



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 26. maj 2017 i sag nr. BS 1D-1179/2014:

A

mod
Ankenævnet for Patienterstatningen
Finsensvej 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagens hovedspørgsmål er, om sagsøger, A, er blevet forsinket diagnosticeret (lungekræft) og følgelig er blevet påført en erstatningsberettigende skade efter § 20, stk. 1, nr. 1, jf. § 21, stk. 1, i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet.

Sagen angår prøvelse af sagsøgtes – nu Ankenævnet for Patienterstatningens (Ankenævnets) – afgørelse af 6. marts 2014 – meddelt ved brev af 7. marts 2014 - hvori nævnet fandt, at A ikke var påført en efter loven erstatningsberettigende skade i form af forsinket diagnosticering og behandling af sin lungekræft på B fra december 2006 og frem. Afgørelsen var en ændring af Patientforsikringens afgørelse af 18. april 2013, hvorved erstatningsberettigende skade var anerkendt over for

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

Ankenævnet har påstået frifindelse, subsidiært hjemvisning.

Parterne har under sagen stillet spørgsmål til Retslægerådet, som ved breve af 17. september 2015 og 9. maj 2016 har fremsendt sine besvarelser.

Ankenævnet har ved afgørelse meddelt den 12. august 2016 besluttet ikke at genoptage sagen. Ankenævnet har fundet, at der med udtalelserne fra Retslægerådet ikke er fremkommet nye oplysninger, der kan føre til en

ændret vurdering af sagen.

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

Forklaring

Der er under sagen afgivet forklaring af

A

A har forklaret bl.a., at hun er 62 år. Hun arbejdede som afdelingsleder i en kommunal forvaltning. I 2005 blev hun førtidspensioneret som følge af stres og depression. Hun har røget fra hun var ca. 20 år. Omkring år 2000 begyndte hun at få helbredsproblemer med hoste, vejtrækningsproblemer mv. Hun stoppede første gang med at ryge i 2004. Da hendes søster i oktober 2006 døde af lungekræft, stoppede A endeligt med at ryge. Hendes far døde som 46-årig af lungekræft. Hun opsøgte i december 2006 speciallæge C på B. På dette tidspunkt havde hun det dårligere end i begyndelsen af 00'erne. Hun hostede meget, hun sov dårligt og hun havde vanskeligt ved at være fysisk aktiv. Hun blev hurtigt forpustet og følte sig udtrættet. Der er astma i familien, hvorfor lægen syntes, at hun skulle udredes herfor. Hun kom ind i et løbende kontrolforløb, der varede ca. 6 år. Hun gik til kontrol ca. hver tredje måned. Der skete de samme ting under disse kontrolbesøg. C ændrede i perioden flere gange på hendes medicin. Vistnok allerede i 2006 blev hun af C sendt til røntgenundersøgelse på D, hvor E gennemførte undersøgelsen. Igen efter henvisning af C blev hun næste gang undersøgt på D den 18. januar 2008. E's journalnotat herom er sidenhen fundet på F. A's egen læge har kun én gang henvist hende til røntgenundersøgelse. Det skete akut i september 2012. Hun blev undersøgt på G's røntgenafdeling den 16. oktober 2012 og fik her stillet kræftdiagnosen. Hun var både ved årsskiftet 2009/2010 og i januar 2011 blevet undersøgt på D efter henvisning af C. Begge gange blev der foretaget røntgenundersøgelser og lavet ekg. Hun erindrer disse undersøgelser klart. Undersøgelserne er ikke registreret nogen steder, men E har henvist til dem i oktober 2012. Resultaterne fra røntgenundersøgelserne på D fik hun hver gang af C i forbindelse med konsultationer ca. 1½ måned efter undersøgelserne. Under konsultationer fik hun den opfattelse, at han var i besiddelse af billederne fra røntgenundersøgelserne. Da hun fik konstateret kræft, fik hun at vide, at der var spredning og at den er uhelbredelig. Hun fik tilbudt behandling med den maksimale stråledosis. Det har været noget af en hestekur, og hun har også fået flere blodtransfusioner. Fra november 2012 til ultimo januar 2013 var hun i et forløb med hård fysisk træning på H. Kræftknoten er skrumpet og aktuelt i bero. Hun er kronisk kræftpatient.

