



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 29. november 2018 i sag nr. BS 46-646/2017:

B

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen

Finsensvej 15

2000 Frederiksberg

v/ advokat Regitze Aalykke-Hansen

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen drejer sig om, hvorvidt betingelserne for genoptagelse af sagsøgerens afdøde ægtefælles patientskadesag som følge af væsentlige sagsbehandlingsfejl er opfyldt.

Sagsøgerens påstand er, at Ankenævnet for Patienterstatningen skal anerkende, at betingelserne for genoptagelse af afdøde A's patientskadesag er opfyldt.

Sagsøgte påstand er frifindelse, subsidiært hjemvisning.

Oplysningerne i sagen

Den 13. juni 2012 henvendte sagsøgerens ægtefælle, A, sig til egen læge på grund af mistanke om en knude i venstre bryst. A blev af egen læge henvist til undersøgelse på C Hospital i henhold til "kræftpakken".

Den 21. juni 2012 blev A undersøgt på C Hospital. Det blev konkluderet, at "alt er således ganske fredeligt", og A blev afsluttet.

Den 9. oktober 2012 henvendte A sig igen til egen læge, idet hun fortsat havde smertegener. Knuden i venstre bryst var vokset, og der var tilkommet hævet lymfeknude i venstre armhule. A blev af egen læge igen henvist til undersøgelse i henhold til "kræftpakken".

Få dage senere fik A diagnosen brystkræft.

Den 27. november 2012 foretog A anmeldelse til Patientforsikringen. I anmeldelsen var anført:

"Beskrivelse af behandlingsskaden

...

Den 13. juni søgte jeg læge pga. en knude i mit venstre bryst som jeg havde mærket i ca. 1 måned. Jeg blev henvist til brystkirurgisk afdeling på C hospital hvor overlæge D undersøgte mig. Hun mærkede på knuden og var overbevist om, at det var en kirtelknude, og hun fortalte mig, at der intet var at bekymre sig om. Knuden ville gå væk af sig selv, sagde hun.

Da knuden blev ved med at vokse og gøre mere ondt søgte jeg læge igen den 9. oktober. Jeg havde nu også en knude i armhulen og smerter andre steder i brystområdet, men havde holdt igen med at søge læge om den samme ting, da jeg havde fået at vide, at knuden var harmløs. Igen var det overlæge D jeg blev henvist til, og denne gang var beskeden helt anderledes alvorlig - det så ikke godt ud, sagde hun, og jeg blev sendt til undersøgelse i radiologisk afdeling. Som det fremgår af min journal har jeg brystkræft, som har spredt sig til lymfeknuderne i armhulen og brystbenet, der er også en knude bag mit kraveben.

Denne spredning af sygdommen er sket efter den første konsultation i brystkirurgisk afdeling. Det ved jeg, da jeg har haft smerter alle de steder der er fundet kræft. Den forsinkede diagnose og manglen på undersøgelser ved første konsultation på C sygehus har naturligvis haft meget alvorlige konsekvenser for mig. Blandt andet at jeg nu skal have fjernet lymfeknuderne, mit brystben skal tages ud og erstattes med en protese og jeg skal have strålebehandling."

Sagen blev herefter forelagt Patientforsikringens lægekonsulent, som den 31. marts 2013 afgav følgende udtalelse:

"...

Hun blev undersøgt på sygehuset den 21. juni 2012. Undersøgende brystkirurg vurderede at der forelå en 1,5 x 1,5 cm stor knude af typisk godartet natur. Der blev ikke foretaget billeddannende undersøgelse og ej heller biopsi.

...

Da patienten først søgte læge blev der ikke foretaget trippeldiagnostik. Dette kan i henhold til de nationale retningslinier udelades hos kvinder med klinisk godartet knude som er yngre end 25 år. Patienten var imidlertid 29 år ved første kontakt og burde derfor have været udredt yderligere. Det er overvejende sandsynligt at videre udredning på dette tidspunkt ville have ledt til diagnosen kræft. Kirurgen vurderede knuden

godartet ud fra den kliniske undersøgelse. Det er et skøn som ikke i sig selv kan anfægtes, og som påvirker den prioritet hvormed den videre udredning fortsættes. Under disse vilkår burde knuden have været færdigudredt inden for 1 måned. Jeg finder derfor at diagnosen er forsinket ca. 3 måneder.

Vurderingen af hvordan tilstanden ville være forløbet ved såvel rettidig som forsinket diagnose vanskeliggøres af at der er givet neoadjuverende terapi. De computerprogrammer som anvendes til at skønne prognosen i det enkelte tilfælde baserer sig bl.a. på størrelse og aksilstatus ved diagnosetilfældet, som fastslået ved operation. Neoadjuverende terapi er en veletableret behandling, men leder til at man ikke kender de eksakte værdier for størrelse og aksilstatus. Dertil kommer at anaplasigrad ikke bestemmes på så lidt materiale, som er tilgængeligt ved biopsi. Derimod kan man regne med at østrogenreceptorstatus og HER2 status er konstante over tid. Der er derfor en betydelig usikkerhed i vurderingen af prognosen.

