

BO VON EYBEN

Patientforsikring

G·E·C GAD
1993

© G·E·C Gads Forlag 1993

Omslag ved Axel Surland

Sat og trykt hos P.J.Schmidt A/S, Vojens

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse af denne bog eller dele af den er ikke tilladt ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

ISBN 87-12-01722-1

Forord

Sigtet med denne bog er at give en så vidt muligt udtømmende fremstilling af reglerne i den nye lov om patientforsikring samt at redegøre for de erstatningsretlige problemer ved lægeansvaret, der opstår i forbindelse med lovens afgrænsninger. Bogen henvender sig ikke kun til jurister, der kommer i berøring med sager om erstatning for skader i forbindelse med lægelig behandling, men også til læger og andre medicinalpersoner, hvis ansvar berøres af de nye regler. For at lette tilegnelsen for ikke-jurister har jeg bestræbt mig på ikke at bruge flere juridiske fagudtryk end strengt nødvendigt og på at forklare betydningen af de fagudtryk, som nødvendigvis måtte bruges. Jeg har derfor også gjort mere ud af de almindelige erstatningsretlige regler end egentligt nødvendigt for bogens emne (f.eks. en kortfattet oversigt over de vigtigste regler om erstatningsudmålingen i kap. 6); den, der i forvejen er fortrolig med disse regler, kan blot springe de pågældende afsnit over.

Min baggrund for at skrive denne bog er dels en mangeårig beskæftigelse med problemer vedrørende erstatning og forsikring ved personskader, herunder skader i forbindelse med lægelig behandling, dels den særlige, at jeg virkede som konsulent for den af indenrigsministeriet nedsatte arbejdsgruppe vedrørende en dansk patient- og lægemiddelforsikringsordning, hvis rapport dannede grundlag for lovforslaget, og som konsulent for ministeriet i forbindelse med udarbejdelsen af lovforslaget (særligt vedrørende lovens første kapitel).

Jeg har foretrukket en systematisk fremstilling frem for lovkommentarformen, dels fordi jeg finder, at der kan opnås bedre sammenhæng og overblik, når man ikke er bundet til lovens systematik, dels fordi det er hensigtsmæssigt at inddrage nogle erstatningsretlige problemstillinger uden for lovens område (jf. navnlig kap. 5 og 8, der knytter sig til begrænsningerne i patientforsikringslovens dækningsområde og dækningsomfang). Den, der søger efter kommentarer til en given bestemmelse i loven, henvises til at benytte lovregisteret som indgangsnøgle.

Jeg skylder overlæge Erik Hørlyck en tak for at have gennemlæst manuskriptet og påpeget en række fejl og mangler i omtalen af konkrete skadestilfælde og i brugen af medicinske fagudtryk. Desuden er jeg direktør Carl Oldertz taknemmelig for at have fået stillet hans manuskript til en samling af det svenske patientskadenämnds afgørelser til rådighed;

manuskriptet er nu under udgivelse, således at man dér vil kunne finde afgørelserne in extenso på grundlag af de her benyttede henvisninger til journalnumre.

November 1992
Bo von Eyben

Indholdsfortegnelse

Kap. 1. Indledning	13
1. Baggrunden for PFL	13
1.1. Culpa-ansvar ctr. no fault forsikring	13
1.2. Culpareglens funktion	15
1.2.1. Den genoprettende funktion	16
1.2.2. Den præventive funktion	20
2. Formålet med PFL og hovedtræk af ordningen	24
2.1. Formål	24
2.2. Oversigt over PFL	25
3. Lovforslagets behandling	28
4. Ikrafttræden	34
5. Lægemiddelforsikringsordning	35
6. Ordninger i andre lande	40
6.1. Sverige	40
6.2. Finland	44
6.3. Norge	46
6.4. Europa i øvrigt	49
6.5. USA	51
6.6. New Zealand	55

I. AFSNIT: HVILKE SKADER DÆKKES?

Kap. 2. Dækningsområdet	59
1. Indledning – patientbegrebet	59
2. Sygehuse	61
2.1. Offentlige sygehuse	61
2.2. Private sygehuse med driftsoverenskomst	65
3. Forsøgspersoner	66
3.1. Forsøgspatienter	66
3.2. Sunde forsøgspersoner	68
4. Donorer	71
5. Vaccinationer	72
Kap. 3. Erstatningsberettigende skader	74
1. Indledning	74
2. Generelle betingelser for dækning	75
2.1. Forbindelse med undersøgelse eller behandling	75

Indholdsfortegnelse

2.2. Følger af grundsygdommen	77
2.3. Særligt om mangelfuld diagnosticering	81
2.4. Kravet om overvejende sandsynlig årsagssammenhæng	83
3. Inddeling af skader efter undgåelighed	91
3.1. Undgåelighedskriteriet	91
3.1.1. Ansvarsprincipper	91
3.1.2. Ressourcebetingede begrænsninger	98
3.1.3. Objektive fejl, facitræsonnement og uundgåelige skader	102
3.2. Objektive fejl	107
3.2.1. Fra lægens side	107
3.2.1.1. Specialistmålestokken	107
3.2.1.2. Forholdet til culpereglen	119
3.2.2. Apparatursvigt	123
3.2.2.1. Fejl og svigt i teknisk udstyr	123
3.2.2.2. Forholdet til produktansvaret	128
3.2.2.3. Andre ulykkestilfælde	130
3.3. Facitræsonnement	136
3.3.1. Alternativ teknik eller metode	137
3.3.2. Ligeværdighed med valgt teknik/metode	143
3.3.3. Skadens undgåelighed ud fra facitræsonnementet	151
3.3.4. Skade som følge af mangelfuld diagnosticering	154
3.4. Uundgåelige skader	157
3.4.1. Området for §2, stk. 1, nr. 4	157
3.4.2. Kriterier for dækning	161
3.4.2.1. Skadens relative alvor	161
3.4.2.2. Skadens forudsigelighed	171
3.4.2.3. Samlet rimelighedsvurdering	177
4. Præciseringer af dækningsomfanget	179
Kap. 4. Særlige begrænsninger og udvidelser af dækningsomfanget	181
1. Begrænsninger i dækningen	181
1.1. Kravet om fysisk skade	181
1.2. Lægemiddelskader	187
2. Udvidet dækning	191
2.1. Sunde forsøgspersoner	191
2.2. Donorer	194
3. Andre erstatningsordninger	195
Kap. 5. Erstatningskrav for skader, der ikke dækkes af PFL	197
1. Indledning	197
2. Privatpraktiserende læger m.v.	198
3. Ikke-fysiske skader	201

3.1. Psykisk skade	201
3.2. Information og samtykke	203
3.3. Andre ikke-fysiske skader og krænkelse	211
4. Lægemiddelskader	212
5. Frivillige, udvidede ansvarsforsikringer	215

II. AFSNIT: ERSTATNINGSKRAVET

Kap. 6. Erstatningen efter EAL	221
1. Indledning	221
2. Økonomisk tab ved personskade	224
2.1. Helbredelsesudgifter og andet tab	224
2.2. Tabt arbejdsfortjeneste	225
2.3. Erhvervsevnetab	226
3. Godtgørelse ved personskade	230
3.1. Svie og smerte	230
3.2. Varigt mén	231
3.3. Tort	233
4. Erstatning til efterladte	234
4.1. Forsørgertab	234
4.2. Begravelsesudgifter	236
5. Fællesregler om erstatningen	236
 Kap. 7. Afvigelser fra EAL	 239
1. Indledning	239
2. Bagatelgrænse	239
2.1. Beløbsgrænse	239
2.2. Karenstid	243
3. Regreskrav	244
4. Skadelidtes medvirken	245
5. Forældelse af erstatningskrav	247
 Kap. 8. Ansvar efter almindelige erstatningsregler	 252
1. Indledning	252
2. Skadelidtes adgang til at rejse erstatningskrav	253
2.1. Ikke erstatning fra PFL	253
2.2. Produktansvar	255
3. Regreskrav	256
3.1. Tredjemands regreskrav	256
3.2. Regreskrav fra patientforsikreren	257

Indholdsfortegnelse

III. AFSNIT: FORSIKRINGSORDNINGEN OG DENS ADMINISTRATION

Kap. 9. Forsikringsordningen	263
1. Indledning	263
2. Erstatningsansvar og forsikringspligt	265
2.1. Private driftsansvarlige	265
2.1.1. Sygehuse	265
2.1.2. Privat forsøgs- og donorvirksomhed	265
2.1.3. Forsikringsvilkår	266
2.2. Stat og kommuner	268
2.3. Kommuners adgang til at overtage forsikringspligten for private driftsansvarlige	269
3. Dækningssummer og pool-ordninger	271
3.1. Dækningssummer	271
3.2. Pool-ordninger	273
3.2.1. Uforsikret erstatningsansvarlig	273
3.2.2. Erstatningspligt overstiger dækningssum	274
3.2.3. Erstatningsansvarlig kan ikke udpeges	275
3.2.4. Pool ved kollektiv forsikring	276
Kap. 10. Patientforsikringsforeningen	277
1. Indledning	277
2. Patientforsikringsforening	280
2.1. Medlemmer	280
2.2. Bestyrelse	280
2.3. Udgiftsdækning	281
3. Skaderegulering	282
3.1. Anmeldelse af skader	282
3.2. Sagsoplysning	284
3.3. Delegation til forsikringsselskaber	288
3.4. Afgørelse af sager	289
4. Forholdet til patientklagenævnet	292
5. Samordning med eventuel lægemiddelforsikringsordning	294
Kap. 11. Patientskadeankenævnet	296
1. Indledning	296
2. Patientskadeankenævn	297
3. Ankebehandling	298
4. Indbringelse for domstolene	301
5. Ankeorgan for eventuel lægemiddelforsikringsordning	302

Indholdsfortegnelse

BILAG

Bilag 1: Lbkg. nr. 849 af 14/10 1992 om patientforsikring	305
Bilag 2: Bkg. nr. 31 af 20/1 1992 om vedtægter for Foreningen af Patientforsikringselskaber (Patientforsikringsforeningen)	310
Bilag 3: Bkg. nr. 216 af 27/3 1992 vedrørende dækningsområdet for lov om patientforsikring	313
Bilag 4: Bkg. nr. 315 af 4/5 1992 om forsikringspligtens gennemførelse efter lov om patientforsikring	315
Litteraturfortegnelse	317
Forkortelser	319
Lovregister	320
Register over domme og andre afgørelser	324
Stikordsregister	327

Kapitel 1: Indledning

1. Baggrunden for PFL

1.1. Culpa-ansvar ctr. no fault forsikring

Med gennemførelsen af lov nr. 367 af 6/6 1991 om patientforsikring (som ændret ved lov nr. 239 af 8/4 1992, jf. lbkg. (lovbekendtgørelse) nr. 849 af 14/10 1992 – herefter forkortet: PFL) er reglerne om erstatning for skader i forbindelse med lægelig behandling blevet ændret væsentligt. Indtil da reguleredes patienters ret til erstatning af almindelige – ulovbestemte – regler om erstatningsansvar, således at grundbetingelsen for at opnå erstatning var, at en læge m.v. havde pådraget sig ansvar efter den såkaldte *culparegel*, dvs. havde forvoldt skaden *forsætligt* eller *uagtsomt*. Udgangspunktet var herefter, at en patient kun havde ret til erstatning, hvis det kunne påvises, at lægen ikke havde levet op til normerne for god og forsvarlig lægeadfærd i den pågældende situation, og at dette var årsag til den indtrufne skade. Bevisbyrden herfor påhvilede som udgangspunkt patienten.

Med PFL er dette erstatningssystem afskaffet for de fleste – men dog langt fra alle – patientskaders vedkommende. Et ansvarssystem er blevet udskiftet med en såkaldt »no fault« forsikringsordning, der bygger på følgende hovedelementer:

- (1) Patientens ret til erstatning beror ikke på, om nogen person har pådraget sig ansvar for skaden i kraft af en begået fejl;
- (2) Erstatning ydes gennem en – obligatorisk – forsikringsordning, der finansieres af dem, der driver den pågældende virksomhed;
- (3) Selv om erstatningen som udgangspunkt udmåles efter almindelige erstatningsretlige regler, fraviges disse på en række punkter, således at reglerne om erstatningskravet skræddersys efter de særlige behov på området;
- (4) Behandlingen af erstatningskrav foregår i et særligt skadereguleringssystem, således at tvister om kravets berettigelse ikke skal afgøres ved anlæggelse af retssag ved domstolene.

Gennemførelsen af PFL er den foreløbige slutsten på en meget langvarig debat, både blandt læger og jurister, om det ønskelige og mulige i at

Kap. 1-1.1.

reformere erstatningsreglerne på dette område.¹ Denne debat var imidlertid præget af, at det var ganske uklart, hvad alternativet til culpereglen skulle være, herunder især, hvordan en eventuel forsikringsordnings dækning nærmere skulle afgrænses. På andre skadesområder har man uden større problemer kunnet udskifte culpereglen med regler om skærpet (strengere) ansvar, normalt i form af objektivi ansvar, således at ansvaret omfatter *alle* skader ved den pågældende virksomhed, uanset om de er forvoldt uagtsomt eller ej (såkaldte »hændelige« skader); denne ansvarsskærpelse har endvidere i de fleste tilfælde kunnet kombineres med en lovfæstet pligt til at tegne ansvarsforsikring. Dette gælder f.eks. ved skader forvoldt af motordrevne køretøjer; når det i færdselslovens § 101 fastslås, at ansvaret herfor omfatter alle skader, som køretøjet volder ved færdselsuheld og lign., giver dette kriterium ikke anledning til større afgrænsningsproblemer.

Anderledes ved skader i forbindelse med lægelig behandling. Det løser ingen problemer at indføre et objektivi ansvar herfor, fordi det egentlige problem er at definere, hvad der overhovedet skal betragtes som »skader« i denne sammenhæng, og hvornår den fornødne forbindelse med den lægelige behandling skal anses for at være til stede. Det særlige ved dette område er, at eventuelle skader rammer personer, som i forvejen er ramt af sygdom, ulykke, svækkelse m.v. Det er ikke sikkert, at nogen form for behandling kan helbrede patientens sygdom helt eller delvis, ligesom det kan være nødvendigt at løbe en betydelig risiko for skader ved behandlingen, fordi undladelse af at iværksætte behandling indebærer en endnu større risiko for patienten. Det ville ikke være meningsfuldt at lade en patientforsikringsordning dække sådanne følger; det må nødvendigvis være en opgave for det almindelige sociale sikringsystem.

De tidligere forslag om indførelse af en forsikringsordning gav ingen anvisning på, hvordan en dækning, der ikke skal bygge på culpereglen, skal afgrænses over for de følger af den til grund liggende sygdom (»grundsygdommen«) og af behandlingen imod den, som patienter ikke med rimelighed kan forvente at få erstatning for – udover den, som de sociale ydelser giver. Indførelsen af en patientforsikringsordning i Sverige i 1975² betegnede derfor et vendepunkt i debatten. Hermed kom for første gang et konkret bud på, hvordan man kunne afgrænse begrebet »skader i forbindelse med lægelig behandling« på en måde, der hverken var begrænset til culpøst forvoldte skader eller udvidet til at omfatte sådanne følger af grundsygdommen eller af behandlingen, som må accepteres uden

1. Omtale af og henvisninger til den tidligere debat, der går tilbage til 1950'erne, kan bl.a. ses hos *B. V. Tidemand-Petersson: Lægeansvar* s. 123 ff, *Bo von Eyben: Kompensation for personskade* I s. 339 ff og *Jan Rasmussen: Det iatrogene ansvar* s. 96 ff.
2. Jf. nærmere herom nedenfor afsnit 6.1.

ret til erstatning. Samtidig viste erfaringerne fra Sverige, at en sådan forsikringsordning faktisk kunne fungere på en måde, der på afgørende punkter var det tidligere erstatningssystem overlegent (færre tvister, hurtigere afgørelser, færre administrative omkostninger etc.).

Den svenske ordning og erfaringerne herfra blev derfor hurtigt udgangspunktet for reformovervejelserne, både herhjemme og i en række andre lande. Herhjemme rejste lægeforeningen således i slutningen i 1970'erne over for sygehusmyndighederne spørgsmålet, om der burde indføres en patientforsikringsordning efter svensk mønster. De dengang verserende sager om erstatning for skader i forbindelse med brug af p-piller aktualiserede yderligere spørgsmålet om indførelse af en lægemiddelforsikringsordning, der i Sverige var gennemført i 1978. På et seminar i lægeforeningen i 1983 om patient- og lægemiddelforsikring viste det sig, at sygehusejerne – repræsenteret af Amtsrådsforeningen – (fortsat) var modstandere af at indføre en patientforsikringsordning, dels på grund af de merudgifter, det ville påføre amtskommunerne, dels fordi man ikke fandt, at der kunne rettes alvorlige indvendinger mod culpareglens funktion på lægeansvarsområdet. Derimod udtrykte lægemiddelbranchen positiv indstilling over for etablering af en lægemiddelforsikringsordning.³

Spørgsmålet om omkostningerne ved en patientforsikringsordning blev – naturligvis – centralt i de senere *politiske* overvejelser, jf. nedenfor afsnit 3. I den videre *faglige* debat var det afgørende derimod en vurdering af culpareglens funktion. De svenske erfaringer demonstrerede på overbevisende måde, at det er *muligt* at gennemføre en praktikabel patientforsikringsordning. Men spørgsmålet måtte dernæst være, om der kunne fremføres sådanne indvendinger mod culpareglens funktion, at det var *ønskeligt* at forlade reglen. En påvisning af, at culpareglen fungerede endnu dårligere på dette område end på andre, kunne samtidig afgive den fornødne begrundelse for, at netop patientskader blev udskilt til erstatningsmæssig særbehandling – til imødegåelse af den indvending mod en patientforsikringsordning, at det ikke er rimeligt at give erstatning ved »hændelige« patientskader, når de fleste andre former for hændelig tilskadecomst ikke giver ret til erstatning.⁴

1.2. Culpareglens funktion

Culpareglen bygger på en i og for sig simpel betragtning:⁵ Når en person forvolder skade på en anden, må retsordenen tage stilling til, om tabet

3. Jf. Rapport fra Seminar om patient- og lægemiddelforsikring s. 29 ff og 49 ff.

4. Jr. *Bo von Eyben* *ibid.* s. 3 ff (også trykt i *Ugeskr Læger* 1984; 146: 2500-3) og *Kompensation for personskade I* s. 348 f.

5. Jf. *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 232 ff.

Kap. 1-1.2.

herved skal bæres af den tilskadekomne selv, eller det skal bæres af skadevolderen i form af en erstatningsbetaling. At pålægge skadevolderen at betale for skaden, er kun velbegrunderet, hvis den er forvoldt ved en adfærd, som samfundet må være interesseret i at modvirke. Truslen om at ifalde erstatningsansvar kunne derfor motivere potentielle skadevoldere til at udvise den grad af agtpågivenhed, som er ønskelig på vedkommende livsområde (erstatningsreglernes *præventive* funktion). I disse tilfælde – og kun dem – får de skadelidte i kraft af erstatningen kompenseret deres tab (erstatningsreglernes *genoprettende* funktion). Spejlbilledet heraf er, at en skadevolder ikke udsættes for at ifalde ansvar, når han – trods udvisning af den fornødne agtpågivenhed – kommer til at forvolde skade, og at de skadelidte i disse tilfælde må bære tabene selv ligesom ved andre tilfælde af hændelig tilskadekomst.

1.2.1. Den genoprettende funktion

Spørgsmålet er imidlertid, om *culpareglen faktisk fungerer i overensstemmelse med sit sigte*. Der har længe været mistanke om et betydeligt »mørketal« på lægeansvarsområdet, og der foreligger nu empiriske undersøgelser, der klart indicerer, at patienter faktisk langt fra opnår erstatning i tilfælde, hvor de efter culpareglen skulle være berettiget til det.