Parternes synspunkter

A har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 15. december 2016, hvori det hedder bl.a.:

"SAGENS TVISTEPUNKTER:

Patientskadeankenævnet – nu Ankenævnet for Patienterstatningen – ændrede i afgørelse af 7. marts 2014 Patientforsikringens afgørelse af 18. april 2013, således at **A** ikke længere fandtes at være påført en erstatningsberettigende skade i form af forsinket diagnosticering og behandling af lungekræft på **B** fra december 2006 og frem.

Ankenævnet begrundede blandt andet ændringen/vurderingen med, at en røntgenundersøgelse i 2008 viste normale forhold, hvilket Retslægerådet efterfølgende har erklæret sig uenig i, jf. besvarelse af spørgsmål 5, 10 og 11...

Twisten består således i, hvorvidt der er tale om en forsinket diagnosticeringen, som bør anerkendes som erstatningsberettigende skade efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1.

ANBRINGENDER:

Af lov om klage- og erstatningsadgang indenfor sundhedsvæsenet (nr. 1113 af 7. november 2011) § 20, stk. 1, nr. 1, gælder:

"Erstatning ydes, hvis skaden med overvejende sandsynlighed er forvoldt på en af følgende måder:

- 1) *Hvis det må antages, at en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt angivne forhold ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling el.lign., hvorved skaden ville være undgået,*

... "

Til støtte for den nedlagte påstand gøres gældende,

Det er med Retslægerådets besvarelse af 17. september 2015... utvivlsomt slået fast, at det var en klar læglige fejl, at der ikke i forbindelse med røntgenundersøgelsen af thorax den 18. januar 2008 blev beskrevet et 1 cm stort rundinfiltrat og i øvrigt foranlediget yderligere udredning heraf.

På baggrund af Retslægerådets supplerende besvarelse,... af spørgsmål B, D og E, de lægefaglige udtalelser og billedmateriale i sagen kan det lægges til grund, at

at **A** burde være udredt i 2008,

- at de forhold, at det påviste rundinfiltrat var uregelmæssigt afgrænset samt **A's** arv (både søster og far er døde af lungekræft), mangeårig rygning og hendes alder, taler for, at der var tale om kræft, og
- at selvom Retslægerådet ikke med sikkerhed kan fastslå, hvorvidt rundinfiltratet var udtryk for lungekræft i 2008, så bemærker de, at kræften endeligt blev påvist i samme område, som det svagttegnede infiltrat, hvorfor
- at der derfor blev begået klare lægelige fejl i forbindelse med diagnosticeringen af **A's** lungekræft.

A har dermed ikke modtaget en optimal behandling i overensstemmelse med den i KEL § 20, stk. 1, nr. 1, fastsatte standard ved ikke – og på trods af regelmæssige røntgenundersøgelser af thorax – rettidigt at være behørigt udredt og dermed diagnosticeret med lungekræft.

Det følger af forarbejderne til patientforsikringsloven, som KEL har afløst, at der i en situation, hvor der er begået en klar lægelig fejl, som har haft betydning for behandlingen, vil være bevislættelse for årsagssammenhæng netop 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 af 17. september 2015 og 9. maj 2016 udtaler, at det ikke kan afgøres, om rundinfiltratet, som kunne ses på røntgenbillederne i 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.

Det forhold at Ankenævnet for Patienterstatningen i deres afgørelse af 7. marts 2014,..., vurderede, at røntgenundersøgelsen viste normale forhold, hvilket nu er tilsidesat af Retslægerådet, medfører, at den forsinkede diagnosticeringen bør anerkendes som erstatningsberettigende skade efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1.

Ankenævnet for Patienterstatningen bør derfor genoptage sagen administrativt og ændre deres afgørelse, således at den forsinkede diagnosticering af **A's** kræftsygdom anerkendes som en patientskade."

A's har yderligere anført, at patientskademidighederne i afgørelserne i realiteten har behandlet og taget stilling til **D's** rolle også, idet det må lægges til grund, at **C** modtog røntgenoptagelserne fra **D** og fortolkede dette materiale.

Ankenævnet har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 2. januar 2017, hvori det hedder bl.a.:

"Retsgrundlaget

En patient er berettiget til erstatning efter klage- og erstatningsloven, hvis patienten ved behandlingen, undersøgelsen eller lignende med overvejende sandsynlighed er blevet påført en skade, og skaden med overvejende sandsynlighed er forvoldt på en af de i § 20, stk. 1, nr. 1-4, anførte måder, jf. § 20, stk. 1, jf. § 19, stk. 1.