Der er normalt en rimelig overensstemmelse mellem den kliniske vurdering og ultralydsfundet ved den faktiske diagnose. Jeg vil derfor skønne at dette også ville have været tilfældet ved rettidig diagnose og skønner størrelsen da til 1,5 cm. Når det gælder aksilstatus er det kliniske skøn yderst usikkert. Ved den faktiske diagnose fandt man ved ultralyd talrige patologiske lymfeknuder, hvoraf den største var ca. 40 mm. Ofte kan man ved ultralyd kun påvise en mindre del af de angrebne lymfeknuder og jeg skønner, at der ved den faktiske diagnose var mere end 10 lymfeknuder med metastase. Jeg vurderer det helt usandsynligt, at der ikke ved rettidig diagnose var spredning til lymfeknuder og skønnet antallet på det tidspunkt til mellem 4 og 9. I biopsien vurderedes tumor lavt differentieret og med mange mitoser. Jeg skønner på den baggrund at anaplasigraden ville være 3.

Hvis vi nu bortset fra at der blev påvist spredning til brystbenet kan man med computerprogrammet: "Predict" skønne 5 års overlevelsen ved rettidig diagnose til 84 % og 10 års overlevelsen til 78 %.

Ved den faktiske diagnose får man tilsvarende 5 års overlevelse på 43 % og 10 års overlevelse på 31 %.

Når det gælder metastasen til brystbenet er spørgsmålet dels om den var til stede ved rettidig diagnose og dels om den i så tilfælde ville være blevet opdaget. Ved rettidig diagnose er det overvejende sandsynligt at patienten ville være blevet opereret primært og efterfølgende have fået kemoterapi i 6 omgange. Ved fund af en 15 mm stor tumor og 4 lymfeknuder med spredning ville man formentlig ikke have fundet indikation for PET-CT men alene lungerøntgen. Selv om jeg vurderer det sandsynligt at der også ved rettidig diagnose ville være tumorvækst i brystbenet er det klart muligt at dette ikke ville kunne ses ved lungerøntgen og

ovenstående skøn over overlevelsen gælder da stadig.

Ved den faktiske diagnose var der spredning til brystbenet. Normalt vil man anse at der ved spredning til skelettet foreligger dissemineret og dermed uhelbredelig sygdom. Der er dog rapporteret tilfælde af lokalt avanceret brystkræft med brystbenet som eneste knoglefokus, og der er case-rapporter om tilfælde med fremgangsrig behandling når brystbenet fjernes. Disse tilfælde er af anekdotisk karakter, og der kan ikke foretages meningsfuld statistisk analyse af dette. Det må dog formodes at den konstaterede spredning til brystbenet betyder, at den ovenfor skønnede 5 og 10 års overlevelse ved faktisk diagnose skal justeres nedad.

Ved rettidig diagnose vurderer jeg at man ville have tilbudt patienten operation primært med brystbevarende kirurgi og aksilrømning efterfulgt af adjuverende kemoterapi i 6 omgange efterfulgt af strålebehandling såvel mod bryst som omgivende kirtelstationer.

Ved faktisk diagnose fik patienten først 8 kemobehandlinger. Man må formode at der herefter vil blive foretaget endnu en scanning for at sikre sig at der ikke i mellemtiden er opstået tegn til yderligere spredning. Hvis dette ikke er tilfældet finder jeg det mest sandsynligt, at man med tanke på den udtalte lokale vækst vil foretage mastektomi og aksilrømning og desuden bortoperation af brystbenet. Herefter strålebehandling af samme type som ved rettidig diagnose.

..."

I en supplerende udtalelse af 23. juli 2013 anførte lægekonsulenten:

"...

Når det gælder beregningen af overlevelsen ved rettidig diagnose, har jeg skønnet at selv om der set fra et biologisk synspunkt må forventes, at have været spredning til brystbenet finder jeg det sandsynligt at man ved sædvanlig udredning ikke ville have påvist dette. Ved den faktiske diagnose var det alene ved PET scanning man påviste metastaten.

Der er så gået ud fra instruksens at vurderingen til en hver tid skal baseres på de på det tidspunkt kendte informationer, og har derfor beregnet prognosen ved rettidig diagnose, ud fra den antagelse, at en sådan spredning ikke ville have været kendt på det tidspunkt. Det er dette jeg har forsøgt at forklare i sidste afsnit på side 2.

..."

Den 12. august 2013 traf Patientforsikringen afgørelse om, at A havde ret til 90.350 kr. i godtgørelse for svie og smerte samt varigt mén for hendes skade i form af fjernelse af venstre bryst som følge af forsinket

diagnosticering af brystkræft. Patientforsikringen anførte i afgørelsen, at man ville tage stilling til, om A var berettiget til yderligere erstatning efter at have indhentet en supplerende udtalelse fra lægekonsulenten.

Den 14. august 2013 afgav Patientforsikringens lægekonsulent endnu en udtalelse:

"...

Prognosen som angivet i lægeerklæringen er et mål for risikoen at dø af sygdommen efter primær behandling. Alle patienter, som efter behandling i kurativt øjemed udvikler recidiv og dør af dette, vil på tidspunktet for den primære behandling have haft ikke erkendt spredning. Hvis en patientgruppe opereret i kurativt øjemed har 10 % risiko for at få recidiv og dø af sygdommen vurderet ved diagnosetilfældet så er dette prognosen på det givne tidspunkt såvel for de 10 % som dør af sygdommen som for de 90 % som overlever. At beregne prognosen retrospektivt for de 10 %, når de har fået recidiv, giver ingen mening også selvom spredningen blev diagnosticeret kort tid efter den primære behandling.

