



RETEN I HORSENS DOM

afsagt den 4. december 2017

Sag BS-663/2017-HRS

A

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen

Denne afgørelse er truffet af dommer Christian Pedersen.

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen er anlagt den 29. maj 2017. Sagen drejer sig om sagsøgte, Ankenævnet for Patientforsikringens anerkendelse af krav om yderligere erstatning for en anerkendt patientskade, der er påført sagsøgeren, A.

A har fremsat følgende påstand:

Sagsøgte dømmes til at anerkende, at sagsøger har krav på yderligere erstatning for anerkendt patientskade i form af svie og smerte, 64.190 kr., tabt arbejdsfortjeneste, 17.782 kr., samt tort-godtgørelse, 10.000 kr., eller i alt 91.972 kr.

Ankenævnet for Patienterstatningen har fremsat påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

A fik den 29. december 2015 på B borto-pereret prostata og et større antal lymfeknuder, efter at han på grundlag af un-

dersøgelse af nogle biopsier havde fået diagnosticeret prostatakraft. Det viste sig senere, at **A** ikke havde prostatakraft, og at den fejlagtige diagnose skyldtes, at de udtagne biopsier var blevet ombyttet med biopsier fra en anden patient. Ved Patienterstatningens afgørelse af 6. juni 2016 fik **A** efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet tilkendt en samlet erstatning for svie og smerte og varigt mén på 84.676 kr.

Vedrørende erstatningsopgørelsen hedder det blandt andet:

"...

Tabt arbejdsfortjeneste og erhvervsevnetab efter erstatningsansvarslovens § 2 og §§ 5-8

Ifølge anmeldelsen har du ikke haft indkomsttab og du har genoptaget dit tidligere arbejde. Du er derfor ikke berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste eller erhvervsevnetab.

Svie og smerte efter erstatningsansvarslovens § 3.

Takst pr. sygedag 190 kr.

Sygeperiode(r)	28-12-2015 - 17-01-2016	21 dage
Erstatningsberettigende periode (21 dage - 0 dage)		21 dage
21 dage á 190 kr.		3.990 kr.
Skønsmæssig godtgørelse		10.000 kr.
Godtgørelse for svie og smerte i alt		13.990 kr.
Beløbet forrentes fra 09-06-2016		

..."

Ved en afgørelse af 7. juli 2016 tilkendte Patienterstatningen **A** 2.600 kr. til dækning af transportudgifter i forbindelse med behandling på **B** og afslog samtidig at give erstatning for helbredelsesudgifter og tort.

Disse afgørelser indbragte **A** for Ankenævnet for Patienterstatningen, i hvis afgørelse af 2. marts 2017 det blandt andet hedder:

"...

Ankenævnet for Patienterstatningen er enig i Patienterstatningens afgørelser af 6. juni, 7. juli og 29. august 2016, som derfor stadfæstes.

A har ikke ret til yderligere godtgørelse for svie og smerte eller yderligere erstatning for tabt arbejdsfortjeneste eller andet tab i den forbindelse.

A har endvidere ikke ret til godtgørelse for tort.

Begrundelse for afgørelsen

Ankenævnet er enig i den erstatning og godtgørelse, som Patienterstatningen har tilkendt **A**.

Til de erstatningsposter, han har klaget over, bemærker ankenævnet følgende:

Erstatningen for en behandlingsskade fastsættes efter reglerne i erstatningsansvarsloven. Det følger af § 24, stk. 1, i klage- og erstatningsloven.

Tabt arbejdsfortjeneste

Ankenævnet er enig med Patienterstatningen i, at **A** ikke har ret til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste som følge af behandlingsskaden, jf. § 2 i erstatningsansvarsloven.

Der kan ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, hvis den skadelidte har lidt et faktisk løntab, der kan dokumenteres eller sandsynliggøres.

A fik fuld løn i hele sygeperioden som følge af den unødige operation og har derfor ikke lidt et løntab.

