

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 21. juni 2018 af Østre Landsrets 17. afdeling
(landsdommerne Louise Saul, Finn Morten Andersen og Jesper Jarnit (kst.)).

17. afd. nr. B-1247-17:

Ankenævnet for Patienterstatningen

(advokat Sanne H. Christensen)

mod

A

(advokat Mie Andersen)

Helsingør Rets dom af 26. maj 2017 (BS 1D-1179/2014) er anket af Ankenævnet for Patienterstatningen med påstand om frifindelse, subsidiært stadfæstelse.

Indstævnte, A har nedlagt påstand om, at Ankenævnet for Patienterstatningen tilpligtes at anerkende, at hun er påført en erstatningsberettigende skade som følge af forsinket diagnosticering og behandling af lungekræft frem til diagnosticeringen i oktober 2012.

Supplerende sagsfremstilling

A blev den 30. august 2006 af egen læge henvist til C ved speciallæge i intern medicin, B idet hun på sin arbejdsplads havde været udsat for store koncentrationer af bygningssvamp.

Af journalnotat af 7. december 2006 fra C fremgår blandt andet, at A blev henvist på baggrund af mistanke om rhinoconjunctivitis, asthma bronchiale og indeklimasyndrom. Det fremgår endvidere af journalnotatet, at A omkring 2001 udviklede natlig hoste, opspyt af slim og dyspnø ved fysisk anstrengelse, og at hun selv havde en stærk fornemmelse af, at det var dårligt indeklima på arbejdspladsen, der var årsag til dette. Hun blev i 2005 førtidspensioneret. Endelig fremgår det af journalnotatet, at A var tidligere ryger, at hendes datter var allergiker (asthma bronchiale), og at A 20 år tidligere havde været indlagt på X Sygehus med dobbeltsidet lungebetændelse.

A gik i de efterfølgende år frem til 23. august 2012 til jævnlige kontroller på C hvor der blandt andet blev udtaget blodprøver og foretaget lungefunktionsmålinger. Det fremgår af journalmaterialet for den pågældende periode, at der under konsultationerne flere gange blev drøftet gener fra skimmelsvamp på A's tidligere arbejdsplads og i hendes kælder.

Den 18. januar 2008 blev der på X Sygehus taget røntgenfoto af A's thorax. Af den radiologiske beskrivelse af røntgenfotoet fremgår følgende:

”BESKRIVELSE: R.U. AF THORAX I TO PLANER sammenholdt med undersøgelse fra 02 viser forholdene uændrede. Hjertekarstammen normal. Normale hilusregioner. Ingen aktuelt udseende lungeinfiltrater. Som tidligere ses en svag skygge sv. t. costalbrusken på costa 1 på hø. side. Desuden ses der følger efter fraktur i costa 7 på ve. side. På frontalo. ganske let afrunding af sinus phrenico costalis på ve. side.”

Den 25. september 2012 var A i konsultation hos egen læge på grund af tør hoste og thoracale rygsmerter i højre side. Hun blev efterfølgende den 8. oktober 2012 henvist til røntgen af thorax.

Røntgenundersøgelserne, der blev foretaget den 9. oktober 2012 på Z Sygehus, viste blandt andet, at der var kommet et relativt tæt infiltrat i højre overlap, og A blev herefter henvist til yderligere udredning på Q Hospital.

Der blev den 11. og 16. oktober 2012 på Q Hospital foretaget CT- og PET-scanning af A. Der kunne i den forbindelse i højre overlap konstateres cen-

tralt beliggende tumor på op til 6,7 cm i diameter, der havde spredt sig til brystskillevæggen.

A indgav herefter anmeldelse til Patientforsikringen (nu Patienterstatningen).

Som led i sagsbehandlingen indhentede Patientforsikringen en udtalelse fra overlæge D

Af udtalelsen fremgår følgende:

”Det drejer sig om en 51-årig kvinde, med et tidligere stort rygeforbrug, som siden december 2006, har gået til undersøgelse i C
Patienten har været udsat for skimmelsvamp, og man laver lungefunktionsundersøgelse, der viser, at patienten har en FEV1 på 60 % af det forventede. Herudover er der lavet udvidet lungefunktionsundersøgelse, der viser at patienten har svært emfysem, og en difussionskapacitet på ca. 50 %.

Dette svinger op og ned, fra gang til gang, og der er adskillige kontakter frem til 2012. Undersøgelsen har ikke levet erfaren specialist standard.

En patient med mangeårig rygeanamnese, emfysem, nedsat lungekapacitet bør få taget røntgen af thorax, og jeg kan ikke se, at det foreligger.

Henvises herefter i oktober 2012 til Lungeklinikken på Q hvor en skanning viser infiltrater i højre lunge, og glandel metastasering.

Der er tale om et ikke småcellet planocellulært karcinom, svarende til stadium T2BN2M0, altså stadium 3A.

Det er svært, at sige hvornår i forløbet røntgenbilledet skulle være taget, men i det jeg kan se, skulle det være taget i tilslutning til første undersøgelse i C

Der er klart tale om en diagnoseforsinkelse, og ideelt set ville det jo altså have været fra stadium 1A til stadium 3A, og det vil sige, at 5-års overlevelsen falder fra 50 til 19 %.”

