



NORGES HØYESTERETT

Den 8. mai 2013 avsa Høyesterett dom i

HR-2013-00986-A, (sak nr. 2012/2142), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Pasientskadenemnda

(advokat Bente Tautra – til prøve)

mot

A

B

C

D

(advokat Christian Thrane Asserson)

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

- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder spørsmålet om et dødsfall etter en cellegiftkur som ledd i behandling av kreft er utslag av en risiko pasienten må akseptere etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd, slik at de etterlatte ikke har krav på erstatning.
- (2) E fikk våren 2007 påvist kreft i endetarmen. Prognosen for sykdommen var god. Den 7. mai begynte hun behandling med stråling og cellegift. Det ble gitt cellegiftbehandling med Fluorouracil – 5FU – i doser på 1800 mg hver dag i fire påfølgende dager. Den første dagen fikk hun i tillegg cellegiften Mitomycin med 18 mg. Det er enighet om at dette var en adekvat og god behandlingsmåte, og at det ikke var svikt ved behandlingen.
- (3) Den 12. mai følte E seg uvel, og hun tok kontakt med lege. Påfølgende dag var hun bedre, bortsett fra en viss sårhet som følge av strålebehandlingen. Den 11. juni ble hun kvalm, fikk brekninger og diaré og ble innlagt ved X Universitetssykehus med mistanke om en bakteriell hjernehinnebetennelse. Den 15. juni ble hun overført til Y Universitetssykehus for vurdering av nevrokirurg. Tilstanden forverret seg, og etter hvert ble det påvist et

betydelig hjerneødem. Behandlingen hadde ikke ønsket effekt, og E døde den 19. juni. Hun ble obdusert og dødsårsaken ble fastsatt til akutt hemorrhagisk nekrotiserende encefalopati – akutt hjernesvinn.

- (4) De etterlatte – hennes ektefelle og tre barn – krevde erstatning fra Norsk pasientskadeerstatning for tap av forsørger etter unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd. Kravet ble avslått i vedtak 16. desember 2009. De etterlatte klaget vedtaket til Pasientskadenemnda, som opprettholdt avslaget 17. august 2010. Nemnda anså årsakssammenheng mellom cellegiftbehandlingen og dødsfallet som lite sannsynlig, men avviste det ikke. Uansett mente den at risikoen for det sykdomsforløp som oppsto, var akseptabel.
- (5) De etterlatte reiste søksmål om vedtakets gyldighet for Stavanger tingrett. Staten anførte at det ikke var årsakssammenheng mellom behandlingen og dødsårsaken. Subsidiært ble det anført at vilkårene i pasientskadeloven § 2 tredje ledd ikke er oppfylt. Saksøkerne fikk medhold. Tingretten avsa dom 19. oktober 2011 med slik domsslutning:
- "1. A, B, C og D har krav på forsørgertapserstatning fra Norsk Pasientskadeerstatning.**
- 2. Staten v/Pasientskadenemnda dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen å betale saksomkostninger til A, B, C og D med kr. 142.536,25 – etthundreogfjortitusenfemhundreogtrettiseks 25/100 kroner."**
- (6) Staten anket til Gulating lagmannsrett. Anførselen om manglede årsakssammenheng ble frafalt forut for ankeforhandlingen. Lagmannsretten forkastet anken under dissens 2-1. Flertallet mente skaden var så vidt stor, uventet og atypisk at den ikke kunne anses som utslag av en risiko som pasienten måtte akseptere. Mindretallet la særlig vekt på at kreftsykdommen var dødelig dersom den ikke ble behandlet. Lagmannsretten avsa 31. oktober 2012 dom med slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. Innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen betaler Staten v/Pasientskadenemnda til sammen kroner 133 175 – etthundreogtrettitretusenettthundreogsyttifem til A, B, C og D."**
- (7) Staten har anket over lagmannsrettens rettsanvendelse til Høyesterett.
- (8) Partene er for Høyesterett – på samme måte som for lagmannsretten – enige om at det er årsakssammenheng mellom cellegiftbehandlingen og dødsfallet. Det er også enighet om at den konkrete dødsårsaken er en svært sjelden følge av cellegiftbehandling. Det sentrale spørsmålet i saken er om skaden – dødsfallet – er utslag av en risiko pasienten må akseptere, jf. pasientskadeloven § 2 tredje ledd.
- (9) Den ankende part – *staten ved Pasientskadenemnda* – har i korte trekk anført:
- (10) Dødsfallet skyldes en meget sjelden og i realiteten ukjent bivirkning av en velkjent og utprøvd behandlingsmetode.
- (11) Lagmannsrettens flertall legger vekt på at E ikke var i noen umiddelbar livsfare. Dette er imidlertid ikke avgjørende. Kreftbehandling må komme i gang så raskt som mulig for å

sikre bedre prognose og økt mulighet for overlevelse, og det er feil at behandlingen ikke innebærer fare. Det var ikke noe reelt alternativ til behandlingen, og det foreligger klar praksis fra Høyesterett om at pasienter som i en slik situasjon får skader, ikke kan kreve erstatning for tap som følge av at risikoen materialiserer seg. Også Pasientskadenemnda har lagt dette til grunn i sin praksis. Resultatet til lagmannsrettens flertall innebærer et brudd på denne praksisen.

