



## GULATING LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 05.10.2018

**Saksnr.:** 18-017381ASD-GULA/AVD2

**Dommere:**

Lagdommer

Lagdommer

Ekstraordinær lagdommer

Margareth Christophersen

Daniel Lunde

Daniel Lunde

---

Ankende part

Staten v/pasientskadenemnda

Advokat Ketil Sørvig

Ankemothpart

Rolf Iversen

Advokat

Christian Thrane Asserson

Saken gjelder overprøving av Pasientskadenemndas vedtak etter krav på erstatning for forsinket diagnostisering og behandling av sykdom, kreft i lever fra tidligere kreft i magesekken, og utgifter til behandling i utlandet.

Når det gjelder sakens bakgrunn, vises til tingrettens saksfremstilling som anses dekkende også for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 19-6 femte ledd. I det følgende gjengis hovedtrekkene i det faktiske hendelsesforløpet:

Rolf Iversen (heretter Iversen) er 59 år gammel. Han har en lang og kompleks sykehistorie. Han er bl.a. nyretransplantert tre ganger, sist i 2009. Samme år fikk han påvist kreft i magesekken, og magesekken ble operert bort. Ved CT-undersøkelse av Iversen i oktober 2011 ble det påvist en uregelmessighet i vevet i leveren. Det ble ikke på dette tidspunkt foretatt ytterligere utredning av funnet. Det er enighet om at unnlåtelsen representerer en svikt i helsehjelpen, og at svikten lå på radiologisk hold. Ny undersøkelse i september 2012 viste at størrelsen på svulsten i leveren var fordoblet. Det er enighet om at funnet i oktober 2011 var en metastase (spredningssvulst) fra tidligere kreft i magesekken.

Det ble konkludert med at Iversen hadde en ikke operabel kreftsykdom. Han ble derfor henvist til oppstart av palliativ behandling med cellegift hvor målet var å oppnå sykdomskontroll, men uten forventet mulighet for helbredelse. Fra oktober 2012 gjennomførte Iversen to kurer med systemisk kjemoterapi ved sykehuset i Stavanger. Ved denne metoden blir cellegiften ført med blodet til hjertet og deretter ut i hele kroppen. Behandlingen ble gitt i redusert dose, det vil si 80% av to av komponentene i kuren på grunn av mulige komplikasjoner som følge av at Iversen var, og er, under vedvarende behandling etter nyretransplantasjoner.

Det var planlagt ytterligere behandling med systemisk cellegift i Norge. Iversen valgte imidlertid å avslutte dette behandlingstilbudet. Han undersøkte andre alternative behandlinger, og kom over selskapet «Helseservice» på internett. Via dette firmaet ble Iversens journal mv fra Norge sendt til en klinikk i Tyskland, som anbefalte regional cellegiftbehandling. Iversen reiste deretter til Tyskland og fikk behandling med regional cellegift, det vil si målrettet cellegift mot svulsten i leveren. Cellegiften ble gitt via kateter i lysken. Iversen responderte på behandlingen.

Iversen mottok tilsammen fem behandlingsomganger med regional cellegift i Tyskland. Han var ferdigbehandlet høsten 2013. Undersøkelser underveis i behandlingen, viste at svulsten stadig krympet. Etter den siste behandlingen med regional cellegift viste CT-undersøkelsen at svulsten i leveren var krympet fra ca 10 cm til ca 5 cm i diameter. Det tilføyes at det fra medisinsk hold er enighet om at det er svært uvanlig at en metastase i leveren på størrelse ca 10 cm i diameter, halveres som følge av cellegiftbehandling.

Iversen fikk deretter strålebehandling med CyberKnive i Tyskland, som fjernet svulsten. Iversen har i tiden deretter vært kreftfri. Iversen er i dag tilbake i 100% stilling som behandler ved LAR (legemiddelassistert rehabilitering), og han er nylig blitt far

Iversen fremsatte krav om erstatning til Norsk Pasientskadeerstatning som følge av den forsinkede diagnostisering. Ved vedtak av 9. april 2014 konkluderte Pasientskadenemnda med at det forelå en pasientskade som ga rett til erstatning i medhold av pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a. Nemnda la til grunn at det «foreligger omtrent 11 måneders forsinket diagnostisering og behandling av pasientens kreftsykdom». Det er således enighet om at det foreligger erstatningsansvar. Iversen fremsatte bl.a. krav om tap av forsørger og erstatning for dekning av utgifter han hadde hatt til behandling i utlandet.

