

Advokat Sven Knagenhjelm svarer på artikkelen i Nft 2-2011

HØYESTERETTS DOM AV 16.12.2010 (ASK-DOMMEN)

AV SVEN KNAGENHJELM, OSLO

1. Innledning

I NFT nr 2/2011 har advokat Terje Marthinsen en artikkel om Høyesteretts dom av 16.12.2010 – Ask-dommen - som på en rekke punkter krever imøtegåelse. Advokat Martinsen tillegger dommen en rekkevidde det ikke er juridisk dekning for, samtidig som han presenterer synspunkter om symptomutviklingen etter nakketraumer som ikke samsvarer med alment akseptert medisinsk kunnskap.

Når rekkevidden av en høyesterettsdom skal vurderes, er det viktig å skille mellom det Høyesterett uttaler om sakens juridiske spørsmål og de faktiske premisser dommen bygger på. Dette gjelder ikke minst i saker om nakkeskader som reiser kompliserte medisinske spørsmål og hvor Høyesterett vil måtte bygge på hva premissleverandører på den medisinske siden måtte uttale. I Ask-dommen fremheves en rekke "teser" fra professor Stovners erklæring som ved nærmere etterprøving viser seg ikke å holde stikk. Dommen aktualiserer derfor spørsmålet om hvordan domstolene generelt, og Høyesterett spesielt, skal bli tilført korrekt medisinsk kunnskap.

2. "Forestillingen om at man kan bli skadet og utsiktene til erstatningsoppgjør forklarer forekomst av kroniske plager etter nakkeslengulykker. "

Høyesterett viser i avsnitt 36 til de såkalte Litauenundersøkelsene som er viet stor plass i professor Stovners sakkyndighetserklæring. Studiene skal angivelig vise at kroniske nakkeslengrelaterte plager ikke finnes i land uten erstatningsmuligheter og det hevdes også at utsiktene til en erstatningsutbetaling er en medvirkende forklaring til at det rapporteres kroniske plager. Det Høyesterett åpenbart ikke er blitt fortalt, er at disse studiene ikke har fått støtte i det anerkjente vitenskapelige miljø. Studiene kritiseres i en rekke ulike publikasjoner, også i Norge.^{1 2}

I avsnitt 38 i dommen viser Høyesterett til en studie fra England³ som konkluderer med en hypotese om at erstatningsforfølgningen i seg selv kan bidra til å forsterke og kronifisere smertene. Lest i sammenheng med henvisningen til Litauenundersøkelsene kan dette gi et inntrykk av at man vil komme bedre helsemessig ut

¹ Berglund: On Associations Between Different Factors And Whiplash Injury, Stockholm 2002 ISBN 91-7349-121.

² SMM-rapport nr 5/2000: Nakkeslengskade. Diagnostikk og evaluering

³ . Pobereskin L.H: Whiplash following rear end collisions: a prospective cohort study, J Neurol Neurosurg Psychiatry 2005;76 side 1146-1151)

dersom man lar være å kreve erstatning etter en nakkeslengrelatert skade. Det finnes imidlertid ikke vitenskapelig dekning for en slik slutning.⁴ Derimot er det ikke overraskende at en langvarig prosess mot et gjenstridig forsikringselskap utgjør en tilleggsbelastning for en skadelidt med kroniske smerter. I en annen studie om dette problemkomplekset uttales det:

*We believe that the practical difficulties, the anger associated with being an innocent victim and the slowly progressing litigation mean that it is one of several social variables influencing overall quality of life following the accident.*⁵

3. "Det er ingen sammenheng mellom vanlig nakkesleng og forekomsten av kroniske smerteplager."

Høyesterett uttaler i avsnitt 42:

Stovner konkluderer med at det i medisinsk vitenskap til tross for omfattende forskning ikke er påvist sammenheng mellom vanlig nakkesleng og forekomsten av kroniske smerteplager. Han viser til den såkalte noceboeffekten som i denne sammenheng innebærer at troen på at man har blitt skadet, i seg selv kan føre til utviklingen av smertelidelser.