Den mest omfattende undersøgelse er den såkaldte »*Harvard Medical Practice Study*« fra 1990.⁶ Undersøgelsen omfattede en gennemgang af journaler m.v. for over 30.000 udskrivninger i 1984 fra ca. 50 somatiske sygehuse i staten New York. De lægelige akter blev gennemgået af mindst to lægefagkyndige, der uafhængigt af hinanden skulle afgøre, om der var indtrådt en »adverse event«, dvs. om den lægelige behandling havde forårsaget en skade, der resulterede i en vis uarbejdsdygtighed el. lign., og – i så fald – om skaden kunne tilskrives culpa hos lægen. Ved vurderingen heraf anvendtes en skala på 0-6 for sandsynligheden for, at der forelå culpa, og for, at det culpøse forhold var årsag til skaden; kun hvis gennemsnittet af de lægelige vurderinger nåede 3,5 på denne skala, ansås det for tilstrækkeligt sikkert, at der forelå culpa.

På grundlag af denne vurdering fandt man knap 3,8% »adverse events«, hvoraf dog 0,6% havde relation til lægemidler. Knap halvdelen af alle »adverse

6. Jf. Harvard Medical Practice Study Group: Patients, Doctors, and Lawyers: Medical Injury, Malpractice Litigation, and Patient Compensation in New York, Harvard, USA, 1990. Undersøgelsen er bl.a. omtalt hos L. L. Leape m.fl. i *Intogenics* 1991:1:17-21, Donald Harris i *Essays for Patrick Atiyah*, England 1991, s. 299 ff, og Stephen D. Sugarman i *58 University of Chicago Law Review* 1991 s. 1500 ff. Andre, tidligere undersøgelser, der viser tilsvarende »mørketal«, er omtalt af G. L. Robinson i *49 Law and Contemporary Problems* 1986, No 2, s. 14 med note 50, S. Zuckerman m.fl. *ibid.* s. 99 og R. R. Bovbjerg m.fl. i *54 Law and Contemporary Problems* 1991, No. 1, s. 8 med note 15.

events« opstod i forbindelse med operative indgreb med sårinfektioner og tekniske komplikationer som de største enkeltgrupper. Det blev endvidere anslået, at 58% af alle »adverse events« kunne tilskrives en lægelig fejltagelse (»error«). I knap halvdelen af disse tilfælde antoges der at foreligge culpa (»fault«), svarende til ca. 1/4 af alle »adverse events« og til 0,9% af alle udskrivninger.

Disse resultater blev herefter sammenholdt med antallet af fremsatte erstatningskrav og faktisk opnåede erstatninger. Det viste sig da, at antallet af erstatningskrav kun udgjorde godt 12% af antallet af culpøst forvoldte patient-skader, og at kun godt halvdelen af kravene resulterede i en erstatning. De tilfælde, hvor der faktisk blev opnået erstatning, udgjorde således *kun godt 6%* af culpa-tilfældene. Dertil kom, at kun lidt over halvdelen af de patienter, som opnåede erstatning, hørte til den gruppe, hvis skader skyldtes culpa. Det forhold, at der i vidt omfang opnås erstatning, selv om culpa ikke foreligger, må dog formentlig tilskrives særlige amerikanske forhold, jfr. nedenfor afsnit 6.5. Samtidig bevirker disse forhold imidlertid, at andelen af erstatningsopnåelser ved culpøst forvoldte skader må antages at ligge *højere* i en stat som New York end noget andet sted i verden. Afstanden mellem patienters ret til erstatning og deres faktiske opnåelse af erstatning må derfor forventes at være endnu større i alle andre lande.⁷ Dertil kommer, at en rent lægefaglig vurdering af culpa formentlig vil ligge i underkanten af de vurderinger, en domstol ville anlægge.

Det afgørende i disse undersøgelsesresultater er ikke afhængigt af, om de amerikanske lægers culpavurderinger svarer til dem, domstole i *andre* lande ville anlægge. Det afgørende er jo netop den konstaterede *afstand* mellem den juridiske ret og de faktiske forhold i USA – en afstand, der som nævnt må antages at være endnu større andre steder. Derimod beror antagelsen om problemets størrelsesorden naturligvis på, om culpavurderingerne var mere eller mindre »strenge« end dem, domstolene i et givet land praktiserer. Med dette forbehold er det tankevækkende at overføre undersøgelsens resultater til danske forhold; det giver følgende resultater:

Blandt lidt over 1 mio. udskrivninger fra somatiske sygehusafdelinger indtræder der årligt ca. 38.000 »adverse events«, hvoraf ca. 22.000 skyldes »error« (dvs. ikke-culpøse fejl), og ca. 9.000 skyldes culpa. Der anmeldes årligt ca. 200 erstatningskrav for personskade på sygehuse til Kommunernes gensidige Forsikringsselskab (KgF), hvor de fleste amtskommuner har tegnet ansvarsforsikring, og ca. halvdelen af disse erstatningskrav imødekommes;⁸ dertil kommer ca. 25 erstatningskrav for skader på sygehuse, der ikke er tegnet ansvarsforsikring for (især sygehuse i Københavns og Frederiksberg kommuner samt Rigshospitalet). Andelen af fremsatte erstatningskrav i forhold til antallet af culpa-tilfælde skulle således være 2,5%, og andelen af opnåede erstatninger skulle være *kun ca. 1 1/4%*.

7. Jf. om England, *Donald Harris* ibid. s. 301.

8. Jf. Rapport fra Seminar om patient- og lægemiddelforsikring s. 30 og Rapport om Patient- og lægemiddelforsikring (herefter citeret: *Rapport*) s. 21 f og 38.

Kap. 1-1.2.1.

Overføres de amerikanske undersøgelsesresultater direkte til danske forhold, betyder det således, at kun 1 ud af hver 80 patienter, der har ret til erstatning efter culpereglen, faktisk opnår erstatning. Om dette holder stik fuldt ud kan ikke vides med sikkerhed, men det er heller ikke afgørende; »mørketallet« er under alle omstændigheder meget betydeligt – og utvivlsomt også væsentligt større end på andre erstatningsretlige områder.⁹

Også erfaringerne fra Sverige bekræfter denne antagelse. Inden gennemførelsen af patientforsikringsordningen var der færre patienter end herhjemme, der fik erstatning for skader ved behandling på sygehuse, mens antallet af erstatninger nu udgør over 3.000 årligt. Denne forskel kan ikke forklares alene med den udvidelse af retten til erstatning, som patientforsikringen indebar i forhold til culpereglen.¹⁰ Forskellen må i hvert fald delvis tilskrives, at en patientforsikringsordning faktisk formår at afdække (langt) flere culpatilfælde end et erstatningssystem, der bygger på culpereglen. Denne kendsgerning rummer måske i virkeligheden den væsentligste begrundelse for indførelsen af en patientforsikringsordning.¹¹

På grundlag af erfaringerne fra Sverige blev det – om end med betydelig usikkerhed – anslået, at PFL årligt vil skulle yde erstatning til knap 2.000 personer. Sammenholdes dette tal med det ovenfor anførte, kan det tilsyneladende blive væsentligt større alene i kraft af, at flere culpa-tilfælde indfanges under erstatningsordningen. Dertil kommer, at PFL også dækker en række tilfælde, hvor culpa ikke foreligger – dels visse »errors«, dels visse uundgåelige følger af behandlingen. Dette tyder på, at heller ikke den svenske patientforsikringsordning har formået at sikre, at alle berettigede erstatningskrav faktisk bliver rejst.¹² Dog må det tilføjes, at hovedparten af alle »adverse events« i den amerikanske undersøgelse ikke resulterede i alvorlige skader: Næsten 3/5 af patienterne var uarbejdsdygtige i mindre end én måned som følge heraf. Mange af disse tilfælde vil ikke opfylde de krav til skadens alvor, som PFL stiller.

Der er formentlig flere grunde til, at afstanden mellem retsregler og virkelighed er særligt stor på lægeansvarsområdet.¹³ Vigtigst er måske spørgsmålet om patientens erkendelse af situationen, dvs. om patienten overhovedet bliver klar over, at der er sket en skade som følge af behandlingen, og at den kan skyldes en fejl, således at der ikke blot er tale om en uheldigt forløb af grundsygdommen.¹⁴ Patienter er mere afhængige end andre tilskadekomne af information fra dem, der forvolder skaderne. Det

9. Jf. herom *Bo von Eyben: Kompensation for personskade II* s. 352 ff, 621 ff og 650 ff.

10. Jf. *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 235 og 247 f samt *Rapport* s. 65 f.

11. Jf. *Sten Foyn: Pasientforsikring* s. 183 og 214 f.

12. Jf. *M. Rosenthal: Dealing with Medical Malpractice* s. 177.

13. Jf. nærmere *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 236 f.

14. Jf. *Bo von Eyben: Kompensation for personskade II* s. 59.

spiller sikkert også en rolle, at en uforholdsmæssig stor andel af patienterne – og dermed af dem, der rammes af skader ved behandlingen – er ældre mennesker, hvilket bl.a. indebærer, at de økonomiske tab oftest er beskedne. Selv om en patient måtte være klar over, at der muligvis kan være blevet begået en fejl ved behandlingen, er det dernæst ikke sikkert, at dette forbindes med muligheden for at rejse erstatningskrav. Skulle patienten overhovedet tænke i erstatningsbaner, sætter yderligere en række barrierer ind – ulyst til at rejse krav mod lægen; ukendskab til, hvordan man praktisk griber en erstatningssag an; utilbøjelighed til at søge juridisk bistand; omkostninger og tidsforbruget ved at forfølge et krav, om nødvendigt ved anlæggelse af retssag, etc. Betydningen af disse barrierer forstærkes af, at mange af patienterne er ældre og/eller i forvejen svækkede af grundsygdommen.

Den anden hovedindvending mod culpereglen er, at den er særligt *vanskelig at praktisere* på lægeansvarsområdet, og at den – i hvert fald i nogle tilfælde – fører til resultater, der opfattes som *urimelige*.¹⁵

Det førstnævnte problem ligger til dels på det bevismæssige plan, først og fremmest med hensyn til bevis for årsagsforbindelse (*kausalitet*) mellem behandling og skade. Som udgangspunkt har patienten bevisbyrden både for, at der foreligger culpa, og for, at skaden er forvoldt herved. Efterlader bevisførelsen under en retssag tvivl herom, kommer den patienten til skade. Tendenserne i nyere retspraksis til i visse tilfælde at vende bevisbyrden om kan omvendt medføre, at der statueres ansvar i tilfælde, hvor der reelt ikke er grundlag for at rette nogen bebrejdelse mod lægen. Under alle omstændigheder viser de – forholdsvis få – sager, der når domstolene, at både culpa- og kausalitetsvurderingen frembyder særlige vanskeligheder i lægeansvarssager. Retssagerne er ofte meget langvarige og omkostningskrævende.

Desuden vækker de betydelig opmærksomhed, især i tilfælde, hvor resultatet bliver, at patienten ikke får erstatning. Nyere tid frembyder adskillige eksempler på, at offentligheden – i første række medierne – reagerer kraftigt imod, at patienterne skal bære følgerne af skader, der ikke skyldes lægelige fejl. Det gælder ikke mindst i tilfælde, hvor skaden – muligvis – kan henføres til brug af nye behandlingsmetoder, eller hvor der senere udvikles midler eller metoder, der fjerner eller formindsker risikoen. Politisk har denne reaktion i enkelte af tilfældene ført til mere eller mindre tilfældige indgreb, der har sikret nogle af disse patientgrupper en vis erstatning eller »godtgørelse«, selv om der ikke forelå culpa.

15. Jf. *Rapport* s. 16 f.

Kap. 1-1.2.1.

Det tidligste eksempel er loven fra 1972 om erstatning for (visse) vaccinations-skader.¹⁶ Næste eksempel var lov om erstatning for skader ved LSD-behandling, der gennemførtes i 1986, efter at en patient tidligere havde tabt en retssag om erstatning herfor.¹⁷ Et tredje eksempel, der dog ikke var foranlediget af en domstolsafgørelse, er den i bkg. nr. 914 af 19/11 1992 hjemlede »kulancemæssige godtgørelse« til HIV-positive blødere og transfusionssmittede m.fl. Der er imidlertid også eksempler på, at den offentlige debat om tilsvarende skadetyper ikke har resulteret i erstatningsmæssige særordninger. Det gælder således den debat, der fulgte retssager om skader som følge af brug af røntgenkontrastmidlet thorotrast – retssager, som patienterne tabte.¹⁸ Et yderligere eksempel er (påståede) skader som følge af lobotomi (»det hvide snit«); erstatnings-sager herom foreligger ikke, men resultatet ville formentlig blive det samme som i de øvrige tilfælde.

Det er svært at se nogen rationel begrundelse for, at nogle af disse grupper af patienter har fået (en vis) erstatning og andre ikke.

Også ved mere »almindelige« skadetyper har man haft svært ved at acceptere, at der ikke gives erstatning for hændelige skader. Selve dette begreb er flere gange kommet i miskredit, især ved visse alvorlige nervelæsioner og lign. komplikationer ved kirurgiske indgreb. Utilfredsheden kommer i disse tilfælde – også – frem i tilfælde, hvor patienten efter en langvarig retssag opnår erstatning trods en sådan lægefaglig karakteristik af skaden.¹⁹ I nogle af disse tilfælde er domsresultatet fremkommet som en konsekvens af, at bevisbyrden er blevet vendt om (dvs. at lægen for at undgå ansvar skal bevise, at der *ikke* blev begået fejl), og at der er blevet stillet store krav til lægens bevisførelse. Herved lettes de bevismæssige vanskeligheder, som patienten møder, men prisen er dels en øget risiko for en culpa-stempling af lægens adfærd, selv om der ikke er begået fejl, dels en risiko for et stigende antal retssager om erstatning for skader ved lægebehandling.²⁰

1.2.2. Den præventive funktion

For så vidt angår culpapareglens *præventive* funktion har hovedindvendingen mod en patientforsikringsordning været, at den kunne virke ansvarsforflygtigende og gøre læger m.fl. mindre påpasselige. Det er imidlertid

16. Se herom *Bo von Eyben: Kompensation for personskade* I s. 261 ff og nedenfor kap. 2, afsnit 5.

17. Jf. UfR 1976.878 Ø. Loven har nu stort set udtømt sine virkninger og blev derfor ophævet ved lov nr. 240 af 8/4 1992.

18. Jf. UfR 1985.460 Ø og østre landsrets dom af 12/11 1992 (4. afd., nr. 274/1988).

19. Navnlig afgørelsen i UfR 1985.416 V om perforering af en livmoder under en udskrabning vakte opmærksomhed.

20. Jf. *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 237 f.

usikkert, om culpaansvaret overhovedet har en sådan præventiv værdi.²¹ Ligesom på andre skadesområder er det ikke muligt at skaffe sig sikker viden om erstatningstruslens forebyggende virkning, fordi også andre motiverende faktorer gør sig gældende. Alle autoriserede medicinalpersoner er undergivet en pligt til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed under udøvelsen af deres gerning (jf. f.eks. lægelovens § 6) og risikerer derfor kritik, misbilligelser m.v. fra tilsynsmyndighederne (Patientklagenævn m.v.) ved overtrædelse af disse pligter. Strafansvar kan indtræde efter straffelovens almindelige regler og i øvrigt ved grovere eller gentagen forsømmelse eller skødesløshed, jf. f.eks. lægelovens § 18. Dertil kommer, at overtrædelse af disse regler naturligvis også kan få ansættelsesmæssige og karrieremæssige konsekvenser.

En anden principiel indvending mod antagelsen om culpaansvarets præventive værdi er, at det i praksis så godt som aldrig rammer (sygehus-)lægerne personligt. Da der enten er tegnet ansvarsforsikring af sygehusejerne, eller disse er selvforsikrende, følger det af erstatningsansvarslovens § 19, stk. 3, at patienten kun kan rejse erstatningskrav – og at arbejdsgiverne kun kan rejse regreskrav – mod lægen personligt, hvis skaden er forvoldt forsætligt eller ved *grov* uagtsomhed. I praksis rejses erstatningskrav derfor næsten altid kun mod arbejdsgiveren (sygehuset eller sygehusejeren),²² og den regresret, som arbejdsgiveren og dennes ansvarsforsikrer måtte have, udøves ikke.

Selv om culpareglen trods alt dette skulle have en vis præventiv effekt, begrænses den under alle omstændigheder af, at den så sjældent påberåbes, jf. ovenfor. Hvis det holder stik, at 79 ud af 80 culpøst forvoldte patientskader ikke udløser nogen erstatning, indebærer det en alvorlig svækkelse af den motiverende virkning, culpareglen kunne have, medmindre lægerne overvurderer risikoen for at blive mødt med erstatningskrav.²³ Selv om lægerne ikke – endnu – skulle kende »mørketallets« størrelse, er det imidlertid ikke troligt, at de skulle være uden kendskab til, at det er betydeligt. Dermed begrænses også den præventive effekt, der kunne være knyttet til erstatningsansvarets »symbolfunktion« og til ubehaget for læger ved at blive inddraget i en retssag, hvis hovedtema er, om lægen begik en fejl.

Dertil kommer, at en patientforsikringsordning langt bedre end culpa-reglen kan give grundlag for *kvalitetsvurderinger* af forskellige behandlingsmetoder og dermed få en mere vidtrækkende præventiv funktion.²⁴ Culpa-

21. Jf. *ibid.* s. 233 ff.

22. Nyere offentliggjort retspraksis indeholder kun to eksempler på, at kravet (tillige) blev rejst mod lægen personligt, jf. UfR 1976.878 Ø (LSD-sagen) og UfR 1989.1007 H (hvor lægen under en kejsersnitsoperation gennemførte en sterilisation uden at indhente kvindens samtykke).

23. Jf. *Donald Harris* i *Essays for Patrick Atiyah*, England 1991, s. 301 ff.

24. Jf. om Sverige, *Oldertz*: *The Patient, Pharmaceutical and Security Insurances* s. 74 f, og om Norge, NOU 1992:6 s. 43.

Kap. 1-1.2.2.

reglens præventive sigte er det snævrere mulige, nemlig skader, som *burde* være undgået ved større påpasselighed fra lægens side. Fra et kvalitetssikringssynspunkt er forekomsten af individuelle fejl imidlertid ikke særligt interessant; culpa-afgørelser er oftest så tæt knyttet til sagens konkrete omstændigheder, at de er uegnede til at danne grundlag for beslutninger om bestemte forebyggende foranstaltninger.²⁵ Det er påfaldende, at der ikke under det hidtidige ansvarssystem er tilvejebragt bare nogenlunde anvendelige data om forekomsten af forskellige former for komplikationer ved lægelig behandling.²⁶ En patientforsikringsordning giver derimod mulighed for en samlet, central registrering ikke blot af skader, der burde være undgået, men også – og navnlig – af skader, som *kunne* være undgået, f.eks. ved valg af en anden behandlingsform. Patientforsikringen kan således give kendskab til den relative risiko ved alternative behandlingsmåder og derigennem forbedre lægernes beslutningsgrundlag. Den vil endvidere kunne give bedre viden også om undgåelige skader og derved eventuelt stimulere til forskning og andet udviklingsarbejde, som måske – med tiden – kan gøre disse skader undgåelige. Forudsat at patientforsikringens sager registreres på en hensigtsmæssig måde, og at de stilles til rådighed i forskningsøjemed, vil de således kunne komme til at rumme et materiale, der kan give et langt mere omfattende kendskab til skademekanismer og derved bidrage mere effektivt til forebyggende foranstaltninger, end culpereglen har formået.

