

# HØJESTERETS DOM

## afsagt onsdag den 23. oktober 2019

**Sag 51/2019**

(2. afdeling)

A

og

B

(advokat Karsten Høj for begge, beskikket)

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen

(advokat Sanne H. Christensen)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten på Frederiksberg den 4. maj 2016 og af Østre Landsrets 24. afdeling den 16. november 2018.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Dahl Jensen, Vibeke Rønne, Henrik Waaben, Kurt Rasmussen og Jens Kruse Mikkelsen.

### **Påstande**

Appellanterne, A og B, har påstået stadfæstelse af byrettens dom.

Indstævnte, Ankenævnet for Patienterstatningen, har påstået stadfæstelse af landsrettens dom.

### **Anbringender**

A og B har supplerende anført navnlig, at det i forarbejderne til den tidligere patientforsikringslov, der på dette punkt uændret er videreført i klage- og erstatningsloven, er forudsat, at der i praksis skal foretages en rimelighedsvurdering i ”tvivlsomme tilfælde”. Forarbejderne udelukker ikke, at der kan lægges vægt på andre momenter, end om der klart er begået en fejl.

Forarbejderne må i øvrigt forstås sådan, at der ikke stilles krav om, at der er begået en grov fejl, der må sidestilles med, at der er handlet groft uagtsomt. Denne forståelse støttes af Højesterets dom af 27. august 2019 (sag 204/2018). Enhver faglig fejl, også et fejlskøn, kan være culpøs og dermed i tvivlsomme tilfælde begrunde bevislempelse.

Ankenævnet for Patienterstatningen har supplerende anført navnlig, at der på baggrund af Højesterets seneste praksis ikke er grundlag for at antage, at der kan bevislempe i tilfælde, hvor det ikke er dokumenteret, at der er begået fejl, der er ansvarspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler.

Lovens beviskrav til årsagssammenhæng i patientskadesager ("overvejende sandsynlighed") indebærer allerede i sig selv en bevislempelse. Som anført af landsretten er der på baggrund af de samlede oplysninger i sagen ikke tilstrækkelige holdepunkter for en yderligere lempelse af beviset for årsagssammenhæng, idet det ikke er godtgjort, at der klart er begået fejl, der er ansvarspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler. Der er derimod alene udøvet et fejlskøn. Et fejlskøn er ikke udtryk for en egentlig fejl.

### **Administrativ praksis**

Patienterstatningens administrative praksis med hensyn til kravet om "overvejende sandsynlighed" (jf. § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1, i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet) i forhold til forsinket diagnosticering af kræft er beskrevet i Kristina Sprove Askjær m.fl.: Erstatning inden for sundhedsvæsenet, 2. udg. (2017), s. 262-263:

#### *" 2.2.1. Overvejende sandsynlighed i relation til udvikling af uhelbredelig kræft*

I sager om forsinket diagnosticering og behandling af kræft opstår der en særlig problemstilling i de tilfælde, hvor patienten udvikler uhelbredelig kræft og eventuelt afgår ved døden som følge af kræftsygdommen. Der skal da foretages en vurdering af, om den uhelbredelige sygdom og dødsfaldet med overvejende sandsynlighed er en følge af behandlingsforsinkelsen eller en følge af selve kræftsygdommen. Ved denne vurdering er det afgørende, hvordan patientens overlevelsesprognose ville have været ved rettidig diagnosticering/behandling, og hvordan prognosen er efter behandlingsforsinkelsen. Patienterstatningen tager normalt udgangspunkt i den 5-årige statistiske overlevelsesprognose for den pågældende kræftsygdom.

Hvis overlevelsesprognosen under alle omstændigheder ville have været *under 50 %* på det korrekte diagnosetidspunkt, er det ikke overvejende sandsynligt, at patienten ville være i live efter fem år, selv ved rettidig diagnosticering og behandling af kræftsygdom-

men. En senere sygdomsudvikling er dermed ikke med overvejende sandsynlighed en følge af behandlingsforsinkelsen, men derimod en følge af selve kræftsygdommen. I disse tilfælde kan der derfor kun ydes erstatning for forringet overlevelsesprognose og eventuelle andre følger af behandlingsforsinkelsen, men ikke for den uheldelige sygdom, herunder dødsfaldet.

