

HVILKE BEVIS HAR EN PRIVAT MEDISINSK SAKKYNDIG TILGANG TIL?

Problemstillingen

I personskadesaker som behandles av domstolene vil det regelmessig være nødvendig for partene å føre sakkyndigbevis. Partene er ofte uenige om valget av sakkyndig, og det er ikke uvanlig at en eller begge parter fører en privat medisinsk sakkyndig i medhold av tvistelovens § 25-6 – enten i tillegg til eller i stedet for en rettsoppnevnt sakkyndig (jf. § 25-2).

Når partene vet at det vil bli en «battle of experts» vil de normalt ha fokus på å få frem argumenter for at retten skal tillegge ens egen sakkyndig størst vekt. Kan man påvise at motpartens private sakkyndige ikke har vurdert eller bygget på korrekt faktum, vil dette normalt være et godt argument for at retten skal se bort fra dennes konklusjon.

Fra tid til annen ser vi at den som krever erstatning forsøker å tvinge frem en situasjon der saksøktens private sakkyndige får et mangelfullt faktisk grunnlag: Det gjøres dels ved at det meddeles at saksøker ikke samtykker i at motpartens private sakkyndige gis tilgang til taushetsbelagt informasjon i saken (pasientjournaler m.v.), dels meddeles det at saksøker ikke er villig til å la seg undersøke av motpartens private medisinske sakkyndige. Spørsmålet blir om saksøker har adgang til å nekte slik bevistilgang.

Manglende samtykke til å dele taushetsbelagt informasjon i saken

Når noen anlegger søksmål med krav om erstatning for personskade, får vedkommende en plikt til å gi en fullstendig og sannferdig fremstilling om sin helsemessige situasjon før og etter ulykken/ansvarshendelsen. I dette ligger det en plikt til å fremlegge komplett medisinsk dokumentasjon som er tilgjengelig for vedkommende. Dette følger av hovedregelen om partenes edisjonsplikt, jf. tvl § 21-4, er sagt uttrykkelig i Rt-1998-1297 og følger også forutsetningsvis av Rt-1998-1565 og en rekke senere dommer fra Høyesterett. Gjelder saksanlegget krav om erstatning for uspesifikke plager (plager som ikke ved sin blotte eksistens sier noe entydig om årsaken, men kan skyldes en rekke ulike tilstander), vil en unnlattelse av å legge frem komplett dokumentasjon innebære at saksøker ikke kan oppfylle sin bevisbyrde. Saksøkte skal da frifinnes ut fra bevisbyrdebetraktninger alene – uten at det er nødvendig for retten å gå inn i en konkret bevisbedømmelse, se eksempelvis Oslo tingretts dom i sak 13-152247TVI-OTIR/07.

Tvistelovens kapittel 25 gjelder både for rettsoppnevnte sakkyndige og private sakkyndige. Tvl § 25-1 gjelder for begge kategoriene sakkyndige og slår fast at «[s]akkyndigbevis er en fagkyndig vurdering av faktiske forhold i saken». Loven forutsetter altså at den sakkyndige, uavhengig av om vedkommende er rettsoppnevnt eller privat oppnevnt, skal ha tilgang til å gjøre en fagkyndig vurdering av de «faktiske forhold i saken» - hvilket er den samme faktiske dokumentasjonen som partene og retten har. Saksøker har dermed, gjennom saksanlegget/kravet om erstatning og fremleggelsen av medisinsk journalmateriale, rent faktisk samtykket i at saksøkte kan fremlegge dokumentasjonen for sin sakkyndige. Dette samtykket kan ikke trekkes tilbake uten at den aktuelle dokumentasjonen fjernes fra saken – hvilken samtidig vil lede til en frifinnelse av saksøkte, se ovenfor.

Nektelse av å bidra til sakens opplysning ved å fremstille seg for saksøktes private medisinske sakkyndige

Etter tvisteloven § 26-4 plikter personer å stille seg til rådighet for undersøkelse i den utstrekning dette kan gjennomføres uten uforholdsmessig belastning og ikke er krenkende. Bestemmelsen gjelder både parter og vitner, jf. Schei m.fl., Tvisteloven, 2. utg. s. 948.

Kravet om at undersøkelsen ikke skal være krenkende må ses i lys av EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. Vurderingstemaet er om undersøkelsen vil ha så negative virkninger for den undersøktes integritet og privatliv at den ikke kan tillates. Kravet om at undersøkelsen må kunne gjennomføres uten uforholdsmessig belastning må ses i lys av de alminnelige begrensningene i retten til å føre bevis som følger av tvisteloven § 21-7 og § 21-8. Vurderingstemaet er om belastningen ved undersøkelsen står i et rimelig forhold til tvisten og den bevisverdi undersøkelsen kan ha, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 467.

Parter som reiser krav om erstatning for legemsskade må som et utgangspunkt finne seg i personundersøkelse som er nødvendig for at sakkyndige skal kunne utføre sitt oppdrag, jf. NOU 2001: 32 B s. 978. Utgangspunktet er et resultat av at skadelidte utgjør sakens sentrale bevis.

Når partene er enige om at en sak reiser medisinske tvistesporsmål vil normalt begge parter påberope seg sakkyndigbevis (enten sakkyndig som har utredet saken før saksanlegg, sakkyndige som er engasjert etter saksanlegg eller en rettsoppnevnt sakkyndig). Retten vil normalt legge til grunn at saksøkers og saksøktes føring av medisinsk sakkyndige vitner, eventuelt sammen med en rettsoppnevnt sakkyndig, til sammen gir retten et forsvarlig og tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til saken. Det innebærer samtidig at saksøktes føring av privat sakkyndig er et bevis som medvirker til at retten får et balansert faktisk avgjørelsesgrunnlag i saken, sml. tvisteloven § 25-2.

Dette danner bakteppet for vurderingen av om saksøker plikter å la seg undersøke av den private medisinsk sakkyndige i tråd med hovedregelen eller om han kan nekte dette under henvisning til de alminnelige begrensningene i tvisteloven § 21-7 og § 21-8.

Spørsmålet blir om undersøkelsen vil ha så negative virkninger for saksøkers integritet at den ikke kan tillates, og dernest om disse belastningene står i et misforhold til tvisten og undersøkelsens bevisverdi.

«Krenkende»?

Det første spørsmålet er om det vil være krenkende for saksøker å stille seg til rådighet for undersøkelse av saksøktes medisinsk sakkyndige vitne.

Undersøkelsen vil normalt bestå i en samtale med den sakkyndige der saksøker både redegjør for sin nåværende situasjon samt for sine historiske plager. Saksøker må også svare på de spørsmålene som den sakkyndige stiller. Det kan også, avhengig av hva slags skade det kreves erstatning for, være aktuelt med kroppslige undersøkelser.

Saksøker vil i de fleste tilfeller allerede ha gjennomført en helt tilsvarende undersøkelse med en eller flere andre medisinsk sakkyndige, eventuelt så har han planlagt slik undersøkelse i løpet av saksforberedelsen. Normalt vil ikke saksøker ha anført at noen av disse undersøkelsene har vært krenkende for ham. Normalt vil saksøker heller ikke kunne klare å gi en redegjørelse som synliggjør konkrete forhold ved den begjærte undersøkelsen som innebærer at denne må vurderes annerledes.

Dersom undersøkelsen som saksøkte har begjært er av samme karakter som de foregående (eller forestående) undersøkelsene fra en eller flere andre medisinsk sakkyndige, vil den klare regelen måtte være at den ikke er i strid med EMK artikkel 8 eller SP artikkel 17. Den vil heller ikke ha så negative virkninger for saksøkers integritet at den ikke kan tillates.

Saksøkte bør i denne forbindelse fremheve at det var saksøker som anla søksmål med krav om erstatning for personskade. Normalt vil kravet være betydelig. Saksøker utgjør selv sakens sentrale bevis, og under henvisning til NOU 2001: 32 B s. 978 bør det påpekes at virkningene av at saksøker undersøkes av saksøktes private medisinsk sakkyndige ligger innenfor det saksøker måtte regne med ved saksanlegget.

Det vil da ikke være krenkende for saksøker å stille seg til rådighet for undersøkelse av den sakkyndige.

«Uforholdsmessig belastende»?

Det neste spørsmålet er om det vil være uforholdsmessig belastende for saksøker å stille seg til rådighet for saksøktes private sakkyndige.

Saksøkte bør alltid tilby seg å dekke utgifter og eventuelt tap som saksøker blir påført ved undersøkelsen. Da vil det ikke oppstå noen økonomisk belastning.

Selve undersøkelsen vil heller ikke være uvanlig belastende, all den tid saksøker har gjennomgått tilsvarende tidligere og dette uansett ligger innenfor det som måtte forventes ved saksanlegget.

Ved forholdsmessighetsvurderingen må det også sees hen til hvilken betydning undersøkelsen har for saksøkte: For ankende part vil det være viktig at ankemotparten lar seg undersøke av selskapets private medisinske sakkyndige. Den sakkyndiges undersøkelse vil kunne gi viktige avklaringer av betydning for vurderingene i saken. Det er kun en slik undersøkelse som ivaretar saksøktes rett til, og behov for, kontradiksjon knyttet til saksøkers faktiske helsemessige situasjon. I en situasjon der det er en potensiell uenighet om helsemessig status vil undersøkelsen være av stor betydning. For at saksøkte skal kunne ivareta sine interesser er det ikke tilstrekkelig at den private medisinske sakkyndige henvises til å bygge på konklusjonene og funnene til saksøkers egne sakkyndige.

Det skal dermed svært mye til for at det vil være uforholdsmessig belastende for saksøker å stille seg til rådighet for saksøktes private sakkyndige.

Fristforelegg etter tvl § 16-7

Den klare hovedregelen vil etter dette være at domstolen skal etterkomme saksøktes begjæring om å pålegge saksøker å fremstille seg for saksøktes private sakkyndige. Skulle saksøker nekte å etterkomme et slikt pålegg vil det være grunnlag for å begjære fristforelegg etter tvl § 16-7 (2). En fortsatt nektelse vil da medføre fraværsvirkning.

Terje Marthinsen, 14.02.2020