

Patientens retsstilling
- udvalgte problemstillinger, herunder særligt om
beviskravet for årsagssammenhæng

The patient's legal position
- Selected problems, including the rule of proof
for causal relation

af CAMILLA BECH-JENSEN & METTE WÜTHRICH

Afhandlingen belyser patientens retsstilling før og efter Patientforsikringslovens indførelse. Formålet med loven var dels en materiel forbedring af patientens muligheder for at opnå erstatning og dels en processuel lettelse af den måde, hvorpå erstatning opnås. Det bliver belyst, om lovens formål og intentioner er opnået, og om patientens retsstilling generelt er blevet forbedret, hvilket var det grundlæggende formål med lovens indførelse.

I afhandlingen bliver den processuelle lettelse undersøgt, herunder foretages en beskrivelse af det processuelle system før og efter lovens indførelse.

Problemerne, der opstår for patienten i forbindelse med at løfte bevisbyrden for årsagssammenhæng, både før og efter lovens indførelse, bliver behandlet, og herunder særligt retsvirkningerne af den indførte bevisregel, hvorefter patienten skal bevise, at der med overvejende sandsynlighed foreligger årsagssammenhæng. Bevisreglens anvendelse og hvad der nærmere ligger i begrebet overvejende sandsynlighed bliver belyst, ligesom mulighederne for yderligere at lempe på beviskravet bliver fastlagt.

Afhandlingen omhandler tillige Retslægerådets indflydelse på domstolenes afgørelser og derved Retslægerådets indirekte virkning på patientens retsstilling, samt hvilke muligheder patienten har i den anledning.

Sluttelig behandles de kausalitetsproblemer, der opstår ved erstatningsudmålingen i patientsskadesager, med udgangspunkt i sager om forsinket diagnosticering og behandling af kræftpatienter.

Behandlingen af de omtalte problemstillinger foretages med udgangspunkt i retspraksis og administrativ praksis, samt i den almindelige erstatningsretlige teori.

INDHOLDSFORTEGNELSE:

INDLEDNING	3
2. MULIGHEDEN FOR ERSTATNING FOR PATIENTSKADER FØR PATIENTFORSIKRINGSLOVEN	4
2.1. DE ALMINDELIGE ERSTATNINGSBETINGELSER	4
2.2. PATIENTENS BEVISBYRDE	5
3. INDFØRELSEN AF PATIENTFORSIKRINGSLOVEN	6

3.1 BAGGRUNDEN FOR PATIENTFORSIKRINGSLOVEN	6
3.2 FORMÅLET MED PATIENTFORSIKRINGSLOVEN.....	7
4. LOV OM KLAGE- OG ERSTATNINGSADGANG INDEN FOR SUNDHEDSVÆSENET	8
4.1. ANVENDELSESOMRÅDET	8
4.1.1. Erstatningsberettiget personkreds.....	8
4.1.2. Skadesbegrebet	9
4.1.3. Kravet om merskade	9
4.1.4. Dækningsområdet.....	10
4.2 ERSTATNINGSBERETTIGENDE SKADER.....	10
4.2.1. Specialismålestokken.....	11
4.2.2. Materielsvigt.....	12
4.2.3 Alternativ behandlingsteknik eller – metode.....	14
4.2.4 Tålereglen.....	15
4.2.5. Diagnosticeringsfejl.....	17
5. DEN PROCESSUELLE LETTELSE	18
5.1 PATIENTFORSIKRINGSORDNINGEN.....	18
5.2. PATIENTSKADEANKENÆVNET.....	20
5.3 LOVFORSLAGETS INTENTIONER	21
5.4. SAGSBEHANDLINGSTIDER.....	22
5.5. KLAGESAGER INDBRAGT FOR PATIENTSKADEANKENÆVNET	23
5.6. INDBRINGELSE FOR DOMSTOLENE	23
5.6.1 Hvorfor indbringes sager for domstolene?.....	24
5.7. DELKONKLUSION.....	27
6. DEN MATERIELLE LETTELSE	27
6.1 KRAVET OM ÅRSAGSSAMMENHÆNG I DEN ALMINDELIGE ERSTATNINGSRET.....	28
6.1.1. Beviskravet	28
6.2 BEVISKRAVET FOR ÅRSAGSSAMMENHÆNG FØR PATIENTFORSIKRINGSLOVEN.....	29
6.3 DEN SÆRLIGE BEVISREGEL FOR ÅRSAGSSAMMENHÆNG INDFØRT MED LOVEN	31
6.3.1 Begrebet ”overvejende sandsynlighed”	32
6.4 U2002.1690H.....	35
6.4.1. Analyse af Højesterets præmisser.....	38
6.4.2. Overvejelser på baggrund af U2002.1690H.....	42
6.5. PRAKSIS EFTER U2002.1690H.....	45
6.6. U2007.1591H.....	46
6.6.1. Forskellen mellem U2002.1690H og U2007.1591H	48
6.7. RETSPOLITISKE BETRAGTNINGER	49
6.8. DELKONKLUSION.....	51
7. RETSLÆGERÅDET	53
7.1. RETSLÆGERÅDET FORMÅL OG OPGAVER	53
7.2. ANVENDELSE AF RETSLÆGERÅDET	53
7.3. RETSLÆGERÅDETS BETYDNING	55
7.4. PROBLEMERNE VED RETSLÆGERÅDET UDTALELSER	57
7.5. PATIENTENS MULIGHEDER FOR AT IMØDEGÅ RETSLÆGERÅDETS UDTALELSER ..	59
7.6. DELKONKLUSION.....	60
8. KAUSALITETSPROBLEMER VED ERSTATNINGSUDMÅLINGEN	60
8.1. FORSINKET DIAGNOSTICERING OG BEHANDLING AF KRÆFTLIDELSER	61
8.2. GODTGØRELSE FOR FØRNINGET OVERLEVELSES PROGNOSE	63
8.3. MÉNGODTGØRELSE	64
8.3.1. Reduktion som følge af hypotetisk årsagskonkurrence	66
8.3.2. Reduktion som følge af mellemkommende død.....	67
8.4. ERHVERVSEVNETAB	68
8.5. FORSØRGERTAB.....	70
8.5.1. Nedsættelse af forsørgertabserstatning	71
8.6. DELKONKLUSION.....	73
9. KONKLUSION.....	74
DOMSREGISTER	79
LITTERATURLISTE.....	81
BILAG 1	83
BILAG 2	84

Afsnit: 1 og 9 (Fælles)

Afsnit: 2, 4.1, 4.1.1, 4.1.2, 4.2.2, 4.2.5, 5, 5.1, 5.4, 5.5, 5.7, 6, 6.1, 6.1.1, 6.2, 6.4, 6.4.1, 6.4.2, 7.2, 7.3, 7.6, 8.2, 8.4, 8.5, 8.5.1 og 8.6 (Camilla)

Afsnit: 3, 4.1.3, 4.1.4, 4.2, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 5.2, 5.3, 5.6, 5.6.1, 6.3, 6.3.1, 6.5, 6.6, 6.6.1, 6.7, 6.8, 7, 7.1, 7.4, 7.5, 8, 8.1, 8.3, 8.3.1 og 8.3.2 (Mette)

1. Indledning

Baggrunden for dette speciale er den stadig stigende fokusering på sundhedsvæsenet og særligt den forøgede interesse for patientens retsstilling. Denne fremstilling har derfor til formål at belyse patientens nuværende retsstilling set i forhold til retstilstanden før Patientforsikringslovens indførelse i 1992.

Det har været nødvendigt at udvælge særlige problemstillinger inden for dette emne, da området for patientens retsstilling indeholder mange facetter. Derfor vil specialet koncentrere sig om, hvorvidt der er sket en forbedring af patientens processuelle og materielle retsstilling med indførelsen af Patientforsikringsloven, da det er af stor betydning for den skadede patient, at denne ikke skal igennem en anstrengende retssag for at opnå erstatning.

For fuldstændighedens skyld indledes specialet med en gennemgang af muligheden for erstatning for patientskader før Patientforsikringslovens indførelse, ligesom baggrunden og formålet for loven vil blive beskrevet. Desuden vil erstatningsbetingelserne efter loven blive gennemgået og praksis vil, hvor det findes relevant for belysningen, blive omtalt. Erstatning til forsøgspersoner og donorer, samt erstatning ved ulykkestilfælde vil dog ikke blive berørt.

Et af formålene med Patientforsikringsloven er, ifølge motiverne, at lette den processuelle vej til erstatning, hvorfor det vil blive belyst, om denne intention er opnået, herunder vil der blive foretaget en beskrivelse af det processuelle system før og efter Patientforsikringslovens indførelse.

Lovens materielle lettelse består i, dels at indføre en ordning, hvorefter erstatning ikke længere er betinget af fejl, og dels en lettelse af patientens bevisbyrde for årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte patientskade. Ansvarsgrundlaget for erstatning er kun kort berørt og omtales således kun, hvor det er relevant for forståelsen af specialets indhold. Vægten vil derimod blive lagt på beviskravet for årsagssammenhæng, hvor det nærmere vil blive analyseret, hvad der ligger i den indførte bevisregel om, at årsagssammenhæng skal foreligge med overvejende sandsynlighed, samt om patientens retsstilling er blevet forbedret herved. Baggrunden for analysen er, at praksis har givet anledning til tvivl om, hvorledes bevisreglen skal finde anvendelse, ikke mindst på baggrund af afgørelsen U2002.1690H, som nu er fulgt op af en helt ny afgørelse fra 2007. Det vil derfor på baggrund af disse afgørelser blive belyst, om patientens retsstilling er blevet forbedret ved indførelsen af den lempeligere bevisregel om, at der skal foreligge overvejende sandsynlighed for årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte skade.

Retslægerrådet bliver ofte bedt om at fremkomme med en udtalelse i sager om patientskader. Derfor vil det blive belyst, hvilken indflydelse Retslægerrådets udtalelse har på patientens retsstilling, og hvilke muligheder patienten har i den anledning.

Slutteligt vil specialet beskrive de særlige kausalitetsproblemer, som gør sig gældende ved selve erstatningsudmålingen, og da der i tiden er særligt fokus på behandlingsgaranti og ventelister for kræftsyge, vil beskrivelsen tage udgangspunkt i de problemstillinger, der særligt gør sig gældende for denne patientgruppe. Derfor er alene udvalgt de erstatningsposter, som er særlige relevante i den forbindelse. De erstatningsposter, som følger den almindelige erstatningsret vil derfor ikke blive gennemgået.

2. Muligheden for erstatning for patientskader før Patientforsikringsloven¹

2.1. De almindelige erstatningsbetingelser

Indtil gennemførelsen af Patientforsikringsloven (PFL) blev patienters ret til erstatning ved skader opstået i forbindelse med undersøgelse og behandling reguleret af de almindelige ulovbestemte regler om erstatning. For at opnå erstatning skulle patienten derfor påvise, at dansk rets grundlæggende betingelser for erstatningsansvar var opfyldt. Patienten var således tvungen til at udtage stævning mod den formodede ansvarlige læge eller driftsmyndighed og skulle herefter bevise, at der var lidt et tab, at der forelå et ansvarsgrundlag i form af culpa eller strengere ansvar, at den adfærd, der konstituerede ansvarsgrundlaget, var årsag til en indtrådt skade, samt at skaden var adækvat i forhold til den skadevoldende handling.²

Inden for erstatningsretten opereres der med forskellige typer af ansvarsgrundlag, hvoraf de vigtigste er culpa, præsumptionsansvar og objektivt ansvar. I erstatningsretten er culpa reglen dansk rets almindelige udgangspunkt.³ Culpareglen indebærer, at der indtræder ansvar, når der forvoldes en skade ved en retsstridig handling, der kan tilregnes skadevolderen som forsætlig eller uagtsom.⁴

Patienten skulle derfor før indførelsen af PFL som grundlæggende betingelse påvise, at lægen havde pådraget sig et ansvar ved at have handlet enten forsætligt eller uagtsomt. Vurderingen af den pågældende læges handling eller undladelse placerer sig inden for professionsansvaret.⁵ Dette er et almindeligt erstatningsansvar, men er ligeledes et udtryk for, at domstolene på visse områder har indført et skærpet ansvar i forhold til culpareglen. Begrundelsen herfor er, at der i professionelle forhold må foretages en uagtsomhedsbedømmelse som nødvendigvis er strengere end den almindelige bedømmelse, da

¹ Afsnittet er i det væsentligste udarbejdet på baggrund af fremstillingerne i Bo von Eyben og Helle Isager og Bo von Eyben.

² Bo von Eyben og Helle Isager s. 215.

³ Ibid. s. 57.

⁴ Ibid. s. 59.

⁵ Ibid. s. 80 ff.

branchens forskrifter og sædvaner indgår i bedømmelsen. Det grundlæggende ansvar er, at den professionelle skal yde en god faglig indsats. Således skal uagtsomhedsbedømmelse foretages ved en sammenligning med faget dygtigste og mest veluddannede udøvere⁶. Lægers ansvar er dog særligt inden for gruppen af professionsansvaret, da lægers arbejde kan medføre, ikke alene en formueskade, men en personskade.

Selvom en given handling eller undladelse fra lægen vil blive vurderet af domstolen som uagtsom og dermed som udgangspunkt berettiger patienten til erstatning, er dette ikke ensbetydende med, at patienten opnår dette, da han må bevise, at der er årsagssammenhæng mellem den pågældende handling eller undladelse og den indtrufne skade. Der skal således være kausalitet mellem den skadegørende handling/undladelse og den indtrådte skade.

Hvis patienten kunne påvise, at lægen havde handlet culpøst, at der forelå årsagssammenhæng og de øvrige betingelser for erstatning var til stede, kunne patienten tilkendes erstatning.

2.2. Patientens bevisbyrde

Hovedreglen i dansk ret er ligefrem bevisbyrde. Det er derfor skadelidte, her patienten, som bærer bevisbyrden for, at der foreligger både culpa og kausalitet.⁷ Retspraksis viser tydeligt, at det var vanskeligt for patienten at løfte denne bevisbyrde. Retspraksis viser således dels besværligheden ved at føre bevis for lægelige fejl; sondringen mellem det uagtsomme og det hændelige, og dels besværligheden ved at føre bevis for årsagssammenhæng mellem fejl og skade. Dette kan ses af adskillige afgørelser på området, hvor patienten i ingen tilfælde opnåede erstatning; U1978.168H, U1978.825V, U1985.460Ø, U1985.755H, U1985.925H, U1992.404H, U1992.728H, U1993.270H, U1993.1005H, U1996.507H, FED1994.495V, FED1994.625Ø, FED1994.1036V, FED1995.731Ø, FED1995.1375Ø, FED1996.214Ø, FED1996.585V og FED1997.1332Ø. Som det fremgår af afgørelserne var det vanskeligt for patienten at føre det nødvendige bevis for, at lægen havde udvist uagtsomhed (culpa), og at skaden var påført ved behandling eller ligende og derved ikke var en følge af grundlidelsen. Skaderne blev ofte karakteriseret som "hændelige" og kunne derfor ikke bebrejdes nogen.⁸

Udgangspunktet var således den ligefrem bevisbyrde med de besværligheder, som det frembrød for patienten. Domstolene har dog i flere tilfælde modificeret dette udgangspunkt både med hensyn til bevisbyrden for culpa og for årsagssammenhæng.

I U1968.448H fik en patient under en operation for diskusprolaps beskadiget sine rygmærvsnerver med lammelser og impotens til følge. Retslægerådet fandt, at årsagen til skaderne formentlig var, at der fandtes intime sammenvoksninger mellem rygmærvshinden og prolapsen, som gjorde det umuligt for lægen at identificere de pågældende strukturer. Den manglende erkendelse af dette blev af Retslæge-

⁶ Ibid s. 82.

⁷ Bo von Eyben s. 13.

⁸ "De første 10 år" s. 6.

rådet karakteriseret som en fejlvurdering af lægen, men Retslægerådet udtalte samtidig, at en fuldbefaren operatør kunne fejlvurdere forholdet. Det blev oplyst, at sammenvoksninger af den nævnte art ikke forekommer helt sjældent, men den ved operationen indtrådte komplikation var yderst sjælden. Tre dommere af syv lagde til grund, at det ikke havde været uforsvarligt at lade reservelægen være ansvarlig for operationens gennemførelse, men at der måtte antages at bestå en sådan *mulighed* for, at læsionen burde have været undgået, at hospitalet *under de foreliggende ganske særlige omstændigheder* burde bære ansvaret (egne fremhævninger). En dommer sluttede sig til dette resultat, idet han bl.a. fremhævede, at reservelægens erfaring i hvert fald lå på grænseområdet, og at sagens momenter afgørende pegede hen på, at der var begået fejl, der burde være undgået. Hospitalet blev derfor pålagt ansvar for den indtrufne skade.

Dommen er i teorien blev anført som eksempel på, at domstolene har modificeret udgangspunktet om patientens bevisbyrde.⁹ Foruden U1968.448H findes der andre afgørelser, som fraviger udgangspunktet om den ligefrem bevisbyrden for lægens culpøse adfærd. Som eksempel kan nævnes U1979.536H og U1989.665Ø.

I tidligere praksis findes der ligeledes eksempler på modifikation af patientens bevisbyrde for kausalitet f.eks. i U1965.680H, U1967.828H og U1988.823Ø. Af disse domme kan udledes, at såfremt patienten havde bevist en culpøs adfærd hos lægen, skabte det en formodning for, at der var årsagssammenhæng mellem behandlingen og den indtrufne skade. Domstolene begyndte således selv i visse tilfælde at slække på kravene til patientens bevisbyrde. Årsagen til denne svækkelse af beviset skal muligvis findes i, at behandlingen i de nævnte domme, alle er hospitalsbehandlinger, hvor behandlingen ofte er uhyre kompliceret og derfor svær at gennemskue for patienten.¹⁰ På trods af modifikationerne til udgangspunktet var muligheden for erstatning dårlig henset til, at det ofte var vanskeligt for patienten at løfte bevisbyrden og derved opnå erstatning. Dette medførte, at man offentligt begyndte at diskutere muligheden for en bedre ordning for skadelidte patienter.

3. Indførelsen af Patientforsikringsloven

3.1 Baggrunden for Patientforsikringsloven

Som anført i afsnit 2 var det vanskeligt for patienten at opnå erstatning efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Diskussionen om det ønskelige og det mulige i at indføre en anden ordning for patienten kan således spores tilbage til 1950'erne.¹¹ Det var ikke kun juristerne, der diskuterede mulighederne for en anden ordning. Der blev også blandt lægerne diskuteret mulige løsninger på en lettere adgang for pa-

⁹ Se f.eks. le Maire, W.E. von Eyben s. 103 og Oliver Talevski s. 3 ff.

¹⁰ Oliver Talevski s. 6 og s. 11.

¹¹ Se hertil diskussionerne ved Bo von Eyben s. 339 ff. og Jan Rasmussen s. 96 ff.

tienten til at opnå erstatning end efter de almindelige erstatningsretlige regler.¹²

Lægeforeningen opfordrede således allerede i 1978 regeringen og sygehusejerne til at etablere en patientforsikringsordning.¹³ Inspirationen til en sådan ordning kom fra Sverige, hvor man tilbage i 1975 indførte en patientforsikringsordning på frivillig basis.¹⁴ Der var dog ikke politisk opbakning til en frivillig ordning, da der fandtes at være for store betænkeligheder ved, at patienter skulle have en gunstigere adgang til erstatning end andre. Amdtsrådsforeningen, som administrerede sygehusene var nervøse for de økonomiske konsekvenser af en sådan særlig ordning for patienter.¹⁵ Da der ikke kunne opnås en frivillig ordning, og politikerne ikke var villige til at oprette en offentlig styret ordning, blev projektet skrinlagt de følgende år, og først da Rapport om Patient- og Lægemedelforsikring i 1986 blev offentliggjort, af en af indenrigsministeriet nedsat arbejdsgruppe, kom der igen gang i debatten.¹⁶ Rapporten resulterede i udarbejdelse af et lovforslag¹⁷ til en patientforsikringsordning, da det fandtes uhensigtsmæssigt at anvende dansk rets almindelige erstatningsregler, når det drejede sig om patientskader, da det som tidligere nævnt var meget vanskeligt for patienten at føre bevis for lægelige fejl og årsagssammenhæng. Endvidere fandtes det det urimeligt, at patienten skulle igennem lange og belastende retssager.¹⁸ Det første forslag til en patientforsikringsordning blev fremsat den 19. februar 1987.¹⁹ Lovforslaget fik bred politisk opbakning, men blev aldrig færdigbehandlet på grund af regeringsskifte. Efter at forslaget havde været fremsat i næsten identiske udgaver flere gange, blev loven endelig vedtaget i 1991 med ikrafttræden 1. juli 1992,²⁰ herefter benævnt PFL.

3.2 Formålet med Patientforsikringsloven

I bemærkningerne til lovforslaget er formålet med PFL beskrevet således:

”Formålet med lovforslaget er at oprette en offentlig styret patientforsikringsordning, hvorefter der gives patienter erstatning for skader opstået under behandling mv. i sundhedsvæsenet, navnlig sygehusvæsenet, i videre omfang end efter gældende erstatningsregler (f.eks. culpareglen) og på en for patienten lettere og hurtigere måde”²¹

Der er således et dobbelt formål med ordningen; Dels en materiel forbedring af patienters muligheder for at opnå erstatning og dels en processuel lettelse af den måde, hvorpå erstatning opnås.

¹² ”De første 10 år” s. 6.

¹³ Ibid.

¹⁴ Bo von Eyben s. 40.

¹⁵ ”De første 10 år” s. 6.

¹⁶ Ibid. s. 6 og s. 8.

¹⁷ Lovforslag nr. L 210, FT 1986-87, sp. 4483-4532.

¹⁸ FT 1987-88, sp. 3040.

¹⁹ Lovforslag nr. L 210, FT 1986-87, sp. 4483-4532.

²⁰ FT 1990-91, sp. 6714-6720.

²¹ FT 1990-91, sp. 3270.

Materielt medfører ordningen, at der indføres en videre adgang til at opnå erstatning, idet det tidligere erstatningssystem bliver afløst af et nyt. Det nye erstatningssystem er en ”no fault” forsikringsordning, der bygger på, **at** patientens ret til erstatning ikke beror på, om nogen person har udvist culpa, men alene om erstatningsbetingelserne i loven er opfyldt, **at** erstatningen ydes gennem en obligatorisk forsikringsordning **og at** behandlingen af erstatningskrav foregår i et særligt administrativt system, således at tvister om et kravs berettigelse ikke skal afgøres ved en retssag.²²

Ordningen medfører således en afstandstagen fra culpereglen. Formålet hermed er således dobbelt; Dels skal patienten befries for bevisbyrden for, at lægen har begået fejl, da erstatning ikke længere er betinget heraf, og dels skal patientens bevisbyrde for, at der foreligger kausalitet mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte skade, lempes i forhold til det almindelige beviskrav i erstatningsretten.

Processuelt består forbedringen i, at patienten ikke skal anlægge en retssag og herunder bevise, at betingelserne for erstatning er opfyldt. Med ordningen indføres en, for patienten, nemmere og hurtigere måde at opnå en berettiget erstatning på end ved den traditionelle domstolsproces. Efter patientforsikringsordningen kan patienten nøjes med at anmelde skader til Patientforsikringsforeningen. Patientforsikringsforeningen er underlagt Forvaltningsloven²³, herunder officialprincippet. Dette betyder, at foreningen selv oplyser sagen, inden der træffes afgørelse. Patienten hverken kan eller skal længere rejse erstatningskrav ved domstolene, såfremt kravet er omfattet af PFL. Intentionen er således en ordning, der fritager patienten for bevisvanskelighederne, samt besværlighederne ved at anlægge retssag.

4. Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet

Som konsekvens af kommunalreformen blev reglerne i PFL med virkning fra 1. januar 2007 overført til kap. 3 i Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet (KEL).²⁴ Der er ingen indholdsmæssige ændringer indført med KEL, da denne blot viderefører PFL.²⁵ Neden for vil der blive foretaget en gennemgang af reglerne for erstatning i henhold til KEL.

4.1. Anvendelsesområdet

4.1.1. Erstatningsberettiget personkreds

De personer, som er berettiget til erstatning efter KEL er ”*patienter eller efterladte til patienter*”. En patient er enhver, som henvender sig på et behandlingssted, der er omfattet af dækningsområdet, med det formål at blive undersøgt, behandlet eller lign. Det er derfor ikke en

²² Bo von Eyben s. 13.

²³ Jf. Bekendtgørelse nr. 652 af 23. juli 1992.

²⁴ Karnov, Indledning til L 2005-06-24 nr. 547.

²⁵ Ibid.

betingelse, at personen er syg.²⁶ Omfattet af KEL er desuden patientens efterladte, men der ydes formentlig ikke erstatning til tredjemand, der måtte have et afledet tab i anledning af patientskaden, hvilket er i overensstemmelse med almindelige erstatningsretlige principper.²⁷ I U2002.2407H blev der således ikke givet erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til skadelidtes ægtefælle. Der blev lagt vægt på, ”*at der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at antage, at B’s personlige medvirken var nødvendig i forbindelse med genoptræningen af A i den omhandlede periode*” (egen fremhævning). Da dommen er konkret begrundet, kan det ikke udelukkes, at der kan ydes erstatning til tredjemand, der måtte have et afledet tab. Et eksempel kunne være en forælder til et skadelidt barn, hvor personlig tilstedeværelse er påkrævet.

4.1.2. Skadesbegrebet

KEL omfatter i dag både fysiske og psykiske personskader. Tidligere omfattede loven kun fysiske personskader, men ved Lov nr. 225 af 30. april 2003 bortfaldt kravet om, at skaden skal være af fysisk karakter. Baggrunden for udvidelsen af skadesbegrebet var, at erfaringer fra den hidtidige ordning viste, at det var meget vanskeligt at opretholde en skarp adskillelse mellem fysiske og psykiske skader. Endvidere skulle loven indeholde et skadesbegreb, der svarede til skadesbegrebet efter dansk rets almindelige erstatningsregler, hvorefter en personskade kan omfatte såvel fysiske som psykiske følger af en ansvarspådragende handling.²⁸

Der skal være tale om en personskade, før end der kan ydes erstatning efter KEL. Tingsskader og rent formuetab dækkes således ikke af KEL.²⁹ Økonomisk tab, som ikke er en følge af en personskade, dækkes derfor ikke. I U2000.490Ø blev der således ikke tilkendt erstatning for udgifter til forgæves adoption, som følge af, at patientens livmoder blev fjernet i forbindelse med en fødsel. Patientens krav blev afvist, da udgifterne ikke kunne sidestilles med helbredsudgifter og dermed beslægtet tab efter EAL § 1.

Tilsvarende dækkes krænkelse af patientens personlige integritet og selvbestemmelsesret ikke, hvis dette ikke medfører en personskade. Patienten må herefter søge erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler om tort jf. EAL § 26.³⁰

4.1.3. Kravet om merskade

Enhver form for undersøgelse, behandling mv., som retter sig mod den enkelte patient, er dækket af forsikringsordningen. Således er også rent forebyggende foranstaltninger omfattet, så længe de retter sig mod den enkelte patient. Uden for loven falder derfor sundhedsfremmende foranstaltninger rettet mod hele befolkningen.³¹

²⁶ Karnov, note til § 19.

²⁷ Bo von Eyben og Helle Isager s. 251.

²⁸ Karnov, LFF 2003-04-30 nr. 225, pkt. 3.1.

²⁹ Helle Bødker Madsen, s. 289.

³⁰ Ibid. s. 288.

³¹ Ibid. s. 290.

Det er et grundlæggende princip, at erstatning kun ydes for følger af behandling mv. efter de nærmere regler i § 20, og ikke for følgerne af patientens grundsygdom, uanset om følgerne heraf er normale eller unormale.³² Det vil sige, at der kun ydes erstatning for den ”merskade”, der påføres en allerede syg person. Komplikationer, der udspringer af patientens grundsygdom, dækkes således ikke af ordningen, ligesom det forhold, at en given behandling, der ikke lykkes, ikke berettiger til erstatning.³³

4.1.4. Dækningsområdet

Af KEL § 19, stk. 1 fremgår det, at dækningsområdet omfatter alle sygehuse og alle privat praktiserende sundhedspersoner³⁴ her i landet. Behandling i udlandet dækkes som hovedregel ikke, dog med de undtagelser, der følger af KEL § 19, stk. 3.³⁵ Indtil 1. januar 2004 var dækningsområdet begrænset til kun at omfatte undersøgelser, behandling eller lignende foretaget på offentlige sygehuse og private sygehuse med driftsoverenskomst med det offentlige. Ud fra et ønske om yderligere at styrke patientens retsstilling i den primære sundhedssektor³⁶, blev dækningsområdet udvidet ved lov nr. 430 af 10. juni 2003 til at omfatte alle sygehuse og alle privat praktiserende sundhedspersoner.

4.2 Erstatningsberettigende skader³⁷

Det er en almindelig betingelse for erstatning, at der er årsagsforbindelse mellem skaden og den ansvarspådragende handling.³⁸ Dette krav ses udtryk i KEL § 20, stk. 1, hvorefter erstatning ydes, hvis skaden med overvejende sandsynlighed er *forvoldt* på en af de måder, der er nævnt i KEL § 20, stk. 1, nr. 1-4. Kravet om årsagssammenhæng gælder for hver enkelt erstatningsbetingelse i reglerne i nr. 1-4. Formuleringen ”overvejende sandsynligt” udtrykker en bevisregel³⁹, både i forhold til beviset for årsagssammenhæng, men også i forhold til de enkelte led i nr. 1-4. Reglen i nr. 1 skal derfor læses således, at patienten har ret til erstatning, hvis det er (1) overvejende sandsynligt, at en erfaren specialist ville have handlet anderledes, og at (2) det er overvejende sandsynligt, at skaden i så fald ville være undgået.⁴⁰ Da opgaven senere vil uddybe, hvad der nærmere ligger i begrebet ”overvejende sandsynligt” i forhold til beviset for årsagssammenhæng skal dette ikke forfølges nærmere her. Se hertil derfor afsnit 6.3.1.

³² Karnov, note til § 19.

³³ FT 1990-91, sp. 3274 og Karnov, note til § 19.

³⁴ Sundhedspersoner er personer, der er autoriserede i henhold til særlig lovgivning til at varetage sundhedsfaglige opgaver, og personer, der handler på disses vegne jf. Sundhedsloven § 6.

³⁵ Hvorefter behandlinger i udlandet, som tilbydes efter SL § 89, er omfattet af patientforsikringen.

³⁶ Karnov, LFF 2003-04-30 nr. 225, pkt. 2.2 og 2.3.

³⁷ Afsnittet er i det væsentligste udarbejdet på grundlag af Karnov note til § 20, Bo Von Eyben s. 83 og s. 107 ff., samt Helle Bødker Madsen s. 293 ff.

³⁸ Bo von Eyben og Helle Isager s. 215.

³⁹ Bo von Eyben, s. 83.

⁴⁰ Karnov, note til § 20.

Reglerne i KEL § 20, stk. 1, nr. 1-4 indeholder sammen med de særlige præciseringer i KEL § 21, en udtømmende opregning af de erstatningsberettigende skader. Reglerne i nr. 1-3 omfatter tilfælde, hvor skaden kunne være undgået, mens nr. 4 er en opsamlingsbestemmelse, som fanger de uundgåelige skader, hvor patienten med rimelighed bør have erstatning.⁴¹ Ingen af reglerne i nr. 1-4 indeholder krav om, at der skal foreligge culpa. Det, at der foreligger et culpøst forhold, udvider på den anden side ikke retten til erstatning i forhold til loven i øvrigt. Således gælder bagatelgrænsen på 10.000 kr. i KEL § 24, stk. 2 også for den patient, der er påført en skade ved et culpøst forhold. Patienten er derimod ikke afskåret fra at fremsætte erstatningskravet efter de almindelige erstatningsretlige regler, såfremt det falder under bagatelgrænsen.⁴²

4.2.1. Specialistmålestokken

Patienten kan få erstatning efter KEL § 20, stk.1, nr. 1, hvis en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold med overvejende sandsynlighed ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling el. lign., hvorved skaden med overvejende sandsynlighed ville være undgået. Det er således ingen betingelse, at behandlingen m.v. kan bebrejdes sundhedspersonen som fejl eller forsømmelse, som denne burde have undgået ved at udvise en højere grad af agtpågivenhed. Dette følger af, at målestokken for, om skaden kunne være undgået altid er, om en erfaren specialist på det pågældende område ville have handlet anderledes end den konkrete sundhedsperson.⁴³ Culpastandardens ”bonus pater” sundhedsperson udskiftes således til en ”optimus vir” sundhedsperson.⁴⁴

Specialistmålestokken vedrører alle led i patientens behandling. Det være sig undersøgelse, vurdering af undersøgelsesresultater, lægens valg eller fravalg af behandling, valg af behandlingsmetode og – teknik, selve udførelsen af behandlingen og personalets tilsyn og kontrol med patientens tilstand under forløbet.⁴⁵

Erstatning ydes således, såfremt en erfaren specialist ville have handlet anderledes end den udøvende sundhedsperson. Det, at målestokken ikke er culpapareglens ”bonus pater”, men derimod en optimus vir sundhedsperson, betyder, at vurderingen bygger på, hvordan en sundhedsperson, der fuldt ud behersker medicinsk videnskab og erfaring på vedkommende område, ville have handlet. Reglen indebærer derfor, at der skal ses bort fra den konkrete sundhedspersons faglige baggrund og individuelle forudsætninger, herunder uddannelse og erfaring i øvrigt.⁴⁶

Dette kan belyses af PFF 94-0657, hvor en patient ved et uheld fik en brødkniv ned over den højre fod. Samme dag blev patienten tilset på skadestuen, hvor stiklæsionen blev syet. Det fremgik ikke af

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Bo von Eyben, s. 110.

