



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 8. desember 2022 av Høyesterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Arne Ringnes
dommer Erik Thyness
dommer Kine Steinsvik

HR-2022-2356-A, (sak nr. 22-046959SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 1. februar 2022

A (advokat Øystein Horntvedt – til prøve)

mot

Staten v/Pasientskadenemnda (advokat Svein Åge Bergset)

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 etter unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd om særlig stor eller uventet skade. Den gjelder en pasient som etter operasjon har fått en nerveskade som medfører kroniske smerter.
- (3) A, født 1973, var i flere år plaget av urinlekkasjer/-inkontinens. Den 18. mars 2014 ble hun slyngoperert. Dette innebar at hun fikk et bånd av kunststoff plassert under urinrøret. Inngrepet ble gjennomført i gynekologisk leie med geléputer i knehasene. To uker etter operasjonen var hun hos sin fastlege fordi hun etter operasjonen hadde hatt smerter og en rar følelse i det høyre benet. A har etter dette vært hos en rekke spesialister og gjort mange forsøk på å få effektiv behandling for smertene, men problemene har vedvart.
- (4) A arbeidet før operasjonen som kantinedarbeider og rengjørere. Etter operasjonen er hun ikke kommet tilbake i fullt arbeid. Hun har fra januar 2019 vært 60 prosent uføretrygdet og arbeider nå som kantineansvarlig i 40 prosent stilling med tilrettelegging.
- (5) Den 25. januar 2016 leverte A elektronisk skademelding til Norsk Pasientskadeerstatning.
- (6) A fikk 31. mars 2016 diagnosen meralgia parestetica. Dette er en smertelidelse på forsiden og utsiden av låret som følge av klem eller strekk i en nerve i lyskebåndet. Det er lagt til grunn at skaden sannsynligvis oppsto da hun lå i gynekologisk leie under operasjonen. Det dreier seg altså om en såkalt leiringsskade.
- (7) Norsk pasientskadeerstatning traff 27. september 2016 vedtak hvor As krav om erstatning ble avslått. Vedtaket ble klaget inn for Pasientskadenemnda, som fattet vedtak 14. november 2019 der klagen ikke ble tatt til følge.
- (8) A tok ut stevning 14. mai 2020. I planmøte ble partene enige om at spørsmålet om erstatningsplikt skulle skilles ut og behandles først.
- (9) Moss tingrett avsa 24. februar 2021 dom med slik slutning:
- «1. Staten v/Pasientskadenemnda er erstatningsansvarlig for de skader og det tap A er påført som følge av behandlingen /operasjonen 18.03.14 ved Sykehuset Telemark.
 2. Staten v/Pasientskadenemnda idømmes ansvar for sakens omkostninger med 220 780 – tohundreogtjuetusensyhundreogåtti – kroner.»
- (10) For tingretten anførte A prinsipielt at det hadde vært svikt ved helsehjelpen, subsidiært informasjonssvikt, jf. pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a. Atter subsidiært anførte hun at det var grunnlag for ansvar etter unntaksbestemmelsen i lovens § 2 tredje ledd om særlig stor eller uventet skade. De to første grunnlagene førte ikke frem, men tingretten fant at det forelå erstatningsplikt etter unntaksregelen i § 2 tredje ledd.

- (11) Staten anket over tingrettens rettsanvendelse ved behandlingen av unntaksbestemmelsen i § 2 tredje ledd. Borgarting lagmannsrett avsa 1. februar 2022 dom med slik slutning:
- «1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.
 2. Sakskostnader tilkjennes ikke, verken for lagmannsretten eller tingretten.»
- (12) A har anket til Høyesterett over rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Anken ble fremmet for så vidt gjelder rettsanvendelsen.
- (13) Saken står i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.

