko.
- (28) A har nedlagt slik påstand:
- ”1. Anken forkastes.
2. Staten v/Pasientskadenemnda dømmes til å betale sakens omkostninger for Høyesterett til A.”
- (29) *Mitt syn på saken*
- (30) Jeg er kommet til at anken må tas til følge.
- (31) Da de smerte- og diaréplager A er blitt påført, er inntrådt før pasientskadeloven trådte i kraft 1. januar 2003, skal As erstatningskrav avgjøres etter regler av 1. januar 1988 for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker, jf. pasientskadeloven § 21 bokstav a.
- (32) Etter reglene om den midlertidige ordningen § 2 skal det ytes erstatning ved fysisk skade forårsaket av undersøkelse, diagnostikk, behandling, pleie eller informasjonssvikt, med

mindre tilfellet faller inn under begrensningene i § 3. Den begrensning i § 3 som er aktuell i vår sak, er § 3 bokstav a, som bestemmer:

”Erstatning gis likevel ikke ... når skaden er en følge av en risiko ved undersøkelse, diagnostikk eller behandling som er kjent og som ut fra den medisinske kunnskap på skadetidspunktet må aksepteres ...”

- (33) De midlertidige reglene ble utarbeidet av en arbeidsgruppe med medlemmer fra Kommunenes sentralforbund og fire departementer. I arbeidsgruppens notat 17. august 1987 på side 20 begrunnes behovet for å begrense det objektive ansvaret i § 2 slik:

”Etter arbeidsgruppens oppfatning må det foretas en del begrensninger i ansvaret, slik at ikke enhver skade eller komplikasjon skal gi rett til erstatning. Eksempelvis må man i enkelte tilfelle akseptere en betydelig risiko for komplikasjoner eller andre negative bivirkninger, fordi risikoen ved å unnlate behandling er større. Arbeidsgruppen tar i reglenes § 3 sikte på å regulere disse tilfellene hvor det ikke foreligger noen rimelig forventning om erstatning.”

- (34) Paragraf 3 bokstav a omtales nærmere i notatet på side 24. Her pekes det på at skadens omfang og sannsynligheten (”sjansen”) for at den skal inntreffe, er relevant ved vurderingen av om risiko for skade kan aksepteres. Men så fortsetter arbeidsgruppen:

”Men både skadens omfang og sjansen for at den skal inntreffe må ses i sammenheng med sykdommens art. I noen tilfelle må man akseptere en alvorlig skade som ikke er til å unngå ved den undersøkelse eller behandling som foretas for eksempel for å redde pasientens liv eller helbred. I disse tilfellene vil situasjonen som regel være den at man ikke har noe valg med hensyn til undersøkelsen eller behandlingen. Pasienten bør da ikke ha rett til erstatning.

Ved sjeldne, men alvorlige skader, som står i sterkt misforhold til størrelsen på inngrepet og sykdommens art, jfr. § 3 bokstav a, kan man ikke si at det foreligger en risiko som må aksepteres ut fra den medisinske kunnskap på skadetidspunktet.”

- (35) Ut fra det som etter disse uttalelsene er formålet med § 3 bokstav a, fremstår formuleringen av bestemmelsen etter min oppfatning som noe uheldig. Bestemmelsen er videreført i pasientskadeloven § 2 tredje ledd, og den har her fått en mer adekvat utforming:

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

- (36) I Ot.prp. nr. 31 (1998–99) om lov om erstatning for pasientskader (pasientskadeloven), side 91 er bestemmelsen beskrevet som en ”sikkerhetsventil”:

”Departementet vil understreke at bestemmelsen er ment som en sikkerhetsventil, og at erstatning på rimelighetsgrunnlag kun skal tilkjennes i særlige tilfeller. Som eksempel kan nevnes at det ved en operasjon oppstår en svært sjelden og alvorlig komplikasjon som fører til skader som ikke står i rimelig sammenheng med det forhold pasienten ble behandlet for. Er det nødvendig å utsette en pasient for fare for å redde livet, utløses imidlertid ikke erstatningsansvar om faren manifesterer seg. Skaden er i dette tilfelle en kalkulert risiko.”

