

D O M

afsagt den 6. oktober 2015 af Vestre Landsrets 12. afdeling
(dommerne Michael Ellehauge, Olav D. Larsen og Camilla Dalgaard (kst.)) i 1. instanssag

V.L. B-1601-14

Boet efter **A**

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen
(tidligere Patientskadeankenævnet)

Sagen er anlagt ved Retten i Hjørring den 29. april 2014. Ved kendelse af 9. juli 2014 er sagen i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1, henvist til behandling ved Vestre Landsret.

Påstande

Sagsøgeren, boet efter **A** (herefter benævnt boet), har nedlagt følgende påstande:

1. Sagsogte, Ankenævnet for Patienterstatningen (herefter benævnt ankenævnet), skal anerkende, at boet har krav på yderligere godtgørelse for varigt mén med i alt 303.025 kr., subsidiært et mindre beløb.
2. Principal: Ankenævnet skal anerkende, at boet har krav på erstatning for tab af erhvervsevne med 15 % eller derover. Subsidiær: Hjemvisning.

Ankenævnet har påstået frifindelse, subsidiært hjemvisning.

Boet efter A v/ B har fri proces og retshjælpsdækning.

Sagsfremstilling

A var født den 13. august 1980. I en afgørelse truffet den 13. februar 2012 af Patienterstatningen (tidligere Patientforsikringen) er anført følgende sagsfremstilling, som parterne er enige om:

" A har søgt erstatning for forsinket diagnosticering og behandling, tab af bryst og skade ved anlægning af en veneport i forbindelse med kemoterapibehandling. A har i sin anmeldelse anført, at hun ikke kan løfte venstre arm over skulderhøjde og har følger efter hendes operation for brystkræft.

Vi har på baggrund af A's anmeldelse, journalmaterialet og sagens øvrige oplysninger lagt følgende hændelsesforløb til grund for afgørelsen:

På grund af omhed og en følelse af forandring i højre bryst fik A foretaget mammografiundersøgelse på C den 12. marts 2008, hvorved man hverken klinisk eller mammografisk fandt tegn på ondartede forhold.

Den 29. december 2009 havde A bemærket en knude i højre bryst. A's egen læge fandt en 1x1½ cm stor knude. A blev igen henvist til mammografi.

På D, den 6. januar 2010, blev A undersøgt med beføling og ultralyd. Man fandt en ca. 3x4 cm stor øm proces og vurderede, at der ikke var tale om ondartede forhold. A fik ikke foretaget mammografiundersøgelse eller biopsiudtagning.

A kontaktede egen læge den 6. april 2010, som beskrev en rød, hævet og øm kugle i højre bryst, der målte 3x4 cm. Man tolkede symptomerne som forårsaget af en infektion og ordinerede antibiotisk behandling. A blev gendt den 12. april 2010, da der ikke var bedring i hendes tilstand. A blev atter henvist til mammografiundersøgelse.

Ved klinisk mammografiundersøgelse på D den 19. april 2010 fandt man tegn på en kræfttumor i højre bryst og ondartede lymfeknuder i armhulen.

Ved supplerende CT-scanning den 27. april 2010 fandt man ikke tegn på spredning af sygdommen til lunger, lever eller knogler, men derimod fandt man en forstørret lymfeknude i bindevævsrummet mellem højre og venstre lungehule. Tumoren i brystet udmålte man til 42 mm. Biopsiudtagning fra tumoren viste, at der var tale et såkaldt invasivt duktalt karcinom.

A blev herefter opstartet i kemoterapibehandling den 6. maj 2010. Behandlingen blev kompliceret med flere indlæggelser, hvor A var indlagt med feber.

Den 8. juli 2010 blev A indlagt efter, at der var opstået hævelse og et rødt område svarende til indstiksstedet for kemoterapi. Man vurderede, at kemoterapien var gået subkutant. A blev udskrevet 2 timer efter, hvor man ikke længere så nogen reaktion fra behandlingen.

Kemoterapien havde god effekt og i det efterfølgende forløb fik A jernet højre bryst og lymfeknuderne i højre armhule. Det viste sig, at den bortopererede tumor var 18 mm, og at der var kræftceller i 4 fjernede lymfeknuder. Efterbehandling bestod i yderligere behandling med kemoterapi, som havde betydelige bivirkninger.

...

A blev behandlet med stråleterapi i perioden fra den 28. oktober 2010 til den 1. december 2011. Der sås ingen genopblussen af sygdommen den 24. februar 2011, og man planlagde kontrol i april 2011.

..."

Patienterstatningen modtog den 23. februar 2011 A's anmeldelse om patientskade.

I brev af 2. september 2011 til Patienterstatningen anførte A, at hendes situation var meget kritisk, og at kræften havde spredt sig til lymfer, lunger og muligvis også hjernen.

I brev af 20. januar 2012 til Patienterstatningen anførte E på vegne af A, at kræften havde spredt sig yderligere til ryggen og hovedet, og at A nu var indlagt på hospice og overgået til udelukkende smertestillende behandling.

I et telefonnotat af 10. februar 2012 fra en sagsbehandler i Patienterstatningen er anført, at A var meget syg og indlagt på hospice. Det fremgår, at sagsbe-

handleren anmodede en medarbejder på C om hurtigt at udfylde og returnere et anmeldelsesskema.

Patienterstatningen indhentede til brug for sagens oplysning to sagkyndige speciallægevurderinger dateret henholdsvis 15. august 2011 og 1. december 2011.