Pasientskadenemnda avslo dekning av behandlingsutgiftene, jf. delegasjonsvedtak av 7. september 2015. Tidligere vedtak fra Norsk pasientskadeerstatning, om å tilkjenne Iversen 15 000 kroner som erstatning for påførte og fremtidige utgifter, ble opprettholdt

Iversen tok ut stevning mot Staten v/Pasientskadenemnda den 7. mars 2016 med krav om tilkjennelse av erstatning etter rettens skjønn. Staten v/Pasientskadenemnda innga tilsvaret og påstod frifinnelse.

Stavanger tingrett avsa 24. november 2017 dom med slik domsslutning:

1. Staten v/Pasientskadenemnda plikter innen 14 – fjorten – dager å betale erstatning til Rolf Iversen med et beløp på 650 000 – sekshundreogfemtittusen – kroner, med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer.
2. Staten v/Pasientskadenemnda plikter innen 14 – fjorten – dager å betale saksomkostninger til Rolf Iversen med et beløp på 358 160 – trehundreogfemtiåttetusenetthundreogseksti – kroner.

Staten, v/Pasientskadenemnda, har i rett tid anket dommen til lagmannsretten. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Rolf Iversen har tatt til motmæle og påstått anken forkastet.

Ankeforhandling ble holdt i Stavanger tinghus i perioden 3. - 5. september 2018. For Staten, v/Pasientskadenemnda, møtte advokat Ketil Sørvig som prosessfullmektig. Rolf Iversen møtte med sin prosessfullmektig, advokat Christian Thrane Asserson, og ga forklaring. Professor Trond Arnulf Buanes, privat antatt sakkyndig for ankende part, var tilstede under ankeforhandlingen i medhold av tvisteloven § 25-6 annet ledd frem til prosedyrene. Lagmannsretten hørte forklaring fra fem vitner, herunder fire sakkyndige vitner. Når det gjelder forhandlingens forløp ellers, vises til rettsboken.

## **Ankende parts påstandsgrunnlag**

Saken gjelder spørsmål om utgifter til regional kjemoterapibehandling som Iversen fikk i Tyskland i perioden 2012 – 2013 skal erstattes. Ansvar for pasientskade er erkjent hva gjelder forsinket diagnostisering av metastase i lever fra tidligere kreft i magesekken. Forsinkelsen gjelder for perioden oktober 2011 til september 2012.

Det anføres at tingretten har tatt feil utgangspunkt i vurderingen av om behandlingen i Tyskland har «medisinsk relevans». Behandlingen er etter ankende parts syn eksperimentell. Vurderingen må gjøres ut fra medisinsk viten om alternativ behandling, sett opp imot det som er aktuelt i denne saken; regional kjemoterapi ved levermetastase fra magesekk, ikke regional kjemoterapi som behandlingsmetode i seg selv. Det er fra ankende parts side anført at han begynte med regional kjemoterapi for å kunne gjennomføre CyberKnife-behandlingen. Dette er imidlertid ikke et tema for lagmannsretten. Problemstillingen er om regional kjemoterapi, som er en eksperimentell behandling, skal dekkes av skadevolder. CyberKnife-behandling har for øvrig ingen bedre ratio enn andre behandlingsformer.

Saken er prinsipiell da tilsvarende spørsmål som denne saken reiser ikke har vært behandlet av domstolene tidligere. De føringer som ligger i rettskildene viser at vurderingen må gjøres i forhold til den behandling ankemotparten mottok i seg selv. I motsatt fall åpnes det opp for at skadelidte på generelt grunnlag har en «utprøvningsrett» som skal dekkes av skadevolder. Dersom tingrettens konklusjon blir stående, vil dette medføre tilfeldige resultater med hensyn til hvem som får erstatning og hvem som ikke får erstatning. Det vil i så fall være i strid med likhetsprinsippet i erstatningsretten.

Når det gjelder de rettslige utgangspunkter, vises til pasientskadeloven § 4 og skadeserstatningsloven § 3-1 første ledd. Det vises videre til Rt-1993-1547 som blant annet gjaldt krav om erstatning for fremtidsutgifter til en mann som var blitt 100% ufør og pleietrengende etter en bilulykke. Høyesterett la til grunn at «det erstatningen skal dekke, vil etter dette være et supplement til det offentlige tilbud for i rimelig utstrekning avbøte følgene av skaden ytterligere». Det vises videre til pasient -og brukerrettighetsloven § 2-1 b) om rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, og prioriteringsforskriften § 3. Det må legges til grunn at ankemotparten ikke ville fått dekket utgiftene til regional kjemoterapi i Tyskland. Når det gjelder det velferdsrettslige nivået, vises til LB-2014-31679 om stamcellebehandling i Sverige for MS.