Den 18. april 2013 traf Patientforsikringen afgørelse om, at A's skade i form af følger af forsinket diagnosticering og behandling af lungekræft var omfattet af loven, og at hun var berettiget til 85.708 kr. i godtgørelse for varigt mén samt svie og smerte. Af begrundelsen for afgørelsen fremgår følgende:

”Efter KEL § 21, stk. 1, erstattes skade som følge af, at der ikke er blevet stillet en rigtig diagnose af patientens sygdom, i de tilfælde, der er nævnt i lovens §

20, stk. 1, nr. 1. Efter praksis gælder denne regel også, hvis diagnosen er blevet stillet for sent.

Efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, ydes der erstatning, hvis undersøgelse eller behandling har afvejet fra, hvad en erfaren specialist ville have gjort i den givne situation. Det er en betingelse, at patienten er påført en skade, der med overvejende sandsynlighed ville være undgået ved en bedre behandling.

Denne regel betyder, at patienten er berettiget til erstatning i de tilfælde, hvor en erfaren specialist ville have handlet anderledes, og skaden på den måde med overvejende sandsynlighed ville være undgået.

Vi har vurderet, at udredning i overensstemmelse med den erfarne specialist-standard på C havde været at henvise dig til røntgenundersøgelse af lungerne den 7. december 2006. Ved sådan undersøgelse havde man efter vores opfattelse set tegn på ondartede forhold og iværksat yderligere undersøgelse, som havde vist lungekræft. I forlængelse af dette kunne din behandling have været iværksat, og du kunne have undgået en forringelse af din statistiske overlevelsesprognose.

Ved vurderingen har vi lagt vægt på, at du var 52 år, havde haft et mangeårigt tobaksforbrug og havde betydeligt nedsat lungefunktion den 7. december 2006. Det forhold at du udviste symptomer på høfeber, astma, indeklimasyndrom og allergi overfor skimmelsvamp den pågældende dag ændrer ikke på vores vurdering.

På baggrund af ovenstående anser vi betingelserne i KEL § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1, for at være opfyldt.”

Den 13. maj 2013 blev A af Patientforsikringen tilkendt yderligere 1.000 kr. i erstatning.

A påklagede herefter den 12. august 2013 Patientforsikringens afgørelser til Patientskadeankenævnet (nu Ankenævnet for Patienterstatningen).

Ved afgørelse af 7. marts 2014 ændrede Patientskadeankenævnet afgørelserne truffet af Patientforsikringen. Af Patientskadeankenævnets afgørelse fremgår følgende:

”...

De har ved brev af 16. januar 2014 sendt Deres bemærkninger og anført, at De fastholder, at C første gang ved årsskiftet 2006/2007 og siden med 1 års mellemrum frem til årsskiftet 2011-2012 har henvist Dem til røntgenundersøgelser af thorax. Røntgenundersøgelserne skulle have foregået på X Sygehus evt. 1 undersøgelse på Z Sygehus, som nu begge er lukkede. På arkivet på Y Hospital eksisterede alene røntgenun-

dersøgelsen fra 2012, som henviser til tidligere røntgenundersøgelse fra 2011. Endelig eksisterer der en røntgenundersøgelse fra 2008, som De har vedlagt.

C har ved brev af 30. januar 2014 anført, at alle røntgenundersøgelser på det tidspunkt gik gennem egen læge, idet patienten ikke var københavnerpatient, og informationer om resultatet fik han via patienten.

...

Afgørelse:

Patientforsikringens afgørelse af 18. april 2013 ændres, således at De ikke findes påført en efter klage- og erstatningsloven erstatningsberettigende skade i form af forsinket diagnosticering og behandling af Deres lungekræft på C Klinikken fra december 2006 og frem.

Patientforsikringens efterfølgende afgørelse af 13. maj 2013 ophæves.

...

Supplerende til sagsfremstillingen bemærkes, at der er foretaget en thorax røntgenundersøgelse den 18. januar 2008...

Begrundelse og resultat

Indledningsvis skal Patientskadeankenævnet bemærkes, at det følger af Højesterets dom gengivet i U 2005 1520 H, at nævnet er berettiget til at træffe en materielt set rigtig afgørelse, selv om en tidligere afgørelse i sagen om ansvarsgrundlag ikke er påklaget eller ikke er påklaget rettidigt.

Det er Patientskadeankenævnets vurdering, at De ikke med overvejende sandsynlighed er påført en erstatningsberettigende skade som følge af behandlingen på C Klinikken fra december 2006 og frem, jf. klage- og erstatningslovens § 19, stk. 1, jf. § 20, stk. 1. De er derfor ikke berettiget til godtgørelse eller erstatning.

Nævnet har ved afgørelsen lagt vægt på, selvom der havde været taget røntgen af thorax ved en af de første konsultationer i december 2006 eller primo 2007 på C Klinikken, som erfaren specialiststandard havde tilsagt, ville et sådant røntgen af thorax på det pågældende tidspunkt ikke med overvejende sandsynlighed have påvist en begyndende lungekræft, ca. 5 1/2 – 6 år før den blev påvist.