Partenes syn på saken

- (14) Partene er enige om at det foreligger en pasientskade i lovens forstand, og at det er årsakssammenheng mellom skaden og operasjonen. Spørsmålet for Høyesterett er om det foreligger ansvarsgrunnlag.
- (15) Den ankende part – A – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (16) Pasientskadeloven § 2 tredje ledd gir grunnlag for ansvar basert på en begrenset rimelighetsvurdering etter de skjønsmessige vilkårene som følger av ordlyden.
- (17) Hennes grunnlidelse, urininkontinens, var plagsom, men ikke farlig. Dette står i motsetning til saker der behandlingen er livsnødvendig, noe som har betydning for hvor høyt terskelen for ansvar skal legges.
- (18) Differansen mellom As grunnlidelse og pasientskaden er så betydelig at skaden er «særlig stor». At hennes medisinske invaliditet var lavere enn 35 prosent, er ikke avgjørende.
- (19) Risikoen for skaden var også svært lav, slik at skaden må anses som «særlig uventet». Vurderingstemaet er om den konkrete skaden er særlig uventet, ikke den generelle skaderisikoen.
- (20) Det taler for ansvar at A ikke hadde fått informasjon om skaderisikoen, selv om dette ikke representerte noe brudd på informasjonsplikten.
- (21) Ved helhetsvurderingen kan det ikke anvendes noen fast innslagsgrense basert på medisinsk invaliditet. A er kommet særlig uheldig ut og må tilkjennes erstatning.
- (22) A har nedlagt slik påstand:
- «1. Staten ved Pasientskadenemnda er erstatningsansvarlig for skade A ble påført under operasjon utført ved Sykehuset Telemark 18. mars 2014.
 2. Staten ved Pasientskadenemnda erstatter As sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.»
- (23) Ankemotparten – *staten ved Pasientskadenemnda* – har i korte trekk gjort gjeldende:

- (24) As skade, som medførte opp mot 30 prosent medisinsk invaliditet og 60 prosent arbeidsuførhet, er ikke «særlig stor». Skaden er heller ikke «særlig uventet» – risikoen for varig nerveskade generelt var kjent. Ved vurderingen av om en skade er særlig uventet er det ikke avgjørende om den konkrete nerveskaden var uventet, men dette kan være et moment ved helhetsvurderingen.
- (25) A hadde ikke noe krav på informasjon om skaderisikoen, og det kan da ikke tillegges vekt ved vurderingen av ansvarsspørsmålet at hun ikke fikk slik informasjon.
- (26) Etter en helhetsvurdering må risikoen og skaden anses å ligge innenfor rammen av det en pasient må forholde seg til, og som må aksepteres ved kirurgiske inngrep.
- (27) Staten ved Pasientskadenemnda har nedlagt slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Partene bærer egne omkostninger for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Rettslige utgangspunkter

- (28) Etter pasientskadeloven § 18 kan krav om erstatning bringes inn for domstolene når endelig vedtak i Pasientskadenemnda foreligger. Dette innebærer at domstolene har full kompetanse til å prøve erstatningskravet, jf. HR-2022-1132-A avsnitt 24 med videre henvisninger.
- (29) 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. A bygger for Høyesterett ikke på slikt grunnlag, men på unntaksregelen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd. 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.»
- (30) Bestemmelsen er en snever unntaksregel basert på angitte kriterier. Den er i Rt-2013-653 *cellegift* avsnitt 33 beskrevet slik:
- «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».
- (31) Ved vurderingen er viktigheten av inngrepet, ofte omtalt som indikasjonstillingen, 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

(32) 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.

(33) Tingretten beskrev indikasjonsstillingen i vår sak slik:

«Inngrepet mot As urininkontinens var ikke livsviktig. Hun hadde levd minst 3-4 år med problemet. Retten oppfatter sakens dokumentasjon dithen at det subjektivt sett var viktig for A å få en slutt på inkontinensproblemet, da det var flaut og sosialt hemmende, både generelt, men også spesielt når hun forsøkte å finne seg en partner. Det er også dokumentert at A positivt uttrykte at hun ønsket operasjonen. Inkontinensproblemet gjorde seg særlig gjeldende ved fysisk aktivitet. A forklarte for retten at hun før inngrepet var meget fysisk aktiv. Hun likte å gå lange fjellturer, danse zumba, og hun var med i idrettslag.

At Bonneys-testen ved to forsøk var positiv, talte klart for at A ville ha nytte av operasjonen. Spydslaug vurderte også at indikasjonsstillingen, ut i fra dokumentene i saken, var relativt god.»