Spørsmålet er om det ved eksperimentell behandling, som regional kjemoterapi ved metastaser i lever fra magekreft anføres å være, skal legges til grunn en annen terskel for hva som anses som eksperimentell behandling etter erstatningsretten enn etter velferdsretten. Det erstatningsrettslige nivået er hva som anse som nødvendig og rimelig, jf

skadeserstatningsloven § 3-1 første ledd. Det anføres at hovedregelen er at kostnadene til behandlingen i Tyskland ikke dekkes. Det vises til Rt- 1999 - 1967, som bygger på Rt - 1993-1547, om at det kun i helt spesielle tilfeller er aktuelt å tilkjenne erstatning for utgifter til behandling i utlandet. Det foreligger høyesterettspraksis som oppstiller en snever unntaksregel for at medisinske kostnader kan dekkes. Det vises til Rt - 2000-441, der Høyesterett åpner for en utprøvningsrett. Faktum i den saken er imidlertid ikke sammenlignbar med de faktiske forhold i vår sak. Det vises videre til Rt - 2003-1358, som blant annet oppstiller en grense mot det som ikke kan anses som medisinsk relevant.

Oppsummeringsvis anføres at hovedregelen etter norsk rett er at det norske helsevesenets tilbud er dekkende, altså at det er samsvar mellom det velferdsrettslige og det erstatningsrettslige nivå med hensyn til dekning av utgifter til behandling i utlandet. Unntaket om utprøvningsretten må gjelde behandling som er medisinsk relevant, det vil si behandlinger som er medisinsk begrunnet. Unntaket kan ikke komme til anvendelse når den norske helsehjelpen, som i dette tilfellet, var adekvat og forsvarlig. Det foreligger et erstatningsvern for utgifter hvor det ikke foreligger tilgjengelig tilbud, samt hvor behandlingen kan bedre et funksjonsnivå. Det foreligger ingen føringer om at den linje Høyesterett har lagt skal justeres.

Overført på vår sak betyr dette at det ikke foreligger forskningsbasert dokumentasjon for at regional kjemoterapi i lever etter magekreft har medisinsk relevans. Den behandling ankemotparten fikk i Tyskland var eksperimentell. Det motsatte utgangspunkt leder til en klar utvidelse og tilsidesettelse av noe som er et snevert unntak. Det vil gi en helt uholdbar rettstilstand dersom effekten av behandlingen skal være avgjørende. Det foreligger ingen medisinsk evidens for at CyberKnife- behandling på et krefttilfelle som i vår sak har en bedre overlevelse enn de metoder som anvendes innen det norske helsevesenet. Likhetsprinsippet i erstatningsretten tilsier at man ved eksperimentelle metoder må foreta vurderingen av om erstatningsrettslig vern foreligger i forkant.

Ankende part har lagt ned slik påstand:

1. Staten v/ Pasientskadenemnda frifinnes.
2. Staten v/ Pasientskadenemnda tilkjennes saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett.

### **Ankemotpartens påstandsgrunnlag**

Det er enighet om at det foreligger ansvarsgrunnlag ved at Iversen er påført en skade som følge av «svikt ved ytelsen av helsehjelp», jf pasientskadeloven § 2 bokstav a). Svikten består i en forsinket diagnostisering og behandling av kreft. Det er enighet om at ankemotparten har krav på erstatning for de økonomiske konsekvensene av forsinkelsen.

Ankemotparten krever erstatning for kostnadene til regional cellegiftbehandling i Tyskland. Denne behandlingen ble gitt for å krympe svulsten slik at det ble mulig å fjerne den med stråling (CyberKnife). Uten slik krymping ville svulsten vært for stor til å kunne bli fjernet med stråling. Etter den regional cellegiftbehandlingen var svulsten på samme størrelse som da sykdommen burde vært oppdaget. Cellegiftbehandlingen var nødvendig på grunn av forsinkelsen, og formålet med behandlingen var å redusere svulsten til den størrelse den hadde før forsinkelsen. Etter cellegiftbehandlingen gjennomførte Iversen strålebehandling i Tyskland som fjernet svulsten. Denne behandlingen ville vært nødvendig også uten forsinkelsen. Kostnadene til strålebehandling kreves derfor ikke erstattet, fordi de ikke står i årsakssammenheng med feilbehandlingen. Det anføres at cellegiftbehandlingen i Tyskland er hovedårsak til at svulstens størrelse ble halvert, noe som gjorde det mulig å fjerne svulsten med stråling.