Hermed være naturligvis ikke sagt, at individuelle fejl ikke bør påtales. Hertil har man imidlertid fortsat klagesystemet, der er bedre egnet hertil – bl.a. fordi sanktionens alvor kan afpasses efter fejllens karakter (erstatningsansvar er derimod alt eller intet), og fordi den er uafhængig af den mere eller mindre tilfældige omstændighed, om fejlen forårsager en skade (mens erstatningsansvarets udstrækning helt afhænger af skadens størrelse). Det hidtidige ansvarssystem har været præget af en vis sammenblanding af klageregler og erstatningsregler, som især patienterne – men sikkert også mange læger – har haft svært ved at gennemskue. Mange ved ikke, at Patientklagenævnet m.v. ikke tager stilling til spørgsmål om erstatningsansvar, og en del indgiver klager alene for eventuelt at få et grundlag for at rejse erstatningskrav, herunder for ansøgning om fri proces. Selv om der er et vist slægtsskab mellem en erstatningsretlig culpavurdering og klageinstansens vurdering af, om lægelovens § 6 er overtrådt, er der ikke

25. Undtagelser forekommer naturligvis, måske navnlig i tilfælde, hvor domstolene har stillet større krav til agtpågivenheden, end de lægesagkyndige ville gøre. Som et muligt eksempel kan nævnes retssager om »glemte sager« ved operationer, jf. herom *B. V. Tidemand-Petersson: Lægeansvar* s. 104 ff, og fra nyere tid muligvis også urinlederlæsion ved operativ fjernelse af livmoderen, jf. UfR 1989.665 Ø og Retslægerådets årsberetning for 1990 s. 20 ff.

26. Jf. *Rapport* s. 40 om registreringer efter den såkaldte E-kode af komplikationer og uheld ved kirurgiske indgreb m.v.

nødvendigvis overensstemmelse mellem de to vurderinger²⁷ – rent bortset fra, at erstatningsansvar yderligere forudsætter årsagsforbindelse mellem fejl og skade. Domstolene støtter sig først og fremmest på de lægefagkyndige udtalelser fra Retslægerådet, men dette kan først aktiveres af patienten, når en retssag er anlagt. Retspraksis indeholder desuden adskillige eksempler på afvigelser mellem klageinstansens og Retslægerådets vurderinger, oftest – men ikke altid – således, at Retslægerådet anlægger en mildere vurdering af lægen.²⁸

Med PFL fjernes denne sammenblanding af erstatningssystem og klagesystem.²⁹ Når erstatningstildeling ikke længere beror på, om der er begået fejl, skal erstatningssystemet ikke på én gang tjene til at skaffe patienten økonomisk genopretning og udtrykke misbilligelse over for lægen. Læger og sygehusmyndigheder bliver derfor ikke længere tvunget ud i en defensiv indstilling, når der opstår spørgsmål om erstatning i anledning af indtrufne skader. Man kan aktivt medvirke til, at patienterne får de erstatninger, som retsreglerne berettiger til, uden derved at risikere en culpa-stempling af behandlingen. Dette er måske til syvende og sidst det vigtigste aspekt ved PFL: Når afgørelsen af erstatningssager ikke længere involverer konfrontationer mellem patienter og læger på grund af deres indbyrdes uforenelige interesser, kan hele erstatningsspørgsmålet blive afdramatiseret og tillidsforholdet mellem patienter og læger blive styrket. PFL inviterer til større åbenhed om risici ved lægebehandling – såvel dem, der kan undgås, som dem, der ikke kan. Samtidig er det formentlig dette aspekt, som navnlig har bidraget til at gøre PFL politisk attraktiv: Sundhedsvæsenet og dets image bør ikke belastes af nogle forholdsvis få sager årligt, som skaber mistillid og utilfredshed i brede kredse, hvad enten man fokuserer på proceduren for erstatningssagens behandling (især i tilfælde, hvor patienten vinder sagen) eller på selve erstatningsreglernes indhold (især i tilfælde, hvor patienten taber sagen).³⁰

27. Et slående eksempel er UfR 1971.141 H.

28. Jf. f.eks. UfR 1992.728 H, UfR 1989.1007 H, UfR 1985.755 H (afvigelse mellem på den ene side Sundhedsstyrelse og Retslægeråd og på den anden side Lægeforeningens Responsumudvalg), UfR 1985.470 Ø og UfR 1981.999 H, men omvendt i UfR 1983.801 Ø.

29. Jf. nedenfor kap. 10, afsnit 4, om forholdet til Patientklagenævnet.

30. Jf. *Rapport* s. 17 og *Bo von Eyben* i »Compensation for Personal Injury« (red. af Carl Oldertz og Eva Tidfelt, Stockholm 1988) s. 260.

2. Formålet med PFL og hovedtræk af ordningen

2.1. Formål

I bemærkningerne til lovforslaget er formålet med PFL beskrevet således:³¹

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

Som baggrund herfor henvistes til, at culpareglen findes uhensigtsmæssig, når det drejer sig om patientskader, og det fremhævedes særligt i den forbindelse, at det har vist sig vanskeligt for patienterne at føre bevis for lægelige fejl og årsagsforbindelse mellem fejl og skade, samt at det synes urimeligt, at skadede patienter skal igennem anstrengende retssager.

Formålet er således dobbelt: En *materiel* forbedring af patienters muligheder for at opnå erstatning for skader ved behandling m.v. og en *processuel* lettelse af den måde, hvorpå erstatninger opnås.

Den *materielle* udvidelse af erstatningsberettigelsen bygger på en afstandtagen fra culpareglens anvendelse på dette område. Formålet med at forlade culpareglen er dobbelt: Dels skal patienten befries for byrden ved at skulle føre bevis for, at lægen begik fejl, og for, at fejlen var årsag til skaden; dels skal patienten ikke være afskåret fra at få erstatning i tilfælde, hvor der ikke er begået fejl. Sammenholdes det sidstnævnte med de indvendinger mod culpareglen, som er fremhævet i den tilgrundliggende rapport,³² har man navnlig haft to tilfældegrupper for øje:

Den ene er de såkaldte *udviklingskader*, dvs. tilfælde, hvor en given behandlingsmetode senere viser sig at være behæftet med skadelige egenskaber, der på behandlingstidspunktet var *ukendte*, og som efter den daværende lægevidenskabelige indsigt og erfaring *ikke kunne være forudset*. Der tænkes i denne forbindelse særligt på tilfælde, hvor en behandlingsmetode, der befandt sig på forsøgsstadiet på behandlingstidspunktet, senere viser sig at være uhensigtsmæssig på grund af skaderisici, som man ikke havde kunnet tage i betragtning.

Den anden gruppe er de såkaldte *systemskader*, dvs. tilfælde, hvor en given behandlingsmetode er behæftet med en *kendt* risiko for skader, som efter det lægevidenskabelige udviklingstrin på behandlingstidspunktet *ikke kan undgås*. Der kan således være tale om en velkendt komplikationsrisiko

31. FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3270 (herefter citeret: *mot. sp.*).

32. Jf. *Rapport* s. 16 f.

ved en behandling, som anses for acceptabel, fordi risikoen er lille set i forhold til de gavnlige virkninger, behandlingen i almindelighed har.

Som begreberne udviklings- og systemskader er defineret her, skyldes deres indtræden ikke fejl fra lægens side, og de vil derfor ikke udløse ret til erstatning i henhold til culpareglen. Den tilsigtede udvidelse af erstatningsberettigelsen kan således ses som udtryk for, at patienterne ikke nødvendigvis bør bære risikoen for, at der indtræder udviklings- eller systemskader ved lægebehandling.

Den *processuelle* lettelse af vejen til erstatning er ligeledes primært udtrykt negativt: Det bør ikke være således, at patienten – om nødvendigt – skal gennemføre en retssag for at få fastslået en ret til erstatning. Sammenholdt med fremhævelsen af patientens bevisvanskeligheder peges der hermed på et system, hvor patienten ikke selv skal »føre« sin sag og herunder bevise, at betingelserne for erstatning er opfyldt. Lettelsen omfatter både de tilfælde, hvor patienten efter den hidtidige culparegel ville være berettiget til erstatning, og de tilfælde, hvor retten til erstatning beror på den udvidelse, som gennemførtes med PFL. Der tilstræbes for så vidt også en større sandsynlighed for, at de patienter, som efter culpareglen skulle være berettiget til erstatning, også faktisk får erstatning.

Sigtet er således en udvidelse og forbedring af erstatningsreglernes *genoprettende* funktion. Derimod er en mulig forbedring af deres *præventive* funktion ikke fremhævet som noget mål eller overhovedet nævnt i motiverne. Dette hænger formentlig sammen med, at et givet erstatningssystems evne til faktisk at kompensere opståede tab – i modsætning til en præventiv effekt – er en sikker og målelig funktion, og at den præventive effekt, som PFL kunne få, i hvert fald kun vil opnås indirekte, jf. ovenfor. Endnu vanskeligere vil det selvsagt være at vurdere, om patientforsikringen faktisk vil formå at styrke tillidsforholdet mellem patient og læge.

2.2. Oversigt over PFL

Som nævnt i afsnit 1.1. blev en no fault-model valgt til at realisere de nævnte mål. Der er *ikke* indført noget skærpet ansvar (objektivt ansvar eller culpaansvar med omvendt bevisbyrde) for læger m.v. PFL er som udgangspunkt en forsikringsordning, hvor forsikringen skal tegnes af dem, der driver de pågældende virksomheder (sygehuse m.v.), dog ikke hvis de vælger at være selvforsikrende. De driftsansvarliges erstatningspligt rækker ud fra en praktisk betragtning ikke ud over forsikringsdækningen. Retten til erstatning fra denne forsikringsordning beror således ikke på, at nogen person har pådraget sig ansvar for skaden, men alene på, om de særlige kriterier for erstatningsberettigelse i PFL er opfyldt. Indførelsen af et nyt skadereguleringssystem er knyttet sammen med forsikringspligten, idet ordningen administreres af en forening, der består af de forsik-

Kap. 1-2.2.

ringsselskaber, hvor patientforsikringer tegnes, og af repræsentanter for de myndigheder, der vælger at være selvforsikrende. Erstatningskrav skal anmeldes til denne patientforsikringsforening, der herefter selv varetager sagsoplysningen og tager stilling til, om betingelserne for erstatning er opfyldt.

PFL kan således opdeles i tre hovedafsnit:

- (I) *Erstatningsberettigelsen*, herunder omfanget af erstatningen (kap. 1);
- (II) *Finansieringen* af erstatningerne, dvs. erstatnings- og forsikringsordningen (kap. 2, §§ 9-11);
- (III) *Administrationen* af loven (kap. 2, §§ 12-17, samt kap. 3).

Ad I: Spørgsmålet om *erstatningsberettigelsen* kan opdeles i tre underproblemer: Fastlæggelsen af PFL's *dækningsområde* og af de *erstatningsberettigende skader* samt reglerne om selve *erstatningskravet*.

Dækningsområdet er fastlagt i § 1. Her tages således navnlig stilling til, hvor skaden skal være sket for overhovedet at falde ind under PFL. Men bestemmelsen indeholder samtidig nogle overordnede begrænsninger af, hvilke *former for skader* PFL dækker (kravet om, at der skal være tale om *fysisk* skade, og at den skal være påført *i forbindelse med* undersøgelse, behandling m.v.).

Den almindelige beskrivelse af de *erstatningsberettigende skader* findes i § 2, som er lovens centrale bestemmelse. Kriterierne heri er udtryk for, hvad PFL har sat i stedet for culpereglen. Desuden indeholder reglens første led en generel lempelse af kravene til bevis for årsagssammenhæng. Reglerne i § 2 suppleres dels med en række *præciseringer* og *begrænsninger* i § 3 (herunder udelukkelsen af dækning af lægemiddelskader, jf. nedenfor afsnit 5), dels af en *udvidelse* af dækningen i § 4 for de særlige persongrupper, som omfattes af PFL uden at være patienter (sunde forsøgspersoner og donorer).

Reguleringen af *erstatningskravet* indledes i § 5, stk. 1, med hovedreglen: Erstatningen *udmåles* og fastsættes i øvrigt i overensstemmelse med almindelige erstatningsretlige regler (dvs. de samme regler, som gælder for culpabaserede erstatningskrav), navnlig reglerne i lov om erstatningsansvar (EAL). Fra denne hovedregel opstilles en række undtagelser:

Erstatningskrav under en vis størrelse (*»bagatelgrænsen«*) dækkes ikke, jf. § 5, stk. 2 og 3.

PFL dækker kun patientens direkte erstatningskrav, ikke krav fra andre, der indirekte måtte lide tab i anledning af patientskaden (*»regreskrav«*), jf. § 5, stk. 4.

En patients eventuelle *medskyld* i skaden vurderes lempeligere end efter almindelige erstatningsretlige regler, jf. § 6.

Erstatningskrav efter PFL *forældes* efter andre regler end almindelige erstatningskrav, jf. § 19.

Endelig fastlægger reglerne i §§ 7, 8 og 8 a, hvordan erstatningskrav efter PFL skal *koordineres* med krav efter almindelige erstatningsretlige regler i tilfælde, hvor skaden er forvoldt på en måde, som efter disse regler ville udløse ansvar for lægen eller andre. Hovedprincippet er, at erstatningskravet i disse tilfælde *alene* kan rettes mod patientforsikringen, således at kravene »kanaliseres« til patientforsikringsordningen, og at patientforsikringsselskabet *ikke* derefter kan kræve erstatningen betalt (»gøre regres«) af den ansvarlige. Undtagelse fra dette princip gøres navnlig i tilfælde, hvor erstatningskrav kan støttes på reglerne om produktansvar.

Ad II: Erstatningsordningen er – formelt set – ikke opbygget som en ren forsikringsordning, således at erstatningskrav kun kan fremsættes mod vedkommende forsikringsselskab og derfor kun inden for de rammer, som forsikringen dækker. Udgangspunktet er nemlig efter § 9, at der gælder en *erstatningspligt* for dem, der er ansvarlige for driften af den institution (sygehuse m.v.), hvor skaden er sket. For så vidt er PFL ikke en egentlig no fault forsikringsordning. Realiteten er imidlertid en anden. Erstatningspligten skal efter § 10 være dækket af en forsikring, medmindre den erstatningspligtige er en offentlig myndighed, der efter § 11 vælger at være selvforsikrende. Forsikringspligten for (private) driftsansvarlige er i § 10, stk. 5, suppleret med en række pool-ordninger for de tilfælde, hvor forsikringen ikke – eller ikke fuldt ud – dækker erstatningspligten. Den erstatningspligt, som § 9 pålægger de driftsansvarlige, kan derfor kun få praktisk realitet i helt ekstreme situationer. Derudover har erstatningspligten dog naturligvis betydning i alle tilfælde, hvor selvforsikringsløsningen er valgt. Da kun offentlige myndigheder kan vælge at være selvforsikrende, har patienterne også i disse tilfælde sikkerhed for at få erstatningen.

Ad III: Administrationen af PFL er henlagt til den *patientforsikringsforening*, som er oprettet i henhold til § 12. Foreningen er en privat forening, men vedtægterne for dens styrelse og virksomhed fastsættes af sundhedsministeren. Den praktiske sagsbehandling varetages af foreningens sekretariat, der efter §§ 13 og 17 *ex officio* forestår sagsoplysningen m.v., dvs. at sekretariatet selv skal sørge for at indhente alle de oplysninger, der er nødvendige for at afgøre, om patienten er berettiget til erstatning, og – i så fald – *hvilken* erstatning der skal betales af vedkommende forsikringsselskab eller selvforsikrende myndighed.

De afgørelser, der træffes af patientforsikringsforeningen, kan indbringes for et *patientskadeankenævn* som *administrativ klageinstans*, jf. §§ 14

Kap. 1-2.2.

og 15. Efter de almindelige regler om domstolskontrol med forvaltningen kan ankenævnets afgørelse indbringes for *domstolene*, jf. § 16.

Endvidere er der i § 18 skabt hjemmel for en *administrativ samordning* med en eventuel kommende *lægemiddelforsikringsordning*, såvel ved førsteinstansens som ved klageinstansens sagsbehandling.

Endelig indeholder PFL en række almindelige bestemmelser om strafansvar (for overtrædelse af forsikringspligten, jf. § 20), om ikrafttræden (§ 21, jf. herom nedenfor afsnit 4) og om, at loven ikke gælder for Færøerne og Grønland (§ 22).

3. Lovforslagets behandling

Grundlaget for PFL blev lagt i en Rapport om Patient- og Lægemiddelforsikring (her citeret som: *Rapport*), der i 1986 blev afgivet af en arbejdsgruppe, der i 1984 var blevet nedsat af indenrigsministeriet (nu sundhedsministeriet). Arbejdsgruppen havde *ikke* til opgave at tage stilling til, om en patientforsikringsordning burde indføres og end mindre til at udarbejde et *lovforslag* herom. Rapporten indeholder derfor ikke direkte anvendelige bidrag til fortolkningen af PFL's enkelte bestemmelser, men da loven på væsentlige punkter, især med hensyn til afgrænsningen af de erstatningsberettigende skader, bygger på de principper, som er opstillet i rapporten, har den alligevel betydning som en generel rettesnor for sigtet med PFL.

Arbejdsgruppen skulle navnlig undersøge omfanget af problemet (dvs. antallet af skader, såvel culpøse som hændelige), hensigtsmæssige kriterier for en offentligt reguleret patientforsikringsordning, der omfatter (også) hændelige skader, samt skitsere mulige modeller for en sådan forsikringsordning.³³ For så vidt angår det første punkt afspejler rapporten den ringe viden om det virkelige antal skader, jf. ovenfor. Hovedparten af rapporten vedrører afgrænsningskriterierne, dvs. dækningsområdet, de erstatningsberettigende skader samt erstatningsposterne. anbefalingerne i rapporten blev – for så vidt angår de to sidstnævnte spørgsmål – fulgt i PFL. For så vidt angår organisationen pegede rapporten på forskellige modeller, hvor valget navnlig stod mellem en statslig ordning og en ordning, der blev finansieret og administreret af sundhedsvæsenets arbejdsgivere; i PFL valgte man den sidstnævnte model.

33. Jf. *Rapport* s. 8.

Lovforslaget blev første gang fremsat d. 19/2 1987³⁴ af den daværende regering (Venstre, Konservative, Kristeligt Folkeparti og Centrumdemokraterne). Forslaget blev ved 1. behandlingen positivt modtaget af samtlige partier.³⁵ Enkelte indvendinger fra oppositionspartierne (Socialdemokratiet og Socialistisk Folkeparti) vedrørte navnlig visse begrænsninger i dækningen, især udeladelsen af psykiske skader og lægemiddelskader, ligesom der blev sat spørgsmålstegn ved bagatelgrænsens størrelse. Derimod blev der ikke af noget parti sat spørgsmålstegn ved finansieringen, hverken med hensyn til udgifternes størrelse (som – også – ifølge ministeren var vanskelige at skønne over) eller med hensyn til krav om kompenserende besparelser andetsteds.

Lovforslaget nåede ikke at blive færdigbehandlet i folketingsåret 1986/87 og blev derfor genfremsat af regeringen d. 14/1 1988.³⁶ Forslaget var i det væsentlige identisk med det tidligere fremsatte, dog med den ændring, at dækningsområdet blev præciseret, og at der direkte i lovteksten blev anført en beløbsmæssig maksimering af forsikringspligten (til 30 mio. kr. pr. år for hver dækket medicinalperson), kombineret med en forsikringspool-ordning bl.a. for de tilfælde, hvor erstatningen oversteg dette beløb. Også dette forslag blev positivt modtaget ved 1. behandlingen.³⁷ Oppositionspartierne gentog de samme indvendinger som tidligere, suppleret med en vis bekymring over lovens særlige forældelsesfrist samt over, at forsikringsselskaberne skulle administrere ordningen.

Lovforslaget var nær vedtagelse, da det bortfaldt ved valget i maj 1988. Efter valget, hvor Kristeligt Folkeparti og Centrumdemokraterne trådte ud af regeringen, og Det radikale Venstre trådte ind, viste den nye regering mindre interesse for at fremme lovforslaget.³⁸ En vis betydning havde det formentlig, at det – navnlig fra Amtsrådsforeningen og Assurandørsocietetet – var blevet indvendt, at det foreslåede maksimum for forsikringspligten ville gøre det meget dyrt at tegne genforsikring. Man skønnede, at de samlede udgifter ville kunne løbe op på 225-275 mio. kr. mod de oprindeligt anslåede ca. 90 mio. kr.³⁹ Amtsrådsforeningen havde endvidere, sammen med lægemiddelbranchens organisationer, fremsat kri-

34. Lovforslag nr. L 210, FT 1986-87, tillæg A, sp. 4483-4532. Forinden havde Socialdemokratiet d. 4/11 1986 fremsat et beslutningsforslag (nr. B 31, FT 1986-87, tillæg A, sp. 1439-1442) om etablering af en patientforsikringsordning, som blev afvist under henvisning til det bebudede lovforslag, jf. FT 1986-87, sp. 3164-3172.

