



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 31. januar 2014 i sag nr. BS H-1437/2008:

N

mod
Patientskadeankenævnet
Vimmelskiftet 43, 2. sal
1161 København K

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retspleje-lovens § 218 a, stk. 2.

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagsøgeren blev den 24. april 2003 indlagt på X med lammelser i venstre fod og nedsat følesans. Det blev vurderet, at sagsøgeren havde en venstresidig diskusprolaps i lænden, og at der var indikation for operation. Sagsøgeren blev den 25. april 2003 opereret, hvor der blev fjernet noget diskusvæv. Sagsøgeren havde fortsat gener og smerter efter operationen, og ved efterfølgende undersøgelse blev det konstateret, at sagsøgeren var blevet opereret på et forkert niveau. Sagsøgeren blev derfor opereret igen den 2. maj 2003, hvor der blev fjernet en stor diskusprolaps. Den 9. og den 27. september 2004 blev der foretaget fornyede operationer.

Sagsøgeren har under denne sag nedlagt påstand om, at sagsøgte, Patientskadeankenævnet, tilpligtes at anerkende, at sagsøgerens gener i ryggen er en følge af en fejloperation den 25. april 2003, og at sagsøgerens sygemeldingsperiode i tilslutning til denne operation og operation den 2. maj 2003 skyldes patientskaden, bortset fra en periode på 3 uger.

Sagsøgtes påstand er frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Patientforsikringen traf den 31. marts 2004 afgørelse, hvorefter sagsøger ikke fandtes berettiget til erstatning er lov om patientforsikring, idet erstatningsbeløbet ikke fandtes at overstige 10.000 kr. Patientforsikringen anførte i begrundelsen, at operationen den 25. april 2003 på forkert niveau var en fejl og ikke i overensstemmelse med bedste specialiststandard.

Patientforsikringen genoptog sagen efter afgørelsen var påklaget til Patient-skadeankenævnet og traf ny afgørelse den 27. januar 2006, hvor Patientforsikringen, efter at have indhentet erklæring fra speciallæge C

, fandt sagsøgeren berettiget til kr. 88.250 i godtgørelse efter lov om patientforsikring.

Patientskadeankenævnet traf herefter den 21. november 2007 afgørelse, hvorefter sagsøgeren ikke fandtes berettiget til erstatning, idet erstatningskravet var under bagatelgrænsen på 10.000 kr. jf. patientforsikringslovens § 5, stk. 2. Patientskadeankenævnet fandt alene, at sagsøgeren var påført en skade i form af forlænget sygeperiode på 7 dage mellem operationerne den 25. april 2003 og den 2. maj 2003, jf. patientforsikringslovens § 2, stk. 1. nr. 1.

Det fremgår blandt andet af Patientskadeankenævnets afgørelse:

".....

Begrundelse for Patientskadeankenævnets afgørelse:

.....

Patientskadeankenævnet finder, at N er blevet påført en fysisk skade i form af en forlænget sygeperiode på syv dage mellem operationerne den 25. april 2003 og 2. maj 2003 i forbindelse med behandlingen på X og det er nævnets vurdering, at en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ville have handlet anderledes, end man gjorde ved behandlingen på X den 25. april 2003. Der er herved lagt vægt på, at der ved operationen den 25. april 2003 blev foretaget et indgreb på et ikke tilsigtet niveau i ryggen. Dette er ikke i overensstemmelse med bedste specialiststandard, jf. lov om patientforsikring § 2, stk. 1, nr. 1.

....

For så vidt angår de enkelte erstatningsposter bemærkes:

Godtgørelse for svie og smerte.

...

Patientskadeankenævnet finder, at patientskaden som følge af operation på forkert niveau den 25. april 2003 alene har medført en forlængelse af sygeperioden mellem operationerne den 25. april 2003 og 2. maj 2003 på syv dage. Deres klient er derfor alene berettiget til godtgørelse for svie og smerte for denne periode.