- (37) Reglene om midlertidig ordning for pasientskadeerstatning § 3 bokstav a må etter min oppfatning forstås på samme måte. Bestemmelsens poeng ligger i motsatsen av det den direkte uttrykker: Dersom en pasient er påført en skade som er særlig stor eller særlig uventet, kan pasienten unntaksvis bli tilkjent erstatning selv om det ikke er begått noen feil, og behandlingen har vært adekvat. Det er imidlertid en forutsetning for at en pasient skal kunne tilkjennes erstatning på dette grunnlag, at skaden ikke er utslag av en risiko som pasienten må akseptere, jf. Rt. 2008 side 218 avsnitt 36. Vurderingen av hvilken risiko pasienten må akseptere, må skje ut fra inngrepets viktighet, skadehyppighet og omfanget av en eventuell skade, jf. Rt. 2008 side 218 avsnitt 59.
- (38) Denne vurdering må som utgangspunkt skje ut fra forholdene slik de fremstår på operasjons- eller behandlingstidspunktet. Dersom operasjonen eller behandlingen ut fra de indikasjoner som forelå på dette tidspunkt, fremstod som livsnødvendig, vil pasienten normalt ikke kunne kreve erstatning selv om den skade han er blitt utsatt for, er uhyre sjelden, jf. Rt. 2006 side 1217 avsnitt 44. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor det må gjøres unntak fra dette utgangspunktet. Dette kan for eksempel være aktuelt i tilfeller hvor pasienten ved behandlingen er blitt påført en stor og uventet skade, og det etter at behandlingen er gjennomført, viser seg at diagnosen var uriktig, og at behandlingen har vært unødvendig og ikke hatt noen nyttefunksjon.
- (39) Under behandlingen for Pasientskadenemnda var årsakene til As smerte- og diaréplager ikke fullt avklart. Partene er imidlertid nå enige om at de plager A lider av, kan tilbakeføres til inngrepet 10. desember 2002.
- (40) Under behandlingen for Norsk Pasientskadeerstatning, Pasientskadenemnda og domstolene har det vært oppnevnt til sammen tre sakkyndige. De har vært enige om at det på operasjonstidspunktet var god grunn til å anta at den svulst som A hadde på utsiden av tykktarmen, var ondartet, og at den derfor burde fjernes raskt.
- (41) Om påregneligheten av at A ved operasjonen skulle bli påført de smerte- og diaréplager han har fått, har professor dr.med. Karl-Erik Giercksky i sin tilleggserklæring 6. januar 2010 uttalt:

”A har etter operasjonen fått to alvorlige bivirkninger som til sammen gjør ham 70 % medisinsk invalid. Disse to bivirkningene er henholdsvis kraftig og uforutsigbar diaré samt betydelige smerter fra området i bukveggen på høyre side hvor det ble gjort fjernelse av bukhinne og muskelmasse fordi svulsten satt fast i fremre bukvegg. Plagene er relatert til inngrepet og har vært gjenstand for gjentatte undersøkelser av forskjellige spesialister og sykehus og det er enighet om at disse er en følge av inngrepet.

Problemet med å gi en sikker prosentuell angivelse av hvor hyppig slike skader er etter denne typen inngrep beror på at det forelå en svært sjelden svulst og at denne typen plager kan være av forbigående karakter etter inngrepet, men sjelden vedvarende. Ved gjennomgang av internasjonal litteratur og gjentatte diskusjoner med ledende norsk kirurger på feltet tykktarmskirurgi er det liten tvil om at en invalidiserende diaré etter denne typen inngrep er mindre enn 5 % og nærmere 1 %. Pasientens smerteproblem har man ikke funnet å kunne relatere til diaré og han har således fått to sjeldne komplikasjoner. Sannsynligheten for et intraktable vedvarende smerteproblem etter dette inngrepet er igjen mindre enn 5 % og vårt beste anslag for at en pasient skal få begge disse invalidiserende problemer etter det utførte inngrep bør etter beste skjønn ligge rundt 1 %.”