Stovner og hans kollega Schrader har i en rekke sammenhenger forfektet at det ikke eksisterer noen organisk forklaring på kroniske plager etter en nakkeslengulykke, eksempelvis i Tidsskrift for den norske legeforening.⁶ Med dette plasserer de seg på sidelinjen i den internasjonale forskning om nakkeslengrelaterte skader. Det er de senere årene skrevet tusenvis av artikler om nakkeslengrelaterte nakkeskader innenfor en rekke fagområder som for eksempel epidemiologi, biomekanikk, fysikalsk behandling, smertebehandling og psykiatri. Det foreligger en utstrakt enighet om at det finnes fysiologiske forklaringer på at noen utvikler kroniske plager etter et nakkeslengtraume. Høyesterett viste i Rt 1998 s 1565 til rapporten fra den såkalte Quebec Task Force fra 1995. Selv om denne rapporten ble kritisert for å underdrive forekomsten av kroniske plager, etterlater den ingen tvil om at et mindretall av påkjørsler bakfra eller andre typer nakketraumer kan føre til skader som gir kroniske plager. Den forskning som har pågått i årene etter bekrefter og forsterker dette synet. I en norsk rapport fra Sosial- og helsedirektoratet uttales det:

Det er stor grad av enighet om at en nakkeslengmekanisme kan føre til at den skadede i de nærmeste dagene kan ha til dels betydelige smerter og stivhet i nakken, ofte også hodepine. Dette skyldes i hovedsak en bløtdelsskade, med overstrekking av muskler og sener etc..⁷

Så sent som i august 2011 ble det avholdt en internasjonal whiplashkonferanse ved Universitetet i Lund der forskere fra en rekke land deltok.

⁴Spearing M og Conelly L.B: Is compensation "bad for health"? A systematic meta-review. Injury, Int. J. Care Injured 42 (2011) 15-24

⁵ Mayou & Bryant: Psychiatry of whiplash neck injury. The British Journal of Psychiatry (2002) 180: 441-448

⁶ Schrader H, Stovner LJ. Feilaktig om bløtdelsskader etter nakkesleng, Tidsskr Nor Legeforen 2010; 130: 473

⁷ Sosial- og helsedirektoratet: Nakkeslengassosierte nakkeskader (2004)

Gjennomgangsmelodien var at de medisinske spørsmålene relatert til utviklingen av kroniske plager etter et nakkeslengtraume er kompliserte, men at det foreligger fysiologiske forklaringer på kronifisering var det ingen diskusjon om. Derimot var det mye fokus på hvilke faktorer som kan bidra til å forverre en tilstand samt på hvilken måte kroniske smertepasienter, hvor personer med nakkeskader er en gruppe, kan lære seg å håndtere smerteplagene. Dette bringer meg over til neste punkt.

4. Den biopsykososiale forklaringsmodellen

Når Stovner ikke finner noen organisk forklaring på kroniske nakkeslengplager må det finnes en annen forklaring fremhever Høyesterett i avsnitt 42:

I følge Stovner er det derfor mye som taler for at psykologiske, sosiale og samfunnsmessige forhold spiller en avgjørende rolle i mange tilfelle, ut fra den såkalte bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen.

Advokat Marthinsen påpeker ganske riktig at Høyesterett avskjærer erstatningsansvar dersom den dominerende forklaring på de kroniske plager er å finne i forhold som ikke har med selve trafikkulykken å gjøre. Som påpekt ovenfor i denne artikkelen mener professor Stovner at kroniske nakkeslengrelaterte plager ikke har noen organisk forklaring. Da må nødvendigvis psykiske, kulturelle og/eller sosiale forhold bli avgjørende for symptomutviklingen. Under denne forutsetning er det kanskje ikke overraskende at Høyesterett velger å se bort fra trafikkulykken som en ansvarsbærende faktor for Asks omfattende smerteplager.

Det er heller ikke overraskende at norske forsikringsselskaper i kjølvannet av Askdommen forsøker å presse så mange tilfeller som mulig inn i Stovners versjon av denne forklaringsmodellen.

Som påvist ovenfor, er Stovners utgangspunkt om at kroniske nakkeslengrelaterte plager ikke har en organisk forklaring feil. Samtidig opererer Stovner med en versjon av den biopsykologiske forklaringsmodell (BSP) som ikke er vanlig. I Stovners versjon spiller de fysiologiske mekanismer bak symptomutviklingen en minimal, om noen, rolle. Den alminnelige oppfatningen av er en helt annen, slik som gjengitt i en artikkel på Wikipedia:

The biopsychosocial model (abbreviated "BPS") is a general model or approach that posits that biological, psychological (which entails thoughts, emotions, and behaviors), and social factors, all play a significant role in human functioning in the context of disease or illness. Indeed, health is best understood in terms of a combination of biological, psychological, and social factors rather than purely in biological terms¹ This is in contrast to the traditional, reductionist biomedical model of medicine that suggests every disease process can be explained in terms of an

underlying deviation from normal function such as a pathogen, genetic or developmental abnormality, or injury.

At psykologiske og sosiale faktorer kan ha betydning for hvordan en sykdom eller skade utvikler seg er noe ganske annet enn at slike faktorer dominerer sykdomsbildet slik professor Stovner hevder er tilfelle med kroniske nakkeslengrelaterte plager.

5. Plagene etter ulykken må følge et traumatologisk plausibelt forløp.

I avsnitt 48 uttaler Høyesterett (med henvisning til Stovner):

Kravet (sykdomsbilde som er forenlig med det man vet om skader påført ved nakkesleng) innebærer for det andre at "plagene etter ulykken må ha et traumatologisk plausibelt forløp". I det ligger at sykdomsutviklingen må følge et forløp som er forenlig med hva man ut fra anerkjent medisinsk viten vil forvente, forutsatt at Ask fikk en fysisk skade som følge av kollisjonen.

En utvikling hvor smerter og ubehag blir verre uker eller måneder etter ulykken, eller oppstår i andre deler av kroppen, er i følge de sakkyndige i utgangspunktet ikke forenlig med at skadene skyldes en bløtdelsskade, jfr. her også Rt 2000 side 418.

Igen ser vi at det opereres med medisinske premisser som ikke er alment akseptert. Det eksisterer ingen vitenskapelig basert modell som slår fast at en forverring eller spredning av smerter til andre deler av kroppen etter en bløtdelsskade er uforenlig med medisinsk kunnskap. Allerede i rapporten fra Quebec Task Force uttales det:

There may be unusual clinical syndromes associated with soft-tissue injuries to the upper cervical spine. They reflect, in part, the neuroanatomical complexity of this region and its interrelation with the central nervous system and autonomic nervous system.⁸

Det er gjort omfattende forskning for å forsøke å forklare symptomutviklingen etter et nakketraume. Det er alminnelig enighet om at det medisinske bildet er kompleks og at det kan oppstå en rekke ulike bløtdelsskader som i noen tilfelle ikke heles og endog kan forverres. Som ved andre kroniske smertetilstander synes såkalt sensitisering å spille en rolle hos mange pasienter. Dette fremheves også i rapporten fra Sosial- og helsedirektoratet:

Skaden eller smertene kan forårsake en forstyrrelse av balansen i nakkens bevegelsesmønster og kan medføre en kompensatorisk overaktivering av overflatiske muskler. Dersom smerten varer over tid, kan smerteterskelen synke og pasientens plager bli forsterket gjennom såkalte sensitiseringsmekanismer, slik tilfellet også er ved mange andre kroniske smertetilstander 7

Ved sensitisering blir systemet for overføring av smerteimpulser til hjernen forstyrret slik at smertebildet forsterkes. I mange tilfeller opplever pasienten også

⁸ Whiplash-Associated Disorders (WAD), Quebec Task Force on Whiplash-Associated Disorders Société de l'assurance automobile du Québec, Quebec 1995

at smertene kan spre seg til andre deler av kroppen. I rapporten fra den svenske Whiplashkommisionen heter det:

*Relationen mellan de akuta besværen och de bestående symtomen er ofta diffus. En akutsmerta i nacken kan senare spridas til større delar av rygg och armar.*⁹

I en svensk tverrfaglig rapport utarbeidet i samarbeid mellom spesialister innenfor en rekke ulike medisinske spesialiteter (rehabiliteringsmedisin, ortopedi, radiologi, nevrologi, psykiatri m.m) heter det:

Kvarstående smärta efter förmmodad vävnadsläkning kan ha flera förklaringar:

- *Skadeinitierad degenerativ process.*
- *Årrläkning med sekundär påverkan på smärtekänsliga strukturer, t ex nervrot.*
- *Inflammatorisk eller immunologisk påverkan av ämnen i nucleus pulposus på spinalgangliet.*
- *Belastningssmärta pga långvarig muskulär inaktivitet.*
- *Postural (hållningsrelaterad) dysfunksjon.*
- *Muskelspänning som underholder nociception.*¹⁰

Det er ikke overraskende at advokat Marthinsen fremhever som dommens *sentrale punkt* at en utvikling hvor smerter og ubehag blir verre uker eller måneder etter ulykken, eller oppstår i andre deler av kroppen, i utgangspunktet ikke vil være forenlig med at skadene skyldes en bløtdelsskade. Desto viktigere er det å understreke at dette synspunktet ikke samsvarer med alment akseptert viten.

6. Ask-dommens rekkevidde

Under henvisning til den angivelig tvilsomme sammenhengen mellom nakkesleng og kroniske plager uttaler Høyesterett i avsnitt 44 at det må stilles strenge krav til dokumentasjonen i det enkelte tilfelle. All den stund en slik sammenheng tvert imot er alment akseptert, svikter grunnlaget for Høyesteretts uttalelse på dette punkt.

Samtidig kan det reises spørsmål om Høyesterett mener det alltid må stilles krav til dokumentasjon for legekontakt, journalføring eller mer omfattende skriftlig dokumentasjon for å sannsynliggjøre brosymptomer. Dette er ikke tilfellet dommen lest i sammenheng. På tross av et tilsynelatende strengt beviskrav og på tross av en ikke fullstendig dokumentasjon kom Høyesterett til at ulykken hadde ført til en nakkeskade som ga 5 % medisinsk invaliditet. Dette viser at det fortsatt er prinisppet om fri bevisbedømmelse som gjelder.

Høyesterett understreker også at de såkalte fire kriterier presentert av professor Nordal i Rt 1998 s 1565 (Lie) fortsatt skal være retningsgivende. Et av disse kriteriene er i følge Nordal at

Sykdomsbildet må være forenlig med det man vet om skader påført ved nakkesleng

⁹ Whiplashkommisionens slutrapport. Stockholm 2005

¹⁰ Sektorsrådet för rehabiliteringsmedicin i Västra Götaland: Omhändertagande av patienter med whiplashrelaterade besvär. 2000.

I avsnitt 58 konkluderer Høyesterett med at ulykken ikke er årsak til de smerter Ask etter hvert opplevde i andre deler av kroppen og som forårsaket hans uførhet:

Gitt de krav som må stilles til årsakssammenheng, kan det da ikke sies at vilkåret om et forventet sykdomsforløp er oppfylt for de delene av hans smertetilstand som ikke gjelder de moderate smerter i nakken som han hadde etter ulykken.

Gitt den plass professor Stovners forståelse av den traumatologiske forklaringsmodell fikk er resultatet ikke overraskende. Som jeg har påvist ovenfor er det imidlertid akseptert medisinsk kunnskap at en del skader ikke blir tilhelet og at en del pasienter opplever så vel forverring som spredning til andre deler av kroppen. Et slikt sykdomsbilde er med andre ord forenlig med det vi vet om skader påført ved nakkesleng. På dette punkt er følgelig resultatet i Ask-dommen i motstrid til det såkalte fjerde vilkår fra Lie-dommen. Dommen er på dette punkt en ren faktumdom og den juridiske rekkevidden er derfor liten eller ingen.

Samtidig er det viktig å fremheve, slik Morten Kjelland gjør, at selv på grunnlag av Høyesteretts egne premisser i Ask-dommen er det rom for nyanser og individuelle variasjoner. Kjelland understreker således at ikke alle skadelidte følger samme utviklingslinjer. Han uttaler: *Det minste avvik fra "normalforløpet" – er dermed ikke*

*ekskluderende for at det foreligger årsakssammenheng i den konkrete saken.*¹¹ I forlengelsen av dette omtaler også Kjelland sensitisering som en relevant forklaring på at forverring kan oppstå.

7. Refleksjoner

Ask-dommen aktualiserer spørsmålet om bruken av kompetente sakkyndige i saker med nakkeslengtraume. Vi har ingen form for kvalitetsikring av sakkyndige og svært ofte er det opp til partene å bli enige om hvem skal være sakkyndige. I mange saker er det enighet om at det skal oppnevnes to sakkyndige og da foreslår partene gjerne hver sin. Dette kan fungere brukbart i mange saker, men forutsetningen er at de sakkyndige som opptrer for domstolene innehar nødvendig kunnskap om nakkeskader og ikke fremholder faglige synspunkter som ikke er vitenskapelig holdbare eller som ikke har noenlunde almen tilslutning. I Ask-dommen er det åpenbart at Høyesteretts behov for tilstrekkelig sakkyndig kompetanse ikke er blitt oppfylt.

Etter mitt syn har forsikringsselskapene et særlig ansvar når det gjelder å sørge for betryggende sakkyndighet. Dette må anses som en del av deres plikt til å medvirke til korrekte erstatningsoppgjør. Advokat Marthinsen understreket i et foredrag om etikk på et juridisk kurs for noen år siden at selskapsadvokatene plikter å si fra dersom motpartens advokat eksempelvis glemmer å ta med en erstatningspost i sitt krav på vegne av klienten. Det er min oppfatning at selskapenes ansvar for et korrekt oppgjør strekker seg mye lenger enn dette. Selskapene og deres rådgivende leger plikter, slik jeg ser det, å aktivt holde seg oppdatert om den internasjonale forskning om whiplash og hele tiden være åpen for medisinske forklaringer som kan trekke i retning av at det foreligger årsakssammenheng mellom en trafikkulykke og

¹¹ Kjelland, M: Årsakssammenheng og bevis i personskaderetten. Personskadeoppgjør 2011.

skadelidtes kroniske plager. Under denne synsvinkel er det etter mitt syn betenkelig at et forsikringsselskap velger å foreslå en sakkyndig som så til de grad bagatelliserer sammenhengen mellom en nakkeslengrelatert skade og kroniske plager.

Like betenkelig vil det være dersom norske forsikringsselskaper fortsetter den praksis mange av dem har innledet i kjølvannet av Ask-dommen. Vi opplever nå at dommen blir påberopt i en lang rekke saker som tidligere ville vært oppfattet som mer eller mindre kurante. Til dels i strid med foreliggende spesialisterklæringer hevdes det fortløpende at skadelidtes sykdomsutvikling ikke samsvarer med et forventet sykdomsforløp og/eller at de kroniske plager må forklares ut fra Stovners versjon av den biopsykososiale forklaringsmodell. I flere saker hevdes det nå med bred penn at enhver forverring av skadelidtes tilstand ikke kan anses å ha sammenheng med en opprinnelig bløtdelsskade.

Selskapenes skjerpede praksis etter Ask-dommen er ikke i samsvar med alment akseptert medisinsk kunnskap og bidrar til å forsterke de til dels invalidiserende plager mange nakkeskadde i dag opplever. I mange tilfelle fører det også til at skadelidte ikke får den erstatning vedkommende åpenbart har krav på. Dette er uholdbart.