Mine svar på jeres spørgsmål bliver som følger:

Ad 1: Det er overvejende sandsynligt at der ville have været spredning til brystbenet også ved rettidig diagnose, men at dette da ikke ville være blevet opdaget.

Ad 2: Tumorstørrelse er en tidsafhængig proces. For en kvinde under 50 år fandt Peer et al' en fordoblingstid af tumorstørrelsen på median 80 dage med en variation fra 24 dage til 273 dage. Selv med den hurtigst kendte vækst vil en metastase, som var erkendelig ved PET-scanning, have været til stede i betydeligt længere tid end 3 måneder, og langt inden patienten ville udvikle symptomer.

Ad 3: Hvis vi antager at spredningen ville være blevet opdaget ved rettidig diagnose ville jeg vurdere prognosen på det tidspunkt identisk med prognosen ved den faktiske diagnose som fremgår af den oprindelige lægeerklæring.

..."

Den 11. november 2013 traf Patientforsikringen herefter afgørelse om, at A ikke var berettiget til yderligere erstatning. Af begrundelsen fremgår:

"...

Tabt arbejdsfortjeneste efter erstatningsansvarslovens § 2 ...

...

Vi har i den forbindelse lagt vægt på, at du uanset diagnoseforsinkelsen ville have gennemgået et længerevarende forløb med operation samt kemoterapi og strålebehandling.

Vi mener desuden, at udviklingen i din sygdom med spredning til lunger og lymfeknuder, ikke med overvejende sandsynlighed er en følge af diagnoseforsinkelsen, men af selve sygdommen, se nedenfor under varigt mén.

Vi mener således ikke, at dit sygdomsforløb er blevet forlænget som følge af diagnoseforsinkelsen, og at du dermed har lidt et indkomsttab som følge heraf.

Varigt mén efter erstatningsansvarslovens § 4 ...

...

Vi har på baggrund af den supplerende speciallægevurdering af 14. august 2013, som er sendt i kopi til dig den 4. september 2013, vurderet, at du ikke er berettiget til yderligere godtgørelse for varigt mén.

Vi har ved afgørelsen lagt vægt på, at det ifølge vurderingen er overvejende sandsynligt, at der ville have været spredning af din sygdom til brystbenet også ved rettidig diagnosticering af din sygdom i løbet af juni/juli 2012.

Vi har videre lagt vægt på, at prognosen i juni/juli 2012 ifølge vurderingen er identisk med prognosen ved den faktiske diagnose i oktober 2012.

Vi mener således ikke, at din prognose er blevet forværret som følge af den forsinkede diagnosticering og behandling af din sygdom. Den udvikling, der nu er sket i din sygdom, må derimod anses som en følge af selve sygdommen, ikke den forsinkede diagnose.

Du er derfor ikke berettiget til erstatning for varigt mén.

..."

Patientforsikringens afgørelser af 12. august 2013 og 14. november 2013 blev ikke påklaget.

A afgang ved døden den 10. april 2014.

Den 3. december 2015 anmodede A's ægtefælle ved advokat E om genoptagelse af Patientforsikringens afgørelse af 12. august 2013. I genoptagelsesansøgningen var anført, at der blev anmodet om genoptagelse, idet "der siden Patienterstatningens afgørelse af 12. august 2013 er sket en væsentlig ændring af sagens faktum, idet skadelidte, A, er afgået ved døden".

Den 15. januar 2016 meddelte Patienterstatningen afslag på genoptagelse, idet sagens faktiske omstændigheder i henhold til den anerkendte skade ikke havde ændret sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens behandling. Patienterstatningen anførte i sin afgørelse, at man havde lagt vægt på, at A kræftsygdom ikke blev uhelbredelig som følge af den anerkendte behandlingsskade, men at dette derimod var en følge

af selve kræftsygdommen. Endvidere blev anført, at dette betyder, at det forhold, at A var afgået ved døden som følge af sin kræftsygdom ikke skyldes den anerkendte behandlingsskade.

Patienterstatningens afgørelse af 15. januar 2016 blev påklaget til Ankenævnet for Patienterstatning, som til brug for sagen indhentede følgende udtalelse fra en lægekonsulent:

"...

Det fremgår af sagens akter, at A blev behandlet for brystkræft med start oktober 2012. På dette tidspunkt havde sygdommen spredt sig til lymfeknuder og brystben. Diagnosen burde være stillet noget før - det anslås at der skete en forsinkelse på ca. 3 måneder. Forsinkelsen medførte en prognoseforringelse og det er anslået i speciellægeerklæring, at 5 års overlevelsen faldt fra 84 % til 43 % hvis man betragter brystben-metastasen som led i lokal avanceret sygdom. Der er klart tale om skøn - og det kan naturligvis ikke udelukkes, at metastase i brystbenet var tilstede også i juni 2012 selvom, der ikke var symptomer herfra.

Under disse omstændigheder ændres hverken skøn eller overvejelser af, at patienten er afgået ved døden. Pt.s død skyldes kræftsygdommen.

Der er således ikke fremkommet oplysninger der kan begrunde en ændret vurdering af sagen.

..."

Den 13. januar 2017 stadfæstede Ankenævnet for Patienterstatningen afgørelsen af 15. januar 2016. Ankenævnet anførte i sin afgørelse følgende:

"...

Afgørelse

Ankenævnet for Patienterstatningen er enig med Patienterstatningens afgørelse af 15. januar 2016, som derfor stadfæstes.