For så vidt angår det i klagen anførte om, at han har afholdt ni feriedage, som blev brugt på at tage til behandling på grund af patientskaden vurderer ankenævnet, at han ikke er berettiget til erstatning herfor. Han har ikke haft et økonomisk tab som følge heraf.

U1990. 616H kan ikke føre til en anden vurdering. Højesteret vurderede, at tabet af ferie ikke kan anses som "andet tab" i henhold til § 1 i erstatningsansvarsloven, og at der således ikke skal tilkendes erstatning for den rekreative værdi af mistet ferie.

Det er derfor hverken dokumenteret eller sandsynliggjort, at **A** som følge af behandlingsskaden har lidt et midlertidigt løntab, som berettiger til erstatning efter § 2 i erstatningsansvarsloven.

Svie og smerte

Ankenævnet vurderer, at **A** har ret til at få godtgørelse for svie og smerte som følge af behandlingsskaden, jf. § 3 i erstatningsansvarsloven.

Operationen blev udført den 29. december 2015. A var sygemeldt fra den 28. december 2015 til den 17. januar 2016 på grund af den unødvendige operation.

Derudover har han i forbindelse med den forkerte diagnose og i tiden efter operationen været mærket af forløbet samt været til kontroller og samtaler vedrørende hans inkontinensproblematik og det udviklede lymfødeme i benet. Han har dog været i stand til at passe sit arbejde.

På baggrund af forløbet er Ankenævnet enig med Patienterstatningen i den tilkendte godtgørelse for svie og smerte.

Der er i godtgørelsen taget højde for tiden fra fejldiagnosen blev stillet den 30. november 2015 og frem til, at den blev afkræftet igen. Selv om han har været igennem et ubehageligt forløb som følge heraf, da kan dette ikke begrunde en forhøjelse af godtgørelsen for svie og smerte. Det forhold, at der endnu ikke er truffet endelig afgørelse om eventuel godtgørelse for varigt mén som følge af lymfødeme medfører ikke i sig selv ret til godtgørelse for svie og smerte, da betingelserne for at have ret til godtgørelse for svie og smerte fortsat skal være opfyldt.

Tort

For så vidt angår klagers bemærkning om, at han må være berettiget til tort efter erstatningsansvarslovens § 26 kan det oplyses, at betingelserne for at opnå godtgørelse for tort indebærer krænkelse af en vis grovhed af en andens frihed, fred, ære eller person. Dette kan for eksempel være uretmæssig frihedsberøvelse, kidnapning, offentlige omtale af private oplysninger uden samtykke, voldtægt m. v.

Efter ankenævnets opfattelse er As patientskade og forløb ikke af en sådan karakter, at han kan anses for berettiget til godtgørelse for tort.

..."

A har forklaret, at han er chef for toldafdelingen i en eksportvirksomhed. I forbindelse med en helbredsundersøgelse i 2013, da han var 52 år gammel, blev han tilbudt at deltage i en undersøgelse, der gik under navnet Molproprojektet, og som vedrørte forekomsten af prostatakraft hos mænd over 50. Hans far havde haft en forstørret prostata, og det fortalte han. Det er imidlertid forkert, når der i journalmaterialet står skrevet, at han har sagt, at hans far døde af prostatakraft. Der var tale om årlige undersøgelser af blodprøver og manuel undersøgelse af prostata. Man fandt, at hans PSA-tal i den første blodprøve var noget højt, og da tallet steg både i 2014 og 2015, blev der ved stan-