I afgørelsen af 13. februar 2012 står der:

” ...

Afgørelse

AS skade i form af følger af forsinket diagnosticering af brystkræft er omfattet af loven. Vi henviser til vedlagte sagsfremstilling og begrundelse.

A er berettiget til 54.525 kr. i godtgørelse for svie og smerte samt varigt mén.

Vores afgørelse om svie og smerte samt varigt mén er endelig og kan ankes til Patientskadeankenævnet, jf. nedenfor under "Ankevejledning".

A er muligvis berettiget til yderligere erstatning, jf. vedlagte vejledning.

Afgørelsen er truffet efter KEL § 21, stk. 1, nr. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1, og § 24, stk. 1.

...

Du kan i vedlagte opgørelse og vejledning se, hvordan vi har beregnet erstatningen. Hvis du har spørgsmål til beregningen, eller der er noget, som du mener, at vi har overset, beder vi dig kontakte os.

Du skal nu sende nogle oplysninger til os, så vi kan vurdere, om A er berettiget til yderligere erstatning. Under afsnittet "Sagens videre forløb" kan du se, hvilke oplysninger, du skal indsende.

Sagens videre forløb

Det fremgår af anmeldelsen til Patientforsikringen, at A har haft forøgede udgifter til transport. Du bedes fremsende dokumentation herfor og samtidig oplyse, hvorledes og i hvilken forbindelse transporten er afviklet.

...

Du kan give os oplysningerne pr. telefon, pr. e-mail eller ved skriftlig henvendelse.

Frist:

De oplysninger, som vi har bedt om, skal du sende til os hurtigst muligt.”

...

Begrundelse

...

I henhold til KEL § 21, stk. 1, erstattes skade opstået som følge af, at der ikke er blevet stillet en rigtig diagnose af patientens sygdom eller af, at diagnosen er blevet stillet for sent, hvis en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling eller lignende.

...

— D

Patientforsikringen har vurderet, at A er blevet påført skade som følge af, at hendes brystkræftdiagnose blev stillet for sent i modstrid med den erfarne specialiststandard.

Vi har lagt vægt på speciallægevurderingen fra den 15. august 2011. Det fremgår heraf, at undersøgelsen på D den 6. januar 2010 burde have inkluderet mammografiundersøgelse og biopsiudtagning eller opfølgende kontrol og viderehenvielse til kirurgisk vurdering, hvis der ikke var synlige vævsforandringer svarende til den folbare knude i højre bryst på daværende tidspunkt.

Vi har også lagt vægt på speciallægevurderingen fra den 1. december 2011. Det fremgår heraf, at optimal udredning i januar 2010 havde medført, at A's diagnose var blevet stillet 3½ måned før, end tilfældet var.

Ifølge vurderingen ville A med overvejende sandsynlighed have fået fjernet højre bryst og alle lymfeknuderne i højre armhule samt modtaget efterbehandling i form af kemoterapi og strålebehandling, selv om man havde stillet diagnosen og behandlet hende rettidigt.

Ved rettidig diagnosticering og behandling kunne A dog have undgået en statistisk forringelse af sin overlevelsesprognose og kemoterapibehandlingen, som pågik forud for hendes operation den 27. juli 2010. A kunne også have undgået gener fra kræftumoren i perioden, hvor hendes diagnose blev forsinket. Ifølge speciallægevurderingen ville man således med overvejende sandsynlighed have

fjernet højre bryst, inklusiv kræfttumoren, umiddelbart efter rettidig diagnosticering.

På baggrund af ovenstående anses betingelserne for at yde erstatning efter KEL § 21, stk. 1, for at være opfyldt.

Erstatningsopgørelse

...

Svie og smerte efter erstatningsansvarslovens § 3 (se vejledningens punkt 3)

Skønsmæssig godtgørelse 15.000 kr.

Godtgørelse for svie og smerte i alt **15.000 kr.**

Beløbet forrentes fra den 01-01-2012.

Ved opgørelsen har vi lagt vægt på, at **A** havde symptomer svarende til sin brystkræftsygdom i form af knudedannelse, rødme, hævelse og ømhed i højre bryst i perioden fra skadestidspunktet den 6. januar 2010 og frem til, at diagnosen faktisk blev stillet den 19. april 2010. Vi har også lagt vægt på, at **A** modtog behandling med kemoterapi med svære bivirkninger til følge i perioden fra den 6. maj 2010 og frem til operationen den 27. juli 2010, og at denne del af behandlingen kunne have været undgået ved rettidig diagnosticering og behandling.

Vi har tillige lagt vægt på, at **A** på skadestidspunktet led af en alvorlig kræftsygdom, og at hun selv ved rettidig diagnosticering og behandling ville have gennemgået et omfattende behandlingsforløb. Vi har endelig lagt vægt på, at **A** ikke ifølge hendes anmeldelse til Patientforsikringen var sygemeldt i perioden frem til den faktiske diagnosticering af kræftsygdommen den 19. april 2010.

...

Varigt mén efter erstatningsansvarslovens § 4 (se vejledningens punkt 4)

Patientskaden er vurderet til en méngrad på 5 %

Godtgørelse pr. méngrad 7.905 kr.

Godtgørelse i alt **39.525 kr.**

Godtgørelse for varigt mén i alt **39.525 kr.**

Beløbet forrentes fra den 01-01-2012.

Ved opgørelsen har vi lagt vægt på, at A's overlevelsesprognose blev statistisk forringet som følge af forsinket diagnosticering og behandling.