Der er ikke grundlag for at genoptage sagen til fornyet behandling.

...

Begrundelse for afgørelsen

En afsluttet sag om godtgørelse og erstatning kan genoptages, hvis sagens faktiske omstændigheder ændrer sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning. Det følger af § 11 i erstatningsansvarsloven.

Ankenævnet er enig i, at der ikke er grundlag for, at Patienterstatningen skal genoptage behandlingen af sagen.

Der er ikke sket en væsentlig ændring af sagens faktiske omstændigheder i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning.

...

Da Patienterstatningen traf afgørelse i sagen, blev det vurderet, at diagnoseforsinkelsen på tre måneder ikke havde indflydelse på A's overlevelsesprognose. Den udvikling, der var sket af sygdommen, var en følge af selve kræften og ikke den forsinkede diagnose.

Det forhold, at A's sygdom udviklede sig til at blive uhelbredelig, skyldes ikke med overvejende sandsynlighed forsinkelsen på tre måneder. Det forhold, at hun efterfølgende er afgået ved døden, er dermed heller ikke en følge af den forsinkede diagnosticering men en følge af selve kræftsygdommen.

A's dødsfald er således ikke en væsentlig ændring af sagens faktiske omstændigheder i forhold til den anerkendte behandlingsskade.

..."

Nærværende retssag blev anlagt ved stævning af 3. juli 2017.

Den 29. juni 2018 anmodede sagsøgeren Patienterstatningen om genoptagelse af afgørelsen af 11. november 2013 på forvaltningsretligt ulovbestemt grundlag. Patienterstatningen sendte anmodningen videre til Ankenævnet for Patienterstatningen, som havde truffet afgørelse den 13. januar 2017.

Den 20. august 2018 afviste Ankenævnet for Patienterstatningen at genoptage sagen til fornyet behandling. Det fremgår af Ankenævnets begrundelse:

"...

Begrundelse for afgørelsen

Ankenævnet for Patienterstatningen kan beslutte at tage en afgjort sag op til fornyet behandling og afgørelse, hvis der kommer nye oplysninger, der har væsentlig betydning for afgørelsen af sagen. Det drejer sig især om oplysninger, der giver grund til at ændre vurderingen af sagen. Det følger af § 16 i bekendtgørelse om forretningsorden for Ankenævnet for Patienterstatningen.

Ankenævnet vurderer, at der ikke er grundlag for, at Ankenævnet skal genoptage behandlingen af sagen.

Der er ikke kommet nye oplysninger i sagen med et indhold, der har væsentlig betydning for udfaldet af sagen.

Ankenævnet bemærker følgende til afgørelsen:

Boet efter A har i anmodningen om genoptagelse gjort gældende, at der blev begået en klar fejl ved undersøgelsen den 21. juni 2012, og at bevisbyrden for, at der er årsagssammenhæng mellem behandlingen og skaden derfor skal lempes.

Til dette bemærker Ankenævnet følgende:

Det følger af klage- og erstatningsloven, at der ydes erstatning, hvis skaden "med overvejende sandsynlighed" er påført ved behandlingen. "Overvejende sandsynlighed" betyder, at det skal være mere sandsynligt (mere end 50 procent), at behandlingen, og ikke andre forhold, er årsag til skaden.

Ifølge forarbejderne til klage- og erstatningsloven og praksis på området kan bevisbyrden for årsagssammenhæng i visse tilfælde blive lempet. Det betyder, at der i visse tilfælde kan ydes erstatning for en skade, selv om det ikke er overvejende sandsynligt, at behandlingen var årsag til skaden.

For at den skadelidtes bevisbyrde vedrørende årsagssammenhængen mellem behandlingen og skaden kan blive lempet, kræver det, at der er begået en klar fejl ved behandlingen, og at der er tvivl om årsagssammenhængen. Bevisbyrden bliver kun lempet, hvis der er tvivl om, hvorvidt det er behandlingen eller andre forhold, der er den mest sandsynlige årsag til skaden.

Hvis det er mindre sandsynligt, at behandlingen var årsag til skaden, kan den skadelidtes bevisbyrde ikke blive lempet. Eventuelle fejl i forbindelse med behandlingen får dermed ikke betydning.

Ankenævnet henviser bl.a. til Højesterets domme trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 2011.1019 H og 2013.553 H.

Ankenævnet vurderer, at der ikke er en sådan tvivl om årsagssammenhængen, at der er grundlag for at lempe bevisbyrden i denne sag. Efter Ankenævnets vurdering er der ikke en sådan usikkerhed om den statistiske 5 års overlevelsesprognose på tidspunktet for rettidig diagnostik, den 21. juni 2012, eller prognosen på det faktiske diagnosticeringstidspunkt, i midten af oktober 2012, at der er grundlag for at lempe bevisbyrden ved vurderingen af, om kræftsygdommen som følge af diagnoseforsinkelsen blev uhelbredelig.

Ankenævnet genoptager derfor ikke sagen.

..."

Parterne er enige om, at genoptagelse kan ske i to tilfælde, dels hvis der er tale om nye faktiske oplysninger af væsentlig betydning for sagens udfald, der kan føre til en ændret vurdering, jf. erstatningsansvarslovens § 11, dels på ulovbestemt grundlag, hvis der foreligger væsentlige sagsbehandlingsfejl.

