

D O M

afsagt den 12. april 2018 af Vestre Landsrets 9. afdeling (dommerne Dorte Jensen, Lisbeth Kjærgaard og Anne Hedegaard Toft (kst.)) i ankesag

V.L. B-0262-15

A

(advokat Rikke Lenette Omme, Esbjerg)

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen

(advokat Whitney Maria Bjerrum, København)

Retten i Esbjerg har den 16. januar 2015 afsagt dom i 1. instans (rettens nr. BS 8-1682/2011).

Påstande

For landsretten har appellanten, A gentaget sin påstand for byretten om, at indstævnte, Ankenævnet for Patienterstatningen, skal anerkende, at hun som følge af patientskaden har pådraget sig et erhvervsevnetab på 15 % eller derover fastsat efter rettens skøn.

A har desuden påstået, at Ankenævnet for Patienterstatningen skal anerkende, at det varige men som følge af patientskaden udgør 30 %.

A har endvidere gentaget sin subsidiære påstand for byretten om hjemvisning.

Ankenævnet for Patienterstatningen har påstået byrettens dom stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

Den 24. juni 2009 traf Patientforsikringen (nu Patienterstatningen) afgørelse om, at A var blevet påført en behandlingsskade i form af følger efter forsinket diagnosticering af livmoderhalskræft, og at hun havde ret til erstatning, jf. den dagældende lov om patientforsikring § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 1, og § 5, stk. 1. Patientforsikringen tilkendte ved samme afgørelse A godtgørelse for varigt men på 25 %.

Den 19. april 2010 tilkendte Patientforsikringen A erstatning for udgifter og andet tab, tabt arbejdsfortjeneste og godtgørelse for svie og smerte. Patientforsikringen gav ved samme afgørelse afslag på erstatning for erhvervsevnetab, ligesom Patientforsikringen fandt, at A ikke var berettiget til yderligere godtgørelse for varigt men.

Af afgørelsen fremgår bl.a.:

”VARIGT MÉN (se F pkt. 4):

Ved afgørelsen af 24. juni 2009 fastsatte Patientforsikringen det varige mén til 25%. Patientforsikringen har nu vurderet, at A ikke er berettiget til yderligere godtgørelse for varigt mén.

Der er lagt vægt på de seneste lægelige oplysninger fra december 2009, hvoraf det fremgår at A må betragtes som værende radikalt behandlet, og er uden smerter eller andre væsentlige fysiske mén.

Det fremgår af de kommunale oplysninger, at A bliver behandlet for en svær depression, der bl.a. medfører stor træthed. Det er oplyst, at depressionen forventes at være midlertidig. Patientforsikringen har også lagt vægt på, at depressionen ikke med overvejende sandsynlighed skyldes følgerne af behandlingsskaden. Der er lagt vægt på, at hun efter det oplyste tidligere har haft depressioner, bl.a. i forbindelse med fødsler, og at den aktuelle depression kan være udløst af såvel den seneste fødsel, som kræftdiagnosen som andre forhold.

ERHVERVSEVNETAB (se F pkt. 5):

Patientforsikringen har vurderet, at A ikke er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne. Begrundelse er, at hendes erhvervsevne ikke er nedsat med 15% eller mere som følge af behandlingsskaden.

Der er lagt vægt på de lægelige oplysninger, hvoraf det fremgår at der ikke er væsentlige fysiske mén efter kræftsygdommen eller behandlingen. Der er således ikke arbejdsbegrænsende følger af den forsinkede diagnose og den udvidede behandling.

Det er oplyst, at A har udviklet en svær depression, og det må lægges til grund, at denne er hovedårsagen til, at hun endnu ikke er vendt tilbage til arbejdsmarkedet. Patientforsikringen har vurderet, at denne depression ikke med overvejende sandsynlighed skyldes følgerne af behandlingsskaden.”