Godtgørelsen forrentes fra månedsdagen efter Patientforsikringens modtagelse af seneste speciallægevurdering.

..."

A afgik ved døden den 12. april 2012.

Ved afgørelse af 30. maj 2012 tilkendte Patienterstatningen erstatning for udgifter til korsel med 1.000 kr. Patienterstatningen afslog samtidig at tilkende erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, erhvervsevnetab og dødsfaldserstatning. Som begrundelse herfor står der i afgørelsen:

..."

Vi har vurderet, at boet efter A ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste eller erhvervsevnetab. Vi har lagt vægt på, at A ikke var sygemeldt i perioden, hvor hendes diagnose og behandling blev forsinket. Vi har også lagt vægt på, at A ved rettidig diagnosticering og behandling forventeligt ville have været sygemeldt tidligere i forløbet og dermed have haft et større indtægtstab, end tilfældet var. A's indtægtstab ville derfor ikke være undgået ved rettidig diagnosticering og behandling, og tabet må tilskrives hendes kræftsygdom.

Dødsfaldserstatning (se vejledningens punkt 6, 7 og 8)

Vi skal i øvrigt bemærke, at A med overvejende sandsynlighed døde som følge af hendes alvorlige grundsygdom og ikke den indtrådte diagnose- og behandlingsforsinkelse. Vi har lagt vægt på speciallægevurderingen af den 1. december 2011, hvoraf fremgår, at A's dødsrisiko ikke blev fordoblet som følge af forsinkelsen, men derimod kun forøget fra 22 % til 30 %.

Der kan derfor ikke ydes erstatning efter reglerne i KEL som følge af A's dødsfald.

..."

Ved afgørelse af 3. maj 2013 ændrede ankenævnet Patienterstatningens afgørelse af 13. februar 2012, således at A blev anset for at være påført en væsentligt forringet overlevelsesprognose og deraf følgende død. Endvidere ophævede ankenæv-

net afgørelsen af 30. maj 2012. I afgørelsen står der:

...

De har ved brev af 9. maj 2012 påklaget afgørelsen af 13. februar 2012 til Patientskadeankenævnet for så vidt angår behandlingen på begge sygehuse. De har blandt andet anført, at skadestidspunktet bør fastsættes til den 12. marts 2008 eller umiddelbart derefter, idet Patientforsikringen har lagt til grund, at der denne dato burde være foretaget en ultralydsundersøgelse. Der er begået en klar lægefejl, hvilket bør føre til lempelse af bevisbyrden for årsagssammenhæng. Videre har De anført, at en fastsættelse af skadedatoen til den 12. marts 2008 bør føre til, at hele den indtrådte skade kan betragtes som værende en erstatningsberettigende behandlingsskade, hvorved erstatningsfastsættelsen skal ændres. Såfremt skadedatoen ikke sættes til marts 2008, bør nævnet revurdere omfanget af skaden i januar 2010, herunder om der var indikation for fjernelse af brystet. Endelig tilkendes der efter praksis 10 % mén ved forringelse af den statistiske overlevelsesprognose og ikke 5 %, som Patientforsikringen har tilkendt.

Til brug for sagens behandling har nævnet indhentet journalmateriale fra Klinisk Genetisk Afdeling, D . Materialet er modtaget i sekretariatet den 2. maj 2013.

...

Afgørelse:

Patientforsikringens afgørelse af 13. februar 2012 ændres således, at A anses for påført en væsentligt forringet overlevelsesprognose og deraf følgende død.

Patientforsikringens afgørelse af 30. maj 2012 ophæves.

Sagen Hjemvises til Patientforsikringen til fornyet beregning af godtgørelsen for varigt mén samt revurdering af øvrige krav på godtgørelse og erstatning, herunder til de efterladte, som følge af en indtrådte patientskade.

Patientskadeankenævnets afgørelse kan indbringes for omstolene inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt. Retten kan stadfæste, ophæve eller ændre afgørelsen.

Sagsfremstilling

Der henvises til sagsfremstillingen i Patientforsikringens afgørelse af 13. februar 2012.

A

er afgang ved døden den 12. april 2012.

Begrundelse og resultat

...

D
Patientskadeankenævnet kan tiltræde, at der er grundlag for at yde erstatning efter klage- og erstatningslovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1.

Nævnet har ved vurderingen lagt vægt på, at det bl.a. på baggrund af knudens størrelse på det faktiske diagnosticeringstidspunkt må anses for overvejende sandsynligt, at A havde en folbar kræftknode i januar 2010 – selv om den undersøgende læge ikke tolkede forandringerne som tydende på kræft. Dette understøttes af, at egen læge den 29. december 2009 mærkede en mobil knode på ca. 1 x 1½ cm i brystet. Hermed var der begrundet mistanke om brystkræft i henhold til Sundhedsstyrelsens definition. Der burde derfor være foretaget en fuld klinisk mammografi, hvilket udover en ultralydsskanning af brysterne omfatter en kvalificeret palpation (beføling), ultralydsskanning af armhuler og mammografi (røntgenundersøgelse af brysterne). Tilstedeværelse af folbare knuder, eller af fokale eller diffuse suspekte radiologisk forandringer tilsiger desuden, at der foretages biopsi. Den diagnostiske udredning var således ikke i overensstemmelse med den standard, der kan forventes af en erfaren specialist på området.

Nævnet har i tilknytning til ovenstående vurderet, at man med overvejende sandsynlighed ville have stillet kræftdiagnosen i januar 2010, hvis udredningen havde fulgt de gældende retningslinjer.

