

Helse- og omsorgsdepartementet  
Postboks 8011 DEP  
0030  
Oslo

Deres ref.: 19/2289

Vår ref: HSAK201900443

Dato: 28-08-2019

## **Legeforeningens høringsvar – forslag til endring i pasientskadeloven og ny forskrift om menerstatning ved pasientskadesaker**

### **1. Innledning og oversikt**

Den norske legeforening viser til forslag til endring i pasientskadeloven og ny forskrift om menerstatning ved pasientskadesaker. Forslaget ble sendt på høring den 20. mai 2019 og er utarbeidet av Norsk pasientskadeerstatning (NPE).

Legeforeningen stiller seg overordnet sett positiv til forslaget som er sendt på høring. Vi peker i denne sammenhengen særlig på at retningslinjene som vil følge av forslaget tilrettelegger for likebehandling og forutberegnelighet av skadelidte.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved forvaltningens praksis frem til nå, hvor NPE har operert med en utfyllende intern retningslinje (tabell) som kan ha avgjørende betydning ved utmåling av erstatning. Juridisk kan det også stilles spørsmål ved om tabellen i realiteten kan ha hatt funksjon som en forskrift, jf. forvaltningsloven § 2.

Vi har enkelte innsigelser til høringsgrunnlaget, som vi utdyper nedenfor. Vi mener videre at invaliditetstabellen bør utvides, og da særlig på det ortopediske området. Vi er kritiske til den sparsomme omtalen av den foreslåtte lovendringen, samt til den tekniske utformingen av lovforslaget. Vi vil redegjøre nærmere for dette i det følgende.

### **2. Forslaget om å endre beregningsreglene**

#### ***2.1 Om lovendringsforslaget***

Departementet foreslår en endring i pasientskadeloven, som gir departementet hjemmel til å fastsette forskriften. Nytt første ledd tredje punktum foreslås inntatt i pasientskadeloven § 4, slik at bestemmelsens første ledd lyder slik (med tilføyelsen markert i kursiv):

#### ***"§ 4 Andre erstatningsregler***

For tapsutmåling, skadelidtes medvirkning mv. gjelder lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning og alminnelige erstatningsrettslige regler. Erstatning (oppreisning) for skade av ikke-økonomisk art etter skadeserstatningsloven § 3-5 og tap under 10.000 kroner erstattes likevel ikke



**DEN NORSKE  
LEGEFORENING**

etter loven her. *Departementet kan gi forskrifter om beregning av menerstatning i pasientskadesaker som utfyller eller avviker fra reglene i skadeserstatningsloven § 3-2.*

Skader som faller inn under dekningsområdet til lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring § 10 kan ikke kreves erstattet etter loven her.

Loven er ikke til hinder for at erstatningskrav gjøres gjeldende overfor andre enn Norsk Pasientskadeerstatning. Krav som kan fremmes etter loven her, kan likevel ikke fremmes mot staten, regionale helseforetak, helseforetak, fylkeskommuner og kommuner. Regress kan bare kreves mot den som selv har voldt skaden forsettlig eller som har unnlatt å betale tilskudd etter § 8."

En adgang til å gi bestemmelser i forskrift som både kan utfylle eller avvike fra reglene i skadeserstatningsloven § 3-2 gir departementet en for vid adgang til å fastsette hvordan menerstatning skal beregnes. Dels er denne formuleringen også selvmotsigende. Som departementet selv skriver i merknaden til § 4, gir lovteksten i skadeserstatningsloven § 3-2 ingen anvisning på hvordan størrelsen på medisinsk invaliditet skal fastsettes og menerstatningen utmåles (høringsnotatet s. 7). Prinsippene for hvordan medisinsk invaliditet skal fastsettes og erstatningen beregnes, er utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori. Det vises blant annet til Høyesteretts dom i Rt. 2015 s. 820 og Borgarting lagmannsretts dom av 16. januar 2018 (LB-2016-179244). Deler av domstolenes tolkning er departementet, så vidt vi forstår, uenige i.

Det fremstår lite presist å gi en hjemmel hvor ordlyden sier at det kan gis forskrift om beregningsmåten som avviker fra skadeserstatningsloven § 3-2. Dersom formålet er å frikoble utmålingen av menerstatning fra skadeserstatningsloven § 3-2 og rettspraksis vedrørende tolkningen av denne, kan det være grunn til å presisere at skadeserstatningsloven § 3-2 ikke gjelder for beregningen av menerstatning. Beregningsmåten ved denne typen skader, er imidlertid så viktig at loven bør angi hvilke prinsipper som skal ligge til grunn for beregningen og utmålingen i de ulike tilfellene.