Sagsøgeren gør alene gældende, at genoptagelse skal ske på ulovbestemt grundlag, fordi der foreligger væsentlige sagsbehandlingsfejl.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har gjort gældende,

- at betingelserne for genoptagelse på ulovbestemt grundlag er opfyldte,
- at der er grundlag for at genoptage sagen på ulovbestemt grundlag, fordi der er begået væsentlige sagsbehandlingsfejl, som har ført til en forkert anvendelse af bevisbyrdereglerne, som dermed har ført til et forkert resultat,
- at officialmaksimen forpligter den myndighed, der skal træffe afgørelse i en sag til at tilvejebringe korrekte og tilstrækkelige oplysninger til, at der kan træffes en materielt rigtig afgørelse, herunder at sikre oplysningernes pålidelighed. Er der tvivl om holdbarheden af et væsentligt faktum, hører det med til sagsoplysningen at søge denne tvivl afklaret således, at det ved en sædvanlig bevismæssig vurdering kan afgøres, om den pågældende oplysning kan lægges til grund ved afgørelsen,
- at det ikke er muligt at indbringe 1. instans myndighedens afgørelser for domstolene, og at der skal tages hensyn til dette i vurderingen af, hvorvidt betingelserne for forvaltningsretlig genoptagelse er til stede, hvis det kan påvises, at der er grundlag herfor,
- at der ifølge forarbejderne til den dagældende patientforsikringslov ikke bør påhvile patienten nogen bevisbyrde i den forstand, at det er patienten, der skal tilvejebringe bevis for, at skaden er forårsaget ved et af de forhold, som opfylder de materielle dækningskriterier, hvilket princip er gentaget i lovforslaget til patientforsikringsloven nr. 144 af 1990-1991, hvoraf fremgår, at hvis det fx kan konstateres, at der klart er begået fejl ved behandlingen af patienten, som kan have forårsaget den konkrete skade, kan det være rimeligt at lade en eventuel tvivl om den faktiske årsagssammenhæng komme patienten til gode,
- at det således af forarbejderne fremgår, at der i en situation, hvor der er begået en klar lægefaglig fejl som her, 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 hun ville have været i, hvis diagnosen var blevet stillet rettidigt og behandling iværksat tidligere end sket,
- at princippet om bevislættelse efterfølgende er fulgt af Højesteret i en lang række sager,
- at Patienterstatningen og Ankenævnet begge er bekendt med den praksis om bevislættelser for årsagssammenhæng, men alligevel undlader at bede deres lægekonsulent forholde sig til, hvorvidt der var tale om en klar lægefaglig fejl i forbindelse med undersøgelsen den 21. juni 2012 og diagnosticering af A's brystkræft,
- at kravet til bevis for årsagssammenhæng mellem fejl og skade i sager, hvor der er begået en klar lægelig fejl, er noget mindre end overvejende sandsynligt, og at 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, og ikke død) kunne være undgået, er tilstrækkelig dokumentation for sammenhæng,
- at der altså alene skal være begået en klar fejl for at bevislempelse af

- årsagssammenhæng kan komme i spil,
- at det netop skyldes, at den skadelidte - når der er begået klare fejl - vanskeligt kan føre bevis for, hvilken situation han eller hun ville have været i, hvis diagnosen var blevet stillet rettidig og behandlingen iværksat tidligere end skat, og at det de facto i stort set alle sagen fører til en tvivl om årsagssammenhængen, som i de tilfælde skal komme skadelidte til gode,
 - at Patienterstatningens upåklagede afgørelse af 11. november 2013 udelukkende er baseret på fiktive antagelser/gætterier,
 - at Patienterstatningen ved deres afgørelse af 12. august 2013 og 11. november 2013 begik væsentlige sagsbehandlingsfejl, idet det ikke blev undersøgt, om der var tale om en klar lægefaglig fejl i forbindelse med A's udredning for og diagnosticering af hendes kræftsygdom,
 - at hverken Patienterstatningen eller Ankenævnet i deres afgørelser har forholdt sig til, at A var henvist i henhold til kræftpakken, og at Ankenævnet endda har anført, at Patienterstatningens sagsfremstilling ikke bestrides,
 - at det derfor gøres gældende, at der i forbindelse med undersøgelsen den 21. juni 2012 af A's bryst var tale om en klar lægefaglig fejl, idet A var henvist fra egen læge til udredning via kræftpakkeforløb, hvorved den behandlende læge alene palperede hendes bryst og dermed ikke foretog én eneste billeddiagnostisk undersøgelse (mammografi, scanning eller røntgen) eller biopsi, som Sundhedsstyrelsens forskrifter for pakkeforløb ellers foreskriver,
 - at hverken Patienterstatningen eller Ankenævnet har søgt at belyse dette forud for de trufne afgørelser,
 - at Ankenævnet ikke belyser dette spørgsmål, fremgår af lægekonsulentens udtalelser af 26. april og 23. november 2016, hvoraf fremgår, at han alene bliver spurgt og forholder sig til spørgsmål om overlevelsesprognose,
 - at Ankenævnet i stedet har bemærket i afgørelsen, at det er Ankenævnets vurdering, at udviklingen af A's kræftsygdom skyldtes selve kræften og ikke diagnoseforsinkelse,
 - at begge lægekonsulenter udtaler, at den medicinske vurdering af sagen er forbundet med stor usikkerhed, og at der er tale om et skøn, fordi der ingen undersøgelser blev foretaget den 21. juni 2012, da A første gang mødte til konsultation på C Hospital,
 - at der derfor heller ikke eksisterer journalmateriale i form af billeddiagnostiske undersøgelser eller biopsisvar, som på nogen måde kan anvendes til dokumentation for i hvilket stadie hendes kræftsygdom eventuelt befandt sig på dette tidspunkt,
 - at lægekonsulenternes vurderinger derfor alene baseres på gætterier/fiktive antagelser om, hvorledes A's kræftsygdom, behandlingsforløb og overlevelsesprognose havde været, såfremt en rettidig diagnose havde været stillet,

- at der ikke alene er tale om, at der er begået en klar lægelig fejl i forbindelse med diagnosticeringen af A's kræftsygdom, men at der også er tale om en situation, hvor hverken Patienterstatningen eller Ankenævnet kan bevise, hvilket stadie A's kræftsygdom var i, hvis diagnosen var stillet rettidigt umiddelbart i forbindelse med undersøgelsen den 21. juni 2012,
- at når hverken Patienterstatningen eller Ankenævnet undersøger, hvorvidt der er begået en klar ansvarspådragende lægelig fejl, som kan føre til ovennævnte bevislempelse af vurderingen af årsagssammenhæng mellem fejl og skade, fører dette uundgåeligt til, at de afgørelser myndighederne har truffet er fejlbehæftede, hvilket har ført til en forkert anvendelse af bevisbyrdereglerne,
- at den væsentlige sagsbehandlingsfejl har betydning for den retlige vurdering af i hvilket omfang skaden kan anerkendes og er dermed også afgørende for, om sagsøgerens og hans datter er berettiget til forsørgertabserstatning og overgangsbetøb, og må føre til, at betingelserne for forvaltningsretlig genoptagelse på ulovbestemt grundlag er opfyldt,
- at Ankenævnet i deres afgørelse anfører, at der for at der kan ske bevislempelse for årsagssammenhængen skal være begået en klar fejl og være tvivl om årsagssammenhængen, og det skal også først vurderes, om der er sket en skade som følge af diagnoseforsinkelsen,
- at dette fører til, at myndighederne - baseret på fiktion/gætterier om grundsygdommens stadie på et tidligere tidspunkt, hvor der ikke er foretaget de nødvendige og påkrævede undersøgelser, hvilket er en klar fejl, og hvor det derfor er umuligt at sige noget som helst om, hvilket stadie sygdommen var på og dermed hvilken betydning diagnoseforsinkelsen har haft, dvs. hvilken skader der er sket - har foretaget en vurdering af årsagssammenhæng mellem behandling og skade med udgangspunkt i den almindelige sandsynlighedsvurdering, som fremgår af KEL § 20, stk. 1, hvorefter der kræves "overvejende sandsynlighed",
- at det er forkert, når det netop er konstateringen og kvalificeringen af den klare fejl, som er afgørende for, at der kan ske bevislempelse af årsagssammenhæng, som dermed kan føre til anerkendelse af skaden i større omfang end det allerede er tilfældet,
- at hvis der er begået en klar fejl, som består i manglende udredning og dermed manglende undersøgelsesresultater af afgørende betydning for vurderingen af stadiet af en grundsygdom på et tidligere tidspunkt end det faktiske diagnosetidspunkt som i nærværende sag, så vil der altid være tvivl om årsagssammenhæng og bevislempelse af årsagssammenhæng bliver aktuel i vurderingen,
- at det kun er i de tilfælde, hvor årsagssammenhæng mellem fejl og skade er usandsynlig, at skaden ifølge retspraksis ikke bør anerkendes, og det er det, der følger af Højesterets domme i bl.a. U 2011.1019 H og U 2013.553 H, som Ankenævnet nævner i deres afgørelser af 20. august 2018,

- at Ankenævnets vurdering er problematisk på flere punkter og i strid med retspraksis på området,
- at Ankenævnet burde være nået frem til, at Patienterstatningen i deres afgørelse af 15. januar 2016 burde have fundet, at betingelserne for genoptagelse på ulovbestemt/forvaltningsretligt grundlag af de tidligere upåklagede afgørelser var opfyldt med henvisning til de væsentlige sagsbehandlingsfejl og den forkerte retsanvendelse, og
- at Ankenævnets afgørelse af 20. august 2018 derfor skal tilsidesættes, således at Ankenævnet skal dømmes til at anerkende, at betingelserne for genoptagelse af A's patientskadesag er opfyldt.

Sagsøgte har gjort gældende,

- at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets afgørelse af henholdsvis 13. januar 2017 og 20. august 2018, hvorved Ankenævnet vurderede, at betingelserne for genoptagelse ikke var opfyldt,
- at det følger af erstatningsansvarslovens § 11, at en afsluttet sag om godtgørelse eller erstatning kan genoptages, hvis sagens faktiske omstændigheder ændrer sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning,
- at bestemmelsen giver mulighed for genoptagelse, hvis der i forbindelse med genoptagelsesanmodningen fremkommer nye faktiske oplysninger af så væsentlig betydning for sagen, at der er en vis sandsynlighed for, at sagen ville have fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med myndighedens oprindelige stillingtagen til sagen,
- at sagsøgeren kan have krav på genoptagelse på ulovbestemt forvaltningsretligt grundlag, hvis myndighedens praksis tilsidesættes af domstolene, ligesom en myndighed kan have pligt til at genoptage en sag, hvis der foreligger væsentlige sagsbehandlingsfejl,
- at det kræver et sikkert grundlag at tilsidesætte ankenævnets afgørelser, og det er sagsøgeren, der har bevisbyrden for dette, hvilken bevisbyrde sagsøgeren ikke har løftet,
- at der ikke under denne sag kan foretages en efterprøvelse af Patienterstatningens afgørelser af 12. august 2013 og 11. november 2013, idet disse afgørelser ikke er påklaget,
- at sagsøgeren ikke ved at indlevere en stævning med påstand om genoptagelse under anbringende af, at myndighederne traf en materielt forkert afgørelse kan omgå klage- og søgsmålsfristerne i KEL § 58 b, stk. 2 og § 58 d, stk. 2,
- at sagsøgerens anbringender om, at Ankenævnet burde have vurderet, om der var tale om en klar fejl ved behandlingen, vil indebære en efterprøvelse af realiteten i Patienterstatningens afgørelser, som ikke blev påklaget til Ankenævnet, og som Ankenævnet derfor var berettiget til at lægge til grund for sin afvisning om genoptagelse,
- at heller ikke sagsøgerens seneste anmodning om genoptagelse af 29. juni 2018 kan føre til en sådan prøvelse,

- at Ankenævnet i sin *afgørelse af 13. januar 2017* fandt, at betingelserne for at genoptage sagen ikke var opfyldt, idet der ikke var fremkommet nye og for sagen væsentlige oplysninger, som - hvis de havde foreligget på tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse af 11. november 2013 - ville have ført til et andet resultat,
- at den omstændighed, at A døde af sin kræftsygdom ikke var væsentligt nyt i forhold til Patienterstatningens afgørelse af 11. november 2013,
- at Patienterstatningen allerede ved denne afgørelse havde vurderet, at A's prognose ikke var forringet som følge af diagnoseforsinkelsen. A's uhelbredelige terminale sygdomsspredning skyldtes efter afgørelsen selve kræftsygdommen (grundlidelsen) og ikke diagnoseforsinkelsen,
- at sagsøgerens anbringender om, at Ankenævnet i denne sag er forpligtet til at træffe en materielt rigtig afgørelse, herunder påse hele grundlaget for selve anerkendelsesafgørelsen, og at Ankenævnet har tilsidesat officialmaksimen ved ikke at undersøge, om der ved behandlingen blev begået en klar lægelig fejl, heller ikke kan føre til genoptagelse,
- at Ankenævnet således ikke i forbindelse med sagsøgerens genoptagelsesanmodning af 3. december 2015 - som angav sagsbehandlingsfejl mm men kun den omstændighed, at A var afgået ved døden - ex officio skulle have undersøgt, om Patienterstatningens forudgående upåklagede afgørelser var korrekte,
- at Ankenævnet i enhver henseende var berettiget til at begrænse prøvelsen af Patienterstatningens afgørelse om afvisning af genoptagelse til det spørgsmål om, hvorvidt den prognosevurdering, Patienterstatningen havde lagt til grund, var retvisende,
- at Ankenævnet hverken som følge af generelle forvaltningsretlige principper eller oplysningerne i den konkrete sag, herunder genoptagelsesanmodningen, var forpligtet til samtidig at undersøge i hvilket omfang Patienterstatningen havde beskæftiget sig med karakteren af den lægelige fejl og betydningen heraf for bevisbedømmelsen,
- at Ankenævnet bemærker, at Sundhedsstyrelsens publikation om pakkeforløb for bryst udgivet i september 2016 ikke er relevant for nærværende sag, der vedrører et forløb i juni 2012, og at Patienterstatningens lægekonsulent i flere bilag har anført, at selv ved rettidig diagnose og behandling ville der have været spredning/metastaser i brystbenet,
- at hvis retten finder, at Ankenævnet i forbindelse med afslaget på genoptagelse skulle have foretaget en sådan fuldstændig prøvelse af de bagvedliggende materielle afgørelser, som sagsøgeren argumenterer for - herunder om der var begået klare lægelige fejl, der skulle medføre en bevislempelse - må sagen hjemvises med henblik på, at Ankenævnet kan foretage denne prøvelse. Det er således ikke en prøvelse, der aktuelt kan finde sted ved domstolene,

- at det retten skal tage stilling til vedrørende Ankenævnets *afgørelse af 20. august 2018* er, om der er grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets vurdering af, at betingelserne for at genoptage A's sag på forvaltningsretligt grundlag ikke er opfyldt,
- at der ikke er det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets afgørelse af 20. august 2018, hvorved Ankenævnet vurderer, at der ikke er grundlag for at genoptage behandlingen af A's patientskadesag på forvaltningsretligt grundlag,
- at betingelserne for at genoptage A's patientskadesag ikke er opfyldt, da der ikke var fremkommet nye oplysninger i sagen med et indhold, der var af væsentlig betydning for udfaldet af sagen, og der er ligeledes heller ikke tale om en sagsbehandlingsfejl, som kan føre til genoptagelse,
- at Ankenævnet ikke skal eller bør prøve de bagvedliggende upåklagede materielle afgørelser,
- at selv hvis det måtte blive lagt til grund, at der var tale om en sagsbehandlingsfejl i den forstand, at Patienterstatningen burde have taget stilling til, om der ved behandlingen af A var begået en klar lægefaglig fejl, vil det ikke føre til et andet resultat, idet betydning af klare lægefaglige fejl kun er relevant, når der er tvivl om årsagssammenhængen, hvilket der ikke er i dette tilfælde,
- at der ikke er en sådan usikkerhed om den statistiske 5 års overlevelsesprognose på tidspunktet for rettidig diagnostik eller prognosen på det faktiske diagnosticeringstidspunkt, at der er grundlag for at lempe bevisbyrden ved vurderingen af, om A's kræftsygdom som følge af diagnoseforsinkelsen blev uhelbredelig, og at
- finder retten ved prøvelsen af afgørelsen af 20. august 2018, at Ankenævnet burde have foretaget en fuldstændig prøvelse af de bagvedliggende materielle afgørelser, som sagsøgerens argumenterer for - herunder om der er begået klage lægelige fejl, der skulle medføre en bevislempelse - må sagen hjemvises med henblik på, at Ankenævnet kan foretage denne prøvelse. Det er således ikke en prøvelse, der aktuelt kan finde sted ved domstolene.

Rettens begrundelse og afgørelse

Det fremgår af forarbejderne til klage- og erstatningsloven (tidligere patientforsikringsloven), herunder til den nugældende § 20, stk. 1, nr. 1 og § 21, stk. 1, at alle patienter eller disses efterladte vil have krav på erstatning for skader, som med overvejende sandsynlighed skyldes behandling på sygehus. Udgangspunktet er, at der ydes erstatning ved skader, der kunne være undgået ved, at undersøgelsen, behandlingen m.v. var blevet udført på en anden måde end den, der faktisk blev anvendt. Udgangspunktet for afgrænsningen af, hvilke skader loven omfatter, er på den ene side, at de culpøse skader omfattes af loven, mens på den anden side, de skader, som er uundgåelige følger af grundsygdommen og behandlingen, ikke omfattes af loven. Der foreligger en patientskade, når det efter sagens konkrete

omstændigheder er mere sandsynligt, at skaden er forårsaget af erstatningsbegrundende helbredelsesforanstaltninger, end at den er forårsaget på anden måde, herunder ved komplikationer i forbindelse med grundsygdommens forløb, som har udviklet sig uafhængigt af behandlingen. I princippet er selv en minimal sandsynlighedsovervægt tilstrækkelig. Hvis intet sikkert om skadesårsagen kan fastslås, må den relative sandsynlighed af de mulige skadesårsager vurderes og afvejes over for hinanden. Må det herefter antages, at det er lige så sandsynligt, at skaden kan have udviklet sig uafhængigt af behandlingen, eller kan intet siges om den relative sandsynlighed af de mulige skadesårsager, foreligger der ikke en erstatningsberettigende patientskade. Det er imidlertid sjældent muligt at træffe afgørelsen i tvivlsomme tilfælde alene på grundlag af generelle statistiske erfaringer. Der kan derfor i sådanne tilfælde inddrages andre momenter i vurderingen, hvor dette findes rimeligt, fx hvis det konstateres, at der klart er begået en fejl ved behandlingen af patienten, som kan have forårsaget den konkrete skade, kan det være rimeligt at lade en eventuel tvivl om den faktiske årsagssammenhæng komme patienten til gode. Der er således i disse tilfælde bevislempelse vedrørende årsagssammenhængen.

Af lægekonsulenternes udtalelser fremgår, at det er helt usandsynligt, at der ikke ved rettidig diagnose var spredning til lymfeknuderne. Endvidere vurderes det overvejende sandsynligt, at der også ved rettidig diagnose ville være tumorvækst i brystbenet, og det vurderes samtidig, at det er sandsynligt, at man ved sædvanlig udredning ikke ville have påvist dette. Normalt anses spredning til skelettet at medføre dissemineret og dermed uhelbredelig sygdom. Hvis spredningen var opdaget ved rettidig diagnose, vurderes det, at prognosen på det tidspunkt er identisk med prognosen ved den faktiske diagnose.

Det kan lægges til grund, at der skete en diagnoseforsinkelse på ca. 3 måneder. Imidlertid kan det efter lægekonsulenternes udtalelser lægges til grund med overvejende sandsynlighed, at prognosen ikke blev forværret som følge af denne diagnoseforsinkelse, men at udviklingen må tilskrives selve kræftsygdommen. Der er derfor ikke en sådan tvivl om årsagssammenhængen mellem diagnoseforsinkelsen og kræftsygdommens udvikling, at der har været grundlag for at inddrage spørgsmålet om, hvorvidt der klart er begået en fejl ved behandlingen af A, som kan have forårsaget udviklingen i sygdommen. Der har dermed ikke været grundlag for bevislempelse, og der er derfor heller ikke grundlag for at fastslå, at Ankenævnets behandling har været forbundet med sagsbehandlingsfejl.

Sagsøgerens påstand tages derfor ikke til følge.

Inden 14 dage skal sagsøgeren i sagsomkostninger til sagsøgte betale 68.750 kr. Retten har herved lagt vægt på det af sagsøgeren oplyste om sagens værdi på 1,4 mio. kr. samt sagens udfald, jf. retsplejelovens § 312, stk. 1.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, frifindes.

Inden 14 dage skal sagsøgeren, B , betale sagsomkostninger til sagsøgte med 68.750 kr.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Jette-Marie Sonne
Dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Hillerød, den 29. november 2018.

Jette-Marie Sonne, Dommer