Det er nævnets vurdering, at et røntgenbillede alene ville have vist lette emfysemforandringer (sygdomsforandringer i form af udvidelse af små lungeblærer/store lunger), som ikke ville have ført til yderligere udredning og diagnosticering af lungekræft på daværende tidspunkt. Således er der med overvejende sandsynlighed ikke sket en skade som følge af forsinket diagnosticering af lungekræft.

Nævnet har derudover lagt vægt på, at De i forløbet på C ikke har haft symptomer på egentlig lungekræft, og at der ikke i journalma-

terialet fra C Klinikken er oplysninger, der burde have foranlediget, at man skulle have taget røntgen af thorax senere i forløbet op til den 23. august 2012, hvor De blev set sidste gang.

Endelig har nævnet lagt vægt på, at den foretagne røntgenundersøgelse i 2008 viste normale forhold.

Der var således ikke – hverken på baggrund af de kliniske forhold eller røntgenbilledet fra 2008 – anledning til, at man burde have foranlediget røntgen af thorax senere i forløbet op til den 23. august 2012.

Nævnet bemærker, at lungekræft giver relativt sparsomme symptomer, så det kan være meget vanskeligt at påvise sygdommen tidligt i forløbet.

Betingelserne for at yde erstatning efter klage- og erstatningsloven findes således ikke opfyldt, jf. lovens § 19, stk. 1, jf. § 20, stk. 1. Patientforsikringens afgørelse af 18. april 2013 ændres i overensstemmelse hermed, og Patientforsikringens efterfølgende afgørelse af 13. maj 2013 ophæves.”

Den 4. september 2014 anlagde A sag mod Patientskadeankenævnet. I forbindelse med sagens behandling ved Retten i Helsingør har der været stillet en række spørgsmål til Retslægerådet.

Retslægerådet har den 17. september 2015 sendt følgende besvarelser til retten:

”Spørgsmål 1:

Hvordan var A's lungefunktion ved undersøgelsesforløbets start den 7. december 2006?

Lungefunktionen var i 2006 stærkt nedsat. Der foreligger, så vidt Retslægerådet kan se, ikke nogen lungefunktionsundersøgelsessvar fra december 2006 i de medsendte akter. Men i notat fra den 13.11.07 fremgår det, at der er målt en FEV1 på 65 % svarende til en nedsat lungefunktion, og det fremgår, at den er lidt bedre end den, der blev målt i 2006.

Spørgsmål 2:

Er det muligt at vurdere, om A er familiært disponeret for udviklingen af lungecancer?

Man kan ikke på det foreliggende vurdere, om sagsøger har været familiært disponeret for lungecancer.

Spørgsmål 3:

Hvordan udviklede A lungefunktion sig over tid fra december 2006 og frem til diagnosticeringen af lungecanceren den 16. oktober 2012?

Sagsøgers lungefunktion vedblev at være dårlig med mindre udsving i retning af både let bedring og let forværring frem mod oktober 2012.

Spørgsmål 4:

Hvordan var A's lungefunktion umiddelbart forud for diagnosticeringen af lungekræften i oktober 2012?

Lungefunktionen var i december 2012 53 % og diffusionskapaciteten 46 %.

Spørgsmål 5:

Er der i journalmaterialet indikation for, at lungecancerdiagnosen kunne være stillet tidligere end sket i oktober 2012 og i bekræftende fald hvornår?

Retslægerådet bedes begrunde sit svar med henvisning til de relevante lægelige bilag.

Den eneste røntgenoptagelse, der er forelagt Retslægerådet før 09.10.12, er den, der blev udført den 18.01.08 på X Sygehus. På dette billede ses et svagttegnnet cirka 1 cm stort rundinfiltrat mellem C₄ og C₅ cirka 15 mm fra vertebræ i højre overlap.

De angivne mål er cirka mål, idet de er foretaget uden referencemål.

Spørgsmål 6:

Burde A på et tidligere tidspunkt i forbindelse med sit kontrolforløb ved C været henvist til yderligere udredning/undersøgelse med henblik på mistanke om lungecancer og i bekræftende fald hvornår?

Retslægerådet bedes begrunde sit svar med henvisning til de relevante lægelige bilag.

Der er ikke i journalmaterialet fra C anført symptomer eller objektive forhold, der burde give mistanke om lungecancer. Opfølgningen har været i overensstemmelse med almindeligt anerkendt lægefaglig praksis.

Spørgsmål 7:

Med det forbehold der ligger i, at Retslægerådet skal besvare et hypotetisk forløb, anmodes Rådet om at bedømme, hvorvidt A's lungecancer ville have været anderledes, hvis der tidligere havde været iværksat relevant behandling?

Spørgsmålet er hypotetisk og kan ikke besvares.

Spørgsmål 8:

Hvis Retslægerådet besvarer spørgsmål 6 bekræftende, anmodes Retslægerådet om nærmere at angive graden af sandsynlighed herfor, herunder om det er muligt, at A's tilstand ville have været anderledes ved tidligere iværksat behandling, herunder om operativt indgreb ville have været muligt?

Spørgsmålet er hypotetisk og kan ikke besvares.