Det er en betingelse for at anerkende en skade, at skaden med overvejende sandsynlighed er en følge af den foretagne behandling eller undersøgelse, og ikke skyldes patientens grundsygdom eller andre forhold.

Efter klage- og erstatningslovens § 21 ydes erstatning for forsinket diagnosticering i de i § 20, stk. 1, nr. 1-2 nævnte tilfælde. I nærværende sag er det alene klage- og erstatningslovens § 20, stk. 1, nr. 1 der er relevant.

Det følger af klage- og erstatningslovens § 20, stk. 1, nr. 1, at erstatning ydes, hvis en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling eller lignende, hvorved skaden ville have været undgået.

Patientskadeankenævnet har på grund af sin sammensætning, der bl.a. omfatter medlemmer med lægevidenskabelig baggrund, brugen af lægekonsulenter og gennem behandlingen af et stort antal sager en særlig erfaring i at bedømme sager efter klage- og erstatningsloven, og der skal derfor være et sikkert grundlag for at tilsidesætte sådanne afgørelser.

Anbringender

Det gøres overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse af 7. marts 2014..., hvorved ankenævnet fandt, at **A** ikke var blevet påført en patientskade ved behandlingen på **B**.

****A** er ikke påført en skade**

Det følger af forarbejderne til patientforsikringsloven, som den nuværende lov er en uændret videreførelse af, at beviset for årsagssammenhæng mellem behandlingen og skaden består i, at det skal være overvejende sandsynligt (dvs. mere end 50 % sandsynligt), at behandlingen eller undersøgelsen er årsag til skaden.

Retslægerådet blev i spørgsmål B spurgt, om det svagttegnede rundinfiltrat,

som kan ses på røntgenoptagelsen af 18. januar 2008, med overvejende sandsynlighed er et udtryk for, at **A** havde lungekræft på det tidspunkt.

Herom udtaler Retslægerådet:

"Nej, rundinfiltratet er ikke med $> 50\%$ sandsynlighed udtryk for lungekræft på det tidspunkt. Da kræften endeligt blev påvist var det i samme område som det svagtegnede 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."

Retslægerådet finder således, at det ikke er overvejende sandsynligt, at **A** havde lungekræft i januar 2008.

Dette understøttes tillige af svaret på spørgsmål C og D, hvoraf fremgår, at rundinfiltratet kan være et udtryk for andet end kræft.

Det forhold, at Retslægerådet i svaret på spørgsmål E anfører, at **A** burde have været udredt yderligere, betyder ikke, at diagnosen kunne være stillet på daværende tidspunkt. På baggrund af svaret på spørgsmål B og C er det tværtimod overvejende sandsynligt, at der ikke var tale om kræft, hvorfor denne diagnose i sagens natur ikke med overvejende sandsynlighed ville være blevet stillet, selv hvis der var sket yderligere udredning i 2008.

Klage- og erstatningslovens krav om, at der skal være forvoldt en skade, herunder at der er årsagssammenhæng mellem behandlingen og skaden, er således ikke opfyldt, jf. § 19, stk. 1.

Det bestrides endvidere, som anført af **A**, at der er begået en klar fejl på **B**, og at der dermed er grundlag for at lempe kravet til beviset for årsagssammenhæng. Uanset en evt. bevislempelse ligger det imidlertid fast, at erstatningsbetingelserne ikke er opfyldt, jf. ovenfor om Retslægerådets vurdering.

Betingelserne i klage- og erstatningslovens § 20, stk. 1, nr. 1, er ikke opfyldt

Retslægerådets udtalelser giver endvidere ikke grundlag for at tilsidesætte ankenævnets vurdering af, at behandlingen på **B** var i overensstemmelse med, hvorledes en erfaren specialist ville have handlet under de givne omstændigheder.

Af Retslægerådets svar på spørgsmål 6 fremgår, at der ikke i journalmaterialet fra **B** er anført symptomer eller objektive forhold, der burde have givet mistanke om lungecancer. Opfølgningen og kontrolforløbet hos **B** har været i overensstemmelse med almindeligt anerkendt lægefaglig praksis, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 13.

Behandlingen hos **B** har på den baggrund været i

overensstemmelse med, hvorledes en erfaren specialist under de givne omstændigheder ville have handlet. Betingelserne for at yde erstatning er dermed ikke opfyldt, jf. klage- og erstatningslovens § 19, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1.