35. Jf. FT 1986-87, sp. 8625-8641.

36. Lovforslag nr. L 151, FT 1987-88, 1. samling, tillæg A, sp. 3031-3084.

37. Dog denne gang ikke af Fremskridtspartiet, jf. FT 1987-88, 1. samling, sp. 6277-6290.

38. I lovkataloget fra oktober 1988 nævntes det, at lovforslag *eventuelt* ville blive fremsat igen, men det skete ikke.

39. Jf. *Rapport* s. 138 (83-96 mio. kr., heri dog ikke medregnet besparelser ved en bagatelgrænse); det understregedes dog, at beregningerne var yderst usikre. Eventuelle udgifter til genforsikring blev ikke nævnt her.

Kap. 1-3.

tik af forslaget om, at Den sociale Ankestyrelse skulle være klageinstans, dels fordi man mente, at den savnede ekspertise på området, dels fordi det ville hindre en administrativ samordning med en lægemiddelforsikringsordning.⁴⁰

Da det efterhånden stod klart, at regeringen ikke ville genfremsætte lovforslaget, valgte oppositionen (Socialdemokratiet og Socialistisk Folkeparti) at gøre det, idet disse partier d. 22/3 1990 fremsatte et forslag,⁴¹ der var gødisk med det, som den tidligere regering havde fremsat d. 14/1 1988. Regeringspartierne afviste imidlertid nu forslaget, først og fremmest under henvisning til, at der til finansiering af ordningen måtte gennemføres tilsvarende besparelser på andre områder.⁴²

Regeringspartierne fremførte dog også en række indvendinger mod ordningens indhold, som – især når de sammenholdes med de samme partiers tilslutning til det tidligere, identiske forslag – næppe skal tages særligt alvorligt, da de formentlig navnlig skulle tjene til at få den rent fiskalt betingede, politiske nedprioritering til at tage sig mere saglig ud.⁴³ Ordførerne havde tilsyneladende nu glemt alt om de indvendinger, der tidligere var blevet fremført mod culpereglen og dens funktion på lægeansvarsområdet. De hæftede sig i stedet ved en række påståede, negative konsekvenser af en udvidelse af erstatningsberettigelsen: Lægerne ville blive mere tilbageholdende med at gennemføre risikofyldte operationer eller med at tage nye behandlingsmetoder i anvendelse, tilliden til sundhedsvæsenet ville lide skade, og patienters formodning om, at et mindre vellykket behandlingsresultat måtte skyldes fejl, ville blive styrket, etc. Dette skræmmebillede er helt ude af trit med, at patientforsikringsordningen netop ikke bygger på en udvidelse af lægernes erstatningsansvar. Paradoksalt er i den sammenhæng fremhævelsen af, at ansvaret netop bør være et personligt ansvar for lægen – hvilket jo i øvrigt heller ikke er culpareglens virkelighed, jf. ovenfor afsnit 1.2.2.

Heller ikke dette lovforslag blev færdigbehandlet inden sommeren (1990), og det blev herefter genfremsat af de samme partier d. 8/2 1991.⁴⁴ I mellemtiden var regeringen efter folketingsvalget i december 1990 igen blevet omdannet, idet Det radikale Venstre herefter udtrådte af regeringen. Navnlig dette partis indstilling synes ganske at have været bestemt af, om det sad med i regeringen eller ej, idet det nu vendte tilbage til sin tidligere tilslutning til lovforslaget. Regeringspartierne (Konservative og Venstre)

40. Jf. de to organisationers »Redegørelse om etablering af patientforsikring og frivillig erstatningsordning for lægemiddelskader og forslag til fællesløsning«, marts 1988.

41. Lovforslag nr. L 211, FT 1989-90, tillæg A, sp. 5283-5336.

42. Jf. FT 1989-90, sp. 8281-8299.

43. Jf. *Bo von Eyben* i »Suum Cuique« (Retsvidenskabelige afhandlinger, Københavns Universitet, 1991) s. 10 ff.

44. Lovforslag nr. L 144, FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, sp. 3259-3312.

fastholdt derimod deres modstand, men gentog dog ikke de forrige gang fremførte indvendinger mod ordningen som sådan.⁴⁵ Regeringen erklærede sig således villig til at diskutere mulighederne for og omfanget af en patientforsikringsordning, dog under forudsætning af, at den alene tog sigte på alvorlige skader. Men regeringen krævede fortsat en afklaring af, hvordan merudgifterne skulle finansieres.

I denne situation, hvor venstrefløj stod over for højrefløj,⁴⁶ blev det – som så ofte i dansk politik – midterpartierne, der afgjorde lovforslagets skæbne. Siden udtrædelsen af regeringen i 1988 havde indstillingen hos Centrumdemokraterne og i Kristeligt Folkeparti været noget uklart. Partierne havde ikke vendt sig imod forslaget, men havde på den anden side understreget, at de ønskede at optræde »økonomisk ansvarligt«. Det politiske kompromis, der herefter blev indgået i Folketingets Sundhedsudvalg, bestod først og fremmest i, at lovens *dækningsområde blev begrænset til sygehussektoren*, således at private (autoriserede) medicinalpersoner – privatpraktiserende læger, speciallæger, tandlæger m.v. – blev holdt udenfor.⁴⁷

Dette kompromis må formentlig ses på baggrund af de ovenfor nævnte synspunkter vedrørende merudgifter ved genforsikring, som navnlig antoges at ville medføre store præmiestigninger for privatpraktiserende læger m.v. Lægeforeningen, der ellers hele tiden havde støttet forslaget, gav således i en henvendelse til Sundhedsudvalget udtryk for betænkelighed ved finansieringen, idet man mente, at det offentlige – og ikke lægerne – burde bære den usikkerhed, som navnlig for praksissektoren ville være forbundet med præmiefastsættelsen, eller subsidiært, at praksissektoren blev kompenseret for merudgifterne ved en forøgelse af honorarerne.

Flertallet i Sundhedsudvalget lagde vægt på, at den foreslåede begrænsning kun ville ramme omkring 10% af de skader, som patientforsikringen ellers skulle have dækket.⁴⁸ Hertil indvendte sundhedsministeren,⁴⁹ at begrænsningen (derfor) næppe ville give væsentlige besparelser, at patienter, der behandles i den primære sundhedssektor for samme lidelser som på et sygehus, med god grund kunne opfatte den ringere dækning i den primære sektor som

45. Jf. om 1. behandlingen af lovforslaget, FT 1990-91, 2. samling, sp. 3170-3181.

46. Fremskridtspartiet, der fortsat var modstander af lovforslaget (og i øvrigt – urigtigt – hævdede, at dets modstand havde været konsekvent), havde d. 1/2 1991 fremsat et forslag til folketingsbeslutning om »privat lægeansvarsforsikring« (nr. B 24, FT 1990-91, 2. samling, jf. 1. behandlingen sp. 2437-2453), der ville pålægge alle læger m.v. (inkl. sygehusansatte!) en pligt til at tegne og betale for en ansvarsforsikring; det var dog noget uklart, i hvilket omfang denne forsikring skulle omfatte ansvar i videre omfang end efter culpereglen.

47. Jf. Sundhedsudvalgets betænkning over lovforslaget, FT 1990-91, 2. samling, tillæg B, sp. 793-802, og 2. behandlingen i Folketinget, FT 1990-91, 2. samling, sp. 6640-6642.

48. Grundlaget for denne antagelse er ikke oplyst; den harmonerer tilsyneladende ikke godt med erfaringerne fra Sverige, jfr. *Rapport* s. 167 f, der viste, at ca. 23% af de erstatningsberettigende skader indtræffer inden for den private del af sundhedsvæsenet.

49. Sundhedsministerens besvarelse af spørgsmål 5 fra Sundhedsudvalget (utrykt).

Kap. 1-3.

uretfærdig, og at forskellen kunne skade bestræbelserne for at udlægge flere behandlingsopgaver fra sygehusvæsenet til den primære sundhedssektor. Regeringspartierne mente derfor, at dersom lovforslaget skulle gennemføres, ville man bedre imødekomme flertallets ønsker om at undgå væsentlige merudgifter for de privatpraktiserende læger m.v., hvis man fulgte de af sundhedsministeren fremsatte ændringsforslag, som navnlig indebar, at den beløbsmæssige fastsættelse af forsikringssummen blev taget ud af loven (således at beløbene kunne fastsættes mere individuelt under hensyn til omfanget af den risiko for skader, som vedkommende type medicinalperson frembyder), og at der blev åbnet mulighed for, at kommunerne kunne overtage forsikringspligten for den primære sundhedssektor i kommunen (f.eks. således, at en amtskommune kunne tegne en kollektiv patientforsikring for alle privatpraktiserende læger i amtskommunen). Flertallet fastholdt imidlertid, at det ville gennemføre lovforslaget med det begrænsede dækningsområde og afviste følgelig disse ændringsforslag. Ved 2. behandlingen viste det sig imidlertid, at flertallet »efter en teknisk gennemgang« kunne støtte ændringsforslagene – som dog i det væsentlige ville være uden betydning, netop fordi den primære sundhedssektor blev holdt uden for loven.

Selv om det ikke fremgår af de offentliggjorte forhandlinger, må man gå ud fra, at et andet hovedelement i det politiske kompromis var, at oppositionspartierne *afstod* fra de tidligere fremsatte ønsker om forskellige *udvidelser*: Medtagelsen af psykiske skader og lægemiddelskader, nedsættelse af bagatelgrænsen og en eventuel udvidelse af forældelsesfristen. På alle disse punkter blev loven derfor gennemført som oprindeligt foreslået.

Derimod accepteredes en række ændringsforslag, stillet af sundhedsministeren, til imødekommelse af kritikken fra især Amtsrådsforeningen og lægemiddelbranchen, jf. ovenfor: Dels blev Den Sociale Ankestyrelse som administrativ klageinstans erstattet af et særligt patientskadeankenævn, dels blev der tilvejebragt hjemmel for en administrativ koordinering mellem patientforsikringen og en eventuel, branchetabletret lægemiddelforsikringsordning.

Efter 2. behandlingen blev der fremsat yderligere nogle ændringsforslag til præcisering af dækningsområdet,⁵⁰ og forslaget blev herefter vedtaget ved 3. behandlingen d. 27/5 1991 med 63 stemmer (Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti, Centrumdemokraterne, Det radikale Venstre og Kristeligt Folkeparti) mod 46 (Konservative, Venstre og Fremskridtspartiet).⁵¹

De vigtigste bidrag til fortolkning af loven findes i bemærkningerne til lovforslaget (»motiverne«), der – som nævnt i note 44 ovenfor – er trykt i Folketingstidende (FT) 1990-91, 2. samling, tillæg A, sp. 3259-3312, og

50. Jf. Sundhedsudvalgets tillægsbetænkning i FT 1990-91, 2. samling, tillæg B, sp. 1427-1432.

51. Jf. FT 1990-91, 2. samling, sp. 6714-6720.

som her citeres som: *mot. sp.* (spaltenummer). Af betydning er endvidere en række af de svar, som sundhedsministeren afgav til Sundhedsudvalget, også ved de tidligere behandlinger af lovforslaget; disse findes ikke trykt. Ved læsning af motiverne må det erindres, at de refererer til det oprindelige lovforslag og således ikke afspejler de senere ændringsforslag. Betydningen af disse er kun sparsomt belyst i Sundhedsudvalgets betænkninger.⁵² Det afgørende politiske kompromis – begrænsningen til sygehussektoren – blev indgået i sidste øjeblik, og der var åbenbart ikke tid til en nøje gennemgang af lovforslaget med henblik på en vurdering af konsekvenserne af denne ændring. Resultatet blev en række fejl og uklarheder i lovteksten. En af fejlene var, at lovforslagets bestemmelse om ophævelse af vaccinationserstatningsloven skulle have været fjernet, idet der ellers ville opstå et utilsigtet hul i dækningen med hensyn til skader forårsaget af vaccinationer hos privatpraktiserende læger m.v.

Sundhedsministeren fremsatte derfor d. 30/10 1991 forslag om en række ændringer i loven – om opretholdelse af vaccinationserstatningsloven samt ændring af reglerne om produktansvar og om godkendelse af forsikrings-selskaber; begge de sidstnævnte regler i den oprindelige lov fandtes at være i strid med EF-regler.⁵³ Dette forslag blev vedtaget med alle partiers stemmer bortset fra Fremskridtspartiets. Ikke alle uklarheder blev dog rettet ved denne lejlighed,⁵⁴ og der opstod enkelte nye fejl.⁵⁵ Meningsforstyrrende er disse dog ikke. Lovteksten er optrykt som *bilag 1*.

Begrænsningen af dækningen til skader inden for sygehussektoren vil dog muligvis ikke blive fastholdt længe. Flere af ordførerne for de partier, som udgjorde flertallet for lovforslaget, fremhævede, at vedtagelsen kun var et første skridt, og at området ville blive fulgt nøje med henblik på en eventuel senere udvidelse af dækningsområdet. Anledningen hertil kunne navnlig tænkes at blive en eller flere alvorlige skader forvoldt af en privatpraktiserende læge, uden at der foreligger culpa, men hvor skaden ville have været dækket af PFL, dersom den var indtrådt på et sygehus.

52. Jf. henvisningerne hertil ovenfor note 47 og 50.

53. FT 1991-92, lovforslag nr. L 73; sp. 1502-1506 (1. behandling), sp. 8341-8343 (2. behandling) og sp. 8489-8490 (3. behandling). Den vedtagne lovændring har lov nr. 239 af 8/4 1992.

54. Formuleringen af §8 er fortsat ikke afpasset efter den gennemførte begrænsning af lovens dækningsområde.

55. I §10, stk. 6, skulle en henvisning til samme §'s stk. 4 være rettet til stk. 5, og tilsvarende skulle henvisninger i §10, stk. 4, og §10, stk. 5, nr. 2, til stk. 2 være rettet til stk. 3. Disse fejl er uden videre blevet rettet i den udstedte lovbekendtgørelse (lbkg. nr. 849 af 14/10 1992), hvilket næppe er en helt korrekt fremgangsmåde. – En af de fejl, der blev rettet ved ændringsloven, var en ren trykfejl, idet det afgørende ord i §2, stk. 1, nr. 3 (ordet »efterfølgende«) var gledet ud. I bemærkningerne til denne rettelse siges det, at det hermed sikres, at vurderingen som forudset ville være en »ren efterfølgende vurdering af skadens uundgåelighed«; i det sidste ord er der et »u« for meget!

4. Ikrafttræden

PFL trådte i kraft d. 1/7 1992, jf. §21, dvs. godt et år efter vedtagelsen af hensyn til arbejdet med etablering af patientforsikringsforeningen m.v., herunder udarbejdelse af de nødvendige bekendtgørelser. Også ændringsloven trådte i kraft d. 1/7 1992.

Loven finder kun anvendelse på skader, der *forårsages* efter ikrafttrædelsestidspunktet. Reglen står i modsætning til f.eks. ikrafttrædelsesbestemmelsen i EAL §28, hvorefter det afgørende for denne lovs anvendelse var tidspunktet for skadens *indtræden*. Forskellen beror på, at EAL i det væsentlige kun havde betydning for udmålingen af erstatningskrav, hvorimod PFL vedrører grundlaget for patienters erstatningskrav. Det ville derfor medføre større usikkerhed ved præmieberegningen, hvis PFL skulle have en vis tilbagevirkende kraft ved at omfatte skader, der var forårsaget inden d. 1/7 1992, men hvor de skadelige følger indtrådte efter dette tidspunkt. Sådanne skader skal derfor afgøres på grundlag af almindelige erstatningsretlige regler.

En skade er »forårsaget« på det tidspunkt, hvor det *erstatningsbegrundende forhold er udvist*. PFL dækker således kun skader, hvor den undersøgelse eller behandling m.v., som (i øvrigt) begrunder kravet på erstatning, er foretaget d. 1/7 1992 eller senere. I relation til f.eks. §2, stk. 1, nr. 1, er det afgørende, om den undersøgelse, behandling m.v., som en erfaren specialist ville have gjort anderledes, således at skaden var blevet afværget, er foretaget d. 1/7 1992 eller senere; er den foretaget før dette tidspunkt, dækker PFL ikke skaden. Samme princip gælder ved undladelser. Hvis f.eks. det erstatningsbegrundende forhold er, at der ikke af lægen blev iværksat de undersøgelser, som ville have afsløret den rette diagnose, jf. §3, stk. 1, er det afgørende det tidspunkt, hvor en erfaren specialist ville have foretaget disse undersøgelser. Indtræder der en komplikation ved et kirurgisk indgreb, som (i øvrigt) omfattes af §2, stk. 1, nr. 4, er det afgørende tidspunkt, hvornår komplikationen under operationen er forårsaget (f.eks. det tidspunkt, hvor kirurgen overskærer en nerve).

Forårsagelsestidspunktet er samtidig udgangspunktet for beregningen af den 10-årige forældelsesfrist i lovens §19, stk. 2, jf. nedenfor kap. 7, afsnit 5.

Skader, der er forårsaget inden d. 1/7 1992, skal som nævnt bedømmes efter almindelige erstatningsretlige regler. Det spørgsmål kan rejses, om praktiseringen af disse regler kan tænkes at blive påvirket af PFL i ansvarssager, der kommer til pådømmelse efter d. 1/7 1992. Som udgangspunkt må dette spørgsmål utvivlsomt besvares benægtende. PFL er en særegen erstatnings- og forsikringsordning, der som nævnt ikke bygger på en skærpelse af det traditionelle ansvar for læger m.v. En direkte afsmittende virkning er derfor

ikke sandsynlig. Derimod kan det næppe helt udelukkes, at gennemførelsen af PFL kan bidrage til at forstærke tendenserne i retspraksis til i visse tilfælde at skærpe culpaansvaret, måske særligt i tilfælde, hvor der er indtrådt komplikationer i forbindelse med et kirurgisk indgreb el. lign., som ville berettige til erstatning i henhold til PFL §2, stk. 1, nr. 4, dersom skaden var forårsaget efter d. 1/7 1992. Man kan også forestille sig, at det ansvarsforsikringsselskab, som erstatningskrav rejses mod (i praksis navnlig KgF), vil være mindre tilbøjelig til at anfægte et fremsat krav, selv om det er tvivlsomt, om der foreligger et sædvanligt ansvarsgrundlag, dersom kravet – bortset fra forårsagelsestidspunktet – klart ville falde ind under PFL.

PFL indeholder ingen revisionsbestemmelse, men der vil senest 5 år efter dens indførelse blive foretaget en samlet vurdering af ordningens tilrettelæggelse.⁵⁶

5. Lægemedelforsikringsordning

Efter PFL §3, stk. 3, dækker loven ikke skader, der skyldes egenskaber ved de lægemidler, der er anvendt ved undersøgelse, behandling el. lign.; samme begrænsning gælder også ved forsøg (afprøvning af lægemidler), jf. §4, stk. 2. Den nærmere afgrænsning mellem lægemiddelskader og skader, der dækkes af PFL, behandles nedenfor kap. 4, afsnit 1.2.