Spørgsmål 9:

Såfremt A's forklaring om, at hun har fået foretaget røntgenundersøgelser i årene 2009-2011, lægges til grund, er det så en fejl, at journalmaterialet fra B ikke indeholder notater om henvisning til røntgenundersøgelserne?

Det er vanskeligt at forestille sig fravær af notering af bestilling af røntgenundersøgelserne, svaret på disse eller kommentar herom i journalen.

Spørgsmål 10:

Er der i journalmaterialet belæg for, at yderligere undersøgelse ved CT scanning eller bronkoskopi burde være iværksat, og i bekræftende fald hvornår?

Retslægerådet bedes begrunde sit svar med henvisning til de relevante lægelige bilag.

Rundinfiltratet på røntgenundersøgelse af thorax fra 2008 burde have foranlediget yderligere udregning med CT eller bronkoskopi.

Spørgsmål 11:

Såfremt Retslægerådet besvarer spørgsmål 10 bekræftende, anmodes Retslægerådet om at besvare, om det er en fejl – og dermed ikke i overensstemmelse med anerkendt lægefaglig standard – at A ikke blev indkaldt til en yderligere undersøgelse.

Der er tale om en radiologisk fejl, idet rundinfiltratet burde have ledt til yderligere udredning.

Spørgsmål 12:

Lever B's journalføring op til den almindelige anerkendte lægefaglige standard?

Journalføringen lever op til almindelig anerkendt lægefaglig standard.

Spørgsmål 13:

På baggrund af det fremlagte journalmateriale bedes Retslægerådet besvare, om A's kontrolforløb ved C levede op til den almindelige anerkendte lægefaglige standard?

Kontrolforløbet ved C levede op til den almindelige anerkendte lægefaglige standard.

Spørgsmål 14:

Giver sagen i øvrigt Retslægerådet anledning til bemærkninger?

Nej

Spørgsmål A:

Med forbehold for at der er tale om et hypotetisk forløb, bedes Retslægerådet angive, hvorvidt A allerede i slutningen af 2006/primò 2007 havde begyndende lungekræft, og med hvilken grad af sandsynlighed det i givet fald kunne være konstateret ved en røntgenundersøgelse af thorax på dette tidspunkt.

Spørgsmålet er hypotetisk og kan ikke besvares.”

Retslægerådet har endvidere den 9. maj 2016 besvaret en række supplerende spørgsmål vedrørende sagen således:

”Spørgsmål B

Er det svagttegnede rundinfiltrat, som kan ses på røntgenoptagelsen af 18. januar 2008, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 5, med overvejende sandsynlighed udtryk for, at sagsøgeren led af lungekræft på dette tidspunkt?

Nej, rundinfiltratet er ikke med >50 % sandsynlighed udtryk for lungekræft på det tidspunkt. Da kræften endelig blev påvist var det i samme område som det svagttegnede infiltrat. Da der ikke blev fulgt op på forandringen (biopsi, CT-scanning, PET/CT), ved Retslægerådet ikke, hvad den præcis repræsenterede, men det er påfaldende, at tumor udvikler sig i det område.

Spørgsmål C

Kan rundinfiltratet være udtryk for andet end kræft?

Ja.

Spørgsmål D

Er der konkrete holdepunkter for, hvad der taler for henholdsvis imod, at det var kræft, man kunne se på røntgenoptagelsen af 18. januar 2008?

Den er uregelmæssigt afgrænset, arv, rygning og alder – det taler for kræft. Tilsvarende fortætninger kan ses ved for eksempel KOL på grund af fibrose.

Spørgsmål E

Burde A efter almindelig anerkendt lægefaglig praksis have været diagnosticeret på et tidligere tidspunkt og i givet fald hvornår?

Hun burde have været udredt i 2008.

Spørgsmål F

Hvordan og i hvilken grad har den eventuelt forsinkede diagnose af lungekræften påvirket udviklingen og behandlingsmulighederne af kræftsygdommen?

Spørgsmålet har hypotetisk karakter og kan ikke besvares.

Spørgsmål G

Giver sagen i øvrigt Retslægerådet anledning til bemærkninger?

Nej.”

Ankenævnet for Patienterstatningen blev efterfølgende forelagt besvarelsene fra Retslægerådet med henblik på ankenævnets vurdering af, om der var grundlag for at tage sagen op til fornyet behandling. Ankenævnet for Patienterstatningen traf den 12. august 2016 afgørelse om ikke at genoptage sagen, idet ankenævnet fandt, at der med udtalelserne fra Retslægerådet ikke var kommet nye oplysninger, der kunne føre til en ændret vurdering.

Procedure

Ankenævnet for Patienterstatningen har procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 16. maj 2018, hvoraf fremgår følgende:

”...

1. ANKENÆVNETS PRINCIPALE PÅSTAND

1.1 Klar fejl

Retten i Helsingør har i begrundelsen indledningsvist anført (...), at man lægger til grund, at det var en klar fejl, at det rundinfiltrat, der kunne konstateres efter røntgenoptegnelsen den 18. januar 2008 på x Sygehus, ikke lægeligt blev beskrevet og fulgt op af yderligere udredning.