(34) På denne bakgrunn er det min vurdering at indikasjonsstillingen i denne saken ligger på et mellomnivå – betydelig lavere enn ved behandling av livstruende lidelser, men høyere enn ved behandling knyttet til plager som pasienten kan leve ganske greit med.

Er skaden «særlig stor»?

(35) Jeg nevner her først at selv om loven viser til pasientskade som er «særlig stor eller særlig uventet», så dreier det seg ikke om to alternative vilkår, men om to momenter som inngår i en totalvurdering, jf. *urininkontinens I*-dommen avsnitt 34.

(36) Omfanget av skaden pasienten er blitt påført, vil i mange tilfeller stå sentralt i helhetsvurderingen. Ved denne vurderingen er det vanlig å ta utgangspunkt i den varige medisinske invaliditeten fastsatt av medisinsk sakkyndig, jf. *urininkontinens I*-dommen avsnitt 48.

(37) Staten har gjort gjeldende at det er etablert en fast praksis i Pasientskadenemnda, som i avgjørelsen i PSN-2017-4554 side 5 er formulert slik:

«Selv om det sentrale aspektet ved vurderingen av skadens størrelse er en sammenligning av behandlingsskaden med grunnlidelsen ubehandlet, er det nemndas

vurdering at en normalt sett må ha en pasientskade av en viss størrelse, før det overhodet er grunnlag for en nærmere drøftelse av de øvrige momentene etter unntaksbestemmelsen. Kun helt unntaksvis vil det være grunnlag for å diskutere unntaksbestemmelsen når pasientskaden er lavere enn mengruppe 3 (35-44 %).»

- (38) A har ikke bestridt at dette gir uttrykk for fast og langvarig praksis i nemnda, men hun har innvendt at selv om den medisinske invaliditeten skal tillegges betydelig vekt, så er det ikke grunnlag i rettskildene for å anvende en bestemt nedre grense og heller ikke noen veiledende terskel.
- (39) Bruk av et fast utgangspunkt for vurdering av skadens størrelse kan fremme forutsigbarhet og bidra til likebehandling. Det har i denne sammenheng videre gode grunner for seg å bygge på den varige medisinske invaliditeten, som gir uttrykk for den «fysiske og/eller psykiske funksjonsnedsettelsen som en skade eller sykdom vanligvis gir», jf. forskrift om menerstatning ved pasientskader 1. mars 2021 nr. 622 § 2 a. Forskriften trådte i kraft 15. mars 2021 og gjelder ikke direkte for saken her. Men den beskriver innholdet i begrepet varig medisinsk invaliditet slik det også ble praktisert under forskrift om menerstatning ved yrkesskade 21. april 1997 nr. 373, som er den som kommer til anvendelse i saken her.
- (40) Jeg finner også 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. Dette bygger jeg på den veiledning som følger av lovens ordlyd og presiseringen i Høyesteretts praksis av at § 2 tredje ledd har karakter av å være en sikkerhetsventil som skal brukes med forsiktighet. Nivået reflekterer således at skaden må være betydelig for at ansvar skal bli aktuelt, samtidig som det også viser at det er rom for erstatning selv om virkningene av skaden ikke er blant de aller mest alvorlige. Jeg legger i denne sammenheng også vekt på Pasientskadenemndas langvarige og konsekvente praksis, blant annet fordi nemnda har gode forutsetninger for å vurdere nivået ettersom den behandler mange pasientskadesaker og er et spesialisert kollegialt organ med både juridisk og medisinsk fagkyndighet, jf. pasientskadeloven § 16.
- (41) Jeg er derimot ikke enig i at det «kun helt unntaksvis vil ... være grunnlag for å diskutere unntaksbestemmelsen når pasientskaden er lavere enn mengruppe 3 (35–44 prosent)». Skadens størrelse er bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering, og det indikerte nivået kan ikke være mer enn et utgangspunkt.
- (42) Lege og spesialist i fødselshjelp og kvinnesykdommer Anny Spydslaug har anslått As varige medisinske invaliditet til å ligge i spennet 25–30 prosent. Overlege dr.med. og spesialist i anesthesiologi Lars Jørgen Rygh anslo den til opp mot 30 prosent.
- (43) En medisinsk invaliditet på opp mot 30 prosent ligger ikke helt uvesentlig under det veiledende utgangspunktet om minst 35 prosent medisinsk invaliditet. A har argumentert for at smerteskader ikke fullt ut blir reflektert i regelverket. Til dette vil jeg bemerke at domstolene vanskelig kan overprøve de faglige vurderinger som ligger bak utformingen av forskriftene. Jeg noterer imidlertid at den nye forskriften om menerstatning ved pasientskader, som er tatt i betraktning av de sakkyndige, legger noe større vekt på smerteskader enn den eldre forskriften om menerstatning ved yrkesskader, som altså er den forskriften som direkte kommer til anvendelse i saken her.