Hvis overlevelsesprognosen ville have været *over 50 %* ved rettidig diagnose og behandling, er det afgørende, hvor meget prognosen er blevet forringet som følge af behandlingsforsinkelsen. Patienterstatningen tager i den forbindelse udgangspunkt i dødsrisikoen. Hvis overlevelsesprognosen ved rettidig diagnose og behandling fx ville have været 75 %, modsvarer dette en dødsrisiko på 25 %. Kun hvis dødsrisikoen er blevet *mere end fordoblet*, er det overvejende sandsynligt, at en uheldelig sygdom er en følge af behandlingsforsinkelsen.

#### *Eksempel 1*

Ved rettidig diagnose og behandling ville overlevelsesprognosen have været 90 %. Som følge af behandlingsforsinkelsen er prognosen nu kun 60 %. Det svarer til, at dødsrisikoen er steget fra 10 % til 40 %, og at forsinkelsen er årsag til (30 af 40 % =) 75 % af den samlede dødsrisiko. Hvis patientens kræftsygdom senere udvikler sig til at være uheldelig, er det dermed overvejende sandsynligt, at dette er en følge af behandlingsforsinkelsen.

#### *Eksempel 2*

Ved rettidig diagnose og behandling ville overlevelsesprognosen have været 60 %. Som følge af behandlingsforsinkelsen er prognosen nu kun 40 %. Det svarer til, at dødsrisikoen er steget fra 40 % til 60 %, og at forsinkelsen er årsag til (20 af 60 % =) 33 % af den samlede dødsrisiko. Hvis patientens kræftsygdom senere udvikler sig til at være uheldelig, er det kun 33 % sandsynligt, dvs. ikke overvejende sandsynligt, at dette er en følge af behandlingsforsinkelsen. Der kan derfor ikke ydes erstatning for uheldelig sygdom.”

### **Højesterets begrundelse og resultat**

C fik i august 2011 konstateret recidiv af testikelkræft med spredning til bl.a. begge lunger, brysthulen og bag bughulen. Han afgik ved døden den 9. august 2012. Appellanterne er afdødes ægtefælle og datter.

Patientforsikringen (nu Patienterstatningen) har ved afgørelser af 29. maj 2012 og 7. januar 2013 tilkendt C erstatning for patientskade i form af forsinket diagnosticering og behandling af sygdommen på i alt 97.725 kr., idet en optimal undersøgelse og behandling havde tilsagt, at han allerede i august 2010 var blevet undersøgt for recidiv af testikelkræft. Erstatning er ydet navnlig for varigt mén (méngrad 10 %) for den psykiske belastning, der var forbundet med prognoseforringelsen, og for svie og smerte i anledning af, at C ikke havde været smertelindret, som hvis man havde diagnosticeret sygdommen tidligere.

Ved afgørelse af 3. maj 2013 har Patientforsikringen afslået at yde erstatning for bl.a. tab af forsørger samt overgangsbeløb efter erstatningsansvarslovens § 14 a under henvisning til, at det ikke med overvejende sandsynlighed er på grund af behandlingsskaden (diagnoseforsinkelsen), at C afgik ved døden. Patientskadeankenævnet (nu Ankenævnet for Patienterstatningen) tiltrådte afgørelsen den 7. marts 2014.

Sagen angår en prøvelse af ankenævnets afslag på forsørgertabs'erstatning og overgangsbeløb. Spørgsmålet er, om Cs dødsfald med overvejende sandsynlighed er en følge af den forsinkede diagnosticering og behandling af recidiv af testikelkræft, eller om dødsfaldet er en følge af hans grundlidelse i form af kræftsygdommen. Afhængig af svaret på dette spørgsmål, skal der endvidere tages stilling til, om der er grundlag for at lempe kravene til bevis for årsagssammenhæng mellem den forsinkede diagnose og dødsfaldet.

Efter § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1, i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet er det en betingelse for erstatning, at skaden ”med overvejende sandsynlighed” kunne være undgået, hvis patienten var behandlet anderledes. Højesteret har i dom af 12. juni 2018 (UfR 2018.3093) anført, at bestemmelserne må forstås således, at tilkendelse af forsørgertabs'erstatning og overgangsbeløb som følge af forsinket diagnose af en patients grundsygdom forudsætter, at den forsinkede diagnose – med den fornødne bevissikkerhed – har forvoldt patientens død, og at det ikke vil udgøre en patientskade, der berettiger til forsørgertabs'erstatning og overgangsbeløb, at en forsinket diagnose alene har ført til fremrykning af patientens død på grund af grundsygdommen.

Ved forsinket diagnosticering og behandling af kræft, hvor patienten udvikler uhelbredelig kræft og afgår ved døden, skal der foretages en vurdering af, om dødsfaldet med overvejende sandsynlighed er en følge af behandlingsforsinkelsen eller en følge af selve kræftsygdommen.

Retslægerådet har i svaret på spørgsmål 1 anført, at generelt kureres ca. 80 % af patienter med recidiv af testikelkræft, men at Cs svulst var af en særlig ondartet type med en dårligere prognose. Det er ifølge Retslægerådet ikke muligt at udtale sig om overlevelsessandsynligheden i tilfælde af, at behandlingen var blevet iværksat i august 2010, da sygdomsudbredningen på det pågældende tidspunkt ikke er kendt, men generelt forringes prognosen ved udsættelse af

behandling. På det tidspunkt, hvor behandlingen blev iværksat (i august 2011), skønnes overlevelsessandsynligheden til ca. 50 %.

Retslægerådet har endvidere i svarene på spørgsmål A og spørgsmål 9 oplyst, at det ikke kan vurderes, hvornår spredning af Cs testikelkræft er sket, men den var sandsynligvis til stede allerede i august 2010. Af svaret på spørgsmål D fremgår, at behandlingen sandsynligvis ville have været den samme i 2010 som den faktisk iværksatte i 2011. Endelig har Retslægerådet i svaret på spørgsmål 16 fastholdt sit skøn i svaret på spørgsmål 1, men understreget, at den foreliggende situation er sjælden og resultaterne i litteraturen divergerende.

Højesteret finder på grundlag af Retslægerådets udtalelse, hvorefter Cs kræftsvulst var af en særlig ondartet type med en dårligere prognose, at den generelle overlevelsessandsynlighed på ca. 80 % ikke kan lægges til grund som overlevelsesprognose, hvis recidiv af testikelkræften var diagnosticeret i august 2010.

Højesteret tiltræder efter Retslægerådets udtalelser og beviserne i øvrigt, at appellanterne ikke på dette grundlag har godtgjort, at den forsinkede diagnose af Cs recidiv af testikelkræft med overvejende sandsynlighed har forvoldt hans død.

Spørgsmålet er herefter, om der efter sagens omstændigheder er grundlag for at lempe på kravene til bevis for årsagssammenhæng, og om dette i givet fald kan føre til et andet resultat.

Som anført i Højesterets dom af 12. januar 2011 (UfR 2011.1019) kan kravene til bevis efter forarbejderne til lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet i tvivlsomme tilfælde lempes, hvis der klart er begået en fejl, der er ansvarspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som kan have forårsaget skaden.

Retslægerådet har i svaret på spørgsmål 4 – om det var en klar fejl, at Cs læge ikke foranledigede relevante undersøgelser for recidiv af testikelkræft tidligere end august 2011 – anført, at det må betragtes som et lægeligt fejlskøn, at der ikke hurtigere blev foretaget en bredere udredning, herunder af abdomen (bughulen). Retslægerådet har i den forbindelse bemærket, at der er tale om et meget sent recidiv, mere end 20 år efter den primære diagnose, hvilket naturligt vil nedsætte opmærksomheden på tilbagefald. Retslægerådet har i svarene på spørgsmål E

og spørgsmål 6 uddybet, hvad der ligger i sondringen mellem fejl og fejlskøn. Ved et lægeligt fejlskøn menes ifølge Retslægerådet, at lægen ud fra de foreliggende præmisser havde mulighed for at drage mere end én konklusion med deraf følgende mulighed for mere end én lægelig behandling, og hvor forløbet først senere viser, at den af lægen truffne beslutning ikke var den optimale i det konkrete tilfælde.

Højesteret finder efter en samlet vurdering af Retslægerådets udtalelser og beviserne i øvrigt ikke grundlag for at fastslå, at Cs læge klart begik en fejl, som er ansvarspådragende, ved ikke at foranledige relevante undersøgelser for recidiv af testikelkræft tidligere end august 2011. Der foreligger således ikke en fejl, der kan føre til, at kravene til bevis for årsagssammenhæng lempes. Der er heller ikke oplyst andre omstændigheder, der kan føre til en sådan bevislempe.

Der er herefter ikke ført bevis for årsagssammenhæng mellem den forsinkede diagnose og dødsfaldet. Højesteret stadfæster derfor landsrettens dom.

### **Thi kendes for ret:**

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal statskassen betale 100.000 kr. til Ankenævnet for Patienterstatningen.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afgivelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.