Nævnet kan endvidere tiltræde, at behandlingen ved rettidig diagnosticering ville have bestået i både fjernelse af højre bryst og alle lymfeknuderne i højre armhule samt efterbehandling i form af kemoterapi og strålebehandling. Nævnet har ved vurderingen lagt vægt på, at såvel A's alder som typen af kræft tydede på, at kræften var arveligt betinget. Dette understøttes af undersøgelserne på Klinisk Genetisk Afdeling, hvor det blev konkluderet, at A havde en moderat risiko for arvelig disponering for brystkræft. I sådanne tilfælde anbefales det at fjerne hele brystet.

Det er nævnets vurdering, at A's 5-årige overlevelsesprognose ved rettidig diagnosticering var på ca. 75 %, idet kræftknoden ved rettidig diagnosticering i januar 2010 skønnes at have haft en størrelse på 2-3 cm. Endvidere skønnes der kun at have været spredning til 1-4 lymfeknuder på dette tidspunkt.

Det er endvidere nævnets vurdering, at overlevelsesprognosen ved faktisk diagnosticering kun var på ca. 40 % baseret på kræfttypens aggressive karakter, herunder at der var opstået inflammation omkring knuden. Endvidere skønnes der på diagnosticeringstidspunktet at have været spredning til mere end 5 lymfeknuder, og endelig tyder det faktiske forløb på, at der også har været fjerne metastasering i april 2010.

Nævnet finder på baggrund af ovenstående, at A's dødsfald med overvejende sandsynlighed må tilskrives den forsinkede diagnosticering af hendes brystkræft.

Sagen hjemvises herefter til Patientforsikringen til fornyet beregning af godtgørelsen for varigt mén samt revurdering af de øvrige krav på godtgørelse og erstatning, herunder til de efterladte, som følge af den indtrådte patientskade.

...”

Den 29. maj 2013 traf Patienterstatningen på baggrund af ankenævnets afgørelse af 3. maj 2013 følgende afgørelse om yderligere godtgørelse for svie og smerte og om godtgørelse for varigt mén:

”...

Afgørelse

Godtgørelsen er opgjort til 383.375 kr.

Vores afgørelse om varigt mén og svie og smerte er endelig og kan ankes til Patientskadeankenævnet, jf. nedenfor under Ankevejledning.

...

Erstatningsopgørelse

...

Svie og smerte efter erstatningsansvarslovens § 3 (se vejledningens punkt 3)

Maksimal godtgørelse	69.000 kr.
----------------------	------------

Tidligere udbetalt godtgørelse	-15.000 kr.
--------------------------------	-------------

Godtgørelse for svie og smerte i alt	54.000 kr.
--------------------------------------	------------

Beløbet forrentes fra den 01-01-2012.

Vi har vurderet, at boet efter **A** er berettiget til den maksimale godtgørelse for svie og smerte.

Vi har lagt vægt på, at **A** havde gener fra sin kræftsygdom fra 6. januar 2010, hvor kræftdiagnosen burde have været stillet, og frem til 19. april 2010, hvor diagnosen faktisk blev stillet. Vi har også lagt vægt på, at **A** herefter blev sygemeldt og gennemgik et omfattende og længerevarende behandlingsforløb og havde mange gener frem til hendes død 12. april 2012.

Det forhold, at **A** selv ved rettidig diagnosticering

ville have gennemgået et omfattende behandlingsforløb ændrer ikke på, at boet efter A er berettiget til den maksimale godtgørelse.

...

Varigt mén efter erstatningsansvarslovens § 4 (se vejledningens punkt 4)

Patientskaden er vurderet til en méngrad på	70 %
Godtgørelse pr. méngrad	7.905 kr.
Godtgørelse i alt	553.350 kr.
Reduceret af anden årsag med 33 %	-184.450 kr.
Tidligere udbetalt	-39.525 kr.
Godtgørelse for varigt mén i alt	329.375 kr.

Beløbet forrentes fra den 01-01-2012.

Méngraden for den uhelbredelige kræftsygdom er fastsat til 100 %. Herfra er fratrasket 15 % i méngrad for tab af kvindebryst, da A selv ved rettidig behandling ville have fået fjernet sit bryst.

Herudover er fratrasket 15 % i méngrad for risiko for genopblussen af kræftsygdommen, da der var meget stor risiko for, at kræftsygdommen selv ved rettidigt behandling ville have været genopbluset. Vi har lagt vægt på, at A ifølge Patientskadeankenævnets afgørelse havde en 5-årig statistisk overlevelsesprognose på 75 % (svarende til en dødsrisiko på 25 %) ved rettidig diagnosticering og behandling.

Hvis patienten afgår ved døden, inden sagen er opgjort, foretages der i praksis en reduktion af méngodtgørelsen. Dette sker ud fra den betragtning, at godtgørelsen skal kompensere de varige gener, skaden har medført, og som patienten skulle leve med resten af sit liv. Hvis skadelidte kun lever i kort tid med sine gener, skal godtgørelsen reduceres skonsmæssigt under hensyn til, hvor længe patienten nåede at leve med skadens følger.

A havde symptomer fra sin kræftsygdom i perioden fra januar 2010, hvor man burde have stillet diagnosen brystkræft, og frem til hendes død i april 2012. Efter praksis skal méngodtgørelsen følgelig reduceres med 1/3.

...”