Iversen er i dag å anse som frisk og kreftfri. Da han ble diagnostisert med kreft i leveren, fikk han kun tilbud om palliativ behandling i Norge. Han fikk beskjed om at han ikke kunne kureres, og han ville med stor grad av sikkerhet dødd dersom han hadde forholdt seg til behandlingsopplegget i Norge. Selv om svulsten hadde krympet som følge av cellegiftbehandling i Norge, ville ankemotparten fortsatt kun bli tilbudt palliativ behandling.

Iversen sitt erstatningskrav er begrunnet i at det uten forsinkelsen ikke ville vært nødvendig å krympe svulsten med regional cellegift før denne ble fjernet med stråling. Det anføres at disse merkostnadene er forårsaket av behandlingsskaden. Det anføres at effekten av behandlingen er relevant ved vurdering av om denne er «medisinsk relevant».

Det bestrides at regional cellegiftbehandling er å anse som eksperimentell behandling. Det er enighet mellom medisineren som har uttalt seg i saken, at regional cellegiftbehandling har den effekt at kreftsvulster blir mindre. Denne behandlingen ble ikke gitt for å gjøre Iversen frisk, men kun for at han kunne nyttiggjøre seg den helbredende behandlingen med CyberKnife. Det følger av Rt-1993-1547 og Rt-1999-1667 at det som kan kreves erstattet er «nødvendige og rimelige utgifter», og at det offentlige tilbud etter helse -og sosiallovgivningen danner utgangspunktet her. Erstatningen skal være et supplement til det offentlige tilbud for i rimelig utstrekning å avbøte følgen av skaden ytterligere. I Rt-1999-1967 slo Høyesterett fast at det er aktuelt å tilkjenne erstatning for utgifter til behandling i utlandet i «helt spesielle tilfeller». Det bestrides at vilkårene for utgiftsdekning etter skadeserstatningsloven i praksis er identisk med dekning etter velferdsretten.

Den medisinske dokumentasjonen i saken, og de medisinsk sakkyndige erklæringene, viser at behandlingsutgiftene i Tyskland har vært nødvendige for å redde ankemotpartens liv. Ingen annen behandling kunne ha gitt ham et slikt resultat. Effekten av behandlingen har stor betydning ved vurderingen av om behandlingen er medisinsk relevant. Oppsummeringsvis anføres at behandlingen med regional cellegift er hovedårsak til at

svulsten krympet, og dermed gjorde det mulig å gjennomføre strålebehandling med CyberKnife. Det anføres videre at behandlingen hadde effekt, og er dermed å anse som medisinsk relevant.

Ankemotparten har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Rolf Iversen tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

**Lagmannsretten bemerker:**

Domstolene har full prøvelsesrett i saker om erstatning ved pasientskade når det, som i denne saken, foreligger endelig vedtak i Pasientskadenemnda, jf. pasientskadeloven § 18 om domstolsprøving. Partene er for øvrig enig om dette.

Lagmannsretten er kommet til et annet resultat enn tingretten, og det vises til følgende:

Staten, v/Pasientskadenemnda, har erkjent at det foreligger ansvarsgrunnlag ved at Iversen ble utsatt for forsinket diagnostisering og behandling av kreft i leveren fra tidligere kreft i magesekken. Det er utmålt erstatning med kr 15 000 for påførte og fremtidige utgifter. Tvisten for lagmannsretten gjelder kun krav om dekning av utgifter til regional cellegiftbehandling i Tyskland. Kravets størrelse er ikke omtvistet. Utgiftene til strålebehandling med CyberKnife er ikke del av ankesaken. Ankemotparten legger til grunn at dette er utgifter som ville påløpt uavhengig av den ansvarsbetingende handling.

Det er enighet om at Iversen, da kreftsykdommen ble oppdaget i september 2012, fikk tilbud om livsforlengende/palliativ behandling med systemisk cellegift, med beskjed om at det ikke var et kurerende behandlingstilbud til ham i Norge. Det er også enighet om at han ville fått samme beskjed i oktober 2011. Iversen aksepterer at det tilbudet han fikk i 2012, og ville fått i 2011, er i samsvar med Helsedirektoratets faglige retningslinjer på de aktuelle tidspunkter. For lagmannsretten er det således ikke noe tema hvorvidt dette var å anse som forsvarlig helsehjelp.