Retten har henvist til Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 5, 10, 11 og E. Det fremgår intet steds i Retslægerådets besvarelser i sagen, at det skulle være en klar fejl, at rundinfiltratet ikke blev fulgt op. Der er heller ikke i sagens øvrige akter holdepunkter for at antage, at der var tale om en klar fejl.

Retslægerådet blev i spørgsmål 5 spurgt, om der var indikation for, at cancerdiagnosen kunne have været stillet tidligere end i oktober 2012. Her udtaler Retslægerådet (...):

”Den eneste røntgenoptagelse, der er forelagt Retslægerådet før 09.10.12, er den, der blev udført den 18.01.08 på x Sygehus. På dette billede ses et svagttegnet cirka 1 cm stort rundinfiltrat mellem C₄ og C₅ cirka 15 mm fra vertebra i højre overlap.

De angivne mål er cirka mål, idet de er foretaget uden referencemål.”

Retslægerådet blev i spørgsmål 11 spurgt, om det var ”en fejl – og dermed ikke i overensstemmelse med almindelig anerkendt lægefaglig standard – at A ikke blev indkaldt til en yderligere undersøgelse”. Her udtalte Retslægerådet (...):

”Der er tale om en radiologisk fejl, idet rundinfiltratet burde have ledt til yderligere udredning.”

Ifølge den nyeste landsretspraksis giver tilsvarende udtalelser fra Retslægerådet ikke anledning til, at der er begået klare fejl, der efter en almindelig erstatningsretlig bedømmelse vil være ansvarspådragende, jf. Østre Landsrets dom af 28. februar 2018 og Vestre Landsrets dom af 12. april 2018.

Der er i øvrigt intet andet grundlag for at antage, at der er begået en klar fejl, som giver anledning til den bevislempelse, som byretten anvender. Tværtimod fremgår det af Retslægerådets svar på spørgsmål 6, at (...):

”Der er ikke i journalmaterialet fra C anført symptomer eller objektive forhold, der burde give mistanke om lungecancer. Opfølgningen har været i overensstemmelse med almindeligt anerkendt lægefagligt praksis.”

Tilsvarende fremgår det udtrykkeligt af Retslægerådets svar på spørgsmål 13 (...), at kontrolforløbet ved C har været i overensstemmelse med almindeligt anerkendte lægefaglige retningslinjer.

Disse svar understøtter ankenævnets vurdering om, at behandlingen på C levede op til, hvorledes en erfaren specialist ville have handlet. Svarene understøtter endvidere, at der i hvert fald ikke kan være tale om en ”klar fejl”, uanset om landsretten måtte pålægge C Klinikken ansvaret for den radiologiske fejl.

Byretten synes helt at have bortset fra disse klare svar fra Retslægerådet vedrørende behandlingen på C som denne sag angår.

Byrettens bevisbedømmelse i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt der er begået en klar fejl, der medfører bevislempelse, bør dermed tilsidesættes.

1.2 Ingen skade

Selv hvis landsretten måtte tilslutte sig, at behandlingen på C klinikken var at karakterisere som en klar fejl, der medfører bevislempelse, så er der fortsat ikke grundlag for at tilsidesætte resultatet af ankenævnets afgørelse. Det er nemlig ikke sandsynliggjort, at A er blevet påført en mérskade som følge af en eventuel forsinket diagnosticering af lungekræft ved behandlingen på C

Ifølge byrettens præmisser består behandlingsskaden i A's kræftdiagnose. Dette giver selvsagt ingen mening, da selve kræftlidelsen uomtvistet er en del af hendes grundlidelse.

Der er alene adgang til erstatning efter loven i det omfang en eventuel forsinkelse af diagnosen har medført en mérskade i forhold til, hvordan forløbet havde været ved en rettidig diagnosticering.

Det følger endvidere af Højesterets præmisser i U.2014.452H, at vurderingen af årsagssammenhængen mellem en skade og en bestemt påvirkning først og fremmest forudsætter en afgrænsning af skaden.

Retten i Helsingørs afgræsning af skaden kan ikke anvendes, da A's kræftdiagnose er hendes grundlidelse og ikke i sig selv kan anses for en mérskade.

Det forhold, at der eventuelt måtte være begået en fejl i behandlingsforløbet, er endvidere heller i sig selv ensbetydende med, at der som følge af fejlen er sket en mérskade, jf. U.2010.408H.

Der er i det hele ikke på baggrund af de foreliggende beviser tilstrækkeligt grundlag for at afgrænse en mérskade.

Der er herunder ikke er tilstrækkelig dokumentation for at antage, hverken at yderligere udredning i forbindelse med røntgenundersøgelsen den 18. januar 2008 med nogen grad af sandsynlighed havde givet anledning til at stille diagnosen allerede i 2008 eller på et tidligere tidspunkt end faktisk sket, eller at behandlingsforløbet/resultatet havde været anderledes end det faktiske.