- (44) En eventuell medisinsk invaliditet knyttet til grunnlidelsen må også trekkes inn, se urininkontinens I-dommen avsnitt 50. Pasientskadenemnda synes å ta som et generelt utgangspunkt at det skal foretas «en sammenligning av behandlingsskaden med grunnlidelsen ubehandlet» ved vurderingen av skadens størrelse, jf. sitatet fra PSN-2017-4554. I denne saken foreligger det begrensede opplysninger om de medisinske sider ved As grunnlidelse, men jeg nevner at den sakkyndige Rygh i lagmannsretten uttalte at hun ikke hadde noen inngangsinvaliditet av betydning. Siden problemstillingen heller ikke er nærmere prosedert, går jeg ikke inn på denne problemstillingen.
- (45) Min konklusjon på dette punkt er at As skade ikke kan betegnes som «særlig stor». På den annen side er den ikke så vidt begrenset at den i seg selv representerer en hindring for å tilkjenne pasientskadeerstatning.

Var skaden «særlig uventet»?

- (46) Nervesmerter er en kjent følge av slyngeoperasjon mot urininkontinens. Opptil 15 prosent kan få smerter i lyske, hofter og lår etter en slik operasjon, men hos de fleste forsvinner smertene i løpet av noen tid. Sannsynlig forekomst av vedvarende smerter er under én prosent.
- (47) As smerter er antatt å følge av skade på nerven femoralis cutaneus lateralis. Det er ikke kjent i litteraturen at skade på denne nerven kan gi tilstanden meralgia parestetica som komplikasjon etter en operasjon med kortere plassering i gynekologisk leie enn 60 minutter, mens A lå et sted mellom 20 og 39 minutter i slikt leie. Derimot er det ved slyngeoperasjon kjente tilfeller av skade på nerven obturatorius, som ligger i det samme området, men nærmere operasjonsfeltet. Skade på denne nerven kan gi lignende symptomer. Risikoen ligger imidlertid på promillenivå, og plagene er vanligvis forbigående.
- (48) Et av momentene det skal tas hensyn til ved vurderingen etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd, er om skaden var «særlig uventet». Det oppstår da spørsmål om dette knytter seg til den spesifikke skaden som er oppstått, eller mer generelt om det var risiko for skade knyttet til behandlingen.
- (49) Ordlyden og forarbeidene gir ikke noe klart svar. Jeg finner imidlertid veiledning i Rt-2006-1217 *angiografi*. Den generelle risikoen for komplikasjoner var der betydelig, anslått til rundt fem prosent. Den aktuelle komplikasjonen inntraff imidlertid kun sporadisk, det vil si sjeldnere enn i 0,1 prosent av tilfellene, se avsnitt 41 i dommen. Førstvoterende uttaler seg slik om dette i avsnitt 46:

«Etter mitt syn kan det ikke legges så stor vekt på at sannsynligheten for denne konkrete skaden og skadekombinasjonen er liten. Selv om skadene hver for seg – og særlig i kombinasjon – er sjeldne, er både disseksjon og nerveskade godt kjente komplikasjoner i forbindelse med angiografi og hjerteoperasjon. Det kan ikke sies å være atypiske skader A har pådratt seg. Selv om de forekommer sjelden i kombinasjon, dreier det seg om skader som må anses for påregnelige ved hjertebehandling.»

