

## Uddrag fra Patientforsikringens årsberetning 2003

# 5. Generelle problemstillinger

### 5.1. Fastsættelse af forsørgertab, mén og erhvervsevnetab i sager om forsinket diagnosticering og behandling af kræftlidelser

#### 5.1.1. Indledning

Sager om forsinket diagnosticering og behandling af kræftsygdomme indebærer særlige problemer, fordi der i disse sager altid foreligger sammensatte skadesårsager, hvor det kan være meget vanskeligt at vurdere, hvad der er årsagen til, at kræftsygdommen har udviklet sig uhensigtsmæssigt.

I bedste fald sker der ingen skade ved en forsinket diagnosticering og behandling af sygdommen, idet patientens behandlingsmuligheder og prognose slet ikke ændrer sig på grund af forsinkelsen. Muligvis sker der alene en statistisk forringelse af patientens overlevelsesmuligheder, og endelig kan forsinkelsen medføre, at patientens sygdom bliver uhelbredelig og i sidste ende medfører patientens død.

Ofte vil forløbet være det, at patienten, på trods af forsinkelsen, får fjernet kræftsvulsten operativt og får strålebehandling eller kemoterapi m.v. På trods heraf får patienten efter kortere eller længere tid recidiv, og sygdommen bliver uhelbredelig. Til sidst dør patienten.

Et sådant forløb kan strække sig over flere år, og Patientforsikringens sagsbehandling kan blive meget kompliceret og langvarig. Der kan blive tale om, at der først ydes mængodtgørelse for forringet overlevelsesprognose, dernæst mængodtgørelse og erstatning for erhvervsevnetab for den tid, patienten levede med sin uhelbredelig kræftsygdom, og endelig forsørgertabserstatning til ægtefælle/samlever og børn, når patienten dør.

En grundlæggende forudsætning for, at der kan ydes erstatning for den forsinkede diagnose/behandling, er naturligvis, at det er overvejende sandsynligt, at det er forsinkelsen og ikke den grundlæggende kræftsygdom, som er skyld i det ulykkelige forløb.

Der foreligger hér sammensatte skadesårsager, hvor skaden ikke kan opdeles. Det er umuligt at fastslå konkret, hvilken betydning henholdsvis grundsygdommen og forsinkelsen har haft på forløbet. Det er muligt, at sygdommen havde udviklet sig på nøjagtig samme måde, selvom der ikke var sket nogen forsinkelse, men det er også muligt, at patienten havde været fuldstændig helbredt, hvis forsinkelsen ikke var sket.

I dansk erstatningsret løser man problemstillingen ved rent statistisk at vurdere, hvilken mulig årsag (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. Omvendt får patienten som udgangspunkt fuld erstatning, hvis det er mere end 50 % sandsynligt, at forløbet skyldes forsinkelsen.

Helt afgørende for erstatningsmulighederne er altså de statistiske oplysninger om overlevelsesmuligheder ved kræftsygdomme og Patientforsikringens anvendelse af disse statistikker.

Der findes ikke i den juridiske litteratur nogen samlet fremstilling af retsstillingen på området, hvilket gør det vanskeligt at få overblik over reglerne. Hertil kommer, at den særlige bevisregel i patientforsikringsloven om "overvejende sandsynlighed" bevirker, at de almindelige bevisregler i en række tilfælde ændres. Dette er baggrunden for den følgende fremstilling, som bygger på retspraksis, den juridiske litteratur på området, Patientforsikringens og Patientskadeankenævnets praksis samt rådgivning fra professor, dr.jur. Bo von Eyben.

## 5.1.2. Hvilke regler gælder for de varige erstatningsposter?

### A. FORSØRGERTABSERSTATNING

#### 1. Årsagssammenhæng

Den forsinkede diagnosticering og behandling skal med overvejende sandsynlighed være årsagen til forsørgerens død.

For at afgøre dette må man principielt kende to statistiske overlevelsessandsynligheder:

- den hypotetiske overlevelsessandsynlighed, som er patientens statistiske overlevelsesprognose, dersom sygdommen var blevet diagnosticeret rettidigt og behandlet optimalt, og
- den faktiske overlevelsessandsynlighed, som er patientens statistiske overlevelsesprognose på det tidspunkt, hvor den rette diagnose blev stillet.

Kravene til bevis for, at den forsinkede diagnose/behandling med overvejende sandsynlighed er årsagen til forsørgerens død, er herefter:

Betingelse 1. Den hypotetiske overlevelsessandsynlighed på dødstidspunktet skal være over 50 %.

Betingelse 2. Den faktiske overlevelsessandsynlighed på dødstidspunktet skal være mindre end halvdelen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed.

Betingelse 1 regulerer, om det er overvejende sandsynligt, at patienten ville have været i live ved korrekt diagnosticering og behandling.

Betingelse 2 regulerer, om det er diagnosticeringsfejlen, der med overvejende sandsynlighed er årsagen til døden.

Et par eksempler kan illustrere betingelserne:

## Eksempel 1

Den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er på 60 %, og den faktiske overlevelsessandsynlighed er på 40 %. Diagnosticeringsfejlen har reduceret overlevelsesschancen med 20 procentpoint eller 33 % relativt.

Betingelse 1 er opfyldt, idet det er overvejende sandsynligt, at patienten ville overleve i det hypotetiske forløb.

Betingelse 2 er ikke opfyldt, idet den faktiske overlevelsessandsynlighed er på mere end halvdelen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed. Man kan også sige, at diagnosticeringsfejls andel i årsagen til patientens død alene er på 33 %, altså under 50 %.

## Eksempel 2

Den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er på 60 %, og den faktiske overlevelsesprocent er på 20 %. Diagnosticeringsfejlen har reduceret overlevelsesschancen med 40 procentpoint eller 66 %.

Betingelse 1 er opfyldt.

Betingelse 2 er også opfyldt, idet den faktiske overlevelsessandsynlighed er mindre end halvdelen af den hypotetiske. Diagnosticeringsfejls andel i årsagen til patientens død er 66 %.

Oftest findes der hverken pålidelige procenter for overlevelse efter såvel det hypotetiske forløb som det faktiske forløb, hvorfor man må foretage nogle begrundede skøn over procenterne. Hvis der overhovedet ingen procenter kan angives, må Patientforsikringens lægelige konsulenter skønne efter deres bedste overbevisning.

Kravene til bevis kan lempes, hvis det statistisk er vanskeligt at afgøre, om der foreligger overvejende (omkring 50 %) sandsynlighed, og

- diagnoseforsinkelsen skyldes en fejl (culpa), eller
- diagnosticeringsfejlen (f.eks. et manglende røntgenbillede) er årsagen til, at man vanskeligt kan vurdere den hypotetiske overlevelsessandsynlighed.

Der henvises til Patientforsikringens årsberetning 2002, side 72-78 om Højesterets praksis i sager, hvor der foreligger fejl.

## 2. Nedsættelse

Forsørgertabserstatningen kan nedsættes, hvis der er en meget høj grad af sandsynlighed for, at patienten også ved rettidig diagnosticering og behandling (det hypotetiske forløb) ville være afgået ved døden inden for de nærmeste 2-3 år. Diagnosticeringsfejlen har således blot fremskønnet dødsfaldet. Hvis f.eks. diagnosticeringsfejlen har betydet, at overlevelsesperioden med overvejende sandsynlighed er reduceret fra 3 år til 1 år, ydes der forsørgertabserstatning for en periode på 2 år, se eksempel i Patientforsikringens årsberetning 1999, side 80-83.

## B. MÉN OG ERHVERVSEVNETAB

### 1. Årsagssammenhæng

Det skal være overvejende sandsynligt, at patienten ikke ville have haft uhelbredelig kræft på skadestidspunktet ved rettidig diagnosticering og behandling.

Dette krav til bevis kan modificeres på samme måde som ved forsørgertabserstatning, jfr. foran, dvs. hvis diagnoseforsinkelsen skyldes en fejl (culpa), eller diagnosticeringsfejlen er skyld i den statistiske usikkerhed.

Man skal være opmærksom på, at "skadestidspunktet" ved forsinket diagnosticering af kræft er det tidspunkt, hvor følgerne af den forsinkede diagnosticering og behandling viser sig første gang, normalt når man diagnosticerer kræftsygdommen, se nærmere Patientforsikringens årsberetning 2002, side 71.

## 2. Fastsættelsen af ménet og erhvervsevnetabet

### a. Ménet

Arbejdsskadestyrelsens méntabel er primært opbygget med henblik på at fastsætte mén som følge af arbejdsskader, hvilket ved kræftsygdomme typisk drejer sig om lungecancer som følge af asbest eller andre kræftfremkaldende stoffer, se 4. udgave af Den kommenterede arbejdsskadesikringslov, side 282-289.

I Arbejdsskadestyrelsens méntabel hedder det derfor:

"Kræftlidelser har så forskellige følger, at det ikke er muligt at udarbejde en egentlig tabel. Følgende tjener imidlertid som udgangspunkt ved vurderingen:

Kræftlidelser, radikalt opereret/  
behandlet med skønnede ringe  
risiko for tilbagefald ..... < 5%

Kræftlidelser, radikalt opereret/  
behandlet men med stor eller  
meget stor risiko for tilbagefald..... ≤ 15%

Inoperabel (lunge) kræft -  
som udgangspunkt ..... 100%

Ved inoperabel kræftlidelse, hvor patienten er i velbefindende ved afgørelsen, kan erstatningen fastsættes til 50%. Der vil i så fald straks ske revision, og tilstanden vil blive fulgt løbende.

Følger efter operation/strålebehandlinger derudover vurderes i overensstemmelse med tabellens øvrige satser.”

Vejledningen er meget sporadisk og passer ikke nødvendigvis til de kræftsygdomme, som hyppigst optræder i Patientforsikringens sager, dvs. brystkræft, livmoderhalskræft, tarmkræft, testikelkræft, hjernesvulster etc.

Det betyder, at man altid må foretage en konkret vurdering af, hvilke gener kræftsygdommen påfører patienten. Selvom en kræftsygdom er inoperabel, kan patienten undertiden leve i mange år med sin sygdom uden væsentlige gener, hvorfor det samlede mén i sådanne tilfælde må sættes til mellem 50 % og 100 %. Såfremt sygdommen senere forværres væsentligt, kan sagen genoptages, jfr. EAL § 11, se nedenfor under ad a og b.

#### b. Erhvervsevnetabet

Som nævnt under a. kan en del patienter leve med en uheldelig kræftsygdom uden væsentlige gener i flere år. Det indebærer også, at patienterne rent faktisk fortsætter med at arbejde fuldt ud.

I så fald kan der naturligvis ikke ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for denne periode, og af samme grund kan der heller ikke blive tale om at fastsætte noget erhvervsevnetab, da et tab endnu ikke er indtrådt.

Såfremt patienten på et senere tidspunkt bliver ude af stand til at arbejde i samme omfang som før behandlingsforsinkelsen, fordi sygdommen forværres, må sagen genoptages, jfr. EAL § 11.

Erhvervsevnetabsprocenten fastsættes på sædvanlig måde efter reglerne i EAL §§ 5-10.

#### Ad a og b - Retsvirkningerne af genoptagelse

Efter de seneste ændringer af lov om erstatningsansvar (lov nr. 463 af 7. juni 2001) behandles skader, der genoptages som følge af ændrede omstændigheder, som nye erstatningskrav. Dette gælder f.eks. i relation til takster, forrentning og forældelse.

Såfremt en kræftsgenoptages, og der fastsættes et højere mén og erhvervsevnetab, jfr. ovenfor, er der altså tale om nye erstatningskrav.

### 3. Nedsættelse

Det følgende bygger på, at det under B.1 er fastslået, at det er overvejende sandsynligt, at patienten ikke ville have haft uhelbredelig kræft ved rettidig diagnosticering og behandling af kræftlidelsen, og at den pågældende dermed som udgangspunkt skal have fuld erstatning.

Méngodtgørelsen og erhvervsevnetaberstatningen kan nedsættes i følgende tilfælde:

#### a. Hypotetisk årsagskonkurrence

Hvis det må anses for meget sikkert, at patienten i det hypotetiske forløb vil dø inden for ca. 2 år, regnet fra skadestidspunktet, dvs. normalt det tidspunkt, hvor man konstaterer, at sygdommen er uhelbredelig.

Begrundelsen for denne nedsættelse er, at patienten må forventes at leve kortere tid med sit mén og erhvervsevnetab end forudsat for disse erstatningsposter, altså den samme begrundelse som ved nedsættelse på grund af "mellemkommende død", jfr. nedenfor under b.

Reduktionen gradueres ud fra en vurdering af, på hvilket tidspunkt dødsfaldet ville indtræffe i det hypotetiske forløb. Såfremt dødsfaldet forventes at indtræffe inden for det første år, reduceres med 2/3, og inden for det andet år med halvdelen.

Bemærkning: I praksis vil betingelserne for at foretage denne nedsættelse meget sjældent være opfyldt, idet nedsættelsen forudsætter:

at patienten selv ved rettidig diagnosticering og behandling ville afdø inden for få år, og

at patienten, selv efter diagnosefejlen, er i live på afgørelsestidspunktet.

Hertil kommer, at den tid der går, fra patienten anmelder skaden, og til Patientforsikringen får taget stilling til erstatningen, ofte vil overstige 2 år. Hvis patienten altså rent faktisk dør inden for ca. 2 år, foreligger der en situation med "mellemkommende død", hvorfor der foretages reduktion efter disse regler, jfr. nedenfor.

#### b. Mellemkommende død

Hvis patienten dør, inden Patientforsikringen har opgjort erstatningen, og dødsfaldet ligger inden for 3-4 år efter skadetidspunktet, kan der ske reduktion efter reglerne om "mellemkommende

død". Denne nedsættelse er uafhængig af årsagen til dødsfaldet.

Begrundelsen for denne nedsættelse er, at patienten har levet kortere tid med sit mén og erhvervsevnetab, end det er forudsat for disse erstatningsposter. Den afgørende periode er derfor den periode, hvor patienten nåede at leve med ménet og erhvervsevnetabet.

Domstolens praksis er ikke helt klar, bl.a. fordi man har afgrænset perioden forskelligt.

Patienteskadeankenævnet anvender følgende retningslinier for reduktion:

- Levetid i 1-6 mdr. efter skaden:  
Nedsættes med 4/5.
- Levetid i 7-20 mdr. efter skaden:  
Nedsættes med 2/3.
- Levetid i 20 mdr. - ca. 3-4 år efter skaden:  
Nedsættes med 1/3.
- Levetid på ca. 3-4 år eller mere efter skaden:  
Ingen nedsættelse.

### c. Følger efter grundsygdommen

Hvis patienten med overvejende sandsynlighed ville have fået varigt mén og erhvervsevnetab selv ved rettidig og kor-

rekt diagnosticering og behandling af sin kræftsygdom, skal der foretages fradrag for de forventede følger efter grundsygdommen.

Der kan være mén efter operationen, f.eks. fjernelse af brystet, men der kan også foretages fradrag i ménet på op til 15 %, såfremt der selv uden den forsinkede diagnosticering og behandling ville være en stor eller meget stor risiko for tilbagefald af sygdommen, jfr. Arbejdsskadestyrelsens méntabel (afsnit 5.2.B.2.a).

Det bemærkes, at Patientskadeankenævnet har fast praksis for at foretage et sådant fradrag, se f.eks. Patientskadeankenævnets afgørelse i en konkret sag:

"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 kræftsygdom med risiko for tilbagefald kan fastsættes til i alt 20 %. Der henvises i den forbindelse til Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel,

hvor lungelidelser med fraingen 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 fratregkes Deres samlede varige mén, idet der ikke ydes godtgørelse for det varige mén, som grundsygdommen i sig selv ville have givet."

### 5.1.3. Erstatning ved forringet overlevelsesprognose

Som nævnt indledningsvis kan den forsinkede diagnosticering og behandling i en del tilfælde alene få den betydning, at kræftsvulsten vokser i forsinkelsesperioden, men fortsat kan behandles radikalt med samme resultat som ved rettidig behandling. Skaden består i så fald alene i, at patientens statistiske overlevelseschance er blevet forringet.

I så tilfælde kan der ifølge fast praksis i Patientforsikringen ydes en mindre méngodtgørelse for de psykiske følger heraf. Denne praksis følges af Patientskadeankenævnet.

Det hedder side 86 i Patientskadeankenævnets årsberetning 2002: "Hvis behand-

lingen af kræftsygdommen fortsætter 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 bevidstheden om, at prognosen for at overleve sygdommen statistisk er blevet forringet."

I tilfælde af, at patienten senere får recidiv og uhelbredelig kræft og dermed et fysisk mén, skal der som udgangspunkt ikke foretages fradrag for det mén, der er ydet for det psykiske ubehag, idet der er tale om forskellige skadefølger. Dette gælder dog, ifølge Patientskadeankenævnets praksis, ikke, hvis recidiv indtræder efter kort tid, således at patienten kun lever kort tid med det psykiske ubehag.



### Litteraturhenvisninger:

- Bo von Eyben, Erstatningsudmåling, side 187-88 (Forsørgertab), side 159 (erhvervsevnetab).
  
- Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udgave, side 220-224 om beviskrav og bevisbyrde og side 239-244 om konkurrerende skadesårsager.
  
- Jens Møller, Michael S. Wiisby, Erstatningsansvarsloven, 6. udgave, side 318-320 og 331 (forsørgertab), side 123-124 (mén), side 220-224 (erhvervsevnetab).
  
- Patientskadeankenævnets årsberetning 2002, side 85-89.
  
- Patientforsikringens jubilæumsskrift "De første 10 år", side 42-43, Bo von Eyben om "hypotetisk årsagskonkurrence" og "mellemkommende død".
  
- Patientforsikringen, "Afgørelser og praksis gennem 10 år", side 236, 252.