



NORGES HØYESTERETT

Den 30. november 2017 avsa Høyesterett dom i

HR-2017-2270-A, (sak nr. 2017/1010), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Pasientskadenemnda (2017-1010)

mot

A (advokat Inger Johansen – til prøve)

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

- (1) Dommer **Ringnes**: Saken gjelder pasientskadeerstatning og reiser spørsmål om unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd kommer til anvendelse i et tilfelle hvor behandlingen ikke var livsnødvendig.
- (2) A, født 00.00.1947, led av urininkontinens og gjennomgikk en såkalt TVT-operasjon 14. mai 2013. Ved denne operasjonen legges et bånd rundt urinblæren, og under operasjonen føres båndet tett langs skambenet ved hjelp av et instrument.
- (3) Kort tid etter inngrepet fikk hun tiltagende magesmerter, og etter to dager ble hun operert på nytt. Det viste seg da at tynntarmen var blitt perforert på to steder, og tarmen ble midlertidig utlagt. Årsaken kan ha vært at instrumentet – spydet – som førte TVT-båndet, kom ut av kurs som følge av en uvanlig anatomisk form på skambenet.
- (4) Den 17. juli 2013 gjennomgikk A en ny operasjon, denne gangen for å legge tilbake tarmen. Inngrepet ble mer omfattende og langvarig enn først antatt. For å lindre As smerter etter operasjonen forsøkte helsepersonellet to ganger å anvende epidural. Det legges da et kateter inn i epiduralrommet, som er spalten mellom ryggvirvelkanalen og sentralnervesystemets ytterste hinne. Ved første forsøk inntrådte en såkalt duraperforasjon hvor det kom ut spinalvæske. A fikk også smerteutstråling – parestesi – til høyre lår. Også ved andre forsøk kom det ut spinalvæske.

- (5) Forsøkene på å anlegge epiduralkateter har medført at A i dag har varige skader i form av blant annet konstante smerter i høyre ben.
- (6) A meldte 28. november 2013 skadene til Norsk pasientskadeerstatning, som innhentet uttalelse fra overlege Anny Spydslaug, som er spesialist i fødselshjelp og kvinnesykdommer, og overlege Ulf Erik Kongsgaard, som er spesialist i anesthesiologi.
- (7) Norsk pasientskadeerstatning traff vedtak om at A ikke hadde krav på erstatning etter pasientskadeloven. Begrunnelsen var at det ikke forelå svikt ved behandlingen, jf. pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a, og at skadene etter de to første operasjonene ikke var så store eller uventede at det kunne gis erstatning etter § 2 tredje ledd.
- (8) A klaget vedtaket inn for Pasientskadenemnda, som ikke tok klagen til følge.
- (9) A tok deretter ut stevning for Kristiansand tingrett og anførte prinsipielt at det forelå svikt ved helsehjelpen, og subsidiært at det skulle gis erstatning etter § 2 tredje ledd.
- (10) Tingretten oppnevnte som sakkyndige dr. Siri Tau Ursin i anesthesiologi og professor Ole-Bjørn Tysnes i nevrologi.
- (11) Tingretten avsa dom 9. juni 2016 med slik domsslutning:

"1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.

2. Partene bærer sine egne saksomkostninger."

- (12) Tingretten kom til at det ikke var svikt ved den første operasjonen eller ved forsøket på å sette epidural etter den andre operasjonen. Tingretten la videre til grunn at skadene ikke kan anses som særlig store hva gjelder medisinsk invaliditet, at skadefølgene er kjente og typiske komplikasjoner, og at det var klar indikasjon for begge inngrepene. I lys av at § 2 tredje ledd er ment å være en sikkerhetsventil, kom tingretten til at det ikke var grunnlag for erstatning.
- (13) A anket bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen til Agder lagmannsrett. Lagmannsretten avsa dom 29. mars 2017 med slik domsslutning:

"1. Staten v/Pasientskadenemnda dømmes til å betale A slik erstatning innen 2 – to – uker regnet fra forkynnelse av dommen:

- 1.1 Menerstatning med 128 131 – etthundreogtjueåttetusenetthundreogtrettien – kroner,**
- 1.2 Påførte behandlingsutgifter og tapt hjemmearbeidsevne med 25 000 – tjuefemtusen – kroner,**
- 1.3 Lidt inntektstap for:**
- a) 2014 med 217 269 – tohundreogsyttentusentohundreogsekstini – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra midt i tapsperioden til oppgjør skjer,**
- b) 2015 med 333 596 – trehundreogtrettitretusenfemhundreog[nittiseks] – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra midt i tapsperioden til oppgjør skjer,**

- c) 2016 med 354 918 –
trehundreogfemtifiretusennihundreogatten – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra midt i tapsperioden til oppgjør skjer,
- 1.4 Tap i fremtidig erverv med 289 901 –
tohundreogåttitusennihundreogen – kroner,
- 1.5 Fremtidige utgifter og tapt hjemmearbeidsevne med 80 000 –
åttitusen – kroner,
- 1.6 Advokatutgifter frem til stevning med 39 375 –
trettinitusentrehundreogsyttifem – kroner.
2. Staten v/Pasientskadenemnda betaler i sakskostnader for lagmannsretten 361 446 – trehundreogsekstientusenfirehundreogførtiseks – kroner til A innen 2 – to – uker regnet fra forkynnelse av dommen.
3. Staten v/Pasientskadenemnda betaler i sakskostnader for tingretten 335 632 – trehundreogtrettifemtusensekshundreogtrettito – kroner til A innen 2 – to – uker regnet fra forkynnelse av dommen."
- (14) Også lagmannsretten konkluderte med at det ikke var svikt ved behandlingen. Lagmannsretten mente imidlertid, under tvil, at det skulle ytes erstatning etter § 2 tredje ledd, og oppsummerte begrunnelsen slik:
- "A stod opprinnelig overfor et kurant, rutinemessig og beskjedent inngrep hvor resultatet i dag er at hun er påført en varig betydelig skade som det var ekstremt liten risiko for ville inntreffe. Vurdert også opp mot hennes innledende plager, er dette etter lagmannsrettens syn en risiko hun ikke må akseptere."**
- (15) Staten ved Pasientskadenemnda har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.
- (16) Den ankende part – *staten ved Pasientskadenemnda* – har i hovedsak anført:
- (17) Paragraf 2 tredje ledd er en sikkerhetsventil som bare skal anvendes i unntakstilfelle. Pasienten har i utgangspunktet selv risikoen for hendelige uhell som inntreffer ved behandlingen.
- (18) Staten er enig i at den statistiske risikoen for skadene var svært liten og i kombinasjon enda mindre. Men det var god indikasjon for begge behandlingene, og skadene var ikke atypiske.
- (19) A fikk adekvat informasjon om den generelle risikoen ved inngrepene.
- (20) Vilkåret om at skaden må være "særlig stor", er ikke oppfylt. Den medisinske invaliditeten på 20 til 24 prosent er ikke særlig stor, og den står ikke i misforhold til As medisinske invaliditet før behandlingene. Hennes inntektsnivå kan ikke være avgjørende ved vurderingen av skadeomfanget.
- (21) Det foreligger en fast og konsistent praksis fra Pasientskadenemnda som viser at en situasjon som den foreliggende, ikke berettiger til erstatning etter § 2 tredje ledd.
- (22) Staten ved Pasientskadenemnda har nedlagt slik påstand:

- "1. Staten ved Pasientskadenemnda frifinnes.
2. Staten ved Pasientskadenemnda tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."

- (23) Ankemotparten – A – har i hovedsak anført:
- (24) Lagmannsrettens dom er riktig. Hun ble ved de to behandlingene påført en særlig stor eller uventet skade som hun ikke må tåle.
- (25) Det første inngrepet skulle være en enkel og rutinemessig operasjon, utført ved dagkirurgi og med bare én ukes sykemelding. Den andre operasjonen, hvor tarmen ble lagt inn, var et avbøtende tiltak. Risikoen må vurderes i relasjon til grunnsykdommen – inkontinensen, og det ligger utenfor det hun må akseptere at hun ble påført kronisk smerte etter en operasjon som skulle reparere det som gikk galt i den første operasjonen.
- (26) Nerveskaden med påfølgende smerteproblemer er en særlig stor skade. En medisinsk invaliditet på 20 til 24 prosent er høy, og det finnes flere eksempler fra lagmannsrettspraksis hvor det er gitt erstatning ved slikt skadeomfang. Smerteproblemene reduserer hennes livskvalitet betydelig, hun er blitt 100 prosent arbeidsufør og inntektstapet på 1,2 millioner kroner er høyt.
- (27) Skaden hun har fått, står i klart misforhold til hennes sykdomstilstand før operasjonene. Hun har kommet særlig uheldig ut.
- (28) A har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.
2. A tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett."
- (29) *Jeg er kommet til at anken må tas til følge.*
- (30) Pasientskadeloven § 2 fastsetter vilkårene for krav på erstatning for pasientskade. Hovedregelen er at skaden må skyldes svikt ved helsehjelpen, jf. første ledd bokstav a.
- (31) Lagmannsretten kom til at det ikke forelå svikt ved de behandlingene som A fikk, og dette spørsmålet er ikke tvistetema for Høyesterett. Problemstillingen er om det skal tilkjennes erstatning etter unntaksbestemmelsen i § 2 tredje ledd, som 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."**
- (32) Pasientskadeloven, som trådte i kraft 1. januar 2003, avløste de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning fra 1988. Det er forutsatt i forarbeidene at unntaksbestemmelsen ikke skal praktiseres mer liberalt enn det som fulgte av Pasientskadenemndas praksis etter de midlertidige reglene. Videre uttales det "meget sterkt" at regelen er en unntaksregel, og at lovfesting av regelen trolig ikke vil ha særlig stor virkning på utbetalingene totalt sett, eller medføre markerte utgiftsøkninger. Jeg viser til Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) side 32.

- (33) Høyesterett har oppsummert rettstilstanden i Rt-2013-653 (cellegift). Det følger av avgjørelsen at § 2 tredje ledd ikke er en ren rimelighetsregel. Tvert imot skal det foretas en begrenset rimelighetsvurdering etter de skjønsmessige vilkårene som følger av ordlyden, jf. avsnitt 20. Bestemmelsen er, slik det er uttalt i avsnitt 33, "en sikkerhetsventil som skal brukes med forsiktighet", og erstatning kan tilkjennes "i noen tilfeller hvor det ville virke støtende ikke å tilkjenne erstatning".
- (34) Paragraf 2 tredje ledd tar sikte på å fange opp tilfeller der det er misforhold mellom skaden og den sykdommen pasienten behandles for, jf. cellegiftdommen avsnitt 23. Ved denne vurderingen vil viktigheten av inngrepet – indikasjonsstillingen – skadehyppigheten og skadens omfang være de sentrale momentene, jf. NOU 1992: 6 side 39:
- "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."**
- (35) Ankemotparten har vist til at ordet "eller" i lovteksten betyr at særlig stor skade og særlig uventet skade er alternative vilkår. Det sentrale er imidlertid, som det fremgår av det jeg har sagt, at begge disse momentene inngår i helhetsvurderingen av om det foreligger et misforhold mellom skaden og pasientens sykdom, som dermed ligger utenfor det pasienten må akseptere.
- (36) Risikoen må altså vurderes opp mot sykdommens alvorlighetsgrad. Er sykdommen livstruende, må man akseptere større risiko enn når den ikke er det. 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, jf. cellegiftdommen avsnitt 33.
- (37) A led av blandingsinkontinens, som omfattet stressinkontinens, som utløses ved fysiske anstrengelser, hoste, latter med videre, og inkontinens ved sterk trang, såkalt urge. Overlege Anny Spydslaug uttalte at As inkontinensplager uten operasjon var i området 15 til 20 prosent invaliditet. Lidelsen var plagsom, men det var ikke tale om en alvorlig sykdom.
- (38) Når inngrepet er mindre viktig, forutsetter forarbeidene at pasientens tålegrense er lavere, jf. NOU 1992: 6 side 77:
- "... 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. ..."**
- (39) Dette leder meg over til den konkrete vurderingen av om A skal tilkjennes erstatning etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd.