A påklagede Patientforsikringens afgørelse om varigt mén og erhvervsevnetab til Patientskadeankenævnet (nu Ankenævnet for Patienterstatningen), der den 1. juni 2011 tiltrådte Patientforsikringens afgørelse. Af ankenævnets afgørelse fremgår bl.a.:

”Begrundelse og resultat

Det skal indledningsvis anføres, at Patientskadeankenævnets afgørelse alene angår godtgørelse for varigt mén og spørgsmålet om, hvorvidt A er berettiget til erstatning for erhvervsevnetab, jf. Deres brev af 23. september 2010.

Patientskadeankenævnet kan tiltræde, at der er grundlag for at yde erstatning efter lov om patientforsikring, jf. § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 1.

Patientskadenævnet kan endvidere tiltræde den af Patientforsikringen tilkendte godtgørelse for varige mén og afslaget på erstatning for erhvervsevnetab.

Varigt mén:

Nævnet kan således tiltræde, at A ved patientskaden er påført et varigt mén på i alt 25 procent, jf. erstatningsansvarslovens § 4.

Nævnet har herved lagt vægt på, at A som følge af den anerkendte patientskade i form af følger af forsinket diagnosticering af livmoderhalskræft har mistet funktionen af begge æggestokke med deraf følgende hormonelle konsekvenser og har mistet begge æggeledere.

Nævnet har endvidere lagt vægt på, at hun også ved rettidig diagnosticering og behandling måtte påregne tab af livmoderen med dertil hørende fertilitetsmæssige konsekvenser.

Ligeledes har nævnet lagt vægt på, at hendes statistiske overlevelsesprognose som følge af patientskaden må vurderes som væsentligt forringet, hvorfor hun i henhold til praksis er berettiget til méngodtgørelse på 10% for den psykiske belastning ved bevidstheden herom.

For så vidt angår A gener med svær depression kan nævnet tiltræde, at depressionen ikke med overvejende sandsynlighed er en følge af den anerkendte patientskade. Nævnet har lagt vægt på, at hun efter det oplyste tidligere har haft flere selvmordsforsøg og flere behandlingskrævende depressioner, bl.a. i forbindelse med fødsler, og at den aktuelle depression kan være udløst af såvel seneste fødsel som kræftdiagnosen eller andre forhold.

Nævnet skal anføre, at det er veldokumenteret, at årsagen til depressioner oftest udgøres af en sum af faktorer som genetisk disposition, opvækstforhold, personlighed og begivenheder i voksenlivet. Ligeledes er det veldokumenteret, at depressioner som oftest bliver sværere for hver ny episode. Det er således sandsynligt, at A depressive perioder ville blive længere og sværere, også uden den aktuelle sygehistorie, når hen- ses til hendes aktuelle situation med en personlighedsmæssig tilskyndelse til at overbelaste sig selv ved at påtage sig mange forpligtelser i forhold til børn, ægtefælle og hundehold. Det er nævnets vurdering, at følgerne af den forsinkede diagnose kun udgør en særdeles begrænset del af årsagerne til hendes nuværende psykiske helbredstilstand.

Nævnet finder, at A utvivlsomt er psykisk påvirket af bevidstheden om, at hun er påført en væsentlig forringet statistisk overlevelsesprognose som følge af patientskaden. Som anført ovenfor er hun netop derfor tilkendt et varigt mén på 10% for denne psykiske belastning.

Erhvervsevnetab:

Nævnet kan tiltræde, at A ved patientskaden ikke er påført et erhvervsevnetab på 15 procent eller derover, jf. erstatningsansvarslovens §§ 5-7.

Nævnet kan herved i det hele henvise til den af Patientforsikringen anførte begrundelse.”

Under byretssagens forberedelse kom det frem, at der i en journal fra A egen læge var medtaget oplysninger om en patients stofmisbrug. Egen læge har bekræftet, at journalnotatet ikke vedrører A og at oplysningerne var kommet ind i journalen ved en fejl.