Vi peker for øvrig på at departementet kun omtaler forslaget til lovendring kort i høringsbrevet. Vi mener at det hadde vært grunn til å omtale forslaget til lovendring i høringsnotatet, og for øvrig drøfte behovet for lovendring nærmere. Dette i stedet for å drøfte behovet for lovendring i merknadene til de enkelte forslag til forskriftsbestemmelsene.

## ***2.2 Forslaget om å endre utmålingsreglene ved flerskader (forskriftsutkastet §§ 4 og 7)***

Departementet ber spesielt om merknader til bestemmelsen i forskriftsutkastet § 4 om beregningsmåten ved flerskader. Forslaget til forskriftens § 4 første og annet ledd lyder slik:

### ***“§ 4. Fastsetting av medisinsk invaliditet***

Graden av medisinsk invaliditet fastsettes på grunnlag av invaliditetstabellen i del II og III i denne forskriften. For skader som ikke er med i tabellen, fastsettes invaliditetsgraden på grunnlag av en skjønsmessig sammenligning med andre punkter i tabellen. Det skal vurderes hvilke symptomer og funksjonstap det er mest naturlig å sammenligne skaden med. Det skal angis hvilket, eller hvilke, punkter i invaliditetstabellen det sammenlignes med.

Den medisinske invaliditeten som pasientskaden gir, skal fastsettes uavhengig av andre skader eller sykdommer (separasjonsprinsippet). Invaliditetsgraden skal fastsettes uten hensyn til erstatningssøkerens fritidsinteresser eller evne til inntektsgivende arbeid.”

Departementet foreslår at den medisinske invaliditeten som pasientskaden gir, skal fastsettes uavhengig av andre skader eller sykdommer (separasjonsprinsippet). Forslaget avviker fra gjeldende rett, hvor menerstatningen settes til differansen mellom erstatning for samlet invaliditet etter

pasientskaden og erstatning for den invaliditet som pasienten hadde fra før skaden inntrådte (differanseprinsippet).

Det er positivt dersom sakkyndige ikke må foreta en omfattende vurdering av tidligere tilstander og sykdommer ved sin vurdering. Dette vil være ressursbesparende og effektiviserende både for leger og NPE. Pasienter vil kunne oppleve personvernkrænkelser ved at det innhentes opplysninger om hele sykdomshistorien deres, som har vært nødvendig etter de nåværende utmålingsreglene. Bruk av separasjonsprinsippet vil føre til at færre sensitive helseopplysninger må behandles, og vil således være positivt av hensyn til personvernet. Individuelle forhold kan imidlertid gjøre en pasientskade vesentlig mer belastende for en enkelt skadelidt enn for andre med samme skade. Forskriftsutkastet § 7 regulerer disse tilfellene, og lyder slik:

**"§ 7. Utmåling av menerstatning i særlige tilfeller**

Dersom individuelle forhold gjør at en pasientskade er vesentlig mer belastende for erstatningssøkeren enn for andre med samme skade, skal det i særlige tilfeller gis erstatning ut fra én gruppe høyere enn den medisinske invaliditeten tilsier etter tabellen i § 6. Et slikt tilfelle kan være der erstatningssøkeren på forhånd har en tilstand eller skade som i særlig stor grad forsterker virkningene av pasientskaden.

Dersom skaden er særlig stor, kan også en noe kortere skadeperiode enn ti år unntaksvis gi grunnlag for en tidsbegrenset menerstatning."

Den som har en skade eller plage fra før, vil ikke ha rett til høyere erstatning enn andre med samme pasientskade. Vurderingstemaet er om kombinasjonen av tidligere skader/helsetilstand og den nye pasientskaden, fører til at pasientskaden rammer en skadelidt vesentlig hardere enn den ellers ville ha gjort, jf. høringsnotatet s. 15. Legeforeningen støtter utkastet til forskriftens § 7.

I tilfeller hvor pasienten har en inngangsinvaliditet og pasientskaden fører til en forverring av denne, vil verken forskriftsutkastet §§ 4 eller 7 sikre tilstrekkelig kompensasjon. I disse tilfellene foreslås det en beregningsmetode etter differanseprinsippet i forskriftsutkastet § 5. Legeforeningen støtter dette.