Ved brev af 16. juli 2013 klagede boets advokat, advokat Karsten Høj, til ankenævnet over afgørelsen af 29. maj 2013.

Patienterstatningen modtog den 8. november 2013 sagsakter vedrørende ~~A~~
fra ~~F~~ Kommune, der således fremsendte "journal samt ressourceprofil,
hvoraf fremgår de lægelige akter".

Ved afgørelse af 15. november 2013 tiltrådte ankenævnet Patienterstatningens afgørelse af
29. maj 2013 med hensyn til varigt mén. I begrundelsen for ankenævnets afgørelse hedder
det:

"Nævnet har alene foretaget en prøvelse af den påklagede afgørelse for va-
rigt mén.

Nævnet kan tiltræde, at méngraden for uheldelig kræft som udgangs-
punktet fastsættes til 100 %, jf. Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel
punkt I.3.

Ifølge klage- og erstatningslovens § 20, stk. 1, er det kun de skader, der med
overvejende sandsynlighed (mere end 50 %) kan tilskrives behandlingen,
der berettiger til erstatning.

Som det fremgår af nævnets afgørelse af 3. maj 2013, ville ~~A~~
selv ved rettidig diagnostik have fået bortopereret det kræftframte
bryst. Ifølge Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel medfører tab eller
svær deformering af kvindebryst et mén på 10-15 %, jf. punkt H.5. Nævnet
kan på denne baggrund tiltræde, at ~~A~~ forventeligt
ville have haft et mén på 15 % som følge af den nødvendige behandlingen
grundsygdommen.

Videre fremgår det af Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel punkt
I.2., at radikalt opereret kræft med stor eller meget stor risiko for tilbagefald
skønsmæssigt medfører et mén på op til 15 %. Da ~~A~~
risiko for at dø af sygdommen indenfor 5 år selv ved rettidig diagno-
stik og behandling var på 25 %, kan nævnet tiltræde, at der er grundlag for
at reducere ménet med yderligere 15 %.

Det samlede mén andrager herefter 70 % som følge af patientskaden.

Hvad angår den foretagne reduktion for mellemkommende død, kan nævnet
tiltræde, at der er grundlag for at reducere méngodtgørelsen med 1/3 (sva-
rende til 33 %). Nævnet har ved vurderingen lagt vægt på, at ~~A~~
nåede at leve med følgerne af patientskaden i lidt over 2 år.

Den omstændighed, at der både foretages reduktion for mellemkommende
død og risiko for tilbagefald som følge af grundlidelsen, medfører efter
nævnets vurdering ikke, at der foretages dobbeltreduktion for det samme.
Reduktionen som følge af risikoen for tilbagefald er - som anført ovenfor -

foretaget, fordi skadelidte ifølge klage- og erstatningslovens § 20, stk. 1, kun er berettiget til erstatning for skader, der med overvejende sandsynlighed skyldes behandlingen. Reduktionen for mellemkommende død er derimod foretaget ud fra et princip om, at skadelidte kun nåede at leve i kort tid med sin uhelbredelige sygdom (patientskaden).

I Højesterets dom hedder det bl.a., at *"det fremgår af forarbejderne til erstatningsansvarsloven, at det som hidtil er overladt til retspraksis, hvordan godtgørelse og erstatning skal beregnes i tilfælde af, at [...] skadelidte afgår ved døden efter, at erstatningskravet er gjort gældende, men inden der er truffet afgørelse om skadelidtes erstatningskrav ("mellemkommende død"). Det er således i forarbejderne til erstatningsansvarsloven forudsat, at der som i hidtidig retspraksis i visse tilfælde af samvirkende skadesårsager og mellemkommende død kan ske en reduktion af krav på godtgørelse og erstatning". Højesteret anerkender således princippet om reduktion for mellemkommende død.*

Afslutningsvis skal det bemærkes, at Patientskadeankenævnet under højesteretssagen vedrørende reduktion for forventet kort restlevetid (U2012.2922H) ikke nedlagde påstand om reduktion for mellemkommende død, da den skadelidte kvinde afgik ved døden kort før hovedforhandlingen. At Højesteret ikke fandt grundlag for at foretage reduktion for mellemkommende død, kan derfor ikke medføre, at der generelt gælder et princip om, at ménene skal udmåles, som om der primært var truffet en konkret afgørelse, dvs. uden reduktion for mellemkommende død.

Med disse bemærkninger kan nævnet tiltræde, at boet tilkendes en godtgørelse på 329.375 kr., jf. erstatningsansvarslovens § 4.

..."

Ved afgørelse af 19. december 2013 traf Patienterstatningen afgørelse om en forsørgertabserstatning på 1.053.500 kr. og om afslag på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og for tab af erhvervsevne. I afgørelsens begrundelse for afslaget på erstatning for erhvervsevnetab står der:

..."

Erhvervsevnetab efter erstatningsansvarslovens § 5, § 6, § 7, § 8 og § 9 (se vejledningens punkt 5)

Boet efter A er ikke berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne efter erstatningsansvarslovens § 5.

Patientforsikringen har tidligere ydet erstatning for erhvervsevnetab i tilsvarende sager. Vi har i oktober 2010 besluttet at ændre denne praksis, således at der herefter ikke længere ydes erstatning for erhvervsevnetab i sager, hvor skadelidte er afgået ved døden, inden vi har truffet afgørelse om er-

hvervsevnetabet. Denne praksis er tiltrådt af patientskadeankenævnet.