Da der på baggrund heraf kunne rejses tvivl om, hvilket faktisk grundlag Patientskadeankenævnet havde taget udgangspunkt i ved afgørelsen af 1. juni 2011, besluttede ankenævnet ved afgørelse af 5. juli 2012 at genbehandle sagen. Efter genbehandling af sagen fastholdt Patientskadeankenævnet afgørelsen af 1. juni 2011.

Der har for byretten været stillet spørgsmål til Retslægerådet, der den 3. juli 2014 bl.a. har besvaret følgende spørgsmål således:

”Spørgsmål 1:

Retslægerådet bedes – særligt med henvisning til egen læges journal og egen læges tilkendegivelse i bilag 16, side 4 – oplyse, om sagsøger forud for patientskaden havde psykiske problemer?

Såfremt der svares bekræftende bedes Rådet angive graden af problemerne?

Svaret bedes begrundet.

Retslægerådet bedes redegøre for, hvilke psykiske problemer der evt. er dokumentation for i sagens lægelige akter?

Spørgsmålet om, hvorvidt sagsøger havde psykiske problemer forud for patientskaden maj 2008 kan Retslægerådet besvare bekræftende. Det fremgår således af egen læges journal, at sagsøger flere gange har forsøgt selvmord ved at skære sig i håndleddet (i 1999) samt ved andre lejligheder at tage en overdosis smertestillende medicin (blandt andet i 1998). Sagsøger har i perioder været behandlet med forskellige antidepressive lægemidler på grund af, hvad der i journalen beskrives som ”depressiv tilstand”, blandt andet i januar 2005, hvor man i forbindelse med, at sagsøger blev gravid ændrede den allerede instituerede antidepressive medicin. Tilsvarende blev sagsøger i 2007, knap 5 måneder henne i sin graviditet, vurderes ”klart depressiv”. Dette bekræftes af overlæge B Psykiatricenter C i journalnotat dateret 30.11.07. Sagsøger har således gennem årene op til patientskaden periodevis opfyldt de internationale kriterier (ICD-10) for depression, men med vekslende sværhedsgrad af symptomerne.

Spørgsmål 2:

Retslægerådet bedes oplyse om sagsøger efter patientskaden har psykiske problemer?

Såfremt der svares bekræftende bedes Rådet angive graden af problemerne?

Retslægerådet bedes redegøre for, hvilke psykiske problemer der evt. er dokumentation for i sagens lægelige akter?

Spørgsmålet om, hvorvidt sagsøger havde psykiske problemer efter patientskaden maj 2008 kan Retslægerådet ligeledes besvare bekræftende. I månederne efter operationen for livmoderhalskræft klagede sagsøger ifølge egen læges journal over depressive symptomer, og hun blev den 22.06.09 atter undersøgt af overlæge B Psykiatricenter C som diagnosticerede en svær depression. På grund af denne tilstand fulgtes hun med samtaler og forskellig medicinsk antidepressiv behandling i I til maj 2011. Man var nødt til at prøve sig frem med flere præparater, da der i længere tid ikke var tilstrækkelig effekt af behandlingen. Maj 2011 blev sagsøger afsluttet i væsentligt bedre tilstand. Ovenstående bekræftes i erklæring dateret 15.04.14 af E i psykiatri D som også anfører, at sagsøger på dette tidspunkt led af en let depression.

Spørgsmål 3:

Retslægerådet bedes, såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende, oplyse om de psykiske problemer helt eller delvist henføres til følgende nedenfor angivne forhold og med hvilken sandsynlighed. Svaret bedes begrundet

1. *forhold der er den forsinkede diagnose uvedkommende*
2. *forhold der kan relateres til forsinkede diagnose*