Baggrunden for denne begrænsning er, at skader, der skyldes egenskaber ved de anvendte lægemidler, er omfattet af reglerne om *produktansvar*, herunder loven om produktansvar (PAL). Et lægemiddel er et »produkt« i disse reglers forstand, jf. PAL §3, mens lægebehandling er en *tjenesteydelse*, der – ligesom andre tjenesteydelser – falder uden for reglerne om produktansvar. PAL blev gennemført til opfyldelse af et EF-direktiv fra 1985 om tilnærmelse (harmonisering) af medlemsstaternes regler om produktansvar. Direktivet er tvingende for medlemsstaterne, således at de var forpligtede til at gennemføre en lovgivning i overensstemmelse med direktivets indhold (et såkaldt »maksimumdirektiv«). Kun på enkelte punkter gav direktivet medlemsstaterne en vis valgmulighed: De kunne således vælge at medtage et ansvar for *udviklingsskader* (jf. om begrebet ovenfor afsnit 2.1), og de kunne vælge at gennemføre en vis beløbsmæssig *begrænsning* af ansvaret. Ingen af disse muligheder blev dog udnyttet i PAL. Spørgsmålet blev overvejet netop i forbindelse med ansvaret for skader forårsaget af lægemidler. En endelig stillingtagen blev udskudt, fordi der samtidig førtes forhandlinger om etablering af en frivillig lægemedelforsikringsordning, jf. nedenfor.

56. Jf. *mot. sp.* 3281.

Kap. 1-5.

I bemærkningerne til forslaget til PAL blev det således anført,⁵⁷ »at en nærmere vurdering af, om maksimeringen bør indføres for skader forårsaget af lægemidler, først kan foretages, når der foreligger mere præcise oplysninger om den frivillige ordnings indhold«, og i Retsudvalgets betænkning fremhævede flertallet bag lovforslaget,⁵⁸ »at man, såfremt ordningen ikke gennemføres eller ikke får et tilfredsstillende indhold, vil tage spørgsmålet om ansvar for udviklingsskader ved medicinalprodukter op til fornyet vurdering med henblik på lovgivning.«

EF-direktivet gav derudover medlemsstaterne mulighed for at *opretholde* særlige ansvarsordninger på medicinalvareområdet, der var gældende på det tidspunkt, hvor direktivet blev bindende, forudsat at de sikrede forbrugerne en effektiv beskyttelse. En sådan ordning fandtes dog blandt EF-landene kun i Tyskland.

PAL indeholder – i overensstemmelse med EF-direktivet – bl.a. to begrænsninger af produktansvaret, som har særlig betydning for ansvaret for lægemiddelskader:

For det første er ansvaret betinget af, at produktet er *defekt*, dvs. at det ikke frembyder den sikkerhed, som med rette kan forventes (under hensyn til bl.a. markedsføringen og den anvendelse, der med rimelighed kan forventes), jf. PAL § 5.

For det andet er ansvaret betinget af, at skadelidte fører bevis bl.a. for, at der er *årsagsforbindelse* mellem defekten og skaden, jf. PAL § 6, stk. 2.

Selv om det ikke er en betingelse for ansvar efter PAL, at der føres bevis for, at defekten skyldes en fejl (*culpa*), vil disse to betingelser *oftest udelukke et produktansvar for lægemiddelskader*.⁵⁹ Langt de fleste skader, der skyldes egenskaber ved lægemidler, er *systemskader*⁶⁰ (jf. om begrebet ovenfor afsnit 2.1.), idet de skyldes kendte, men uundgåelige bivirkninger ved lægemidler. Forudsat at der ved markedsføringen er givet tilstrækkelig information om risikoen for sådanne bivirkninger, gør denne risiko ikke lægemidlet »defekt« i PAL's forstand. Selv om det skulle være muligt at føre bevis for, at et lægemiddel er defekt, viser retspraksis desuden, at det kan være vanskeligt at føre bevis for, at skaden er forårsaget heraf.⁶¹ Den hyppigste skadesårsag er formentlig, at der begås fejl i forbindelse med ordinerings m.v. af lægemidlet; i så fald er skadesårsagen imidlertid ikke selve lægemidlets egenskaber, og man er da uden for området for PAL – og inden for området af PFL, jf. nedenfor kap. 4, afsnit 1.2.

Hvis der skulle indføres en erstatningsordning for lægemiddelskader,

57. FT 1988-89, 1. samling, tillæg A, sp. 1611.

58. FT 1988-89, 1. samling, tillæg B, sp. 1773.

59. Jf. *Rapport* s. 155.

60. Jf. *ibid.* s. 151 f.

61. Jf. navnlig UfR 1989.135 H om sammenhængen mellem p-piller og blodpropper; se nærmere herom nedenfor kap. 3, afsnit 2.4.

der var parallel med PFL's dækning af behandlingsskader m.v. i øvrigt, måtte det derfor forudsætte, at der blev givet en vis dækning af systemskader (principielt svarende til PFL's dækning af visse uundgåelige komplikationer ved behandling), og at beviskravene vedrørende kausalitet blev lempet (principielt svarende til PFL's lempelse, hvorefter en overvejende sandsynlig årsagssammenhæng er tilstrækkelig). Begge dele ville imidlertid stride mod EF-direktivet, og det er derfor *ikke muligt ved lov at pålægge lægemiddelproducenter (og -importører m.v.) et sådant udvidet ansvar*.⁶²

Derimod er EF-direktivet ikke til hinder for, at lægemiddelbranchen *frivilligt* påtager sig et ansvar, der rækker ud over direktivets. Som nævnt ovenfor afsnit 1.1. erklærede brancherepræsentanter sig allerede i 1983 villige til at påtage sig et sådant ansvar, forudsat at der kunne etableres en forsikringsmæssig afdækning af risikoen, at ansvaret kunne maksimeres, og at der blev etableret et system, der kunne sikre en hurtig og smidig sagsbehandling.⁶³ Sidenhen har brancheorganisationerne⁶⁴ arbejdet med udkast til en *frivillig lægemiddelforsikringsordning*, der opfyldte disse krav. Denne forsikringsordning skulle imødekomme behovet for en udvidelse af ansvaret på de nævnte punkter. Det skulle således ikke være nogen betingelse for retten til erstatning, at skadelidte skal bevise, at lægemidlet var »defekt«, eller at dette var årsag til skaden, idet der alene skal tilvejebringes en overvejende sandsynlighed for, at skaden var forårsaget ved brug af lægemidler.⁶⁵ Forsikringen ville herefter dække visse systemskader (bl.a. under hensyn til, hvilke bivirkninger man med rimelighed må acceptere), og den ville ikke indeholde noget forbehold vedrørende udviklingsskader.

Det var endvidere fra starten en forudsætning, at der blev gennemført en patientforsikringsordning – en forudsætning, som man dog syntes tilbøjelig til at frafalde på et tidspunkt, hvor der ikke var udsigt til, at PFL ville blive gennemført. Trods vedtagelsen af PFL er der imidlertid *endnu ikke tilvejebragt nogen lægemiddelforsikringsordning*.

På et spørgsmål fra Folketingets Sundhedsudvalg,⁶⁶ om justitsministeriet overvejede ændring af produktansvarsloven, jf. ovenfor, svarede ministeriet,⁶⁷ at

62. Jf. *Rapport* s. 155 f, sundhedsministeriets (og justitsministeriets) svar af 7/4 1988 på spørgsmål 25 ad lovforslag L 151 (FT 1987-88, 1. samling) fra Sundhedsudvalget.

63. Jf. Rapport fra Seminar om patient- og lægemiddelforsikring s. 51 ff.

64. Det er: MEFA (Foreningen af Danske Medicinfabrikker), MEDIF (Medicinalimportørforeningen), B.F.I.D. (Brancheforeningen af Farmaceutiske Industrivirksomheder i Danmark), Danmarks Apothekerforening og DAK-Laboratoriet A/S (Danmarks Apothekerforenings Kontrollaboratorium).

65. Jf. om forslaget til lægemiddelforsikringsordning, Redegørelse om etablering af patientforsikring og frivillig erstatningsordning for lægemidler og forslag til fællesløsning, 1988, s. 12 ff.

66. Spørgsmål 90 (Alm. del – bilag 1945) af 11/1 1990.

67. Skrivelse af 2/3 1990 (j. nr. 1990-46002-147).

Kap. 1-5.

lægemiddelbrancheorganisationerne havde oplyst, at der var opnået principiel enighed mellem organisationerne om at søge gennemført en lægemiddelforsikringsordning, at der var opnået principiel enighed, herunder med et forsikrings-selskab, om ordningens udformning, at man fortsat arbejdede med at fastlægge de endelige vilkår med henblik på snarest muligt at etablere ordningen, men at MEDIF havde rejst spørgsmål om ordningens forenelighed med EF-reglerne, hvorfor denne forening ville forelægge spørgsmålet for EF-kommis-sionen.

Da en frivillig lægemiddelforsikringsordning som nævnt ikke vil være i strid med EF-direktivet om produktansvar, er det svært at se, hvori den eventuelle uforenelighed med EF-reglerne skulle ligge.

Som nævnt ovenfor afsnit 3 lagde bl.a. lægemiddelbranchen afgørende vægt på, at der blev åbnet mulighed for en vis samadministration af patientforsikringen og en lægemiddelforsikringsordning. En væsentlig anstødssten var navnlig det oprindelige forslag om, at Den sociale Ankestyrelse skulle anvendes som klageinstans, idet lægemiddelbranchen ikke kunne acceptere dette organ som klageinstans for afgørelser vedrørende lægemiddelskader. Dette standpunkt var den direkte anledning til, at der i stedet oprettedes et særligt patientskadeankenævn, og til, at der i PFL § 18 blev indføjet en særlig hjemmel til godkendelse af et nærmere samarbejde mellem de to ordninger.

Dersom en – tilfredsstillende – lægemiddelforsikringsordning ikke bliver etableret på frivilligt grundlag, opstår spørgsmålet, om lægemiddelskader på anden måde kan blive inddraget under PFL. EF-direktivet om produktansvar er som nævnt til hinder for, at der ved lov pålægges lægemiddelproducenter og -importører et videregående ansvar. Mere tvivlsomt er, om direktivet også er til hinder for, at *patientforsikringen selv overtager* et sådant ansvar med adgang til at rejse regreskrav mod lægemiddelproducenten i de tilfælde, hvor et ansvar for en lægemiddelskade kan støttes på produktansvarsreglerne.⁶⁸

I forbindelse med besvarelsen af det i note 66 nævnte spørgsmål udtalte justitsministeriet, at EF-direktivet ikke kunne antages at være til hinder for, »at en skadelidt får mulighed for at få erstatning fra patientforsikringen, der herefter, hvis det drejer sig om en produktskade, kan indtræde i skadelidtes krav mod producenten.« Justitsministeriet tilføjede, at en patient dog altid skal være berettiget til at rette et erstatningskrav, der hviler på produktansvarsreglerne, direkte mod lægemiddelproducenten; dette synspunkt imødekommes i øvrigt ved reglen i § 8 a.

Der blev i den forbindelse tillige draget en parallel til patientforsikringens dækning af skader, der skyldes fejl eller svigt i apparatur m.v., der anvendes ved behandlingen, jf. PFL § 2, stk. 1, nr. 2. Patientforsikringen dækker sådanne skader, uanset om skadesårsagen er en defekt ved apparaturet. Hvis skades-

68. Jf. *Bo von Eyben* i NFT 1992 s. 242.

årsagen er en defekt, kan patientforsikringselskabet rejse regreskrav efter produktansvarsreglerne mod producenten, ligesom patienten i disse tilfælde kan vælge at rette sit erstatningskrav direkte mod producenten, jf. nærmere nedenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.2. Navnlig Forbrugerrådet gjorde i en tidlig høringskrivelse gældende,⁶⁹ at det derfor var inkonsekvent ikke at gennemføre en tilsvarende ordning for lægemiddelskader, således at patienten under alle omstændigheder kunne holde sig til én forsikringsordning.

Der er imidlertid den afgørende forskel på de to områder, at »fejl eller svigt« i teknisk apparatur m.v. i den helt overvejende del af tilfældene vil skyldes en defekt i produktansvarsreglernes forstand, mens lægemiddelskader meget sjældent skyldes defekter ved lægemidler, jf. ovenfor. Reglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 2, betegner derfor kun en beskeden udvidelse af dækningen i forhold til produktansvaret, hvorimod en dækning under PFL af lægemiddelskader ville indebære, at den helt overvejende ville blive *finansieret af andre* end lægemiddelproducenter m.v. (nemlig af sygehusejere m.v. for så vidt angår alle de lægemiddelskader, hvor der ikke er grundlag for at rejse regreskrav mod producenten). En sådan ordning ville ikke være rimelig, og den ville – som fremhævet af justitsministeriet – fratage lægemiddelbranchen tilskyndelsen til at etablere en frivillig lægemiddelforsikringsordning.

Dertil kommer i øvrigt, at selv en sådan ordnings forenelighed med EF-reglerne ikke er utvivlsom. Formålet med produktansvarsdirektivet var ikke kun at harmonisere ansvaret for producenterne, men også at udjævne forskelle i graden af beskyttelse af forbrugerne. Selv om producenters ansvar ikke udvides under den skitserede ordning, ville beskyttelsen af forbrugerne blive udvidet i betydelig grad. Denne indvending kan ganske vist principielt også rettes mod reglen i § 2, stk. 1, nr. 2, men som nævnt må den her gennemførte udvidelse af patienters beskyttelse mod følger af apparatursvigt m.v. anses for at være ganske beskeden.

Det er overordentlig beklageligt, at en lægemiddelforsikringsordning ikke er blevet etableret samtidig med PFL's ikrafttræden. Ikke alene betyder det et væsentligt hul i dækningen af patientskader, da lægemiddelskader herefter alene dækkes efter produktansvarsreglerne (jf. nedenfor kap. 5, afsnit 4), men det øger samtidig betydningen af nogle vanskelige afgrænsningsproblemer, især om skadesårsagen er lægemidlets egenskaber, eller om skaden skyldes den måde, lægemidlet er blevet ordineret på. Man kan forudse et vist pres for at få bragt skader ind under den sidstnævnte kategori, idet den – og kun den – dækkes af PFL.

69. Jf. Forbrugerrådets skrivelse af 8/3 1988 vedrørende lovforslag nr. L 151 (FT 1987-88, 1. samling); se også *B. Gomard* i Festskrift till Lars Welamson (Stockholm 1987) s. 205.

6. Ordninger i andre lande

6.1. Sverige

Som nævnt ovenfor afsnit 1.1. er inspirationen til de patientforsikringsordninger, der er gennemført eller foreslået i de nordiske lande, udgået fra den ordning, der med virkning fra 1975 gennemførtes i Sverige.⁷⁰ At netop Sverige blev pionerlandet på dette område, hænger sammen med de principielle synspunkter om udviklingen af erstatningsregler og erstatningsordninger, som kom til udtryk ved gennemførelsen af den almindelige erstatningslov (skadeståndslag) i 1972. Det betonedes her, at forbedringer af de skadelidtes værn ved personskader i almindelighed ikke burde bygge på erstatningsretligt grundlag, men sikres ved indførelse af forsikringsordninger, der blev tegnet af potentielle skadevoldere eller grupper heraf, og som virker direkte til fordel for de skadelidte – i modsætning til traditionelle ansvarsforsikringer, hvis dækning forudsætter et personligt ansvar for den ansvarsforsikrede. Det første eksempel på sådanne forsikringsordninger i Sverige var den såkaldte tryghedsforsikring ved arbejdsskader, og det næste var patientforsikringen; siden fulgte en trafikforsikringsordning og en lægemiddelforsikring, jf. herom nedenfor.

Den svenske patientforsikring er en *frivillig* (dvs. ikke-lovreguleret) *forsikringsordning*, der oprindeligt hvilede på en aftale mellem et konsortium af de fire største forsikringselskaber og staten samt amter som sygehusejere, men som siden er blevet udvidet til kommuner og privatpraktiserende læger, tandlæger m.v. Ved patientforsikringen har udøvere af »hälso- och sjukvård« påtaget sig et *udvidet ansvar*, dvs. et ansvar, som rækker ud over det culpabaserede erstatningsansvar, således at patienter – ud over de tilfælde, hvor et ansvar følger af almindelige erstatningsretlige regler – får ret til erstatning i de tilfælde og i det omfang, der er fastlagt i patientforsikringsvilkårene. En hovedårsag til, at en frivillig ordning blev foretrukket, var, at det da ville være nemmere at tilpasse forsikringsbetingelserne efter de indhøstede erfaringer; de er da også blevet justeret flere gange.⁷¹ I praksis har det vist sig, at næsten alle privatpraktiserende læger m.v. er tilsluttet ordningen.

70. En kortfattet oversigt over den svenske ordning findes i *Rapport* s. 23 ff og i NOU 1992:6 s. 52 ff. En mere udførlig gennemgang findes hos *Oldertz: Patient- och läkemedelsförsäkringarna, Oldertz: The Patient, Pharmaceutical and Security Insurances* s. 55 ff, *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 74 ff og *J. Hellner i Medical Responsibility in Western Europe* s. 703 ff.

71. Den seneste revision af forsikringsbetingelserne har virkning fra d. 1/7 1991. I en betænkning fra 1986 (Lagutskottets betänkande 1986/87:7) konkluderedes det, at der ikke var behov for politisk indgriben i forsikringsordningen.

De skader, som efter de nugældende forsikringsbetingelser berettiger til erstatning, er inddelt i følgende 5 kategorier:

(1) »Egentlige« *behandlingskader*. Herved forstås skader, som med overvejende sandsynlighed er opstået som en direkte følge af undersøgelse, behandling el. lign., og som udgør en komplikation ved en medicinsk motiveret helbredelsesforanstaltning, der kunne være undgået.

Erstatning ydes herefter, *hvis* den pågældende undersøgelse eller behandling ikke var motiveret ud fra et medicinsk synspunkt, *eller hvis* valget af behandlingsmetode ikke var i overensstemmelse med medicinsk videnskab og erfaring, *eller hvis* skaden kunne være undgået med den valgte metode.

Bag disse regler gemmer sig to nøglebegreber, som er væsentlige for forståelsen både af den svenske ordning og den danske variant heraf.

Det ene er brugen af en såkaldt »*specialistmålestok*«. Vurderingen af, om en given behandling eller et givet metodevalg var »medicinsk motiveret«, foretages *ikke* ud fra den almindelige eller gennemsnitlige, »gode« læges kundskabsniveau (således som culpereglen gør det), men derimod ud fra det *medicinsk-videnskabelige kundskabsniveau* på det pågældende område. Spørgsmålet er således ikke, om den *konkrete læge burde* have handlet anderledes, men derimod, om en *erfaren specialist* (dvs. en, der behersker videnskab og erfaring på området) *ville* have handlet anderledes.

Det andet er brugen af et såkaldt »*facitræsonnement*«. Hermed menes, at der ved vurderingen – f.eks. af, om skaden kunne være undgået – tages hensyn til *alle de fakta, som er oplyst på tidspunktet for afgørelsen af erstatningssagen*, og altså ikke kun dem, der var eller kunne være oplyst på det tidspunkt, hvor undersøgelsen eller behandlingen blev iværksat.

Mens specialistmålestokken anvendes generelt i den svenske ordning, herunder i alle de tre ovenfor nævnte tilfældegrupper, gælder dette ikke for facitræsonnementet. Dette gælder ved vurderingen af, om undersøgelse eller behandling var medicinsk motiveret, og ved vurderingen af, om skaden kunne være undgået ved den valgte metode, men *ikke* ved vurderingen af selve metodevalget. Det betyder følgende:

Hvis det efterfølgende kan fastslås, at den iværksatte behandling ikke var nødvendig (f.eks. i kraft af den viden om patientens helbredstilstand, som den iværksatte behandling gav), ydes der erstatning for følgerne heraf. Ligeledes ydes der erstatning, hvis det efterfølgende kan fastslås, at skaden kunne være undgået ved, at der – inden for rammerne af den valgte metode – var blevet anvendt en anden *behandlingsteknik*. Derimod anvendes *facitræsonnementet ikke på selve metodevalget*; der ydes således kun erstatning, hvis valget af metode ikke stemte med medicinsk videnskab og erfaring på behandlingstidspunktet, men ikke, når det efterfølgen-

Kap. 1-6.1.

de kan fastslås, at skaden (kun) kunne være undgået, hvis man havde valgt en anden behandlingsmetode.

(2) *Komplikationer* ved behandlingen dækkes – ud over gruppe (1) – ved skader, som medfører *svær invaliditet* eller *dødsfald*, hvis de med overvejende sandsynlighed er opstået som en direkte følge af undersøgelse eller behandling af en sygdom, som ubehandlet ville være af *forbigående karakter*, eller som *ikke* ville kunne føre til *alvorligere gener* for patienten.

Denne regel har afløst en tidligere bestemmelse, der kun omfattede komplikationer i forbindelse med *diagnostiske indgreb*, og hvorefter erstatning blev ydet, medmindre komplikationen måtte accepteres som en risiko, det var begrundet at løbe under hensyn til arten og alvorigheden af den faktisk foreliggende sygdom. På grundlag af denne bestemmelse blev der ydet erstatning i tilfælde, hvor f.eks. en velindiceret undersøgelsesoperation medførte alvorlig skade samtidig med, at den afkræftede mistanken om, at patienten led af en alvorlig sygdom. Afgørende var således den betragtning, at der *efter* indgrebet kunne konstateres et betydeligt *misforhold* mellem grundsygdommens og komplikationens alvor.

Med den nye formulering, der selvsagt fortsat vil dække de nævnte skader, er denne misforholds-betragtning blevet udvidet til komplikationer i forbindelse med andre former for undersøgelse og behandling end diagnostiske indgreb. Reglen kan således navnlig supplere den under (1) nævnte regel i tilfælde, hvor en komplikation ikke kunne være undgået med den valgte metode. Reglen bryder således grundlæggende med det oprindelige princip i patientforsikringen, hvorefter erstatning som hovedregel ikke skulle ydes for uundgåelige komplikationer. Begrænsningen ligger i, at der stilles meget store krav til misforholdet mellem grundsygdommens og komplikationens alvor.

(3) *Diagnosticeringsfejl*. Hermed menes skader, der med overvejende sandsynlighed er en følge af, at undersøgelsesresultater hidrørende fra teknisk apparatur har været urigtige, eller at faktisk konstaterbare sygdomssymptomer ikke er blevet tolket på en måde, som stemmer med alment accepteret medicinsk praksis. Målestokken for vurderingen er således den erfarne specialist, men der anlægges ikke noget facitræsonnement.

(4) *Infektionsskader*. Hermed forstås skader, som er forårsaget af en smittekilde, der med overvejende sandsynlighed er overført til patienten ved en helbredelsesforanstaltning, dog ikke, hvis indgrebet er foretaget i et – fra et bakteriologisk synspunkt – urent område (tarm, mundhule m.v.), eller hvis behandlingen medfører øget infektionsrisiko (f.eks. langvarig kateterbehandling, transplantation, nedsat immunforsvar og lign.).

(5) *Ulykkestilfælde*. Hermed forstås skader, der med overvejende sandsynlighed er forårsaget ved ulykker i forbindelse med undersøgelse, behandling og lign., eller som er indtruffet under sygetransport, eller som skyldes brand eller anden skade på lokaler eller udstyr eller fejl ved sådant udstyr.

Denne opremsning af de erstatningsberettigende skader suppleres af nogle generelle undtagelser, der dog til dels allerede er indeholdt i de positive betingelser. Der ydes således ikke erstatning, hvis skaden er en følge af nødvendige foranstaltninger til diagnosticering eller behandling af en sygdom, der ubehandlet er direkte livstruende eller fører til svær invaliditet, og heller ikke, hvis skaden overvejende skyldes grundsygdommen, medmindre den er omfattet af reglerne om diagnosticeringsfejl (gruppe 3 ovenfor). Endelig udelukkes også skader, der er forårsaget af *lægemidler*, dersom skaden er omfattet af den særlige lægemiddelforsikringsordning, og skaden ikke kunne være undgået under hensyn til anvisningerne om brug af lægemidlet.

Lægemiddelforsikringen er etableret ved frivillig aftale mellem svenske producenter og importører af lægemidler og det samme konsortium af forsikringselskaber, som står bag patientforsikringen.⁷² Forsikringsordningen trådte i kraft d. 1/7 1978. Forinden havde man overvejet et lovgivningsinitiativ om ansvar for lægemiddelskader (i forbindelse med overvejelserne om lovgivning om produktansvar), men man foretrak en frivillig forsikringsordning, der bedre harmonerede med de ovenfor generelle synspunkter om udviklingen af nye erstatningsordninger, og som samtidig kunne knyttes tættere til patientforsikringsordningen.

Som nævnt ovenfor afsnit 5 giver et ansvar for lægemiddelskader ingen effektiv beskyttelse af de skadelidte, hvis der stilles krav om, at lægemidlet skal være »defekt«, og hvis sædvanlige krav til bevis for årsagssammenhæng fastholdes. De svenske forsikringsbetingelser for lægemiddelskader gør ingen af delene. En lægemiddelskade defineres som en sygdom eller anden skade af kropslig art, som *med overvejende sandsynlighed* er forårsaget ved brug af et lægemiddel. Hverken dækningen af systemskader eller udviklingsskader er udelukket i forsikringsbetingelserne. Afgørende er i stedet, om skaden er af en sådan karakter, *at den med rimelighed må accepteres som en bivirkning ved lægemidlets brug*. Ved denne rimelighedsvurdering skal der bl.a. tages hensyn til karakteren og alvoren af grundsygdommen, patientens helbredstilstand i øvrigt, skadens omfang og mulighederne for at forudse lægemidlets virkninger; skade som følge af udebleven virkning af et lægemiddel dækkes dog ikke.

72. Jf. en kortfattet omtale i *Rapport* s. 150 ff og – mere udførligt – *Oldertz: Patient- och läkemedelsförsäkringarna* og *Oldertz: The Patient, Pharmaceutical and Security Insurances* s. 57 f og 69 ff.

Kap. 1-6.1.

Erstatningen *udmåles* – både i patient- og lægemiddelforsikringen – som hovedregel i overensstemmelse med almindelige erstatningsretlige regler (dvs. reglerne i skadeståndslagen).

En af de væsentligste undtagelser er, at skaden skal have en vis alvor for at berettige til erstatning. I patientforsikringen er »bagatelgrænsen« udformet således, at skadelidte skal have været sygemeldt med mindst 50% nedsættelse af arbejdsevnen i mere end 30 dage *eller* fået forlænget sit sygehusophold med mindst 10 dage *eller* være blevet påført et ikke ringe varigt mén *eller* være afgået ved døden; dog ydes der uanset disse betingelser erstatning for positive udgifter og indtægtstab, hvis tabet overstiger 700 kr.

Lægemiddelforsikringens bagatelgrænse er sat lidt lavere end patientforsikringens.

Begge forsikringsordninger administreres i fællesskab af forsikringskonsortiet. Til hver ordning er knyttet et *rådgivende nævn* med bl.a. offentligt udpegede repræsentanter, for hvilket principielle og tvivlsomme sager kan indbringes. Hvis en udtalelse fra nævnet ikke løser tvisten, kan den indbringes for *voldgift*. Da forsikringsordningerne alene hviler på aftale mellem de ansvarlige og forsikringskonsortiet, er de ikke bindende for patienten, der derfor principielt kan vælge i stedet at støtte et erstatningskrav på almindelige erstatningsretlige regler (culpareglen) og – om nødvendigt – forfølge dette ved domstolene. Patientforsikringen er imidlertid en overbygning på en almindelig ansvarsforsikring, og forsikringsgiveren yder derfor også erstatning – uafhængigt af de særlige betingelser i patientforsikringen – i tilfælde, hvor man under sagsbehandlingen konstaterer et sædvanligt ansvarsgrundlag.

Patientforsikringen finansieres for så vidt angår det *offentlige* sundhedsvæsen ved, at landstingene (svarende til amtsråd) betaler en årlig præmie pr. indbygger, baseret på en beregning af de erstatninger, der i løbet af en 10-års periode kommer til udbetaling som følge af skader i et år. Medregnes administrationsudgifter, udgør de samlede, årlige udgifter for tiden ca. 100 mio. kr. Dertil kommer præmiebetalinger fra privatpraktiserende læger m.v.

6.2. Finland

I Finland blev en patientforsikringsordning gennemført ved en særlig *lov*, der trådte i kraft d. 1/5 1987.⁷³ Et tidligere forsøg med en frivillig ordning opnåede ikke tilstrækkelig tilslutning fra privatpraktiserende læger m.v.

73. Lov nr. 585 af 25/7 1986, jf. herom *Rapport* s. 29 ff (om lovforslaget), NOU 1992:6 s. 54 ff og *P. Ajo* i NFT 1987 s. 78 ff.

Lovens dækningsområde er lige så bredt som den svenske ordning; det omfatter alle skader, som opstår i forbindelse med »hälso- och sjukvård«, altså både i det offentlige sundhedsvæsen og i privat praksis. Modsat den svenske ordning er dækningen ikke begrænset til fysiske skader. Der stilles ikke krav om »overvejende sandsynlighed« for årsagssammenhæng mellem behandling m.v. og skade, men blot om »sandsynlighed« for sådan årsagssammenhæng.

Ved afgrænsningen af de erstatningsberettigende skader opereres der kun med 3 grupper:

(1) Skader, der er forårsaget af *undersøgelse, behandling el. lign* eller af, at undersøgelse m.v. blev *forsømt*.

(2) Skader, der er forårsaget af *smitte eller infektion*, der sandsynligvis er opstået ved omstændigheder i forbindelse med undersøgelse, behandling m.v.

(3) Skader, der skyldes *ulykkestilfælde*; disse afgrænses på samme måde som i Sverige.

Rækkevidden af (1) og (2) bestemmes af den fælles undtagelse, at der ikke ydes erstatning for følger af en fra et medicinsk synspunkt motiveret foranstaltning, som ikke havde kunnet undgås ved en anden foranstaltning, der var lige så effektiv ved behandling af patienten. Dækningen af de *egentlige behandlingsskader* synes således at ligge tæt på de svenske regler. Motiverne til bestemmelsen tager dog ikke klart stilling til spørgsmålet om anvendelse af facitræsonnementet. De må nærmest forstås således, at facitræsonnementet ikke skal anvendes på metodevalget (ligesom i Sverige), mens det er mere uklart, om det kan anvendes på valget af behandlingsteknik. Undtagelsesreglens anvendelse på *infektionsskader* gør dækningen heraf snævrere end i Sverige.

Motiverne gør det derimod klart, at *diagnosticeringsfejl* dækkes i samme udstrækning som i Sverige.

Hovedproblemet er dækningen af *komplikationer*, der *ikke* kunne være *undgået* (bedømt ud fra kriterierne i de øvrige grupper). Den finske lov dækker her kun skader i forbindelse med *diagnostiske indgreb* i overensstemmelse med den *tidligere* svenske regel, jf. ovenfor. Denne forskel er paradoksal, da det oprindelige finske forslag indeholdt en *generel* dækning af (uundgåelige) komplikationer, som går ud over, hvad patienten med rimelighed må tåle.⁷⁴ Dette forslag blev imidlertid ikke medtaget i loven,

74. Jf. Kommittébetänkande 1982:29 s. 54.

Kap. 1-6.2.

men erstattet af en kopiering af den snævrere svenske regel, der som nævnt nu er blevet udvidet til komplikationer i almindelighed, der står i (væsentligt) misforhold til grundsygdommens alvor.

Erstatningen *udmåles* efter de almindelige regler i den finske skadestandslag, dog således, at erstatning ikke ydes for »ringa skada«. Denne bagatelgrænse er ikke defineret nærmere i loven, men ifølge motiverne skal der både tages hensyn til skadens alvor og til størrelsen af det økonomiske tab; skader, der medfører betydeligt varigt mén, skal dog aldrig betragtes som ringe skader.⁷⁵

Har patienten ret til erstatning efter almindelige erstatningsretlige regler, indtræder patientforsikrings-selskabet i denne ret, dog således at regresret kun kan udøves, hvis skaden er forvoldt forsætligt eller groft uagtsomt.

Alt ansvar i henhold til loven skal være dækket af en forsikring. De pågældende forsikrings-selskaber skal indgå i en patientforsikringsforening, der for medlemmernes regning varetager skaderegulering m.v. Ligesom i Sverige findes der et rådgivende patientskadenævn, men modsat Sverige skal eventuelle tvister i sidste instans afgøres af domstolene.

En *frivillig lægemiddelforsikring*, der svarer til den svenske, har været i kraft i Finland siden d. 1/6 1984.⁷⁶

6.3. Norge

I Norge blev spørgsmålet om indførelse af en patientforsikringsordning rejst hurtigt efter gennemførelsen af den svenske ordning i 1975. I 1977 fremlagde Norske Kommuners Centralforbund en skitse til en ordning,⁷⁷ som imidlertid ikke blev gennemført. Først i 1985 tog regeringen spørgsmålet om, og i 1987 besluttedes det, at der skulle iværksættes en forsøgsordning, som omfattede skader på offentlige, somatiske sygehuse. Forsøgsordningen trådte i kraft d. 1/1 1988 og skulle gælde for en 3-års periode.⁷⁸ Denne ordning var ikke reguleret ved lov, men byggede på en aftale mellem staten og kommunerne. Ordningen var ikke forsikringsdækket, men blev finansieret ved direkte bidrag fra kommunerne og staten. Afgrænsningen af de erstatningsberettigende skader blev foretaget på en lidt anden måde end i Sverige, idet udgangspunktet var, at der blev ydet erstatning ved fysiske skader, der var forårsaget af undersøgelse, diagnostik, behandling, pleje eller informationssvigt, medmindre skaden faldt

75. Jf. *ibid.* s. 59 f.

76. Jf. herom *Ole Rehn* i JFT 1987 s. 513 ff.

77. Forslaget er gengivet i NOU 1980:29 s. 248 ff, se herom *T. Bergsåker* i Lov og Rett 1985 s. 526 ff.

78. Forsøgsordningen er omtalt af *Kirsti Strøm Bull* i Lov og Rett 1989 s. 243 ff og i NOU 1992:6 s. 36 ff.

ind under én af i alt syv undtagelsesregler, der således reelt bestemte udstrækningen af dækningen.

Som følge heraf er det vanskeligt at vurdere, om dækningen var videre eller snævrere end i Sverige. En af undtagelserne gik således ud på, at der ikke blev ydet erstatning, hvis den anvendte behandlingsmåde ud fra en efterfølgende vurdering fremstod som adækvat. Det var ikke klart, om denne formulering indebar, at facitræsonnementet skulle anvendes på valget af behandlingsmetode.⁷⁹ Derimod var det klart, at dækningen af uundgåelige komplikationer gik ud over de (dagældende) svenske regler, idet en af undtagelserne omfattede skade som følge af en risiko ved undersøgelse, diagnostik eller behandling, som var kendt, og som ud fra den medicinske kundskab på skadestidspunktet måtte accepteres; der kunne herefter ud fra en rimeligheds-vurdering ydes erstatning bl.a. for sjældne og alvorlige komplikationer, selv om behandling m.v. var adækvat.⁸⁰

Erstatningen blev udmålt efter almindelige erstatningsretlige regler (dvs. den norske lov om skadeserstatning), dog således, at erstatning ikke blev ydet for skader, hvor tabet var mindre end 5.000 kr.

Aftalen om den midlertidige ordning udløb ved udgangen af 1990, men den forlænges for 1 år ad gangen, hvis den ikke opsiges eller afløses af en lovbestemt ordning. Ordningen må derfor forventes at løbe videre, indtil det lovforslag om ret til erstatning for patientskader, som er fremlagt i NOU 1992:6, bliver gennemført.

Lovforslaget har et væsentligt bredere dækningsområde end den midlertidige ordning. Det omfatter alle former for sygehuse m.v. – og begrænser sig i øvrigt ikke til fysiske skader – samt hele den primære sundhedssektor.

Lovforslaget opererer med 4 grupper af erstatningsberettigende skader:

(1) Skader, der er en følge af *fejl eller svigt* i forbindelse med undersøgelse, diagnosticering, behandling, pleje el. lign. Ved vurderingen af, om der foreligger fejl eller svigt, skal der ikke tages hensyn til, om der foreligger culpa hos nogen, men der skal tages udgangspunkt i den faglige standard, som patienten med rimelighed kunne vente.

(2) Skade som følge af *teknisk svigt ved apparater, redskaber eller andet udstyr*, som anvendes ved undersøgelse, behandling m.v.

(3) Skade, som det *ikke er rimeligt, at patienten selv bærer følgerne af*, bedømt ud fra patientens tidligere tilstand, sygdommens art, behandlingens betydning og risiko samt skadens art og omfang.

79. Jf. *Kirsti Strøm Bull* ibid. s. 249, *Sten Foyr: Pasientforsikring* s. 242 og NOU 1992:6 s. 40.

80. Jf. *Kirsti Strøm Bull* ibid. s. 251.

Kap. 1-6.3.

(4) Skade som følge af *smitte eller infektion*, når den ikke hovedsagelig skyldes grundsygdommen eller patientens tilstand i øvrigt, samt upåregnelige følger af vaccinationer.

Der er næppe nogen reel forskel mellem den svenske *specialistmålestok* og den faglige standard, som lovforslaget opererer med; den omfatter den bedst mulige behandling m.v. ud fra de givne forudsætninger. For så vidt angår *facitræsonnementet* indgår dette *ikke* i vurderingen af, om der foreligger fejl eller svigt (gruppe 1 og 2), men det kan derimod tillægges betydning ved den vurdering, der skal anlægges inden for *gruppe 3*; der skal i så fald *ikke* sondres mellem valg af behandlingsmetode og valg af behandlingsteknik. Reglen tager navnlig – ligesom reglen under den midlertidige ordning – sigte på sjældne og alvorlige komplikationer, der ikke kan henføres til fejl eller svigt ved behandlingen, og bygger for så vidt på samme generelle misforholds-betragtning, som (nu) har fundet udtryk også i de svenske regler; der stilles imidlertid ikke samme krav til omfanget af misforholdet mellem grundsygdom og komplikation som i de svenske regler, jf. ovenfor afsnit 6.1. (gruppe 2). Ligesom i Sverige anvendes *facitræsonnementet* ikke på *diagnosticeringsfejl*, og dækningen af *infektionsskader* vil formentlig også svare til den svenske. *Ulykkestilfælde*, der ikke omfattes af gruppe 2, dækkes derimod kun, hvis der er ansvar herfor efter almindelige erstatningsretlige regler. Lovforslaget indeholder ingen særlig lempelse af kravene til bevis for årsagssammenhæng mellem behandling m.v. og skaden.

Erstatningen skal ifølge forslaget udmåles efter almindelige erstatningsretlige regler og således, at der – modsat den midlertidige ordning – *ikke* skal gælde nogen bagatelgrænse.

For så vidt angår skader i det offentlige sundhedsvæsen skal ordningen *finansieres* ved bidrag fra stat og kommuner, mens privatpraktiserende læger m.v. skal tegne en særlig forsikring til dækning af skader efter loven. De samlede udgifter forventes efter nogle års indkøring at ville udgøre ca. 80 mio. kr. pr. år. Ordningen skal *administreres* af et særligt forvaltningsorgan, kaldet Norsk Pasientskadeerstatning, der dels hæfter for erstatninger inden for den offentlige sektor, dels varetager skaderegulering m.v. for alle skader, der omfattes af loven. Afgørelser herfra kan indbringes for et patientskadenævn, og dettes afgørelser er undergivet almindelige regler om domstolskontrol.

Skader forvoldt af *lægemidler* dækkes kun, dersom skaden ikke falder ind under reglerne i den norske produktansvarslovs kap. 3. Reglerne heri, der trådte i kraft d. 1/7 1989, indeholder en *lægemiddelforsikringsordning*, der i det væsentlige svarer til den svenske (og finske) – bortset fra, at den

norske ordning er fastlagt ved lov.⁸¹ Mens produktansvaret i øvrigt er begrænset til tilfælde, hvor produktet er defekt (med lovens terminologi: lider af en »sikkerhedsmangel«), gælder dette ikke for det særlige lægemiddelsansvar. Den væsentligste begrænsning er – som i Sverige – i stedet en vurdering af, om patienten med rimelighed skal bære følgerne af en bivirkning ved lægemidlet. Ved denne vurdering skal der bl.a. tages hensyn til patientens helbredstilstand før brugen af lægemidlet, lægemidlets betydning for sygdommen og dets forudsatte og faktiske virkninger samt skadens art og omfang.

6.4. Europa i øvrigt

Som det er fremgået af ovenstående – og yderligere vil fremgå af den følgende fremstilling af den danske patientforsikringsordning – er der betydelige ligheder mellem de ordninger, der er gennemført i de nordiske lande (Island dog undtaget). Danmark adskiller sig dog ved ikke at have nogen lægemiddelforsikringsordning, og ved – når det norske lovforslag gennemføres – at være det eneste land, hvis ordning er begrænset til sygehussektoren. Ingen andre lande har gennemført tilsvarende ordninger, bortset fra en begrænset *tysk* lov om erstatning for lægemiddelskader.⁸² Man kan undre sig over, hvorfor netop de nordiske lande har skilt sig ud på dette område. Problemerne – og utilfredsheden – med culpareglens funktion ved lægeansvar gør sig også gældende i andre lande. Forklaringen er formentlig navnlig, at den svenske pionerindsats lettere har kunnet finde indpas i de andre nordiske lande,⁸³ dels på grund af en tradition for et forholdsvis tæt samarbejde på erstatningsrettens område, dels fordi de nordiske lande deler samme overordnede syn på betydningen af og forholdet mellem erstatning, forsikring og social sikring ved personskader. Konkrete løsninger på detailproblemer varierer naturligvis landene imellem, og man genfinder på patientforsikringsområdet stort set samme variationsmønster som inden for erstatningsretten, nemlig at Danmark og Norge ligger tættere på hinanden end på de øvrige lande, og at det samme gælder for Sverige og Finland.

Fælles for alle nordiske lande er, at culpareglens præventive værdi ikke vurderes højt, og bl.a. derfor har man ikke haft betænkeligheder ved at lade erstatningsansvaret afløse helt eller delvis af private eller sociale forsikringsordninger, der i hvert fald er bedre egnede til at varetage den

81. Loven bygger på forslagene i NOU 1980:29 s. 152 ff; en kortfattet oversigt findes i NOU 1992:6 s. 46 f.

82. Loven er omtalt bl.a. af *John G. Fleming* i 30 *American Journal of Comparative Law* 1982 s. 298 ff og af *Giesen: International Medical Malpractice Law* s. 543 f.

83. Jf. *Bo von Eyben: Patientforsikring* s. 235.

Kap. 1-6.4.

genoprettende funktion. Navnlig i de kontinental-europæiske lande er betænkelighederne større. Selv om man også dér erkender svaghederne ved erstatningsrettens evne til at genoprette tab, viger man tilbage fra at svække den præventive værdi, som erstatningsansvaret tilskrives. Det har formentlig i den forbindelse også betydning, at det forsikringsmæssige islæt i en patientforsikring er beskedent, navnlig for så vidt angår skader i den offentlige sundhedssektor, dels fordi præmierne i praksis vil blive fastsat efter helt generelle kriterier (f.eks. indbyggerantallet i vedkommende område) og ikke efter en risikovurdering, dels fordi udgifterne under alle omstændigheder vil blive overvæltet på skatteyderne. Dertil kommer usikkerheden om, hvor store udgifterne egentlig vil blive, og en frygt for, at regningen til skatteyderne kan blive meget betydelig. Tendensen i disse lande har derfor i stedet været at forbedre patienternes erstatningsretlige værn ved skærpelse af culpaansvaret og ved sikring af, at ansvaret dækkes af en ansvarsforsikring el. lign., f.eks. i form af en kollektivt organiseret ansvarsforsikringsordning.⁸⁴

Disse synspunkter præger også det forslag til direktiv om *tjenesteydelsesansvar*, som EF-kommissionen fremlagde i slutningen af 1990.⁸⁵ Forslaget er et sidestykke til det tidligere vedtagne direktiv om produktansvar, jf. ovenfor afsnit 5. Dets formål er at harmonisere og skærpe EF-landenes regler om ansvar for (stort set) alle tjenesteydelser, men – ligesom direktivet om produktansvar – ikke at instituere en obligatorisk (ansvars)forsikringsordning. Skærpelsen består dog ikke i indførelse af et objektivt ansvar, men derimod i en skærpelse af culpaansvaret, idet *bevisbyrden vedrørende culpa foreslås vendt om*: Tjenesteyderen gøres ansvarlig for skade, der på grund af en af ham begået fejl i forbindelse med tjenesteydelsen forvoldes på bl.a. personer, og det påhviler tjenesteyderen at bevise, at der ikke foreligger en fejl. Gennemføres forslaget, vil det indebære, at erstatningsansvaret for læger m.v. såvel i det offentlige sundhedsvæsen som i privat praksis, skal udformes i overensstemmelse med direktivets regler, og at videregående nationale særordninger ikke kan opretholdes; PFL skulle derfor i så fald ophæves igen. Dette sker dog næppe; det må forventes, at bl.a. sundhedsydelser vil blive holdt uden for et eventuelt direktivs dækningsområde.

Tjenesteydelsesområdet er så uensartet, at det ikke egner sig til en fælles regulering af ansvaret. En skærpelse af lægeansvaret vil skabe flere problemer, end det løser. Afhængigt af, hvor store krav der stilles til lægens bevisførelse,

84. Jf. *Rapport* s. 37 og redegørelser for retstilstanden i de enkelte lande i samleværket *Medical Responsibility in Western Europe*.

85. Jf. *De Europæiske Fællesskabers Tidende* Nr. C 12/8 (18/1 1991); forslaget er omtalt af *Morten Samuelsson* i *Advokaten* 1991 s. 194 ff, *Sonny Kristoffersen* i *NFT* 1991 s. 303 ff og *Bo von Eyben* i *NFT* 1992 s. 243 f.

vil det enten medføre, at ansvar pålægges, selv om der intet grundlag er for en culpa-stempling af lægens handlemåde, eller at patienter fremdeles afskæres fra at få erstatning ved ikke-culpøse skadeforvoldelser. Dertil kommer, at direktivforslaget fastholder skadelidtes pligt til at føre bevis for, at der er årsagsforbindelse mellem tjenesteydelsen og skaden. En ansvarsskærpelse vil under alle omstændigheder føre til et stigende antal retssager, men løser på den anden side ikke det generelle problem, at mange patienter fortsat ville vige tilbage fra at gå domstolsvejen.

Større interesse for en patientforsikringsordning har der været i *England*, der – ligesom USA, jf. nedenfor – har haft en meget betydelig stigning i antallet af erstatningssager vedrørende lægefejl i de sidste 20 år.⁸⁶ Spørgsmålet blev overvejet af en regeringskommission i 1978,⁸⁷ der imidlertid frarådede indførelse af en patientforsikringsordning efter svensk mønster, først og fremmest fordi man ikke mente at kunne overskue, hvordan kausalitetsproblemerne – især sondringen mellem på den ene side følger af grundsygdommen og »normale« følger af behandlingen og på den anden side følgerne af »medical accidents« – skulle håndteres under en sådan ordning. Indstillingen bærer præg af, at nærmere erfaringsmateriale fra Sverige endnu ikke forelå. Siden har den britiske lægeforening taget ideen op og fremlagt en skitse til en no fault ordning, der er inspireret af den svenske ordning.⁸⁸ Forslaget lider imidlertid af den svaghed, at det ikke begrænser patienters adgang til at påberåbe sig almindelige erstatningsretlige regler – hvilket ikke er noget væsentligt problem i Sverige, men utvivlsomt ville blive det i England.⁸⁹ Modtagelsen af forslaget har været blandet. Den officielle holdning synes navnlig at være påvirket af, at ordningen ville blive uforholdsmæssigt meget dyrere end den svenske, især fordi en meget væsentlig del af indtægtstabene i Sverige dækkes af det almindelige sociale sikringsystem, hvis ydelser afkortes i erstatningen.⁹⁰

6.5. USA

Intetsteds har erstatningsrettens funktion ved lægeansvar tiltrukket sig så stor opmærksomhed som i USA. I løbet af 1970'erne skete der en sådan mangedobling af udgifterne til ansvarsforsikringspræmier for sygehuse og

86. Jf. en sammenligning mellem udviklingen i UK, USA og Canada, *D. N. Dewees* m.fl. i *54 Law and Contemporary Problems*, No. 1, 1991, s. 218 ff.

87. Jf. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, vol. I (London 1978), s. 280 ff; se herom *Rapport* s. 36 og *Bo von Eyben: Kompensation for personskade I* s. 354 ff.

88. Jf. *David Bolt* i *No Fault in Medicine* s. 93 ff og *Giesen: International Medical Malpractice Law* s. 530 med note 7.

89. Jf. *No Fault in Medicine* s. 94, 108, 142 og 162.

90. Jf. *ibid.* s. 104.

Kap. 1-6.5.

privatpraktiserende læger, at der ligefrem taltes om en »medical malpractice crisis«.⁹¹ Intetsteds er de mulige årsager til og konsekvenser af krisen blevet belyst mere indgående end i USA, og intetsteds er der blevet fremsat så mange reformforslag som i USA. Resultaterne har imidlertid – navnlig set ud fra en nordisk synsvinkel – været yderst beskedne. Alligevel er der grund til at omtale forholdene i USA, idet frygten for »amerikanske tilstande« ofte er blevet fremført i debatten – både i relation til det hidtidige erstatningsansvar og til patientforsikringsordningen. Frygten bygger på den forestilling, at erstatningsansvaret for læger m.v. er særligt vidtgående i USA, og at samme negative følger derfor kunne indtræde her ved en udvidet ret til erstatning for patienter, hvad enten udvidelsen gennemførtes inden for rammerne af det traditionelle erstatningssystem eller i form af en patientforsikringsordning.⁹²

Reglerne om selve *ansvarsgrundlaget* (culpareglen) er imidlertid ikke principielt anderledes i USA end i den øvrige verden. Patientens risiko for at tabe en erstatningssag er derfor også i USA betydelig (og større end på andre ulykkesområder⁹³), og også i USA har man, som omtalt ovenfor afsnit 1.2.1., konstateret et meget betydeligt »mørketal« for lægelige fejl, som ikke udløser erstatningskrav. Forskellen mellem USA og andre lande beror på andre forhold; blandt de vigtigste skal følgende fremhæves:⁹⁴

»Contingent fee«-princippet, hvorefter en advokat kun får salær, hvis sagen vindes. Samtidig pålægges den, der taber en retssag, aldrig at betale modpartens sagsomkostninger. Der er derfor ingen økonomisk risiko forbundet med at anlægge en retssag. Herved styrkes (bl.a.) de skadelidtes position strategisk, men da mange retssager som nævnt bliver tabt af patienterne, må advokaterne sikre sig store honorarer i de sager, der vindes. Dette sker ved, at advokaten får en vis procentdel af den opnåede erstatning – op til 50% i de tilfælde, hvor retssagen bliver gennemført til dom. Dette forhold skulle teoretisk ikke blive tillagt betydning ved erstatningsudmålingen, men det bliver det i praksis.

Dernæst har det betydning, at der også i civile sager anvendes *nævninger* (»jury«), der både afgør spørgsmål om ansvarsgrundlag og om erstatningsudmålingen. Denne procesform er ikke kun særligt tids- og omkostningskrævende, men den gør det også vanskeligere at forudse domsresultatet, især hvad angår erstatningsudmålingen.⁹⁵ Dette hænger tillige sammen med, at der ikke findes bestemte normer for, hvordan erstatningen skal udmåles, og den kan derfor – især for så vidt angår ikke-økonomisk skade (»pain and suffering«) – nå op i meget betydelige beløb. I 1984 udgjorde *gennemsnitserstatningen* i

91. Jf. f.eks. *G. O. Robinson* i 49 *Law and Contemporary Problems*, No. 2, 1986, s. 1 ff.

92. Jf. ovenfor afsnit 3 om de politiske indsigelser om risikoen for lægelig »overforsigtighed« m.v.

93. Jf. *R. R. Bovbjerg* m.fl. i 54 *Law and Contemporary Problems*, No. 1, 1991, s. 8.

94. Jf. *Bo von Eyben*: *Kompensation for personskade I* s. 286 f.

95. Jf. *T. R. Metzloff* i 54 *Law and Contemporary Problems*, No. 1, 1991, s. 45 f og 83 ff.

lægeansvarssager, der var blevet afgjort ved dom, næsten 1 mio. \$,⁹⁶ svarende til over det dobbelte af den *maksimale* erstatning, som er mulig efter dansk ret.

Dernæst har de erstatningsretlige regler langt større betydning for de skadelidte end i de fleste europæiske lande, dels fordi der ikke i USA findes sociale sikringsordninger i europæisk forstand (især vedrørende dækning af varige indtægtstab), dels fordi de ydelser, som skadelidte måtte modtage fra anden side, ikke afkortes i erstatningen (»*collateral source rule*«). Skadelidte kan således få erstatning for økonomiske tab, selv om de allerede er blevet dækket på anden måde.

Af de kolossale beløb, der i alt betales i ansvarsforsikringspræmier for læger, sygehuse m.v. (anslået til ca. 7 mia. \$ i 1988), er det derfor kun en meget beskednen del, som vender tilbage til de skadelidte patienter til dækning af deres økonomiske nettotab. Andelen er formentlig under 10%, idet hovedparten (op til 60%) sluges af advokatsalærer og andre omkostninger, ca. 20% anvendes til dækning af ikke-økonomisk skade og 10-15% til dækning af økonomiske tab, som allerede er dækket fra anden side.⁹⁷ Det anslås endvidere, at brugen af »*defensiv medicin*« (dvs. iværksættelse af undersøgelser m.v., som ikke er motiverede ud fra et medicinsk synspunkt, men ud fra ønsket om at være bedst muligt garderet mod erstatningskrav fra patienten) beslaglægger endnu større ressourcer end ansvarsforsikringspræmierne.⁹⁸

Enkeltstaternes reaktioner på »krisen« i 1970'erne bestod derfor ikke i nogen reform af de grundlæggende ansvarsregler, men hovedsagelig i forskellige begrænsninger på de nævnte punkter (især maksimering af erstatninger for ikke-økonomisk skade og af advokatsalærer samt modifikationer af »*collateral source*«-reglen), forkortelse af forældelsesfrister m.v. og en række processuelle ændringer (især om »*expert review*« inden retssag).⁹⁹ Reformerne tog således hovedsagelig sigte på marginale træk ved erstatningssystemet, som er særegne for USA; virkningerne af reformerne synes at have været lige så marginale.¹⁰⁰

Da krisesymptomerne igen begyndte at vise sig i 1980'erne, var der derfor større interesse for mere radikale reformer. Interessen har navnlig koncentreret sig om forslag om indførelse af no fault forsikringsordninger, hvor sygehuse m.v. tilbyder patienter en dækning af visse, på forhånd opremsede typer af skadelige følger af behandling m.v. – mod at patienterne til gengæld giver afkald på retten til at rejse krav efter almindelige erstatningsretlige regler for de pågældende skader.

96. Jf. P. M. Danzon i 49 *Law and Contemporary Problems*, No. 2, 1986, s. 58.

97. Jf. S. D. Sugarman i 58 *University of Chicago Law Review* 1991 s. 1502 f.

98. Jf. L. R. Tancredi i 49 *Law and Contemporary Problems*, No. 2, 1986, s. 279.

99. Jf. oversigten hos G. O. Robinson *ibid.* (No. 1) s. 18 ff, S. D. Sugarman i 58 *University of Chicago Law Review* s. 1506 ff og L. R. Tancredi og R. R. Bovbjerg i 54 *Law and Contemporary Problems*, No. 2, 1991, s. 148.

100. Jf. G. O. Robinson *ibid.* s. 27 ff.

Kap. 1-6.5.

Pionerforslaget om et såkaldt »*Medical Adversity Insurance*« blev fremsat allerede i 1973 af *Havighurst* og *Tancredi*.¹⁰¹ Hovedkriteriet for, at en given skadelig følge kunne inddrages under de forhåndsudpegede »compensable events«, skulle være skadens »relative avoidability under good medical practice«, dvs. skadelige følger, hvis statistiske forekomst kunne reduceres – om end ikke nødvendigvis elimineres – ved »god« behandlingspraksis m.v. Forslagene er siden blevet udbygget med konkrete eksempler på skadetyper, der efter dette kriterium kunne medtages på listen over »compensable events«. ¹⁰² Tankegangen svarer i princippet til den, der ligger bag den svenske patientforsikringsordning: En forsikringsmæssig dækning af skader, der kan henføres til undersøgelse, behandling m.v., og som normalt ikke opstår, når der handles i overensstemmelse med medicinsk videnskab og erfaring, men uafhængigt af, om der i det konkrete tilfælde er udvist culpa fra lægens side. Den standard, som de amerikanske forslag bygger på, synes dog – i deres »gennemsnitsvurdering« – at ligge tættere på culpereglen, end de nordiske ordninger gør. Hovedforskellen er dog, at afgørelser om dækning efter de amerikanske forslag ikke skal bero på konkrete sag-for-sag afgørelser,¹⁰³ og at de no fault erstatningsydelse, som patienterne skal tilbydes, ikke vil ligge på niveau med den almindelige erstatningsret (især for så vidt angår ikke-økonomisk skade).

Trods et omfattende udredningsarbejde har forslagernes politiske gennemslagskraft hidtil været beskedent. Kun to enkeltstater har gennemført en begrænset lovgivning i denne retning.¹⁰⁴ Fordelen ved den foreslåede forsikringsordning skulle bl.a. være, at den kunne gennemføres som et fleksibelt, *kontraktmæssigt* forhold mellem patient og læge/sygehus, men problemet er dels, at det ikke er sikkert, at en domstol vil fastholde patientens forpligtelse i henhold til en sådan kontrakt, dels at forsikringen netop kun omfatter de forhåndsudpegede »compensable events« og der-ved overlader alle andre skader til fortsat erstatningsretlig regulering.¹⁰⁵

101. Jf. 51 *Milbank Memorial Fund Quarterly* 1973 s. 125 ff; se i øvrigt herom *Bo von Eyben*: *Kompensation for personskade I* s. 335 f og *L. R. Tancredi* i 49 *Law and Contemporary Problems*, No. 2, 1986, s. 277 ff. Se om andre forslag i samme retning, *L. R. Tancredi* og *R. R. Bovbjerg* i 54 *Law and Contemporary Problems*, No. 2, 1991, s. 149 med note 17 samt *E. D. Kinney* m.fl. *ibid.* (No. 1) s. 189 med note 161.
102. Se f.eks. *L. R. Tancredi* og *R. R. Bovbjerg* *ibid.* s. 151 (f.eks. liggensår og komplikationer i form af hjerneskade og blindhed som følge af luftblodpropper i forbindelse med kirurgisk fjernelse af akustisk nervesvulst).
103. Jf. *L. R. Tancredi* og *R. R. Bovbjerg* *ibid.* s. 149 med note 11. Amerikanerne har dog ikke forsøgt at drage nytte af de svenske erfaringer; alene den her nævnte note indeholder to misforståelser af den svenske ordning, idet det hævdes, at den ikke dækker diagnosticeringsfejl og lægemiddelskader – uden at lægemiddelforsikringsordningen nævnes!
104. Ordningerne i disse stater (Virginia og Florida) omfatter kun erstatning for visse fødselsskader, jf. herom *L. R. Tancredi* og *R. R. Bovbjerg* *ibid.* s. 153.
105. Jf. herved *P. S. Atiyah* i 49 *Law and Contemporary Problems*, No. 2, 1986, s. 287 ff og *W. J. Wadlington* i 54 *Law and Contemporary Problems*, No. 2, 1991, s. 215 ff.