Legeforeningens støtter forslaget om å innføre separasjonsprinsippet, forutsatt at unntaksbestemmelsene som fremgår av §§ 5 og 7 skal anvendes og etterleves i tilfellene hvor det er behov for det. Vi legger til grunn at bestemmelsene ikke skal forstås som snevre unntaksregler og praktiseres strengere enn ordlyden gir grunnlag for, men benyttes aktivt i tilfellene bestemmelsen gir anvisning på.

### ***2.3 Formalia knyttet til utformingen av forskriftsforslaget***

Vi viser videre til at forskriftsutkastet ikke inneholder noen henvisning til lovhjemmelen for forskriften, dvs. pasientskadeloven § 4. En forskrift skal inneholde "en uttrykkelig henvisning til den eller de bestemmelser som gir forvaltningsorganet hjemmel til å utferdige forskriften", jf. forvaltningsloven § 38 første ledd bokstav a. Hjemmelen skal angis slik at det er mulig å kontrollere at den er holdbar, jf. se Justis- og politidepartementets veileder *Lovteknikk og lovforberedelse (2000)* pkt. 14.6.2. Det skal også fremgå hvilket forvaltningsorgan som har gitt forskriften, jf. § 38 første ledd bokstav b. Vi kan ikke se at noe av dette foreligger, og ber om at dette inntas i den publiserte versjonen.



### **3. Invaliditetstabellen (forskriftsutkastet del II og III)**

Legeforeningen stiller seg positiv til en nedfelling av invaliditetstabellen i forskrifts form. Vi mener imidlertid at tabellen bør utfylles på viktige områder, i større grad enn det som er gjort i forskriftsutkastet.

Ortopedi og kreft er områdene hvor det oftest søkes om pasientskadeerstatning. De ortopediske skadene er imidlertid ikke oppdatert i forbindelse med forskriftsfestingen. Dette på tross av at departementet skriver at det har vært naturlig å ta utgangspunkt i de områdene hvor det oftest søkes om pasientskadeerstatning, og som er mangelfullt beskrevet i forskriften. I høringsnotatet pekes det på at ettersom ortopediske skader ikke er særegent for pasientskadeområdet, men også er sentralt for yrkesskader og trafikkskader mv., er det ikke naturlig at området i denne omgang reguleres for pasientskadeområdet alene (høringsnotatet s. 4–5).

Legeforeningen mener at det klart er behov for mer utfyllende underpunkter i tabellen, og at forklaringen som gis for ikke å oppdatere tabellen er lite holdbar. Selve formålet med å gi en egen forskrift på pasientskadeområdet må være å gi selvstendige rettslige bestemmelser og retningslinjer innenfor pasientskadeområdet, uavhengig av normeringen på de tilgrensende rettsområdene. Flere vanlige ortopediske skadefølger er ikke inntatt i tabellen, herunder eksempelvis skader på skulderledd hvor skadefølge etter kirurgi med smerter, stivhet, manglende tilheling av brudd, utvikling av artrose i skulderleddet mv. ikke er uvanlig.

Det vises i denne sammenhengen til forskriftsutkastet § 4 første ledd annet punktum, som sier at ved skader som ikke er inntatt i tabellen, skal invaliditetsgraden fastsettes på grunnlag av en skjønsmessig sammenligning med andre punkter i tabellen. Legeforeningen vil peke på at jo mindre utfyllende invaliditetstabellen utformes, jo mer variasjon vil man få i vurderingene som gjøres. Ved å legge opp til skjønsmessige vurderinger i disse tilfellene, vil resultatet bli mindre forutberegnelighet for pasientene. Dette er ikke en heldig rettstilstand.

På denne bakgrunn ber vi departementet om å utvide tabellen for vanlige ortopediske skader, samt andre vanlige skader som ikke er inkludert i utkastet.

Vi viser videre til omtalen av nye, prioriterte områder, jf. høringsnotatet s. 4-5. Når det gjelder det gjelder utformingen av en tabell om psykiske skader, peker vi på at psykisk betinget funksjonsnedsettelse sannsynligvis i større grad må vurderes på individnivå. Mennesker kan oppleve samme psykiske traume og ha svært ulik grad av reaksjon og senvirkninger.

Ved utformingen av tabellene om nye skadeområder, ber vi om at de medisinske fagmiljøene inviteres til å delta i utformingen av forskriftsreguleringen. I den forbindelse ber vi om at Legeforeningen kontaktes.

Med hilsen  
Den norske legeforening

Geir Riise  
Generalsekretær

Lars Duvaland  
Avdelingsdirektør



**DEN NORSKE  
LEGEFORENING**

Dokumentet er godkjent elektronisk

**Saksbehandler:**

Anders Sondrup, rådgiver/advokatfullmektig