dardkontrollen i 2015 taget biopsier fra hans prostata. Han blev indkaldt til en samtale den 30. november 2015 og fik her at vide, at der var konstateret kræft i biopsierne. Man foreslog en "ikke besparende" operation, der indebar, at både prostata og omgivende nervevæv blev fjernet. Han fik oplyst, at der var risiko for både inkontinens og impotens, som måske ville bedres senere. En MR-skanning viste, at der ikke var tegn på kræft andre steder. Han var chokeret og besluttede sig for operationen, som fandt sted den 29. december 2015. Han passede sit arbejde i tiden indtil operationen, men følte, at han "levede i en osteklokke". Han begyndte "papirmæssigt" at forberede sin død. Han kontaktede blandt andet sit forsikringsselskab og fik udbetalt forsikringssummen for "kritisk sygdom" med 300.000 kr. Han fik i øvrigt lov til at beholde dette beløb, da han senere hen meddelte forsikringsselskabet, at han alligevel ikke havde kræft, idet man skønnede, at han havde gennemgået det samme forløb som en kræftpatient. Der blev dog indføjet en klausul om, at han de følgende 7 år ikke ville kunne få udbetalt erstatning for "kritisk sygdom", hvis der var tale om en kræftsygdom. Han var indlagt 1 dag i forbindelse med operationen og fik fjernet stingerne den 6. eller 7. januar 2016. Den 8. januar 2016 blev han ringet op og indkaldt til en samtale den følgende dag "under ledsagelse af en pårørende". Dette fik ham til at tro, at der var konstateret yderligere kræft. Han havde sin ægtefælle med til samtalen, hvor han fik at vide, at man udover prostataen havde fjernet 35 lymfeknuder, og at der havde været betændelse i 23 af dem. Derimod havde der ikke været kræft i den fjernede prostata. Han fik nu at vide, at der var sket en forbytning af biopsierne. Han har været meget stærkt påvirket psykisk af forløbet og føler, at han har ændret personlighed, så han nu har svært ved at tage sig af andre menneskers mindre alvorlige problemer. Han har ikke søgt psykologhjælp, idet han ikke tillid til, at en psykolog vil kunne hjælpe ham. Han begyndte at arbejde igen den 19. januar 2016, men har haft problemer med operationssåret, der væskede. Det viste sig, at han efter fjernelsen af de mange lymfeknuder havde fået lymfødem, og at der var tilstødt en stafylokokinfektion. Han var i en måned hver dag henne på et plejehjem for at få forbindingen skiftet. Han fortsatte også med at følge Molproprojektet. Endelig havde man på et tidspunkt mistanke om, at han havde tuberkulose, og han blev sendt på lungeklinik. Disse undersøgelser fandt sted i arbejdstiden, og han har taget timerne som afspadsering. Han er månedslønnet og er ikke blevet trukket i løn. Normalt får man ikke betaling for overarbejde, der skal afspadseres, men der er dog sket udbetaling i særlige tilfælde.

Der er ikke talmæssig uenighed mellem parterne vedrørende det krav,

A har fremsat for tabt arbejdsfortjeneste.

Parternes synspunkter

A har i sit påstandsdokument anført følgende:

"...

Svie og smerte

I medfør af EAL § 3, 2. pkt. kræves dækning op til lovens maksimumdækning uanset at den formelle sygemeldingsperiode er forholdsvis kortvarig.

Til start bør sygemeldingsperioden regnes fra 30.11.15 – hvor fejldiagnosen er stillet - og frem til 17.01.16, hvor sagsøgte regner perioden fra 28.12.15.

Herudover bør der i alle tilfælde laves et væsentlig større skønsmæssigt tillæg end de 10.000 kr., som sagsøgte, er nået frem til, til kompensation for påvirkninger fra diagnosen og følger efter den unødvendige operation.

Principalt bør tillægget indebærer samlet dækning op til lovens maksimumbeløb – subsidært et mindre beløb større end 10.000 kr.

En patientskade som denne bør falde i kategorien "særlige tilfælde", der iht. lovforarbejderne til EAL tænkes anvendt, når skadelidte, som her ikke nødvendigvis har været sygemeldt fra arbejde, men har haft væsentlige fysiske og psykiske gener – eller med betegnelsen forud for EAL har haft væsentlig "ulempe"

Tabt arbejdsfortjeneste

Sagsøger har på baggrund af høj arbejdsintegritet/-moral af hensyn til arbejdsgiver tilrettelagt behandlinger mv. sådan, at disse behandlingsdage har involveret ferie-/fridage, således at man ikke af lønsedler kan se fravær på lønsedler, også fordi sagsøger er månedslønnet, til disse behandlinger.