(12) Staten ved Pasientskadenemnda har nedlagt slik påstand:

- "1. Staten v/ Pasientskadenemnda frifinnes.**
- 2. Staten v/ Pasientskadenemnda tilkjennes sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."**

(13) Ankemotpartene – A, B, C og D – har i korte trekk anført:

(14) Forarbeidene viser at bestemmelsen i § 2 tredje ledd er en rimelighetsregel som gir grunnlag for å tilkjenne erstatning selv om skaden er et utslag av en risiko som pasienten måtte akseptere. Det er urimelig om etterlatte til pasienter som hadde en stor sannsynlighet for å bli helt frisk, ikke får erstatning når pasienten dør og dødsfallet var helt upåregnelig.

(15) Uansett var skaden ikke utslag av en risiko som måtte aksepteres. Det er ikke rettslig grunnlag for at kreftpasienter er unntatt fra bestemmelsen. Det ville i tilfelle vært uttrykt i forarbeidene.

(16) Det var cellegiften som forårsaket dødsfallet. Det finnes alternativ behandling for den kreftformen E hadde, uten cellegift. Hadde hun fått denne alternative behandlingen, ville sannsynligheten for at hun kunne blitt frisk vært meget høy, og risikoen for komplikasjoner liten. I etterpåklokskapens lys ser man at man skulle valgt behandling uten cellegift – en behandling som er den vanlige i Sverige og Danmark. Det er dermed urimelig om de etterlatte ikke får erstatning når resultatet av behandlingen ble fatalt.

(17) A, B, C og D har nedlagt slik påstand:

- "1. Anken forkastes.**
- 2. Ankemotpartene tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett."**

(18) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*

(19) Utgangspunktet i pasientskadeloven er at pasienter og andre som har lidt tap som følge av pasientskade, kan kreve erstatning blant annet når skaden skyldes svikt i ytelsen av helsehjelp, jf. pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a. Etter bestemmelsens tredje ledd kan det i visse tilfeller ytes erstatning også hvor det ikke påvises svikt ved behandlingen. Bestemmelsen lyder:

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

- (20) Ankemotpartene har anført at bestemmelsen er en ren rimelighetsregel. Det fremgår av forarbeidene at den skal gi grunnlag for å tilkjenne erstatning i tilfeller hvor det er rimelig, jf. Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) side 63 og 67–68. Men ordlyden setter snevre grenser for rimelighetsvurderingen. Bestemmelsen fastsetter at det "unntaksvis" kan tilkjennes erstatning dersom skaden er "særlig stor eller særlig uventet", og skaden ikke er "utslag av en risiko pasienten må akseptere". Ordlyden åpner altså ikke for en fri rimelighetsvurdering. Tvert imot angir ordlyden en begrenset rimelighetsvurdering etter de angitte skjønnsmessige vilkårene.
- (21) At bestemmelsen skal forstås i tråd med ordlyden, støttes av forarbeidene, jf. blant annet NOU 1992: 6 side 78 hvor det heter at et rent rimelighetsalternativ neppe er en farbar løsning, og at et naturlig alternativ til en rimelighetsvurdering er å vurdere sykdommen og skaden opp mot hverandre.
- (22) Av proposisjonen side 68 fremgår det videre at bestemmelsen er ment å være snever, og i merknadene til bestemmelsen på side 91 heter det:

"Tredje ledd er en sikkerhetsventil for enkelte tilfeller hvor det ikke er grunnlag for ansvar etter første ledd. 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.

Regelen i tredje ledd er ment å fange opp tilfeller der det i dag gis billighetserstatning fra statskassen. Et vurderingstema som gjerne brukes i den sammenheng, er om vedkommende pasient er kommet særlig uheldig ut. "

- (23) Regelen tar altså sikte på å fange opp tilfeller der det er misforhold mellom skaden og den sykdommen pasienten behandles for. Når sykdommen det behandles for er dødelig, viser forarbeidene at det i utgangspunktet ikke skal anses som et misforhold hvis risikoen ved behandlingen realiseres.
- (24) Denne forutsetningen lå også til grunn for de tidligere midlertidige reglene for pasientskadeerstatning i forskrift 1. januar 1988 nr. 4458. Av notatet som ble utarbeidet av arbeidsgruppen som utformet reglene, fremgår det i punkt 2.2.1 at:

"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..."