Hjemvisning

Såfremt retten finder, at det er overvejende sandsynligt, at **A** er påført en skade, og at dette kan henføres til evt. manglende behandling på **D**, må sagen hjemvises til patientskademidighederne med henblik på en nærmere vurdering af, hvad skaden består i, og om forløbet på **D** opfylder de øvrige betingelser for at berettigede til erstatning efter klage- og erstatningsloven.

Det bemærkes herved, at Retslægerådet i spørgsmål 7, 8 og F er blevet spurgt, hvorledes **A's** tilstand ville have udviklet sig, hvis man havde iværksat behandling på et tidligere tidspunkt, ligesom der er spurgt til, hvorvidt behandlingen ville have været anderledes. Retslægerådet finder spørgsmålene hypotetiske og kan derfor ikke besvare dem.

Ankenævnet for Patienterstatningen har endvidere i sagens natur ikke tidligere forholdt sig hertil, idet ankenævnet ikke fandt grundlag for at anerkende, at **A's** kræft var blevet diagnosticeret for sent.

Sagen bør derfor i givet fald hjemvises med henblik på, at patientskademidighederne med lægefaglig bistand kan tage stilling hertil.

Hvis det lægges til grund, at der er en skade, som kan henføres til forløbet på **D**, har patientskademidighederne heller ikke tidligere truffet afgørelse om behandlingen på **D** med henblik på en vurdering af, hvorvidt betingelserne i § 20, stk. 1, nr. 1, er opfyldt, hvorfor sagen også af den grund må hjemvises."

Rettens begrundelse og afgørelse

Efter bevisførelsen, herunder navnlig Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 5, 10, 11 og E, lægger retten til grund, at det var en klar (radiologisk) fejl, at det rundindfiltrat, der kunne konstateres efter røntgenoptagelsen den 18. januar 2008 på **D**, ikke lægeligt blev beskrevet og opfulgt af yderligere udredning (med CT eller bronkoskopi) af **A**.

Det er herefter spørgsmålet, om **A's** kræftdiagnose med overvejende sandsynlighed er en følge af forsinket diagnosticering og behandling af lungekræft frem til diagnosticeringen i oktober 2012.

Retten finder, at der i en sag som den foreliggende, hvor der som anført er begået en klar fejl, må stilles lempede krav til beviset for årsagssammenhæng, jf. lovens forarbejder og fast retspraksis. Kun hvis det må anses for usandsynligt, at den manglende behandling er årsag til skaden, foreligger der i så henseende ikke en erstatningsberettigende patientskade, jf. herved

Højesterets dom gengivet i U 2011.1019.

Efter navnlig Retslægerådets besvarelse af spørgsmål B, D og E og i øvrigt sammenholdt med de øvrige lægelige oplysninger finder retten, at **A** har ført et fornødent bevis for årsagssammenhæng.

At Retslægerådet i besvarelsen af spørgsmål B har anført, at rundinfiltratet ikke med mere end 50 % sandsynlighed er udtryk for lungekræft i 2008, kan under de anførte omstændigheder ikke føre til en anden bedømmelse.

Herefter er betingelserne for erstatning efter § 20, stk. 1, nr. 1, jf. § 21, stk. 1, i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet for så vidt opfyldt.

Den omhandlede røntgenundersøgelse i 2008 – og senere flere andre – blev udført på **D**. Det er efter **A's** forklaring og den øvrige bevisførelse usikkert, hvilket materiale – om noget – der efter undersøgelserne nærmere tilgik **B**. Da patientskademyndighederne ikke kan anses for tidligere at have truffet afgørelse om behandlingen på **D**, hjemvises sagen til bedømmelse heraf, og af om betingelserne for erstatning efter § 20, stk. 1, nr. 1, jf. § 21, stk. 1, i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet samlet set er opfyldt.

Herefter tager retten Ankenævnets subsidiære påstand til følge.

Efter sagens udfald skal Ankenævnet betale delvise sagsomkostninger til **A** med i alt 28.360 kr., jf. retsplejelovens § 313, stk. 1. Heraf er 2.360 kr. til dækning af retsafgift, og resten af beløbet (inklusive moms) er til dækning af udgifter til advokatbistand. Ved fastsættelsen af sidstnævnte beløb har retten lagt vægt på sagens værdi, omfang, karakter og forløb.

Thi kendes for ret:

Sagen hjemvises til patientskademyndighederne.

I sagsomkostninger skal Ankenævnet inden 14 dage betale 28.360 kr. til **A**.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Mikael Friis Rasmussen
dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Helsingør, den 26. maj 2017.

Lenette Lykke Olsen, Kontorfuldmægtig