⁴⁵ Helle Bødker Madsen, s. 293.

⁴⁶ Bo von Eyben, s. 109.

skadejournalen, hvorvidt der blev foretaget en funktionsundersøgelse af foden. Det blev efterfølgende konstateret, at senen i foden var skåret over, således at der manglede strækevne til højre storetå. Patientforsikringen anerkendte skaden efter PFL § 2, stk. 1, nr. 1 (nu KEL § 20, stk. 1, nr. 1), idet man lagde til grund, at der ikke var udført funktionsundersøgelse af foden, og at den erfarne specialist ikke ville have overset senelæsionen. Skadestuelægen, som typisk er generalist, skal således i relation til KEL leve op til den samme specialiststandard, som den erfarne læge, inden for det pågældende område.⁴⁷

Ligeledes ses dette af PFF 96-0762, hvor genoplivningsforsøg ikke lykkedes, da det tilstedeværende personale ikke havde den fornødne erfaring i brug af ventilationsmaske, som særlig uddannet anæsthesipersonale ville have haft. Det tilstedeværende personales handlinger blev vurderet ud fra, hvordan en specialist i den pågældende situation ville have handlet, og på denne baggrund blev forholdet vurderet til at være omfattet af specialistreglen, da personalet ikke havde levet op til bedste specialiststandard. Havde der derimod været tale om en almindelig culpa bedømmelse, så ville erstatningsansvaret i stedet være blevet vurderet ud fra det pågældende personales forudsætninger.⁴⁸

Disse eksempler er blot nogle få blandt mange, der illustrerer, at der ikke slækkes på "specialistmålestokken", blot fordi undersøgelse og behandling er varetaget af en sundhedsperson uden særlig erfaring inden for et område. Ligeledes illustreres, at når vurderingen flyttes fra en "bonus pater" til en "optimus vir" sundhedsperson, er det lettere at statuere det tilstrækkelige ansvarsgrundlag, selvom der er meget lidt eller intet at kritisere den pågældende sundhedsperson.

Ved vurderingen i KEL § 20, stk. 1, nr. 1 skal der desuden tages hensyn til "*de i øvrigt givne forhold*". Vurderingen af, om skaden kunne være undgået, skal derfor ikke baseres på en optimal sygehusbehandling, men på den faktiske standard på sygehuset. Derfor skal der ikke tages hensyn til, om en erfaren specialist rent faktisk stod til rådighed på det konkrete sygehus.⁴⁹ Af dommen U1985.368H kan det udledes, at de driftsansvarlige myndigheder inden for rammerne af det lægeligt forsvarlige, selv fastlægger standarden inden for sundhedsvæsenet. Erstatning efter KEL ydes således ikke for skader, der skyldes, at visse former for undersøgelser, behandlinger, behandlingsmetoder, tilsyn m.v. ikke tilbydes, eller at visse behandlinger kun tilbydes til en begrænset persongruppe jf. U2000.1196H. Et erstatningskrav begrundet i manglende ressourcer må patienten derfor rejse ved domstolene efter de almindelige erstatningsregler. Målestokken er således ikke en optimal standard, men den til rådighed stående. Patienten skal derfor have den bedst mulige behandling under de givne forhold.

4.2.2. Materielsvigt

Der ydes erstatning til patienten, hvis den indtrådte skade med overvejende sandsynlighed skyldes fejl eller svigt i teknisk apparatur, red-

⁴⁷ PFF "Skadestuebehandling".

⁴⁸ Afgørelser og praksis gennem 10 år, s. 56.

⁴⁹ Karnov, note til § 20.

skaber eller andet udstyr, der anvendes ved eller i forbindelse med undersøgelse, behandling el. lign. jf. KEL § 20, stk. 1, nr. 2.

Bestemmelsen omfatter kun apparater og redskaber m.v., der anvendes ved undersøgelse, behandling m.v. Det være sig eksempelvis narkoseapparater og respiratorer, men også sprøjter og ligende er omfattet.⁵⁰ Hvis patienten kommer til skade ved andet sygehusudstyr eller indretninger, f.eks. elevatorer, senge m.v., kan der ikke ydes erstatning efter KEL § 20, stk. 1, nr. 2.⁵¹ I et sådan tilfælde er der tale om et ulykkestilfælde, som patienten kan få erstatning for, såfremt der foreligger culpa jf. KEL § 21, stk. 2.

Enhver form for materielsvigt omfattes af reglen. Det er således uden betydning, hvilken type af patientskade apparaturets fejl eller svigt resulterer i.⁵² Således vil undersøgelsesresultater, der er fejlagtige, som følge af funktionsfejl i teknisk apparatur, og som medfører, at der bliver stillet en forkert diagnose jf. KEL § 21, stk. 1, være omfattet af bestemmelsen, ligesom erstatning ydes, hvis apparatur eller redskaber svigter, bryder sammen, fungerer forkert el. lign. med skade til følge. Erstatning kan dog ikke ydes, såfremt svigtet består i, at et bestemt apparatur ikke stod til rådighed.

Årsagen til fejl eller svigt er uden betydning. Ansvar efter reglen om materielsvigt er derfor videregående, da det ikke er nogen betingelse ”at fejlen kunne eller burde være opdaget i forbindelse med almindelig eller særlig kontrol fra det sygehuspersonel eller andre, der står for denne, eller af den medicinalperson, der stod for den konkrete anvendelse af apparatet”.⁵³ Erstatning ydes således på et objektivt ansvarsgrundlag. Det er endvidere ikke nogen betingelse, at årsagen til fejl eller svigt er en defekt i produktansvarslovens forstand jf. PAL § 5. Ligeledes gælder ansvarsfrihedsgrundene i PAL § 7 heller ikke.⁵⁴ Patienten er derfor berettiget til erstatning i henhold til KEL, selvom der er tale om en udviklingsskade.⁵⁵ Foreligger der derimod en betjeningsfejl, som en erfaren specialist ikke ville have begået, kan erstatning eventuelt ydes efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1. For patienten er det dog uden betydning, om årsagen til den indtrådte skade er en defekt, en anden form for maskinsvigt, mangelfuld vedligeholdelse eller instruktion på sygehuset eller en fejl ved selve betjeningen, da erstatningen i alle tilfælde udgør den samme.⁵⁶ Det er således alene et teoretisk problem, hvortil den konkrete skade skal subsumeres.

Skyldes patientskaden en defekt, der er omfattet af PAL § 5 eller en producent i øvrigt kan gøres ansvarlig efter PAL, kan patienten vælge at rejse et erstatningskrav efter KEL eller rejse krav mod pro-

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Helle Bødker Madsen, s. 295.

⁵² Bo von Eyben, s. 124.

⁵³ FT 1990-91, sp. 3289.

⁵⁴ Karnov, note til § 20.

⁵⁵ En udviklingsskade er en produktskade, der skyldes en defekt, som først kan erkendes efter omsætningen af produktet. Modsat en systemskade, som betegner en skade, der er en følge af en kendt, men uundgåelig farlig egenskab ved et produkt.

⁵⁶ Karnov, note til § 20.

ducenten og eventuelle mellemhandlere efter PAL § 28.⁵⁷ Fordelen ved at rejse kravet efter PAL er, at patienten dermed kommer uden om de begrænsninger i erstatningen, der findes i KEL § 24, stk. 2, § 24, stk. 4, § 26, § 27 og § 59.

4.2.3 Alternativ behandlingsteknik eller – metode

Efter reglen i KEL § 20, stk. 1, nr. 3 kan der ydes erstatning, hvis skaden ud fra en efterfølgende vurdering kunne være undgået ved hjælp af en anden teknik eller metode, der stod til rådighed, og som ville have været lige så effektiv til behandling af patientens sygdom. Denne regel hjemler derved den fuldstændige objektivisering af ansvaret, da den ikke er betinget af nogen fejl, hverken af den konkrete sundhedsperson eller teknisk apparatur.⁵⁸

Reglen indfører det såkaldte *facitræsonnement*, hvilket betyder, at det ved en efterfølgende betragtning kan konstateres, at skaden ville være undgået, hvis der var blevet valgt en anden teknik/metode.⁵⁹ Vurderingen er således retrospektiv, hvilket betyder, at der ved stillingtagen til, om skaden kunne være undgået, skal tages hensyn til den viden, der foreligger på afgørelsestidspunktet. Dette gælder, uanset om de pågældende forhold var ukendte og uerkendelige selv for en erfaren specialist på det tidspunkt, hvor behandlingen blev iværksat. Reglen er derved mere vidtgående end reglen i nr. 1, da en erfaren specialist ikke behøver at have handlet anderledes.

Reglen anvendes ved, at der med kendskab til den faktisk indtrådte skade og med den viden i øvrigt, som er opnået gennem behandlingen, kan foretages en efterfølgende vurdering af, om behandlingen kunne være gennemført anderledes, og om skaden i så fald ikke ville være indtrådt. Lægens valg af behandlingsteknik eller metode kan på ingen måde kritiseres, men det viser sig efterfølgende, at der kunne være truffet et andet valg, som ville have været bedre for patienten.⁶⁰

Det er dog en betingelse for anvendelse af *facitræsonnementet*, at der findes to ligeværdige behandlingsteknikker/metoder.⁶¹ Dette skal forstås således, at lægen reelt stod i en valgsituation. I ligeværdighedskravet ligger, at der ikke er sikker viden om, at den ene metode er bedre end den anden. Den ligeværdige metode skal dog rent faktisk have været til rådighed på behandlingstidspunktet.⁶² Derfor kan der ikke ydes erstatning, hvis lægen afstod fra metoden, fordi det, efter den daværende medicinske videnskab og erfaring, ville have været mindre effektiv til behandling end den valgte. Der skal derfor ikke tages hensyn til efterfølgende lægevidenskabelig indsigt i forholdet mellem de forskellige teknikker/metoders værdi. Hvis en teknik/metode ikke nød anerkendelse på behandlingstidspunktet, kan der derfor ikke ydes erstatning efter nr. 3.⁶³

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ FT 1990-91, sp. 3290.

⁵⁹ Karnov, note til § 20.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ FT 1990-91, sp. 3290.

⁶² Helle Bødker Madsen, s. 296.

⁶³ Ibid.

Ud over ligeværdighedsbetingelsen skal den alternative behandlingsteknik/metode rent faktisk have stået til rådighed i den konkrete situation, eventuel i kraft af en henvisning eller en overflytning til et andet sygehus eller afdeling. Hermed udelukkes teknikker/metoder, som slet ikke fandtes på behandlingstidspunktet.⁶⁴

Patienten skal derfor for, at få erstatning efter KEL § 20, stk. 1, nr. 3, bevise, at den indtrufne skade med overvejende sandsynlighed ville være undgået eller delvis undgået, hvis den til rådighed stående alternative teknik eller metode var blevet anvendt.

4.2.4. Tålereglen

Reglen i KEL § 20, stk. 1, nr. 4 omfatter skader som følge af undersøgelse eller behandling, som ikke kunne være undgået. Reglen omfatter således uundgåelige skader i den forstand, at en erfaren specialist ikke ville have handlet anderledes, at apparatur har fungeret, som det skulle, og at der ikke fandtes nogen ligeværdig, alternativ behandlingsteknik eller metode, hvorved skaden kunne være undgået. Dermed opfanger reglen de skader, som falder uden for reglerne i nr. 1-3.⁶⁵

Formålet med reglen er, ifølge motiverne, at opfange patient-skader, som falder uden for nr. 1-3, men hvor det findes urimeligt, at patienten skal tåle skaden uden ret til erstatning, først og fremmest på grund af et misforhold mellem på den ene side skadens alvor og på den anden side alvoren af patientens grundsygdom og de normale, forventelige følger af undersøgelse og behandling.⁶⁶

Grundprincippet i bestemmelsen er således, at der ydes erstatning for uundgåelige skader, uanset skadens art og årsag, men kun under forudsætning af, at skadens omfang går ud over, hvad patienten med rimelighed må tåle.

Bestemmelsen omfatter en hvilken som helst komplikation, herunder infektioner, der med overvejende sandsynlighed er forårsaget af undersøgelse eller behandling. Komplikationer, herunder infektioner, der skyldes patientens grundsygdom og dennes forløb berettiger derimod ikke til erstatning, medmindre de kan rummes af reglerne i nr. 1-3. Endvidere kan patienten ikke efter nr. 4 opnå erstatning for, at en iværksat behandling ikke lykkes.⁶⁷

Om patienten kan få erstatning efter KEL § 20, stk. 1, nr. 4 vurderes ud fra *skadens alvor* set i forhold til *grundsygdommens alvor*, samt *skadens sjældenhed*. Det er således ikke tilstrækkeligt, at der foreligger en alvorlig skade, eller at skaden indtrådte uventet. Den afgørende begrænsning i bestemmelsens anvendelsesområde er således kravet om, at komplikationens alvor skal gå ud over, hvad patienten med rimelighed må tåle. Kerneområdet for bestemmelsen er de tilfælde, hvor patienten behandles for en forholdsvis banal lidelse, som i almindelighed helbredes ved den pågældende behandling, men hvor behandlingen resulterer i betydelige skadelige følger.⁶⁸

⁶⁴ Karnov, note til § 20.

⁶⁵ Helle Bødker Madsen, s. 297.

⁶⁶ FT 1990-91, sp. 3292.

⁶⁷ Karnov, note til § 20.

⁶⁸ FT 1990-91, sp.3292.

Alvoren af den indtrådte skade skal for det første ses i forhold til alvoren af grundsygdommen og patientens helbredstilstand i øvrigt. Jo mere truende grundsygdommen er, jo flere komplikationer af undersøgelse eller behandling må patienten nødvendigvis tåle. Hvis grundsygdommen ubehandlet medfører en nærliggende risiko for invaliditet eller død, må patienten som udgangspunkt acceptere en betydelig risiko for alvorlige komplikationer i forbindelse med behandling.⁶⁹ I denne forbindelse kan der henvises til U2001.2505H, hvor der ikke blev givet erstatning for en alvorlig stråleskade af tarmen, da der var tale om behandling af en brystkræftlidelse med dårlig prognose.

Trods kravet at der skal være tale om en alvorlig skade set i forhold til patientens grundsygdom, er det ikke udelukket, at der kan ydes erstatning i tilfælde, hvor der er tale om en meget alvorlig grundsygdom. I PFF 00-0679 havde en kvinde fået konstateret en svulst i venstre hjernehalvdel. Hospitalet foretog derfor en biopsi for nærmere at udrede hende, men da hun vågnede op herefter, havde hun udviklet en højresidig lammelse, som medførte udtalt talebesvær, inkontinens, udtalt gangbesvær og deraf følgende behov for kørestol. Patientforsikringsforeningen fandt, at skaden var tilstrækkelig alvorlig til at opfylde betingelserne i loven, også selvom forekomsten af en hjernesvulst, måtte betragtes som en alvorlig grundsygdom.

Hvis grundsygdommen omvendt ikke vil medføre alvorlig helbredsforringelse ubehandlet, er der som udgangspunkt ret til erstatning for alvorlige skader. I PFF 99-1413 blev en 9-årig dreng indlagt med henblik på fjernelse af mandler. Kort efter udskrivningen blev drengen igen indlagt på grund af blodige opkastninger. Under indlæggelsen fik drengen et pulstab, hvorefter der blev givet hjertemassage. Efterfølgende opstod der mistanke om hjerneforandringer på grund af de voldsomme blødningsepisoder og tilfælde med bevidstløshed. Skaden fandtes at gå væsentlig ud over, hvad patienten med rimelighed måtte tåle som komplikation til operationen med fjernelse af mandler.

Det andet kriterium, skadens sjældenhed, medfører, at erstatning kun kan ydes, såfremt komplikationen indtræder så uventet, at der ikke var grund til at tillægge risikoen større vægt ved iværksættelsen af undersøgelsen eller behandlingen. I jo højere grad den pågældende komplikation måtte forventes som en normal risiko ved den konkrete undersøgelse eller behandling, i jo højere grad må patienten tåle den uden erstatning.⁷⁰ Komplikationen skal derfor være sjælden forekommende generelt set, og der må ikke foreligge særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde, som indicerer en større risiko for den konkrete patient.⁷¹

I U2001.2319H blev patienten tilkendt erstatning efter tålereglen for to nerveskader i arm og hånd med svære lammelser til følge. Skaderne, som var lejringskader, var opstået i forbindelse med en operation for cancer i endetarmen. Lejringskaderne blev anset for meget sjældne komplikationer ved operationen og medførte, at patienten fik et erhvervsevnetab på 80 %. Uden de påførte skader ville patienten

⁶⁹ Karnov, note til § 20.

⁷⁰ FT 1987-88, sp. 3293.

⁷¹ Bo von Eyben, s. 172.

have kunnet genoptage sit arbejde efter 5-6 måneder efter operationen. Skaderne var derfor mere omfattende, end hvad patienten med rimelighed måtte tåle.

Bestemmelsen i KEL § 20, stk. 1, nr. 4 stiller, som fremgået, store krav til betingelsen om sjældenhed, men der kan ikke opstilles bestemte grænser baseret på statistisk hyppighed af den forekommende komplikation, men dette kan medtages som et moment ved vurderingen af, om det går ud over, hvad patienten må tåle.⁷² Manglende information efter Sundhedsloven § 16 om mulige risici udvider dog ikke retten til erstatning, ligesom information herom på den anden side heller ikke indskrænker retten til erstatning.⁷³

De to kriterier indgår principielt med lige stor vægt i vurderingen af, om en skade går ud over, hvad patienten må tåle. I jo højere grad det ene kriterium klart taler for, at patienten ikke bør tåle skaden uden erstatning, jo mere kan der slækkes på kravet til det andet kriterium. Der kan derfor slækkes på kravet til den ene betingelse, hvis den anden klart er opfyldt. Dette fremgår ligeledes klart af motiverne.⁷⁴ Hvis der således er et meget udtalt misforhold mellem skaden og grundsygdommens alvor, stilles der ikke store krav til skadens sjældenhed.

Et eksempel, hvor der slækkes på det ene af kravene, er U2006.2574H. Her opstod der en hjerneskade under en hjerteoperation af et udviklingshæmmet spædbarn. Hverken Patientforsikringen, Patientskadeankenævnet eller Østre Landsret havde anerkendt erstatning. Højesteret udtalte, at selvom prognosen for barnet uden en hjerteoperation havde været meget dårlig, det vil sige en meget alvorlig grundsygdom, var skaderne – også under hensyn til den ringe sandsynlighed for deres indtræden – mere omfattende, end hvad barnet måtte tåle. Dommen er et eksempel på, at Højesteret slækker på kravet til skadens alvor set i forhold til grundsygdommen, når skaden er meget alvorlig og går ud over tålegrænsen.

4.2.5. Diagnosticeringsfejl

KEL § 21, stk. 1 dækker følger af mangelfuld, dvs. både forkert og forsinket, diagnosticering, hvis enten en erfaren specialist måtte antages at ville have stillet en rigtig diagnose jf. § 20, stk. 1, nr. 1, eller hvis årsagen til den mangelfulde diagnosticering er apparatursvigt, der er omfattet af § 20, stk. 1, nr. 2. Reglen dækker følgen af en mangelfuld diagnosticering, hvad enten den er en forværring af grundsygdommen eller en merskade bestående i, at behandlingen bliver mere omfattende end ellers.⁷⁵ Der ydes dog ikke erstatning alene for følgerne af grundsygdommen, eller for at den givne behandling ikke lykkes, hvilket er i overensstemmelse med lovens krav om merskade. Formålet med reglen er at udelukke, at diagnosticeringen underkastes en rent efterfølgende bedømmelse.⁷⁶ Facitraisonnementet gælder således ikke

⁷² FT 1990-91, sp. 3293.

⁷³ Karnov, note til § 20.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Bo von Eyben s. 154.

⁷⁶ Helle Bødker Madsen s. 300.

for skader, som følger af mangelfuld diagnosticering. Således ydes der ikke erstatning, hvis det først efter behandlingen har været muligt, selv for en erfaren specialist, at stille den rigtige diagnose.⁷⁷ Erstatning ydes således alene for den merskade, som skyldes en forkert eller forsinket diagnosticering, hvis denne med overvejende sandsynlighed kunne være stillet rigtigt eller hurtigere i henhold til § 20, stk. 1, nr. 1 og 2.

5. Den processuelle lettelse

I tiden før gennemførelsen af lov om patientforsikring var patienten, hvis denne ville have erstatning for en påført skade, nødsaget til at anlægge en civil retssag efter reglerne i Retsplejeloven. Dette medførte ofte, at det var en meget langvarig og anstrengende proces for patienten at opnå en eventuel berettiget erstatning. Selvom der ikke er advokattvang i den borgerlige retspleje⁷⁸, må det antages, at ikke blot er det hensigtsmæssigt, men også nødvendigt for patienten at antage en advokat, da et erstatningskravs berettigelse og opgørelse heraf ofte kræver særlige kundskaber. Alene tilvejebringelse af det nødvendige processtof kan være så omfattende, at de fleste må give op, og når patienten allerede ved stævningens udfærdigelse skal formulere en påstand, samt en kortfattet sagsfremstilling med angivelse af beviser, vil det være mest naturligt at antage en advokat hertil. Retssagen foregår efter forhandlingsprincippet, hvorefter retten kun tager stilling til de påstande, anbringender og beviser, som parterne fremlægger. Sagens oplysning og tilrettelæggelse er derfor essentiel og kan være vanskelig for patienten, og ulempen i forhandlingsprincippet ligger netop heri, da en optimal udnyttelse heraf kræver indgående kendskab til processen.⁷⁹

Et af formålene med loven var at oprette en offentlig styret patientforsikringsordning, hvorefter der kunne gives patienten erstatning for skader opstået under behandling, undersøgelse m.v. i sundhedsvæsenet, navnlig inden for sygehusvæsenet. Den processuelle lettelse skulle derfor indebære en, for patienten, hurtigere og lettere behandling af erstatningsspørgsmålet.⁸⁰

5.1. Patientforsikringsordningen

Den med loven indførte patientforsikringsordning administreres af Patientforsikringsforeningen (PFF). PFF er en forening af de forsikrings-selskaber, som har tegnet forsikringer, der er omfattet af KEL Kap. 3 og selvforsikrende regioner og kommunalbestyrelser. PFF er lovens centrale administrative organ, idet alle sager skal behandles og afgøres af foreningen, jf. KEL § 33, dog undtagen tandskadesager, jf. KEL § 19, stk. 5. PFF er principielt en privat forening, men vedtægterne fast-

⁷⁷ Karnov, note til § 21.

⁷⁸ Bernhard Gomard s. 180.

⁷⁹ Jens Garde m.fl. s. 272.

⁸⁰ FT 1990-91, sp. 3270.

sættes af ministeren, jf. KEL § 33, stk. 2, og foreningen er undergivet forvaltningslovens regler⁸¹.

Efter patientforsikringsordningen hverken kan eller skal patienten længere rejse erstatningskravet direkte ved domstolene. Derimod skal patienten anmelde erstatningskrav direkte til PFF, da PFF modtager, oplyser og afgør alle sager om erstatning efter KEL Kap. 3 jf. KEL § 33. Det er patienten, der skal sørge for, at anmeldelsen kommer PFF i hænde hurtigst muligt. Det er således patientens egen risiko at få anmeldt erstatningskravet, inden der indtræder forældelse efter KEL § 59.

Når en skade er anmeldt til PFF, er det foreningens opgave at oplyse sagen jf. KEL § 33, stk. 1. PFF skal således ex officio indhente alle de oplysninger, som er nødvendige for at tage stilling til, om skaden er omfattet af loven, og hvilken erstatning patienten i så fald er berettiget til. Der ses således allerede her en betydelig lettelse for patienten, da denne ikke længere er underlagt forhandlingsprincippet. Til vurdering af lægelige spørgsmål er der knyttet lægelig ekspertise til foreningen. Ved fastsættelse af erhvervsevnetab og méngrad kan der ligeledes indhentes vejledende udtalelser fra Arbejdsskadestyrelsen, jf. erstatningsansvarslovens § 10. På trods af, at foreningen har karakter af en privat forening, er forvaltningsloven gjort anvendelig på foreningens virksomhed⁸². Dette betyder en yderligere sikkerhed for patienten, da der herved er pålagt foreningen tavshedspligt, pligt til at partshøre, begrunde afgørelser, give klagevejledning, samt give patienten mulighed for at opnå aktindsigt i lægelige vurderinger.

Da det påhviler PFF at oplyse sagen fuldt ud, og dermed varetage patientens interesser, er det dermed også forudsat, at patienten ikke længere har behov for advokatbistand til varetagelse af vedkommendes interesser. Patienten kan naturligvis altid lade sig repræsentere eller bistå af en advokat jf. herved forvaltningsloven § 8, stk. 1. Vælger patienten at lade sig repræsentere ved advokat, må patienten selv, ligesom før PFL, som udgangspunkt selv afholde udgifterne hertil. Dette følger af, at FVL § 8, stk. 1 ikke hjemler noget krav på dækning af udgifterne ved repræsentation. Der er ligeledes ikke i KEL hjemmel til at dække udgifterne til en advokat. Dette kan belyses af U1997.226Ø, hvor et hospital fejlbehandlede en patient med alvorlige skader til følge. PFF anerkendte erstatningspligten og fastsatte godtgørelse for varigt mén, samt svie og smerte. Patienten, der var repræsenteret af advokat, påklagede afgørelsen fra PFF til Patientskadeankenævnet og påstod bl.a. dækning af de advokatomkostninger, som var en følge af bistand i forbindelse med erstatningsopgørelsen. Patientskadeankenævnet stadfæstede afgørelsen fra PFF. Landsretten tiltrådte, at Patientskadeankenævnet havde afslået at dække advokatomkostninger, som patienten havde afholdt i forbindelse med sagens behandling for PFF og Patientskadeankenævnet. Landsretten lagde ved sin afgørelse vægt på, at PFF yder erstatning på objektivet grundlag, og ved PFL er pålagt en forpligtelse til af egen drift at oplyse sagerne. Landsretten henviste i den forbindelse til at det i lovmotiverne, FT 1990/91 tillæg

⁸¹ Jf. Bekendtgørelse nr. 652 af 23. juli 1992.

⁸² Ibid.

A spalte 3307, er forudsat, at patienten ikke behøver at engagere en advokat til at varetage sine interesser, og at foreningens afgørelser kan indbringes for det statslige Patientskadeankenævn, hvis afgørelser er bindende for foreningen. Landsretten fandt derfor, at der i sagen ikke forelå sådanne særlige omstændigheder, at der var grundlag for undtagelsesvis at pålægge PFF at erstatte patientens advokatudgifter.⁸³

Afgørelserne viser, at det ikke er muligt efter loven at få godtgjort advokatomkostninger, grundet den officialvirksomhed som PFF er underlagt. Afgørelserne udelukker dog på den anden side ikke, at der i særlige tilfælde kan ydes dækning for udgifter til advokat, hvor denne har ydet nødvendig, væsentlig bistand. En sådan bistand kunne være ved fremskaffelse af oplysninger, som er nødvendige for at PFF kan træffe en korrekt afgørelse, eller i tilfælde, hvor patienten på grund af sin tilstand ikke selv kan medvirke til at tilvejebringe oplysninger.⁸⁴

5.2. Patientskadeankenævnet

Er patienten ikke tilfreds med den af PFF truffne afgørelse, kan patienten rekurrere den til Patientskadeankenævnet (PSA) jf. KEL § 35, stk. 1. PSA er en del af den offentlige forvaltning og er dermed omfattet af reglerne i forvaltningsloven og reglerne i lov om offentlighed i forvaltningen.⁸⁵

Klagen fra patienten indgives direkte til PSA, og sagen kan ikke indbringes for domstolene, før ankenævnets afgørelse foreligger, jf. KEL § 36, stk. 1, jf. ordet ”*landsretten*”. Den administrative rekurs skal således være udnyttet, før end sagen kan anlægges ved domstolene. Ankenævnet foretager en fuldstændig efterprøvelse af afgørelsen fra PFF, både vedrørende erstatningsberettigelsen og erstatningsudmålingen, men indhenter ikke selv yderligere oplysninger. Klagen forelægges for PFF, som tilsender ankenævnet sagens akter og en udtalelse om klagen.⁸⁶

PSA er ikke bundet af den af patienten nedlagte påstand, og afgørelsen kan således ændres til skade for patienten, selvom kun denne har påklaget afgørelsen, jf. U2005.1520H, hvor Højesteret udtalte, at det ikke er en betingelse for, at ankenævnet kan ændre en afgørelse til skade for en klager, at også modparten har klaget eller nedlagt påstand under sagen. Det er således ikke risikofrit at påklage en afgørelse til PSA. Udgifter til advokatbistand dækkes kun undtagelsesvist efter samme principper som ved første instans.

Ankenævnets afgørelse er endelig og kan derfor ikke indbringes for nogen anden administrativ myndighed, men kun for domstolene, jf. § 36. Patienten kan således først anlægge sag ved domstolene, når PFF og PSA har truffet afgørelse i sagen, jf. U2002.2285V, hvor der skete afvisning af søgsmål om erhvervsevnetabsersstatning, da dette

⁸³ Således også Vestre Landsrets dom i U2004.1102H, hvor landsretten ikke fandt det godtgjort, at der forelå særlige omstændigheder, der kunne begrunde, at patienten skulle have godtgjort sine advokatomkostninger.

⁸⁴ Karnov, note til § 33.

⁸⁵ Karnov, note til § 34.

⁸⁶ Bo von Eyben s. 299 ff.

spørgsmål ikke havde været omfattet af klagen til PSA, som heller ikke ex officio havde haft pligt til at efterprøve dette⁸⁷. Afgørelser truffet af PSA kan efter KEL § 36 indbringes for landsretten, der kan stadfæste, ændre eller ophæve afgørelsen. I motiverne⁸⁸ er det forudsat, at domstolene kan foretage en udtømmende prøvelse af afgørelsen. Domstolene kan derfor foretage en fuldstændig efterprøvelse af både erstatningsberettigelsen og erstatningsudmålingen. Landsretten er første instans, og afgørelser herfra kan ankes til Højesteret.

Som ovenfor anført er den tidligere processuelle retstilstand for patienterne væsentlig ændret og umiddelbart forbedret ved indførelse af patientforsikringsloven, nu klage- og erstatningsloven. Spørgsmålet er dog, om realiteten i denne lettelse lever op til lovforslagets intentioner herom.

5.3. Lovforslagets intentioner

Med lovforslaget forestillede man sig, at indbringelse for domstolene ville blive en forholdsvis sjælden foreteelse. Der blev dog ikke udtalt nogen forventning om, hvor mange afgørelser, der ville kunne forventes indbragt for domstolene, ligesom der ikke blev skønnet over, hvor mange ankesager, der ville blive indbragt for PSA. Der blev i bemærkningerne alene henvist til erfaringerne fra Sverige, der viste, at kun ca. 3 % af afgørelserne blev indbragt for ankenævnet.⁸⁹ Som den svenske ordning er opbygget virker det kunstigt, at man i de danske motiver udtaler sig om det forventede sagsantal ved domstolene og PSA alene på baggrund af erfaringerne fra Sverige, uden samtidig at gøre opmærksom på, at de to ordninger ikke umiddelbart er sammenlignelige.⁹⁰ I de generelle bemærkninger til loven bliver det blot fremhævet, at et af hovedformålene med loven er, at erstatning skal kunne opnås ”på en for patienten lettere og hurtigere måde”⁹¹ end efter de almindelige erstatningsregler, som loven afløste, og at man ved patientforsikringsordningen skulle undgå det urimelige i, at ”skadede patienter skal igennem anstrengende retssager”.⁹²

Forventningen var således, at domstolene kun i sjældne tilfælde skulle afgøre erstatningssagerne, ligesom antallet af ankesager for PSA ville blive forholdsvis beskeden. Spørgsmålet er dog om denne forventning er opfyldt med lovens indførelse. Hvis ikke betyder det, at intentionen om en hurtigere og enklere sagsbehandling ikke er blevet nået, og den processuelle lettelse derfor reelt er af mindre indhold end forventet. Det vil derfor blive belyst, om lovens intention om en enklere vej til erstatning er opnået. Forinden dette vil det blive undersøgt, om intentionen om en hurtigere sagsbehandling er nået.

⁸⁷ Ligeledes i U2000.1659Ø, FED2001.2243V, samt FED2002.2904Ø.

⁸⁸ FT 1990-91, sp. 3310.

⁸⁹ FT 1990-91, sp. 3279.

⁹⁰ Den svenske patientforsikring er en frivillig, ikke lovreguleret forsikringsordning. Til ordningen er knyttet et rådgivende nævn, for hvilket principielle og tvivlsomme sager kan indbringes. Nævnets udtalelser er dog ikke bindende for patienten, som kan vælge at støtte en erstatningspåstand på culpereglen og anlægge almindelig civil retssag jf. Bo von Eyben s. 44.

⁹¹ FT 1990-91, sp. 3270.

⁹² FT 1990-91, sp. 3270 og ”De første 10 år” s. 15.

5.4. Sagsbehandlingstider

Et af formålene med loven var, at erstatning skulle kunne opnås på en for patienten lettere og *hurtigere* måde. Baggrunden for denne intention var, at tilskadekomne patienter, før indførelsen af PFL, oftest måtte vente i flere år på en afgørelse af, hvorvidt de var berettiget til erstatning eller ej, da en afgørelse krævede indbringelse for domstolene. For at intentionen, om en hurtigere vej til erstatning, bliver opfyldt, må sagsbehandlingstiden derfor være væsentlig kortere ved henholdsvis PFF og PSA end ved domstolene.

Sagsbehandlingstiden ved domstolene er meget lang. Der foreligger dog ikke statistisk materiale, som kan danne baggrund for en egentlig sammenligning, men ved at kigge på retspraksis ses det tydeligt, at sagerne tager flere år, før end de er endelig afgjort.⁹³

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid ved PFF for årene 2000-2004 var 218 dage, svarende til godt 7 måneder, fra det tidspunkt, hvor anmeldelsen blev modtaget, og indtil der var truffet afgørelse.⁹⁴ Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid dækker over store forskelle i de konkrete sager. En række sager kan afgøres meget hurtigt, mens et stort antal sager tager væsentlig længere tid på grund af kompleksitet eller på grund af, at patienten skal undersøges, inden der kan træffes afgørelse. Desuden dækker sagsbehandlingstiden over en egentlig ventetid på materiale til oplysning af sagen fra patienten selv og fra hospitaler og læger.⁹⁵

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid ved PSA er 9 måneder opgjort fra postmodtagelsen af anken til datoen for nævnsbehandlingen.⁹⁶ Både PFF og PSA arbejder på at nedbringe sagsbehandlingstiden⁹⁷, men PSA udtrykker i Årsberetningen 2005, at det ikke er realistisk at nedbringe sagsbehandlingstiden til under 6 måneder på grund af de nødvendige høringer, som foretages som led i sagsforberedelsen. Som led i at nedbringe sagsbehandlingstiden vil både PFF og PSA inden for den nærmeste fremtid implementere et Internet baseret system, hvorefter indgående- og udgående korrespondance sker digitalt. Da forventningen er, at kommunikation med sygehusene bliver digital via digitaliserede patientjournaler, vil dette forbedre sagsbehandlingstiden, da ventetiderne på materiale vil blive kortere, og der vil derved heller ikke mangle materiale.⁹⁸

Umiddelbart er der væsentlig kortere sagsbehandlingstid i det administrative system end ved domstolene, hvorfor lovens intention om en hurtigere vej til erstatning er opfyldt. Uanset om ønsket fra PFF og PSA om at nedbringe den gennemsnitlige sagsbehandlingstid, bl.a.

⁹³ Som eksempler på afgørelser, som er anlagt lige inden indførelsen af PFL, er FED1994.495V (4 år fra sagsanlæg til afgørelse), FED1994.625Ø (3 år), FED1996.585V (7 år) og FED1996.214Ø (4 år). Ved afgørelser, der bliver anket til Højesteret, er den samlede sagsbehandlingstid selvfølgelig endnu længere. Som eksempel U1996.215H (7 år) og U1997.1628H (10 år).

⁹⁴ Figur 14, PFF Årsberetning 2005.

⁹⁵ PFF Årsberetning 2004 s. 30 ff.

⁹⁶ PSA Årsberetning 2005 s. 7.

⁹⁷ PFF Årsberetning 2006 s. 35 og PSA Årsberetning 2005 s. 7.

⁹⁸ PFF Årsberetning 2006 s. 16.

ved hjælp af de nye muligheder for webbaseret sagsbehandling, opfyldes, er indførelse af sagsbehandling i et administrativt system, en forbedring af patientens retsstilling i forhold til før lovens indførelse.

Den patient, der får en afgørelse i det administrative system, oplever, at sagsbehandlingstiden er væsentligere kortere, også selvom afgørelsen rekurreres inden for det administrative system. Retsstillingen vil dog for den patient, der vælger at indbringe sagen for landsretten, være anderledes, da denne formentlig ikke vil opleve nogen forskel på før og efter lovens indførelse. Tværtimod vil sagsbehandlingstiden for denne patient kunne opleves som endnu længere, da sagsbehandlingstiderne fra det administrative system nu bliver lagt oveni domstolenes.

5.5. Klagesager indbragt for Patientskadeankenævnet

Sammenholdes antallet af afgjorte sager ved PFF, i perioden 1994-2005, med antallet af modtagne klager ved PSA i samme periode, klager patienten i gennemsnit i ca. hver tredje sag.⁹⁹ Det vil sige en tidobling af de erfaringer fra Sverige, som der blev henvist til ved gennemførelsen af loven. Det tyder på, at forventningen om en lettere og enklere vej til erstatning ikke holder, eller at der i motiverne blev foretaget en u hensigtsmæssig sammenligning med erfaringerne fra Sverige.

På det administrative niveau indbringes således langt flere sager end forudsat i lovens motiver. Det kan dog ikke undgås, at der vil blive rekurreret mange afgørelser, da konkrete omstændigheder kan gøre det tvivlsomt, om resultatet af en afgørelse skal være det ene eller det andet. Af hensyn til patientens retssikkerhed skal der eksistere en mulighed for at få prøvet sagen i mere end en instans, fordi de konkrete omstændigheder kan vurderes forskelligt. Der er for så vidt intet galt i det indførte system med to administrative instanser, da de er med til at sikre patientens rettigheder, særligt ved den måde, hvorpå sagerne oplyses og behandles. Problemet ligger derfor alene i, at lovgiver i motiverne udtrykker en urealistisk forventning, men patientens retsstilling berøres ikke heraf.

5.6. Indbringelse for domstolene

Antallet af sager, der blev indbragt for domstolene i de første år efter lovens ikrafttræden, var forholdsvis beskedent.¹⁰⁰ Således var kun 22 sager indbragt for landsretten ved udgangen af 1996. Siden hen har antallet af sager for domstolene været støt stigende. Ved udgangen af 1999 var der således indbragt i alt 117 sager for landsretten, mens der alene i 2000 blev indbragt yderligere 90 sager¹⁰¹. I 2001 blev 97 sager indbragt for landsretten.¹⁰² Antallet af indbragte sager faldt dog i 2002, men steg igen de følgende år.¹⁰³

⁹⁹ Se statistisk i bilag 1.

¹⁰⁰ Jf. Betænkning nr. 1346/1997 s. 59.

¹⁰¹ Jf. PSA Årsberetning 2000, s. 115.

¹⁰² Jf. PSA Årsberetning 2001, s. 121.

¹⁰³ PSA Årsberetning 2002, 2003, 2004 og 2005. Årsberetningen for 2006 er i skrivende stund ikke udkommet. Sagsantallet er i 2002: 59, 2003: 54, 2004: 68, 2005:74.

Når antallet af sager ved PFF stiger, må det forventes, at det samme vil gøre sig gældende med hensyn til antallet af sager for domstolene. Ved at sammenligne antallet af afgjorte sager ved PSA med antallet af sager indbragt for landsretten, kan hyppigheden af domstolsprøvelsen udledes.

Sammenholdes således antallet af sager indbragt for landsretten i årene 2000-2005 med afgjorte sager ved PSA i samme periode, indbringes i gennemsnit 8,5 % af alle afgørelser fra PSA for landsretten.¹⁰⁴ Dette tal er et forholdsvist højt tal, når det holdes op mod lovens forventning på ca. 3 %. Når næsten hver tiende afgørelse ender med at blive indbragt for landsretten, holder forventningen i bemærkningerne om, at domstolene kun i sjældne tilfælde skulle træffe afgørelse i erstatningssager, ikke. Hertil kommer, at afgørelserne ved indbringelse for landsretten allerede har været prøvet i to instanser. Det må antages, at det var lovgivers intention, at patientforsikringsordningen skulle ligne ordningen i Sverige, således, at sagerne skulle kunne blive afgjort endeligt ved den første instans, nemlig PFF, og derved skulle kun principielle og tvivlsomme tilfælde behandles ved PSA. Såfremt dette er tilfældet, opnår patienten erstatning ”på en for patienten lettere og hurtigere måde”.¹⁰⁵

5.6.1. Hvorfor indbringes sager for domstolene?

Som ovenfor nævnt indbringes et større antal afgørelser for landsretten end forudsat i bemærkningerne til loven. Spørgsmålet er, hvilke mulige faktorer, der kan have betydning for denne udvikling.

Bo von Eyben¹⁰⁶ udtrykker allerede kort efter lovens vedtagelse tvivl om det rigtige i, at der er indført en privat administration af loven, da dette vil kunne føre til betydelig miskredit med et stort antal klagesager til følge og dermed også flere indbringelser for domstolene. Miskreditten kan, efter hans mening, opstå ved, at patienten kan have manglende tillid til, at afgørelserne er båret af saglige hensyn, da en privat ordning kan have intentioner om at holde udgifterne til erstatningsudbetalingerne nede. Derfor mener han, at såfremt PFF ikke formår at skabe den nødvendige tillid til deres afgørelser, vil patienterne anke afgørelserne til PSA alene med det formål at få en administrativ afgørelse fra et organ med en bredere sammensætning end PFF. Videre antager han, at såfremt der indbringes flere afgørelser for PSA, må det forventes, at der i kraft heraf vil ske flere indbringelser for landsretten, og dermed er intentionen om en processuel lettelse ikke nået. Bo von Eybens skepsis over for løsningen med den private administration af ordningen kan hverken be- eller afkræftes, da det jo selvsagt er en umulig opgave at påvise en eventuel mistillid til ordningen. Det kunne måske belyses nærmere i en brugerundersøgelse, men spørgsmålet er, hvor megen vægt en sådan har, og hvor stor en afklaring en sådan vil give. Bo von Eybens betragtninger kan dog være en medvirkende faktor til forklaringen af, hvorfor så forholdsvis mange

¹⁰⁴ De tidligere år er ikke medtaget, da der ikke findes statistisk materiale herfor.

¹⁰⁵ FT 1990-91, sp. 3270.

¹⁰⁶ Bo von Eyben s. 278 ff.

afgørelser fra PFF ankes til PSA og en del heraf endda videre til landsretten.

En anden mulig forklaring på, hvorfor der indbringes et større antal sager, end forudsat i motiverne, kan være, at ordningen administreres forholdsvis strengt. Dette berører helt naturligt ved det materielle indhold i loven, men tallene om antallet af afgørelser og meddelte medhold/afslag giver et billede af, hvorledes ordningen administreres. Statistisk materiale i sig selv siger ikke umiddelbart om en praksis er streng eller ej, men når 62,2 % i gennemsnit får afslag¹⁰⁷, tyder det dog på, at PFF har anlagt en forholdsvis hård linie. Det skal dog samtidig nævnes, at det ikke er meningen med loven at samtlige patienter, som anmelder deres erstatningskrav, også skal have erstatning. Gennemgangen af betingelserne for erstatning angiver tydeligt, at det var lovgivers mening at begrænse området for erstatning til de i KEL nævnte. Der er dog flere eksempler fra administrativ praksis, som peger i retningen af en streng administration af ordningen, idet patienten i flere tilfælde har opnået erstatning, når patienten har valgt at indbringe sagen for domstolene. Se således U2006.2574H, U2003.1286H og U2002.1690H, hvor patienten i samtlige sager opnåede, at alle tidligere instanser blev underkendt i Højesteret med erstatning til følge.¹⁰⁸ Disse mange eksempler viser, at der kan opnås et andet og et for patienten bedre resultat ved at indbringe afgørelsen for domstolene.

Domstolenes funktion er at fastlægge grænserne for lovens anvendelsesområde, hvorfor det kun er naturligt, at der indbringes sager herfor, men henset til at ca. 8,5 % af samtlige afgørelser fra PSA ender ved landsretten, tyder det dog på, at lovens forventning ikke er nået fuldstændig. Kender patienten (eller dennes advokat) til muligheden for at få ændret en afgørelse fra det administrative system ved at gå til domstolene, vil dette kunne være et incitament for at gå videre med sagen, hvorfor flere afgørelser også ender ved domstolene. Når systemet samtidig er opbygget således, at sagen allerede i PFF er oplyst ex officio, gør det det betydelig nemmere for patienten at føre sagen videre ved domstolene.

De ovenfor anførte mulige forklaringer på, hvorfor flere afgørelser end forventet indbringes for domstolene er ikke udtømmende. Den generelle øgede fokusering, både gennem medierne og på det politiske plan, på sundhedsområdet og særligt på patientrettigheder, gennem de senere år, kan også være medvirkende til, at flere patienter bliver opmærksomme på deres muligheder og rettigheder. En anden forklaring kan være at indtil 1. januar 2004, var dækningsområdet i loven begrænset til kun at omfatte undersøgelse, behandling eller lignende foretaget på offentlige sygehuse og private sygehuse med driftsoverenskomst med det offentlige. Dækningsområdet, samt skadesbegrebet blev udvidet ved lov nr. 430 af 10. juni 2003, hvorefter hele sundhedsvæsenet blev omfattet af loven, herunder den private praksissek-

¹⁰⁷ Se statistik i bilag 2.

¹⁰⁸ Se endvidere U2001.2319H, U2002.2511V, U2001.1581V, Østre Landsrets dom i U2001.2505H, FED2002.924V, FED2002.116V, FED2001.2267V, FED2001.751Ø, FED2001.1434Ø, FED1999.954Ø og FED1999.1107Ø.

tor, ligesom psykiske skader blev omfattet. Dette skete ud fra et ønske om at styrke patienternes retsstilling yderligere¹⁰⁹.

Der kan sættes spørgsmålstegn ved, om målsætningen i lovmotiverne om en processuel lettelse og en deraf hurtigere og lettere vej til erstatning er nået. Målet var klart, at sagerne skulle afgøres på det administrative niveau og kun i sjældne tilfælde indbringes for domstolene. Som vist indbringes ca. 8,5 % af alle afgørelser for domstolene, hvilket ikke kan karakteriseres som en sjældenhed. De ovenfor anførte faktorer kan have indflydelse på, hvorfor sagerne bliver indbragt for domstolene.

Det kunne derfor tages op til overvejelse, om konsekvensen heraf skulle være at udelukke eller begrænse domstolsprøvelsen. Bo von Eyben foretager også denne overvejelse¹¹⁰, men afviser muligheden for at afskære domstolsprøvelse, da han mener, at det vil stride mod Menneskerettighederne, og at en afskæring af domstolsprøvelse ville forudsætte, at PSA blev gjort til en slags domstol. For så vidt helt at afskære domstolsprøvelsen, har Bo von Eyben ret. Det er ikke en forfatningsmæssig mulighed at afskære domstolsprøvelse, da Grundlovens § 63 hjemler adgang til domstolsprøvelse af administrative afgørelser. Er Bo von Eybens mening i stedet, at der ikke kan indføres en begrænsning i domstolsprøvelsen, er hans argumentation ikke korrekt, da det er muligt at begrænse domstolsprøvelsen ved endelighedsbestemmelser. Det er almindelig statsretlig¹¹¹ og forvaltningsretlig¹¹² teori, at endelighedsbestemmelser er gyldige, såfremt der er sikker hjemmel i fuldmagtsloven til at indskrænke den almindelige adgang til domstolsprøvelse i medfør af Grundlovens § 63, da bestemmelsen må læses med tilføjelsen ”*medmindre andet bestemmes ved lov*”. Videre er det ikke et argument, at PSA skal gøres til en ”slags” domstol, for at begrænse domstolskontrollen, da PSA allerede er et uafhængigt nævn, og patienten har mulighed for, at få prøvet afgørelsen til bunds i to instanser. Indsættelse af en endelighedsbestemmelse vil betyde, at domstolene blot afskæres fra at foretage en tilbundsgående prøvelse af den konkrete subsumtion. Patienten kan derfor stadig få prøvet afgørelsen, blot er prøvelsen indskrænket.

Spørgsmålet er dog, hvad konsekvensen vil være ved at begrænse domstolenes prøvelsesadgang. I første omgang opnås en samfundsmæssig interesse i, at retssager ikke bliver hyppigere som overbygning på et skadereguleringssystem, der oprindeligt var tænkt at skulle være et alternativ til den almindelige domstolsprøvelse.¹¹³ Herudover vil en begrænsning i domstolenes prøvelsesadgang betyde, at der opnås større overensstemmelse med motivernes hensigt om en hurtig og enkel sagsbehandling. Ved at indføre endelighed i forhold til prøvelsen, afskæres muligheden for, at afgrænsningstilfælde kan blive prøvet ved domstolene. Herudover vil muligheden for, at domstolenes praksis kan tjene som vejledning for den administrative praksis blive

¹⁰⁹ Karnov, LFF 2003-04-30 nr. 225, pkt. 2.2 og 2.3.

¹¹⁰ ”De første 10 år” s. 51.

¹¹¹ Peter Germer s. 107.

¹¹² Jens Garde m.fl. s. 377 ff.

¹¹³ Se hertil også ”De første 10 år” s. 51.

afskåret. Endelig vil det formentlig blive opfattet som en væsentlig forringelse af patientens rettigheder, da domstolene af mange opfattes som landets ypperste og mest kompetente instans til at afgøre retskrav. Der kan således argumenteres både for og imod en begrænsning af domstolsprøvelsen, men argumenterne imod en sådan må, henset til patientens retsstilling, veje tungest.

5.7. Delkonklusion

Ovenstående har belyst, at det som udgangspunkt er blevet processuelt væsentlig lettere for patienten at opnå erstatning, da patienten slipper for at udtage stævning og anlægge en civil retssag for at få prøvet sit erstatningskrav. Patienten skal nu blot anmelde sit krav til PFF, som herefter oplyser sagen for patienten. For så vidt, at sagen forbliver i det administrative system og dermed ikke indbringes for domstolene, er intentionen om en hurtigere sagsbehandling opfyldt, da sagsbehandlingstiden er væsentlig kortere ved PFF og PSA end ved domstolene.

På trods heraf tyder det på, at lovens intentioner om, at erstatning skulle kunne opnås ”på en for patienten lettere og hurtigere måde” end efter de almindelige erstatningsregler, som loven afløste, og at man ved patientforsikringsordningen skulle undgå det urimelige i, at ”skadede patienter skal igennem anstrengende retssager”,¹¹⁴ i nogle tilfælde ikke er opfyldt. Dette begrundes i, at et forholdsvist stort antal afgørelser efterfølgende ankes til PSA, og at også et relativt stort antal sager alligevel ender med at skulle afgøres ved domstolene. Der er ingen tvivl om, at en udvikling med stadig stigende udnyttelse af adgangen til domstolsprøvelse er undergravende for lovens sigte om en hurtigere og enklere sagsbehandling af erstatningskrav vedrørende patienteskader. På den anden side er mulighederne for at få prøvet en afgørelse til gavn for patientens retssikkerhed, da konkrete omstændigheder kan vurderes forskelligt.

6. Den materielle lettelse

Med henblik på at forbedre patienters muligheder for at opnå erstatning indførtes patientforsikringsloven, som indebar såvel en materiel som processuel lettelse. Det vil sige, at der som nævnt i afsnit 3.2 var et dobbelt formål med indførslen af PFL (nu KEL): En *materiel* lettelse af patientens muligheder for at opnå erstatning for skader opstået ved undersøgelse, behandling m.v. og en *processuel* lettelse af den måde, hvorpå erstatninger opnås. Den processuelle lettelse er gennemgået i afsnit 5.

Som baggrund for den materielle lettelse henvises der i bemærkningerne til, at ”det har vist sig vanskeligt for patienterne at føre bevis for lægelige fejl og årsagsforbindelse mellem fejl og skade”.¹¹⁵ Vanskeligheden ved at føre bevis for lægelige fejl blev løst ved at indføre den såkaldte no fault ordning, som er beskrevet i afsnit 3.2 og 4.2. I det følgende vil kravet til årsagssammenhænge blive belyst nærmere,

¹¹⁴ FT 1990-91, sp. 3270 og ”De første 10 år” s. 16.

¹¹⁵ FT 1990-91, sp. 3270.

og hvad der derved nærmere ligger i den materielle lettelse af patientens mulighed for at opnå erstatning. Forinden vil kravet om årsagssammenhæng i almindelig erstatningsret, samt beviset herfor, blive gennemgået.

6.1. Kravet om årsagssammenhæng i den almindelige erstatningsret

For at opnå erstatning skal dansk rets almindelige betingelser for erstatning være opfyldt. Der skal derfor være lidt et tab, foreligge et ansvarsgrundlag, være årsagssammenhæng mellem den skadevoldende handling og den indtrådte skade, og skaden skal være adækvat i forhold til den skadevoldende handling.¹¹⁶

Kravet om årsagssammenhæng er derved en grundlæggende betingelse for overhovedet at pålægge erstatningsansvar. Der skal således være indtrådt en skade, og denne må være forårsaget på en eller anden måde; der må derfor nødvendigvis have foreligget et årsagsforløb. Der er i litteraturen ikke enighed om, hvad der nærmere ligger i begrebet årsagssammenhæng¹¹⁷, men den almindelig opfattelse er, at der foreligger årsagssammenhæng mellem en handling og den indtrufne skade, såfremt skaden ikke ville være indtruffet, hvis den pågældende handling ikke havde foreligget.¹¹⁸ Handlingen er "conditio sine qua non" for skaden. Det vil sige, at handlingen er den nødvendige betingelse for skaden. Denne teori benævnes ofte "betingelseslæren", og forudsætter, at det faktiske begivenhedsforløb sammenlignes med et hypotetisk, og man forsøger herved at fastlægge, hvad der ville være sket, dersom en bestemt handling ikke havde foreligget.¹¹⁹

6.1.1. Beviskravet

Hovedreglen i dansk erstatningsret er, at det er skadelidte, som har bevisbyrden for, at de almindelige betingelser for erstatning er opfyldt. Skadelidte må derfor bevise, hvilken skade han har lidt, og at der fra skadevolders side er handlet ansvarspådragende, samt at skaden er en følge heraf.¹²⁰ Ved bevisvurderingen skønner domstolene over bevisernes vægt. Det er derfor retten, som fastlægger kravene til bevisets styrke, og hvem bevisbyrden påhviler. Traditionelt defineres bevisbyrden som det forhold, at det kommer en part til skade, hvis der ikke foreligger det fornødne bevis. Principielt gælder dette uafhængigt af, om parten kan bebrejdes, at det fornødne bevis ikke har kunnet tilvejebringes.¹²¹ Problematikken om bevisbyrden opstår, når domstolen ikke finder, at der foreligger den nødvendige sandsynliggørelse.

Rettens bedømmelse af, om beviskravet er opfyldt, bygger på en vurdering af de oplysninger om det faktiske hændelsesforløb, som sagens parter tilvejebringer. Den fri bevisbedømmelse efter Retsplejelo-ven § 344 medfører, at domstolen frit vurderer værdien af beviserne

¹¹⁶ Bo von Eyben og Helle Isager s. 215.

¹¹⁷ A. Vinding Kruse s. 138 med henvisninger.

¹¹⁸ Bo von Eyben og Helle Isager s. 218, samt A. Vinding Kruse s. 137.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ussing s. 201.

¹²¹ W.E. von Eyben s. 21.

og dermed hvilket faktum, der skal lægges til grund for sagens afgørelse. Parterne kan under deres bevisførelse fremføre enhver omstændighed, som er egnet til at bestyrke eller afkræfte rigtigheden af de oplysninger, der kan have betydning for rettens afgørelse af, hvilket faktisk hændelsesforløb, der skal lægges til grund for dommen.¹²²

Kravet til bevisets styrke har karakter af en højere eller lavere grad af sandsynlighed.¹²³ I almindelighed kræves der en høj grad af sandsynlighed i erstatningssager for, at skadevolder har handlet culpøst og at der foreligger årsagssammenhæng, men som følge af erstatningstilfældenes forskellighed er det vanskeligt at danne sig et sikkert billede af, hvor store krav domstolene stiller til bevisets vægt.¹²⁴ Det er dog sikkert, at såfremt skadelidte ikke kan tilvejebringe bevis, der kan overbevise dommeren om, at der foreligger et ansvarsgrundlag, får skadelidte ikke medhold i sit krav. Dersom skadelidte kan føre det tilstrækkelige bevis for ansvarsgrundlaget, må denne derefter føre bevis for, at det ansvarsbegrundende forhold kan have forvoldt skaden, altså at forholdet er en mulig årsag til den indtrådte skade.

6.2. Beviskravet for årsagssammenhæng før Patientforsikringsloven

I sager om patientskader påhviler det patienten at bevise årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og den indtrufne skade. Hovedreglen er derfor, at bevisbyrden påhviler patienten, og denne må føre fuldt bevis for ansvarsgrundlag og for årsagssammenhæng.¹²⁵ Retspraksis viser dog, at der i flere tilfælde er foretaget ikke ubetydelige modifikationer i det almindelige udgangspunkt om, at bevisbyrden påhviler patienten, og at denne skal løftes med en høj grad af sandsynlighed. Således findes der en række afgørelser, som udtrykker den opfattelse, at bevis for en klar fejl kan medføre at de krav, der stilles til beviset for årsagssammenhæng lempes.¹²⁶

U1965.680H omhandlede en patient, som ved et uheld påførte sig selv et knivstik i hånden. Patienten kom under ambulansbehandling på hospitalet, som konstaterede og behandlede denne for en nervelæsion. Patienten blev dog udskrevet uden, at hospitalet drog omsorg for den fortsatte observation af nervelæsionen. Dette blev under sagen af hospitalet erkendt som en fejl. Først efter henvendelse til egen læge blev patienten ca. 4 måneder efter udskrivningen undergivet korrekt specialistbehandling. Efterfølgende indtrådte der voldsomme smerter i hånden som følge af en indtrådt lidelse, kausalgi. Denne lidelse medførte, at der måtte ske en amputation af to fingre. Spørgsmålet var herefter, om kausalgien var en følge af, at den korrekte behandling var indledt for sent, eller at den var opstået uafhængig heraf, og dermed udelukkende var en følge af selve knivstikket. Retslægerådet udtalte, at kausalgien måtte anses for en komplikation til selve knivstikket, men at den nærmere årsag til kausalgiens opståen var ukendt.

¹²² Bernhard Gomard s. 486.

¹²³ Bernhard Gomard s. 492.

¹²⁴ A. Vinding Kruse s. 143.

¹²⁵ W. E. von Eyben s. 97.

¹²⁶ Ibid. s. 97 og 102 ff.

Der forelå derfor tvivl om, hvorvidt der var tilstrækkelig årsagssammenhæng, og denne tvivl lod Højesteret komme patienten til gode. Højesteret lagde vægt på, at hospitalet erkendte fejlen, og at det nærmere årsagsforhold var uafklaret. Derfor kunne der ikke bortses fra, at det kunne have haft indflydelse på resultatet, at der hengik et længere tidsrum, inden patienten kom under fornøden behandling.

Afsigelsen af U1965.680H gav sammen med U1967.828H¹²⁷ anledning til overvejelser om, hvorvidt dommene var udtryk for en direkte omlægning af bevisbyrden eller blot en lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng. Talevski anfører¹²⁸, at præmisserne i U1965.680H medfører, at det er mest nærliggende at antage, at Højesteret har anvendt en omvendt bevisbyrde. Talevski støtter sin antagelse på Spleths kommentar til U1965.680H, Trolles kommentar til U1967.828H, samt at opfattelsen svarer til den fremherskende i den øvrige lægeretlige litteratur.

Spleth anfører i sin kommentar til U1965.680H, at retten klart lod en bevistvivl med hensyn til årsagssammenhæng mellem en begået fejl og en hos patienten opstået invaliditet komme patienten til gode, og at dommen derved er gået betydelig videre end hidtil. Efter en gennemgang af sagen, konkluderer forfatteren, at dommen formentlig kan anses som udtryk for, at det i tilfælde, *hvor* der foreligger en **klar** forsømmelse fra sygehusets side, *hvor* det er forudseeligt, at denne forsømmelse kan resultere i en alvorlig invaliditet, og *hvor* invaliditet faktisk er indtrådt, må påhvile sygehuset at føre et klart bevis for, at skaden er indtruffet af årsager, som sygehuset intet ansvar har for. Hovedvægten er her lagt på, at der skal være tale om en klar forsømmelse eller fejl.

I de følgende år kom der flere afgørelser¹²⁹, som berørte problemstillingen om bevislættelse for patienten vedrørende årsagssammenhæng. Her skal alene den seneste afgørelse afsagt inden reglerne i Patientforsikringsloven trådte i kraft belyses nærmere.

U1988.823Ø vedrørte en kvinde, som ved en fejl fik bortopereret sin raske nyre, hvilket var en klar erstatningspådragende fejl. Kvinden var herefter fortsat indlagt og under behandling, men døde

¹²⁷ Dommen handler om lammelse efter en operation. Der var under sagen enighed om, at der ikke kunne bebrejdes sygehuset noget vedrørende selve operationen. Det var alene spørgsmålet om en reoperation burde være foretaget på et tidligere tidspunkt, der var problemet under retssagen. Det blev anset som nærliggende, at tilsyn med patienten ville have medført en tidligere reoperation, hvorfor der ikke kunne bortses fra, at lammelsen derved ville være blevet formindsket. Højesteret lempede på beviskravet for årsagssammenhæng. Patienten havde derved ført det tilstrækkelige bevis og tilkendtes som følge heraf erstatning.

¹²⁸ Oliver Talevski s. 7 ff.

¹²⁹ U1971.19H, hvor Højesteret fandt, at der var begået fejl. Højesteret anførte herefter, at der måtte gås ud fra, at det ikke var usandsynligt, at rettidig operation ville have medført, at lidelserne var formindsket eller helt undgået. U1983.801Ø, hvor det udtales, at der var begået en klar fejl, som kunne medføre en alvorlig invaliditet, at en sådan invaliditet faktisk var indtrådt, og at det ikke var godtgjort, at skaden var indtrådt af årsager, som sygehuset ikke havde ansvar for. Sygehuset var derfor erstatningsansvarligt. Samt U1986.452H, hvor der ikke kunne bortses fra muligheden af, at der ved en tidligere undersøgelse af patienten, kunne have været sket observationer, som kunne have fremkaldt et afværrende indgreb, som ville have forhindret skadens indtræden.

ca. 3 måneder efter operationen af en hjerneblødning, som var forårsaget af en medfødt misdannelse af hjernepulsåren. Spørgsmålet var herefter, om der var årsagssammenhæng mellem fejloperationen og dødsfaldet. Det fandtes ikke godtgjort, at den fysiske belastning, som fejloperationen havde medført, ikke havde haft betydning for udløsningen af kvindens medfødte misdannelse på det pågældende tidspunkt. Under hensyn til grovheden af den begåede lægelige fejl måtte hospitalet bære bevisbyrden, og der fandtes at foreligge den fornødne årsagssammenhæng mellem fejloperationen og dødsfaldet. Hospitalet blev derfor pålagt erstatningsansvar. Således er dommen endnu et eksempel på, at domstolene slækker på kravene til årsagssammenhæng, når der er udvist grov culpa og endda vender bevisbyrden om til fordel for patienten.

De ovenfor refererede afgørelser viser, at domstolene i visse tilfælde modificerer udgangspunktet om, at patienten skal tilvejebringe en høj grad af sandsynlighed for årsagssammenhæng, før end erstatning kan opnås. Gennemgangen viser, at der blev lempet på beviskravet for årsagssammenhæng i de tilfælde, hvor det var klart, at der var begået fejl i forbindelse med undersøgelse, behandling mv. på et sygehus, og der derved forelå culpa fra sygehusets side. I disse tilfælde vil domstolene vende bevisbyrden for årsagssammenhæng om, såfremt der er ført fornødent bevis for den begåede fejl, og hvis fejlen har forøget risikoen for en bestemt skade og denne skade faktisk er indtrådt. Dommene udtrykker således modifikationer til udgangspunktet om, at bevisbyrden påhviler patienten. Retspraksis i 1990'erne er dog gået endnu videre, da bevislettelsen ikke længere er betinget af, at der forelå en klar fejl. Disse afgørelser er afsagt efter indførelsen af PFL, men efter de almindelige erstatningsretlige regler, da det er reglerne på skadestidspunktet, der er afgørende. Denne praksis vil blive belyst nærmere i afsnit 6.4.1.

6.3. Den særlige bevisregel for årsagssammenhæng indført med loven

På trods af de af domstolene foretagne modifikationer havde det i praksis, som nævnt i afsnit 2.2., i mange tilfælde vist sig vanskeligt for patienten i tilstrækkelig høj grad at påvise culpa, samt sandsynliggøre årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte skade. Dette udtrykkes således også i bemærkningerne til loven, hvor det udtales, at ”*det har vist sig vanskeligt for patienterne at føre bevis for lægelige fejl og årsagsforbindelse mellem fejl og skade*”.¹³⁰ Formålet med loven var derfor at indføre en ordning, hvorefter patienten kunne opnå erstatning i videre omfang end efter de hidtidige regler. Derfor blev no fault ordningen indført, og denne blev suppleret med en særlig bevisregel, der bestemmer, hvem af parterne det skal gå ud over, at der ikke tilvejebringes vished for, om der er årsagssammenhæng mellem behandling m.v. og den indtrådte skade.¹³¹ Denne bevisregel ses udtrykt i indledningen til KEL § 20, stk. 1, hvorefter erstatning ydes, hvis skaden ”*med overvejende sandsynlighed*” er for-

¹³⁰ FT 1990-91, sp. 3270.

¹³¹ Bo von Eyben, s. 13 og 83.

voldt på en af de fire måde, som er opregnet i nr. 1-4. Motiverne udtrykker, at ”ved vurderingen af, om der er den nødvendige årsagssammenhæng mellem skaden og den behandling, undersøgelse m.v., som patienten blev givet, er det tilstrækkeligt, at der tilvejebringes en overvejende sandsynlighed for, at skaden er forvoldt herved”.¹³²

Reglen angiver således de krav, der skal stilles til beviset for årsagssammenhæng mellem skaden og den pågældende undersøgelse, behandling m.v. og det er derved tilsigtet, at der ikke stilles samme krav til beviset for årsagssammenhæng, som domstolene i almindelighed stiller i erstatningssager, hvor der som udgangspunkt stilles krav om en høj grad af sandsynlighed.

Patienten har dog som tidligere bevisbyrden for, at betingelserne for erstatning er opfyldt, hvilket også er i overensstemmelse med de almindelige bevisregler. Den, der hævder at have et krav, må som udgangspunkt bevise, at betingelserne herfor er til stede. Den særlige bevisregel medfører således ikke en fravigelse af de almindelige bevisregler, og der er derved ikke indlagt nogen form for omvendt bevisbyrde i loven. Patienten bliver derfor ikke berettiget til erstatning, blot der ikke kan føres bevis for det modsatte.¹³³

Bevisreglen finder anvendelse, når PFF ex officio har tilvejebragt sagsoplysningen, men der henstår tvivl om, hvad skaden kan være forårsaget af. Ved sådan bevistvivl skal patienten bevise, at der med overvejende sandsynlighed foreligger årsagssammenhæng mellem behandling og den indtrådte skade.¹³⁴

6.3.1. Begrebet ”overvejende sandsynlighed”

Ved at indføre en særlig bevisregel i loven gives et signal om, at beviskravet er lempet i forhold til det almindelige princip om, at der skal føres fuldt bevis for et kravs berettigelse. Lempelsen gælder alle led i kausalitetsvurderingen.¹³⁵ Bo von Eyben opererer med tre forskellige problemstillinger vedrørende årsagssammenhæng, som der skal tages i betragtning.¹³⁶ Det første spørgsmål, der skal tages stilling til er, om skaden overhovedet er forårsaget af undersøgelse, behandling m.v., da erstatning ikke gives for følger, der kan henføres til grundsygdommens forløb jf. også afsnit 4.1.3 og FED2002.109V, hvor der ikke blev givet erstatning, da behandlingen af patienten havde været fuldt korrekt, og der således ikke forelå en behandlingsskade, men en komplikation, som måtte henføres til grundsygdommen. Det er tilstrækkeligt, at det er overvejende sandsynligt, at skaden skyldes undersøgelse, behandling m.v., hvilket dog ikke var tilfældet i ovenfor nævnte dom.

Herefter skal der tages stilling til, om skaden med overvejende sandsynlighed er forvoldt på en af de måder, der er fastsat i KEL § 20, stk. 1, nr. 1-4. Reglen i nr. 1 skal derfor læses således, at såfremt det er overvejende sandsynligt, at en erfaren specialist ville have handlet

¹³² FT 1990-91, sp. 3286.

¹³³ Bo von Eyben, s. 83.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Karnov, note til § 20.

¹³⁶ Bo von Eyben, s. 84 ff.

anderledes, og det er overvejende sandsynligt, at skaden i så fald ville være undgået, har patienten som udgangspunkt ret til erstatning.¹³⁷

Illustrerende er PFF 03-1706, hvor en mand i forbindelse med sit arbejde havde højtryksspulet nogle beholdere med melrenser. Han havde i den forbindelse ramt sine fødder, og ved undersøgelse hos egen læge blev der konstateret inficeret eksem på højre 2. og 3. tå og under forfoden. Senere samme dag henvendte han sig på skadestuen, idet han var faldet i forbindelse med arbejde på et tag. Han havde smerter i højre fod og problemer med at gå på foden. Røntgenundersøgelse viste et forskudt brud på den udvendige ankelkno, brud på 2. og 3. mellemfod, samt brud på højre tås grundstykke. Den følgende dag blev der foretaget en operation med indsættelse af skinne og skruer. Efter operationen havde patienten tegn på en aggressiv infektion. Der blev derfor foretaget akut revisionsoperation, hvor alle bløddele fandtes nekrotiske (dvs. vævsdød). Der blev herefter foretaget amputation af underbenet. Efterfølgende fik patienten blodforgiftning og blev behandlet med respirator. Patientforsikringen anerkendte erstatning efter PFL § 2, stk. 1, nr. 1, idet optimal behandling havde tilsagt, at man havde udskudt operationen, indtil det opståede eksem på foden var tilstrækkeligt undersøgt og under kontrol. Patientforsikringen fandt endvidere, at det var overvejende sandsynligt, at man herved havde undgået at foretage amputation af underbenet.

Det sidste kausalitetsproblem, der tages stilling til er, i hvilket omfang de konstaterede skadevirkninger kan henføres til det erstatningsbegrundende forhold. Dette følger i og for sig allerede af de to første problemer. Den indtrådte skade må sammenholdes med det forløb, som grundsygdommen ville have haft, hvis der ikke havde foreligget et erstatningsbegrundende forhold. Der opstilles således et hypotetisk hændelsesforløb, og såfremt dette under alle omstændigheder ville have indebåret nogle skadevirkninger, er patienten kun berettiget til erstatning for den merskade, der kan henføres til erstatningsbegrundende forhold. Her gælder lempelsen ligeledes derved, at det er tilstrækkeligt at følgerne med overvejende sandsynlighed medfører en merskade i forhold til de følger, som grundsygdommen ville have medført, hvis det erstatningsbegrundende forhold ikke havde foreligget. En patientskade omfatter derfor kun forskellen mellem følgerne af et optimalt sygdoms- og behandlingsforløb og følgerne af det faktiske behandlingsforløb.

Et eksempel herpå er sagen PFF 93-0439. Sagen drejede sig om en mand, der led af svær åreforkalkning, som dels havde givet udslag i dårligt blodomløb i benene og dels i hjertesygdom med blodprop i hjertet. Patienten fik på grund af smerter i benet foretaget amputation af venstre lårben. Efter operationen blev der konstateret stafylokokker i amputationssåret. På grund af dødt væv og infektion, som følge patientens dårlige blodomløb til såret, måtte amputation efterfølgende foretages flere gange. Fra patientens side blev der rejst erstatningskrav for følgerne af den opståede infektion og vævsdød. PFF lagde ved deres vurdering til grund, at komplikationerne primært var opstået som følge af patientens stærkt nedsatte blodomløb på grund af den svære

¹³⁷ Karnov, note til § 20.

åreforkalkning (grundsygdommen) og ikke som følge af behandlingen. Patienten var derfor ikke påført en merskade på grund af behandlingen.

Kravet om overvejende sandsynlighed skal forstås således, at enhver sandsynlighedsovervægt er tilstrækkelig. I princippet er derfor en minimal overvægt tilstrækkelig, dvs. en smule over 50 %.¹³⁸ Den nødvendige årsagssammenhæng er herefter til stede, hvis det efter en undersøgelse af sagens konkrete omstændigheder fremstår som mere sandsynligt, at skaden er forårsaget af erstatningsbegrundende helbredsforanstaltninger, end at den er forårsaget på anden måde, herunder ved komplikationer i forbindelse med grundsygdommens forløb, som har udviklet sig uafhængigt af behandlingen.¹³⁹

Hvis intet sikkert om årsagen til skaden kan fastslås, må den relative sandsynlighed af de mulige skadesårsager vurderes og afvejes over for hinanden. Hvis det herefter antages, at der foreligger lige stor sandsynlighed for, at den pågældende skade kan have udviklet sig uafhængigt af behandlingen, undersøgelsen, mv., eller intet kan siges om den relative sandsynlighed af de mulige skadesårsager, foreligger der ikke en erstatningsberettiget personskade.¹⁴⁰ Patienten opnår således ikke ret til erstatning, hvis det er lige så sandsynligt, at skaden kan henføres til grundsygdommens forløb som til behandlingen.

FED2002.2335V er et eksempel på at den relative sandsynlighed af mulige årsager vurderes og afvejes over for hinanden, og hvor der er lige stor sandsynlighed for, at skaden kan henføres til grundsygdommen som til behandlingen. Sagen handlede om, hvorvidt der var grundlag for at anse det for overvejende sandsynligt, at den adhæsive araknoidit (en kronisk irritationstilstand i og omkring lændenerverødderne) var en følge af operationen frem for patientens grundsygdom (spinalstenose, som er en forsnævring af rygmærskanaler i lænderyggen). Landsretten lagde, ud fra Retslægerådets udtalelser, til grund, at operationen var sket i overensstemmelse med anerkendt praksis, og at den adhæsive araknoidit var opstået efter operationen, således at patienten efter operationen havde fået en fysisk skade. Ifølge Retslægerådets tilkendegivelser kunne den adhæsive araknoidit imidlertid *både* være en følge af grundsygdommen og en følge af operationen, og der var ikke grundlag for at anse det for overvejende sandsynligt, at lidelsen var forårsaget af operationen. Patienten opnåede derfor ikke erstatning.

Til illustration af, at patienten (eller dennes efterladte) ikke opnår erstatning, såfremt der intet kan siges om den relative sandsynlighed af mulige skadesårsager, kan nævnes PFF 96-0362. En 66-årig mand blev indlagt på grund af mavesmerter, opkastninger og temperaturforhøjelse. På mistanke om akut blindtarmsbetændelse bortopererede hospitalet blindtarmen, der dog viste sig at være normal. Patienten udviklede i det følgende døgn blodforgiftning og som komplikation hertil blødningsforstyrrelser med efterfølgende tegn på multiorgan-svigt. Patienten blev herefter respiratorbehandlet, og en kortvarig bed-

¹³⁸ Karnov, note til KEL § 20.

¹³⁹ FT 1990-91, sp. 3286.

¹⁴⁰ Ibid.

ring af organfunktionerne blev registreret. Da patienten ikke vågnede efter respiratorbehandlingen, foretog man ultralyds-scanning og fandt her, at patienten havde nyresten. Endelig ved en MR-scanning fandtes tegn på hjernesvind, formentlig som følge af en hjernebetændelse. Herefter var det udsigtsløst at behandle patienten yderligere, og denne afgik ved døden en måned senere uden at være kommet til bevidsthed. Der var således flere mulige skadesårsager, men da de pårørende nedlagde forbud mod obduktion, forblev den egentlige dødsårsag ukendt. Sagen er således et eksempel på, at bevisbyrden påhviler patienten (eller dennes efterladte), og at det skal bevises, eventuelt ved en obduktion, at skaden med overvejende sandsynlighed er en følge af behandlingen og ikke en følge af patientens grundsygdom. Da bevisbyrden ikke blev løftet, blev hospitalet frikendt.

Formuleringen ”overvejende sandsynlighed” udelukker ikke, at der i tvivlstilfælde kan inddrages andre momenter i vurderingen, hvor dette findes rimeligt.¹⁴¹ Motiverne har derfor anset det for muligt, at domstolene anvender yderligere bevislettelse, end hvad der allerede følger af bevisreglen om overvejende sandsynlighed. Dette følger midlertidig allerede af almindelige bevisretlige principper, hvorefter domstolen i den konkrete situation bestemmer kravene til bevisets vægt. Domstolene er derfor ikke afskåret fra at lempe på bevisets styrke ud fra friere overvejelser om eksempelvis parternes muligheder for at sikre bevis, karakteren af den pågældende retsregel og konsekvenserne af, om det pågældende faktum anses for bevist.¹⁴² Da formålet med loven generelt er, at forbedre patientens retsstilling i forbindelse med erstatningskrav for patientskader, må disse almindelige bevisretlige principper ligeledes finde anvendelse på dette område. Selvom lovens formulering om overvejende sandsynlighed for årsagssammenhæng lader sandsynlighedsbetragtningen få en mere fremtrædende rolle ved vurderingen af, om der foreligger den fornødne årsagssammenhæng end i den almindelige erstatningsret, er det naturligt, at de almindelige bevisretlige principper finder anvendelse. Principperne kan efter omstændighederne medføre, at domstolen vil statuere årsagssammenhæng, selvom der ikke i øvrigt er tilvejebragt en overvejende sandsynlighed herfor.

6.4. U2002.1690H

Afgørelsen er et klart eksempel på, at Højesteret er gået videre i bevislettelsen vedrørende årsagssammenhæng end, hvad der følger af bevisreglen efter loven. Sagen drejede sig om en person, som henvendte sig på en skadestue efter et ildebefindende og opkastninger, men hvorfra han blev hjemsendt igen efter få timers observation, da man på baggrund af en undersøgelse fandt, at patienten alene havde tegn på maveonde. Patienten kontaktede dagen efter egen læge, men blev først tilset af denne den efterfølgende dag, hvor lægen straks foranledigede ham indlagt. Ved indlæggelsen blev det konstateret, at patienten havde en blodprop i hjernen, og det viste sig, at han allerede ved skadestuebesøget havde haft en begyndende blodproppdannelse i hjernen (apo-

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Bernhard Gomard s. 426 ff. og W.E. von Eyben s. 31 ff., 89 ff. og 207 ff.

pleksi). Der blev ved indlæggelsen iværksat behandling med acetylsalicylsyre (blodfortyndende medicin), men efter endt behandling konstateredes det, at patienten havde blivende gener efter blodproppen, og patienten måtte som følge heraf senere afhænde sin virksomhed og gå på pension. Patienten krævede derfor erstatning for tab af erhvervsevne med knap 500.000 kr. og for tabt arbejdsfortjeneste med 60.000 kr.

PFF fandt, at tilfældet var omfattet af PFL § 2, stk. 1, nr. 1, da optimal undersøgelse og behandling ville have tilsagt, at patienten straks var blevet indlagt til observation, hvorved man ville have bemærket en senere forværring af tilstanden og på et tidligere tidspunkt kunne have iværksat relevant behandling. Ansvarsgrundlaget var derfor opfyldt. Problemet var alene, i hvilket omfang det kunne antages, at følgerne af blodproppen ville være blevet formindsket, såfremt relevant behandling var blevet iværksat på et tidligere tidspunkt. Det vil sige, at problemet var, om patienten var blevet påført en merskade som følge af den forsinkede behandling. PFF fandt, at forsinkelsen af behandlingen ikke kunne antages at have bidraget til patientens tab i en sådan grad, at der kunne ydes erstatning herfor, da den væsentligste del af patientens tab måtte tilskrives grundsygdommen. PFF fandt derfor, at patienten ikke var blevet påført en merskade, som opfyldte kravet i EAL § 5, stk. 3 om mindst 15 % erhvervsevnetab. PSA tiltrådte denne afgørelse.

Under retssagen var der enighed mellem patienten og PSA om den talmæssige opgørelse af erstatningsposterne. Endvidere var parterne enige om, at en erfaren specialist ville have handlet anderledes og forholdet dermed var omfattet af specialistreglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 1. Sagen vedrørte derfor udelukkende spørgsmålet om, hvorvidt der var overvejende sandsynlighed for, at patientens tilstand ville have været bedre, hvis der ved skadestuebesøget var handlet anderledes. Der var således tale om en typisk kausalitetsvurdering. Domstolen skulle derfor finde frem til, i hvilket omfang de konstaterede skadevirkninger kunne henføres til det forsinkede behandlingsforløb.

For at afgøre, om patientens skade kunne henføres til den forsinkede behandling, måtte skaden sammenholdes med det forløb, som apopleksien ville have haft, hvis relevant behandling havde været iværksat på et tidligere tidspunkt. Der måtte derfor opstilles et hypotetisk hændelsesforløb, og såfremt dette under alle omstændigheder ville have indebåret nogle skadevirkninger, var patienten kun berettiget til erstatning for den merskade, der kunne henføres til den forsinkede behandling.

Til brug for retssagen indhentedes en udtalelse fra Retslægerådet. Af denne fremgik, at der findes forskellige typer af behandling med blodfortyndende medicin, men at der ikke i almindelighed var enighed om værdien af disse behandlinger, da effekten heraf ikke var dokumenteret ved større kliniske undersøgelser, og derfor var det ikke alle neurologiske afdelinger, som anvendte behandlingsformerne. Retslægerådet blev endvidere bedt om at udtale sig om, hvorvidt patientens sygdomsforløb med *overvejende sandsynlighed* ville have været bedre, og om følgerne af grundsygdommen kunne have været undgået helt eller delvist, såfremt patienten var blevet indlagt til observa-

tion allerede ved henvendelsen på skadestuen, og en medicinsk behandling var blevet påbegyndt tidligere end sket. Retslægerådet udtalte hertil, at ”*det er muligt, men ikke overvejende sandsynligt, at patientens symptomer på længere sigt var bedret noget, såfremt man på et tidligt tidspunkt havde påbegyndt antikoagulations- eller antitrombocytbehandling.*” (egne fremhævninger).

Østre Landsrets flertal fandt på baggrund af lægelige erklæringer i sagen og Retslægerådets udtalelse, at der ikke var enighed om effekten af behandlingerne. På denne baggrund, og under hensyn til patientens grundsygdom, fandt flertallet ikke, at det var overvejende sandsynligt, at patienten som følge af den begåede fejl havde lidt indkomststab eller havde et erhvervsevnetab på 15 % eller mere, hvorfor patienten ikke fik erstatning. Mindretallet fandt, at der var begået en klar fejl, og under henvisning til lovens forarbejder måtte der derfor foretages en indskrænkende fortolkning af kravet til årsagssammenhæng, ligesom kravet til merskadens omfang skulle fortolkes indskrænkende. Mindretallet gav derfor patienten medhold.

Afgørelsen blev af patienten anket til Højesteret. Her blev landsrettens dom ændret af en enig Højesteret. På baggrund af de lægelige erklæringer i sagen kunne Højesteret tilslutte den vurdering, at optimal behandling af patienten ville have tilsagt, at han var blevet indlagt til observation allerede ved skadestuebesøget, og at man under en sådan observation ville have bemærket den forværring af hans tilstand, der indtrådte kort efter udskrivelsen fra skadestuen, og at sygehuset dermed ville have iværksat relevant behandling på et tidligere tidspunkt. Videre lagde Højesteret til grund, ud fra de lægelige erklæringer og oplysningerne om den medicinske behandling af patienten under hans senere indlæggelse, at det var blodfortyndende behandling, der ville være blevet iværksat, såfremt indlæggelse var sket på et tidligere tidspunkt. Det fornødne ansvarsgrundlag var således til stede.

Med hensyn til årsagssammenhæng udtalte Højesteret, at uanset Retslægerådets erklæring, hvor de ikke går videre end til at udtrykke, at det er ”*muligt*”, men ikke ”*overvejende sandsynligt*”, at patientens symptomer på længere sigt var bedret noget, såfremt blodfortyndende behandling var blevet iværksat på et tidligere tidspunkt, finder Højesteret, at der foreligger en situation omfattet af PFL § 2, stk. 1, nr. 1. Højesteret finder således, at det i lovens forstand er overvejende sandsynligt, at den skade, der er overgået patienten, i et vist omfang ville være undgået, hvis han var blevet undergivet optimal behandling. Højesteret lagde ved sin afgørelse vægt på, ”*at det modsatte resultat - at der ikke forelå en af § 2, stk. 1, nr. 1, omfattet situation - ville være ensbetydende med, at en patient, der undergives en fejlagtig sygehusbehandling, ville blive dårligere stillet i henseende til vurderingen af årsagssammenhæng mellem fejl og skade, end tilfældet var før patientforsikringslovens indførelse*”. I den forbindelse henviste Højesteret til Højesteretsdommene U1965.680, U1967.828, U1968.452, U1993.908, U1996.215 og U1997.1628. Højesteret begrundede videre afgørelsen med, at en sådan forringelse af patienters retsstilling i henseende til spørgsmålet om årsagssammenhæng ikke ville være forenelig med, hvad der i forarbejderne til PFL er anført som et væsentligt

formål med loven. I den forbindelse henvises der til FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3270, 3275 f og 3285 f. Højesteret fandt herefter, at det var overvejende sandsynligt, at patienten var blevet påført et erhvervsevnetab på ikke under 15 %.

6.4.1. Analyse af Højesterets præmisser

Højesteret henviser i præmisserne til en række domme fra tiden før indførslen af PFL, som alle har statueret en lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng. Hermed er det klart tilkendegivet, at Højesteret mener, at den tidligere retstilstand skal videreføres også efter lovens indførelse. Henvisningen til de tidligere domme må bygge på den antagelse, at Højesteret mener, at der i visse tilfælde kan ske en lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng også efter indførslen af loven. Det er under afsnit 6.2. vist, at retstilstanden tidligere var således at, domstolene i tilfælde, hvor det var klart, at der var begået fejl i forbindelse med undersøgelse, behandling mv. på et sygehus og der derved forelå culpa fra sygehusets side, vil vende bevisbyrden for årsagssammenhæng, såfremt der var ført fornødent bevis for den begåede fejl, og hvis fejlen har forøget risikoen for en bestemt skade og denne skade faktisk var indtrådt.¹⁴³

U2002.1690H går dog endnu videre i bevislettelsen, da Højesteret undlader klart at tilkendegive, om der i den konkrete sag var tale om grov uagtsomhed, og om der derved forelå en klar fejl. Af henvisningen til U1967.828H, U1993.908H, U1996.215H og U1997.1628H viser Højesteret, at bevislettelsen skal finde sin baggrund i noget andet, end at der var tale om en klar fejl. Således udtales det i U1967.828H, at den indtrufne forværring i patientens tilstand ”burde have givet anledning til omgående lægeligt tilsyn med omhyggelig observation”. U1967.828H udtaler sig således ikke om graden af uagtsomhed.

Højesteret henviser i U2002.1690H ligeledes til U1968.452H. Der eksisterer dog ikke nogen afgørelse under dette sidetal i UfR. Bo von Eyben skriver¹⁴⁴, at der må være sigtet til afgørelsen U1968.448, men dette må bestrides, da denne afgørelse ikke omhandler lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng, men til gengæld lempelse af beviskravet for uagtsomhed og derved ansvarsgrundlaget.¹⁴⁵ Der er formentlig i stedet tale om en trykfejl, hvorved at tallene ”6” og ”8” er blevet byttet rundt. Den tænkte afgørelse har formentlig været U1986.452H. Dette synes også at stemme mere overens med Højesterets øvrige argumentationskæde. Denne afgørelse omhandler en patient, som ved en arbejdsulykke fik et brud på armen. Patienten blev derfor indlagt på sygehuset, hvor han blev opereret samme aften. Under operationen var blodtilførslen afbrudt i længere tid og armen blev anbragt i en gipsskinne med elastikbind. Efterfølgende viste det sig, at armen havde haft et kompressionssyndrom, og patienten blev som følge heraf 60 % invalid. Højesterets flertal fandt, at der var begået en ansvarspådragende fejl. Vedrørende årsagssammenhæng udtalte Høje-

¹⁴³ Spleth.

¹⁴⁴ ”De sidste 10 år” s. 24, note 21.

¹⁴⁵ Således også Oliver Talevski s. 5.

sterets flertal, at ”*Det må antages, at den senere konstaterede skade i det væsentlige kan henføres til kompressionen af armen. Idet der under de foreliggende omstændigheder ikke kan bortses fra **muligheden** for, at der ved en undersøgelse af patienten kunne være sket observationer, der kunne bestyrke frygten for kompressionsskade og eventuelt have fremkaldt et afværgende indgreb herimod, stemmer disse dommere for at anse indstævnte ansvarlig for den overgåede skade.*”

Højesteret henviser i deres afgørelse ligeledes til U1993.908H, U1996.215H og U1997.1628H. For at komme kravet til bevisvurderingen for årsagssammenhæng nærmere, skal der her gives en nærmere analyse af afgørelserne.

U1996.215H drejer sig om en mand, der blev opereret for nyresten. Den efterfølgende dag viste han tegn på blodforgiftning, og der påbegyndtes derfor behandling i form af bl.a. væskeindgift. To dage efter operationen fik man mistanke om, at patienten havde vand i lungerne. Samme dag blev der foretaget et elektrokardiogram, som gav stærk mistanke om en frisk blodprop i hjertet. Den efterfølgende dag konstateredes der udtalt væskeophobning i patientens lunger. Patienten blev om aftenen overført til intensiv afdeling, hvor han fik et hjer-testop i forbindelse med klargøring til respiratorbehandling. Hjer-testoppet medførte, at patienten fik en hjerneskade med 100 % invaliditet til følge. Til brug for sagen blev der indhentet flere udtalelser fra Retslægerådet, hvor Rådet i intet tilfælde konstaterede, at der var begået lægelige fejl, eller at der havde været tale om grovere eller gentagen forsømmelse eller skødesløshed. Retslægerådet udtalte blot, at der havde været tale om et fejlskøn i behandlingen af patienten, men at dette ikke var en lægelig fejl. Under en efterfølgende klagesag i Patientklagenævnet udtalte Sundhedsstyrelsen, at det havde været ønskeligt, om man på urologisk afdeling i videre omfang havde taget højde for de indtrådte komplikationer. Sundhedsstyrelsen fandt dog, at der ikke var tale om en lægelig fejl i lægelovens forstand, og de tilsluttede sig derfor Retslægerådet vurdering af sagen. Landsretten lagde de lægelige udtalelser i sagen til grund og fandt derfor ikke grundlag for at fastslå, at hospitalet, ved behandlingen af patienten, havde begået fejl eller forsømmelser. Der var derfor intet ansvarsgrundlag, og patienten fik derfor ikke tilkendt erstatning.

Højesteret fandt, at der forelå det fornødne ansvarsgrundlag, dog uden at gå nærmere ind i graden af uagtsomhed. Det udtales blot, at lægerne på afdelingen ”**burde** have overvejet risikoen ved fortsat væskeindgift, og at der senest ved konstateringen af væskeophobningen, **burde** have været truffet beslutning om at overføre ham til intensiv afdeling”. (vores fremhævninger). Efter denne udtalelse ville almindelige bevisregler føre til, at patienten skulle føre fuldt bevis for årsagssammenhæng mellem hændelsesforløbet under indlæggelsen og den indtrufne skade, da der hermed ikke er fastslået nogen klar fejl. Højesteret lempet dog bevisbyrden for årsagssammenhæng, da Højesteret ved deres afgørelse udtaler, at ”*der efter det foreliggende ikke kunne bortses fra **muligheden** af, at hjer-testoppet kunne have været undgået, såfremt de nødvendige foranstaltninger var truffet*”. Hospitalet fandtes derfor ansvarlig for den hjerneskade, som patienten var blevet påført

som følge af hjertestoppet. Da Højesteret således ikke udtaler sig om graden af uagtsomhed, kan der vanskeligt indfortolkes et krav om, at der skal være begået en klar fejl som betingelse for at lempe beviskravet for årsagssammenhæng.

Afgørelsen, U1997.1628H, omhandlede en kvinde, som fik fjernet en lymfeknude på venstre side af halsen ved en biopsi. Under en senere indlæggelse klagede hun over, at hun vanskeligt kunne bevæge venstre arm. Først tre måneder efter blev det ved en neurologisk undersøgelse konstateret, at en nerve var totallæderet i forbindelse med biopsien. Landsretten fandt, ligesom i U1996.215H, at der ikke var udvist ansvarspådragende forsømmelighed eller fejl. Der var således, efter landsrettens opfattelse, ikke udvist erstatningspådragende adfærd ved selve biopsien. Landsretten fandt dog, at det var en fejl, at sygehuset ikke tidligere havde reageret på patientens klager og herved ville have diagnosticeret nervelæsionen. Retten fandt det dog ikke godtgjort, at den for sene diagnosticering havde været årsag til patientens skader. Landsretten konkluderede herefter, at der ikke var grundlag for at fastslå, at der var begået ansvarspådragende fejl. I denne konklusion roder Landsretten rundt i begreberne. I begrundelsen findes der frem til en ansvarspådragende fejl; at der ikke blev reageret tidligere på patientens klager. Landsretten finder dog, at fejlen ikke har været årsag til patientens skader. Begrundelsen burde derfor have været, at der var det fornødne ansvarsgrundlag, men ikke den fornødne årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende fejl og den indtrådte skade. Dette ændrer dog ikke ved, at patienten ikke fik erstatning.

Sagen blev af patienten anket til Højesteret, hvor det blev lagt til grund, at det var en lægelig fejl, at sygehuset ikke foretog en nærmere undersøgelse af patienten under den efterfølgende indlæggelse og derved ville have konstateret nervelæsionen væsentlig tidligere end sket. Højesteret fandt derfor, at der var begået en fejl, men udtaler intet om graden heraf. Vedrørende beviset for årsagssammenhæng, lempes Højesteret igen kravet hertil, da de udtaler, at *”der ikke kunne bortses fra muligheden af, at en rettidig konstatering af nervelæsionen ville have medført, at patientens skader i væsentlig grad var blevet undgået ved et operativt indgreb”*. Patienten blev som følge heraf tilkendt erstatning. Dommen er således endnu et eksempel på, at Højesteret lempes beviskravet for årsagssammenhæng i et tilfælde, hvor der ikke er udtalt, om der foreligger en klar fejl. U1997.1628H er således på linie med U1996.215H, da Højesteret i begge tilfælde for deres begrundelse henviser til, at *”der ikke kunne bortses fra muligheden af”*.

Højesteret henviser i præmisserne ligeledes til U1993.908H. Denne dom er på linie med de øvrige, hvorfor den ikke vil blive belyst yderligere. Det blev også i denne afgørelse anset for muligt, at den indtrådte skade kunne have været undgået ved fortsat behandling.

De oven for omtalte domme viser, at Højesteret i alle tilfælde lempes på beviskravet for årsagssammenhæng. Dette ses ved, at Højesteret bruger udtrykket *”ikke kan bortses fra muligheden”* eller lignende. I dommene foretager Højesteret ikke en nærmere afgrænsning af graden af uagtsomheden ved de begåede fejl, men konstaterer blot at

disse foreligger. Derfor kan det konkluderes, at dommene peger i retningen af, at Højesteret har lempet beviskravet for årsagssammenhæng, selvom der ikke foreligger en klar fejl, og dermed er Højesteret gået endvidere end den retstilstand, som er beskrevet under afsnit 6.2. Højesteret udtaler endvidere i afgørelserne intet om graden af uagtsomhed, men Retslægerådet har i afgørelserne udtalt, at der ikke har været begået klare fejl. Derfor kan der vanskeligt indfortolkes et formelt krav om, at der skal være begået en klar fejl som betingelse for at lempe på beviskravet for årsagssammenhæng.

Spleth anfører i U1965.B270, at dommen U1965.680H er gået betydelig videre end hidtil, idet retten klart har ladet bevistvivl om årsagen komme skadelidte til gode. Det udtales videre, at hvor der foreligger klar forsømmelse fra sygehusets side, må sygehuset føre klart bevis for, at skaden er indtruffet af årsager, som sygehuset ikke er ansvarlig for. Samme opfattelse genfindes i motiverne til PFL, hvor det udtales, at *”hvis det f.eks. konstateres, at der **klart** er begået fejl ved behandling 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”*.¹⁴⁶ Det er her forudsat, at lade bevistvivl komme patienten til gode, såfremt at fejlen er klar. Det er ligeledes opfattelsen ved PFF, at der skal være tale om en klar fejl, før end der kan ske en lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng.¹⁴⁷ PFF fortolker derfor U2002.1690H således, at Højesterets henvisninger til retstilstanden før lovens indførelse betyder, at beviset for årsagssammenhæng kan lempes, hvis der er tale om en klar fejl. PFF fortolker derved den tidligere retstilstand som et udtryk for, at der foreligger et formelt krav om, at der skal være begået en klar fejl, før end beviskravet for årsagssammenhæng kan lempes.

Efter gennemgangen af de afgørelser som Højesteret henviser til i præmisserne, viser det sig, at kravet om klarhed af fejlen ikke kan opstilles som et formelt krav for at lempe beviskravet for årsagssammenhæng. Højesteret henviser således i U2002.1690H både til domme, hvor fejlen fremstår med en vis klarhed og domme, hvor dette ikke er tilfældet. Den opfattelse, som PFF har af den tidligere retstilstand, er derfor unuanceret. Det er dog korrekt, at bevistvivl kan og skal komme patienten til gode, når der er tale om en klar fejl, hvilket også tydeligt fremgår, er lovgivers hensigt, men der er tilsyneladende tilfælde, hvor Højesteret mener, at der kan lempes på beviskravet, selvom der ikke er tale om en klar fejl. Bo von Eyben nævner da også, at den senere praksis, som Højesteret henviser til, viser tegn på en vis udvikling i retning af en videregående bevislættelse end den, der var fastslået i 1960'erne.¹⁴⁸

Motiverne til PFL udtaler: *”Formuleringen udelukker ikke, at der i sådanne tilfælde (dvs. tvivlsomme tilfælde) kan inddrages andre momenter i vurderingen, hvor dette findes rimeligt. Hvis det f.eks. konstateres....”*. (egen fremhævnings) Som påvist under afsnit 6.3.1 anser motiverne det for muligt, at domstolene anvender yderligere bevis-

¹⁴⁶ FT 1990-91, sp. 3286.

¹⁴⁷ PFF Årsberetning 2002 s. 77.

¹⁴⁸ ”De sidste 10 år”, s. 25.

lettelse end, hvad der følger af reglen om overvejende sandsynlighed for årsagssammenhæng. Formuleringen viser, at lovgiver havde tænkt, at domstolene skulle kunne lempe beviskravet i tvivlsomme tilfælde, hvor der foreligger klare fejl, men af ordet ”f.eks.” må det følge, at også andre tilfælde kan medføre, at domstolene er berettiget til at lempe beviskravet for årsagssammenhæng. Et eksempel, hvor man kunne forestille sig, at beviskravet bliver lempet er, hvor bevistvivlen skyldes, at hospitalet, i strid med forskrifter, ikke har sikret sig tilstrækkelig dokumentation eller beviser for forhold, som har betydning for ansvarsvurderingen f.eks. relevante journaloplysninger, laboratorieprøver eller røntgenbilleder. Et andet eksempel kan være, hvor domstolene ud fra almindelige bevisretlige principper er berettiget til at vurdere beviserne ud fra friere overvejelser.

Højesteret henviser i U2002.1690H til lovens motiver, hvilket muligvis kan forklares med, at Højesteret mener, at motiverne åbner mulighed for at lempe beviskravet i andre tilfælde end ved klare fejl. Årsagen til, at Højesteret i U2002.1690H kommer frem til, at patienten skal have erstatning, skal derfor formentlig findes i, at domstolene i den konkrete situation bestemmer kravene til bevisets vægt, hvilket også underbygges af motiverne. Højesteret er således ikke afskåret fra at lempe på bevisets styrke ud fra friere overvejelser om konsekvenserne ved, at det pågældende faktum anses for bevist. Videre er motivernes henvisning til, at loven skal være en generel forbedring af patientens retsstilling et argument for, at Højesteret kan lempe beviskravet i andre tilfælde, end hvor der er begået klare fejl. Formålet med loven er generelt at forbedre patientens retsstilling i forbindelse med erstatningskrav for patientskader og ikke at forbedre den på nogen områder og at forringe den på andre. Ved afsigelsen af U2002.1690H har Højesteret klart tilkendegivet, at det ikke har været et ønske, at der skulle ske forringelser på området for patientskader. Højesteret har tilsyneladende været af den opfattelse, at såfremt der ikke blev statueret årsagssammenhæng i den konkrete sag, ville der være tale om en forringelse i forhold til retstilstanden før lovens indførelse, hvilket støttes af Højesterets henvisning til retspraksis fra 1990’erne. Det er ligeledes i overensstemmelse med lovens formål om at forbedre patientens retsstilling generelt. Det er således klart, at Højesteret anvender en formålsfortolkning ved henvisningen til tidligere retstilstand og lovens motiver.

6.4.2. Overvejelser på baggrund af U2002.1690H

U2002.1690H giver anledning til flere overvejelser omkring bevislettelse for årsagssammenhæng. For det første i hvilke tilfælde Højesteret havde tænkt, at beviskravet kan lempes. Det er ved U2002.1690H fastslået, at der kan lempes på beviskravet i andre tilfælde end ved klare fejl, men hvor høj en grad af uagtsomhed skal der foreligge, før end dette er en mulighed? Skal der være påvist en lægelig fejl, eller er det nok, at en specialist ville have handlet anderledes for, at beviskravet kan lempes? Er der således en nedre grænse for, hvornår der kan ske en lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng?

Bo von Eyben mener, at lempelse i beviskravet for årsagssammenhæng må begrænses til tilfælde, hvor der foreligger ansvarsgrundlag i form af culpa.¹⁴⁹ Dette begrundes med, at motiverne henviser til, at der ikke tilsigtes forringelser af patienternes retsstilling i forhold til før lovens indførelse. Før lovens indførelse var det kun i tilfælde af culpa, at patienten kunne opnå erstatning. Derfor mener Bo von Eyben, at motiverne kun har tænkt disse tilfælde for omfattet af muligheden for bevislættelse. Forud for loven kunne de patienter, som ikke formåede at bevise et ansvarsgrundlag i form af culpa, ikke opnå erstatning. For disse patienter kunne loven derfor kun blive en forbedring, uanset hvordan erstatningsbetingelserne blev udformet. Bo von Eyben har for så vidt ret i, at det må være i tilfælde, hvor der foreligger culpa, at der kan ske lempelse af beviskravet. Det udgør dog stadig et problem at skelne i de enkelte tilfælde mellem, om et tilfælde er culpøst, eller om det blot falder ind under specialistmålestokken. Det er klart, at bevislættelse skal ske ved klare fejl, men skal den også ske ved blot en lægelig fejl, dvs. ved enhver form for uagtsomhed i culpa-reglens forstand?

Højesteret går i U2002.1690H videre i bevislættelsen ved at tilkende erstatning i et tilfælde, hvor det ikke klart fremgår, hvor uagtsom fejlen er. Højesteret udtaler i dommen intet om, at bevislættelsen er betinget af, at der foreligger et culpøst forhold. Højesteret udtaler alene, at ”en patient, der undergives en **fejlagtig** sygehusbehandling, ville blive stillet dårligere i henseende til vurderingen af årsagssammenhæng mellem **fejl** og skade end tilfældet var før patientforsikringslovens indførelse” (egne fremhævninger). Det må dog forudsættes, at en lempelse kræver en form for culpa, da fejlen i den konkrete sag formentlig efter den tidligere retstilstand ville have statueret culpa. Problemet opstår da ved indførelsen af loven, hvor culpa tilfældene ikke klart kan og skal adskilles fra de objektiviserende tilfælde i specialistreglen. Hvis tilfældet er, at der efter lovens indførelse altid skal anvendes overvejende sandsynlighed ved kausalitetsvurderingen vil det medføre, at patienten i den konkrete sag, efter lovens indførelse, ikke havde opnået erstatning. Hvis tilfældet blev vurderet før lovens indførelse, ville det formentlig have ført til en lempelse af beviskravet. Det er således de tilfælde, som tidligere blev betragtet som culpøse, men som nu blot falder ind under specialistmålestokken, som udgør problemet. Det kan være vanskeligt at følge reglen om, at der skal foreligge overvejende sandsynlighed ved vurderingen af årsagssammenhæng, når et tilfælde¹⁵⁰, der før lovens indførelse blev vurderet som culpøst og dermed medførte bevislættelse for årsagssammenhæng, nu blot henhører under specialistreglen, hvor bevisreglen om overvejende sandsynlighed finder anvendelse. Derfor er det helt berettiget, at Højesteret tilkender erstatning på den anførte baggrund.

¹⁴⁹ ”De sidste 10 år” s. 26.

¹⁵⁰ Et eksempel herpå er udtalelsen fra Retslægerådet i afgørelsen U1997.1628H, hvorefter man i dag ville betragte fejlen som et tilfælde, der ville falde ind under specialistreglen, hvorved beviskravet om overvejende sandsynlighed skulle have været opfyldt.

Bo von Eyben kritiserer dog Højesterets afgørelse og fremkommer med mulige forklaringer på, hvorfor afgørelsen faldt ud, som den gjorde.¹⁵¹ Bo von Eyben anfører, at en mulig forklaring herpå er, at Højesteret er gået ud fra, at specialistreglen er identisk med culpa-reglen, og Højesteret derved har misforstået reglerne. Denne kritik synes at være noget unuanceret, da det som vist er svært at skelne tilfælde, hvor der foreligger culpa fra tilfælde, som nu blot falder ind under specialistmålestokken, som f.eks. U1997.1628H, der formentlig havde fået et andet udfald, såfremt afgørelsen var afsagt efter lovens regler. Motiverne til loven gør det ligeledes vanskeligt for Højesteret at fastlægge patientens retsstilling, da det udtales i motiverne, at der skal foreligge en klar fejl, før der kan ske lempelse af beviskravet, hvilket analysen af den retstilstand, som var i 1990'erne, har fastslået, at der ikke skulle. Det er næppe sandsynligt, at Højesteret har ment, at specialistreglen er identisk med culpa-reglen, men tværtimod har anset det for korrekt at lempe beviskravet for årsagssammenhæng ud fra motiverne betragtninger om, at der ikke må ske en forringelse af patientens retsstilling, hvilket vil ske, hvis der alene kan ske en lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng ved klare fejl.

Den anden forklaring, som Bo von Eyben fremkommer med er, at Højesteret ved afgørelsen udvider området for bevislettelse i strid med motiverne og formålet med loven, således at der kan ske lempelse i alle tilfælde, som falder ind under specialistreglen. Selvom Højesteret ikke klart udtaler sig om uagtsomheden af den begåede fejl, kan der ikke heri indfortolkes, at Højesteret har ment, at bevislettelse kan ske i alle tilfælde, som falder under specialistmålestokken. Når Højesteret henviser til motiverne, så må det formodes, at de er bekendt med indholdet heraf, og derfor synes Bo von Eybens kritik at være for vidtgående.

Det kan derfor ikke kritiseres, at Højesteret lempede på beviskravet i den konkrete sag, men der kan dog ikke, med baggrund i U2002.1690H, sættes en klar grænse mellem de tilfælde, hvor der skal ske bevislettelse for årsagssammenhæng og de tilfælde, hvor lovens ordlyd blot skal følges. Dommen medfører dog, at der ikke kan opstilles et formelt krav om, at fejlen skal være klar som betingelse for at lempe på beviskravet for årsagssammenhæng. På den anden side bør der ikke ske bevislettelse i de tilfælde, hvor der klart ikke er begået et culpøst forhold, men hvor en specialist på trods heraf ville have handlet anderledes. Grænsen skal formentlig sættes et sted, hvor der er tale om et culpøst forhold, som ville have ført til bevislettelse for årsagssammenhæng efter den tidligere retstilstand.

Efter U2002.1690H er der afsagt flere afgørelser, som omhandler beviskravene for årsagssammenhæng ved patientskader. U2002.1690H efterlod som sagt tvivl om rækkevidden af beviskravet om overvejende sandsynlighed. Hvornår skal bevisreglen alene anvendes efter lovens ordlyd, og hvornår skal der anvendes en formålsfortolkning? Medfører U2002.1690H, at det er tilstrækkeligt, for at lempe beviskravet, at patienten alene beviser en mulighed for årsags-

¹⁵¹ "De sidste 10 år", s. 26 og s. 28.

sammenhæng? I det følgende vil en afgørelse afsagt af Vestre Landsret kort tid efter U2002.1690H blive belyst nærmere.

6.5. Praksis efter U2002.1690H

FED2002.924V omhandler en kvinde, der var i arbejde som tjener. Under sit arbejde mærkede hun den 2. februar 1995 en jagende fornemmelse i sin højre hånd. Kvinden søgte derfor egen læge, og blev af denne henvist til undersøgelse på hospitalet. Her fandt man, at hun havde et oplagt karpaltunnelsyndrom (indklemning af den store håndnerve ved håndledet), som krævede en operation, som blev gennemført ambulantly den 8. marts 1995. Kvinden havde imidlertid fortsat smerter i håndledet, og ved de efterfølgende undersøgelser viste det sig, at der ikke havde været fornøden indikation for at udføre en operation for karpaltunnelsyndrom, og at operationen derfor havde været unødvendig. Til trods for at der blev iværksat nye behandlinger udviklede patientens lidelse sig fortsat negativt efter operationen. Patienten måtte opgive at komme i arbejde igen i sit erhverv, idet hun ikke var i stand til at bruge højre hånd og arm på grund af refleksdystrofi (kronisk smertetilstand).

Hun anmeldte derfor skaden til PFF, men fik afslag på erstatning, hvilket blev tiltrådt af PSA, som ikke fandt, at problemerne kunne henføres til den unødvendige operation. Der forelå således ikke den fornødne årsagssammenhæng. Patienten indbragte herefter sagen for Landsretten. Landsrettens flertal bemærkede, at patienten havde været i arbejde fra hændelsen den 2. februar 1995 til operationen den 8. marts 1995, men ikke siden havde været arbejdsdygtig. Under disse omstændigheder måtte dette anses for **mere sandsynligt**, at patientens nuværende tilstand måtte tilskrives den unødvendige operation end andre årsager. Retslægerådet havde udtalt, at den kroniske smertetilstand kunne have sin baggrund i såvel grundlidelsen, den udførte operation og de givne nerveblokker, og Retslægerådet fandt, at det ikke var muligt at vægte de tre forhold i mod hinanden. Landsretten lagde efter Retslægerådets udtalelse til grund, at operationen **kunne** være årsag til patientens tilstand, og at bedømmelsen af den mulige årsagssammenhæng mellem hændelsen den 2. februar 1995 og patientens tilstand var vanskeliggjort af den unødvendige operation. Landsretten udtalte således, at *"På den baggrund finder vi det mere sandsynligt, at sagsøgerens nuværende tilstand skyldes den unødvendige operation, end at den skyldes en udvikling af den lidelse, der fulgte af hændelsen den 2. februar 1995, eller har anden årsag"*. Patienten blev derfor tilkendt erstatning.

Efter Retslægerådets udtalelse var der lige sandsynlighed for de mulige skadesårsager, som alle kunne have medført den påførte skade. I sådanne tilfælde følger det af motiverne, at patienten ikke opnår ret til erstatning, når det er lige så sandsynligt, at skaden kan henføres til grundsygdommens forløb, som til behandlingen.¹⁵² Da der foreligger bevis tvivl om årsagssammenhæng, lader Landsretten, i overensstemmelse med en formålsfortolkning, denne komme patienten til gode. Den dissenterede dommer fandt ikke, at der forelå en situation, der

¹⁵² FT 1990-91, sp. 3286.

kunne begrunde en fravigelse fra de sædvanlige bevisbyrderegler. Det skulle derfor påhvile patienten at påvise den fornødne årsagssammenhæng mellem operationen og patientens lidelse. Da dommeren således ikke fandt, at sagens oplysninger i øvrigt gjorde det overvejende sandsynligt, at lidelsen var en følge af operationen, stemte dommeren for at frifinde PSA.

Det er i afgørelsen ikke muligt at bevise, hvad der var årsag til patientens lidelser. Vestre Landsrets flertal følger her Højesterets afgørelse ved at lempe på beviskravet til årsagssammenhæng, da der var en mulighed for, at skaden skyldes behandlingen. Afgørelsen viser således, at der i tiden lige efter U2002.1690H har været tvivl om, hvornår der skal ske en bevislættelse for årsagssammenhæng, og hvad den præcise begrundelse herfor skal indeholde. Der er for nylig afsagt en afgørelse af Højesteret på området, som nærmere vil blive belyst nedenfor.

6.6. U2007.1591H

Sagen drejede sig om en patient, der den 13. juni 1999 henvendte sig på skadestuen, idet han havde smerter i nakken efter et fald fra en trampolin. På skadestuen konstateredes muskelømhed i højre side af nakken, men fri kraft og normal følesans i arme og ben. Der blev ikke fundet indikation for røntgenundersøgelse og der blev derfor ikke indledt nogen egentlig behandling, trods patienten klagede over smerter i nakken. Patienten blev i stedet sendt hjem med råd om at tage smertestillende håndkøbsmedicin. Efter en henvisning fra egen læge, blev patienten den 7. juli 1999 indkaldt til undersøgelse på hospitalet. Her viste en MR-scanning, at han havde en instabil luksation ved 5. halsvirvel med brud på venstre facetled. Hospitalet afstod dog fra at behandle patienten, idet man fandt, at patienten ikke havde nogen væsentlige symptomer, hvorfor man formodede, at bruddet allerede var ved at blive stabilt. Han blev derfor blot udstyret med en stiv halskrave. Den 9. august 1999 blev halskraven fjernet, idet forholdene fandtes tilfredsstillende. Patienten var efterfølgende generet af nakke- og hovedsmerter, samt kraftnedsættelse i benene og måtte derfor opgive sit hidtidige erhverv. Patienten krævede derfor erstatning efter PFL for de skader, han mente at være blevet påført på grund af for sen diagnosticering og behandling.

Spørgsmålet i sagen var derfor, om der var blevet påført patienten en merskade som følge af den manglende diagnosticering og behandling, eller om generne kunne tilskrives følgerne af bruddet (grundsygdommen).

PFF vurderede, at det ikke var overvejende sandsynligt, at patientens gener skyldtes den forsinkede diagnosticering, idet behandling af patienten ville have været den samme, selvom bruddet var blevet erkendt ved den første undersøgelse. PFF afviste derfor sagen, da der ikke fandtes at være indtrådt en fysisk skade i forbindelse med behandlingen.

Patienten rekurrerede herefter afgørelsen til PSA, som afviste erstatning med den begrundelse, at patientens gener med overvejende sandsynlighed havde baggrund i sygdommen. Uanset om patienten

ten var blevet undergivet behandling tidligere, fandt nævnet, at generne ikke ville have været anderledes. Patienten var derfor ikke påført en merskade som følge af den forsinkede diagnosticering.

Landsretten fastslog, at bedste specialiststandard ville have tilsagt, at man på baggrund af oplysningerne om omstændighederne ved faldet havde foretaget en røntgenundersøgelse af patienten, da han henvendte sig på skadestuen den 13. juni 1999. Landsretten fandt endvidere efter bevisførelsen, herunder Retslægerådets besvarelse af de stillede spørgsmål, at det imidlertid ikke med overvejende sandsynlighed kunne lægges til grund, at den sene diagnosticering af skaden havde medført, at patienten var påført en skade, som ville være undgået ved en rettidig diagnosticering og eventuel anden behandling af skaden end den skete. Betingelserne for at tilkende patienten erstatning efter PFL § 2, stk. 1, nr. 1, var derfor ikke opfyldt, da der ikke forelå den efter loven fornødne årsagssammenhæng mellem den forsinkede diagnosticering og patientens gener.

Højesteret stadfæstede uden nærmere begrundelse Landsrettens afgørelse, idet der blot tiltrædes, *”at det efter bevisførelsen ikke med overvejende sandsynlighed kan lægges til grund, at den sene diagnosticering af halshvirvelbrud mv. har medført, at patienten har en skade, som ville være undgået ved rettidig diagnosticering og behandling”*.

Både Landsretten og Højesteret ligger til grund, at tilfældet er omfattet af specialistreglen og derved finder bevisreglen om overvejende sandsynlighed anvendelse. Henset til U2002.1690H og den tidligere retstilstand i 1990’erne kan det undre, hvorfor U2007.1591H ikke fører til en lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng, og patienten som følge heraf får tilkendt erstatning.

Efter de lægelige udtalelser og proceduren fremlagt af PSA tyder det på, at der i sagen var tale om en culpøs handling, idet PSA i sin procedure fremfører, at patienten *”burde”* være blevet røntgenfotograferet på skadestuen. Domstolene udtaler dog intet klart om den formodede fejl, hvilket er en naturlig konsekvens af specialistreglen, hvorefter man ikke længere behøver at klassificere den konkrete hændelse som culpøs eller ej. Derfor forbliver det gisninger om, hvad domstolene har tænkt om tilfældet, men det må antages, at der er begået en form for culpa i den konkrete sag, hvilket efter U2002.1690H og den tidligere retstilstand åbner mulighed for at lempe på beviskravet. Højesteret, såvel som Landsretten, benytter sig dog ikke af denne mulighed, selvom der i sagen er bevistvivl. Det konstateres blot, at bedste specialiststandard ville have tilsagt, at man på baggrund af oplysningerne om omstændighederne ved faldet havde foretaget en røntgenundersøgelse af patienten, da han henvendte sig på skadestuen. Afgørelsen er således et af de tilfælde, som beskrevet i afsnit 6.4.2., som giver problemer, når man ved indførelsen af loven ikke længere klart skelner mellem culpøse handlinger og handlinger, der falder under standarden *”optimus vir”*, dvs. hvor en erfaren specialist på området ville have handlet anderledes.

Videre i proceduren fremfører PSA at *”selv om det forhold, at patienten burde være blevet røntgenfotograferet den 13. juni 1999,*

medfører en vis lempelse af bevisbyrden, har patienten ikke tilstrækkeligt sandsynliggjort, at hans gener var blevet mindre, hvis han var blevet røntgenfotograferet og herefter opereret". Denne udtalelse viser, at PSA er bevidst om, at domstolene, når der foreligger et culpøst forhold, kan lempe på beviskravet for årsagssammenhæng, ligesom det var tilfældet i U2002.1690H og retstilstanden før PFL. Skulle domstolene lempe på beviskravet, er PSA dog af den opfattelse, at patienten, på trods heraf, ikke har ført tilstrækkeligt bevis for årsagssammenhæng. Når det formentlig var en fejl, at patienten ikke blev røntgenfotograferet, og når der er uenighed i Retslægerådet om, hvorvidt patientens gener ville have været til stede, såfremt rettidig behandling var blevet iværksat, kan det undre, at Højesteret (og Landsretten) blot anvender den i loven udtrykte bevisregel, og dermed anvender en ordlydsfortolkning. Et medlem af Retslægerådet udtaler under sagen, at det var muligt, at patientens smerter i nakken og armen ville have været mindre, eller slet ikke været til stede, hvis patienten var blevet opereret. Et enigt Retslægeråd udtalte, at havde skadestuen røntgenfotograferet patienten, var den mest sandsynlige behandling en operation, da en sådan formentlig ville give det bedste resultat på lang sigt. Ligesom i U2002.1690H var det altså muligt, at de indtrådte skader havde været mindsket eller slet ikke indtruffet, hvis rettidig undersøgelse og behandling var blevet iværksat.

6.6.1. Forskellen mellem U2002.1690H og U2007.1591H

Spørgsmålet er, hvorfor Højesteret ikke i U2007.1591H lemper beviskravet for årsagssammenhæng, da dette formentlig ville have været i overensstemmelse med U2002.1690H. Årsagen kan være, at domstolen mener, at der ikke foreligger en fejl i den konkrete sag fra 2007. En anden årsag kan være, at dommen er et udtryk for en afstandstagen fra U2002.1690H. Såfremt afgørelsen er et udtryk for, at retstilstanden i U2002.1690H er forladt eller blot, at de to tilfælde ikke kan sammenlignes, ville det være ønskeligt, om domstolene i præmisserne havde givet udtryk herfor, når U2002.1690H gav anledning til tvivl om rækkevidden af bevisreglen om overvejende sandsynlighed.

Det må antages, at der var begået fejl i den konkrete sag, og der ville hermed have været en mulighed for at lempe på beviskravet for årsagssammenhæng. Retstilstanden fra 1990'erne og U2002.1690H peger i retningen af, at såfremt U2007.1591H var blevet afgjort på daværende tidspunkt, var sagen formentlig faldet ud til patientens fordel, da patienten formentlig kunne bevise, at der var en mulighed for, at hans gener var en følge af den manglende røntgenfotografering.

Den helt store forskel mellem afgørelsen fra 2002 og afgørelsen fra 2007 er domstolenes fortolkningsstil. I U2002.1690H anvendte Højesteret en subjektiv formålsfortolkning, hvorefter der blev lagt vægt på at fortolke loven efter dens forarbejder. Ved henvisningen til, at det modsatte resultat ville være ensbetydende med, at patienten blev stillet dårligere, anvendes en pragmatisk argumentation, som ofte er udslag af rimeligheds- og retfærdighedsbetragtninger. Den direkte henvisning til tidligere retspraksis betyder, at Højesteret klart marke-

rer, at den tidligere retstilstand skal videreføres efter, at loven er indført, og således at beviskravet skal lempes i særlige sammenhænge.

Den fortolkningsstil, som anvendes i U2007.1591H står i skarp modsætning til U2002.1690H. I afgørelsen tager Højesteret udgangspunkt i lovens ordlyd, således at patienten skal bevise årsagssammenhæng med overvejende sandsynlighed. Ved at anvende en ordlydsfortolkning tilgodeser Højesteret kravet om forudberegnelig, ensartet og konsekvent fortolkning. Ved denne fortolkningsstil tilgodeses på den ene side patienternes retssikkerhed, da afgørelserne bliver forudberegnelige, men på den anden side opfyldes lovens formål ikke, således at patientens retsstilling forbedres generelt, da der på dette område formentlig altid vil være tilfælde, hvor en ordlydsfortolkning vil føre til et urimeligt resultat. Motiverne åbner da også op for at tillægge andre momenter vægt ved afgørelserne.¹⁵³ Derfor må der, ved afgørelser efter loven, lægges afgørende vægt på at følge lovgivers intentioner, således som disse er beskrevet i motiverne. Der er dog ingen tvivl om, at man som den alt overvejende hovedregel bør anvende en ordlydsfortolkning, således at det fastsatte beviskrav skal finde anvendelse.¹⁵⁴ Konsekvensen ved det modsatte ville ikke være holdbart, men for at opfylde lovens formål, om en forbedret retsstilling for patienten, må der ved bevisstvivil anlægges en formålsfortolkning, ligesom Højesteret gjorde i U2002.1690H. Formålsfortolkning skal derfor anvendes i tilfælde, hvor der er en mulighed for, at patienten, før gennemførelsen af PFL, ville have opnået erstatning. Det vil sige i tilfælde, hvor der er udvist en form for uagtsomhed.

U2007.1591H efterlader således tvivl om, hvorfor afgørelsen resulterede i, at der ikke blev lempet på beviskravet for årsagssammenhæng. Svaret på, om afgørelsen er et udtryk for en afstandstagen til U2002.1690H, eller blot at der ikke forelå en tilstrækkelig fejl til, at det kunne medføre en lempelse af beviskravet, må henstå i det uvisse. Skal afgørelsen ses som et udtryk for en tilbagevenden til den retstilstand som blev fastslået af Spleth, hvorefter der skal foreligge klar fejl/forsømmelse, før end domstolene vil lempe på beviskravet for årsagssammenhæng, vil lovens formål således ikke være opfyldt jf. afsnit 6.4.1 og 6.4.2, hvorefter patienternes retsstilling i disse tilfælde ville blive forringet, da det i retstilstanden fra 1990'erne var muligt at lempe på beviskravet, selvom der ikke forelå en klar fejl.

6.7. Retspolitiske betragtninger

Højesteret åbner i U2002.1690H op for muligheden for at lempe på beviskravet for årsagssammenhæng i yderligere tilfælde, end allerede indført med loven, men i samme forbindelse fastsætter Højesteret ingen nedre grænse for, hvor lidt sandsynlighed der skal foreligge, før end beviskravet er opfyldt. Da der ikke med sikkerhed kan udledes en afstandstagen fra U2002.1690H i U2007.1591H er denne heller ikke bidragende til, at der kan udledes præcise retningslinier for sandsyn-

¹⁵³ FT 1990-91, sp. 3286.

¹⁵⁴ Eksempelvis U2006.1717H og U2006.1114H, hvor der ikke er momenter, som taler i retningen af, at beviskravet skal lempes. Patienten skal derfor bevise med overvejende sandsynlighed, at den fornødne årsagssammenhæng er til stede.

lighedsvurderingen. For at undgå helt absurde konsekvenser må der dog opstilles en nedre grænse for sandsynligheden for årsagssammenhæng, således at denne ikke bliver så ringe, at den blot er teoretisk. Derved skal en meget lav grad af sandsynlighed ikke medføre, at domstolen anser årsagssammenhæng for bevist. Grænsen for, hvornår domstolene lempes på beviskravet for årsagssammenhæng må derfor ligge et sted mellem, hvor det på den ene side ikke er sandsynligt, at skaden er en følge af behandlingen, men hvor det er muligt, men ikke overvejende sandsynligt, at skaden er en følge af behandlingen.

Konsekvensen ved at operere med en sådan grænse kan dog blive, at der ved sagens start skal foretages en vurdering af, om patienten er behandlet optimalt og dermed i overensstemmelse med specialistreglen. Er dette ikke tilfældet, må der foretages en vurdering af, hvorvidt det er muligt, at der som følge heraf, er indtrådt en skade. Reelt ville dette betyde, at man derved vender bevisbyrden om eller opstiller en formodningsregel, således at patienten i disse tilfælde vil opnå erstatning, medmindre PFF/PSA kan bevise, at det må anses for sikkert eller næsten sikkert, at den indtrådte skade ikke er en følge af behandlingen.

Til løsning af problemet kan der findes inspiration i de øvrige nordiske patientforsikringsordninger. I Sverige stilles, ligesom i Danmark, det krav til beviset for årsagssammenhæng, at der skal være en overvejende sandsynlighed for, at skaden skyldes undersøgelse, behandling m.v. Det vil sige, at der skal være sandsynlighedsovervægt (dvs. mere end 50 %) for sammenhængen mellem den ansvarsudløsende handling og den indtrådte skade.¹⁵⁵

I Finland er der derimod valgt en anden løsning, da man her stiller krav om, at det alene skal være sandsynligt, at skaden er forårsaget af undersøgelse, behandling m.v.¹⁵⁶ Kravet til beviset for årsagssammenhæng må derfor opfattes som et lavere krav end det, den danske og svenske ordning opererer med, men ansvarsgrundlaget er det samme, nemlig en specialistregel.¹⁵⁷

I den norske patientforsikringslov findes ingen generel bevisregel, som svarer til den danske regel om overvejende sandsynlighed. Der findes derimod en speciel bevisregel i NPL § 3, hvor det hedder: *”Dersom årsagen til en skade på en patient ikke kan bringes på det rene, og skaden sandsynligvis skyldes ydre påvirkning på en patient under behandlingen, skal det normalt antages, at skaden skyldes fejl eller svigt ved ydelsen af helsehjælp”*. Reglen skal forstås således, at *”Såfremt det ikke kan bringes på det rene, om fejl eller svigt er årsag til en skade, men det er sandsynligt, at skaden skyldes behandlingen, så er der formodning for, at skaden skyldes fejl eller svigt”*.¹⁵⁸ Denne

¹⁵⁵ ”De sidste 10 år” s. 69.

¹⁵⁶ I FPL § 2, nr. 1 hedder det: ”Erstatning betales for en persons skade, såfremt det er sandsynligt at den er forårsaget af undersøgelse, behandling og omsorg og nogen anden tilsvarende foranstaltning eller af en sådan forsømmelse, forudsat at en erfaren faguddannet person inden for sundhedsvæsenet skulle have undersøgt, behandlet og plejet patienten eller i øvrigt truffet foranstaltninger over for patienten på en anden måde, således at det er sandsynligt, at skaden var undgået.

¹⁵⁷ ”De sidste 10 år” s. 69 og Bo von Eyben s. 45.

¹⁵⁸ ”De sidste 10 år” s. 69.

regel adskiller sig fra de øvrige lande på to områder. For det første opereres der med begrebet ”fejl” i stedet for ”optimus vir”, og for det andet opstilles der en formodningsregel til fordel for patienten.

Umiddelbart kan man ikke overføre den norske bevisregel til Danmark, da man i Norge ikke anvender en specialistmålestok, men i stedet anvender en lidt lavere målestok, idet sundhedsvæsenet skal leve op til de krav, som patienten med rimelighed kan forlange. Reglen både i Norge og Finland kan dog give inspiration til, om man burde indføre en særlig bevisregel i tilfælde, hvor forholdet efter den tidligere retstilstand ville have været anset som culpøst. I sådanne tilfælde kunne der opstilles en formodningsregel til fordel for patienten. Konsekvensen herved ville dog være, at man må forlade den indførte no fault ordning, men dette er ikke nødvendigvis til skade for patienten. Der kunne indføres en ordning, hvorefter optimus vir tilfældene bliver behandlet efter den nuværende bevisregel, og en særlig regel for de tilfælde, der tidligere ville have medført en lempelse i beviskravet. Det vil sige, at der i de culpøse tilfælde klart skal fremgå, at der er mulighed for at lempe yderligere på beviskravet, end hvad der følger af overvejende sandsynlighed. Dermed vil patienten, som falder under denne kategori, opnå samme retsstilling, som var gældende før lovens indførelse. Dette løser dog ikke problematikken omkring, at domstolene i det konkrete tilfælde skal skelne mellem, hvornår der foreligger et culpøst tilfælde, og hvornår det falder under specialistmålestokken. Domstolene har dog alle forudsætninger for at foretage denne vurdering, da det altid har været et af domstolenes kerneområder at afgøre, hvornår et forhold betragtes som culpøst, ikke mindst på baggrund af lægelige udtalelser.

6.8. Delkonklusion

Der er krav i den almindelige erstatningsret om, at der skal foreligge årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte skade, hvorfor dette også gælder, hvis en patient skal opnå erstatning. I den almindelige erstatningsret har skadelidte bevisbyrden for ansvarsgrundlag og for årsagssammenhæng. Således påhvilede det, før indførelsen af PFL, patienten med høj grad af sandsynlighed at bevise årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte skade. Retspraksis før indførelsen af PFL viste dog, at hovedreglen om patientens bevisbyrde var fraveget i en række tilfælde derved, at domstolene havde lempet på beviskravet for årsagssammenhæng. U1965.680H var den første dom, hvor Højesteret lod tvivlen om årsagssammenhæng komme patienten til gode. Dommen blev fulgt op af flere afgørelser, hvor der for patienten skete bevislættelse for årsagssammenhæng.

Retspraksis viste, på trods heraf, at det var vanskeligt for patienten at bevise årsagssammenhæng med en tilstrækkelig høj grad af sandsynlighed. Ved indførelsen af PFL blev der derfor indført en særlig bevisregel, hvorefter årsagssammenhæng alene skulle foreligge med overvejende sandsynlighed, således at enhver sandsynlighedsovervægt var tilstrækkelig. Dette var umiddelbart en klar materiel for-

bedring af patientens retsstilling, da bevisbyrden for årsagssammenhæng var blevet lettere at løfte.

Loven åbnede samtidig mulighed for, at der i tvivlstilfælde kunne lempes yderligere på beviskravet, hvilket også følger af motiverne, samt almindelige bevisretlige principper. Domstolene kunne således statuere årsagssammenhæng, selvom der ikke af patienten var tilvejebragt en overvejende sandsynlighed herfor. I U2002.1690H gik Højesteret således videre i bevislettelsen vedrørende årsagssammenhæng end bevisreglen efter loven tilsagde. Højesteret begrundede afgørelsen med, ”at det modsatte resultat – at der ikke forelå en af § 2, stk. 1, nr. 1 omfattet situation – ville være ensbetydende med, at en patient, der undergives fejlagtig sygehusbehandling, ville blive dårligere stillet i henseende til vurderingen af årsagssammenhæng mellem fejl og skade, end tilfældet var før patientforsikringslovens indførelse”. Baggrunden for afgørelsens resultat var således, at Højesteret ikke ønskede, at der skulle ske forringelser på området for patientskader, og derved skulle den retstilstand, der var lige op til lovens indførelse, videreføres.

Højesteret var dog ikke klar i sine præmisser, og dommen ledte derfor til tvivl om, hvornår og med hvilken begrundelse, der skulle ske bevislettelse. Højesteret udtalte sig således ikke generelt om, i hvilke tilfælde det var muligt at lempe yderligere på beviskravet, og om dette var betinget af en klar fejl. Efter en nærmere analyse af Højesterets præmisser, herunder henvisning til tidligere retspraksis, kunne det dog udledes, at der ikke kan opstilles et formelt krav om, at der skal foreligge en klar fejl som forudsætning for lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng.

Den nyeste afgørelse på området er U2007.1591H. I afgørelsen lempede Højesteret ikke på beviskravet for årsagssammenhæng, og kom derfor til det modsatte resultat af U2002.1690H. Henset til U2002.1690H og retstilstanden lige op til lovens indførelse gav afgørelsen anledning til overvejelser om, hvorfor Højesteret ikke valgte at lempe på beviskravet, selvom der i sagen forelå bevistvivl, og tilfældet formentlig efter den tidligere retstilstand ville være blevet betegnet som culpøst. Dommen er således et af de tilfælde, som giver problemer, når der ved lovens indførelse ikke længere klart kan og skal skelnes mellem culpøse tilfælde og tilfælde, der falder under specialistmållestokken.

Retspraksis i 1990'erne, samt U2002.1690H, gik endnu videre i bevislettelsen end overvejende sandsynlighed. Derfor skal U2007.1591H formentlig ses som et udtryk for en tilbagevenden til den retstilstand, som er fastslået af Højesteretsdommer Spleth, hvorefter der skal foreligge klar fejl eller forsømmelse, før end der kan lempes på beviskravet for årsagssammenhæng.

Afgørelserne, U2002.1690H og U2007.1591H, anvendte forskellige fortolkningsstile, hvilket førte til to vidt forskellige resultater. I U2007.1591H anvendte Højesteret en ordlydsfortolkning på bevisreglen. En ordlydsfortolkning kan medføre, at en afgørelse i dag kan gå patienten imod, hvor den tidligere formentlig ville være faldet ud til patientens fordel på grund af bevislettelse. Når lovens intention er at

forbedre patientens retsstilling generelt med hensyn til beviset for årsagssammenhæng, må domstolene i stedet anvende en formålsfortolkning, når der er tale om tilfælde, hvor der foreligger culpa. Det blev derfor overvejet, om der kunne opstilles en nedre grænse for, hvornår en lempelse var ønskelig. Formentlig skal denne grænse sættes ved tilfælde, som efter den tidligere retstilstand, ville have ført til bevislættelse. Såfremt bevisreglen om overvejende sandsynlighed altid skal anvendes ved kausalitetsvurderingen, vil det medføre, at visse patienter vil få en forringet retsstilling i forhold til før lovens indførelse, og lovens formål, om en generel forbedring for patienten, vil således ikke være nået. Dette er begrundet i, at patientens retsstilling efter afgørelserne fra 1990'erne, var den, at der kunne ske bevislættelse, selvom der ikke forelå en klar fejl eller forsømmelse. Men som retstilstanden er efter U2007.1591H skal patienten bevise, at der foreligger årsagssammenhæng med overvejende sandsynlighed.

7. Retslægerådet

Udslaget i afgørelsen U2007.1591H var Retslægerådet udtalelse om, at det ikke med overvejende sandsynlighed kunne lægges til grund, at den forsinkede behandling havde medført patientens gener. Derfor er det interessant at undersøge, hvor stor betydning Retslægerådets udtalelser egentlig har i patientskadesager, og hvilke muligheder patienten har for at imødegå disse udtalelser.

7.1. Retslægerådet formål og opgaver

Retslægerådets virksomhed er reguleret ved lov nr. 60 af 25. marts 1961. Retslægerådets opgave er at afgive lægevidenskabelige og farmaceutiske skøn til offentlige myndigheder i sager om enkeltpersoners retsforhold jf. lovens § 1. Det er således en forudsætning for Retslægerådets besvarelse af spørgsmål, at spørgsmålene enten stilles af en offentlig myndighed til brug for dennes afgørelse af en sag, eller at de stillede spørgsmål er godkendt af den ret, der behandler sagen.¹⁵⁹

Sammensætningen af Retslægerådet fremgår af lovens § 2, hvorefter Rådet består af indtil 12 læger. Aktuelt består Rådet af 10 medlemmer, som arbejder i to afdelinger; en retspsykiatrisk og en retsmedicinsk. Ud over rådsmedlemmerne er der tilknyttet et antal sagkyndige, som kan tiltræde Rådet, såfremt det er nødvendigt for behandlingen af en sag.¹⁶⁰ Retslægerådet er i sin virksomhed uafhængig af instrukser fra anden myndighed vedrørende behandling og afgivelse af udtalelse i den enkelte sag.

7.2. Anvendelse af Retslægerådet

Patientforsikringen har aldrig forelagt et medicinsk spørgsmål for Retslægerådet, hvilket hovedsageligt har været begrundet i, at PFF anvender egne lægekonsulenter i det omfang, de er specialister inden

¹⁵⁹ Vejledning om spørgsmål til Retslægerådet i civile sager (11/06).

¹⁶⁰ Retslægerådets Årsberetning 2006 s. 2.

for det pågældende område.¹⁶¹ I modsat fald indhentes en erklæring fra en ekstern specialist. Det har således aldrig været relevant for PFF at forelægge spørgsmål for Retslægerådet, idet det derved også ville besværliggøre patientens mulighed for at påklage afgørelsen til PSA, da nævnet vanskeligt kan træffe en afgørelse omkring lægefaglige spørgsmål og medicinske årsagssammenhænge, som går imod Retslægerådets vurdering.¹⁶²

Yderligere er administrationen af PFL, som nævnt i afsnit 5.1, overlagt til PFF, som principielt er en privat forening, dog underlagt forvaltningslovens regler. PFF betragtes derfor ikke som en offentlig myndighed, selvom dette blev overvejet ved indførelsen af loven.¹⁶³ Da PFF således ikke er en offentlig myndighed, må det efter Lov om Retslægerådet § 1 antages, at det ikke er muligt at indhente udtalelser fra Retslægerådet til brug for sagens afgørelse, da Retslægerådets opgave er at afgive lægevidenskabelige og farmaceutiske skøn til offentlige myndigheder i sager om enkeltpersoners retsforhold.

PSA kan vælge at foreligge en patientskadesag for Retslægerådet, da PSA er en offentlig myndighed, som afgør sager om enkeltpersoners retsforhold jf. lovens § 1. Da der i forbindelse med sagsbehandlingen i PSA er tilknyttet interne speciallægekonsulenter, vil forelægelse af sagen for Retslægerådet ske yderst sjældent. PSA udtaler således i Årsberetningen 2005, at nævnet har en betydelig faglig ekspertise på grund af dets brede sammensætning og det betydelige antal sager, som nævnet afgør. I de få sager, hvor PSA vælger at inddrage Retslægerådet, omhandler spørgsmålene selve ansvarsgrundlaget, herunder årsagssammenhæng.¹⁶⁴ De konkrete spørgsmål til Retslægerådet forelægges ikke patienten, da udtalelsen bliver indhentet som led i den interne bedømmelse af sagen. Dette er i overensstemmelse med det almindelige forvaltningsretlige officialprincip, hvorefter det er myndighedens ansvar, at de nødvendige oplysninger foreligger, og at de nødvendige undersøgelser foretages, inden der træffes afgørelse jf. også afsnit 5.2.¹⁶⁵

Domstolene kan i medfør af Retsplejeloven til brug for sine afgørelser få sagkyndig bistand i form udtalelser fra sagkyndige råd. Retslægerådet kan derfor afgive udtalelse i sager om patientskader, hvilket ofte sker, da sagerne som regel kræver en særlig sagkundskab, som dommerne ikke er i besiddelse af. Spørgsmålene til Retslægerådet stilles af sagens parter, såfremt retten tillader det.

I Vejledning om spørgsmål til Retslægerådet¹⁶⁶ er opstillet nogle generelle retningslinier for formuleringen af spørgsmålene. Spørgsmålene skal være konkrete vedrørende bestemt påpegede forhold. Rådet kan ikke påtage sig at referere eller bekræfte, hvad der står i sagsakterne, udarbejde resume af sagsakterne eller foretage generelle helbredsvurderinger. Rådet foretager således ikke generel diagnosticering

¹⁶¹ Der er 24 lægekonsulenter tilknyttet PFF jf. PFF Årsberetning 2006 s. 13.

¹⁶² Oplyst af vicekontorchef ved Patientforsikringen, Niels Hjortnæs.

¹⁶³ FT 1990-91, sp. 3308.

¹⁶⁴ PSA Årsberetning 2005 s. 73.

¹⁶⁵ PSA Årsberetning 2005 s. 73 ff. og Jens Garde m.fl. s. 272.

¹⁶⁶ Vejledning om spørgsmål til Retslægerådet i civile sager (11/06).

eller resume af alle patientens lidelser. Det påhviler derfor sagens parter at udpege de konkrete forhold og de gener, som parterne ønsker rådets skøn over. Spørgsmålene skal derudover være klart formuleret, så det tydeligt fremgår, hvad sagens parter ønsker rådets skøn over for derved undgå misforståelser. Da det er rådets opgave at tilvejebringe et grundlag for rettens afgørelse og ikke at afgøre tvisten, skal spørgsmålene være neutrale. Ligesom spørgsmålene ikke må lægge op til en bedømmelse, der ikke er omfattet af rådets kompetence, men henhører under rettens kompetence ved f.eks. bevisvurdering.¹⁶⁷

7.3. Retslægerådets betydning

Retslægerådets udtalelser bliver ofte udslagsgivende i patientskadesager, idet domstolene tillægger udtalelserne stor vægt. Dette fremgår tydeligt ved at gennemgå praksis. Det skal her alene gives nogle eksempler fra nyere praksis, hvor domstolene lægger Retslægerådets udtalelser til grund for deres afgørelser.

Landsretten lagde i FED2002.2335V ud fra Retslægerådets udtalelser til grund, at operationen var sket i overensstemmelse med anerkendt praksis, og at patientens gener var opstået efter operationen, således at patienten efter operationen havde fået en fysisk skade. Ifølge Retslægerådets tilkendegivelser kunne generne imidlertid både være en følge af grundsygdommen og en følge af operationen, og der var ikke grundlag for at anse det for overvejende sandsynligt, at lidelsen var forårsaget af operationen. Herefter var betingelserne for erstatning efter PFL § 1, stk. 1. og § 2, stk. 2., ikke til stede, hvorfor patienten ikke opnåede erstatning. Landsretten lagde således Retslægerådets udtalelse uprøvet til grund for deres afgørelse.

I U2005.2151H stadfæster Højesteret i henhold til de grunde, som er anført af Landsretten. Landsretten udtaler: *”efter en samlet vurdering af de tilvejebragte lægelige oplysninger, herunder især Retslægerådets besvarelser af de stillede spørgsmål...”* (egen fremhævning). Retslægerådet havde konkluderet, at der ikke med rimelig sandsynlighed var godtgjort, at patienten havde udviklet hjernebetændelse som følge af MFR-vaccinationen. Patienten fik derfor ikke tilkendt erstatning.

Ligeledes i U2006.1114H udtales det i Højesterets præmisser, at *”efter Retslægerådet udtalelser må det lægges til grund...”* *”Det kan ifølge Retslægerådet ikke udelukkes...”* *”Retslægerådet finder ikke belæg for at antage...”* *”På denne baggrund finder Højesteret, at det ikke er overvejende sandsynligt, at A’s lidelser i højre skulder og arm er forvoldt ved det operative indgreb den 25. oktober 1994”*. Patienten blev således ikke tilkendt erstatning, da Højesteret på baggrund af Retslægerådets udtalelser ikke fandt, at der var den fornødne årsagssammenhæng mellem operationen og den indtrådte skade (vores fremhævninger). En gennemgang af de seneste års retspraksis viser derfor tydeligt, at Retslægerådet har en stor betydning ved domstolenes afgørelse i sager vedrørende patientskader.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Vejledning om spørgsmål til Retslægerådet i civile sager (11/06).

¹⁶⁸ Bl.a. U2007.477H, U2007.1591H, U2006.1717H, U2006.1519H, U2005.2804H, U2005.2390H.

Det er således fastslået, at Retslægerådet har en stor betydning for domstolens afgørelse i patientskadesager. Ud over dette, kan der i retspraksis spores en tendens til, at domstolene afviser årsagssammenhæng, medmindre at Retslægerådet meget klart og uden forbehold udtaler, at der er årsagssammenhæng. Da Retslægerådet udtaler sig ud fra en strikt lægevidenskabelig synsvinkel, skal der dog meget klare beviser til, før end Rådet uden forbehold kan udtale sig om en årsagssammenhæng. I praksis har dette medført, at Retslægerådet ofte udtaler, at det er mindre sandsynligt, at patientens gener/smerter stammer fra en konkret undersøgelse eller behandling.

Således U2006.1114H og U2006.1717H, hvor det i begge tilfælde blev afvist af Retslægerådet, at der forelå den fornødne årsagssammenhæng mellem de udførte behandlinger og de indtrådte skader. Særligt fremgår det af FED2004.1557V, at Retslægerådets udtalelse om årsagssammenhæng er udslagsgivende. I afgørelsen havde Retslægerådet bl.a. udtalt, at en årsagssammenhæng var mindre sandsynlig, hvorfor skadelidte ikke havde bevist, at der var årsagssammenhæng. Det forhold, at Arbejdsskadestyrelsen havde en anden opfattelse end Retslægerådet af, om der forelå årsagssammenhæng, kunne efter domstolens opfattelse ikke føre til et andet resultat. Af adskillige afgørelser om årsagssammenhæng har domstolene således erklæret, efter Retslægerådets udtalelser, at der ikke var ført tilstrækkeligt bevis for årsagssammenhæng.¹⁶⁹ Når Retslægerådet endelig udtaler, at der foreligger årsagssammenhæng, er dette meget sikkert, hvilket vil sige, at det er mere end overvejende sandsynligt rent juridisk. Når domstolen ligger Retslægerådets udtalelser til grund, så vil derfor kunne være tilfælde, hvor årsagssammenhæng juridisk set foreligger med overvejende sandsynlighed, men hvor dette ikke fremgår af Retslægerådets udtalelse, da de ikke anvender begrebet på samme måde som domstolene. Derfor kunne det overvejes, om der burde sidde jurister i Retslægerådet, således at der kommer større overensstemmelse mellem begreberne fra den medicinske og juridiske verden, og at der derved undgås misforståelser.¹⁷⁰

Efter gennemgang af de seneste års retspraksis har det kun været muligt at finde en enkelt afgørelse, hvor Retslægerådet klart udtaler, at der er årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte skade. I U2006.1519H finder Retslægerådet det sandsynligt, at den blodansamling, der opstod i forbindelse med en operation, havde været medvirkende årsag til patientens gener. Retslægerådet fandt det endvidere sandsynligt, at den påførte skade med stor sandsynlighed hidrørte fra operationen. Højesteret lagde Retslægerådets udtalelser til grund, da det klart fremgik heraf, at der var årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling (operationen) og den indtrådte skade, hvorfor patienten havde ført det fornødne bevis og herefter blev tilkendt erstatning.

¹⁶⁹ Se hertil U2007.1519H, U2006.1717H, U2006.1114H, U2005.2151H, U2005.2804H, VLD af 20/10 2005, FED2004.1601V, FED2004.1557V, FED2003.191Ø, FED2002.654Ø, FED2001.618Ø, FED1999.2514Ø.

¹⁷⁰ Jan Rasmussen s. 125.

Advokat Jytte Thorbek har udtalt, at ”domstolene følger så blindt rådets indstilling, og patienten har ikke en chance. Hans eller hendes argumenter bliver ikke taget for (samme) gode varer”.¹⁷¹ Domstolene er af flere, som af Jytte Thorbek, blevet kritiseret for ukritisk at lægge Retslægerådets udtalelser til grund for afgørelserne¹⁷², hvilket også de ovenfor citerede domme kan pege i retningen af. Det udgør derfor et væsentligt problem for patienten, såfremt Retslægerådet udtalelser går denne imod, da sagens realitet dermed allerede er afgjort. Som fremført af mindretallet i betænkningen¹⁷³ bliver uforbindende ekspertudtalelser som regel i det store og hele lagt til grund for de afgørelser, der træffes af afgørelsesinstanser, såsom domstolene. Dette mener mindretallet er en naturlig følge af den tillid, som knyttes til Retslægerådet, da Retslægerådet er forbundet med offentlige garantier i form af krav i lovgivningen. Når Retslægerådets udtalelser i mange sager bliver udslagsgivende, er spørgsmålet således, om patienten har mulighed for at imødegå Retslægerådets udtalelser ved at fremkomme med ensidigt indhentede erklæringer.

7.4. Problemerne ved Retslægerådets udtalelser

Når Retslægerådet modtager en sag, sendes den til de relevante medlemmer, som hver især foretager en vurdering og afgiver en erklæring om deres opfattelse af sagen. Er opfattelserne forskellige, sendes sagen ud til de samme medlemmer for en ny vurdering. Er der efter den nye vurdering stadig ikke enighed blandt medlemmerne, udformes den endelige erklæring med dissens jf. forretningsordenen for Retslægerådet § 6, stk. 2. Proceduren, vedrørende vurderingerne af sagerne, lægger således op til, at der ikke skal afgives erklæringer med dissens. Rådets medlemmer skal derved helst fremstå som enige. At Retslægerådet i vid udstrækning undgår at afgive dissenterende udtalelser¹⁷⁴, forklares af Rådets tidligere formand, Jørgen Voigt, således, at Rådet svigter sin opgave ved at afgive udtalelser med dissens, da det er Rådets opgave at afgive vejledende udtalelser, som kan lægges til grund for juridiske afgørelser. Efter den tidligere formands opfattelse skal Retslægerådet fremkomme med et vejledende svar, som alle voterende kan gå ind for, og så må man finde sig i, at dette svar undertiden er et kompromis og måske derfor lidt mere vagt.¹⁷⁵

Proceduren omkring udformningen af udtalelser ligger op til, at Retslægerådet forsørger at skrive sig til en form for enighed. Dette sker ved at formulere udtalelserne så bredt, at alle kan stå inde for dem. Når man i den juridiske verden er vant til, at domsafsigelser sker

¹⁷¹ ”Indspisthed i Retslægerådet”.

¹⁷² Citat fra højesteretssagfører Oscar Bondo Svane ”Et syn og skøn – eller en udtalelse fra Retslægerådet – tillægger domstolene ofte samme vægt, som de gamle hellenere lagde på svar fra oraklet i Delfi, således at sagens realitet dermed er afgjort, og således, at der herefter stort set kun er tilbage at fastsætte sagens omkostninger”, Preben Geertinger s. 121 ff., samt ”Retslægerådet og årsags-sammenhæng”.

¹⁷³ Betænkning om Retslægerådet nr. 1196.

¹⁷⁴ I perioden 1969-1978 var 0,9 % af udtalelserne afgivet med dissens. Det seneste oplyste tal i 2001 er 1-2 %.

¹⁷⁵ ”Lægefejl, Retslægerådet og retssikkerheden”.

med dissens, kan det undre, at det samme ikke gør sig gældende ved Retslægerådets udtalelser. Sagerne bliver ofte mere oplyste, når der afgives dissens, og der er ingen tvivl om, at det for patientens retssikkerhed og domstolenes mulighed for at vurdere udtalelserne, ville være på sin plads, om Rådet ville tilkendegive deres tvivl/usikkerhed om sagens faglige vurdering over for patienten og domstolene, idet udtalelserne som ovenfor vist er et vigtigt element i bevisbedømmelsen.

Et eksempel på, at Retslægerådet dog til tider afgiver udtalelser med dissens, er den tidligere gennemgåede U2007.1591H. Vedrørende vurderingen af årsagssammenhæng mellem den forsinkede behandling og patientens gener udtrykker udtalelsen uenighed blandt medlemmerne, da én af de tre voterende læger mener, at det er sandsynligt, at rettidig diagnosticering og behandling ville have mindsket patientens symptomer, og at der således er årsagssammenhæng mellem den forsinkede behandling og den indtrådte skade.¹⁷⁶ Under sagen indkaldes det dissentierende medlem, samt et andet medlem af Retslægerådet til at afhjemle deres udtalelser. Der er i Retsplejelovens § 204, stk. 2 hjemmel til at et eller flere af Retslægerådets medlemmer, som har behandlet den pågældende sag, afgiver forklaring i retten. Det er til patientens fordel, at medlemmerne afhjemler egne udtalelser, da det således over for domstolen fremgår, om der er usikkerhed og eventuelt uenighed om sagens faglige vurdering. Det er herefter er det op til domstolen at vurdere medlemmernes udsagn. Uanset hvorledes denne vurdering falder ud, er det til gavn for patienten, at udtalelserne afhjemles, specielt henset til, at det er vanskeligt at imødegå Retslægerådet på anden måde jf. herved afsnit 7.5. Afhjemlingen er på den måde med til at sikre, at domstolen ikke blot ukritisk ligger Retslægerådets udtalelser til grund, men derimod bliver tvungen til at foretage nogle overvejelser på baggrund af medlemmernes mundtlige fremlæggelse.

Medlemmerne af Retslægerådet har dog indtil videre været utilbøjelige til at give møde i retten og afhjemle egne udtalelser.¹⁷⁷ Retslægerådets Årsberetning for 1998/1999 indeholder da også en kommentar til medlemmernes ulyst til at afhjemle egne udtalelser. Da domstolene tillægger Retslægerådets udtalelser betydelig vægt, er det uheldigt, hvis medlemmerne er uvillige til at give møde i retten. Såfremt medlemmerne gav møde og forklarede egne udtalelser, ville det kunne være med til at forebygge eventuelle misforståelser, som ofte kan være forbundet med de kortfattede og brede udtalelser. Samtidig vil en afhjemling kunne modvirke, at domstolene overfortolker med risiko for urigtige afgørelser. Når der bliver anvendt store ressourcer i forbindelse med en retssag, vil det ekstra ressourceforbrug, der er forbundet med en afhjemling, være særdeles beskedent.¹⁷⁸ Henset til patientens retssikkerhed er det derfor glædeligt, at Retslægerådets medlemmer i U2007.1591H giver møde i retten og afhjemler egne udtalelser. Dette giver et håb om, at der er sket et holdningskrift med hensyn

¹⁷⁶ Jf. spørgsmål 4 og spørgsmål A til Retslægerådet.

¹⁷⁷ Jan Rasmussen s. 123.

¹⁷⁸ Ibid. s. 124.

til den tidligere uvilje til at afhjemle egne udtalelser, i hvert fald når Rådets udtalelse er afgivet med dissens.

7.5. Patientens muligheder for at imødegå Retslægerådets udtalelser

Efter den fri bevisbedømmelse, som er grundlaget i Retsplejeloven, kan patienten naturligtvis indhente alle de erklæringer, som denne ønsker. Erklæringerne vil dog ofte have en begrænset bevisværdi, da reglerne om den sagkyndiges upartiskhed og betryggende arbejds måde ikke er iagttaget.¹⁷⁹ Fremlæggelse af en erklæring, som patienten (eller dennes advokat) på egen hånd indhenter efter sagens anlæg, vil derfor ofte blive afvist jf. U1988.611Ø. Landsretten udtaler i denne afgørelse, at *”selvom der er adgang til at efterprøve og imødegå retslægerådets svar under fri bevisførelse, findes dette ikke at burde foregå ved brug af en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring, allerede fordi det altid vil unddrage sig efterprøvelse, hvorledes den sagkyndige i så fald er blevet udpeget og dermed også, hvordan erklæringen er blevet til”*. Efter Landsrettens udtalelse, er det i teorien muligt at fremlægge en ensidigt indhentet erklæring, men praksis¹⁸⁰ viser dog, at det sjældent bliver tilladt, hvilket også fremgår af FED2003.2804V, hvor landsretten ikke tillod parten at fremlægge den udtalelse, der var indhentet fra en lægekonsulent.¹⁸¹ Da domstolene tillægger Rådets erklæringer stor vægt, og det således samtidig er svært for patienten at imødegå disse, er det derfor af afgørende betydning, om sagens parter ved deres advokater, får stillet de rigtige spørgsmål til Retslægerådet. Da forelæggelse af spørgsmål for Retslægerådet kræver rettens tilladelse, er det ligeledes vigtigt, at patientens advokat får stillet alle spørgsmål i første omgang, da senere forelæggelse fra Retslægerådet kan blive nægtet, hvilket skete i VLK af 28. juni 2005, hvor nye erklæringer fra en overlæge vedrørende årsagssammenhæng ikke kunne begrunde, at sagen på ny blev forelagt Retslægerådet.

Patienten kan sjældent fremlægge ensidigt indhentede erklæringer, der er indhentet efter sagens anlæg, og patienten er derfor dårligt stillet med hensyn til at imødegå Retslægerådets udtalelser. I betænkningen om Retslægerådet foreslår mindretallet af medlemmerne, at der derfor indføres en regel, hvorefter partens ønske om at benytte andre sagkyndige skal imødekommes, medmindre afgørende hensyn taler imod.¹⁸² Fra patientens synspunkt ville et sådant forslag medføre, at der i visse tilfælde ville kunne slås tvivl om rigtigheden af Retslægerådets udtalelse, og dermed vil det tvinge domstolen til at foretage en dybere prøvelse af Retslægerådets erklæring. Det kan således have en retssikkerhedsmæssig betydning for patienten at indføre en sådan regel. Imod forslaget taler, at der herved vil blive indført en indskrænk-

¹⁷⁹ Berhard Gomard s. 547.

¹⁸⁰ Jf. U1979.121H og U1979.855H.

¹⁸¹ Således også FED2004.1407Ø, hvor det ikke blev tilladt skadelidte at fremlægge en erklæring fra en overlæge udarbejdet efter, at Retslægerådets udtalelse forelå, da overlægens redegørelse indeholdt dennes bemærkninger til Retslægerådets erklæring og havde karakter af et »overskøn« og dermed var en ensidigt indhentet erklæring.

¹⁸² Betænkning om Retslægerådet nr. 1196 s. 38.

ning i rettens procesledelsesret, hvorefter dommeren skal drage omsorg for, så vidt muligt, at fjerne alt, hvad der til unytte trækker forhandlingen i langdrag.¹⁸³ Retten skal have adgang til at afskære bevisførelse, der skønnes at være uden betydning for sagen jf. Retsplejeloven § 341 for at undgå en forhaling af processen. Såfremt retten ikke havde mulighed for at afskære beviser, må det antages, at sagens parter kunne fristes til at fremkomme med alle mulige sagkyndige vidner, som retten i hvert enkelt tilfælde skulle vurdere og tage stilling til, og derved ville processen blive trukket i langdrag. Er parterne derimod enige om en bestemt bevisførelse, vil domstolen formentlig sjældent nægte denne, men er parterne uenige om bevisførelsen, skal det være rettens afgørelse, om denne skal tillades.¹⁸⁴

7.6. Delkonklusion

Retslægerådets udtalelser er alene udtryk for et lægefagligt skøn jf. Lov om Retslægerådet § 1. Domstolene kan derfor følge dette skøn eller lade være, men da patientskader er et område, hvor det ofte kræver et indgående kendskab til biologiske faktorer, vil domstolene ofte støtte sig på sagkyndiges udtalelser. Retslægerådet har derfor, som ovenfor anført, stor betydning for domstolens afgørelse og er derfor ofte udslagsgivende herfor. Dette ses tydeligt ved gennemgang af retspraksis, hvorefter domstolene i mange afgørelser har afgjort, at der ikke var ført tilstrækkeligt bevis for årsagssammenhæng på baggrund af Retslægerådets udtalelser. Det er derfor yderst afgørende for patientens retsstilling, hvilken kvalitet de afgivne udtalelser har. Brede udtalelser og dissenser bør derfor afhjemles af de deltagende rådsmedlemmer ved, at de giver møde i retten. Dette har særdeles stor betydning for patientens muligheder for at løfte bevisbyrden for årsagssammenhæng, da patienten ikke i praksis har mulighed for at imødegå Retslægerådets udtalelser ved ensidigt indhentede erklæringer.

8. Kausalitetsproblemer ved erstatningsudmålingen

For at patienten kan opnå erstatning, følger det af KEL § 19, at den påførte skade skal være sket i forbindelse med undersøgelse, behandling el. lignende efter de nærmere regler i KEL § 20. Kravet om, at skaden skal skyldes undersøgelse, behandling el. lignende, tjener primært til at afskære erstatning for følger, der kan henføres til patientens grundsygdom, herunder komplikationer i forbindelse med sygdomsforløbet.¹⁸⁵ Det er derfor indlysende, at der ikke kan ydes erstatning for følger af den sygdom eller skade, som patienten behandles for, f.eks. at patienten, trods optimal behandling, dør af sin kræftsygdom eller på grund af koldbrand får amputeret sit ben.

Hovedreglen i dansk erstatningsret er, at såfremt skadelidtes sygdomsanlæg ikke ville have medført nogen skade, hvis ikke skadevolderens handling var indtrådt, er skadevolderen ansvarlig for den

¹⁸³ Bernhard Gomard s. 433 ff.

¹⁸⁴ Betænkning om Retslægerådet nr. 1196 s. 36.

¹⁸⁵ Karnov, note til § 20.

fulde skade i overensstemmelse med det almindelige princip om, at skadevolderen ”*must take the victim as he finds him*”.¹⁸⁶ Såfremt det derimod må lægges til grund, at skadelidtes sygdom eller sygdomsanlæg uanset skadevolderens handling ville have medført skade, er det mere tvivlsomt, i hvilket omfang skadevolderen må pålægges ansvar for skadelidtes personskade. Det er i retspraksis fastslået, at skadelidte må bære risikoen for sådanne sygdomme/sygdomsanlæg, hvis disse må antages med stor sandsynlighed at ville have fremkaldt den samme skade.¹⁸⁷

Patienten kan derfor kun opnå erstatning for den yderligere skade, som den erstatningsbegrundende undersøgelse, behandling m.v. har forårsaget jf. merskadeproblematikken i afsnit 4.1.3. Det afgørende kausalitetsproblem ved opgørelsen af merskaden bliver derfor, ”...*hvorvidt det er overvejende sandsynligt, at erhvervsevnetabet i såfald (dvs. uden patientskaden) ville være blevet mindre omfattende eller uarbejdsdygtighedsperioden ville være blevet kortere*”.¹⁸⁸ Der skal derfor foretages en fordeling af erstatningen mellem grundsygdommen og den ansvarspådragende handling eller undladelse.¹⁸⁹ Eller sagt på en anden måde; det er nødvendigt i udmålingen at fratække de følger, som grundsygdommen under alle omstændigheder ville have haft. Vanskelighederne opstår derved, at det kan være svært at adskille følgerne af den anerkendte patientskade fra grundsygdommens følger. Derfor gennemgås først, hvorledes problemet løses generelt, når det skal vurderes, hvilken mulig årsag der er til skaden. Herefter vil de kausalitetsproblemer, der opstår i forbindelse med selve udmålingen blive gennemgået, ligesom patientens retsstilling i den forbindelse belyses nærmere.

8.1. Forsinket diagnosticering og behandling af kræftlidelser

Der er fastsat maksimale ventetider for blandt andet behandling af livstruende kræftsygdomme. Reglerne omfatter alle kræftsygdomme undtagen de typer af kræft, der kræver knoglemarvs-transplantation og de tilfælde af hudkræft, der ikke er modermærkekræft.¹⁹⁰ Reglerne om maksimale ventetider indebærer, at der for behandling af kræftsygdomme er fastsat bestemte frister for, hvornår forundersøgelse, operation, medicinsk behandling, strålebehandling og efterbehandling skal være iværksat. Reglerne om maksimale ventetider er ikke en behandlingsgaranti i den forstand, at patienten er garanteret, at fristerne overholdes. Det er derimod en garanti for, at bestemte procedurer følges. For at sikre at fristerne overholdes er der i reglerne fastsat procedurer for, hvordan bopælsregionen, i form af sygehusene, og Sundhedsstyrelsen skal forholde sig, hvis de ikke er i stand til at overholde fristerne på grund af manglende kapacitet. Hvis det ikke er muligt for nogen

¹⁸⁶ Ibid. s. 242.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Bo von Eyben s. 86.

¹⁸⁹ Ibid. s. 223.

¹⁹⁰ Bekendtgørelse nr. 1749 af 21. december 2006.

at finde et behandlingstilbud som følge af ressourcemangel, kan ingen gøres ansvarlig.¹⁹¹

Tilsidesættelse af reglerne om maksimale ventetider vil kunne medføre, at patienten bliver berettiget til erstatning efter KEL § 21, stk. 1 jf. § 20, stk. 1, nr. 1, da patienten ikke har modtaget den bedst mulige behandling.¹⁹² For at patienten kan tilkendes erstatning, er det dog en betingelse, at patienten er blevet påført en fysisk eller psykisk skade, fordi reglerne om maksimale ventetider ikke er blevet overholdt. Muligvis indtræder der ingen skade ved en forsinket diagnosticering og behandling af sygdommen, idet patientens behandlingsmuligheder og prognose slet ikke ændrer sig på grund af forsinkelsen. Der kan dog blive tale om en skade i lovens forstand i medfør af en statistisk forringelse af patientens overlevelsesmuligheder. Skaden kan ligeledes bestå i, at forsinkelsen medfører, at patientens sygdom bliver uhelbredelig og i sidste ende medfører patientens død.¹⁹³ En grundlæggende betingelse for at der kan ydes erstatning for den forsinkede diagnosticering eller behandling, er naturligvis, at det er overvejende sandsynligt, at det er forsinkelsen og ikke den grundlæggende kræftsygdom, der er skyld i skadens indtræden. Såfremt dette er tilfældet, opstår de særlige kausalitetsproblemer ved udmålingen.

De særlige problemer i sager om forsinket diagnosticering og behandling af kræftsygdomme opstår ved, at der er tale om sammensatte skadesårsager, hvorefter skaden ikke kan opdeles. Sammensatte skadesårsager er et særligt kausalitetsproblem inden for problemerne vedrørende årsagskonkurrence. Årsagskonkurrenceproblemet foreligger ofte således, at *”årsagsfaktorerne ikke har virket uafhængigt af hinanden”* og *”De to hændelsesforløb starter adskilt, men på et eller andet tidspunkt løber deres følger sammen for ikke senere at kunne separeres. Man kan ikke adskille de to hændelsesforløbs indvirken på skaden, og det er følgelig ikke muligt at udtale sig om, hvorvidt de hver for sig – eller dog for det enes vedkommende – ville have kunnet medføre skaden alene”*.¹⁹⁴ Der er herved tale om tilfælde, hvor to hændelsesforløb starter adskilt, men hvor det ikke er muligt at fastlægge, hvorvidt de to faktorer hver for sig - eller blot den ene – ville have kunnet medføre skaden. Dette kausalitetsproblem gør sig særligt gældende, når skadelidte har et sygdomsanlæg eller en sygdom, hvilket skadelidte har i tilfælde af forsinket diagnose og behandling af kræftsygdomme. Problemet er således, i hvilket omfang der skal pålægges ansvar for en patientskade, når det må lægges til grund, at patientens grundsygdom har haft betydning for den indtrådte skade.¹⁹⁵

Der er således tale om sammensatte skadesårsager, og det er derfor ofte umuligt at fastslå konkret, hvilken betydning henholdsvis grundsygdommen og forsinkelsen har haft på patientens sygdomsforløb. Det er muligt, at sygdommen havde udviklet sig på præcis samme måde, selvom der ikke var sket nogen forsinkelse, men det er også

¹⁹¹ Helle Bødker Madsen s. 174 og 291.

¹⁹² PFF Årsberetning 2006 s. 9.

¹⁹³ PFF Årsberetning 2003 s. 75.

¹⁹⁴ Bo von Eyben og Helle Isager s. 241.

¹⁹⁵ Ibid.

muligt, at patienten have været fuldstændig helbredt, hvis forsinkelsen ikke var sket. Det kan derfor være vanskeligt at vurdere, hvad der har været årsag til, at kræftsygdommen har udviklet sig uhensigtsmæssigt.

KEL opererer med en særlig bevisregel om, at der skal foreligge overvejende sandsynlighed for årsagssammenhæng, hvorfor kausalitetsproblemerne ved patientskader løses ved rent statistisk at vurdere, hvilken mulig årsag, det være sig grundsygdommen eller forsinkelsen, der er den mest sandsynlige årsag til skaden. Hvis det er mere end 50 % sandsynligt, at patientens kræftsygdom er skyld i sygdomsforløbet, får patienten ingen erstatning. Patienten får derimod som udgangspunkt fuld erstatning, hvis det er mere end 50 % sandsynligt, at forløbet skyldes forsinkelsen.¹⁹⁶

Såfremt det er overvejende sandsynligt, at patienten er påført en skade som følge af den forsinkede diagnosticering og behandling, kan der blive tale om, at der ydes en mén godtgørelse for forringet overlevelsesprognose, mén godtgørelse og erstatning for erhvervsevnetab for den tid, patienten levede med sin uhelbredelige kræftsygdom og endelig forsørgertabserstatning til patientens efterladte.¹⁹⁷ Nedenfor skal derfor gennemgås, hvorledes de enkelte erstatningsposter bliver udmålt, samt patientens retsstilling i den forbindelse.

8.2. Godtgørelse for forringet overlevelsesprognose

Den forsinkede diagnosticering og behandling får i en del tilfælde den betydning, at kræften udvikler sig yderligere i forsinkelsesperioden, men fortsat kan behandles med samme resultat som ved rettidig behandling. Skaden består da alene i, at patientens statistiske overlevelseschance er blevet forringet. Beviskravet herfor er, at den forringede overlevelseschance med overvejende sandsynlighed skal være en følge af den forsinkede diagnose.

Hovedreglen i almindelig erstatningsret er, at der ikke ydes godtgørelse for statistisk forringet overlevelsessandsynlighed. Dette ses af FED2001.447Ø, hvor et forsikringsselskab fik medhold i, at det var uberettiget, at PSA forhøjede en méngrad fra 10 % til 30 % under henvisning til statistisk forringet overlevelseschance. Landsretten fastslår derved, at der ikke skal tages hensyn til statistisk forringet overlevelsesmulighed. Afgørelsen blev anket til Højesteret, der dog ikke tog stilling til spørgsmålet.¹⁹⁸ Det må derfor være Østre Landsrets afgørelse, der skal lægges til grund, og der skal derved ikke tages hensyn til den forringede overlevelsesprognose ved udmålingen af méngraden.

Praksis i PFF og PSA, vedrørende statistisk forringet overlevelsesprognose, er dog, at der ydes en mindre mén godtgørelse for de psykiske følger heraf.¹⁹⁹ Praksis i PSA på dette område er således, at *”hvis behandlingen af kræftsygdommen fortsat er den samme, som hvis diagnosen var stillet rettidigt, men prognosen statistisk er blevet forringet, kan der, efter Patientskadeankenævnets praksis, ydes godtgørelse for op til 10 % mén for den psykiske belastning ved bevidsthe-*

¹⁹⁶ PFF Årsberetning 2003 s. 76.

¹⁹⁷ Ibid. s. 75.

¹⁹⁸ U2002.1472H.

¹⁹⁹ Afgørelser og praksis 1992-2005 s. 405.

den om, at prognosen for at overleve sygdommen statistisk er blevet forringet”.^{200 201}

8.3. Méngodtgørelse

Beviskravet for årsagssammenhæng er, som altid, at der skal foreligge overvejende sandsynlighed for, at den indtrådte skade er en følge af den forsinkede diagnose og behandling. Det skal derfor være overvejende sandsynligt, at patienten ikke ville have haft uhelbredelig kræft og mén heraf på skadetidspunktet ved rettidig diagnosticering og behandling. Beviskravet for årsagssammenhæng kan dog lempes, hvis det statistisk er vanskeligt at afgøre, om der foreligger overvejende sandsynlighed og forsinkelsen skyldes en fejl, eller fejlen er årsagen til den statistiske usikkerhed.²⁰² Bliver det fastslået, at patienten med overvejende sandsynlighed ikke ville have haft uhelbredelig kræft ved rettidig diagnosticering og behandling, er denne som udgangspunkt berettiget til fuld erstatning. Det har dog stor betydning for selve fastsættelsen af méngraden, at patienten har en forudbestående lidelse.

Ved fastsættelsen af méngrad anvendes Arbejdsskadestyrelsens méntabel, da principperne for fastsættelse af méngraden efter Erstatningsansvarsloven er identiske med principperne i Arbejdsskadesikringsloven. Méntabellens anvendelse inden for Erstatningsansvarslovens område er desuden forudsat i lovens forarbejder.²⁰³

Det følger af indledningen til méntabellen, at der ved fastsættelsen af méngraden skal tages hensyn til forudbestående lidelser.²⁰⁴ For personer, der ikke i forvejen har en forudbestående lidelse, er følgerne af en indtrådt skade hårdere end for den patient, der i forvejen er syg. Derfor er udgangspunktet i den almindelige erstatningsret, at der ikke ydes erstatning for den lidelse, der allerede på skadetidspunktet foreligger. Da det alene er merskaden, som er erstatningsberettiget efter KEL, og skal der derfor foretages en fordeling af ménet mellem grundsygdommens uundgåelige følger og patientskadens følger, da patienten har en forudbestående lidelse.²⁰⁵

Merskaden opgøres ved at sammenholde patientens hypotetiske livsforløb uden patientskaden med patientens faktiske livsforløb med patientskaden. Hvis patienten herefter med overvejende sandsynlighed ville have fået et varigt mén selv ved rettidig diagnosticering og behandling, skal der fortages et fradrag af de forventelige følger af grundsygdommen. Ved fastsættelsen af godtgørelse for patientskadens varige følger, sker dette som nævnt altid med udgangspunkt i Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel.²⁰⁶ Ved anvendelse af méntabellen er det almindelig praksis at fastsætte méngraderne med faste intervaller. Ved fastsættelse af méngrad, samt ved fradrag heri på grund af forudbestående lidelser, foretages der en ned- eller oprunding til nær-

²⁰⁰ PSA Årsberetning 2002 s. 86.

²⁰¹ J.nr. 2001-00-240, J.nr. 2000-00-634, J.nr. 2000-00-219.

²⁰² FT 1990-91, sp. 3286, samt PFF Årsberetning 2002 s. 72-78.

²⁰³ FT 1983-84 sp. 89-90.

²⁰⁴ Vejledning om beregning af méngrad i arbejdsskadesager.

²⁰⁵ Bo von Eyben s. 232.

²⁰⁶ Afgørelser og praksis gennem 10 år s. 181.

meste intervaltrin.²⁰⁷ Disse intervaltrin er i méntabellen 5, 8, 10, 12, 15, 18 og 20 %. Herefter fastsættes méngraden normalt med 5 % intervaller, således at de næste trin hedder 25 %, 30 % osv.²⁰⁸

Et eksempel på méntabellens anvendelser er PFF 98-0968, hvor en patient gennem flere år havde været generet af flåd fra venstre øre. På mistanke om benæder fik han foretaget en høreforbedrende operation. Ved operationen blev der ikke fundet tegn på benæder, men patienten oplevede senere stærke smerter, hvorfor en ny operation blev foretaget. Her fandtes udbredt benæder, som havde udmøntet sig i udtalt destruktion af patientens knogler i mellemøret. Patienten endte med næsten totalt høretab, moderat tinnitus og svimmelhed. Sagen blev anerkendt af PFF under henvisning til PFL § 3, stk. 1 jf. § 2, stk. 1, nr. 1 (nu KEL § 21, stk. 1 jf. § 20, stk. 1, nr. 1), da det lægeligt blev fundet overvejende sandsynligt, at patientens benæder var blevet overset og efterladt ubehandlet ved den første operation. Det varige mén blev med udgangspunkt i Arbejdsskadestyrelsens méntabel fastsat til samlet at udgøre 35 %. Det blev samtidig vurderet, at patienten selv efter rettidig diagnosticering og behandling ville være endt med et varigt mén på 8 %, og følgerne af patientskaden blev derfor fastsat til 27 %, svarende til forskellen mellem det samlede mén og det forventede mén.

Den ovenfor refererede sag viser, at PFF fraviger det almindelige udgangspunkt om ned- eller oprunding til nærmeste intervaltrin ved fastsættelse af méngraden. Dette ses ved, at der ikke blev nedrundet til 25 %, men til 27 %. PFF begrundede denne særlige praksis med, at det ikke vil være rimeligt at følge den normal anvendte ulovbestemte fastsættelsespraksis, når der er tale om differencemén beregnet som forskellen mellem patientens faktiske helbredstilstand og det forventede behandlingsresultat uden skaden.²⁰⁹ Ved at fravige Arbejdsskadestyrelsens faste praksis vedrørende udmåling af méngrad, har PFF således skabt en bedre retsstilling for patienten, da beløbsopgørelsen bliver mere præcis.

Den ovenfor refererede praksis gør sig således også gældende, når der er tale om forsinket diagnosticering og behandling af kræftsygdomme. Fordelingen af méngrad bliver også her vanskeliggjort, da der ikke foreligger en færdig skade. PSA har således en fast praksis for at foretage et fradrag i méngraden beregnet som forskellen mellem patientens faktiske helbredstilstand og det forventede behandlingsresultat uden patientskaden. Denne praksis illustreres af en konkret afgørelse, hvor det udtales: *”Nævnet finder, at Deres samlede varige mén med en uhelbredelig lungekræft er 100 %. Det er imidlertid Nævnets vurdering, at De selv med en korrekt og rettidig diagnosticering og behandling af Deres kræftsygdom ville have haft et vist varigt mén. Det er således nævnets vurdering, at det under alle omstændigheder ville have været nødvendigt at foretage en radikal operation med fjernelse af Deres ene lunge. Nævnet finder, at det varige mén som følge af de gener, der kan følge heraf, og for en radikal opereret kræftsyg-*

²⁰⁷ Bo von Eyben I s. 122.

²⁰⁸ Vejledning om beregning af méngrad i arbejdsskadesager.

²⁰⁹ Afgørelser og praksis gennem 10 år s. 181.

dom med risiko for tilbagefald kan fastsættes til i alt 20 %. Der henvises i den forbindelse til Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel, hvor lungelidelser med fra ingen til let begrænsning af den fysiske aktivitet vurderes til at give et mén fra under 5 % til 20 %, og hvor radikalt opererede/behandlede kræftlidelser med fra en skønnet ringe til en stor eller meget stor risiko for tilbagefald vurderes til at give et mén fra under 5 % til 15 %. Det skønnede mén på i alt 20 % som følge af Deres grundsygdom skal fratrækkes Deres samlede varige mén, idet der ikke ydes godtgørelse for det varige mén, som grundsygdommen i sig selv ville have givet”.²¹⁰

I nogle tilfælde er det dog umuligt at vurdere, hvilke følger grundsygdommen måtte antages at ville have fået uden den ansvars-pådragende handling. I de tilfælde, hvor det er helt umuligt at foretage en opdeling af den samlede skade mellem grundsygdommen og patientskaden, fastsættes godtgørelses- og erstatningsposterne oftest som en brøkdel af det samlede tab.²¹¹ I nogle tilfælde vil der dog ikke kunne foretages en sådan fordeling, da det ikke er overvejende sandsynligt, at patienten ville have haft et mén alene på grund af grundsygdommen. U2002.2511V viser, at den af PFF foretagne fordeling af méngraden blev tilsidesat, som følge af, at det var lidet sandsynligt, at patienten ville have fået varige mén, såfremt han havde modtaget optimal behandling, hvorfor der ikke kunne foretages en fordeling af skaderne mellem den erstatningsbegrundende behandling og grundsygdommen.

8.3.1. Reduktion som følge af hypotetisk årsagskonkurrence

Ved fastsættelse af méngraden har det ligeledes betydning, hvis patienten i det hypotetiske forløb vil dø inden for en kortere årrække. Såfremt patientens restlevetid må antages at være kortere end normalt, hvad enten dette skyldes den forsinkede diagnosticering eller patientens kræftlidelse, opstår problemet, om der i dette tilfælde kan ske nedsættelse af méngraden, da det må forventes at patienten vil leve i kortere tid med sit mén end forudsat i erstatningsposterne.²¹² Bevisførelsen for patientens forventede kortere levetid, kan dog være ømtålig og meget anstødelig, da patienten stadig er i live ved foretagelsen af denne reduktion.²¹³

I afgørelsen PFF 98-1812 nedsættes erstatningen for tab af erhvervsevne og godtgørelsen for varigt mén med 50 % ud fra en analogislutning af de principper, der gælder for reduktion som følge af alder og mellemkommende død. Dette skyldtes, at der i den konkrete sag, efter et lægeligt skøn, blev antaget, at patienten næppe kunne forventes at leve i yderligere et år. Nedsættelsen begrundes af PFF med, at: ”Godtgørelse for varigt mén og erstatning for erhvervsevnetab er ikke en kompensation for mistet levetid, men en kompensation for de gener og det indtægtstab patienten ville have i resten af sin forventede levetid. Hvis en patient derfor må forventes at skulle leve i væsentlig kor-

²¹⁰ Afgørelser og praksis 1992-2005 s. 405.

²¹¹ Ibid. s. 284.

²¹² Afgørelser og praksis 1992-2005 s. 404.

²¹³ A. Vinding Kruse s. 410.

tere tid end andre på samme alder, enten som følge af sin grundsygdom eller som følge af den påførte skade, er det i erstatningsretlig teori og praksis antaget, at der bør ske en rimelig justering af erstatningskravet”.²¹⁴

Reduktion på grund af patientens forventede kortere levetid forekommer dog yderst sjældent i praksis på grund af vanskeligheden og anstødeligheden af en bevisførelse for forventet kortere levetid. Det har således ikke været muligt at finde andre afgørelser vedrørende denne problemstilling, og det må forventes, at praksis næppe vil foretage en sådan reduktion, medmindre det må anses for meget sikkert, at patienten vil afgå ved døden inden for meget kort tid.²¹⁵ Desuden vil en sådan nedsættelse forudsætte, at patienten, selv ved rettidig diagnosticering og behandling, ville afgå ved døden inden for få år, og at patienten er i live på afgørelsestidspunktet.

Reduktion i godtgørelse og erstatning vil derfor i langt de fleste tilfælde ske efter reglerne om mellemkommende død, da patienten oftest vil være afgået ved døden, inden der foreligger en afgørelse af erstatningsspørgsmålet.

8.3.2. Reduktion som følge af mellemkommende død

Mellemkommende død er et erstatningsretligt begreb, der medfører, at den skadelidtes erstatnings- og godtgørelseskrav kan reduceres på grund af, at skadelidte dør inden erstatningen udbetales. I erstatningsretlig terminologi tales der derfor om mellemkommende død, når en skadelidt, der har krav på en erstatning eller godtgørelse i henhold til erstatningsansvarsloven, dør, inden erstatningen er udbetalt.²¹⁶ Da begrebet og konsekvenserne af mellemkommende død ikke reguleres direkte i erstatningsansvarsloven, må retningslinierne herfor udledes af retspraksis. Begrundelsen for nedsættelse af erstatning ved mellemkommende død er, at patienten faktisk ikke kom til at leve så længe med sit mén, som fuld erstatning vil være baseret på.²¹⁷

Reduktion for mellemkommende død bliver dog kun aktuelt, såfremt erstatningskravet falder i arv.

Krav på erstatning falder uden videre i arv, mens krav på mén-godtgørelse jf. EAL § 18, stk. 2, falder i arv, når det er anerkendt eller gjort gældende ved sagsanlæg.²¹⁸ I U2003.616H har Højesteret for krav omfattet af PFL (KEL) fastslået, at anmeldelse til PFF kan sidestilles med sagsanlæg. Som anført af Højesteret, er denne forståelse også i overensstemmelse med praksis fra PFF og PSA siden vedtagelsen af PFL. Dette medfører, at mén-godtgørelse i anledning af en patient-skade falder i arv, når kravet er anmeldt til PFF.

Nedsættelsen sker under hensyn til, hvor lang tid den skadelidte nåede at leve med skaden. Det vil sige, at jo længere tid, der er gået fra skadestidspunktet til dødsfaldet, jo mere vil patienten i perioden faktisk have oplevet ulemper i den daglige livsførelse (mén). Af rets-

²¹⁴ PFF Årsberetning 2000, s. 73.

²¹⁵ Afgørelser og praksis 1992-2005 s. 404.

²¹⁶ Bo von Eyben og Helle Isager s. 282.

²¹⁷ Ibid. s. 283.

²¹⁸ Ibid. s. 382.

praksis kan udledes, at reduktion formentlig er udelukket, når skadelidte har nået at leve med skaden i mere end 3-4 år.²¹⁹ Dette følger af U2005.2390H, hvoraf det blandt andet fremgår, at: ”...I den foreliggende situation, hvor først afgik ved døden ca. 5 ½ år efter den skadevoldende adfærd, finder Højesteret ikke tilstrækkeligt grundlag for at nedsætte erstatningen for tab af erhvervsevne og godtgørelse for varigt mén....” Denne praksis følges således også af PSA, hvorefter der ikke sker reduktion, når patienten lever mere end ca. 3-4 år efter skadens indtræden.²²⁰

8.4. Erhvervsevnetab

En del patienter kan leve med en uheldelig kræftsygdom uden væsentlige gener i flere år. Dette betyder, at patienten kan fortsætte med at arbejde fuldt ud. Det er i denne situation naturligt, at der ikke ydes erstatning for tab af erhvervsevne, da der endnu ikke er indtrådt et tab.²²¹ Såfremt patienten bliver ude af stand til at arbejde som følge af den forsinkede diagnosticering og behandling, kan der fastsættes et erhvervsevnetab, og i den forbindelse er spørgsmålet, hvor stor en betydning en forudbestående lidelse har, da alene merskaden er erstatningsberettiget jf. skadesbegrebet i KEL § 19, stk. 1. Ved udmåling af erhvervsevnetabet finder almindelige erstatningsretlige principper om kausalitet anvendelse.²²² De under afsnit 8.3. gældende regler finder i vid udstrækning også anvendelse ved udmålingen af erhvervsevnetabet. Derfor skal der her blot anføres de væsentligste problemstillinger vedrørende udmålingen af erhvervsevnetabet, som er forskellige fra fastsættelsen af méngodtgørelsen.

Det afgørende ved udmålingen af erhvervsevnetabet er, hvilken virkning den fysiske skade konkret har haft på patientens erhvervsevne i forhold til patientens indtægt. Hvorimod méngodtgørelsen fastsættes på baggrund af en fastsat méngrad, således at méngodtgørelsen er af samme størrelse for enhver med samme méngrad.²²³

Vedrørende nedsættelse af erhvervsevnetaberstatning er udgangspunktet, at der ikke sker nedsættelse, selvom patientens forudbestående lidelser er medvirkende til den nedsatte erhvervsevne, når lidelserne ikke før skadens indtræden indvirkede på erhvervsevnen, men alene frembød en særlig risiko i tilfælde af senere skader. Det almindelige princip fra erstatningsretten om, at skadevolder må tage skadelidte som denne er, slår derfor fuldt igennem her.²²⁴ Det vil sige, at særlig sårbarhed eller modtagelighed, der er begrundet i patientens sygdomsanlæg, ikke virker erstatningsreducerende. Retspraksis viser da også, at der ydes fuld erstatning, selvom skadelidte har særlige dispositioner, medmindre disse dispositioner forinden den ansvarspådragende handling havde medført en nedsat erhvervsevne eller under

²¹⁹ Ibid. s. 283.

²²⁰ Afgørelser og praksis 1992-2005 s. 405.

²²¹ Ibid. s. 403.

²²² FT 1990-91, sp. 3298.

²²³ Bo von Eyben I s. 131.

²²⁴ Bo von Eyben I s. 157.

alle omstændigheder må antages, at ville have medført i de væsentligste samme følger.²²⁵

Den ledende dom på området er U1996.1334H, hvor Højesteret udtalte: *"Indstævntes erhvervsevnetab må herefter anses for forvoldt af piskesmældslæsionen i 1988. At indstævnte i kraft af sin psykiske konstitution og en tidligere, tilsvarende læsion var særlig sårbar, og at erhvervsevnetabets omfang må antages påvirket heraf, er uden betydning for den erstatningsretlige årsags- og adækvansbedømmelse"*. Denne dom omhandler dog ikke en patientskade, men en trafikskade. Højesterets udtalelse i dommen må ligeledes antages at gælde ved patientskader, da dommens præjudikatværdi må antages at være særlig stor, da Højesteret generelt udtaler sig om, at skadelidtes særlige anlæg ikke har betydning i forbindelse med den almindelige erstatningsretlige årsags- og adækvansbedømmelse. Dommens principper må derfor antages at finde anvendelse også inden for patientskader, da erstatning herfor fastsættes i overensstemmelse med almindelige erstatningsretlige principper.

Dette ses således også af praksis fra PFF, hvor PFF 98-1653 følger den linie, der er anlagt af Højesteret i den ovenfor omtalte dom. Sagen omhandler en kvinde, som gennemgik en operation for grå stær. Under operationen opstod der et glaslegemetab, som dog først blev erkendt med nogen forsinkelse. Som følge heraf endte patienten med et dårligere behandlingsresultat i form af nedsat syn og dobbeltsynsgener. På skadestidspunktet var patienten i arbejde, men blev efterfølgende opsagt på grund af sygefravær som følge af operationen. Patienten blev tilkendt førtidspension og vendte derfor ikke tilbage til arbejdsmarkedet. PFF fandt, at patientskaden selvstændigt havde påført kvinden et erhvervsevnetab på 15 %. PFF udtaler i forbindelse med sagens afgørelse, at *"når der fastsættes erhvervsevnetab for en patientskade efter reglerne i erstatningsansvarsloven, skal der som udgangspunkt ses bort fra forudbestående lidelser, med mindre disse allerede havde nedsat patientens erhvervsevne inden patientskaden indtrådte."*

Det almindelige udgangspunkt i erstatningsretten er derfor, at der kun skal tages hensyn til en forudbestående lidelse, hvis det må antages, at den under alle omstændigheder ville være kommet til udbrud i en ikke al for fjern fremtid og derved ville have fremkaldt samme eller stort set samme følger som den aktuelle tilskadekomst.²²⁶ Dette udgangspunkt ses også af den ovenfor omtalte sag fra PFF, da der ved vurderingen af erhvervsevnetabet blev lagt vægt på de lidelser, som patienten havde forud for patientskaden og som på længere sigt måtte forventes at nedsætte dennes erhvervsevne uanset. PFF fandt derfor, *"at patientens grundlidelser også uden patientskaden inden for en kortere årrække måtte påregnes at føre til arbejdsophør og førtidspensionering. Da patientskaden imidlertid måtte antages at have fremskyndet tidspunktet for førtidspensioneringen, fandtes patienten skønsmæssigt at være påført et fremtidigt indtægtstab svarende til 15 %"*.

²²⁵ Ibid. s. 159.

²²⁶ Ibid. s. 159.

Det afgørende er således, om den forudbestående lidelse under alle omstændigheder kunne forventes, inden for en kortere årrække, at udløse det erhvervsevnetab, som patientskaden udløste.

Beviskravet herfor er, om det er overvejende sandsynligt, at grundsygdommen med optimal behandling ville have medført samme skade, da der ellers ikke er tale om en efter KEL erstatningsberettiget merskade.

Tilkendes patienten erstatning for tab af erhvervsevne, kan denne nedsættes i samme omfang som ménogdtgørelsen²²⁷ f.eks. i tilfælde af mellemkommende død.

8.5. Forsørgertab

Som anført under afsnit 8.1. kan der ligeledes blive tale om, at der skal ydes erstatning for tab af forsørger til patientens efterladte. Den grundlæggende betingelse for dette er, at den forsinkede diagnosticering og behandling med overvejende sandsynlighed er årsagen til forsørgerens død. Det er således tidligere anført, at der ved denne vurdering skal opstilles et hypotetisk og et faktisk hændelsesforløb, samt de statistiske overlevelsessandsynligheder ved disse to forløb. Der opstilles derfor en hypotetisk overlevelsessandsynlighed, som er patientens statistiske overlevelsesprognose, dersom sygdommen var blevet diagnosticeret og behandlet rettidigt og en faktisk overlevelsessandsynlighed, som er patientens statistiske overlevelsesprognose på det tidspunkt, hvor den rette diagnose blev stillet.²²⁸ Beviskravet for årsagssammenhæng mellem den forsinkede diagnose og patientens død er, at der skal foreligge overvejende sandsynlighed herfor. Den hypotetiske overlevelsessandsynlighed på dødstidspunktet skal derfor være over 50 %, mens den faktiske overlevelsessandsynlighed på dødstidspunktet skal være mindre end halvdelen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed. At den hypotetiske sandsynlighed skal være over 50 % bestemmer, om det er overvejende sandsynligt, at patienten ved rettidig diagnosticering og behandling ville have været i live. Den faktiske overlevelsessandsynlighed fastslår, om det med overvejende sandsynlighed er den forsinkede diagnosticering, der er årsag til patientens dødsfald.²²⁹ Der foretages således en sammenligning af det hypotetiske og det faktiske sygdomsforløb for at vurdere, hvilken betydning forsinkelsen af behandlingen mest sandsynligt har haft for patientens overlevelseschancer.

Et eksempel fra administrativ praksis, hvor begge betingelser er opfyldt, er PFF 98-1812. I sagen blev det på baggrund af en lægelig vurdering anset for overvejende sandsynligt, at det var behandlingsforsinkelsen, der var årsagen til, at patientens kræftsygdom havde ført til hendes død. På den baggrund blev der tilkendt fuld forsørgertaberstatning. Der blev i afgørelsen lagt vægt på, at mere end 50 % af de rettidigt og velbehandlede patienter med samme sygdom statistisk måtte forventes at være i live og uden gener på tidspunktet, hvor patienten afgik ved døden. Endvidere blev der lagt vægt på, at patientens

²²⁷ Afgørelser og praksis 1992-2005 s. 404.

²²⁸ Ibid. s. 401.

²²⁹ Ibid.

faktiske overlevelsesprognose på dødstidspunktet var mere end halveret som følge af behandlingsforsinkelsen. Patientens dødsfald var derfor med overvejende sandsynlighed en følge af den forsinkede behandling, og den efterladte ægtefælle fik derfor udbetalt forsørgertabserstatning uden reduktion.

Den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er en lægefaglig vurdering af, hvorledes sygdommen mest sandsynligt havde udviklet sig, hvis den var diagnosticeret og behandlet rettidigt. Denne vurdering er naturligvis forbundet med nogen usikkerhed, hvorfor der må foretages et begrundet skøn over procenterne for overlevelse, hvor enhver rimelig tvivl vil komme patienten til gode, hvilket ligeledes er udtalt af PFF i PFF 98-1812. Da det selvsagt kan være vanskeligt at opsætte præcise overlevelsessandsynligheder, kan kravene til beviset for årsagssammenhæng lempes, når der er statistisk usikkerhed for, om der foreligger overvejende sandsynlighed, og den forsinkede diagnosticering skyldes en fejl eller diagnosticeringsfejlen er årsagen til, at man vanskeligt kan vurdere den hypotetiske overlevelsessandsynlighed. Dette er også i overensstemmelse med lovens motiver.²³⁰

8.5.1. Nedsættelse af forsørgertabserstatning

Udgangspunktet er, at der ydes fuld erstatning for forsørgertab, såfremt den forsinkede diagnosticering og behandling med overvejende sandsynlighed er årsag til patientens dødsfald. Forsørgertabserstatning kan dog nedsættes som følge af hypotetisk årsagskonkurrence. Betingelserne herfor er, at patienten, selvom patientskaden ikke var indtruffet, med meget stor sandsynlighed alligevel måtte forventes at dø af sin grundsygdom inden for få år efter det tidspunkt, hvor døden faktisk indtrådte. Det er derfor praksis ved PFF og PSA at foretage en skønsmæssig reduktion i erstatningen til de efterladte i de situationer, hvor der foreligger sikker lægelig dokumentation for, at patientens grundsygdom var så alvorlig, at den også uden patientskaden ville have medført patientens død inden for kort tid.²³¹

Beviskravet for, hvorvidt patienten ville være død som følge af grundsygdommen inden for kortere tid, skal dog ikke afgøres efter bevisreglen om overvejende sandsynlighed i KEL, da dette vil svække patientens (de efterladtes) muligheder for at opnå fuld erstatning for forsørgertab. Derimod må der kræves en meget høj grad af sandsynlighed for, at døden alligevel ville være indtruffet, hvilket er i overensstemmelse med de almindelige erstatningsretlige principper om hypotetisk årsagskonkurrence.²³² Denne antagelse underbygges af U2001.1581V, hvor Landsretten fastslår, at reduktion i forsørgertabserstatning kræver et tilstrækkeligt sikkert grundlag for, at grundsygdommen ville have medført døden. I afgørelsen blev den af PFF og PSA foretagne reduktion underkendt, da der ikke forelå tilstrækkelige sikre lægelige oplysninger om, at patienten havde en meget dårlig livsprognose. Retslægerådet udtalte under sagen, at afdøde måtte antages at tilhøre en patientgruppe med 15-20 % dødelighed inden for 1

²³⁰ FT 1990-91, sp. 3286.

²³¹ Afgørelser og praksis gennem 10 år, s. 205.

²³² Således også "De første 10 år" s. 42.

år. På baggrund af denne dom har PFF reguleret sin praksis således, at patienten nu skal have en endnu mere alvorlig grundsygdom og en endnu dårligere overlevelsesprognose end tidligere, før end der, som følge af hypotetisk årsagskonkurrence, sker reduktion i erstatningen.²³³

Det kan derfor af ovennævnte udledes, at princippet om overvejende sandsynlighed ikke finder anvendelse i disse tilfælde. For at reducere i erstatningen, må der kræves en meget høj grad af sandsynlighed for, at patienten ville være afgået ved døden inden for kort tid, uanset patientskaden. Dette ses endvidere udtrykt i nyere praksis fra PFF, hvor bl.a. PFF 02-1900 og PFF 03-2138 berører problemstillingen.

PFF 02-1900 omhandler en kvinde med lungekræft, der fik et hjertestop i forbindelse med en operation foretaget med henblik på udtømming af væske ved hjertet. Under operationen blev kvinden ved et uheld bedøvet med 500 mg bedøvelsesmiddel i løbet af få minutter i stedet for det anbefalede maksimum på 252 mg/time. Det blev på baggrund af en speciallægeerklæring vurderet, at årsagen til dødsfaldet med overvejende sandsynlighed skyldtes en overdosering af bedøvelsesmidlet. Ved udmålingen af forsørgertabserstatning blev det lagt til grund, at patienten ville være afgået ved døden, som følge af lungekræft, inden for ganske få måneder. Afdødes overlevelsesprognose blev, i en speciallægeerklæring, vurderet til at være ganske få måneder, trods behandling, og sandsynligheden for overlevelse efter 1 henholdsvis 2 år var 0 %. På denne baggrund fandt PFF, at der forelå så høj grad af sandsynlighed for, at patienten ville være afgået ved døden inden for kort tid uanset patientskaden, at reduktion af erstatning kunne foretages. Dette må antages at være i overensstemmelse med U2001.1581V.

PFF 03-2138 er et tilfælde, hvor betingelserne for at reducere forsørgertabserstatning, som følge af hypotetisk årsagskonkurrence, ikke var opfyldt. Sagen drejede sig om en mand med en kræftsvulst i endetarmen. Svulsten blev ved operation fjernet, og patienten fik anlagt stomi. Efter en uge blev patienten pludselig dårlig og blev derfor reopereret. Ved afslutningen af operationen fandt man ved eftertælling overraskende frem til, at der var en operationsserviet for meget, og da en af servietternes udseende klart adskilte sig fra de øvrige, blev det konkluderet, at denne ved en fejl måtte være glemt ved den første operation. Kort tid efter afgik patienten ved døden. Uanset at patienten led af en alvorlig kræftsygdom, der inden for en kortere årrække måtte antages at medføre hans død, blev enken tilkendt fuld forsørgertabserstatning. Begrundelsen for at tilkende fuld erstatning var, at det var usikkert, om døden indtraf som følge af den glemte serviet eller som følge af patientens grundsygdom og den nødvendige behandling heraf. På grund af fejlen med den glemte serviet, lempede PFF på beviskravet for årsagssammenhæng ved at lade usikkerheden om årsagen til dødsfaldet komme patienten til gode, hvilket er i overensstemmelse med lovens motiver. Det blev af lægekonsulenten ved PFF vurderet, at selvom kræftlidelsen blev velbehandlet, ville den statistiske overlevel-

²³³ PFF Årsberetning 2003, s. 69.

sesprognose være betydelig reduceret. Det blev således vurderet, at patientens overlevelsessandsynlighed var 70 % efter 1 år og 40 % eller mindre efter 5 år. PFF fandt, i overensstemmelse med U2001.1581V, at der ikke forelå så sikre lægelige oplysninger om, at patienten også uden patientskaden med meget stor sandsynlighed alligevel ville være afgået ved døden inden for få år. Afgørelsen er således et eksempel på, at der kan lempes på beviskravet for årsagssammenhæng, samt at der skal foreligge en høj grad af sandsynlighed for, at døden alligevel ville være indtruffet, uanset patientskaden, for at reducere forsørgertabs-erstatningen.

8.6. Delkonklusion

Der frembryder ofte særlige kausalitetsproblemer ved udmålingen af erstatning for patientskader, da patienten oftest har en forudbestående lidelse. Derfor er det nødvendigt at adskille følgerne af grundsygdommen, som patienten under alle omstændigheder ville have haft, fra de følger, som patienten er blevet påført ved den forsinkede diagnostisering og behandling. Der opstår således vanskeligheder ved, at det kan være svært at adskille følgerne af den anerkendte patientskade fra grundsygdommens følger, da der er tale om sammensatte skadesårsager.

Det er i ovenstående belyst, at patienten som udgangspunkt får fuld erstatning, hvis det er mere end 50 % sandsynligt, at patientens gener skyldes forsinkelsen. Såfremt det er overvejende sandsynligt, at patienten er påført en skade, som følge af forsinkelsen, kan der blive tale om, at der ydes méngodtgørelse for forringet overlevelsesprognose, méngodtgørelse og erstatning for erhvervsevnetab for den tid, patienten levede med sin uhelbredelige kræftsygdom, og endelig forsørgertabs-erstatning til patientens efterladte.

Administrativ praksis har særligt på to områder skabt en bedre retsstilling for patienten, end hvad der følger af almindelig erstatningsret. Således kan der ydes godtgørelse for det psykiske mén som følge af statistisk forringet overlevelsesprognose og ved udmålingen af méngodtgørelsen nedrundes der ikke til nærmeste intervaltrin, men i stedet fastsættes en præcis procentsats, hvorfor beløbsopgørelsen bliver mere præcis. Ved udmåling af méngodtgørelse har PSA en fast praksis for at foretage et fradrag i méngraden i tilfælde af hypotetisk årsagskonkurrence og ved patientens mellemkommende død. Reduktion som følge af hypotetisk årsagskonkurrence vil dog sjældent forekomme grundet den ømtålelige bevisførelse herfor. Ved reduktion som følge af mellemkommende død kunne det af retspraksis udledes, at en sådan formentlig var udelukket, når skadelidte havde nået at leve med skaden i mere end 3-4 år.

Udgangspunktet ved erstatning for tab af erhvervsevne er, at der ikke sker nedsættelse, selvom patientens forudbestående lidelser var medvirkende til en nedsat erhvervsevne. Dette gælder dog kun, såfremt lidelserne ikke før skadens indtræden indvirkede på erhvervsevnen, men alene frembød en særlig risiko i tilfælde af senere skader. Dette følger således også af det almindelige erstatningsretlige princip om, at skadevolder må tage skadelidte, som denne er. Retspraksis vi-

ste også, at der ydes fuld erstatning, selvom skadelidte har særlige dispositioner, medmindre disse dispositioner forinden den ansvarspådragende handling havde medført en nedsat erhvervsevne eller under alle omstændigheder måtte antages at ville have medført i det væsentligste samme følger.

Beviskravet for at reducere i erstatningen for tab af erhvervsevne er, at det skal være overvejende sandsynligt, at grundsygdommen med optimal behandling ville have medført samme skade.

Ved udmåling af forsørgertabserstatning skal der foretages en sammenligning af det hypotetiske og det faktiske sygdomsforløb for at vurdere, hvilken betydning forsinkelsen af behandlingen mest sandsynligt har haft for patientens overlevelseschancer. Da det selvsagt kan være vanskeligt at opsætte præcise overlevelsessandsynligheder, kan kravene til bevis herfor lempes, hvilket er i overensstemmelse med lovens motiver. Udgangspunktet er derfor, at der ydes fuld erstatning for forsørgertab, såfremt den forsinkede diagnosticering og behandling med overvejende sandsynlighed er årsag til patientens dødsfald. Forsørgertabserstatning kan dog nedsættes, som følge af hypotetisk årsagskonkurrence, såfremt det, med meget høj grad af sandsynlighed, må forventes, at patienten ville dø af sin grundsygdom inden for få år efter det tidspunkt, hvor døden faktisk indtrådte. Det blev herefter konstateret, at beviskravet for, hvorvidt patienten ville være død som følge af grundsygdommen inden for kortere tid, ikke skal afgøres efter bevisreglen om overvejende sandsynlighed i KEL, da dette vil svække patientens (de efterladedes) muligheder for at opnå fuld erstatning for forsørgertab. Beviskravet må derfor være i overensstemmelse med de almindelige erstatningsretlige principper om hypotetisk årsagskonkurrence, hvorefter der kræves en høj grad af sandsynlighed før end, der kan foretages en reduktion i erstatningen.

9. Konklusion

Patienten skulle før indførelsen af PFL som grundlæggende betingelse bevise, at lægen eller den driftsansvarlige myndighed havde pådraget sig et ansvar ved at have udvist en culpøs adfærd, samt at der var den fornødne årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte skade. Såfremt patienten kunne løfte denne bevisbyrde og de øvrige betingelser for erstatning var til stede, kunne patienten tilkendes erstatning.

Retspraksis viste dog tydeligt, at det var vanskeligt for patienten at løfte denne bevisbyrde. Domstolene begyndte selv at modificere udgangspunktet om, at patienten med høj grad af sandsynlighed skulle bevise ansvarsgrundlag og årsagssammenhæng. Dette skete ved at domstolene i visse tilfælde lempede på kravene til bevisets styrke. På trods af disse modifikationer var muligheden for at opnå erstatning dog stadig svær, hvorfor der offentligt blev diskuteret muligheder for, en for patienten, bedre ordning.

PFL blev således vedtaget i 1991 med ikrafttræden 1. juli 1992 og satte derfor punktum for diskussionerne. Formålet med PFL var

dobbelt; Dels en materiel forbedring af patientens muligheder for at opnå erstatning, og dels en processuel lettelse af den måde, hvorpå erstatningen opnås. Således skulle der oprettes ”en offentlig styret patientforsikringsordning, hvorefter der gives patienter erstatning for skader opstået under behandling m.v. i sundhedsvæsenet, navnlig sygehushvæsenet, i videre omfang end efter gældende erstatningsregler (f.eks. culpereglen) og på en for patienten lettere og hurtigere måde”.²³⁴ Formålet med loven var således en generel forbedring af patientens retsstilling, og denne afhandlings formål har derfor været at belyse patientens retsstilling og påpege områder, hvor der ikke er sket en forbedring på trods af lovens indførelse.

Før PFL var patienten tvungen til at anlægge civil retssag mod den formodede ansvarlige med de besværligheder dette medførte. Et af de grundlæggende formål med at lovregulere patienters ret til erstatning var derfor at lette den processuelle vej til erstatning, hvilket skete ved at indføre en patientforsikringsordning, hvorefter patienten hverken kan eller skal rejse erstatningskrav direkte for domstolene. Den processuelle lettelse ses derved, at erstatningskrav skal anmeldes til PFF, der er underlagt Forvaltningslovens regler og dermed officialprincippet. Patienten kan således frit og uden omkostninger rekurrere afgørelser inden for det administrative system, ligesom patienten ikke længere er nødsaget til at antage en advokat. Den tidligere processuelle retsstilling for patienten er derfor væsentlig ændret og umiddelbart forbedret ved indførelsen af PFL, nu KEL.

Formålet med den processuelle lettelse indebærer, at erstatning opnås, på en for patienten, lettere og hurtigere måde, end efter de almindelige erstatningsregler. Derfor var spørgsmålet, om lovens intention var opfyldt, således at det blev undgået, at skadede patienter skulle igennem lange og anstrengende retssager.

Ved en analyse af sagsbehandlingstiderne blev det fastslået, at den patient, der får en afgørelse af erstatningsspørgsmålet i det administrative system, vil opleve at sagsbehandlingstiden er væsentlig kortere end ved domstolene, hvilket er i overensstemmelse med lovens formål om at forbedre patientens retsstilling. Kun den patient, der vælger at indbringe sagen for landsretten, vil ikke opleve en bedre retsstilling, tvært imod formentlig en ringere, da sagsbehandlingstiden fra det administrative system bliver lagt oveni domstolenes.

Det forventes i motiverne til PFL, at erfaringerne fra Sverige, hvor kun ca. 3 % af afgørelserne blev indbragt for ankenævnet, kunne videreføres i den danske ordning. Det viser sig, at denne forventning ikke holder, da ca. hver tredje patient klager over den af PFF truffene afgørelse. Der er for så vidt intet at kritisere den administrative ordning, da den er med til at sikre en forbedret retsstilling for patienten. Problemet ligger derfor i, at lovgiver i motiverne udtrykker en urealistisk forventning.

Forventningen var desuden, at indbringelse af erstatningsspørgsmål for domstolene skulle være en sjælden foreteelse. Reelt viser det sig, at 8,5 % af alle afgørelser indbringes for landsretten, hvilket vanskeligt kan karakteriseres som en sjældenhed. Lovens intention

²³⁴ FT 1990-91, sp. 3270.

om, en enklere afgørelse af erstatningsspørgsmålet, er derfor ikke opfyldt, da der indbringes væsentligt flere afgørelser end forudsat, og målsætningen om en enklere vej til erstatning er derfor i mange tilfælde ikke nået.

Det førte til overvejelser om konsekvensen herved skulle være, at domstolsprøvelsen blev begrænset ved endelighed. En samfundsmæssig interesse i at begrænse domstolsprøvelsen ud fra et synspunkt om, at retssager ikke bør være en almindelig overbygning på det indførte system, ville være i overensstemmelse med motiverne. En begrænsning af domstolens prøvelsesadgang ville dog medføre en svækkelse af patientens retsstilling, da afgrænsningsspørgsmål ikke ville blive prøvet, og domstolens vejledende funktion vil forsvinde.

Baggrunden for den materielle lettelse var, at det havde vist sig vanskeligt for patienterne med tilstrækkelig høj grad af sandsynlighed at føre bevis for lægelige fejl og årsagssammenhæng mellem fejl og skade. Med loven blev der derfor indført en bevisregel, som medførte, at patienten med overvejende sandsynlighed skulle bevise årsagssammenhæng, hvilket er en lempelse af de almindelige regler om beviskravet for årsagssammenhæng. Den særlige bevisregel udelukker dog ikke, at der kan lempes yderligere på beviskravet, hvilket er i overensstemmelse med almindelige bevisretlige principper, samt lovens motiver. Således kan domstolene statuere årsagssammenhæng selvom der ikke af patienten er tilvejebragt en overvejende sandsynlighed herfor. Indtil U2002.1690H gav bevisreglen ikke anledning særlige overvejelser om, i hvilke tilfælde, der kunne ske en yderligere lempelse af beviskravet. U2002.1690H medfører dog, at der kommer tvivl om bevisreglens rækkevidde, da Højesteret i dommen går videre i bevislettelsen vedrørende årsagssammenhæng end bevisreglen efter loven. Afgørelsen gav derfor anledning til overvejelser om, hvornår der kan ske en yderligere lempelse af beviskravet. Højesterets begrundelse for afgørelsens resultat var, at det ikke har været lovgivers ønske, at der skulle ske forringelser på området for patientskader, da formålet med loven generelt var at forbedre patientens retsstilling og ikke at forbedre den på nogen områder og forringe den på andre. Således ville det modsatte resultat, efter Højesterets begrundelse, være ensbetydende med, at patienten i den konkrete sag ville være blevet dårligere stillet i henseende til vurderingen af årsagssammenhæng mellem fejl og skade, end tilfældet var før indførelsen af PFL. Efter en nærmere analyse af dommens præmisser blev det antaget, at det var korrekt, at Højesteret lempede på beviskravet for årsagssammenhæng i den konkrete sag.

Problemerne opstår da ved, at dommen ingen klare retningslinier giver for, i hvilke tilfælde det er muligt at lempe yderligere på beviskravet. Det kan dog efter afgørelsen udledes, at der ikke kan opstilles et formelt krav om, at der skal foreligge en klar fejl som forudsætning for en lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng.

U2002.1690H ville formentlig være faldet ud på samme måde, som hvis den var afgjort før PFL, hvorfor det gav anledning til tvivl om, hvornår bevisreglen kunne fraviges til fordel for patienten, når der ikke længere skelnes mellem om, der i tilfældet foreligger culpa, eller om det alene er omfattet af specialistmålestokken. Det blev derfor

overvejet, om der kunne opstilles en nedre grænse for, hvornår en lempelse var ønskelig. Såfremt bevisreglen om overvejende sandsynlighed altid skal anvendes ved kausalitetsvurderingen, ville det medføre, at visse patienter ville få en forringet retsstilling i forhold til før lovens indførelse, da retspraksis i 1990'erne gik endnu videre i bevisletelsen, end at der med overvejende sandsynlighed skulle foreligge årsagssammenhæng. En lempelse er derfor ønskelig, når der er tale om tilfælde, som efter den tidligere retstilstand ville have ført til bevisletelse.

Den nyeste afgørelse vedrørende problemstillingen om lempelse af beviskravet er U2007.1591H. I denne afgørelse lempede Højesteret ikke på beviskravet for årsagssammenhæng, hvilke medførte, at afgørelsen kom til det modsatte resultat af U2002.1690H. Dette undrede, henset til at tilfældene var meget sammenlignelige, da begge afgørelser indeholdte momenter af culpøs adfærd, og at afgørelsen fra 2007 formentlig var faldet ud til patientens fordel, såfremt den var blevet afgjort efter retstilstanden i 1990'erne og dermed i overensstemmelse med U2002.1690H. Afgørelsen fra 2007 kan formentlig ses som et udtryk for en tilbagevendende til retstilstanden, fastslået af Højesteretsdommer Spleth, hvorefter der skal foreligge klar fejl eller forsømmelse før end, der kan lempes på beviskravet for årsagssammenhæng. Såfremt dette er tilfældet, vil lovens formål om en generel forbedring for patienten ikke være opfyldt, da patientens retsstilling i så fald er forringet, i forhold til retstilstanden lige op til lovens indførelse, hvor der kunne ske bevisletelse, selvom der ikke forelå en klar fejl eller forsømmelse.

For langt størstedelen af patienter er indførelsen af den særlige bevisregel en forbedring, men som de to afgørelser viste, er der tilfælde, hvor forskellige fortolkningsstile kan føre til forskellige resultater. Således kan et tilfælde, hvor domstolen før lovens indførelse havde statueret culpa, efter den nuværende retstilstand, føre til en forringet retsstilling for patienten. Skal lovens intention om en forbedret retsstilling for patienten med hensyn til beviset for årsagssammenhæng, opfyldes, må domstolene derfor anvende en formålsfortolkning, når der er tale om tilfælde, hvor der foreligger culpa. Som løsning på de problemer, som den særlige bevisregel medfører, blev det overvejet, om der med inspiration fra Norge og Finland, burde indføres en særlig bevisregel i tilfælde, hvor forholdet, efter den tidligere retstilstand, ville være blevet anset som culpøst. Men som retstilstanden er efter U2007.1591H skal patienten bevise, at der foreligger årsagssammenhæng med overvejende sandsynlighed.

Som et beslægtet spørgsmål til patientens retsstilling blev det i afhandlingen belyst, hvilken betydning Retslægerådet har for patientens retsstilling, når en sag indbringes for domstolene. Retslægerådets udtalelser er ofte udslagsgivende i afgørelser om patientskader. Retslægerådet har stor betydning for patientens retsstilling, da domstolene ofte lægger udtalelserne til grund for afgørelsen. Patienten får sjældent tilladelse til at fremlægge ensidigt indhentede erklæringer, og derfor er patienten dårlig stillet med hensyn til at imødegå Retslægerådets udtalelser, hvorfor det udgør et væsentligt problem for patienten, såfremt

Retslægerådets udtalelser går denne imod. Det findes dog ikke hensigtsmæssigt at indføre en generel regel, som tillader brug af egne eksperter, for på den måde at styrke patientens retsstilling, og det er derfor afgørende for patientens retsstilling i forhold til Retslægerådet, at spørgsmålene hertil bliver udformet fyldestgørende. Det ville være ønskeligt, om proceduren omkring udformningen af udtalelserne blev tilrettelagt således, at medlemmerne ikke forsøger at afstemme deres udtalelser i forhold til hinanden, men fremhæver deres tvivl/usikkerhed om sagens faglige vurdering og eventuelt afgiver udtalelser med dissens. Desuden vil en villighed fra Retslægerådets medlemmer til at afhjemle egne udtalelser være en fordel for patienten, idet udtalelserne er et vigtigt element i bevisbedømmelsen, og der kan herved stilles spørgsmål, således at domstolene ikke blot ligger udtalelserne uprøvet til grund, men derimod bliver tvungen til at foretage en nærmere prøvelse.

Afslutningsvist blev patientens retsstilling ved brud på maksimale ventetider belyst. I forbindelse med erstatningsudmåling frembyder der særlige kausalitetsproblemer, idet der i disse tilfælde foreligger sammensatte skadesårsager. PFF og PSA har udviklet en administrativ praksis, som er særlig patientvenlig, da der kan ydes godtgørelse for statistisk forringet overlevelsesprognose. Der er ligeledes ved udmåling af mén godtgørelse skabt en, for patienten, bedre retsstilling, end hvad der ville følge af Arbejdsskadestyrelsens faste praksis, således at beløbsopgørelsen bliver mere præcis.

Ved udmålingen af forsørgertab foreligger der et særligt problem ved at anvende lovens bevisregel om overvejende sandsynlighed. Såfremt denne anvendes, ville det medføre en for patienten ringere retsstilling end for andre. På baggrund af U2001.1581V kan det derfor udledes, at beviskravet må følge det almindelige erstatningsretlige princip, hvorefter nedsættelse kræver en høj grad af sandsynlighed for, at patienten, trods rettidig diagnosticering, ville være afgået ved døden inden for kort tid.

Det er således gennem afhandlingen blevet belyst, at indførelsen af PFL overordnet set har været en forbedring af patienters retsstilling, hvilket er i overensstemmelse med lovens formål. Det viste sig dog, at loven på visse områder ikke lever op til intentionerne om en generel forbedring af patientens retsstilling. Derfor er det ønskeligt, at der stadig er fokus på de områder, hvor patienten ikke fuldt ud har opnået en forbedret retsstilling, og at lovgiver i motiverne ikke foretager uhenigtsmæssige sammenligninger, samt tydeliggør, i hvilke tilfælde, der kan ske lempelse af beviskravet.

Domsregister

Ugeskrift for Retsvæsen

U 1965.680H

U1967.828H

U1968.448H

U1971.19H

U1978.168H

U1978.825V

U1979.121H

U1979.536H

U1979.855H

U1983.801Ø

U1985.368H

U1985.460Ø

U1985.755H

U1985.925H

U1986.452H

U1988.611Ø

U1988.823Ø

U1989.665Ø

U1992.404H

U1992.728H

U1993.270H

U1993.908H

U1993.1005H

U1996.215H

U1996.507H

U1996.1334H

U1997.226Ø

U1997.1628H

U2000.490Ø

U2000.1119H

U2000.1659Ø

U2001.1581V

U2001.2319H

U2001.2505H

U2002.1472H

U2002.1690H

U2002.2285V

U2002.2407H

U2002.2511V

U2003.616H

U2003.1286H

U2004.1102H

U2005.1520H

U2005.2151H

U2005.2390H

U2005.2804H

U2006.1114H

U2006.1519H
U2006.1717H
U2006.2574H
U2007.447H
U2007.1591H

Forsikrings- og Erstatningsretlig Domssamling

FED1994.495V
FED1994.625Ø
FED1994.1036V
FED1995.731Ø
FED1995.1375Ø
FED1996.214Ø
FED1996.585V
FED1997.1332Ø
FED1999.954Ø
FED1999.1107Ø
FED1999.2514Ø
FED2001.447Ø
FED2001.618Ø
FED2001.751Ø
FED2001.1434Ø
FED2001.2243V
FED2001.2267V
FED2002.109V
FED2002.116V
FED2002.654Ø
FED2002.924V
FED2002.2335V
FED2002.2904Ø
FED2003.191Ø
FED2003.2804V
FED2004.1407Ø
FED2004.1557V
FED2004.1601V

Afgørelser fra Patientforsikringsforeningen

PFF 93-0439	PFF 98-0968	PFF 00-0679
PFF 94-0657	PFF 98-1653	PFF 02-1900
PFF 96-0362	PFF 98-1812	PFF 03-1706
PFF 96-0762	PFF 99-1413	PFF 03-2138

Afgørelser fra Patientskadeankenævnet

J.nr. 2000-00-219
J.nr. 2000-00-634
J.nr. 2001-00-240

Utrykte afgørelser

VLD af 20. oktober 2005

VLK af 28. juni 2005

Litteraturliste

Litteratur:

- Afgørelser og praksis gennem 10 år: Patientforsikringsforeningen; Afgørelser og praksis gennem 10 år, En samling afgørelser og artikler fra Patientforsikringens virke gennem 10 år.
- Afgørelser og praksis 1993-2005 En ajourført samling af afgørelser og praksis fra patientforsikringen.
- A. Vinding Kruse Anders Vinding Kruse; Erstatningsretten, 5. udgave. Under medvirken af Jens Møller, 1989.
- Bernhard Gomard Bernhard Gomard; Civilprocessen, 5. reviderede udgave, 2000.
- Bo von Eyben Bo von Eyben; Patientforsikring, 1993.
- Bo von Eyben I Bo von Eyben; Erstatningsudmåling, 1984
- Bo von Eyben og Helle Isager Bo von Eyben og Helle Isager; Lærebog i erstatningsret, 5. udgave., 2003.
- De første 10 år Patientforsikringsforeningen; De første 10 år, 2002.
- Helle Bødker Madsen Helle Bødker Madsen; Sundhedsret, 1. udgave, 2007.
- Jan Rasmussen Jan Rasmussen; Det iatrogene ansvar, 1988.
- Jens Ewald Jens Ewald; Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, 2000.
- Jens Garde m.fl. Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen, Jørgen Mathiassen og

	Karsten Revsbech; Forvaltningsret, 3. udgave, 1997.
Karnov	Online udgave
Peter Germer	Peter Germer; Statsforvaltningsret, 3. udgave, 2001.
PFF Årsberetning	Patientforsikringen; Årsberetning 2000, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006
Preben Geertinger	Preben Geertinger; Af en retsmedicinens bekendelser, Preben Geertinger og Munksgaard/Rosinante, 1.udgave, 1996
PSA Årsberetning	Patientskadeankenævnet; Årsberetning, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005
Retslægerådets Årsberetning	Retslægerådet; Årsberetning 2006
Ussing	Henry Ussing; Erstatningsret, 1937
W.E. von Eyben	W.E. von Eyben; Bevis, 1986.
Artikler:	
Indspisthed i Retslægerådet	Jytte Thorbek; Indspisthed i Retslægerådet, Helseny.com
le Maire	Louis le Maire; U68B.348ff.
Lægefejl, Retslægerådet og Retssikkerheden: Jan Rasmussen; Lægefejl, Retslægerådet og Retssikkerheden, Ugeskrift for Læger 2001; 163(15); 2176	
Oliver Talevski	Oliver Talevski; Bevisbyrden i sager om lægers erstatningsansvar, Juristen nr. 1, 1990
PFF "Skadestuebehandling"	Patientforsikringsforeningen, Skadestuebehandling 1994, online artikel

Retslægerådet og årsagssammenhæng Advokaterne Store Torv 16;
Retslægerådet og årsagssammen-
hæng, Nyhedsbrev september 2005

Spleth P. Spleth; U65B.270ff, online udgave

Retskilder:

Bekendtgørelse nr. 652 af 23. juli 1992

Bekendtgørelse nr. 1749 af 21. december 2006

Betænkning om Retslægerådet nr. 1196

Betænkning om revision af lov om patientforsikring nr. 1346/1997

Folketingstidende 1983-1984, 2. samling, tillæg A

Folketingstidende 1987-1988, 1. samling, tillæg A, Bind II

Folketingstidende 1990-1991, 2. samling, tillæg A, Bind III

Lovforslag nr. L 210, Folketingstidende 1986-87, tillæg A

Lov nr. 547 af 24. juni 2005 – Lov om Klage- og Erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet

Lov nr. 60 af 25. marts 1961 – Lov om Retslægerådet

Vejledning om spørgsmål til Retslægerådet i civile sager (11/06)

Vejledning om beregning af méngrad i arbejdsskadesager

Forkortelser:

FVL Forvaltningsloven

KEL Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet

PAL Lov om produktansvar

PFF Patientforsikringsforeningen

PFL Lov om patientforsikring

PSA Patientskadeankenævnet

Bilag 1

Antal afgjorte sager ved PFF i perioden 1994-2005 sammenholdt med antal modtagne klager ved PSA i samme periode.

År	Afgjorte sager	Modtagne klager	I Procent
1994	933	187	20 %
1995	1433	341	24 %
1996	2099	568	25 %
1997	2361	702	30 %
1998	2446	851	35 %
1999	2613	792	30 %
2000	2576	811	34 %
2001	2512	845	34 %
2002	3174	845	27 %
2003	3704	1096	30 %
2004	4038	1207	30 %
2005	4401	1300	30 %
		Gennemsnit	29 %

Tabellen er udarbejdet efter Patientforsikringens Årsberetninger 1994-2005 og Patientskadeankenævnets Årsberetninger 1994-2005

Bilag 2

Medhold og afslag 1992-2006

År	Antal medhold	I pct.	Antal afslag	I pct.
1992	5	9,6	47	90,4
1993	156	28,1	399	71,9
1994	365	39,2	565	60,8
1995	522	36,4	911	63,3
1996	733	35,3	1345	64,7
1997	840	36,5	1463	63,5
1998	907	38,1	1472	61,9
1999	1164	46,1	1363	53,9
2000	1153	46,6	1320	53,4
2001	1198	47,2	1339	52,8
2002	1496	47,2	1678	52,8
2003	1580	42,6	2124	57,4
2004	1783	44,2	2254	55,8
2005	1595	36,2	2806	63,8
2006	1482	33,3	2962	66,7
	Gennemsnit	37,8	Gennemsnit	62,2

Tabellen er udarbejdet ud fra Patientforsikringens Årsberetning 2005 og 2006