Vores praksisændring er begrundet i højesteretspraksis. Efter seneste højesteretspraksis skal der være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører, og det tidspunkt, hvor retten til erhvervsevnetaberstatning indtræder. Der må således hverken opstå "overlapping" eller "huller" mellem de to erstatningsposter ved erstatningsdækningen. Vi henviser til Højesterets dom af 6. oktober 2008 (Ugeskrift for Retsvæsen 2009 s. 138) og domme af 18. november 2009 (Ugeskrift for Retsvæsen 2010 s. 436 og s. 451). Det betyder, at erstatning for erhvervsevnetab skal træde i stedet for erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, når erstatningen for den tabte arbejdsfortjeneste ophører, og der er et fremtidigt økonomisk tab for skadelidte.

I denne sag har A fået udbetalt sygedagpenge frem til sin død. A har derfor ikke haft tabt arbejdsfortjeneste frem til sin død. Hvis der også blev ydet erstatning for tab af erhvervsevne, ville dette medføre "overlap" mellem lønindtægterne og erstatningen for tab af erhvervsevne.

A er afgået ved døden og har derfor heller ikke et fremtidigt indkomstab, som skal kompenseres ved erstatning for tab af erhvervsevne.

Det betyder, at boet efter A ikke har et krav på erhvervsevnetaberstatning at indtræde i. Boet efter A er derfor ikke berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne.

Med hensyn til erstatning for tab af forsørgelse som følge af A's død henviser vi til erstatningsposten om forsørgelsestaberstatning nedenfor.

..."

Advokat Karsten Høj påklagede den 19. marts 2014 Patienterstatningens afgørelse om afslag på erstatning for tab af erhvervsevne.

Ankenævnet tiltrådte ved afgørelse af 2. september 2014 Patienterstatningens afgørelse af 19. december 2013. I begrundelsen hedder det bl.a.:

..."

Begrundelse og resultat

Nævnet har alene foretaget en prøvelse af den påklagede afvisning af erstatning for tab af erhvervsevne.

Af de grunde, som Patientforsikringen har anført, kan nævnet tiltræde, at der ikke er grundlag for at yde erstatning for tab af erhvervsevne, jf. erstatningsansvarslovens § 5.

Supplerende har nævnet lagt vægt på Højesterets domme, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2008 side 1386 og side 2601, samt 2014 side 184. Af Højesterets praksis – herunder de af Patientforsikringen anførte domme – kan det udledes bl.a., at forpligtelsen til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste vedvarer, indtil der på et forsvarligt grundlag er foretaget et rimeligt skøn over erhvervsevnetabet og udbetalt erstatning herfor. Endvidere kan det udledes, at der skal være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører, og retten til erstatning for tab af erhvervsevne indtræder.

I AS tilfælde blev der ikke forud for dødsfaldet foretaget en bedømmelse af erhvervsevnetabet, som bragte retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til ophør, og efter AS død havde hun ikke et fremtidigt indtægtstab, der skal kompenseres ved erstatning for tab af erhvervsevne.

Det er til støtte for kravet på erstatning for erhvervsevnetab gjort gældende bl.a., at det på tidspunktet for Patientforsikringens afgørelse af 13. februar 2012 var muligt at skønne over AS erhvervsevne. Nævnet skal hertil bemærke, at Patientforsikringen efter nævnets vurdering ikke havde et tilstrækkeligt sikkert grundlag for at kunne foretage et skøn over AS erhvervsevne den 13. februar 2012, idet akterne fra kommunen først blev modtaget efter hendes dødsfald den 12. april 2012. Selv hvis det måtte lægges til grund, at det ikke er afgørende, om skønnet rent faktisk blev foretaget, mens A endnu var i live, havde hun dermed ikke inden sin død et forfaldent krav på erstatning for tab af erhvervsevne.

Det er endvidere gjort gældende, at A skal stilles som om, at Patientforsikringen havde truffet en korrekt afgørelse den 13. februar 2012. Efter nævnets vurdering er det hypotetisk, hvad Patientforsikringen ville have indhentet og vurderet, hvis man primært havde truffet den afgørelse, som Patientskadeankenævnet senere traf. Den omstændighed, at Patientskadeankenævnet ved afgørelsen af 3. maj 2013 anerkendte det som en erstatningsberettigende skade, at sygdommen var blevet uhelbredelig, kan efter nævnets vurdering ikke i sig selv føre til, at der er opstået et krav på erstatning for tab af erhvervsevne.

...”

Procedure

Boet har til støtte for påstand 1 gjort gældende, at godtgørelsen for varigt mén skal fastsættes ud fra den forudsætning, at Patienterstatningen havde truffet en korrekt afgørelse den

13. februar 2012, hvor ~~A~~ stadig var i live. Der er ikke grundlag for at reducere godtgørelsen for varigt mén med 15 % med henvisning til, at ~~A~~ også ved rettidig behandling havde haft stor eller meget stor risiko for tilbagefald, jf. punkt I.2 i Arbejdsskadestyrelsens méntabel. Da ~~A~~ allerede den 13. februar 2012 levede med en uhelbredelig kræftsygdom, kom hun aldrig til at leve med en risiko for, at kræftsygdommen blussede op. Derfor skal méngraden fastsættes til 100 % med et fradrag på 15 %, da det ene bryst også ved rettidig diagnose og behandling ville være blevet fjernet. Hverken en relativ risiko for at dø, set i forhold til det faktiske behandlingsforløb, eller en dødsrisiko på 25 % på 5-årig sigt uden patientskaden udgør – heller ikke efter en sproglig forståelse – en stor eller meget stor risiko for tilbagefald. Det er derfor med urette, at ankenævnet har henført forholdet til Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel punkt I.2.