Disse omstændigheder bør dog ikke stille sig til hinder for, at sagsøger i stedet kompenseres ud fra "mistet ferie" enten ud fra EAL § 1 eller EAL § 2, når der evident har været tale om at sagsøger som følge af patientskaden har måttet bruge ferie-/fridage på behandlinger.

For opgørelse af kravet henvises til bilag 6.

Tort

Ud fra ordlyden af EAL § 26 "retsstridig krænkelse af en ... person", synes det åbenbart at det *overgreb* som fejlbehandlingen af sagsøger reelt har været, bør udløse krav på tort-godtgørelse, men det skal medgives, at dette synspunkt ikke nødvendigvis afspejles i hidtidig retspraksis.

Sagsøger opfordrer med andre ord retten til at være rets-skabende i det omfang, at f.eks. U1989.1007H – hvor en opererende læge fandtes at have handlet retsstridigt- ikke findes at kunne være præjudicerende i sagsøgers tilfælde, i stedet

for som i anden retspraksis, at anskue forholdet som en ikke-tilsigtet følge af uagtsomme fejl, der ikke anses for samtidig at være retsstridig og derfor ikke udløser tort-godtgørelse.

..."

Under sin procedure har A's advokat yderligere anført, at både Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen har lagt til grund, at A 9 gange har kørt til behandlinger som kan relateres til den anerkendte patientskade. Selv om det efter A's forklaring må lægges til grund, at han også har afspadseret for at deltage i behandlinger, der ikke har forbindelse med patientskaden, bør han have erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for den behandlingstid, der relaterer sig til disse 9 kørsler. Selv om A ikke er blevet trukket i løn, har han lidt et tab ved, at hans "afspadseringskonto" er blevet nedskrevet. For så vidt angår torterstatning, gøres det gældende, at der foreligger fejl af en sådan grovhed, at lovens krave om retsstridighed er opfyldt.

Ankenævnet for Patienterstatningen har i sit påstandsdokument anført følgende:

"...

Når en patient er blevet påført en erstatningsberettigende patientskade i klage- og erstatningslovens forstand, følger det af lovens § 24, at godtgørelse og erstatning fastsættes efter reglerne i erstatningsansvarsloven.

Det påhviler A at godtgøre, at der er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse.

Denne bevisbyrde har han ikke løftet. Der er intet nyt fremkommet under retsagen.

Det må ved bevisbedømmelsen tages i betragtning, at ankenævnet på grund af sin sammensætning, der bl.a. omfatter medlemmer med lægevidenskabelig baggrund, brugen af speciallægekonsulenter ved afgørelserne og gennem behandling af et stort antal sager, har en særlig erfaring i at bedømme sager efter klage- og erstatningsloven, og at der derfor skal være et sikkert grundlag for at tilsidesætte afgørelsen.

For så vidt angår de enkelte erstatnings- og godtgørelsesposter, fremsættes følgende anbringender:

Ad tabt arbejdsfortjeneste

Efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, indtil den skadelidte kan arbejde igen. Der ydes kun erstatning for det faktiske løntab, som kan dokumenteres eller sandsynliggøres.

I erstatningen fradrages bl.a. løn under sygdom, dagpenge og forsikringsydelser, der har karakter af en virkelig skadeserstatning, og lignende ydelser til den skadelidte, jf. erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1.

Det gøres gældende, at der ikke er grundlag for at tilkende **A** erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, som følge af fejldiagnosen, idet han fik fuld løn i hele sygeperioden. Han har dermed ikke haft et erstatningsberettigende løntab.

Det af **A** anførte om, at han har anvendt feriedage til behandling af patientskaden, berettiger ikke til erstatning, idet det ikke har medført et faktisk løntab. De anvendte feriedage berettiger heller ikke til erstatning for "andet tab" efter erstatningsansvarslovens § 1, jf. U1990.616H.

Ad svie og smerte

Der kan ydes godtgørelse for svie og smerte, hvis skadelidte har været syg og underlagt behandling som følge af skaden, jf. erstatningsansvarslovens § 3. Det afgørende er, om skadelidte er syg, dvs. sygemeldt og undergivet en vis form for lægelig eller anden behandling.