I denne sag er Retslægerådet i spørgsmål B blevet spurgt, om rundinfiltratet på røntgenoptagelsen den 18. januar 2008 var udtryk for lungecancer på dette tidspunkt. Her udtaler Retslægerådet (...):

”Nej, rundinfiltratet er ikke med >50 % sandsynlighed udtryk for lungekræft på det tidspunkt. Da der ikke blev fulgt op på forandringen (biopsi, CT-scanning, PET/CT), ved Retslægerådet ikke, hvad den præcis repræsenterede, men det er påfaldende, at tumor udvikler sig i det område.” (min understregning)

I svaret på spørgsmål C har Retslægerådet samtidig anført, at rundinfiltratet kunne være udtryk for andet end kræft.

Der er dermed ikke dokumentation for, at A allerede i januar 2008 havde kræft. Derimod må det anses som overvejende sandsynligt, at hun på dette tidspunkt ikke havde kræft.

På den baggrund må tillige konkluderes, at diagnosen selvsagt ikke kunne være stillet på dette tidspunkt.

Retslægerådet er desuden i spørgsmål F blevet bedt om at angive, hvordan en tidligere diagnose kunne have påvirket udviklingen og behandlingsmulighederne af kræftsygdommen. Retslægerådet har dog ikke kunne angive dette (...).

Det er i det hele ikke sandsynliggjort, at A er påført en mérskade som følge af behandlingen. Idet en egentlig mérskade ikke er sandsynliggjort og dermed ikke kan afgrænses, er der følgelig ikke grundlag for at vurdere og konkludere i forhold til spørgsmålet om årsagssammenhæng mellem en sådan mérskade og behandlingen.

Retten i Helsingørs begrundelse for hjemvisningen har således ikke støtte i de foreliggende beviser, og denne del af begrundelsen bør dermed også tilsidesættes.

1.3 Konklusion for så vidt angår ”klar fejl” og ”skade”

Der er ikke grundlag for bevislempelse som følge af en klar fejl, og der er heller ikke grundlag for at antage, at A ville have fået stillet sin kræftdiagnose allerede i januar 2008. Endelig har A ikke godtgjort, at hun med overvejende sandsynlighed er blevet påført en egentlig mérskade.

Der er således ikke anledning til at imødekomme A påstand, idet betingelserne i lov om klage og erstatningsadgang for, at der foreligger en skade omfattet af loven, ikke er opfyldte. Der er i det hele ikke grundlag for et andet resultat end resultatet i ankenævnets afgørelse, og ankenævnet bør derfor frifindes.

2. ANKENÆVNETS SUBSIDIÆRE PÅSTAND

Hvis landsretten finder, at der er grundlag for, at diagnosen kunne være stillet på et tidligere tidspunkt, bør sagen hjemvises til ankenævnet, men med en anden begrundelse end den, som er anført af Retten i Helsingør.

En hjemvisning bør i givet fald ske med den begrundelse, at ankenævnet skal foretage en vurdering af, hvilken betydning en sådan forsinkelse i givet fald måtte have haft, herunder om en eventuel forsinkelse har medført en egentlig mérskade.
...”

A har procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 17. maj 2018, hvoraf fremgår følgende:

”...

Bevislempelse:

Det følger af forarbejderne til patientforsikringsloven, som klage- og erstatningsloven (KEL) har afløst, at der i en situation, hvor der er begået en klar lægelig fejl, som har haft betydning for behandlingen, vil være bevislettelse for årsagssammenhæng mellem behandling og skade ud fra en betragtning om, at den skadelidte vanskeligt kan føre bevis for, hvilken situation han eller hun ville have været i, hvis diagnosen var blevet stillet rettidigt og behandling iværksat tidligere end sket. Forarbejdernes henvisning til den tidligere retspraksis er efterfølgende fulgt af Højesteret i en lang række domme.

Når Retslægerådet i sine besvarelser 17. september 2015 og 9. maj 2016 ... har udtalt, at det ikke kan afgøres, om rundinfiltratet, som kunne ses på røntgenbillederne af 18. januar 2008, var kræft, men at der er flere holdepunkter, som talte for, at der kunne være tale om kræft, og at yderligere udredning derfor burde have fundet sted i 2008, så fører Retslægerådets besvarelse til, at det er tilstrækkeligt sandsynligt, at A's kræftsygdom kunne være diagnosticeret tidligere end tilfældet blev.

Med den bevislættelse for årsagssammenhæng mellem fejl og skade, der gælder i sager, hvor der er begået en klar lægelig fejl er kravet til bevis for årsagssammenhæng ikke "overvejende sandsynligt" (51 % eller mere) men noget mindre. Det følger af Højesterets praksis, at blot "muligheden for", at skaden (her den forsinkede diagnosticering, som kunne have ført til en bedre prognose og behandlingsforløb) kunne have været undgået, er tilstrækkelig dokumentation for sammenhæng.

Grundlag for tilsidesættelse af ankenævnets afgørelse:

Modsat sagen for byretten er der for landsretten enighed mellem parterne om, at røntgenundersøgelsen fra 2008 er inddraget som led i Ankenævnet for Patienterstatningens vurdering af behandlingen, og derfor også kan inddrages, når landsretten skal behandle sagen. Det kan følgelig også Retslægerådets vurdering, hvorefter der er sket en radiologisk fejl.