- (50) Problemstillingen er berørt også i urininkontinens I-dommen. Skadelidte ble i den saken først påført en skade på tynntarmen da hun ble operert. Deretter fikk hun en nerveskade da

tarmen skulle legges inn igjen ved en ny operasjon. Om risikoen for skadene uttaler førstvoterende i avsnitt 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.»

- (51) I begge sakene vurderte Høyesterett risikoen for den aktuelle skadetypen, i vår sak nerveskade. 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.
- (52) Anvendt på vår sak betyr det at vurderingen av om skaden var «særlig uventet» må knyttes til risikoen for nerveskade med alvorlige konsekvenser som følge av operasjonen. I lys av inngrepets relativt korte varighet var også denne risikoen lav – på «promillenivå». Praksis tilsier imidlertid at listen for å anse en skade som «særlig uventet», ligger høyt.
- (53) Jeg anser dette som et grensetilfelle. I og med at det ikke er et selvstendig vilkår – men et moment i en helhetsvurdering – om skaden var «særlig uventet», er det for meg ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette isolert sett. Det er tilstrekkelig å konstatere at det iallfall ikke mangler mye på at skaden må anses å oppfylle dette kriteriet.

Betydningen av at det ikke var informert om skaderisikoen

- (54) Det fremgår direkte av pasientskadeloven § 2 tredje ledd at det «skal legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd».
- (55) Det er i saken her enighet om at det ikke innebar noe brudd på informasjonsplikten når A ikke ble informert om risikoen for nerveskade. A har imidlertid gjort gjeldende at det likevel skal legges vekt på at hun ikke fikk slik informasjon på forhånd.
- (56) Jeg er ikke enig i dette. Er informasjonsplikten overholdt, kan man ikke samtidig legge til grunn at pasienten ikke har fått «tilstrekkelig informasjon». Dette momentet vil følgelig bare kunne trekkes inn i vurderingen av ansvar etter § 2 tredje ledd dersom det er gitt tilstrekkelig informasjon, og da som et argument *mot* ansvar. Dette må sees i sammenheng med at dersom det *ikke* er gitt tilstrekkelig informasjon, så vil det innebære en svikt i helsehjelpen som kan gi grunnlag for erstatning etter bestemmelsens første ledd bokstav a jf. annet ledd.
- (57) Min konklusjon er etter dette at det ikke kan legges vekt på at A ikke på forhånd var informert om risikoen for nerveskade med varige plager.

Helhetsvurderingen

- (58) Ved vurderingen tar jeg utgangspunkt i at As skade har medført en medisinsk invaliditet på opp mot 30 prosent. Dette er lavere enn utgangspunktet på minst 35 prosent (gruppe 3 eller høyere), noe som taler imot at tålegrensen er nådd.
- (59) Selv om det ikke er fastsatt noen medisinsk invaliditet knyttet til As urininkontinens før inngrepet, må de plagene som tingretten har beskrevet, uansett tas i betraktning. Inngrepet var riktignok ikke viktig medisinsk sett, men det var vesentlig for hennes livskvalitet.
- (60) I motsatt retning trekker at A er midt i livet og derfor vil måtte leve med sine smertepågaver i mange år. Videre er hun blitt 60 prosent ufør og kan ikke lenger arbeide i full stilling.
- (61) Det taler i helhetsvurderingen også for ansvar at det iallfall ikke mangler mye på at skaden må anses som uventet. Slik denne saken ligger an, legger jeg imidlertid større vekt på at skaden ikke er blant de største enn på at risikoen for skaden var lav.
- (62) Ved den samlede vurdering er jeg etter dette kommet til at det ikke foreligger et slikt markert misforhold mellom skaden og lidelsen som foranlediget behandlingen, at grensen for hva pasienten må akseptere, er overskredet.

Konklusjon og sakskostnader

- (63) Jeg er kommet til at det ikke er grunnlag for krav om erstatning etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd, og anken må derfor forkastes.
- (64) Staten har ikke nedlagt påstand om sakskostnader.
- (65) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (66) Dommer **Bergsjø:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (67) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (68) Dommer **Steinsvik:** Likeså.
- (69) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (70) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.