Det gøres gældende, at der ikke er grundlag for at tilkende **A** yderligere godtgørelse for svie og smerte end de kr. 13.990,-, han er blevet tilkendt.

Ankenævnet har med rette vurderet, at **A** var sygemeldt fra den 28. december 2015 til den 17. januar 2016 på grund af patientskaden (den unødvendige operation).

A er for denne periode blevet tilkendt kr. 3.990,- svarende til 21 dage à kr. 190,-.

Derudover er **A** blevet tilkendt kr. 10.000,- i skønsmæssig godtgørelse for svie og smerte som følge af den psykiske påvirkning af den fejlagtige kræftdiagnose og fysiske gener/ubehag efter den unødige operation.

Der er ikke grundlag for at tilkende yderligere godtgørelse for svie og smerte end det allerede tilkendte.

Ad tort

Efter erstatningsansvarslovens § 26 kan der ydes godtgørelse for tort i anledning af en retsstridig krænkelse af en andens frihed, fred, ære eller person.

Ankenævnet har med rette vurderet, at **A's** patientskade og forløb ikke er af en sådan karakter, at han er berettiget til godtgørelse for tort, idet der ikke er tale om en retsstridig krænkelse af **A's** frihed, fred, ære eller person.

..."

Ankenævnets advokat har i det væsentlige gentaget det således anførte i sin procedure og har vedrørende spørgsmålet om erstatning for tort protesteret mod, at sagsøgeren som nyt anbringende gør gældende, at der foreligger grov uagtsomhed.

Rettens begrundelse og resultat

Som anført af Ankenævnet for Patienterstatningen fremgår det af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 24, stk. 1, at erstatning og godtgørelse fastsættes efter reglerne i erstatningsansvarsloven.

For så vidt angår erstatning for svie og smerte, ydes der erstatning for hver dag, skadelidte er syg, jf. erstatningsansvarslovens § 3. Efter sagens oplysninger kan det lægges til grund, at **A** har passet sit arbejde, indtil han blev opereret den 29. december 2015, at han efter operationen genoptog sit arbejde den 17. januar 2016, og at han er blevet tilkendt takstmæssig erstatning for den mellemliggende sygdomsperiode. Herudover er han blevet tilkendt en skønsmæssig godtgørelse på 10.000 kr. for tiden fra den 30. november 2015, til diagnosen blev afkræftet, for blandt andet den psykiske belastning, diagnosen har medført. Retten finder ikke, at sagens oplysninger sammenholdt med den foreliggende retspraksis giver grundlag for at tilsidesætte det skøn, der er udøvet af Ankenævnet for Patienterstatningen.

For så vidt angår erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, kan det lægges til grund, at behandlingerne, der i øvrigt efter **A's** forklaring i retten har vedrørt andet end den anerkendte patientskade, ikke har medført noget indtægtstab for ham. Herefter findes **A** ikke at have krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

For så vidt angår erstatning for tort, lægger retten til grund, at tiden fra kræftdiagnosen blev meddelt ham den 30. november 2015, til den blev afkræftet den 9. januar 2016, har været psykisk meget belastende for ham, og at operationen har medført alvorlige gener for ham. Selv om den fejl, der ligger til grund for den forkerte diagnose, således har haft meget alvorlige konsekvenser for **A**

findes den ikke at have haft en sådan grovhed og dadelværdighed, at den kan begrunde, at han har krav på godtgørelse for tort efter erstatningsansvarslovens § 26, stk. 1.

Efter det således anførte tages Ankenævnet for Patienterstatnings frifindelsespåstand i det hele til følge.

Efter sagens værdi, forløb og udfald skal **A** betale 30.000 kr. inklusive moms i sagsomkostninger til Ankenævnet for Patienterstatning til dækning af nævnets udgift til advokat.

THI KENDES FOR RET:

Ankenævnet for Patienterstatning frifindes.

A skal inden 14 dage til Ankenævnet for Patient-erstatning betale sagens omkostninger med 30.000 kr. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.