

Kommentar til Højesterets dom i omtalt sag om erstatning til kræftpatients pårørende

-Forsinket diagnosticering af kræft, der medførte, at patienten fik sit liv forkortet, giver ikke ret til forsørgertabserstatning eller overgangsforsørgelse, har Højesteret afgjort

Højesteret afsagde den 12. juni 2018 dom i en patientskadesag om forsinket behandling af kræft. Dommen har givet anledning til en vis offentlig omtale herunder, at dommen betyder, at alvorligt syge kræftpatienter i forhold til de efterladdes mulighed for forsørgertabserstatning er dårligere stillet end andre patienter. Det er ikke tilfældet.

Højesterets dom ændrer ikke på, hvad der har været gældende siden patientforsikringsordningen trådte i kraft i 1992. Det er fortsat en nødvendig betingelse for, at efterlevende ægtefælle og andre har ret til erstatning, at det er patientskaden (her 4 måneder forsinket diagnosticering af kræft), der er årsag til, at patienten dør. Hvis patienten også uden den forsinkede diagnosticering ville være død af sin kræftsygdom, er der ikke ret til erstatning for disse erstatningskrav. Denne betingelse for erstatning efter det, der nu hedder klage- og erstatningsloven, er helt generelt gældende

Noget andet er, at kræftpatienter kan have svært ved at bevise, hvordan deres sygdom ville have udviklet sig, hvis diagnosen var stillet rettidigt. Det gælder særligt, når usikkerheden skyldes, at de undersøgelser, der kunne have bragt lys over f.eks. mulighed for helbredende operation, ikke blev foretaget. Det forekommer ikke rimeligt, hvis patienter er dårligere stillet, når undersøgelser ikke foretages, end når de foretages, men bliver fejlførtolket. I sidstnævnte situation kan en fornyet gennemgang af f.eks. scanningsbilleder, biopsier m.m., gøre det muligt at foretage en bedømmelse af sygdomsstadie, muligheder for operation m.m. Den problemstilling mangler fortsat at blive afklaret i retspraksis.

Kort om sagen

Patienten (P) var fra 2005 og frem i behandling for testikelkræft med operation og strålebehandling. I forbindelse med kontrol i 2008 blev der fundet tilbagefald, og P blev sat i kemoterapi. I marts 2009 klagede han over nyttilkomne gener med bl.a. synkebesvær, hvilket der ikke blev reageret på. Efter undersøgelse i juli 2009, blev det konstateret, at han (også) havde spiserørs- og mavesækskræft (cardiacancer). Yderligere forsøg på behandling var forgæves, og P døde den 3. februar 2010.

Diagnoseforsinkelsen på 4 måneder blev anerkendt, da det ikke var i overensstemmelse med bedste specialist standard, at der ikke blev reageret på de nyttilkomne gener i marts 2009. Der blev efter praksis ydet en godtgørelse med 10 % mén for den psykiske belastning ved en statistisk forringet diagnose. Den efterlevende ægtefælle (Æ) fik afslag på erstatning for forsørgertab og overgangsbeløb, da det blev vurderet, at P's død ikke skyldtes den forsinkede diagnose.

Byretten afviste også ret til erstatning til Æ, mens et flertal i landsretten (2-1) fandt, at den omstændighed, at P's liv var blevet forkortet udgjorde en patientskade, der gav ret til den krævede erstatning.

Højesterets dom

1. skaden

Det er indledningsvis i dommen fremhævet, at Æ særligt havde det synspunkt, at den forsinkede diagnose havde medført, at P's dødstidspunkt blev fremrykket, og at dette udgør en patientskade,



der giver hende ret til forsørgertabserstatning og overgangsbeløb.

Med det hovedsynspunkt har Æ selv angivet, at diagnoseforsinkelsen "alene" var årsag til, at P døde tidligere end ved rettidig diagnose, og ikke, at P ville have overlevet sin kræftlidelse.

2. Forkortet liv er ikke en patientskade

Efter gennemgang forarbejderne til loven bemærker Højesteret, at tilkendelse af forsørgertabserstatning 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 forsørgertabserstatning og overgangsbeløb, at en forsinket diagnose alene har ført til fremrykning af patientens død på grund af grundsygdommen.

Hertil er at bemærke, at den skade, som Æ under sagen søgte om erstatning for, var for P's død. Det var uoplyst, hvor meget længere P kunne have levet, hvis diagnosen var stillet rettidigt. Retslægerådet udtalte bl.a., at korttidsprognosen blev forringet, men prognosen på længere sigt stadig var dårlig. Det er i den almindelige erstatningsret antaget, at en skade (her død) ikke giver ret til erstatning, hvis det må anses for sikkert eller næsten sikkert, at den alligevel ville være indtrådt (her pga. P's grundsyg) på nogenlunde samme tidspunkt. Det kaldes "hypotetisk årsagskonkurrence". Følger man det princip, kan man spørge, hvor meget skal livet være forkortet med, før der er ret til erstatning. Det er der ikke noget entydigt svar på. Men i patientskadesager omfattet af klage- og erstatningsloven er det særskilt reguleret, idet det er en betingelse for ret til erstatning, at patientskaden skal være den mest sandsynlige årsag ("overvejende sandsynlighed = over 50 %). Det var så det næste, som Højesteret skulle tage stilling til.

3. Grundsygdommen og ikke patientskade årsag til patientens død

Højesteret lagde efter Retslægerådets svar til grund, at det var mest sandsynligt (over 50 %), at P ville være død af sin grundsygdom, selv om cardiacanceren var blevet rettidigt diagnosticeret. Den bevisbedømmelse støttede Højesteret på, at sygdommen havde en dårlig prognose med en 5-års overlevelse på ca. 10 %, at det ikke var umuligt at

afgøre, om forsinkelsen ændrede sygdommen fra stadium III til IV, at den forsinkede diagnose ikke havde betydning for behandlingsmulighederne, og at det ikke forekom sandsynligt, at der ville have været flere eller andre behandlingsmuligheder, hvis diagnosen var blevet stillet rettidigt.

Dermed havde Æ ikke godtgjort, at den forsinkede diagnose af Ps cardiacancer med overvejende sandsynlighed havde forvoldt hans død.

4. Bevislempelse af årsagssammenhæng ikke relevant

Højesteret tilføjer i dommen, at der efter Retslægerådets udtalelse ikke var tvivl om, at cardiacanceren var årsagen til Ps død. Spørgsmålet om bevislempelse var derfor uden betydning.

Denne tilføjelse tager sigte på, at det af forarbejderne til patientforsikringsordningen er forudsat, at tvivl om årsagssammenhæng i visse situationer skal komme patienten til gode. Det gælder, hvis man ikke kan sige noget sikkert om, hvad der er den mest sandsynlige årsag til skaden. Det er hyppigt tilfældet, når bedømmelsen alene (eller primært) sker ud fra generelle statistiske oplysninger.

De vil ofte være usikre, da de hviler på et ikke aktuelt grundlag, og dermed kan de være vanskelige at overføre på den konkrete sag. I sådanne tilfælde kan der inddrages andre momenter i vurderingen af årsagssammenhæng, "hvor det findes rimeligt". Det kan f.eks. være rimeligt, hvis der "klart er begået fejl ved behandlingen, som kan have forårsaget den konkrete skade".

Hvornår denne såkaldte bevislempelse er aktuel at bringe i anvendelse, har Højesteret flere gange taget stilling til. I flere af disse har Højesteret - modsat i denne sag - først forholdt sig til, om der ved behandlingen er begået en klar fejl, der må anses for ansvarspådragende. Hvis det er vurderingen, er der derefter taget stilling til, om den heraf følgende bevislempelse skal bevirke, at patienten har bevist, at der er årsagssammenhæng mellem behandlingen og skaden. Der er domme, hvor det har ført anerkendelse af årsagssammenhæng, og hvor det ikke har. Hvis det må anses for overvejende sandsynligt, at skaden skyldes grundlidelse, også selvom patientskaden "kan have været en medvirkende årsag", er årsagssammenhæng



sammenhængen mellem behandlingen og skaden er anset for usandsynlig.

I denne sag har Højesteret ikke fundet det nødvendigt at forholde sig til, om det var en klar og ansvarspådragende fejl, at Ps cardiacancer blev diagnosticeret med 4 måneders forsinkelse. Det skyldes formentlig, at det uanset bedømmelse af det ikke havde ændret på resultatet, da det som redegjort for ovenfor var overvejende sandsynligt, at Ps død skyldtes grundlidelsen og ikke patientskaden. Men der var næppe udvist klare og ansvarspådragende fejl.

Vores afsluttende bemærkninger

Højesterets dom tilføjer således intet nyt til årsagsvurderingen ved forsinket diagnosticering af en sygdom hverken generelt eller konkret i forhold til kræftsygdomme. Dommen bidrager heller ikke til, hvornår det er rimeligt at lade tvivlen om årsags-sammenhæng komme patienten til gode, da der i denne sag ikke var nogen tvivl. Det "eneste" der må anses for afklaret er, at et fremrykket dødstidspunkt ikke giver ret til erstatning for forsørgertab eller overgangsbeløb, når patientens død ikke med overvejende sandsynlighed (med eller uden bevislempelse) er forårsaget den forsinkede diagnose.

Patienter tilkendes i sager med forsinket diagnose et varigt mén på 5-10 % for den psykiske belastning, det er at leve med bevidstheden om, at tidligere diagnose og behandling måske kunne have bedret prognosen.

Dommen giver selvsagt anledning til at overveje, om gældende ret og praksis i tilstrækkelig grad kompenserer for disse meget hyppigt forekommende tilfælde. Udover den psykiske belastning vil de efterladte jo også opleve, at patienten rent økonomisk ender med at bidrage til fælles livsførelse i kortere tid end, hvis diagnosen var stillet rettidigt. Det vil ofte være meget vanskeligt at bedømme størrelsen af det tab, men når det er muligt, vil det absolut være rimeligt, at efterlevende ægtefælle/samlever får det tab erstattet. Alternativt eller supplerede hertil kunne man tilkende et standardiseret erstatningsbeløb med udgangspunkt i det beløb, der ydes som overgangsbeløb (165.500 kr.). Det her anførte forudsætter en lovændring.

Advokat Søren Kroer førte sagen for ægtefællen, mens Ankenævnet for Patienterstatningen var repræsenteret af advokat Henrik Nedergaard Thomsen.

Henvendelse om dommen og denne problemstilling kan ske på kh@elmer-adv.dk til advokat Karsten Høj, der har forfattet denne kommentar til dommen. Læs i øvrigt Højesterets dom [her](#).