Patienterstatningen burde den 13. februar 2012 have truffet en materielt korrekt afgørelse. Der er derfor ikke, med henvisning til ~~A's~~ mellemkommende død, grundlag for tillige at reducere godtgørelsen for varigt mén med 1/3, da hun stadig var i live den 13. februar 2012. Adgangen til at foretage reduktion som følge af mellemkommende død udstrækkes ikke til det tidspunkt, hvor der er truffet endelig afgørelse i en patientskadesag. Dette er i overensstemmelse med Højesterets dom af 12. juni 2012 (Ugeskrift for Retsvæsen 2012, side 2922). Endvidere er der ikke grundlag for at foretage reduktion for både tilbagefaldsrisiko og mellemkommende død, idet der i begge tilfælde reelt er tale om reduktion for den realiserede risiko for tilbagefald og dermed en dobbeltreduktion.

Boet har til støtte for påstand 2 gjort gældende, at retten til erstatning for tab af erhvervsevne var opstået, inden ~~A~~ afgik ved døden. Da Patienterstatningen traf afgørelse den 13. februar 2012, var ~~A~~ uhelbredeligt syg af kræft og indlagt på hospice. Patienterstatningen havde derfor på dette tidspunkt det fornødne grundlag for at foretage et rimeligt skøn og dermed træffe afgørelse om, at ~~A's~~ erhvervsevnetab var på mindst 15 %. Det har i den forbindelse ingen betydning, at den nøjagtige beløbsmæssige fastsættelse først kunne ske efter hendes død. Vurderingen af, om ~~A~~ er berettiget til erhvervsevnetaberstatning, skal således ske retrospektivt, hvilket er i overensstemmelse med den fortolkning af lovgrundlaget, som Østre Landsret korrekt har foretaget i dom af 31. marts 2015 (22. afd. nr. B-4060-13).

Patienterstatningen burde ex officio efter modtagelse af skadesanmeldelsen og frem til afgørelsen den 13. februar 2012 have indhentet yderligere relevante oplysninger, især da Patienterstatningen var bekendt med, hvor alvorligt syg A var.

Da det er godtgjort, at erhvervsevnetabet forud for A's død kunne fastsættes til mindst 15 %, skal patientskademyndighederne herefter foretage den nærmere fastsættelse heraf, subsidiært skal sagen hjemvises til ankenævnet med henblik på at fastslå, om A's erhvervsevnetab, der opstod inden hendes død, udgjorde mindst 15 %.

Erhvervsevnetabserstatningen kan ikke bortfalde som følge af A's mellemkommende død, da hun ikke var død den 13. februar 2012. Med henvisning til de anbringender, der er gjort gældende i relation til påstand 1 vedrørende mellemkommende død, er der heller ikke grundlag for af denne grund at reducere erhvervsevnetabserstatningen.

Ankenævnet har til støtte for påstanden om frifindelse over for boets påstand 1 gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse af 15. november 2013 om størrelsen af godtgørelsen for varigt mén. Ved rettidig diagnosticering og behandling ville A have haft en risiko for at dø af kræft inden for 5 år på 25 %, og méngraden skal derfor nedsættes med 15 % i henhold til Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel punkt 1.2, hvorefter radikalt opereret/behandlet kræft med stor eller meget stor risiko for tilbagefald i sig selv udgør en méngrad på 15 %. Patientskadeordningen skal alene dække patientskadens følger og ikke normale følger af patientens grundsygdom. Der er hjemmel i forarbejderne til erstatningsansvarsloven og i retspraksis til at reducere godtgørelsen for varigt mén med 1/3 som følge af "mellemkommende død", da A døde efter anmeldelsen af patientskaden, men før den endelige anerkendelse og fastsættelse af kravet på bl.a. godtgørelse for varigt mén i Patienterstatningens afgørelse af 29. maj 2013 og ankenævnets afgørelse af 15. november 2013.

Ankenævnet har vedrørende påstanden om frifindelse over for boets påstand 2 om erstatning for erhvervsevnetab gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse af 2. september 2014 om afslag på erstatning for tab af erhvervsevne. Da

A døde, var der ikke opstået et krav på erstatning for erhvervsevnetab, som kunne falde i arv. Patienterstatningen var den 13. februar 2012 ikke i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at foretage et rimeligt skøn over A's fremtidige erhvervsevnetab, og det er derfor uden betydning, at det ideelt set havde været muligt.

Højesteret har i en række afgørelser fastslået, at der skal være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører, og det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tab af erhvervsevne indtræder. Der må hverken være "overlap" eller "hul" i erstatningen. Erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste vedvarer efter fast retspraksis, indtil der foreligger en vejledende udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen, med mindre der forinden på et forsvarligt grundlag er foretaget et rimeligt skøn over erhvervsevnetabet og udbetalt erstatning i forhold hertil.

Uanset om de faktiske forhold den 13. februar 2012 måske nok opfyldte betingelserne for at fastsætte et erhvervsevnetab, kan ankenævnet ikke fastsætte erhvervsevnetabet retrospektivt pr. denne dato, da grundlaget i form af de fornødne oplysninger ikke forelå. Der var derfor ikke grundlag for at bringe en eventuel pligt til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til ophør.