Innledningsvis bemerkes også at det er enighet om at verken systemisk eller regional cellegiftbehandling har helbredende effekt på den kreftform som Iversen hadde. Cellegiftbehandling i slike tilfeller er å anse som palliativ behandling. Hovedintensjonen ved begge typer cellegiftbehandling er å gi livsforlengende behandling og bremse sykdomsutviklingen. Dette utgangspunktet endres ikke ved at Iversen anfører at den regionale cellegiftbehandlingen må ses i sammenheng med en etterfølgende strålebehandling med CyberKnife, som i hans tilfelle viste seg å være en helbredende behandling. Vurderingstemaet for lagmannsretten er således kun om utgiftene til medisinsk behandling i form av regional cellegiftbehandling i Tyskland er erstatningsberettigede.

I tilknytning til det foranstående bemerkes at lagmannsretten legger til grunn at det er faktisk årsakssammenheng mellom den ansvarsbetingende handling, forsinket diagnostisering, og utgiftene til cellegiftbehandlingen i Tyskland. Det er ikke tvil om at denne behandlingen hadde effekt, det vil si at behandlingen førte til at kreftsvulsten ble mindre. Dette er for øvrig ikke er bestridt i saken. Når det gjelder mulig effekt av behandlingen i Norge, har dr Aigner forklart at målinger av svulsten i Tyskland, sammenhold med undersøkelser fra Norge, tydet på at svulsten var blitt noe mindre etter behandlingen i Norge. Det er likevel en viss usikkerhet knyttet til dette, siden sammenligningen av størrelsen på svulsten var basert på ulike undersøkelsesmetoder. Lagmannsretten legger til grunn at Iversen hadde en viss effekt av behandlingen i Norge, men at det ikke er mulig å konkretisere dette nærmere.

Den regionale cellegiftbehandlingen innebærer høyere konsentrasjon av giften, ved at den gis direkte til svulsten. Det er, etter det lagmannsretten forstår, ikke holdepunkter for at regional cellegiftbehandling generelt sett har større effekt enn den systemiske cellegiftbehandlingen. Individuelle forhold hos Iversen innebar imidlertid at cellegiftbehandlingen i Norge måtte gis i redusert dose, jf. det foranstående. I følge dr. Geir Olav Hjortland, som er overlege ved kreftavdelingen ved Oslo Universitetssykehus, er likevel den reduserte dosen «en god dose», som benyttes ofte, og som uansett innebærer at man får prøvd ut effekten av behandlingen. Dr. Aigner vurderte det imidlertid slik at den reduserte dosen med systemisk cellegiftbehandling alene sannsynligvis ikke ville gitt samme effekt på svulstens størrelse som den regionale cellegiftbehandlingen. Lagmannsretten har ikke tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til denne problemstillingen, som uansett ikke får avgjørende betydning i saken.

For den videre vurdering legger lagmannsretten til grunn at behandlingen i Tyskland må anses som hovedårsak, eller i alle fall samvirkende årsak, til at svulsten ble redusert til samme størrelse som den hadde på tidspunktet for den ansvarsbetingende handling. Den utgift som kreves erstattet er således direkte relatert til en medisinsk behandling som har «reparert» skaden. Det er således ikke tvil om at cellegiftbehandlingen i Tyskland hadde effekt på Iversens sykdom, og at den dannet grunnlaget for den etterfølgende strålebehandlingen. Lagmannsretten legger til grunn at en slik konkret årsaksvurdering ikke er avgjørende for erstatningsspørsmålet i denne saken. Den sentrale problemstillingen er om behandlingen i seg selv kan sies er en anerkjent medisinsk metode, slik dette vilkåret er fortolket i rettspraksis. Dette leder over til sakens rettslige side, og det vises til følgende:

Det rettslige grunnlaget for kravet er pasientskadeloven § 4, som viser til skadeserstatningsloven og alminnelige erstatningsrettslige regler. Etter skadeserstatningsloven § 3-1 første ledd skal erstatning for skade på person blant annet dekke lidt skade, herunder utgifter. Et grunnvilkår er at utgiftene ikke må være upåregnelige eller unødvendige, jf Rt- 1975-670. I dommene inntatt i Rt- 1993-1547



(Skoland) og Rt-1996-958 (Stokstad) er det presisert at utgiftene må være nødvendige og rimelige. Lagmannsretten legger til grunn at det i dette ligger et krav om at utgiften må være en påregnelig følge av skaden og at skadelidte må innfri visse krav om å avgrense kostnadene.