Ankenævnet for Patienterstatningen vurderede i deres afgørelse af 7. marts 2014 ..., at røntgenundersøgelsen viste normale forhold, og at der: "*ikke — hverken på baggrund af de kliniske forhold eller røntgenbilledet fra 2008 - anledning til, at man burde have foranlediget røntgen af thorax senere i forløbet op til den 23. august 2012.*"

Det synspunkt er tilsidesat af Retslægerådet.

Det er derfor korrekt, når byretten i dommen (...), på baggrund af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 5, 10, 11 og E, lægger til grund, at det var en klar fejl, at det rundinfiltrat, som kunne ses på røntgenbillederne af 18. januar 2008, ikke blev lægeligt beskrevet og fulgt op med yderligere udredning med CT scanning eller bronkoskopi.

Klar fejl:

Om der foreligger en klar lægelig fejl, der kan pådrage en læge et erstatningsansvar, er en juridisk og ikke medicinsk vurdering.

I denne sag må det tages i betragtning, at A var stærkt familiært disponeret for udvikling af lungekræft, hvorfor hele formålet med A undersøgelse og behandling i kontrolforløb ved C var at undersøge og behandle de lungegener og vejrtrækningsproblemer hun havde og samtidig sikre, at eventuelle tegn på udvikling af lungekræft blev opdaget i tide, hvilket må skærpe den behandlende læges, B agtpågivenhed.

Retslægerådets formulering af svaret på spørgsmål 11 ("*Der er tale om en radiologisk fejl, idet rundinfiltratet burde have ledt til yderligere udredning.*") dokumenterer, at behandlende læge handlede culpøst.

Ifølge retspraksis fra før indførelsen af patientforsikringsordningen ville en sådan culpøs adfærd have ført til erstatningsansvar, når de øvrige betingelser (skade og årsagssammenhæng) var opfyldt.

Der er derfor grundlag for at lade tvivlen om årsagssammenhæng til skaden komme A til gode.

Landsretten bør derfor også — som byretten — nå frem til, at der blev begået en klar fejl, der giver grundlag for at lempe kravet til bevis for årsagssammenhæng, idet det ikke kan anses for usandsynligt, at den manglende iværksættelse af yderligere udredning af rundinfiltratet i januar 2008 er årsag til, at A's lungekræft på diagnostetidspunktet i oktober 2012 var uhelbredelig.

Mérskade:

Det er også helt korrekt, når byretten i dommen (...) finder, at der med henvisning til praksis om lempelse af kravet til bevis for årsagssammenhæng, herunder U.2011.1019H, er ført det fornødne bevis mellem fejl og "kræftdiagnosen", og at betingelserne for anerkendelse af skaden efter KEL 20, stk. 1. nr. 1, jf. 21, stk. 1, i klage- og erstatningsloven derfor er opfyldt.

Med "kræftdiagnosen" må nødvendigvis forstås den *uhelbredelige* lungekræftsygdom, som A blev diagnosticeret med i oktober 2012 — mere end 4½ år efter røntgenundersøgelsen i januar 2008 - og som burde have foranlediget yderligere udredning ved CT scanning og/eller bronkoskopi.

Merskaden består dermed i den ukendte prognoseforringelse, som en ikke usandsynlig diagnoseforsinkelse har medført, og som for A's vedkommende ikke er mulig at bevise, idet bevismaterialet mangler, da den/de nødvendige undersøgelser ikke blev foretaget efter røntgenundersøgelsen i januar 2008.

Selvom Retslægerådet i besvarelse af spørgsmål B udtaler, at rundinfiltratet ikke med overvejende sandsynlighed ("> 50% sandsynlighed") var udtryk for kræft, så må Retslægerådets besvarelse også forstås således, at det forhold, at yderligere undersøgelser ikke blev iværksat, hvorfor det ikke er muligt at bevise/sige noget om, hvad rundinfiltratet repræsenterede, betyde, at det heller ikke kan udelukkes, at der var tale om kræft, jf. også sætningen "...det er påfaldende, at tumor udviklede sig i det område."

Retslægerådets besvarelse af spørgsmål D understøtter samme synspunkt, idet det anføres, at A's arv, rygning og alder taler for, at rundinfiltratet kan være kræft.

Da det ikke er usandsynligt, jf. Retslægerådets besvarelser, at den manglende behandling er årsag til skaden, forligger der en erstatningsberettigende patient-skade, jf. U.2011.1019H.

Det er derfor også helt korrekt, når byretten i dommen (...) fandt, at Retslægerådets svar på spørgsmål B om, at rundinfiltratet ikke med mere end 50 %

sandsynlighed var udtryk for lungekræft i 2008, ikke kunne føre til en anden bedømmelse.

Med den bevislættelse for årsagssammenhæng mellem fejl og skade, der følger af, at der er begået en klar lægefaglig fejl, må den mulige prognoseforringelse, som A er påført, give hende ret til erstatning.

A har dermed løftet sin bevisbyrde, således at patientskaden skal anerkendes.

I landsrettens vurdering af sagen henvises også til de betragtninger om bevisbyrde, som er lagt til grund i andre lignende erstatningssager mod offentlige myndigheder, herunder U2014.3146Ø, og som det gøres gældende også med rette kan finde anvendelse i denne sag.