Det er ved undersøgelse af større patientgrupper påvist, at arv, opvækstvilkår, personlighedstræk og aktuelle belastninger alle spiller en rolle for udviklingen af en depression. For den enkelte patient er det dog ikke muligt sikkert at fastslå den relative betydning af de nævnte faktorer. Det fremgår af akterne, at kemoterapien og strålebehandlingen var nødvendig på grund af den forsinkede diagnose. Udover den psykologiske belastning herved, kan selve den kemoterapi, som sagsøger har været i behandling med, påvirke hjernens funktion. Det er således beskrevet i nyere videnskabelig litteratur, at langvarig påvirkning af de intellektuelle funktioner er hyppige efter kemoterapi, hvilket kan bidrage til at udløse en depression. Der er for sagsøgers vedkommende beskrevet symptomer på påvirkning af de intellektuelle funktioner, men man kan ikke sikkert afgøre, hvorvidt de stammer fra kemoterapien eller er en følge af langvarig depression.

...

Spørgsmål H:

Retslægerådet bedes oplyse, hvor hyppigt kvinder, der får konstateret depression i forbindelse med en fødsel, lider af depressioner senere i livet.

Kvinder, der tidligere har lidt af depression, er i stor risiko for ny depression i forbindelse med en graviditet eller fødsel. Kvinder, der tidligere har lidt af en depression i forbindelse med en graviditet eller fødsel, er i stor risiko for senere at få en depression med eller uden forbindelse med en graviditet eller fødsel. Der er således intet specifikt ved depressioner i forbindelse med graviditet eller efter en fødsel. Der henvises i øvrigt til besvarelsen af spørgsmål 3.

Spørgsmål I:

Retslægerådet bedes oplyse, om det er sædvanligt, at personer, som har lidt af en depression, får tilbagevendende depressioner senere i livet.

Personer, der tidligere har lidt af depression, har stor tilbøjelighed til senere at få depressioner på ny, jævnfør besvarelsen af spørgsmål 3.”

Der har for landsretten været stillet supplerende spørgsmål til Retslægerådet, der den 29. november 2016 bl.a. har besvaret følgende spørgsmål således:

”Spørgsmål 5:

Retslægerådet bedes oplyse, om egen læge, ud fra almindeligt anerkendte lægefaglige retningslinjer, har begået klare fejl ved behandlingen af

A da hun i august 2006 henvendte sig med kontaktblødninger fra underlivet.

Retslægerådet bedes begrunde svaret og herunder blandt andet tage stilling til:

- a) om den undersøgelse egen læge foretog (celleskrabet den 11. august 2006) alene er forbeholdt undersøgelse af symptomfri kvinder
- b) om det var en klar fejl, at A ikke i august 2006 blev henvist til E med henblik på vævsprøvetagning

Enhver kvinde, der henvender sig til sin egen læge med kontaktblødning (blødning efter samleje), bør ud fra almindeligt anerkendte lægefaglige retningslinjer henvises til gynækolog med henblik på kolposkopi, skrab og vævsprøver fra livmoderhalsen.

- a) Smear (celleprøve) er en screeningsundersøgelse og indgår ikke i diagnosticering af livmoderhalskræft. Såfremt der er symptomer eller synlige forandringer på livmoderhalsen, skal patienten altid henvises til gynækolog med henblik på histologiske prøver.
- b) Det var en fejl, at sagsøger i august 2006 ikke blev henvist til gynækolog med henblik på vævsprøvetagning.

Spørgsmål 6:

Under henvisning til, at celledetektet foretaget af egen læge den 11. august 2006 ved revision på F Sygehus den 30. maj 2008 "kunne give stærk mistanke om invasivt karcinom" (bilag 2, side 8), bedes Retslægerådet oplyse om, det ud fra almindeligt anerkendte lægefaglige retningslinjer, var en klar fejl, at man ved mikroskopien på F Sygehus den 16. august 2006 fandt, at celledetektet viste normale forhold. Svaret bedes begrundet.

Celleprøven fra august 2006 viste normale celler, mens der ved genbedømmelsen maj 2008 blev beskrevet stærk mistanke om karcinom. Der er dermed tale om falsk negativt resultat af prøven fra august 2006.