Lagmannsretten tar videre utgangspunkt i at det offentlige behandlingstilbudet i Norge som hovedregel må anses å tilfredsstillende kravet til tilstrekkelig og forsvarlig nivå, jf. blant annet Rt-1999-1967. I høyesterettspraksis er det oppstilt visse unntak fra dette utgangspunktet. For det første gjelder dette situasjoner der det offentlige tilbudet er utilstrekkelig, jf. Rt-2003-1358 (psykolog). Saken gjaldt blant annet krav på utgifter til psykologisk bistand, som ikke var refusjonsberettiget, og utgifter til ulike alternative behandlingsmåter, som gestaltterapi, og som ikke var en del av det offentlige tilbudet. Utgiftene til psykologisk bistand ble ansett som erstatningsberettiget under henvisning til at det offentlige tilbudet ikke var tilgjengelig. Når det gjaldt utgifter til alternative behandlingsmåter uttales følgende i avsnitt 44:

Når det dernest gjelder de mer alternative behandlingsformer, må det – slik jeg ser det – trekkes en grense mot det som ikke kan anses medisinsk relevant. Men innenfor en slik ramme bør rettsvesenet være varsom med ytterligere å overprøve tilbud som den skadelidte benytter seg av for å bli frisk eller for å bedre sin helse, ganske særlig når behandlingen allerede er gjennomført. Jeg anser at slike utgifter – med et klart forbedringssiktemål – står i en annen stilling enn de mer langvarige fremtidige utgifter til pleie, omsorg og tilsyn, der det offentlige tilbudet i utgangspunktet må danne en grense for det som er erstatningsberettiget, jf. Rt-2002-1436 med videre henvisning.

Lagmannsretten forstår dette slik at tiltak med forbedringssiktemål, men som ikke er en del av det offentlige ytelsestilbudet, kan være erstatningsberettiget. Videre at utgifter med et klart forbedringssiktemål står i en annen stilling enn de mer langvarige fremtidige utgifter til pleie, omsorg og tilsyn der det offentlige tilbudet i utgangspunktet må danne en grense for det som er erstatningsberettiget.

Når det gjelder Høyesteretts henvisning til «medisinsk relevant» behandling, legger lagmannsretten til grunn at dette for det første omfatter behandling som har en anerkjent medisinsk effekt, herunder «skolemedisinske behandlinger». Dommen inntatt i Rt-1999-1967 (Rott) illustrerer yttergrensen av begrepet. Saken gjaldt krav om erstatning for utgifter til ulike typer terapi i utlandet, herunder akupunktur, for å stimulere hjernekjernen, keleringsbehandling mv. Basert på den rettsoppnevnte sakkyndige, la Høyesterett til grunn at behandlingen ikke hadde noen allment akseptert medisinsk effekt utover det som kunne oppnås ved behandling i Norge. Skadelidte fikk ikke erstattet noen av sine pådratte behandlingsutgifter. Lagmannsretten legger til grunn begrepet «medisinsk relevant» også kan dekke behandling som kan ha en akseptert effekt, men som ikke er allment medisinsk

anerkjent. I rettspraksis er det eksempelvis lagt til grunn at utgifter til fysioterapi - og kiropraktorbehandling erstattes i en viss periode, men at erstatningsvernet ble svakere i takt med at behandlingseffekten avtar. Det vises til Rt-2000-441 og Rt 2010 – 1547.

Dommen inntatt i Rt 2000-441 er i juridisk teori tatt til inntekt for at skadelidte har en viss «utprøvningsadgang». Det vises til Syse mfl, Pasientskaderett, side 450, sammenfatningen under punkt 11.4.7.3 «medisinsk relevant» behandling. effektiv vurdering. kasuistikk:

Sammenfatningsvis viser analysen at jo klarere dokumentasjon for forbedring og jo kortere periode det er tale om å dekke, dess lettere vil det tilkjennes erstatning for å prøve ut tiltaket. Skadelidte «utprøvningsrett» er blitt tydeliggjort gjennom utviklingen i rettspraksis. Utprøvningsadgangen er imidlertid en betinget rett, idet den 1) må være relatert til behandling som etter sin art er egnet til å kunne ha en behandlingseffekt – men som er uavklart for skadelidte, og 2) er sterkest i den første tiden etter ansvarshendelsen, hvilket kan betegnes som en «tidsavgrenset utprøvningsrett».

Endelig påvises at utprøvningsadgangen har en side mot tapsbegrensningsplikten, som vist overfor. Der er den fremført som et argument som tilsier begrensinger i retten til å prøve behandlinger på skadevolders bekostning. Tapsbegrensningsplikten kan imidlertid også trekke i motsatt retning: Hvis behandlingstiltaket ligger innen området av det som kan ha en effekt ved utprøving – og dermed kan bidra til å redusere totaltapet – kan tapsbegrensningsplikten gi en supplerende begrunnelse for at skadelidte bør ha en viss utprøvningsadgang. Hvis en omdiskutert behandling gir en positiv helseeffekt, kan den redusere den samlede erstatningen. En behandling som gir helsegevinst kan øke/vedlikeholde restarbeidsevnen og dermed dempe inntektstap og behov for dekning av andre merutgifter. En bedring av helsesituasjonen kan også innvirke på om skadelidte har «varig og betydelig skade av medisinsk art» (=inngangskriteriet for menerstatning) og størrelsen på den medisinske invaliditeten (=utmålingsfaktoren), jf. skal. § 3-2. Sml Psykolog (Rt 2003 s. 1358, hvor det ble vektlagt at behandlingen ville redusere de psykiske skadene, hvilket ble hensyntatt ved utmålingen.

Når det gjelder nærmere om den konkrete vurdering, vises til at Iversen, som følge av cellegiftbehandlingen, fikk fjernet kreftsvulsten ved strålebehandling. Han er som nevnt erklært kreftfri, noe som er usedvanlig sjeldent ved den type kreft som Iversen hadde. Det vises i den sammenheng til at levestatistikk fra Kreftregisteret viser at det kun er 3% av pasientene med samme diagnose som Iversen, som er i live etter 5 år, og 97% er da motsetningsvis avgått ved døden innen det samme 5 års-perspektivet. På tidspunktet for ankeforhandlingen var det 6 år siden Iversen fikk diagnosen, og tilnærmet 7 år siden han skulle ha fått den. Lagmannsretten forstår det slik at det er medisinsk sett uavklart hvorfor en meget liten gruppe av disse pasientene lever 5 år etter behandlingen, men det er uansett en kjensgjerning at Iversen tilhører denne gruppen. Det tilføyes at dr Buanes antydte at Iversens overlevelse kan ha sammenheng med at han fikk systemisk cellegift i Norge, altså

i hele kroppen, og derved forhindret oppvekst av kreft andre steder i kroppen. Dette er, slik lagmannsretten forstår, betraktninger som ikke er underbygget nærmere, og som uansett ikke har noen avgjørende betydning for saken.

Fra Statens side er det anført at utprøvningsretten må gjelde behandlinger som er medisinsk relevant, det vil si medisinsk begrunnet. Lagmannsretten er enig i dette. I dommen inntatt i Rt -2003-1358 (psykolog), som gjengitt ovenfor, er «medisinsk begrunnet» behandling angitt som behandling som er egnet til å få skadelidte i bedre helse. Lagmannsretten tar utgangspunkt i at det ikke er tvilsomt at cellegiftbehandling ved kreftsykdom er medisinsk begrunnet, og at dette gjelder både systemisk og regional cellegiftbehandling. Det legges videre til grunn at begge behandlingsformene benyttes i Norge. Regional cellegiftbehandling benyttes blant annet ved behandling av kreft som har oppstått i leveren, som er en kreftform som veldig sjeldent forekommer. Som påpekt ovenfor, er det enighet om at verken systemisk eller regional cellegiftbehandling har helbredende effekt på den kreftform som Iversen hadde, og at cellegiftbehandling i slike tilfeller er å anse som palliativ behandling. Som nevnt er hovedintensjonen ved begge typer cellegiftbehandling å gi livsforlengende behandling og bremse sykdomsutviklingen.

Det sentrale i denne saken er at regional cellegiftbehandling ikke en del de av norske retningslinjene ved behandling av kreft i leveren som følge av spredning av kreft fra magesekken. Samtlige av de norske medisinerne som har uttalt seg i saken er enige i dette, og legges til grunn av lagmannsretten. Det legges også til grunn at det er enighet om at regional cellegiftbehandling ikke er å anse som anerkjent standardbehandling ved kreft i leveren som følge av spredning av kreft fra magesekken ellers i Skandinavia eller i Europa. Begrunnelsen for dette er det ikke foreligge god nok dokumentasjon for at regional cellegiftbehandling i slike tilfeller har effekt, det vil si øker sjansene for overlevelse. Lagmannsretten legger til grunn at behandlingen med regional cellegift på den kreftsykdommen man her står overfor, ikke har noen allment medisinsk effekt utover det som kunne oppnås ved behandling i Norge. Lagmannsretten oppfatter det videre slik at regional cellegiftbehandling ved denne aktuelle krefttypen er standardbehandling noen steder i utlandet, men at det altså ikke er entydig internasjonal consensus om effekten av denne behandlingsformen. Lagmannsretten antar at det er riktig å betegne behandlingen som eksperimentell, i den forstand at det ikke er tale om en standardbehandling.

Nå det forholder seg slik at det ikke er medisinsk dokumentert at regional cellegiftbehandling har effekt ved denne aktuelle kreftformen, er det etter lagmannsrettens vurdering i utgangspunktet ikke rettslig grunnlag for å tilkjenne erstatning for behandlingsutgiftene. Lagmannsretten har vurdert om tilfellet kan falle inn under rammene for «utprøvelsesretten», slik denne er trukket opp i rettspraksis, jf. det foranstående, men er kommet til at det må besvares benektende. Riktignok har Iversen gjennomført en medisinsk behandling som har hatt effekt, og som har ført til at han nå er i 100% jobb. De utgifter som kreves erstattet er som nevnt direkte relatert til behandling som «reparerte»

skaden». Det vises videre til at individuelle forhold hos Iversen kan tilsi at han hadde større effekt av den regionale cellegiftbehandlingen, enn hva han ville hatt av den regionale cellegiftbehandlingen. Dette er imidlertid ikke nærmere belyst for lagmannsretten.

Lagmannsretten vurderer det slik at det må legges avgjørende vekt på at det er tale om en behandling som ikke er tilstrekkelig medisinsk begrunnet, og at den helsehjelp som Iversen ble tilbudt i Norge er adekvat og forsvarlig. Lagmannsretten kan således ikke se at foreliggende lov og rettspraksis gir grunnlag for å tilkjenne erstatning for behandlingsutgifter etter en vurdering av effekten av behandlingen i det enkelte konkrete tilfellet. Lagmannsretten er enig med ankende part at en slik tilnærming vil kunne føre til en uheldig og lite forutsigbar rettstilstand.

Anken har etter dette ført frem.

Lagmannsrettens resultat innebærer at Staten v/pasientskadenemnda, har fått medhold fullt ut. Det følger av tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. annet ledd at den som har vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige har krav på erstatning for sine sakskostnader. Den tapende part kan helt eller delvis fritas for erstatningsansvaret hvis «tungtveiende grunner gjør det rimelig», jf. tredje ledd. Det skal legges ærlig vekt på om «saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet partene imellom tilsier slikt fritak, jf. tredje ledd bokstav c).

Lagmannsretten finner at tungtveiende grunner tilsier at tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav c) får anvendelse. Saken har stor velferdsmessig betydning for Iversen. Han har selv betalt for kostbar behandling i Tyskland, og han nå 100% friskmeldt og i full jobb. Lagmannsretten ser det slik at Iversen hadde god grunn til å få saken prøvd av domstolene. Iversens motpart i saken, og som har anket tingrettens dom, er Staten. Styrkeforholdet mellom partene er betydelig. Hver av partene bærer sine egne sakskostnader for lagmannsretten.

Det følger av tvisteloven § 20-9 annet ledd at ankedomstolens legger sitt materielle resultat til grunn når den avgjør krav på sakskostnader for lavere instanser. Lagmannsretten er kommet til at hver av partene også bør bære egne sakskostnader for tingretten. Det vises til styrkeforholdet mellom partene og at Iversen hadde god grunn til å få prøvd saken for domstolen. Hver av partene bærer sine egne sakskostnader for tingretten.

Etter dette bærer hver av partene egen sakskostnader for begge instanser.

Dommen er enstemmig.

**DOMSSLUTNING:**

1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for lagmannsretten.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke for tingretten.

Margareth Christophersen

Jon Atle Njøs

Daniel Lunde

Dokument i samsvar med undertegnet original.

Wenche Lund