Nævnet har herved bl.a. lagt vægt på, at der efter en passende observationsperiode af N med vekslende symptomintensitet fra lænd og venstre ben blev foretaget operation for diskusprolaps (operation mod lumbal prolaps) den 25. april 2003. Da der ikke var effekt af operationen, blev hun opereret igen den 2. maj 2003. Ved denne operation på korrekt niveau fjernedes den påviste prolaps.

Patientskadeankenævnet har ved vurderingen endvidere lagt vægt på, at den langvarige sygeperiode efter operationen på korrekt niveau den 2. maj 2003 i alt væsentligt må henføres til grundsygdommen i form af diskusprolaps i lænden med udstrålende bensmerter. Den manglende effekt af diskusprolapsoperationen og den efterfølgende primære sygemelding på omkring 5 måneder må efter nævnets opfattelse tilskrives grundsygdommen i form af mangeårige rygsmerter med tidvis udstråling til venstre ben. Det er herved tillige taget i betragtning, at manglende effekt af en korrekt udført diskusprolapsoperation ikke er sjældent forekommende.

....

Godtgørelse for varigt mén:

.....

Patientskadeankenævnet finder, at N med overvejende sandsynlighed ikke er blevet påført en fysisk skade i form af et varigt mén som følge af operationen på forkert niveau den 25. april 2003, og hun er som følge heraf ikke berettiget til godtgørelse for varigt mén.

Patientskadeankenævnet har lagt vægt på, at der samlet set forud for operationen den 25. april 2003 gennem flere år har været gener ned i venstre ben, sandsynligvis af vekslende intensitet, herunder med let kraftnedsættelse ved opadbøjning af venstre fod. Ifølge de foreliggende sagsakter er N gener efter operationen den 2. maj 2003 overvejende relateret til rygsmærter, og der synes således at have været effekt på de udstrålende smerter. På denne baggrund må operationen den 2. maj 2003 vurderes at have haft effekt på de gener, der førte til henvisningen, og der skønnes ikke at være sket betydende forværring af tilstanden som følge af patientskaden i form af operationen på forkert niveau den 25. april 2003.

Det vurderes, at det operative indgreb på forkert niveau den 25. april 2003 med overvejende sandsynlighed ikke har nogen væsentlig indvirkning på N s samlede kliniske billede. Gener, der recidiverer inden for ca. halvanden uge, hvilket var tilfældet for N , er ikke betinget af, at bruskskiven på mellem 4. og 5. lændehvirvel har været åbnet ved operationen den 25. april 2003, men må med overvejende sandsynlighed henføres til grundsygdommen. De symptomer, der efterfølgende er tilkommet, er af N beskrevet som lignende de symptomer, hun havde før operationen, og der er således ikke sket ændring i lokalisationen.

Det er nævnets vurdering, at fremkomsten af gener i N højre ben ikke kan tilskrives operationerne, men udelukkende må tilskrives hendes grundsygdom i form af slidgigt i lænden.

Da N gener efter det anførte i det væsentlige må henføres til hendes grundsygdom, er hun ikke berettiget til godtgørelse for varigt mén efter lov om patientforsikring.

....."

Denne sag blev herefter anlagt 22. maj 2008. Sagen har været forelagt Retslægerådet fire gange. Retslægerådet har besvaret de stillede spørgsmål i erklæringer af 9. september 2009, 28. september 2010, 26. august 2011 og 7. maj 2013. Herudover har overlæge O som repræsentant for Retslægerådet, afgivet supplerende forklaring under hovedforhandlingen.