- (25) Videre følger det av punkt 2.3.2 om "Akseptert risiko" at både undersøkelse og behandling ofte innebærer risiko. Slik risiko for skade må aksepteres hvis skadene er uvesentlige eller risikoen for at skadene skal inntreffe er liten. Men risikoen må ses i forhold til sykdommen:

"... 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 f. eks. 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."

- (26) Dette utgangspunktet om at risikoen må vurderes opp mot sykdommens alvorlighetsgrad fremgår også av NOU 1992: 6 side 39, hvor utvalget gjennomgår de midlertidige reglene:

"I en kategori for seg kommer unntaket i § 3 a om 'akseptabel risiko'. For det første må det virke kumulativt med unntakene i § 3 d og e, det vil si at det bare kommer til anvendelse dersom den aktuelle behandling eller diagnostisering var adekvat. For det annet inngår både viktigheten av inngrepet (indikasjonsstilling), skadehyppighet og skadens omfang ved vurderingen av om en risiko er akseptabel. Dersom skadeomfanget er uforholdsmessig stort sett i forhold til indikasjonsstilling og skaderisiko, gis det erstatning."

- (27) Tilsvarende er lagt til grunn i høyesterettspraksis etter de midlertidige reglene, se blant annet Rt. 2006 side 1217 avsnitt 44 og Rt. 2008 side 218 avsnitt 61 følgende.

- (28) I NOU 1992: 6 side 77 foreslås det å føre denne linjen videre i de permanente reglene om pasientskadeerstatning:

"Det er først når vi kommer til de sjeldne og alvorlige komplikasjoner at det etter Utvalgets oppfatning kan være grunn til å vurdere om pasienten bør ha rett til erstatning. Men heller ikke disse kan vurderes samlet. Ved de mer alvorlige sykdomstilfelle, må det være slik at det kan tas en risiko, selv om det erfaringsmessig fra tid til annen inntreffer komplikasjoner, uten at pasienten har krav på erstatning. Dette stiller seg dog annerledes ved de mer tradisjonelle forhold. Her kan det føles lite rimelig at en sjelden komplikasjon/skade som ikke står i noe forhold til pasientens sykdom, ikke skal gi rett til erstatning."

- (29) Også av Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) side 63 følger at reglene om ansvarsgrunnlag i hovedsak skulle videreføres i den nye loven, selv om ordlyden ble en annen enn i de midlertidige reglene:

"Etter departementets oppfatning bør pasientskadelovens regler om ansvarsgrunnlag være omtrent like strenge som i de midlertidige reglene og være av samme type som i utvalgets forslag."

- (30) Dette er også lagt til grunn i Rt. 2008 side 218 avsnitt 60:

"Den nye loven om erstatning for pasientskader har en annen oppbygging enn den midlertidige ordningen, men det synes å fremgå av forarbeidene at de grunnleggende trekk ved den midlertidige ordning er beholdt. Lovens § 2 tredje ledd inneholder bestemmelsen som svarer til reglenes § 3 a, men fanger også opp noen tilfeller hvor det tidligere ble gitt erstatning på billighetsgrunnlag..."

- (31) Tilsvarende forutsettes i Rt. 2011 side 549, jf. avsnitt 37. Om den nærmere vurderingen av om unntaksregelen er oppfylt, heter det i avsnitt 38:

"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."