Den diagnostiske sensitivitet for smear (celleprøve) fra livmoderhalsen ligger omkring 80% for sværere celleforandringer (CIN III) eller kræft. Man må således acceptere, at der er falsk negative resultater i forbindelse med celleprøver fra livmoderhalsen. Dette er grunden til, at en celleprøve udelukkende anvendes som screening af en risk population og ikke som diagnostisk redskab ved symptomer.

Det var ikke ud fra almindeligt anerkendte lægefaglige retningslinjer en fejl, at celleprøven blev vurderet normal og dermed falsk negativ. Det må accepteres ved den type prøver."

I en F udtalelse af 16. juni 2017 har Center G vurderet A varige men til 30 %, og vurderet at hendes erhvervsevnetab midlertidigt er 25 % som følge af forsinket diagnosticering og behandling af livmoderhalskræft samt psykiske gener uanset årsag.

Center G har i en F
udtalelse ligeledes af 16. juni 2017 vurderet A varige men til 20 %
og erhvervsevnetabet til mindre end 15 % som følge af forsinket diagnosticering og be-
handling af livmoderhalskræft. Det fremgår af udtalelsen, at G
herved i henhold til anmodning fra A advokat har lagt Rets-
lægerådets besvarelse af 3. juli 2014 til grund for vurderingen af årsagssammenhæng. Af
den F udtalelse fremgår bl.a. følgende:

”Når Retslægerådets udtalelse af 3. juli 2014 herefter skal lægges til grund
for vurderingen af årsagssammenhæng, er det vores vurdering, at A
psykiske helbredstilstand i form af depression, samt på-
virkningen af det kognitive funktionsniveau, ikke med overvejende sandsyn-
lighed kan henføres til patientskaden.

Vi vurderer således, at patientskaden ikke har medført varige psykiske ge-
ner, som kan begrunde fastsættelse af et selvstændigt varigt mén på 5 pro-
cent eller derover.

...

Det er vores vurdering, at det ikke er overvejende sandsynligt, at patientska-
den, den for sene diagnosticering af livmoderhalskræft med efterfølgende
kemoterapi og strålebehandling, har påvirket A funk-
tionsevne eller erhvervsmæssige situation i et omfang, som kan begrunde
fastsættelse af et varigt erhvervsevnetab på 15 % eller derover.

Ved vurderingen heraf har vi lagt vægt på, at vi, på baggrund af Retslægerå-
dets udtalelse af 3. juli 2014, ikke har fundet årsagssammenhæng mellem
A psykiske helbredstilstand i form af depression,
samt påvirkningen af det kognitive funktionsniveau, og patientskaden.

Herudover har vi lagt vægt på, at A ikke som følge af
patientskaden, har fysiske gener som påvirker funktionsevnen i noget om-
fang.”

Ankenævnet for Patienterstatningen har ved afgørelse af 23. oktober 2017 afslået at
genoptage sagen til fornyet behandling under henvisning til, at det fortsat er ankenævnets
vurdering, at A psykiske gener i form af depression ikke med
overvejende sandsynlighed er en følge af behandlingsskaden.

Procedure

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

A har supplerende anført, at navnlig Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 5 viser, at der er begået en klar lægelig fejl. Det medfører, at kravene til beviset for årsagssammenhængen mellem patientskaden og de psykiske gener skal lempes. Det forhold, at A muligvis har været disponeret for at udvikle psykisk sygdom, fritager ikke for erstatningspligten. Hendes varige men som følge af patientskaden skal derfor i overensstemmelse med G vurdering fastsættes til 30 %.

Ankenævnet for Patienterstatningen har heroverfor supplerende anført, at der efter Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 5 og 6 ikke er begået så klare lægelige fejl, at der er grundlag for at lempe kravene til beviset for årsagssammenhængen. Det forhold, at A er disponeret for depressioner, lemper heller ikke hendes bevisbyrde for årsagssammenhængen. G udtalelser af 16. juni 2017 giver ikke grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse.