- (42) På bakgrunn av professor Gierckskys uttalelse legger jeg til grunn at det smerteproblem A er påført, er utslag av en kjent, om enn liten, risiko ved behandlingen. Ut fra de indikasjoner som forelå på operasjonstidspunktet, var svulstoperasjonen livsnødvendig. Selv om det senere viste seg at svulsten ikke var en kreftsvulst, og at det derfor ikke hastet med å foreta inngrepet, er det på det rene at svulsten burde fjernes. Det ble ikke begått noen feil ved operasjonen, og det finnes ingen holdepunkter for at As smerteproblem ikke ville ha oppstått om operasjonen var blitt foretatt på et senere tidspunkt. På denne bakgrunn finner jeg det klart at smerteproblemene ikke kan gi grunnlag for erstatning under pasientskadeerstatningsordningen.
- (43) Når det gjelder diaréplagen, har jeg vært i mer tvil. Pasientskadenemndas rådgivende lege, Arne E. Færden, har i sin erklæring av 30. mars 2006 uttalt at diaré er en "relativt uvanlig" følge av et slikt inngrep. Professor dr.med. Trond Buanes har i sin erklæring av 25. mai 2008 uten forbehold sagt at inngrep av denne typen ikke "kompliseres med diaréplager". Professor Giercksky har i tilleggserklæringen 6. januar 2010 fremholdt at risikoen for denne plagen er mindre enn 5 % og nærmere 1 %. I sin muntlige forklaring for Høyesterett uttalte Giercksky at også 1 % ble for høyt, og at risikoen for en så alvorlig diaréplage som A har fått, ikke kan anses kjent.
- (44) Professor Gierckskys muntlige uttalelse om at diaréproblemene ikke kan anses kjent, må ses på bakgrunn av at den svulst A er operert for, er svært sjelden. Etter det Giercksky har opplyst, er det i faglitteraturen frem til dags dato på verdensbasis bare rapportert ca. 100 tilfeller av slike svulster.
- (45) Selv om risikoen for at en pasient ved fjerning av svulst på tykktarmen skal bli påført slike diaréproblemer som A har fått, er svært liten, kan disse problemene etter min oppfatning ikke anses upåregnelige, jf. Rt. 2006 side 1217 avsnitt 45–46 og Rt. 2008 side 218 avsnitt 61. Som tidligere nevnt, ble det ikke gjort noen feil ved gjennomføringen av inngrepet, og det er ikke omtvistet at svulsten burde fjernes selv om den ikke var en kreftsvulst. Når inngrepet uansett burde foretas, og det ikke finnes holdepunkter for at ikke de samme problemer ville ha oppstått ved operasjon på et senere tidspunkt, finner jeg at heller ikke diaréproblemene kan gi grunnlag for erstatning under pasientskadeerstatningsordningen. Også disse plagene må etter min mening anses som utslag av en behandlingsrisiko som A må akseptere.
- (46) Staten v/Pasientskadenemnda må etter dette frifinnes.
- (47) Anken har ført frem, og etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første, jf. andre ledd har staten krav på å få sine sakskostnader erstattet av A. På bakgrunn av sakens velferdsmessige betydning for A, styrkeforholdet mellom partene og Pasientskadenemndas interesse i en prinsipiell rettsavklaring, finner jeg imidlertid at tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta A for sakskostnadsansvar for alle instanser, jf. § 20-2 tredje ledd bokstav c.
- (48) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.

2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.
- (49) Dommer **Indreberg**: Når det gjelder kravet om erstatning for tap som kan tilskrives As smerteproblemer, er jeg i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. Jeg er imidlertid kommet til at A har krav på erstatning for tap som kan tilskrives diaréplagen.
- (50) Jeg er enig med førstvoterendes i at utformingen av § 3 bokstav a i reglene om den midlertidige ordningen ikke er heldig. Likevel kan man etter mitt syn ikke se bort fra bestemmelsens vilkår om at risikoen for en skade må være kjent for at erstatning skal kunne nektes. Det må også gjelde der det, som her, viser seg at den svulsten som ble fjernet, var svært sjelden. Vi vet for øvrig ikke om diaréplagen har sammenheng med svulstens art.
- (51) Under sin forklaring i Høyesterett pekte professor Giercksky på at den operasjonen som ble utført, er et standard inngrep som foretas ved alle sykehus, og hvor det ikke er risiko for så alvorlig diaré. De øvrige sakkynndiges uttalelser går i samme retning. På denne bakgrunn er det etter mitt syn vanskelig å konkludere med at A har vært utsatt for en kjent risiko for å ende opp med en kronisk invalidiserende diaré.
- (52) Dommer **Øie**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Skoghøy.
- (53) Dommer **Falkanger**: Likeså.
- (54) Dommer **Matningsdal**: Likeså.
- (55) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: