



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 2. november 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Wilhelm Matheson
dommer Espen Bergh
dommer Erik Thyness
dommer Are Stenvik
konstituert dommer Magni Elsheim

HR-2023-2069-A, (sak nr. 23-045130SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 2. februar 2023

Staten v/Pasientskadenemnda

(advokat Maria Kirkeeide Ravnå – til prøve)

mot

A v/verger

(advokat Therese Lohne Boehlke)

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

(1) Dommer **Thyness:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder krav om erstatning til et prematurfødt barn etter unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd.
- (3) A ble født ved keisersnitt 00.00.2017 på Universitetssykehuset i Nord-Norge (UNN). Han ble født fem dager inn i 24. svangerskapsuke og veide 530 gram. Dette anses som ekstrem prematuritet.
- (4) Forløsningen var vanskelig, blant annet fordi hodet satt fast og venstre arm lå i klem. A ble født uten hjerteaksjon og uten å kunne puste selv. Etter gjenoppliving ble han overført til nyfødtintensiv, hvor han fikk respiratorbehandling.
- (5) Som ledd i intensivbehandlingen ble det lagt inn et såkalt perifert arteriekateter i radialis-arterien i As venstre arm. Arteriekateter brukes for å overvåke blodtrykk og blodverdier. Før kateteret ble lagt i venstre arm, som var misfarget etter fødselen, ble det forsøkt anlagt i navlen, i høyre arm og i en fot – uten at det lyktes.
- (6) I løpet av ettermiddagen 29. mars 2017 ble det observert at et par av fingertuppene på As venstre hånd en stund var litt blå. På kvelden/natten fikk helsepersonellet ikke til å ta blodprøve fra kateteret.
- (7) Om formiddagen 30. mars ble det uten hell gjort forsøk på å få ut blodprøve fra kateteret. Det ble tatt mistanke om nedsatt blodsirkulasjon, og etter at situasjonen var avventet i rundt en time, ble kateteret fjernet.
- (8) Blodsirkulasjonen ble imidlertid ikke bedre. I løpet av de påfølgende dagene ble det klart at den nedsatte blodtilførselen ville føre til vevsdød på fingre og hånd, såkalt nekrose. Pekefinger, langfinger, ringfinger, lillefinger og det meste av tommelen ble etter hvert helt nekrotisert og falt av i midten av juni 2017.
- (9) A ble respiratorbehandlet i totalt 38 døgn og var innlagt på nyfødtintensiv frem til starten av august 2017.
- (10) Nekroseskaden innebærer at A, som i dag er seks og et halvt år, har mistet håndfunksjonen på venstre arm. Han mangler alle fingrene og har ikke gripeevne, men bruker hånden som støttehånd. Han er for øvrig frisk og har ingen vesentlige plager som følge av sin premature fødsel.
- (11) Det er enighet om at skaden innebærer en varig medisinsk invaliditet på 40 prosent.
- (12) As far meldte i mai 2017 skaden til Norsk pasientskadeerstatning, som i sitt vedtak 9. april 2018 konkluderte med at A ikke hadde krav på erstatning. Begrunnelsen var at det ikke forelå svikt ved behandlingen etter pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a, og at

skaden ikke var så stor og uventet at det var grunnlag for erstatning etter lovens § 2 tredje ledd.

- (13) Vedtaket ble klaget inn for Pasientskadenemnda, som i vedtak 12. februar 2021 ikke tok klagen til følge.
- (14) Vedtaket ble brakt inn for Oslo tingrett, der A gjorde gjeldende ansvar for staten basert på unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd. Tingretten avsa 21. februar 2022 dom med slik domsslutning:
- «1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.
 - 2. Sakskostnader tilkjennes ikke.»
- (15) Dommen ble anket til Borgarting lagmannsrett, som 2. februar 2023 avsa dom med slik domsslutning:
- «1. A har rett til erstatning fra Norsk pasientskadeerstatning for skadene i venstre hånd som en følge av behandlingen våren 2017.
 - 2. Staten v/Pasientskadenemnda dømmes til å betale A v/de foresatte sakskostnader for lagmannsretten med 320.932 – trehundreogtyvetusennihundreogtrettito – kroner, og for tingretten med 393.365 – trehundreogtrettitretusentrehundreogsekstifem – kroner, innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.»
- (16) Staten har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse.

Partenes syn på saken

- (17) Partene er enige om at det foreligger en pasientskade i lovens forstand, og at det er årsakssammenheng mellom skaden og behandlingen. Spørsmålet for Høyesterett er om det foreligger ansvarsgrunnlag basert på pasientskadeloven § 2 tredje ledd.
- (18) Den ankende part – *staten ved Pasientskadenemnda* – har i korte trekk argumentert slik:
- (19) Pasientskadeloven § 2 tredje ledd er en snever unntaksregel som skal fange opp uforholdsmessig store og sjeldne skader som ikke står i rimelig sammenheng med det forhold pasienten ble behandlet for.
- (20) Viktigheten av helsehjelpen – indikasjonsstillingen – skal vurderes samlet for det helsehjelpen gjelder. Alle tiltak som inngikk i prematurbehandlingen, må sees under ett. Tålegrensen ligger meget høyt fordi behandlingen var nødvendig for å redde As liv.
- (21) Ved vurderingen av skadens omfang må det tas utgangspunkt i merskaden som følger av behandlingen. Det innebærer at det må tas hensyn til den invaliditeten pasienten ville ha fått uten helsehjelpen.
- (22) As skade er ikke «særlig stor», selv om den er stor nok til at det kunne ha vært tilkjent erstatning hvis omstendighetene for øvrig klart hadde talt for det.

- (23) Skaden er heller ikke «særlig uventet». Det konkrete skadetilfellet var etter sin art og omfang en medisinsk kjent og påregnelig følge av behandlingen.
- (24) Det foreligger ikke et slikt markert misforhold mellom skaden og prematuriteten at grensen for det pasienten må tåle, er overskredet.
- (25) Staten ved Pasientskadenemnda har nedlagt slik påstand:
- «1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.
 2. Partene bærer egne kostnader i saken.»
- (26) Ankemotparten – A – har i korte trekk argumentert slik:
- (27) Om det skal gis erstatning, beror på en helhetsvurdering av om skadeomfanget er uforholdsmessig stort sett i forhold til indikasjonsstillingen og skaderisikoen.
- (28) Det er indikasjonen for den skadevoldende behandlingen som danner utgangspunktet for vurderingen av om skadeomfanget er uforholdsmessig stort. Den relevante skadevoldende behandlingen er her bruken av arteriekateteret, ikke prematurbehandlingen som helhet. Det fantes alternativer til bruk av arteriekateter; bruken var derfor ikke en nødvendig del av behandlingen.
- (29) As skade er særlig stor. Dersom behandlingsskadekomplikasjonen ikke hadde inntruffet, ville A ha vært frisk og uten medisinsk invaliditet. Den medisinske invaliditeten er vurdert til 40 prosent, noe som må klassifiseres som en særlig stor skade.
- (30) Skaden er også særlig uventet. Den må betegnes som «atypisk». Det er ikke kjent at andre barn i Norge har fått nekroseskader med et slikt skadeomfang, og tilsvarende skader er heller ikke beskrevet i internasjonal medisinsk litteratur.
- (31) Ved helhetsvurderingen må det legges betydelig vekt på at skadene ikke var en følge av den nødvendige livreddende behandlingen, og at intensivbehandlingen ville ha vært vellykket uten bruk av arteriekateter. Videre må det legges vekt på at A fikk skaden da han bare var én dag gammel, og følgelig må leve med den hele livet.
- (32) Skaden ligger utenfor den risiko som pasienten må akseptere.
- (33) A har nedlagt slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. A v/verger tilkjennes saks kostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Rettslige utgangspunkter

- (34) Domstolene har full kompetanse til å prøve erstatningskrav etter pasientskadeloven når de bringes inn for rettslig prøving etter at endelig vedtak i Pasientskadenemnda foreligger, jf. HR-2022-2356-A *urininkontinens II* avsnitt 28 med videre henvisninger.
- (35) Pasientskadeloven § 2 første og annet ledd gir grunnlag for krav på erstatning der det foreligger svikt ved helsetjenesten, herunder informasjonssvikt, eller visse andre angitte forhold. Hvorvidt det foreligger svikt i behandlingen, er i de tidligere midlertidige reglene og i forarbeidene formulert som et spørsmål om behandlingen har vært «adekvat».
- (36) I saken her bygger kravet ikke på slikt grunnlag, men på unntaksregelen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd, som kan gi grunnlag for erstatning selv om det ikke foreligger svikt ved behandlingen. Bestemmelsen lyder slik:
- «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.»
- (37) Pasientskadeerstatningsutvalget oppsummerer innholdet i den tilsvarende unntaksbestemmelsen i reglene for den forutgående midlertidige pasientskadeordningen § 3 bokstav a slik i NOU 1992: 6 på side 39:
- «Sagt på en enkel måte, tar § 3 a sikte på å gi erstatning hvor skaden står i misforhold til det man ut fra viktigheten av inngrepet, sannsynligheten for at skade skulle inntre og skadens størrelse anser akseptabelt for den som rammes.»
- (38) Departementet uttaler i Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) på side 32 at bestemmelsen åpner mulighet for å gi erstatning til pasienter som er kommet «særlig uheldig ut». Videre fremgår det på side 68 at forslaget viderefører tidligere praksis, noe som er fulgt opp av domstolene, jf. Rt-2013-653 *cellegift* avsnitt 29 følgende.
- (39) Bestemmelsen er i cellegiftdommen avsnitt 33 beskrevet som en «sikkerhetsventil som skal brukes med forsiktighet». Videre heter det der:
- «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.»
- (40) I dette ligger det også at vurderingen skal være konkret. Det følger av dette at selv om skadeforløp og skadeomfang er omtrent det samme i to saker, kan vurderingen etter § 2 tredje ledd falle forskjellig ut fordi utgangspunktet – viktigheten av inngrepet – er forskjellig.
- (41) Den vurderingen som skal foretas, er i urininkontinens II-dommen avsnitt 31 oppsummert slik:

«Ved vurderingen er viktigheten av inngrepet, ofte omtalt som indikasjonsstillingen, skadehyppigheten og skadens omfang de sentrale momentene. Vurderingen munner ut i en helhetsvurdering av om det foreligger et markert misforhold mellom skaden og pasientens sykdom, som dermed ligger utenfor det pasienten må akseptere, jf. HR-2017-2270-A *urininkontinens I* avsnitt 34 og 35. Dersom skadeomfanget er uforholdsmessig stort sett i forhold til indikasjonsstilling og skaderisiko, gis det erstatning. Dette kan formuleres som et spørsmål om tålegrensen er overskredet.»

Indikasjonsstillingen

- (42) Avgjørelsen av om det skal gis erstatning etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd, beror på en samlet vurdering. Det er ikke alene avgjørende om den aktuelle skaden er særlig stor eller uventet. Dette er kun elementer i en helhetsvurdering av om tålegrensen for det pasienten må finne seg i, er overskredet.
- (43) Et viktig element i vurderingen er hvor viktig behandlingen var for pasienten. Dette omtales som «indikasjonsstillingen».
- (44) Bestemmelsen tar sikte på sjeldne skader som står i sterkt misforhold til størrelsen på inngrepet og sykdommens art, jf. Rt-2011-549 avsnitt 34 med videre henvisning til forarbeidene.
- (45) Høyesterett har i en lang og fast praksis tatt utgangspunkt i at 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. *urininkontinens II*-dommen avsnitt 32, der det med referanse til tidligere høyesterettspraksis er uttalt følgende:
- «Hvor mye pasienten må tåle, avhenger blant annet av hvor god grunn det var til å foreta behandlingen som har ledet til skaden. Dreier det seg om alvorlig sykdom, må man akseptere større risiko enn hvor det er en mindre alvorlig lidelse. 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. *urininkontinens I*-dommen avsnitt 36 og 38.»
- (46) I denne uttalelsen er fastsettelsen av hvor mye pasienten må tåle, knyttet opp mot hvor god grunn det var til å foreta behandlingen. Det samme er kommet til uttrykk i *urininkontinens II*-dommen avsnitt 35 og *cellegiftdommen* avsnitt 33.
- (47) Indikasjonsstillingen knytter seg altså til hvor alvorlig pasientens sykdom er. Jo viktigere behandlingen er for pasienten, desto høyere vil grensen ligge for hva pasienten må tåle uten erstatning.
- (48) Et barn som blir født så tidlig som A, anses som alvorlig sykt og umodent i alle organsystemer, særlig lunger, mage og tarm, hud, nyrer og hjerne. Barnet vil være avhengig av pustestøtte, ernæring og overvåking av vitale parametere som temperatur, puls, blodtrykk og salt- og gassinnhold i blodet. Uten intensivbehandling vil det være 100 prosent dødelighet for et så prematurt barn.

- (49) Det som direkte førte til skaden på As venstre arm, var at arteriekateteret som ble brukt for å måle blodtrykk og blodverdier, viste seg å redusere blodforsyningen i så stor grad at det medførte nekrose – at cellelev døde.
- (50) Et sentralt punkt under prosedyren for Høyesterett har vært om det avgjørende for vurderingen av indikasjonsstillingen er behovet for overvåkingen av blodtrykk og blodverdier, eller behovet for intensivbehandlingen samlet sett. Fra As side er det gjort gjeldende at det må tas utgangspunkt i det første, og det er vist til at det fantes andre mulige metoder for slik overvåking. En alternativ metode ble da også benyttet etter at kateteret var blitt fjernet fordi det skapte problemer. Hadde denne metoden vært benyttet fra første stund, ville skaden ikke ha inntrådt. Staten har derimot anført at det må være den samlede intensivbehandlingen, hvor overvåking av blodtrykk og blodverdier er ett av en rekke nødvendige tiltak, som er avgjørende.
- (51) Etter mitt syn blir det for snevert å vurdere indikasjonsstillingen ut fra metoden for overvåking av blodtrykk og blodverdier. Dette følger allerede av at det er sykdommens alvor – og dermed hvor nødvendig den samlede behandlingen var – som er relevant for indikasjonsstillingen.
- (52) Dette støttes av at departementet på side 91 i proposisjonen, som eksempel på hva regelen er ment å omfatte, trekker frem at det ved en operasjon oppstår en svært sjelden komplikasjon som fører til skader som ikke står i rimelig sammenheng med «det forhold pasienten ble behandlet for». Tålegrensen knyttes altså til behandlingsbehovet, ikke til det konkrete skadevoldende tiltaket.
- (53) Denne synsvinkelen er – uten noen uttrykkelig drøftelse av problemstillingen – også lagt til grunn i Rt-2006-1217 *angiografi*. Saken gjaldt en pasient som under en forundersøkelse fikk påvist at det var nødvendig med bypassoperasjon. Pasienten ble 100 prosent arbeidsufør som følge av en skade han ble påført under forundersøkelsen. Førstvoterende uttaler følgende i avsnitt 40 i dommen:
- «Det er på det rene at A var alvorlig syk da han ble lagt inn på sykehuset første gang. Alle de tre kransårene til hjertet var rammet. A trengte livreddende behandling, og den forutgående angiografi-undersøkelsen var et nødvendig ledd i denne behandlingen.»
- (54) Jeg forstår dette slik at i relasjon til indikasjonsstillingen ble alle nødvendige ledd i behandlingen vurdert under ett.
- (55) Sykdommen som måtte behandles for at A skulle overleve, var prematuritet, og den påkrevde behandlingen var den samlede intensivbehandlingen. Man kan ved fastsettelsen av indikasjonsstillingen da ikke isolere vurderingen til målingen av blodtrykk og blodverdier. Alle nødvendige tiltak som inngikk i intensivbehandlingen, må vurderes samlet.
- (56) At det fantes en alternativ fremgangsmåte for overvåking av blodtrykk og blodverdier som *også* ville ha vært tilstrekkelig, kan ikke rokke ved dette. En annen sak er at dersom den alternative metoden medisinsk-faglig hadde vært ansett som mer egnet enn den valgte metoden, så ville dette etter omstendighetene ha kunnet lede til erstatningsansvar på grunnlag av svikt ved helsehjelpen, jf. pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a. Men i

vår sak er det ubestridt at bruk av arteriekateter var ansett som beste praksis, så ansvar på dette grunnlag er ikke aktuelt.

- (57) Til støtte for at det er risikoen knyttet til den konkrete livreddende behandlingen som danner utgangspunktet for fastsettelsen av tålegrensen, og ikke hvor alvorlig sykdommen er, er det vist til følgende uttalelse i Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) side 91:

«Er det nødvendig å utsette pasienten for fare for å redde livet, utløses imidlertid ikke erstatningsansvar om faren manifesterer seg. Skaden er i dette tilfelle en kalkulert risiko.»

- (58) Etter mitt syn kan det anførte synspunktet ikke utledes av denne uttalelsen. Jeg kan heller ikke se at en slik forståelse er forenlig med rettspraksis.
- (59) Min konklusjon er etter dette at indikasjonsstillingen må vurderes med utgangspunkt i sykdommen som ble behandlet. Dette var her prematuriteten, og indikasjonsstillingen må fastsettes med referanse til intensivbehandlingen, hvor overvåkning av blodtrykk og blodverdier inngikk som et nødvendig element.
- (60) I og med at prematurbehandlingen var nødvendig for å redde As liv, ligger tålegrensen i saken her høyt.

Er skaden «særlig stor»?

- (61) Ett av de to kriteriene ved den samlede vurderingen av om det skal gis erstatning etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd, er om skaden er «særlig stor».
- (62) Ved denne vurderingen er det vanlig å ta utgangspunkt i den varige medisinske invaliditeten fastsatt av medisinsk sakkyndig. I urininkontinens II-saken gjorde staten gjeldende at det «[k]un helt unntaksvis ville være grunnlag for å diskutere unntaksbestemmelsen når pasientskaden er lavere enn mengruppe 3 (35–44 %)», se avsnitt 37 i dommen.
- (63) Førstvoterende uttaler i avsnitt 39 i dommen at «[b]ruk av et fast utgangspunkt for vurdering av skadens størrelse kan fremme forutsigbarhet og bidra til likebehandling». I avsnitt 40 gis det videre uttrykk for at «nivået som det er tatt utgangspunkt i – 35 prosent, som svarer til det laveste nivå som kvalifiserer for gruppe 3 av 9 i de nevnte forskriftene – fremstår som rimelig». Samtidig fremhever førstvoterende i avsnitt 41 at han ikke er enig i at det «kun helt unntaksvis vil ... være grunnlag for å diskutere unntaksbestemmelsen når pasientskaden er lavere enn mengruppe 3. Skadens størrelse er bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering, og det indikerte nivået kan ikke være mer enn et utgangspunkt».
- (64) Staten har for Høyesterett gjort gjeldende at skadeomfanget må sammenholdes med grunnlidelsen ubehandlet, her ekstrem prematuritet med dødelig utfall.
- (65) Forstår man dette slik at det i invaliditetsgraden etter behandlingen skal gjøres fradrag for invaliditetsgraden ved forventet utfall av sykdommen uten behandling, er jeg ikke enig i dette. Et slikt standpunkt ville jo lede til at skade som følge av behandlingen alltid ville være null hvor sykdommen ubehandlet ville ha vært fatal. Dette kan åpenbart ikke være

riktig. En annen sak er, som jeg allerede har gjort rede for, at viktigheten av behandlingen er av stor betydning for indikasjonsstillingen, som igjen er sentral ved den helhetsvurderingen som skal foretas.

- (66) En annen situasjon har man i tilfeller der pasientens lidelse allerede fra før har medført medisinsk invaliditet. I et slikt tilfelle vil det bare være økningen av den medisinske invaliditeten som er relevant ved vurderingen av skadens størrelse. Dette følger av det generelle erstatningsrettslige årsakskravet: Det er bare økningen av invaliditeten som er en følge av behandlingen.
- (67) I vår sak er den medisinske invaliditeten satt til 40 prosent. Den medisinske invaliditeten ligger altså omtrent midt i den laveste mengruppen hvor det som veiledende norm vil være aktuelt å tilkjenne erstatning. Skaden er følgelig ikke så liten at det i seg selv taler imot å tilkjenne erstatning, men skaden er på den annen side heller ikke så stor at den i helhetsvurderingen taler med særlig styrke for å tilkjenne erstatning.

Var skaden «særlig uventet»?

- (68) Det andre av de to kriteriene som etter ordlyden i pasientskadeloven § 2 tredje ledd er særlig relevante i helhetsvurderingen av om det skal tilkjennes erstatning, er om skaden var «særlig uventet».
- (69) I urininkontinens II-saken, som gjaldt en nerveskade, var spørsmålet oppe om «særlig uventet»-kriteriet skulle vurderes med utgangspunkt i den spesifikke skaden som var oppstått, eller ut fra om det mer generelt var risiko for skade knyttet til behandlingen, se avsnitt 48 i dommen. I avsnitt 51 besvares spørsmålet slik:

«Av dette utleder jeg at det – iallfall som hovedregel – ikke er den generelle skaderisikoen ved behandlingen som er vurderingstemaet. På den annen side er det etter min mening ikke grunnlag for å begrense vurderingen til skade på en bestemt nerve eller bestemte årsaksmekanismer. Det er tilstrekkelig at skaden ikke er atypisk, men ‘ligger i risikoens retning’. Et slikt noe videre perspektiv synes også å ha de beste grunner for seg. Det som først og fremst har betydning, er ikke det presise medisinske årsaksforholdet, men om skaden etter sin art og omfang ligger helt utenfor det som er påregnelig.»

- (70) De sakkyndige som har vært oppnevnt av henholdsvis Pasientskadenemnda og lagmannsretten i saken her, har vurdert skaderisikoen knyttet til bruk av arteriekateter på noe ulikt vis. Den sakkyndige for lagmannsretten, seksjonsoverlege Anne Lee Solvåg ved nyfødtavdelingen på Rikshospitalet, er den som har vurdert risikoen som lavest. I sin erklæring til lagmannsretten uttaler hun blant annet:

«Mindre nekroseskader, primært i fingertupper (ifølge forskningslitteratur/artikler som er vedlagt saken), er en kjent komplikasjon til behandlingen. Selv om risikoen for nekroseskader er kjent, mener jeg at As skade ikke er en typisk følge av arteriekateter i a[rteria] radialis så fremt kollateralsirkulasjonen er sjekket og arteriekateteret fjernes ved tegn til nedsatt sirkulasjon.

...

Sletten og Trønnes [to andre sakkyndige som har uttalt seg i forbindelse med saken] har, basert på sparsom litteratur på området, vurdert det slik at risikoen for mindre nekroseskade kan anslås til mellom 1,1 og 1,6 prosent, og at risikoen for så alvorlig nekroseskade som As kan anslås til 5 promille.

...

Jeg kan ikke se at forskningsartiklene som er lagt ved sakens dokumenter beskriver skader av en slik art som A pådro seg.»

- (71) Jeg legger ut fra dette til grunn at den generelle risikoen for nekroseskader var kjent og dermed lå «i risikoens retning». Risikoen for en så stor skade som A fikk, var på den annen side meget lav. Det foreligger ingen kjente sammenlignbare tilfeller.
- (72) Når risikoen ligger «i skadens retning», er praksis streng, jf. Rt-2008-218 *sarkom* avsnitt 61, der førstvoterende uttaler at «selv om risikoen var svært liten, må den etter mitt syn likevel betraktes som ‘kjent’ i forhold til [regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker § 3 bokstav a]». I vårt tilfelle fremstår imidlertid risikoen for en skade av det aktuelle *omfang* som så minimal at jeg – under tvil – mener at den må anses som «særlig uventet», selv om risiko for skade av den aktuelle *art* var kjent.

Helhetsvurderingen – tålegrensen

- (73) Den medisinske invaliditeten som følger av As skade, er satt til 40 prosent. Dette er som nevnt ikke så lavt at det i seg selv taler imot å tilkjenne erstatning, men skaden er heller ikke så stor at det i helhetsvurderingen taler med særlig styrke for å tilkjenne erstatning.
- (74) Selv om en slik skade som A har fått, var en kjent risiko ved behandlingen, var skadens omfang etter sin art så ekstraordinært at jeg – under tvil – mener at skaden må anses som «særlig uventet».
- (75) I tillegg taler det ved helhetsvurderingen for erstatning at A var nyfødt da han ble skadet, og følgelig må leve med skaden hele livet.
- (76) Ved den samlede vurderingen av hva A må tåle, veier det imidlertid tungt at prematurbehandlingen – som må vurderes under ett – var nødvendig for å redde livet. Tålegrensen ligger da høyt.
- (77) Etter en helhetlig vurdering av indikasjonsstillingen, skadens størrelse og hvor uventet skaden var, er jeg kommet til at det ikke foreligger et tilstrekkelig markert misforhold mellom skaden og lidelsen som foranlediget intensivbehandlingen, til at tålegrensen for hva pasienten må akseptere, er overskredet.

Konklusjon og sakskostnader

- (78) Jeg er kommet til at det ikke er grunnlag for krav om erstatning etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd, og staten må derfor frifinnes.

- (79) Staten har ikke nedlagt påstand om sakskostnader for noen instans.
- (80) Jeg stemmer for slik

D O M :

Staten ved Pasientskadenemnda frifinnes.

- (81) Dommer **Stenvik:**

Dissens

- (82) Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende og mener at vilkårene for å tilkjenne erstatning etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd er oppfylt i dette tilfellet.
- (83) Jeg slutter meg til det førstvoterende har sagt om de rettslige utgangspunktene. Som han har redegjort for, følger det av rettspraksis at viktigheten av den medisinske behandlingen – «indikasjonsstillingen» – er blant de momentene som har stor betydning ved helhetsvurderingen av om pasienten må akseptere skaden uten erstatning. Det er på den annen side også fastslått at pasienter med livstruende lidelser ikke generelt er unntatt fra bestemmelsen, jf. Rt-2013-653 *cellegift* avsnitt 33. Jeg legger dette til grunn.
- (84) Jeg er også enig i at den risikoen som en pasient må tåle, skal vurderes i lys av sykdommens alvorlighetsgrad. Det følger av etablert rettspraksis at når sykdommen er livstruende, må pasienten akseptere større risiko enn når den ikke er det. Jeg viser, som førstvoterende, til HR-2022-2356-A *urininkontinens II* avsnitt 32, hvor det sies at 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.» Dette ligger fast.
- (85) Jeg har imidlertid et annet syn enn førstvoterende på hvordan den foreliggende rettspraksis skal forstås med hensyn til hvilken risiko bestemmelsen sikter til, og dermed på når tålegrensen skal heves. I de fleste tilfellene hvor sykdommens alvorlighetsgrad har vært trukket inn som argument for å heve tålegrensen, har det vært snakk om behandlingstiltak som medførte en markert og påregnelig risiko, og hvor skaden var utslag av denne risikoen, se for eksempel Rt-2006-1217 *angiografi*, Rt-2008-218 *sarkom*, Rt-2013-653 *cellegift* og HR-2017-2270-A *urininkontinens I*. Jeg forstår disse avgjørelsene slik at det er risikoen ved *det skadevoldende behandlingstiltaket*, og ikke risikoen ved *sykdommen i seg selv*, som har vært den bærende begrunnelsen for å heve tålegrensen. Jeg peker også på at det etter min forståelse ikke foreligger noen avgjørelser som avklarer spørsmålet om tålegrensen skal heves i et tilfelle hvor en alvorlig syk person er påført en særlig betydelig og uventet skade som følge av et behandlingstiltak som generelt innebærer lav risiko.
- (86) Jeg finner støtte i lovens forarbeider for mitt syn om at det først og fremst er risikoen ved det skadevoldende behandlingstiltaket som avgjør hvor mye en pasient må tåle. I Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) side 91 sies dette om tålegrensen ved livstruende sykdom:

«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.»

- (87) Jeg oppfatter uttalelsen i proposisjonen som uttrykk for at det er den påregnelige risikoen ved nødvendige behandlingstiltak som tas i bruk i pasientenes interesse, som begrunner en høyere tålegrense. Det er mot denne bakgrunn man etter mitt syn må forstå uttalelsene i rettspraksis om at pasienter normalt må akseptere skader som er utslag av adekvat og livreddende behandling. Når en pasient som lider av en livstruende sykdom, etter omstendighetene må tåle mer enn andre, er det fordi sykdommen gjør det nødvendig og berettiget å ta i bruk behandlingstiltak som medfører en «kalkulert risiko».
- (88) Dette gir etter mitt syn også den rimeligste løsningen. Hensynet til likebehandling taler for at pasienter som rammes av like alvorlige skader, forårsaket av samme type behandlingstiltak, gis likt erstatningsrettslig vern. Når lovforarbeidene gir uttrykk for at regelen er ment å beskytte pasienter som er «kommet særlig uheldig ut», slik førstvoterende har pekt på, oppfatter jeg det som en beskyttelse som er ment for dem som er kommet betydelig verre ut enn andre pasienter som har mottatt tilsvarende behandling, og ikke som en beskyttelse som er forbeholdt dem som er kommet verre ut enn om de ikke hadde fått behandling.
- (89) Synspunktet som kommer til uttrykk i lovforarbeidene om at «følgene av grunnsykdommen må bæres av pasienten selv», jf. NOU 1992: 6 side 74, rokker ikke ved dette. Denne prinsipputtalelsen sikter, slik jeg oppfatter den, særlig til følger av grunnsykdommen som ikke lar seg hindre, og til skader som er utslag av en påregnelig risiko ved et behandlingstiltak som er adekvat for grunnsykdommen, jf. NOU 1992: 6 side 77. Jeg finner ingen holdepunkter i forarbeidene for at alvorlig syke pasienter må finne seg i en høyere tålegrense der skaden skyldes behandlingstiltak som generelt anses å medføre lav risiko.
- (90) Jeg tilføyer at mitt syn på tolkningen av pasientskadeloven § 2 tredje ledd ikke betyr at man skal vurdere *behovet* for hvert enkelt behandlingstiltak for seg, slik lagmannsretten har lagt til grunn, eller at det har avgjørende betydning om det fins *alternative* behandlingstiltak, slik As prosessfullmektig har lagt stor vekt på. Det er først og fremst *risikoen* ved det valgte behandlingstiltaket som får betydning ved fastleggelsen av tålegrensen.
- (91) Oppsummert er mine konklusjoner på dette punktet at så lenge risikoen ved det aktuelle behandlingstiltaket er lav, er det ikke grunnlag for å heve tålegrensen, og at dette gjelder selv om pasienten led av en livstruende sykdom.
- (92) Jeg går etter dette over til den konkrete vurderingen basert på lagmannsrettens bevisvurdering, som ikke er påanket.
- (93) Lagmannsretten har vurdert As skade som «særlig stor». Ved vurderingen la den ikke bare vekt på graden av varig medisinsk invaliditet – 40 prosent – men også på at «skaden her har rammet et nyfødt barn, som gjennom oppveksten og hele livsløpet må leve med en nedsatt sentral funksjon, som også estetisk vil være belastende». Jeg er enig med lagmannsretten i at skaden er så stor at unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd kan komme til anvendelse, vurdert etter de retningslinjene som ble trukket opp i urininkontinens II-dommen. Samtidig er jeg enig med førstvoterende i at skaden ikke

er så stor at den med særlig styrke taler for å tilkjenne erstatning. Men etter mitt syn er skaden likevel betydelig og ikke helt i det nedre sjiktet av de skadetilfellene som bestemmelsen tar sikte på.

- (94) Lagmannsretten har videre ansett det klart at As skade må karakteriseres som «særlig uventet». Jeg er også på dette punktet enig i lagmannsrettens vurdering, og jeg vil fremheve de sidene ved det aktuelle behandlingstiltaket som jeg legger særlig vekt på.
- (95) Det er vanlig å anlegge arteriekateter hos ekstremt premature barn. Metoden er ansett som klart å foretrekke fordi den gir optimal, skånsom og kontinuerlig overvåkning av blodtrykket. Når arteriekateter foretrekkes, til tross for at det fins alternative metoder, skyldes det at tiltaket ikke har vært ansett å medføre betydelig risiko for alvorlig skade.
- (96) De sakkyndige som har uttalt seg i denne saken, har ikke funnet noen store kliniske studier som sier noe om forekomst av ulike skadetyper etter arteriekateter hos premature barn, men det er enighet om at risikoen er lav. Dette underbygges av erklæringen fra den rettsoppnevnte sakkyndige, seksjonsoverlege Anne Lee Solevåg, som lagmannsretten har lagt særlig vekt på. Jeg har festet meg ved den følgende uttalelsen i erklæringen, som også er gjengitt i lagmannsrettens dom:

«Skadefølgen i As sak fremstår for meg som svært sjelden/uventet og alvorlig. Gitt fraværet av medisinske studier som sier noe om forekomsten, mener jeg at det bør legges til grunn at As skadefølge og -omfang fremstår som særlig sjelden.»

- (97) Etter en samlet bevisvurdering beskrev lagmannsretten risikoen ved det skadevoldende behandlingstiltaket slik:

«Lagmannsretten legger ved vurderingen av As skade vesentlig vekt på uttalelsene fra den rettsoppnevnte sakkyndige. Dette gjelder særlig at det etter hennes vurdering ikke er rapportert skade av en tilsvarende alvorlighetsgrad, og at den fremstår som atypisk. Videre at det ikke foreligger objektive funn som kan forklare et så tidlig og alvorlig utfall, og at skaden anses som så uvanlig at den ikke kan sies å være i risikoen retning.

I denne forbindelse legges også vekt på uttalelsene gjengitt ovenfor fra seksjonsoverlege Klingenberg og overlege Sletten, med hensyn til kunnskap og erfaringer vedrørende nekroseskader hos prematurfødte barn ved bruk av arteriekateter. Uttalelsene underbygger etter lagmannsrettens syn overlege Solevågs vurdering av forekomsten av alvorlige nekroseskader. Overlege Sletten uttaler blant annet at man i håndseksjonen ved Rikshospitalet ikke kjenner til noen tidligere tilfeller med denne nekroseskaden eller tilsvarende sykehistorie, og at Rikshospitalet må regnes som referansesykehuset i Norge når det gjelder fingeramputasjoner.

...

De medisinskfaglige vurderinger det er vist til ovenfor, tilsier klart at As skade må anses som særlig uventet. Ut fra det samlede bevismaterialet har lagmannsretten med hensyn til faktum ikke grunnlag for å vurdere dette spørsmål annerledes.»

- (98) Jeg legger også til grunn at skaden, slik jeg forstår lagmannsretten, ikke var en følge av As grunnsykdom. Lagmannsretten viser til sakkyndig Solevågs uttalelse om at

«skadetypen var kjent, men ikke en typisk følge av inngrepet. Dette begrunner jeg i at tap av nesten alle fingre og deler av hånden ikke kan anses å være i risikoens retning når 1) kollateralsirkulasjonen ble sjekket og var til stede, 2) det sannsynligvis ikke forelå blodpropp som årsak til nedsatt sirkulasjon, og 3) det ikke forelå tegn til generell sirkulasjonssvikt (lavt blodtrykk og behov for blodtrykksstøttende medisiner. Hvordan forklarer man at det svært kort tid etter anleggelse av arteriekateteret forekom nærmest opphevede sirkulasjonen i hele hånden og også nedsatt sirkulasjon i hele armen?» (understrekning i erklæringen)

- (99) Det avsluttende spørsmålet i sitatet står ubesvart i erklæringen. Jeg oppfatter dette slik at det ikke var noe ved As helsetilstand som kan forklare at anleggelsen av arteriekateteret førte til så betydelig skade.
- (100) Når et alminnelig brukt, anbefalt og foretrukket behandlingstiltak som generelt anses å medføre lav risiko, rammer en pasient på en så uventet måte som i dette tilfellet, er det etter den tolkningen av unntaksbestemmelsen som jeg har redegjort for ovenfor, ikke grunnlag for en forhøyet tålegrense.
- (101) Når en normal tålegrense legges til grunn, anser jeg det som klart at skaden er så stor og uventet at den ut fra en helhetsvurdering ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere.
- (102) Jeg er etter dette kommet til at anken må forkastes.
- (103) Konstituert dommar **Elsheim:** Eg er i det hovudsak og i resultatet samd med fyrstvoterande, dommar Thyness.
- (104) Dommer **Bergh:** Likeså.
- (105) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (106) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Staten ved Pasientskadenemnda frifinnes.