Der er endvidere ikke i øvrigt grundlag for at kritisere Patienterstatningens behandling af sagen. At ankenævnet ophævede Patienterstatningens afgørelse af 30. maj 2012 og hjemviste sagen til fornyet behandling, medfører ikke, at A skal stilles som om, at Patienterstatningen den 13. februar 2012 havde truffet en korrekt afgørelse.

Hvis boet får medhold i sin principale påstand 2 vil det reelt betyde, at sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved patientskademyndighederne.

Landsrettens begrundelse og resultat

Spørgsmålet om godtgørelse for varigt mén

A afgik ved døden 2 år og 3 måneder efter den 6. januar 2010, hvor hun blev påført en patientskade. Det er ubestridt, at méngraden for A's uhelbredelige kræftsygdom er 100 %, og at kræftsygdommen ved rettidig diag-

nosticering og behandling og dermed uden patientskaden ville have medført fjernelse af det ene bryst svarende til en nedsættelse af méngraden med 15 %. Landsretten lægger endvidere som ubestridt til grund, at A ved rettidig diagnose og behandling i januar 2010 ville have haft en risiko på 25 % for at dø inden for 5 år som anført i ankenævnets afgørelse af 3. maj 2013.

Efter Arbejdsskadestyrelsens méntabel punkt 1.2 er udgangspunktet for vurderingen af kræftsygdom, radikalt opereret/behandlet, men med stor eller meget stor risiko for tilbagefald, en méngrad på op til 15 %.

Landsretten tiltræder under disse omstændigheder, at méngraden for A er fastsat til 70 %. Det kan ikke føre til et andet resultat, at A allerede var uhelbredeligt syg ved Patienterstatningens afgørelse af 13. februar 2012, eller at hun var afgået ved døden, da afgørelsen blev ændret af ankenævnet.

A afgik ved døden den 12. april 2012, efter at kravet på varigt mén var gjort gældende, men inden der var truffet afgørelse om kravet ved Patienterstatningens afgørelse af 29. maj 2013, der blev stadfæstet ved ankenævnets afgørelse af 15. november 2013.

Der er ikke grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse om reduktion af godtgørelsen for varigt mén for mellemkommende død med 1/3, ved hvilken afgørelse ankenævnet lagde vægt på, at A kun nåede at leve i kort tid med sin uhelbredelige sygdom (patientskaden), og at der ikke ved reduktionen for mellemkommende død blev foretaget en dobbeltreduktion for det samme.

Spørgsmålet om erstatning for tab af erhvervsevne

Efter erstatningsansvarslovens § 5 tilkommer der skadelidte erstatning for tab af erhvervsevne, såfremt en personskaade har medført varig nedsættelse af skadelidtes evne til at skaffe sig indtægt ved arbejde. Efter lovens § 2, stk. 1, ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne. Erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste vedvarer efter retspraksis, indtil Arbejdsskadestyrelsens udtalelse om erhvervsevnetabet foreligger, medmindre der forinden på forsvarligt grundlag er foretaget et rimeligt skøn over erhvervsevnetabet og

udbetalt erstatning i forhold hertil, jf. U2008.1386H og U2008.2601H. Efter retspraksis skal der endvidere være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste ophører, og det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tab af erhvervsevne indtræder, således at der ved erstatningsdækningen hverken opstår "overlapning" eller "huller" mellem de to erstatningsposter, jf. senest U2010.451H.

Det er ubestridt, at Patienterstatningen ved afgørelsen den 13. februar 2012 var bekendt med As helbredstilstand, herunder at hun var indlagt på hospice, og at kræftsygdommen var genopblusset med spredning til ryg og hoved. Det er endvidere ubestridt, at erhvervsevnetabet som udgangspunkt fastsættes til 100 %, hvis en kræftpatient er uhelbredeligt syg og må opgive sit arbejde.

Patienterstatningen tog ved afgørelsen af 13. februar 2012 alene stilling til godtgørelse for svie og smerte og varigt mén, og det er ikke godtgjort, at der på dette tidspunkt tillige var det fornødne grundlag for at foretage et rimeligt skøn over As erhvervsevnetab, jf. erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1.

Det forhold, at ankenævnet ved sin afgørelse af 3. maj 2013 ændrede Patienterstatningens afgørelse af 13. februar 2012, således at A ansås for påført en væsentligt forringet overlevelsesprognose og deraf følgende død, kan ikke føre til et andet resultat.

Der er herefter heller ikke grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse af 2. september 2014 om erhvervsevnetab.

Ankenævnets påstand om frifindelse tages herefter til følge.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal boet efter A betale sagsomkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen med 125.000 kr. Da boet har fri proces og retshjælpsdækning til sagen, betales sagsomkostningerne af statskassen i det omfang, boets retshjælpsforsikring ikke dækker. Beløbet angår udgifter til advokatbistand inklusive moms, da Ankenævnet for Patienterstatningen ikke er momsregistreret. Landsretten har ved fastsættelsen af beløbet lagt vægt på sagens økonomiske værdi og dens karakter og omfang.

Th i k e n d e s f o r r e t:

Ankenævnet for Patienterstatningen frifindes.

Boet efter A skal betale sagens omkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen med 125.000 kr. I det omfang, der ikke er retshjælpsdækning, betales beløbet af statskassen.

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

Michael Ellehauge

Olav D. Larsen

Camilla Dalgaard
(kst.)

Udskriften udstedes uden betaling.

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Vestre Landsret,

Viborg den 6. oktober 2015

Erna Kristensen
stedfortræder