Landsrettens begrundelse og resultat

Det er ubestridt, at A er blevet påført en patientskade i form af forsinket diagnosticering af livmoderhalskræft, jf. den dagældende patientforsikringslovs § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 1.

Det er endvidere ubestridt, at patientskaden har haft både fysiske og psykiske følger for A Patientskadeankenævnet (nu Ankenævnet for Patienterstatningen) har således ved afgørelsen af 1. juni 2011 anerkendt, at A er påført et varigt men på 25 % for både fysiske og psykiske følger. Ankenævnet har dog vurderet, at A ikke ved patientskaden er påført et erhvervsevnetab på 15 % eller derover.

Som blandt andet anført i Højesterets dom af 12. januar 2011 (U.2011.1019H) er det skadelidte, der skal bevise, at der foreligger årsagsforbindelse. Det fremgår videre af dommen,

at kravene til bevis efter forarbejderne i tvivlsomme tilfælde kan lempes, hvis der klart er begået fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som kan have forårsaget skaden.

På baggrund af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 5 lægger landsretten til grund, at det var en fejl, at A ikke blev henvist til gynækolog med henblik på vævsprøvetagning i august 2006. Efter bevisførelsen er der dog ikke tilstrækkeligt grundlag for at antage, at der herved er begået en så klar fejl, at den er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler. Der er derfor ikke grundlag for at lempe kravene til beviset for årsagsforbindelsen mellem den indtrådte skade og A aktuelle gener.

Ifølge de lægelige oplysninger i sagen havde A forud for patientskaden haft tilbagevendende depressioner og havde forsøgt selvmord. Hun havde i perioder været behandlet med antidepressive lægemidler. Af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 1 fremgår det bl.a., at A således havde psykiske problemer forud for patientskaden, og at hun gennem årene op til patientskaden periodevis opfyldte de internationale kriterier (ICD-10) for depression, men med vekslende sværhedsgrad af symptomerne. Retslægerådet har ved bevisførelsen af spørgsmål 2 anført, at A efter patientskaden havde psykiske problemer. Disse problemer blev i I behandlet med samtaler og forskellig medicinsk antidepressiv behandling indtil maj 2011, hvor hun blev afsluttet i væsentligt bedret tilstand. E i psykiatri D har i en erklæring af 15. april 2014 vurderet, at hun på dette tidspunkt led af en let depression. Det følger af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 3, at det på grund af den forsinkede diagnose var nødvendigt, at A fik kemoterapi, som kan påvirke hjernens funktion udover en psykologisk belastning. Retslægerådet har samtidig anført, at det ikke sikkert kan afgøres, om de symptomer på påvirkning af de intellektuelle funktioner, som er beskrevet hos A stammer fra kemoterapien, eller er en følge af langvarig depression.

På denne baggrund tiltræder landsretten, at A gener i form af depression og påvirkning af intellektuelle funktioner ikke med overvejende sandsynlighed er en følge af den anerkendte patientskade.

Landsretten tiltræder herefter endvidere, at der ikke er det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte ankenævnets vurdering af følgerne af den forsinkede diagnosticering.

Landsretten stadfæster derfor byrettens dom.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal A
betale sagsomkostninger for landsretten til Ankenævnet for Patienterstatningen med 75.000 kr. til udgifter til advokatbistand inkl. moms. Landsretten har herved lagt vægt på sagens økonomiske værdi og dens omfang og forløb, herunder at der for landsretten er stillet supplerende spørgsmål til Retslægerådet.

Thi kendes for ret:

Byrettens dom stadfæstes.

A skal betale sagens omkostninger for landsretten til Ankenævnet for Patienterstatningen med 75.000 kr.

De idømte sagsomkostninger skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.

Dorte Jensen

Lisbeth Kjærgaard

Anne Hedegaard Toft
(kst.)

Udstedes uden betaling

Udskriftens rigtighed bekræftes

C Landsret

Viborg, den 12. april 2018

Anja Kjær Sørensen
sektionsleder