I erstatningssager mod offentlige myndigheder skal borgeren bevise, at de almindelige erstatningsretlige betingelser er opfyldte. I retspraksis er imidlertid udviklet en praksis, hvor bevisbyrde for årsagssammenhæng påhviler myndigheden, hvis der er handlet ansvarspådragende.

Når der i forbindelse med undersøgelse og behandlingen beviseligt er sket en klar fejl, som har medført, at korrekt udredning ikke er sket knap 5 år forinden det faktiske diagnosetidspunkt på hvilket tidspunkt sygdommen var uhelbredelig, må Ankenævnet bære bevisbyrden for, at den manglende rettidige udredning ikke er årsag til, at sygdommen var uhelbredelig.

Den bevisbyrde kan Ankenævnet ikke løfte.

Uanset hvilken betragtning – bevislempelse af årsagssammenhæng eller praksis om omvendt bevisbyrde – der lægges til grund, gøres det gældende, at landsretten som byretten bør nå frem til, at A er påført en erstatningsberettigende skade en erstatningsberettigende skade som følge af forsinket diagnosticering og behandling af lungekræft frem til diagnosticeringen i oktober 2012, jf. KEL § 20, stk. 1, nr. 1.

Appellantens subsidiære påstand:

Det er indstævntes synspunkt, at landsretten har grundlag for at tage stilling til, om der er sket en mérskade og anerkende denne, idet Retslægerådet i besvarelsene, jf. spørgsmål 10, 11, A, B, C og D, ..., har forholdt sig hertil, jf. det ovenfor anførte under ”mérskade”.

...”

Landsrettens begrundelse og resultat

Af Retslægerådets besvarelse af 17. september 2015 af spørgsmål nr. 5, 10 og 11 fremgår, at der på røntgenbilledet af 18. januar 2008 ses et svagttegnet ca. 1 cm stort rundinfiltrat i højre overlap, og at dette burde have foranlediget yderligere udredning med CT eller bronkoskopi. Der blev således i 2008 klart begået en radiologisk fejl.

Spørgsmålet er herefter, om den begåede fejl med overvejende sandsynlighed medførte en skade, jf. § 20, stk. 1, nr. 1, i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet.

Det følger af forarbejderne til den oprindelige § 2 i lov om patientforsikring, som svarer til den nugældende § 20 i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet (jf. Folketingstidende 1990/91, 2. samling, tillæg A, spalte 3285 og 3286), at bestemmelsen ikke dækker normale følger af grundsygdommen (den sygdom, som patienten led af på forhånd) eller komplikationer, der må henføres til selve grundsygdommens forløb. En patientskade omfatter således kun forskellen mellem følgerne af et normalt sygdoms- og behandlingsforløb og følgerne af det faktiske behandlingsforløb (såkaldt merskade). Grundsygdommens forløb kan dog udgøre en patientskade, hvis dette forløb er blevet påvirket af, at patienten ikke har fået adækvat behandling, for eksempel fordi sygdommen ikke er blevet rigtigt diagnosticeret, jf. dagældende § 3, stk. 1, som svarer til nugældende § 21, stk. 1.

Det følger endvidere af de nævnte forarbejder, at det ved vurderingen af, om der er den nødvendige årsagssammenhæng mellem skaden og den undersøgelse, behandling mv., som patienten blev givet, er tilstrækkeligt, at der tilvejebringes en overvejende sandsynlighed for, at skaden er forvoldt herved. Det gælder både ved vurderingen af, om en skade overhovedet kan henføres til f.eks. en forsinket diagnosticering fremfor til grundsygdommens forløb, men også ved den konkrete vurdering af, om skaden kunne være undgået, hvis der ikke var begået fejl.

Som anført i Højesterets dom af 12. januar 2011 (U.2011.1019H) er det skadelidte, der skal bevise at der foreligger årsagsforbindelse. Det fremgår endvidere af dommen, at beviskravene efter forarbejderne i tvivlsomme tilfælde kan lempes, hvis der klart er begået en fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som kan have forårsaget skaden.

Efter Retslægerådets besvarelse af spørgsmål B og C må det lægges til grund, at det på tidspunktet, hvor den radiologiske fejl blev begået, ikke var overvejende sandsynligt, at

A led af lungekræft, eller at yderligere udredning på baggrund af

rundinfiltratet dermed på daværende tidspunkt ville have givet et grundlag for at stille den pågældende diagnose.

Landsretten finder på den anførte baggrund, at A ikke i tilstrækkelig grad har sandsynliggjort, at hun ved den begåede fejl i 2008 er blevet påført en skade, som kunne have været undgået, hvis fejlen ikke var blevet begået.

På denne baggrund frifindes Ankenævnet for Patienterstatningen.

A skal betale sagsomkostninger for begge retter til Ankenævnet for Patienterstatningen med i alt 53.600 kr. Beløbet omfatter 3.600 kr. til retsafgift og 50.000 kr. til udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens omfang og varighed.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Ankenævnet for Patienterstatningen frifindes.

I sagsomkostninger for begge retter skal A inden 14 dage betale 53.600 kr. til Ankenævnet for Patienterstatningen.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 21-06-2018

Line Sougaard Møller
Retsassistent