Der er endvidere fremlagt journalmateriale fra sagsøgerens egen læge, fra overlæge C , og erklæring af 10. februar 2005 fra overlæge J og erklæringer af 18. september og 5. oktober 2007 fra overlæge J

Der er under hovedforhandlingen endvidere afgivet forklaring af sagsøgeren,
N

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har gjort følgende gældende i påstandsdokument af 16. oktober 2013:

"....

at sagsøgeren blev opereret på forkert niveau, og at der som følge heraf blev foretaget operation og fjernelse af en diskus i rygsøjlen, som der ikke var nogen indikation for at fjerne.

Det gøres endvidere gældende,

at sagsøgerens gener i ryggen, herunder dobbeltsidige udstrålende smerter, skyldes operationen på forkert niveau.

I denne forbindelse gøres det gældende,

at en eventuel bevistvivl med hensyn til årsagen til sagsøgerens samlede gener, skal komme sagsøgeren til gode, idet det endvidere gøres gældende, at der foreligger en lægelig fejl fra operatøren, overlæge C side.

C havde adgang til alle de nødvendige oplysninger, med henblik på fastlæggelse af det korrekte operationsniveau og havde herudover adgang til alt nødvendigt apparatur til sikring af det korrekte niveau, samt

at overlæge C både kunne og burde have sikret, at operationen foregik på korrekt niveau.

Dette støttes til dels af Retslægerådets udtalelse i sagen, men herudover tillige af de erklæringer, der foreligger i sagen fra overlæge J og overlæge C, som begge i mange år har voteret i Retslægerådet.

..."

Sagsøgte har gjort følgende gældende i påstandsdokument af 17. oktober 2013:

"...

Da sagen vedrører spørgsmål om skade indtruffet inden 1. januar 2007, skal sagen afgøres efter den dagældende patientforsikringslov, jf. klage- og erstatningslovens § 63, stk. 2, nr. 2.

Af patientforsikringslovens § 1, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 1 følger, at en

patient er berettiget til erstatning, hvis det er overvejende sandsynligt, at en erfaren specialist under behandlingen eller undersøgelsen ville have handlet anderledes, hvorved en konstateret patientskade ville være undgået, såfremt erstatningen udgør mindst kr. 10.000,-, jf. lovens § 5, stk. 2.

Den første grundlæggende betingelse for erstatning efter loven er dog, at patienten skal godtgøre, at der er årsagsforbindelse mellem behandlingen og de skader, der søges erstatning for. Der kan således ikke kræves erstatning for skader, der skyldes patientens grundlidelser eller andre forhold, jf. patientforsikringslovens § 1, stk. 1, jf. § 2, stk. 1.

Efter forarbejder og praksis stilles der krav om overvejende sandsynlighed (dvs. mere end 50 procent), førend patienten har løftet sin bevisbyrde for årsagssammenhæng mellem en behandling omfattet af loven og patientens gener, jf. Folketingstidende 1990-91, tillæg A, spalte 3286, der bl.a. er gengivet i Højesterets præmisser i U 2011.1019 H.

Af samme præmisser fremgår, at kravene til bevis for årsagsforbindelse i tvivlstilfælde kan lempes, hvis *"...der klart er begået en fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som har forårsaget skaden."*

Præmisserne må forstås sådan, at bevislempelse er reserveret tilfælde, hvor der er bevistvivl og hvor der klart er begået fejl.

Kun i sådanne tilfælde kan tvivl om årsagsforbindelse efter omstændighederne komme patienten til gode. Dette blev første gang fastslået af Højesteret i dommen U 2002.1690/2 H. Princippet er præciseret i efterfølgende domme. I dommen U 2010.408 H udtalte Højesteret eksplicit, at selvom der klart var begået ansvarspådragende fejl, som medførte bevislempelse, var det (alligevel) ikke tilstrækkeligt sandsynliggjort, at der var årsagsforbindelse mellem den konstaterede skade og de begåede fejl.

Anbringender

Det gøres gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Patientskadeankenævnets afgørelse af 22. november 2007 (bilag 1).