- (32) Lignende uttalelser er det i Rt. 2006 side 1217 avsnitt 46 og Rt. 2008 side 218, særlig avsnitt 62 og 64. Ankemotpartene anfører at "livsnødvendig" og tilsvarende formuleringer, må forstås som "akutt". Jeg kan ikke se at det er rettslige holdepunkter for en slik anførsel. Det sentrale er at man må akseptere større risiko når sykdommen er livstruende enn når den ikke er det.
- (33) Oppsummert viser rettskildene at unntaket i § 2 tredje ledd er en sikkerhetsventil som skal brukes med forsiktighet. Bestemmelsen gir grunnlag for å tilkjenne erstatning i noen tilfeller hvor det ville virke støtende ikke å tilkjenne erstatning, den gir ikke anvisning på en fri rimelighetsvurdering. Kreftpasienter og andre pasienter med livstruende sykdom er ikke generelt unntatt fra bestemmelsen, men det forhold at sykdommen er livstruende, er et sentralt moment i vurderingen. Der behandlingen er adekvat og nødvendig for å redde pasientens liv, vil skade som følge av behandlingen normalt anses som "utslag av en risiko som pasienten må akseptere".
- (34) Det er fremlagt praksis både fra Pasientskadenemnda og fra Norsk pasientskadeerstatning. Nemndas praksis er entydig i tråd med det utgangspunktet jeg har skissert til nå. Praksis fra Norsk pasientskadeerstatning viser derimot at det finnes tilfeller hvor pasienter er tilkjent erstatning til tross for at skadene har kommet som følge av livsnødvendig kreftbehandling. Høyesterett har ikke hatt tilgang til avgjørelsene i fulltekst. Det er dermed ikke klart hva disse vedtakene bygger på, og det kan ikke legges vekt på disse enkeltavgjørelsene.
- (35) Jeg går så over til å vurdere denne konkrete saken.
- (36) E fikk som nevnt konstatert kreft i endetarmen uten spredning, og sannsynligheten for at hun ville overleve ved adekvat behandling var 85–95 prosent. Uten behandling ville hennes kreftsykdom med sikkerhet vært dødelig. Overlege dr.med. Anne-Birgitte Jacobsen har uttalt: "Kreft i endetarmsåpningen er en dødelig sykdom. Ubehandlet vil den vokse, gi smerter og bli infisert, og etter hvert obstruere tarmen slik at avføringen ikke kommer ut, såkalt ileus (tarmslyng). Dette er i seg selv en livstruende tilstand." Hun anslår at uten behandling ville pasienten kunne levd fra "en del måneder til kanskje 2 år, eller mer".
- (37) Den konkrete skaden E fikk som følge av behandlingen var svært uventet og fatal. Samtidig er det slik at den generelle risikoen for skade – også alvorlig skade – ved kreftbehandling er av et visst omfang. Det må legges til grunn at årsaken til dødsfallet var redusert immunforsvar, som er en kjent bivirkning av cellegiftbehandling, som igjen ledet til infeksjon, hjernesvinn og dødsfall. Også svært store og uventede skader, inkludert dødsfall, kan anses som akseptabel risiko ved livstruende sykdom.
- (38) Ankemotpartene har anført at risikoen er uakseptabel fordi det fantes behandlingsalternativer – behandling uten cellegift – og at hennes overlevelsesmulighet ikke ville vært vesentlig redusert ved slik alternativ behandling. I denne sammenheng er det fremhevet at forarbeidene åpner for å ta hensyn til etterpåklokskap; i ettertid ser man at den riktige behandlingen i Es tilfelle ville vært behandling uten cellegift.
- (39) Til dette vil jeg bemerke at den behandlingen E fikk, var den vanlige og mest adekvate behandlingen. Behandling uten cellegift ville ifølge overlege Jacobsen gitt dårligere

kontroll lokalt, større risiko for utlagt tarm og større risiko for kortere levetid. Den behandlingsmåten som generelt er antatt å være den beste, fikk imidlertid fatale konsekvenser for E. En lignende problemstilling er omtalt i forarbeidene, jf. NOU 1992: 6 side 93–94:

"Det neste spørsmålet er om pasienten bør ha rett til erstatning hvis det ved en etterfølgende vurdering viser seg at den behandlingsteknikk (behandlingsmåte) som ble valgt, burde vært en annen, selv om valget på handlingstiden faglig sett var forsvarlig.

De midlertidige reglenes § 3 d unntar fra retten til erstatning tilfeller hvor skaden skyldes at behandlingsmåten ut fra en etterfølgende vurdering fremsto som adekvat. Dette betyr at skader voldt ved en behandlingsmåte som ikke var adekvat etter en slik vurdering, gir rett til erstatning. Her skal følgelig etterpåklokskapen tillegges betydning. Hva det ligger i kravet om adekvat, er noe uklart. Er det en behandlingsmåte som vanligvis er å foretrekke ved vedkommende sykdom, eller er det bare den som i det konkrete tilfelle ville vært egnet? Hvis en bestemt diagnose i 80 % av tilfellene gir en bestemt behandlingsmåte som den beste og mest egnede, vil det etter Utvalgets syn føre for langt og gi liten sammenheng i reglene for øvrig om en pasient som befant seg blant de 20 % hadde krav på erstatning, selv om det bare ved en etterfølgende vurdering viser at i dette tilfellet ville en annen behandlingsmåte vært bedre egnet."

- (40) Den etterfølgende vurderingen av at en annen behandlingsmåte i det konkrete tilfellet ville vært bedre, skal altså ikke lede til erstatning, når den valgte behandlingsmåten generelt sett er den beste. Ankemotpartenes anførsler på dette punktet kan dermed ikke føre frem.
- (41) Jeg er etter dette kommet til at Es etterlatte ikke har krav på erstatning etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd. Anken må føre frem.
- (42) Staten har nedlagt påstand om å bli tilkjent sakskostnader. Saken har hatt prinsipiell betydning for staten. Ut fra dette og styrkeforholdet mellom partene, finner jeg at sakskostnader ikke bør tilkjennes, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.
- (43) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Staten ved Pasientskadenemnda frifinnes.
 2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.
- (44) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (45) Dommer **Noer:** Likeså.
- (46) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (47) Dommer **Øie:** Likeså.

(48) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

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

Riktig utskrift bekreftes: