



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 12. april 2016 i sag nr. BS 4A-726/2015:

A

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen (tidl. Lægemedelskadeankenævnet)
c/o Patientombuddet
Finsensgade 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag er anlagt den 21. april 2015.

Ankenævntet for Patienterstatningen stadfæstede den 15. december 2014 Patienterstatningens afgørelse af 19. december 2013 om, at A ikke har ret til erstatning efter lægemiddelskadeloven. Sagen drejer sig om, hvorvidt denne afgørelse er i strid med Østre Landsrets dom af 11. oktober 2013, som hjemviste sagen til behandling ved Patienterstatningen, eller om afgørelsen på andet grundlag skal tilsidesættes.

Sagsøgeren, A, har nedlagt påstand om, at sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, dømmes til at hjemvise sagen til fornyet behandling hos Patienterstatningen med henblik på opgørelse af sagsøgerens krav på erstatning.

Sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, har nedlagt påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 2.

Civilstyrelsen har den 26. oktober 2015 meddelt A fri proces. A har opgjort sagens værdi til 653.748 kr.

Forklaringer

A har forklaret, at han ikke har drøftet rimelighedsreglen i lægemiddelskadelovens § 6 med sin daværende advokat, advokat B, hel-

ler ikke efter Østre Landsrets dom. Første gang, han hørte om reglen, var, da fik afgørelsen fra Patientforsikringen i december 2013.

Da Østre Landsrets dom forelå, ringede advokat B's sekretær, C, til ham og sagde, at de havde vundet sagen. Han fik så sendt dommen elektronisk. Han forventede nu, at der bare skulle udmåles en erstatning, hvilket han var glad for. Han gjorde sig ikke overvejelser om, hvorvidt sagen skulle ankes til Højesteret. Han har ikke drøftet Kammeradvokatens påstandsdokument i landsretssagen med advokat B.

Advokat B har forklaret, at han har arbejdet i 20 år med erstatning for personskader. De sidste ni år har det udgjort 90 % af hans arbejdstid. Han har haft mange sager, hvor modparten har været repræsenteret af Kammeradvokaten.

I marts 2009 kom han til advokatfirmaet D, og han overtog da A's sag fra en anden advokat. Han husker ikke, hvordan den procesaftale, der er anført i landsrettens dom, kom i stand. Meningen var, at landsretten skulle tage stilling til ansvarsgrundlaget, og at sagen ikke skulle besværliggøres af "talgymnastik".

Han erindrer ikke, om der blev frafaldet anbringender efter indgåelsen af procesaftalen, men sagen var blevet indskrænket i forbindelse med anken af byrettens dom.

Han mener, at hans sekretær ringede til Østre Landsret og fik oplyst resultatet, hvorefter hun ringede til A. Han har selv haft talt med A om resultatet. Han har ikke drøftet rimelighedsreglen i § 6 med A.

Han husker advokatsamtalen med advokat E. Advokat E startede med at sige tillykke. Han husker, at de havde en principiel drøftelse af, om det var rigtigt at sige tillykke i sådanne situationer. Han har ikke noteret noget på sagen om samtalen. Han ville nok kunne huske, hvis de havde drøftet § 6. Han husker ikke yderligere fra samtalen. Han mindes ikke at have haft samtaler med andre advokater om, hvorledes en domskonklusion skal forstås. § 6 blev ikke drøftet med modparten under sagen i landsretten, og der var ingen anbringender herom.

Han husker ikke, om påstanden ved begyndelsen af hovedforhandlingen i landsretten blev ændret i forhold til påstandsdokumentet. Han erindrer heller ikke, om ændring af påstanden blev drøftet med retsformanden inden hovedforhandlingen gik i gang.

Advokat E har forklaret, at han tidligere har arbejdet hos Kammeradvokaten. I dag er han ansat hos F i Odense, hvilket han har været det sidste år. Han har hovedforhandlet mange sager

hos Kammeradvokaten.

Han husker den pågældende sag. Det var den første sag, han førte i eget navn efter at have fået mødetilladelse. Han har kun haft 1-2 lægemiddelskadesager, men han har haft mange patientskadesager. Sagen var blevet meget gammel. Både byretssagen og landsretssagen handlede kun om årsagsforbindelse, og det var kun det, der var til prøvelse. Han mener, at der også er både et alvorlighedskriterium og en bagatelgrænse i loven, men det var man ikke inde på, for det var kun årsagsforbindelse, der var til prøvelse.

Han mener ikke, at han drøftede sagen med advokat B forud for hovedforhandlingen, men lige inden hovedforhandlingen startede i landsretten, talte han og advokat B om sagen. Retsformanden blev kaldt ind, og advokat B sagde til retsformanden, at det var kun årsagsforbindelse, der skulle prøves. A's påstand blev således ændret i forhold til den påstand, der var anført i hans påstandsdokumentet. Parterne var enige om, at den påstand, der var nedlagt i A's påstandsdokumentet, ikke kunne prøves.

Han blev overrasket over dommens resultat, og dommen blev sendt rundt i afdelingen hos Kammeradvokaten. Man overvejede, om der skulle søges 3. instansbevilling, men loven var blevet ophævet, og der var tale om en konkret bevisbedømmelse, så vidnets chef mente ikke, at det var så relevant at forsøge at få sagen prøvet ved Højesteret.

Foreholdt e-mail i bilag B, har han haft flere samtaler med advokat B. Det er rigtigt, at han sagde tillykke til advokat B, og at de havde en drøftelse om det principielt rigtige i at sige dette. Det var åbenbart, at der ikke var sammenhæng mellem det, der står i dommens præmisser og konklusionen, og det talte han med advokat B om. De var enige om, at sagen skulle hjemvises til prøvelse af, om de øvrige betingelser i loven var opfyldt. Vidnet mener, at det var ham, der ringede op til advokat B.

Efter samtalen sendte han mailen i bilag B. De kriterier, der skulle tages stilling til ved den fornyede prøvelse, var alvorlighedskriteriet og bagatelgrænsen. Samtalen drejede sig om, om hvorvidt de var enige om, at dommen skulle forstås som i det indledende afsnit. Han havde et godt kollegialt forhold til advokat B. Han husker samtalen, som den står i mailen.

Vidnet drøftede også med sin chef, om han skulle skrive til landsretten og anmode om berigtigelse af dommen. Efter samtalen med advokat B meddelte han sin chef, at problemet var løst, idet parterne var enige om forståelsen af dommen, og vidnets chef bestemte herefter, at der ikke skulle ske mere. Det er aldrig sket før, at han har drøftet forståelsen af en domskonklusion med en kollega.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har i påstandsdokument af 29. februar 2016 gjort gældende:

" ...

- at sagsøgtes afgørelse af 15. december 2014 er i strid med Østre Landsrets dom af 11. oktober 2013,
- at Østre Landsret ved sin afgørelse af 11. oktober 2013 tog stilling til 3 forhold nemlig;
 - o at sagsøgeren blev påført en patientskade, som var omfattet af lov om lægemiddelskader,
 - o at skaden hidrører fra sagsøgerens forbrug af Ketogan, og
 - o at sagsøgeren har krav på erstatning efter loven,
- at Østre Landsret dermed også afgjorde, at lovens § 6 var opfyldt, idet en af betingelserne for at der foreligger en patientskade er, at lovens § 6 er opfyldt,
- at sagsøgte ikke har været berettiget til at træffe afgørelse i strid med Østre Landsrets dom af 11. oktober 2013.
- at Østre Landsret afgørelse ikke er anket og derfor har retskraft efter sin ordlyd.
- at sagsøgte i forbindelse med den tidligere retssag kunne have påberåbt sig lovens § 6, men undlod dette, hvilket ikke må komme sagsøgte til skade.

Subsidiært gøres det gældende, at sagsøgerens personskade efter bivirkningerne går ud over, hvad sagsøgeren med rimelighed bør acceptere.

Formålet med at behandle sagsøgeren med Ketogan var at lindre hans smertesympotomer. Sagsøgeren havde stærke smerter, men var på daværende tidspunkt ikke diagnosticeret. Det viste sig senere, at årsagen til smerterne var galdesten.

Ved påstandsdokument af 2. september 2013 til brug for hovedforhandling forud for Østre Landsrets dom af 11. oktober 2013 har sagsøgte anført, at *"det [dog] må antages, at **A** vil være berettiget til en ikke ubetydelig erstatning og godtgørelse, såfremt han får medhold i, at sagen skal anerkendes. "*

Hermed har sagsøgte bindende anerkendt, at sagsøgeren har lidt en betydelig personskade som følge af lægemiddelskaden, hvilket går ud over, hvad man med rimelighed må acceptere som følge af en behandling af smerter – særligt når årsagen til smerterne ikke var kendt, da behandlingen blev indledt og fortsat.

Endvidere gøres det gældende, at telefonsamtalen den 26. oktober 2013 mellem advokat **B** og advokat **E** ikke kan have betydning for sagsøgtes afgørelse, og mere subsidiært gøres det gælden-

de, at **B** ikke har tilkendegivet – hverken i forbindelse med telefon-samtalen den 26. oktober 2013 eller på noget tidligere eller senere tidspunkt – at Østre Landsrets dom ikke skulle forstås i overensstemmelse med dens ordlyd.
..."

Sagsøgte har i påstandsdokument af 13. januar 2016 gjort gældende:

"...

Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse af 15. december 2014 (bilag 1) er ikke i strid med Østre Landsrets dom af 11. oktober 2013 (bilag 2).

Efter forhandlingsprincippet i retsplejelovens § 338 kan retten ikke tilkende en part mere, end han har påstået, og kan kun tage hensyn til anbringender, som parten har gjort gældende, eller som ikke kan frafalde.

Parterne har derfor hver for sig og tilsammen rådigheden over sagen og de forhold, som retten ved dom skal afgøre.

I sagen var **A** og det daværende Lægemiddelskadeankenævn, i dag Ankenævnet for Patienterstatningen, enige om, at Østre Landsret kun skulle tage stilling til, om der var årsagssammenhæng mellem **A's** udvikling af et afhængighedssyndrom og behandlingen af Ketogan efter 1. januar 1996, jf. lægemiddelskadelovens § 1, stk. 1.

Det var den fælles forståelse, at hvis **A** fik medhold, skulle sagen hjemvises med henblik på en fornyet administrativ prøvelse, om lovens øvrige betingelser for erstatning var opfyldt, herunder lovens § 6.

Landsretten anførte i overensstemmelse med dette, dommen, side 1:

"(...)

Der er mellem parterne enighed om, at landsretten ikke skal tage stilling til, hvorvidt lovens øvrige betingelser for erstatning måtte være opfyldt."

(...)"

Dette skal læses i sammenhæng med dommens præmisser, side 5, midt for, hvor landsretten eksplicit udtrykte, at man kun tog stilling til lovens § 1, stk. 1. Landsretten anførte der:

"(...)

*Landsretten finder som følge det anførte og efter en helhedsvurdering, at **A** med overvejende sandsynlighed har godtgjort, at han*

er påført en patientskade, der er omfattet af lov om erstatning for lægemidler, jf. lovens § 1, stk. 1.

(...)” (min understregning)

At der var enighed om, at prøvelsen var begrænset til betingelsen i lovens § 1, stk. 1, understøttes endvidere af, at **A** ikke havde nogen anbringender om, at betingelserne i lovens § 6 var opfyldt, ligesom Lægemiddelskadeankenævnet ikke havde nogen anbringender om, at betingelserne ikke var opfyldt.

Den naturlige forklaring på dette var ikke – sådan som **A's** nye advokat tilsyneladende forudsætter –, at Lægemiddelskadeankenævnet fandt, at betingelserne var opfyldt, men at det var irrelevant, fordi parterne var enige om, at § 6 var blandt de ”øvrige betingelser”, som myndighederne skulle forholde sig til, hvis sagen blev hjemvist.

Advokat **B**, med hvem **A** identificeres fuldt ud, bekræftede også efter landrettens dom på telefonsamtale den 24. oktober 2013 mellem ham og Kammeradvokaten v/advokat **E**, at det var sådan dommen skulle forstås, jf. **E's** e-mail af 24. oktober 2013 til Lægemiddelskadeankenævnet (bilag B) om samtalen.

Så vidt vides, udarbejdede **B** ikke noget notat om samtalen.

Det er derfor uden faktuel og retslig støtte, når **A** nye advokat finder, at dommen afskar Lægemiddelskadeankenævnet fra at foretage en prøvelse af betingelserne i lovens § 6.

Det forhold, at Lægemiddelskadeankenævnet i sit påstandsdokument under afsnittet sagsomkostninger anførte, at **A** i tilfælde af anerkendelse ville være berettiget til en betydelig erstatning, kan selvsagt ikke føre til et andet resultat.

For det første fordi det anførte var om sagens skønsmæssige økonomiske værdi og hverken et anbringende eller en proceserklæring og for det andet fordi, der ikke i afsnittet lå nogen erkendelse overhovedet af, at betingelserne i lovens § 6 var opfyldt.

Tværtimod skulle og skal det anførte læses i sammenhæng med Lægemiddelskadeankenævnets anbringender, hvor Lægemiddelskadeankenævnet som det sidste, umiddelbart inden afsnittet om sagsomkostninger, anførte:

”(...)

Det bemærkes, at såfremt det ved dom bliver fastslået, at skaden er forårsaget af lægemidler udleveret efter ikrafttrædelsen af lægemiddelskadeloven, vil lægemiddelskademyndighederne af egen drift gen-

optage behandlingen af sagen med henblik på at vurdere, hvorvidt lovens øvrige betingelser for erstatning måtte være opfyldt."

Betingelserne i lovens § 6 er ikke opfyldt

Efter dagældende lov nr. 1120 af 20/12/1995 som ændret ved lov nr. 430 af 10. juni 2003 om erstatning for lægemiddelskader kan der efter lovens § 6 ydes erstatning, hvis der som følge af egenskaber ved et anvendt lægemiddel opstår en fysisk skade, som efter sin karakter eller omfang går ud over, hvad patienten med rimelighed bør acceptere.

Der skal ved afgørelsen tages hensyn til dels skadens omfang, dels den sygdom, der blev behandlet, patientens generelle helbredstilstand, samt til mulighederne i øvrigt for at tage risikoen for skadens indtræden i betragtning.

Lægemiddelskadeankenævnet fandt som nærmere begrundet i afgørelse af 15. december 2014 (bilag 1, side 3), at betingelserne i lovens § 6 ikke var opfyldt.

Lægemiddelskadeankenævnet, som altså i dag hedder Ankenævnet for Patienterstatningen, både var og er et af lovgiver udpeget organ, hvor blandt andet medvirker én sagkyndig udpeget af Sundhedsstyrelsen og én sagkyndig udpeget af Lægemiddelstyrelsen. Det kræver derfor et sikkert grundlag at tilsidesætte ankenævnets skønsmæssige afgørelser, og bevisbyrden herfor er

A's . Denne bevisbyrde har A ikke løftet.

A har således ikke redegjort for de lægefaglige eller faktiske omstændigheder, der giver grundlag for at tilsidesætte Lægemiddelskadeankenævnets skønsmæssige afgørelse.
..."

Rettens begrundelse og afgørelse

Østre Landsret har i dommen af 11. oktober 2013 anført, at der mellem parterne er enighed om, at landsretten ikke skal tage stilling til, hvorvidt lovens øvrige betingelser er opfyldt, og i præmisserne anfører landsretten, at A med overvejende sandsynlighed har godtgjort, at han er påført en patientskade, der er omfattet af lov om erstatning for lægemiddelskader, jf. lovens § 1, stk. 1.

Lov om erstatning for lægemiddelskader er ophævet pr. 1. januar 2007, men loven finder fortsat anvendelse på skader opstået som følge af lægemidler udleveret forud for ophævelsen.

Efter § 1, stk. 1, ydes der erstatning efter reglerne i loven til patienter, der påføres fysisk skade som følge af egenskaber ved lægemidler, der er anvendt ved undersøgelse, behandling eller lignende.

Efter lovens § 6 erstattes en lægemiddelskade, der er opstået som følge af bivirkninger af et lægemiddel, kun, hvis bivirkningerne efter deres karakter eller omfang går ud over, hvad skadelidte med rimelighed bør acceptere.

Landsrettens domskonklusion afskærer således ikke Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen fra at tage stilling til, om betingelserne i § 6 er opfyldt og dermed i at fastslå, at der ikke kunne ydes A erstatning, uagtet han er påført en lægemiddelskade efter lovens § 1, stk. 1.

Retten finder endvidere ikke grundlag for at tilsidesætte Ankenævnet for Patienterstatningens vurdering af, at betingelserne i § 6 for erstatning ikke var opfyldt. Retten lægger herved vægt på, at nævnet er et kollegialt sammensat organ med sagkyndige medlemmer, og at der ikke foreligger omstændigheder, der giver retten anledning til at fastslå, at den skønsmæssige afgørelse er usaglig eller lider af væsentlige mangler, eller at der er begået væsentlige sagsbehandlingsfejl.

Som følge heraf tages Ankenævnet for Patienterstatningens frifindelsespåstand til følge.

Efter sagens udfald, og da A er meddelt fri proces, skal statskassen betale sagsomkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen. Dette beløb fastsættes til 46.875 kr. som et vederlag til dækning af udgift til advokatbi-stand.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, frifindes.

Inden 14 dage betaler statskassen 46.875 kr. i sagsomkostninger til sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen.

Ole Stryhn
dommer

/maca

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Roskilde, den 14. april 2016.

Jannie Slettemose, Kontorfuldmægtig