Patientskadeankenævnets vurdering i afgørelsen, hvori det anføres, at operationen den 25. april 2003 på det forkerte niveau ikke med overvejende sandsynlighed havde nogen væsentlig indvirkning på N

samlede, kliniske billede, støttes af Retslægerådets udtalelser i sagen. Heraf fremgår, at de samlede lændesmerter ikke kan skyldes én operation (spørgsmål 8 og H), og at operationen den 25. april 2003 på det forkerte niveau ikke var den mest sandsynlige årsag til sagsøgers samlede lændesmerter (spørgsmål K).

På denne baggrund gør Patientskadeankenævnet gældende, at sagsøger ikke

nær har godtgjort, at der med overvejende sandsynlighed er årsagsforbindelse mellem operationen den 25. april 2003 på det forkerte niveau og sagsøgers gener i ryggen (lændesmerter).

Da Retslægerådets vurdering af årsagssammenhæng stort set er identisk med Patientskadeankenævnets, indebærer sagen ikke nævneværdig bevistvivl, hvilket efter praksis er en betingelse for, at bevislempelsesreglen kan finde anvendelse, jf. ovenfor.

Under henvisning til Retslægerådets besvarelse af spørgsmål A, 5 og 12 gør Patientskadeankenævnet desuden gældende, at operationen på det forkerte niveau den 25. april 2003 skete på baggrund af et fejlskøn, men der ikke er grundlag for at statuere, at dette fejlskøn kan karakteriseres som, at *"...der klart er begået en fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som har forårsaget skaden."* jf. U 2011.1019 H, jf. ovenfor.

Bevislempelsesreglen finder derfor ikke anvendelse i denne sag, uanset om retten måtte finde, at operationen på det forkerte niveau den 25. april 2003 skyldes en lægelig fejl, og ikke et lægeligt fejlskøn.

For så vidt angår N bensmerter gør Patientskadeankenævnet gældende, at der ikke er bevismæssig støtte for, at operationen den 25. april 2003 på det forkerte niveau er årsag eller medvirkende årsag til sagsøgers bensmerter. Der henvises Retslægerådets besvarelse af spørgsmål B og E (udtalelsen af 28. september 2010) og spørgsmål 8 og I (udtalelsen af 26. august 2011).

..."

Parterne har i det væsentlig procederet i overensstemmelse hermed.

Rettens begrundelse og afgørelse

Indledningsvis bemærkes, at sagen angår prøvelse af Patientskadeankenævnets afgørelse af 21. november 2007. Sagen skal herefter afgøres i medfør af den dagældende patientforsikringslov § 1, stk. 1, jf. § 2, stk. 1. Heraf følger, at sagsøger har ret til erstatning, hvis det må antages, at en erfaren specialist ville have handlet anderledes, hvorved skaden ville være undgået. Det er ubestridt, at det var en fejl, at operationen den 25. april 2003 blev foretaget på et forkert niveau.

Krav på erstatning efter den dagældende bestemmelse i patientforsikringslovens § 2, stk. 1 er derudover grundlæggende betinget af, at der foreligger en skade, som "med overvejende sandsynlighed" er forvoldt af behandlingen. Det påhviler herefter sagsøgeren at godtgøre, at der foreligger en sådan årsagsforbindelse mellem de gener, der søges erstatning for og operationen

den 25. april 2003. Det fremgår af bemærkningerne til § 2, at det kan indgå i vurdering heraf, om der klart er begået en fejl ved behandlingen af patienten, idet det i sådanne tilfælde kan være rimeligt at lade en eventuel tvil komme patienten til gode. Som anført i Højesterets dom gengivet i UfR 2011.1019H, foreligger der ikke en erstatningsberettiget skade, hvis det må anses for usandsynligt, at behandlingen er årsag til skaden.

Retslægerådet har ved besvarelsen af spørgsmål E i erklæringen af 28. september 2010, i tilslutning til besvarelse af spørgsmål 3 udtalt, at det forhold, at operationen den 25. april 2003 blev udført på forkert niveau, ikke anses for årsag til fortsatte bensmerter. Retslægerådet har ved besvarelsen af spørgsmål E endvidere bemærket, at der i alt er udført fire lænderygoperationer, og Retslægerådet finder derfor ikke, at de samlede lændesmerter kan tillægges en enkelt operation. Retslægerådet har i erklæringen af 26. august 2011 ved besvarelse af spørgsmål 8 uddybet dette og anført, at rådet ikke vurderer, at de samlede lændesmerte kan skyldes følger efter operationen på forkert niveau ligesom forsat tilstedeværelse af højresidig bensmerter ikke vurderes at kunne skyldes følger efter operationen på forkert niveau. Ved besvarelsen af spørgsmål H og I anfører Retslægerådet på spørgsmål om, hvad der er en mest sandsynlige årsag til de lændesmerter henholdsvis de bensmerter sagsøgeren har i dag, at lændesmerterne ikke kan tilskrives et enkelt forhold. Lændesmerterne er efter Retslægerådet opfattelse en følge af dels forudbestående smerter samt efterfølgende fire operationer, herunder også åbning af en "forkert" hvirvelskive ved operationen den 25. april 2003. Vedrørende bensmerterne anføres, at såvel de venstresidige - som de højresidige bensmerter er beskrevet forud for første operation. Retslægerådet vurderer ikke, at de udførte operationer er medvirkende årsag til, at bensmerterne forsat er til stede, men vil opfatte disse som værende et led i den tilgrundliggende lidelse. Retslægerådet har i erklæringen af 7. maj 2013 uddybet besvarelsen vedrørende sagsøgers lændesmerter, idet Retslægerådet udtaler, at operationen den 25. april 2003 ikke er den mest sandsynlige årsag til sagsøgers samlede lændesmerter.

Overlæge O , der har deltaget i sagens behandling i Retslægerådet, har under hovedforhandlingen fastholdt Retslægerådets besvarelse af de stillede spørgsmål, og har under henvisning til beskrivelsen af sagsøgerens smerter forud for operationen, startende fra 1998 og efterfølgende smerter forklaret, at det er usandsynligt, at sagsøgers lændesmerter kan skyldes operationen på forkert niveau, og at det som følge af, at sagsøger er opereret 3 gange på samme hvirvelskive og 1 gang på forkert niveau, som kan genere smerter, må anses for usandsynligt, at operationen den 25. april 2003 ville kunne genere alle smerter, og at man aldrig ville nå op på, at det har forårsaget mindst halvdelen.

Retten lægger afgørende vægt på Retslægerådets besvarelser og bemærker herved, at erklæringerne fra overlæge C og overlæge J , der begge har divergerende vurderinger af betydningen af operati-

onen den 25. april 2003 for sagsøgerens smerter, er indgået i det materiale, som har ligget til grund for Retslægerådet besvarelser.

Retten finder herefter - selv om det måtte lægges til grund, at operatøren skulle have begået en klar fejl ved at operere på et forkert niveau, og at dette forhold ikke alene kan anses som et fejlskøn, som vurderet af Retslægerådet - ikke, at det med overvejende sandsynlig er godtgjort, at sagsøgerens gener er forårsaget af operation den 25. april 2003. Som følge heraf frifindes Patientskadeankenævnet.

Efter sagens udfald skal sagsøger i sagsomkostninger til sagsøgte betale sagsomkostninger med kr. 40.000 til dækning af udgift til advokatbistand. Retten har ved omkostningsfastsættelser henset til sagens langvarige behandling, herunder at sagen har været forelagt Retslægerådet fire gange.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet frifindes.

Sagsøger, N. skal inden 14 dage til Patientskadeankenævnet betale kr. 40.000 i sagsomkostninger.

Peter Brund
dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten på Frederiksberg, den 3. februar 2014.

S. L. Jensen, Retsassistent