- (40) Vurderingen må ta utgangspunkt i forholdene slik de fremstår på operasjons- eller behandlingstidspunktet, jf. Rt-2011-549 avsnitt 38.
- (41) Lagmannsretten konkluderte med at det var god grunn til å utføre en TVT-operasjon, og uttalte i denne forbindelse:
- "Lagmannsretten er imidlertid ikke i tvil om at det var god indikasjon for å utføre en TVT-operasjon selv om denne ikke ville kunne redusere problemene med urinlekkasje ved trang. Stressinkontinens synes å ha utgjort de største plagene ved urinlekkasjen."**
- (42) Lagmannsretten la videre til grunn, med henvisning til de sakkyndige utredningene fra Ursin og Kongsgaard, at det var god indikasjon for å anlegge epidural etter operasjonen 17. juli 2016. Jeg har ikke grunnlag for å vurdere dette annerledes. Slik jeg forstår disse sakkyndige vurderingene, er det generelt god indikasjon for bruk av epidural smertelindring ved større inngrep i buken. Ettersom det kirurgiske inngrepet hos A ble mer langvarig og mer omfattende, og dermed også mer smertefullt enn ved en rutinemessig tilbakelegging av tarm, forelå det også en spesiell grunn til å lindre smertene hennes etter operasjonen ved bruk av epidural-kateter.
- (43) Sannsynligheten for skaden fra TVT-operasjonen og nerveskaden etter forsøkene på å sette epidural, var for begge vedkommende svært liten – bare noen promille. Når skadetilfellene sees i sammenheng, slik jeg mener de må, utgjorde de en enda mindre risiko. Staten har ikke bestridt dette.
- (44) Ved vurderingen av hvilken risiko pasienten må tåle, står det imidlertid sentralt om skadetilfellet var en kjent og typisk følge av inngrepet, jf. Rt-2006-1217 avsnitt 46 og Rt-2008-218 avsnitt 61.
- (45) Det fremgår av overlege Spydslaugs uttalelse at tarmskade ved TVT-operasjon kan forekomme en sjelden gang, og at dette "er beskrevet hos selv svært erfarne kirurger". Videre fremgår det av dr. Ursins uttalelse at permanente/langvarige nevrologiske skader i forbindelse med anleggelse av epidural er en kjent og typisk komplikasjon, selv om det sjeldent forekommer.
- (46) Jeg må etter dette legge til grunn at skadene som inntrådte lå innenfor den risiko som var påregnelig ved inngrepene, selv om sannsynligheten for at de ville inntreffe, var svært liten.
- (47) På bakgrunn av lagmannsrettens dom og professor Tysnes sakkyndige erklæring legger jeg til grunn at A har fått kronisk smerte i høyre ben. Smerten oppleves som konstant inne i benet helt fra hoften til foten, og den kommer i form av ilinger, prikkinger og verk. Hun tar sovemedisin om natten og bruker paracetamol som smertemedisin. På vristen og noe opp mot tynnleggen har hun et overfølsomt område som er utsatt for sterke smerter ved berøring. Hun har fått redusert kraft i høyre kne og har også problemer med tærne. Hun klarer å gå tur i skog og mark, men med lavere hastighet enn tidligere, og også husarbeid og hagearbeid går saktere enn før operasjonene. Som følge av skadene klarte hun ikke lenger arbeidet i klesbutikken hun drev, og den ble nedlagt.
- (48) Ved vurderingen av skadens omfang tar jeg, som lagmannsretten, utgangspunkt i invaliditetstabellen som gjelder for menerstatning ved yrkesskade.

- (49) Lagmannsretten fant at den medisinske invaliditetsgraden er 20 til 24 prosent, og at den må anses som "skade på nerverot eller plexus" i henhold til tabellens punkt 4.10.2, hvor blant annet graden av smerter inngår. Partene er enige om at denne invaliditetsgraden skal legges til grunn.
- (50) Jeg er ikke i tvil om at de kroniske og konstante smertene som A ble påført ved behandlingen, er tunge å bære i det daglige, og at de virker negativt på hennes livsutfoldelse og livskvalitet. I relasjon til tålegrensen etter § 2 tredje ledd er det likevel, etter mitt syn, vanskelig å se at skadene er uforholdsmessige når de sammenholdes med sykdomstilstanden hun hadde før TVT-operasjonen. Som jeg har nevnt, er invaliditetsgraden for denne anslått til 15 til 20 prosent. Jeg viser videre til at en invaliditetsgrad på 20 til 24 prosent ligger i nedre del av tabellen.
- (51) Jeg legger heller ikke avgjørende vekt på at hun ble 100 prosent arbeidsudyktig i butikkjobben, ettersom dette inntrådte i relativt høy alder.
- (52) Ved den samlede vurderingen av om A ble påført en skade som ligger utenfor en risiko hun må akseptere, legger jeg videre vesentlig vekt på at § 2 tredje ledd, som jeg har redegjort for, er en unntaksbestemmelse – en sikkerhetsventil, som bare skal brukes der det foreligger et markert avvik fra den risiko som pasienter må akseptere når de gjennomgår medisinske inngrep. Dersom erstatning skulle tilkjennes i et tilfelle som dette, vil man etter mitt skjønn gå utenfor de rammer som lovgiver har ment at bestemmelsen skal ha.
- (53) Jeg er etter dette kommet til at tingrettens dom må stadfestes. Tingretten tilkjente ikke sakskostnader, og etter min oppfatning er det klart at staten heller ikke skal tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Jeg tilføyer at A er innvilget fri sakførsel for Høyesterett.
- (54) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. Sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett tilkjennes ikke.

- (55) Dommer **Berglund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (56) Dommer **Falch:** Likeså.
- (57) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (58) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (59) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. Sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: