



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 4. maj 2016 i sag nr. BS L-1677/2014:

A

og

B

mod
Patientskadeankenævnet
Finsensvej 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag er anlagt ved stævning af 2. september 2014.

A og B har under sagen nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Ankenævnet for Patienterstatningen tilpligtes at anerkende, at A er berettiget til forsørgertabserstatning og overgangsbeløb som følge af den ved Patientforsikringens (nu Patienterstatningen) afgåelse af 29. maj 2012 anerkendte- og afdøde C overgåede patientskade i form af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft og følgerne herefter.

Påstand 2:

Ankenævnet for Patienterstatningen tilpligtes at anerkende, at B er berettiget til forsørgertabserstatning som følge af den ved Patienterstatningens (tidligere Patientforsikringen) afgåelse af 29. maj 2012 anerkendte- og afdøde C overgåede patientskade i form af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft og følgerne herefter.

Ankenævnet for Patienterstatning har heroverfor nedlagt følgende

Påstand:

Frifindelse.

Oplysningerne i sagen

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

Parternes anbringender

Sagsøgerne har i deres påstandsdokument af 7. marts 2016 gjort følgende anbringender gældende:

”Til støtte for de nedlagte påstande gøres overordnet gældende, at

- den statistiske 5 års overlevelsesprognose ved rettidig diagnose i august 2010 af C recidiv af kræft var 50 % eller derover, samt at
- dødsrisikoen på grund af patientskaden blev forøget med 50 % eller derover relativt set.

Ankenævnets afgørelse af 7. marts 2014 skal tilsidesættes:

Det gøres gældende, at der er tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets afgørelse, allerede fordi dets vurderinger af prognoser for overlevelse ved det hypotetiske korrekte diagnose- og behandlingstidspunkt har vist sig at være helt forkerte.

Der kan således ikke sættes lid til nævnets vurdering, og Retten skal foretage en helt ny prøvelse med inddragelse af navnlig Retslægerådets udtalelse, sammenholdt med sagens øvrige oplysninger, herunder andre lægelige vurderinger.

Ankenævnet anførte, at den estimerede overlevelse for alle stadier af recidiv af testikelkræft efter kemoterapi er ca. 38-42 %. Dette er af andre læger samt af Retslægerådet oplyst til at være 80 % generelt set.

Derudover anførte Ankenævnet, at C 5-årig overlevelsesprognose på tidspunktet for den faktiske diagnosticering i august 2011 var reduceret til 30 %. Ifølge Retslægerådet var den ca. 50 %.

Hvilket grundlag skal Retten træffe afgørelse på?

Vi har navnlig Retslægerådets vurdering, der tilsiger, at den generelle overlevelsesprognose ved testikelkræft er 80 %.

Dette understøttes af Patienterstatningens interne speciallægekonsulent i urologi og kirurgi, som den 23. maj 2012, sagens bilag 2, udtalte, at den konkrete statistiske 5 års prognose ved rettidig diagnose i august 2010 i C tilfælde, var 80 %.

Ifølge Retslægerådet skal der i denne sag tages hensyn til en særligt ondartet kræftform, men rådet kan ikke udtale sig nærmere om, hvilken konkret betydning dette har, og udtaler, at prognosen generelt forringes ved udsættelse af behandlingen.

Dernæst udtaler Retslægerådet, at overlevelsessandsynlighed konkret i C tilfælde var faldet til ca. 50 % på det tidspunkt, hvor behandlingen blev iværksat i august 2011.

Det må således lægges til grund, at overlevelsessandsynligheden var højere end 50 % på det hypotetiske korrekte diagnose- og behandlingstidspunkt i august 2010.

Sagsøgerne anerkender, at der er en usikkerhed omkring, fra hvilken procent overlevelsessandsynligheden faldt grundet diagnose- og behandlingsforsinkelsen, men gør samtidig gældende, at Retslægerådets udtalelse sammenholdt med øvrige lægelige vurderinger i sagen skaber så megen formodning for, at den relative dødsrisiko faldt med mere en 50 %.

Sagsøgerne hæfter sig ved, at særligt i kræftsager med forsinket diagnose og efterfølgende dødsfald, er kravstillerne stillet i en særlig vanskelig bevissituation med disse hypotetiske overlevelsesprognoser, som adskiller sig fra andre typer af patientskadesager, med mere konkrete skadesforløb. Dette skal der tages hensyn til ved både myndighedernes og Rettens vurdering.

Dernæst gøres det gældende, at der særligt i sådanne situationer er grundlag for at anvende mere generelles overlevelsesstatistikker, som i denne sag er oplyst til at være 80 af Retslægerådet, og endda konkret i C tilfælde vurderet til at være 80 % af Patienterstatningens speciallægekonsulent.

Selv hvis vi forestiller os, at overlevelsessandsynligheden ved korrekt diagnosticering var 67 % (dødsrisiko på 33 %) i C tilfælde, ville en forøgelse af dødsrisikoen med 17 % (ned til overlevelsessandsynligheden på 50 %) stadig være en forøgelse af dødsrisikoen på over 50 % relativt set.

Ankenævnet for Patienterstatning har ved påstandsdokument af 4. marts 2016 gjort følgende anbringender gældende:

"Til støtte for påstanden om frifindelse gøres det gældende, at der ikke

er grundlag for at tilsidesætte Ankenævnet for Patienterstatningens (tidligere Patientskadeankenævnet) afgørelse af 7. marts 2014 (bilag 7).

For at afgørelsen kan tilsidesættes, skal der efter praksis foreligge et sikkert grundlag, og bevisbyrden herfor påhviler sagsøgerne. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

Der er ikke under sagen fremkommet nye, væsentlige oplysninger eller dokumentation i forhold til grundlaget for ankenævnets afgørelse, og det fremkomne giver derfor ikke i sig selv grundlag for at rejse tvivl om afgørelsens rigtighed.

Ankenævnet er enig i, at ☐ blev påført en patientskade omfattet af klage- og erstatningsloven som følge af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft, jf. lovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1.

Det gøres imidlertid gældende, at boet efter ☐ og sagsøgerne blev fuld ud kompenseret for patientskadens følger ved Patienterstatningens afgørelse af 7. januar 2013 (bilag 3), jf. klage- og erstatningslovens § 24, stk. 1. Det var derfor berettiget, at Patienterstatningen ved afgørelsen af 3. maj 2013 (bilag 5), som blev stadfæstet ved ankenævnets afgørelse af 7. marts 2014 (bilag 7), meddelte afslag på yderligere erstatning og godtgørelse, herunder forsørgertabserstatning og overgangsbeløb.

Der henvises til, at selvom den forsinkede diagnosticering af ☐ kræftsygdom formentlig reducerede hans prognose for overlevelse, er det dog mest sandsynligt, at sygdomsudviklingen og den deraf følgende død må tilskrives ☐ grundsygdom i form af recidiv af behandlet testikelkræft og ikke følger af diagnose- og behandlingsforsinkelsen og dermed den anerkendte patientskade.

Der henvises til, at ☐ symptomer var betydelige og spredningen sandsynligvis til stede i august 2010, jf. om spredningen Retslægerådets besvarelse af spørgsmål A. Der var sandsynligvis allerede på dette tidspunkt spredning af kræften i form af bl.a. udbredte metastaser i lymfeknuder. Operation med fjernelse af alle metastaser havde således ikke været muligt i august 2010. Hertil kommer, at den behandling, som ☐ ville have modtaget i august 2010 ville have været den samme, som den han faktisk modtog i august 2011, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmål D.

Der henvises videre til, at det efter Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 1 kan lægges til grund, at ☐ svulst var af en speciel type, der udgør en særligt ondartet undergruppe. Derved havde ☐ en dårligere overlevelsesprognose.

Selvom ankenævnet anerkender, at behandlingen hos

C egen læge ikke levede op til, hvorledes en erfaren specialist under de givne omstændigheder ville have gjort, jf. ovenfor, bestrider nævnet, at behandlingen udgjorde en egentlig ansvarspådragende lægefejl, der ville udgøre et selvstændigt ansvarsgrundlag, såfremt klage- og erstatningslovens bestemmelser ikke fandt anvendelse.

Dette understøttes af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 4 og D, hvoraf fremgår, at der var tale om et lægeligt fejlskøn, men at der ikke var tale om en klar fejl.

Det gøres i forlængelse heraf gældende, at selv i det tilfælde, at der måtte have foreligget en egentlig ansvarspådragende fejl – hvilket som nævnt ikke er tilfældet – er dette ikke tilstrækkeligt til at godtgøre en årsagsforbindelse mellem på den ene side den anerkendte patientskade og på den anden side C død.

Efter forarbejder og praksis stilles der krav om overvejende sandsynlighed (dvs. mere end 50 procent), førend patienten har løftet sin bevisbyrde for årsagssammenhæng mellem en behandling omfattet af loven og patientens gener, jf. Folketingstidende 1990-91, tillæg A, spalte 3286, der bl.a. er gengivet i Højesterets præmisser i U 2011.1019 H.

Af samme præmisser fremgår, at kravene til bevis for årsagsforbindelse i tvivlstilfælde kan lempes, hvis "*...der klart er begået en fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som har forårsaget skaden.*"

Bevislempelse er således reserveret til tilfælde, hvor der er bevistvivl og hvor der klart er begået fejl.

Kun i sådanne tilfælde kan tvivl om årsagsforbindelse efter omstændighederne komme patienten til gode. Dette blev første gang fastslået af Højesteret i dommen U 2002.1690/2 H. Princippet er præciseret i efterfølgende domme. I dommen U 2010.408 H udtalte Højesteret eksplicit, at selvom der klart var begået ansvarspådragende fejl, som medførte bevislempelse, var det (alligevel) ikke tilstrækkeligt sandsynliggjort, at der var årsagsforbindelse mellem den konstaterede skade og de begåede fejl."

Parterne har i deres procedurer i det væsentligste henholdt sig til det i påstandsdokumenterne anførte.

Rettens begrundelse og afgørelse

Der er ubestridt, at C døde som følge af en særlig ondartet testikkelkræft i recidiv.

Det er endvidere ubestridt, at C blev påført en patientskade omfattet af klage- og erstatningsloven som følge af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft, jf. § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1, i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet. Dette er endvidere bekræftet af Retslægerådet, der som svar på spørgsmål 4 om, hvorvidt det var en klar fejl, at C egen læge ikke foranledigede relevante undersøgelser for recidiv af testikkelkræft tidligere end august 2011 anførte følgende:

"Det er tale om et meget sent recidiv, mere end 20 år efter den primære diagnose, hvilket naturligt vil nedsætte opmærksomheden på tilbagefald. Det er relevant at uderede, om smerterne stammer fra ryggen, som det blev gjort. Imdertid nævner patienten et utilsigtet væggtab på 10 kilo, smerterne er voldsomme og progredierende. Reumatologisk er der ingen forklaring. Det må betragtes som et lægeligt fejlskøn, at der ikke hurtigere blev foretaget en bredere udredning, herunder af abdomen".

Herudover er der enighed om, at den forsinkede diagnosticering formentlig reducerede C prognose for overlevelse.

Spørgsmålet er herefter, om C død mest sandsynligt må tilskrives hans grundsygdom, dvs. recidiv af behandlet testikelkræft, eller mest sandsynligt var en følge af diagnose- og behandlingsforsinkelsen og dermed den anerkendte patientskade.

Det er en betingelse for, at det kan anses for overvejende sandsynligt, at dødsfaldet kunne være undgået ved korrekt diagnose og behandling, at overlevelsessandsynligheden ved korrekt diagnose og behandling var over 50 %. Det er desuden en betingelse, at dødsrisikoen blev forøget mere end 50 % relativt set.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der var over 50 % sandsynlighed for, at C ved korrekt diagnose- og behandlingstidspunkt havde overlevet, blev Retslægerådet i spørgsmål 1 anmodet om i procent at oplyse, hvad den statistiske overlevelsessandsynlighed ville have været, hvis kræftdiagnosen var stillet, og relevant behandling havde været iværksat allerede i august 2010. Retslægerådet anførte følgende:

"Generelt kureres cirka 80 % af patienter med recidiv af testicanser. Der må dog tages hensyn til, at afdødes svulst var af en speciel type (blommesæktumer), der udgør en særligt ondartet undergruppe og dermed giver en dårligere prognose.

Det er ikke muligt at udtale sig om overlevelsessandsynligheden i tilfælde af, at behandlingen var blevet iværksat i august 2010, da syg-

domsudbredningen på det pågældende tidspunkt ikke er kendt, men generelt forringes prognosen ved udsættelse af behandling. På det tidspunkt, hvor behandlingen blev iværksat, kan overlevelsessandsynligheden skønnes til cirka 50 %"

Retten lægger herefter til grund, at der var mere 50 % sandsynlighed for, at C ved korrekt diagnose- og behandlingstidspunkt havde overlevet. Retten finder således at måtte tilsidesætte Patientskadeankenævnets præmis i afgørelsen af 7. marts 2014 om, at C i august 2010 kun havde en 5-årig overlevelsesprognose på ca. 40 procent, allerede fordi Retslægerådet skønner, at han havde en overlevelsessandsynlighed på ca. 50 %, da behandlingen startede 1 år efter (i august 2011).

Spørgsmålet er herefter alene, hvorvidt dødsrisikoen blev forøget med mere end 50 % fra det tidspunkt, hvor sygdommen ved en korrekt diagnosticering havde været opdaget og til det tidspunkt, hvor den korrekte diagnosticering blev opdaget og behandlingen iværksat.

Det følger af almindelige bevisprincipper samt af fast retspraksis, at det er den, der påberåber sig, at diagnoseforsinkelsen med overvejende sandsynlighed var årsag til dødsfaldet, som har bevisbyrden herfor. Det er således i denne sag sagsøgerne, der skal bevise, at dødsrisikoen blev forøget med mere end 50 % fra august 2010 til august 2011.

Det er ikke muligt for retten at vurdere dette med sikkerhed. Det ovenfor citerede svar fra Retslægerådet om den statistiske overlevelsessandsynlighed kan således alene tages som et udtryk for, at prognosen formentlig var forringet pga. udsættelsen af behandlingen, at C prognose havde været under 80 %, hvis behandlingen havde været iværksat i august 2010, og at prognosen var på ca. 50 %, da behandlingen blev iværksat i august 2011.

Ud fra sædvanlige bevisprincipper har sagsøgerne således ikke løftet bevisbyrden for, at dødsrisikoen blev forøget med 50 %.

Følgende blandt andet anføres imidlertid i forarbejderne til § 2 i den nu ophævede lov om patientforskring § 2, der svarer til § 20 i den nugældende lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet:

"...

Det er imidlertid sjældent muligt at træffe afgørelsen i tvivlsomme tilfælde alene på grundlag af generelle statistiske erfaringer.

Formuleringen udelukker ikke, at der i sådanne tilfælde kan inddrages andre momenter i vurderingen, hvor dette findes rimeligt. Hvis det f.eks. konstateres, at der klart er begået fejl ved behandlingen af

patienten, som kan have forårsaget den konkrete skade, kan det være rimeligt at lade en eventuel tvivl om den faktiske årsagssammenhæng komme patienten til gode."

Forarbejderne åbner således op for, at der anlægges en lempelig bevisvurdering, hvor "dette er rimeligt". I forarbejderne anføres - som et eksempel - at der klart er begået fejl ved behandlingen af patienten, som han have forårsaget den konkrete skade. Dette er imidlertid som anført alene et eksempel, og forarbejderne må forstås således, at de eneste egentlige betingelser for, at der kan anlægges en lempelig bevisvurdering, er, at tilfældet skal være tvivlsomt, og at det "er rimeligt" at anlægge en lempelig bevisvurdering.

Retten finder, at det i dette tilfælde vil være rimeligt at anlægge en lempelig bevisvurdering. Retten har i den forbindelse navnlig lagt vægt på, at det er ubestridt, at der blev begået et lægeligt fejlskøn, og at det må lægges til grund, at dette fejlskøn har forringet C chance for at overleve. Retten har endvidere lagt vægt på, at det - som anført af sagsøgerne - i kræftsager med forsinket diagnose og efterfølgende dødsfald er særligt vanskeligt at bevise et eksakt fald i en overlevelsesprognose.

På denne baggrund finder retten, at sagsøgerne i tilstrækkeligt omfang har godtgjort, at diagnoseforsinkelsen med overvejende sandsynlighed var årsag til C dødsfald.

Retten tager derfor sagsøgernes påstand til følge.

For så vidt angår sagsomkostningerne har sagsøgerne - der har haft fri proces - fået fuldstændig medhold i sagen, og Statskassen skal således have tildelt sagsomkostninger. Sagsomkostningerne fastsættes til 127.540 kr., hvoraf 100.000 kr. udgør rimelige advokatomkostninger, mens de resterende 27.540 svarer til retsafgiften. Retten har ved fastsættelsen af de rimelige advokatomkostninger navnlig lagt vægt på sagens værdi, som parterne er enige om er 1.134.292 kr., processkrifternes omfang og det forhold, at det har været stillet spørgsmål til Retslægerådet. Retten har endvidere henset til, at hovedforhandlingen kun strakte sig over 1/2 dag.

Thi kendes for ret:

Ankenævnet for Patienterstatning skal anerkende, at A er berettiget til forsørgertabserstatning og overgangsbeløb som følge af den ved Patientforsikringens (nu Patienterstatningen) afgørelse af 29. maj 2012 anerkendte- og afdøde C overgåede patientskade i form af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft og følgerne herefter.

Ankenævnet for Patienterstatning skal anerkende, at B er berettiget til forsørgertabserstatning som følge af den ved

Patienterstatningens (tidligere Patientforsikringen) afgørelse af 29. maj 2012 anerkendte- og afdøde **C** overgåede patientskade i form af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft og følgerne herefter.

I sagsomkostninger skal Ankenævnet for Patienterstatning inden 14 dage betale 127.540 kr. til Statskassen. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Jacob Waage
Dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten på Frederiksberg, den 11. maj 2016.

Maria Liva Hansen, Kontorfuldmægtig