6.6. New Zealand

Mod indførelse af patientforsikringsordninger kan det indvendes, at det grundlæggende problem – at skelne mellem sådanne følger af behandlingen, som bør erstattes, og sådanne følger af grundsygdommen og behandlingen, som ikke bør erstattes – kun løses rigtigt i det øjeblik, det slet ikke opstår, fordi alle skadelige følger, hvad enten de kan henføres til ulykke eller sygdom, kompenseres ensartet. Patienters *behov* for kompensation – i snæver, socialpolitisk forstand – er jo uafhængigt af, om årsagen til behovets opståen er det ene eller det andet.¹⁰⁶ Intet land i verden har imidlertid gennemført et sådant, helt »enstrenget« kompensationsystem,¹⁰⁷ fordi det ville kræve meget betydelige og bekostelige forbedringer af de sociale ydelser. Ud fra en praktisk-politisk betragtning kan erstatningsretten og andre særlige erstatningsordninger nemlig kun afskaffes, hvis de afløses af en alternativ ordning, hvis ydelser ikke er væsentligt ringere.¹⁰⁸

Det land, der er gået længst i denne retning, er New Zealand, hvor alle erstatningsordninger, inkl. erstatningsansvaret for personskade, i 1974 blev afskaffet til fordel for en *generel ulykkesforsikringsordning*.¹⁰⁹ Denne ordning omfatter således alle former for ulykker med personskade, men ikke sygdomstilfælde. Derfor har også den måttet tage stilling til, hvordan ulykker i forbindelse med lægelig behandling skal afgrænses over for følger af grundsygdommen. Efter loven er det afgørende, om der foreligger »medical, surgical, dental, or first aid misadventure«.¹¹⁰

Udtrykket »misadventure« er blevet fortolket således, at det omfatter skader, som er forårsaget af »mischance or accident, unexpected and undesigned, in the nature of medical error or medical mishap«. Erstatning ydes således både i tilfælde, hvor skaden skyldes en fejl i forbindelse med behandling m.v., og i tilfælde, hvor skaden kan henføres til en uventet hændelse i forbindelse med behandlingen eller i øvrigt i skadelige følger af behandlingen, som går ud over, hvad man normalt ville forvente. Den omstændighed, at loven udtrykkeligt undtager følger af sygdom, har givet særlige problemer ved stillingtagen til, om *undladt* behandling (diagnosticeringsfejl m.v.) kan berettige til erstatning.¹¹¹

Ordningen finansieres af generelle bidrag fra arbejdsgivere, bilister samt

106. Jf. *Bo von Eyben: Kompensation for personskade I* s. 344 og 384 ff.

107. Australien var dog på et tidspunkt tæt på, jf. *ibid.* s. 1008 f.

108. Jf. *ibid.* s. 389 ff.

109. Jf. herom *ibid.* s. 372 ff og 925 ff.

110. Se herom *ibid.* s. 928 f, *Rapport* s. 33 f, *Giesen: International Medical Malpractice Law* s. 532 ff og *M. A. M. Vennell i No Fault in Medicine* s. 33 ff.

111. Jf. *Bo von Eyben: Kompensation for personskade I* s. 936, *M. A. M. Vennell* *ibid.* s. 46 ff, *Brazier: Medicine, Patients and the Law* s. 148 og *John G. Fleming i 37 American Journal of Comparative Law* 1989 s. 840.

Kap. 1-6.6.

almindelige skattemidler. Læger og sygehuse skal således ikke tegne nogen særskilt forsikring og bidrager ikke som sådanne til finansiering af ordningen.

Fordelen ved den new zealandske ordning er, at den ikke diskriminerer mellem forskellige grupper af tilskadekomne. Den undgår derfor den indvending, der kan fremføres mod patientforsikringsordninger (og andre særordninger for bestemte kategorier af tilskadekomne), at det ikke er rimeligt, at nogle grupper tilkendes erstatning på objektivi grundlag, mens andre må nøjes med erstatning på grundlag af culpareglen. Svaret på denne indvending er imidlertid, at culpareglen netop forlades – og også tidligere *er* blevet forladt – på de områder, hvor det kan konstateres, at den fungerer dårligt, og hvor en bedre fungerende alternativ forsikringsordning kan etableres. Som omtalt ovenfor afsnit 1 er skader ved lægelig behandling et klart eksempel på et sådant område.

I. Afsnit:

Hvilke skader dækkes?

Kapitel 2: Dækningsområdet

1. Indledning – patientbegrebet

Grundbetingelserne for, at en skade omfattes af PFL, er, at

- (1) en *patient*
- (2) er blevet påført *fysisk skade*
- (3) i forbindelse med *undersøgelse, behandling el. lign.*
- (4) foretaget *her i landet* på et *offentligt sygehus* eller et sygehus, som det offentlige har *driftsoverenskomst* med,
- (5) forudsat at skaden er *forvoldt* på en af de måder, der er angivet i §§ 2-4.

Betingelserne (3) og (5) behandles samlet i kapitel 3. Den særlige begrænsning af dækningen til fysiske skader (2) behandles i kapitel 4, afsnit 1.1. De to øvrige betingelser – (1) og (4) – behandles i dette kapitel, der således angiver, *hvor* en skade skal være sket, og *hvem* den skal have ramt, for at skaden kan blive omfattet af PFL.

Begrebet »*patienter*« i § 1, stk. 1, er ikke defineret nærmere i loven eller motiverne. Dette hænger sammen med, at der ikke i dette begreb ligger nogen selvstændig begrænsning i forhold til betingelse (3). *Enhver* form for undersøgelse, behandling el. lign. er omfattet af PFL. Loven dækker derfor enhver person, der *henvender* sig til – eller bliver indbragt til – et af loven omfattet behandlingssted med henblik på at blive undersøgt eller modtage behandling m.v.¹ Det er således *ikke* en betingelse, at personen er »syg«, idet bl.a. også rent *forebyggende* foranstaltninger er omfattet (dog ikke alle *vaccinationer*, jf. nedenfor afsnit 5). Særlige grupper af sunde personer er specielt blevet inddraget under dækningen, jf. nedenfor afsnit 3.2. om *sunde forsøgspersoner* og afsnit 4 om *donorer*.

PFL dækker således ikke skader, der måtte ramme *besøgende* på et sygehus, eller skader, som påføres *læger eller plejepersonale* i øvrigt, f.eks. ved smitte fra en patient.² Skader, der rammer ansatte, er imidlertid omfattet af lov om

1. Jf. *mot.* sp. 3282.

2. Jf. også NOU 1992:6 s. 90; den sidstnævnte begrænsning kritiseres af *R. Ingegnis* i Lov og Rett 1987 s. 129 f.

Kap. 2-1.

forsikring mod følger af *arbejdsskade*,³ herunder dennes regler om *erhvervs sygdomme*. Visse infektionssygdomme (hepatitis, stafylokokker, tuberkulose, AIDS) hos sygehus- og plejepersonale med kontakt med patienter med samme infektion eller med inficeret materiale er omfattet af den gældende erhvervs sygdomsfortegnelse,⁴ således at den, der pådrager sig den pågældende sygdom, har krav på ydelser efter loven, medmindre det anses for overvejende sandsynligt, at sygdommen skyldes andre forhold end de erhvervs mæssige, jf. lovens § 10, stk. 1, nr. 1, og § 11, stk. 1. Erstatningsydelse efter arbejdsskadeforsikringsreglerne er dog ikke ganske på niveau med erstatningsrettens (og dermed PFL's), idet erstatningsposterne tabt arbejdsfortjeneste (midlertidigt indtægts tab) og svie og smerte mangler.

På tilsvarende måde dækker PFL heller ikke skader som følge af, at en pårørende får overført en infektionssygdom ved smitte fra en patient, uanset om patientens infektion måtte være dækket af loven.⁵

Bortset fra infektioner vil de skader, der kan ramme ikke-patienter, normalt kun forekomme i form af *ulykkestilfælde*, herunder eventuelt skader som følge af voldelig adfærd fra patienter. På dette punkt har den præcise grænse for PFL's dækning imidlertid ikke den store betydning, da den forudsætter et sædvanligt ansvarsgrundlag, jf. § 3, stk. 2. Forskellen på dette punkt består derfor hovedsagelig i, at patienter kan fremsætte deres erstatningskrav i PFL's regi, mens ikke-patienter må rejse krav i overensstemmelse med almindelige erstatningsretlige regler. Ansatte på sygehuse kan dog som nævnt under alle omstændigheder påberåbe sig arbejdsskadeforsikringens regler.

Tab, der måtte blive påført en *trejemand* som følge af en patients skade, dækkes ikke af PFL. I overensstemmelse med almindelige erstatningsretlige principper kan de *efterladte* dog få krav på erstatning for forsørgertab m.v., hvis skaden medfører patientens død. Dette ville også gælde, selv om det ikke stod i PFL § 1, stk. 1, 2. pkt.

Det følger endvidere af almindelige erstatningsretlige principper, at også *fostre* kan være berettiget til erstatning, hvis barnet fødes levende. Under denne forudsætning kan skader under svangerskabet eller under fødslen derfor berettigede barnet til erstatning efter reglerne i PFL.⁶

Det er uden betydning, om patienten er dansk statsborger eller ej⁷ og ligeledes, om patienten har bopæl her i landet.

Efter det oprindelige lovforslag omfattede dækningsområdet ikke kun sygehuse, men også alle autoriserede, privatpraktiserende medicinalpersoner samt enkelte andre grupper (apotekere, jordemødre og den kommunale tandpleje). I øvrigt diskuteredes det navnlig, i hvilket omfang (øvrige) kommunale sundhedsordninger (sundhedsplejersker, hjemmesygeplejer-

3. Lov nr. 390 af 20/5 1992, der pr. 1/1 1993 afløste den hidtidige arbejdsskadeforsikringslov.

4. Jf. bkg. nr. 142 af 8/3 1991 (gruppe D2).

5. Jf. fra svensk praksis, Patientskadenämnden 175-177/90.

6. Jf. udtrykkeligt *mot. sp.* 3282.

7. Jf. *ibid.*

sker og skolesundhedstjenesten) skulle omfattes.⁸ I lovforslaget var indsat en bemyndigelse, hvorefter sundhedsministeren kunne udvide dækningsområdet med disse – eller andre – grupper; ministeren kunne endvidere undtage visse områder fra loven.

Som omtalt i kap. 1, afsnit 3, blev dette ændret under folketingsbehandlingen. I Sundhedsudvalgets betænkning foreslog flertallet lovens dækningsområde begrænset til »undersøgelse, behandling eller lignende foretaget på sygehus«, hvilket i udvalgets tillægsbetænkning blev præciseret til den gældende formulering (i § 1, stk. 1, og § 9, nr. 1):⁹ »--- offentlige sygehuse og sygehuse, det offentlige har driftsoverenskomst med«. Betænkningerne indeholder ikke nærmere fortolkningsbidrag, og i bemærkningerne til det oprindelige lovforslag havde der ikke været anledning til at præcisere, hvad der mentes med »sygehuse«, da som nævnt også behandling m.v. uden for sygehuse skulle være dækket. I det følgende afsnit omtales derfor nærmere, hvad der skal forstås ved offentlige sygehuse (afsnit 2.1.) og ved (private) sygehuse, det offentlige har driftsoverenskomst med (afsnit 2.2.). Den ovenfor nævnte bemyndigelse til udvidelse eller indskrænkning af dækningsområdet udgik af lovforslaget. Tilbage står herefter alene reglen i PFL § 1, stk. 3, hvorefter sundhedsministeren fastsætter regler om, hvilke områder der nærmere er omfattet af loven. Denne bemyndigelse giver således alene ministeren hjemmel til at *præcisere* det dækningsområde, som loven har efter § 1, stk. 1 eller 2, men ikke til at ændre det.¹⁰ Bemyndigelsen er udnyttet ved udstedelsen af bkg. nr. 216 af 27/3 1992 vedrørende dækningsområdet (se *bilag 3*).

2. Sygehuse

2.1. Offentlige sygehuse

Der findes ikke i lovgivningen nogen nærmere definition på, hvad der skal forstås ved et sygehus. Dette hænger sammen med, at *sygehusvæsenet* ikke kun omfatter egentlige sygehuse, men også en række andre behandlingsinstitutioner m.v., jf. herved § 3 i lov om sygehusvæsenet,¹¹ hvorefter det omfatter sygehuse, fødeklinikker og andre til sygehuset knyttede behandlingsinstitutioner samt rekonvalescenthjem. Hertil slutter sig lovens § 16 om behandlingsinstitutioner for alkoholskadede. I forslaget til ny lov

8. Jf. *Rapport* s. 45 ff.

9. Jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg B, sp. 1428.

10. Jf. *mot.* sp. 3285. Formålet med reglen var navnlig at opregne grupperne af autoriserede, privatpraktiserende medicinalpersoner; dette er ikke relevant nu.

11. Lbkg. nr. 476 af 7/11 1985 med senere ændringer.

Kap. 2-2.1.

om det offentlige sundhedsvæsen¹² er disse regler overført uændret, jf. lovforslagets § 38, stk. 1. Spørgsmålet er derfor, i hvilket omfang sådanne *andre* behandlingsinstitutioner er omfattet af PFL's dækningsområde, jf. nedenfor.

Alle egentlige, offentlige sygehuse er selvsagt uden videre omfattet af PFL.¹³ Dette gælder, uanset om de ejes og drives af *amtskommuner* eller af *Københavns og Frederiksberg kommuner* eller af *staten* (Rigshospitalet), jf. bkg. nr. 216 af 27/3 1992 § 2. Både somatiske og psykiatriske sygehuse er omfattet; begrænsningen af dækningen til fysiske skader betyder ikke, at psykiatriske sygehuse som sådanne er undtaget. Ambulatorier og føde-klinikker, der er knyttet til et sygehus, omfattes ligeledes.

Kun *danske* sygehuse er omfattet af PFL. Loven gælder ikke for Færøerne og Grønland, medmindre den særligt sættes i kraft dér, jf. § 22. Skaden skal være påført ved undersøgelse eller behandling *her i landet*, jf. § 1, stk. 1. Hvis en amtskommune benytter sig af adgangen til at drive eller benytte institutioner i udlandet, jf. lov om sygehusvæsenet § 4, er skader i forbindelse med undersøgelse eller behandling dér ikke dækket af PFL. Det gælder således i tilfælde, hvor patienten henvises til højst specialiseret sygebehandling i udlandet, jf. herved § 40 i lovforslaget om det offentlige sundhedsvæsen. Derimod er det uden betydning, om den behandlende læge m.v. er dansker eller udlænding.¹⁴

Lovmotiverne tager ikke stilling til, om PFL *kun* skal dække Rigshospitalet og de sygehuse, som (amts)kommunerne driver i henhold til lov om sygehusvæsenet. Spørgsmålet kan navnlig rejses i forbindelse med forskellige *infirmier*, *sygeklivnikker* og lign. for grupper, der er anbragt på eller knyttet til visse institutioner (fængselsvæsenets sygeklivnikker, militærets og civilforsvarets infirmerier). Disse behandlingssteder ville klart være omfattet af det oprindelige dækningsområde. De kan derimod næppe anses for at være »sygehuse« i lovens forstand. Dertil kommer, at de særlige ordninger for de nævnte grupper navnlig må ses som et modstykke til *sygesikringens* ydelser, jf. herved sygesikringslovens § 1, stk. 6, om »hvilende« sygesikringsret, der er gentaget i § 12 i forslag til lov om det offentlige sundhedsvæsen. Sygesikringsfinansieret behandling dækkes ikke af PFL, heller ikke i tilfælde, hvor den foregår på et sygehus, jf. nedenfor.

Begrænsningen af PFL's dækningsområde til sygehuse var begrundet i, at loven – i hvert fald i første omgang – kun skulle omfatte det område,

12. Senest fremsat d. 30/10 1991 som lovforslag nr. L 74, FT 1991-92; forslaget blev ikke gennemført i dette folketingsår.

13. Jf. *mot. sp.* 3283 (hvis udtalelse om, at også alle *private* sygehuse er omfattet, dog ikke har gyldighed, jf. nedenfor afsnit 2.2.).

14. Jf. *mot. sp.* 3282.

hvor risikoen for skader i forbindelse med behandling m.v. er størst. Det stemmer hermed, at dækningsområdet ikke er blevet udstrakt til de øvrige institutioner under sygehusvæsenet, som kun i begrænset omfang varetager egentlige behandlende funktioner, jf. bkg. nr. 216 af 27/3 1992 §4, stk. 1, nr. 1 og 2, hvorefter *kur- og rekonvalescenthjem* samt *behandlingsinstitutioner for alkoholskadede* ikke omfattes af begrebet sygehuse. Endvidere undtages (i nr. 3) offentlige *klinikker*, der behandler patienter ambulant eller ved kortere døgnhvile mod patientens egen betaling eller mod tilskud efter sygesikringsloven.

Udgangspunktet er, at alle former for undersøgelse, behandling m.v. på et sygehus er omfattet, uanset *hvem* der foretager undersøgelsen eller behandlingen, jf. bkg. nr. 216 af 27/3 1992 §5, stk. 1. Der gælder imidlertid undtagelser herfra, både således, at visse skader indtruffet på sygehusets område undtages, og således, at visse skader uden for sygehusets områder dækkes.

Hvad det første angår, undtager bekendtgørelsens §5, stk. 4, skader i tilfælde, hvor patienten »står under ansvar af andre end sygehusmyndigheden«, og det tilføjes, at dette også gælder i tilfælde, hvor patienten undersøges eller behandles på et sygehus af en læge »efter de særlige regler om lægers adgang til at behandle egne patienter fra lokaliteter på sygehuset«. I disse tilfælde er undersøgelsen eller behandlingen ikke en ydelse, der præsteres af sygehusvæsenet, men derimod en ydelse, der er omfattet af den almindelige sygesikring. Den forskellige finansiering kan dog næppe fastholdes som ubetinget afgørende, hvis den pågældende sygesikringsydelse er integreret i sygehusets funktioner, f.eks. en fysiurgisk klinik, der er lagt ind under et sygehus' almindelige rheumatologiske afdeling. Hvis klinikken derimod fungerer selvstændigt, således at den alene låner eller lejer lokaler på sygehuset og ikke er underlagt sygehusledelsen, må den falde uden for PFL på samme måde, som når en (sygehus)-læge behandler egne patienter fra lokaler på sygehuset.

Hvad angår skader *uden for* sygehusets geografiske område, medtager bekendtgørelsens §5, stk. 2, for det første tilfælde, *hvor lokaliteter er indrettet til behandlingsformål efter sygehusets anvisning*, hvis patienten fortsat er under sygehusets direkte behandlingsansvar, f.eks. skader opstået i patientens eget hjem, hvor dette særligt er indrettet til hjemmedialyse.

Dette betyder bl.a., at skader, der skyldes fejl eller svigt i det behandlingsudstyr, som er opstillet i patientens hjem, dækkes efter reglerne i PFL §2, stk. 1, nr. 2. Det kan derimod ikke antages, at udvidelsen også gælder for ulykkestilfælde, der ikke står i forbindelse med behandlingsudstyr. Efter lovens §3, stk. 2, dækkes sådanne ulykker kun, hvis de er indtruffet inden for et sygehus' område, jf. nedenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.3. Der er hermed tilsigtet en snævrere geografisk begrænsning af dækningen af ulykkestilfælde end dækningen af skader, der står i forbindelse med undersøgelse eller behandling. Det ville også

Kap. 2-2.1.

føre til helt tilfældige resultater, om almindelige ulykkestilfælde i hjemmet skulle være dækket, blot fordi patienten er i f.eks. hjemmedialyse. Det ansvarsgrundlag, som § 3, stk. 2, forudsætter, er endvidere et ansvar for sygehusmyndigheden for bygningsindretninger m.v., og det ville derfor være meningsløst at udvide ansvaret til områder uden for sygehuset.

Der næst er dækningen efter bekendtgørelsens § 5, stk. 3, udvidet til skader *under transport af patienter mellem forskellige sygehuse i et befordringsmiddel, som særligt er tilvejebragt af sygehusvæsenet til sygetransport*. Heller ikke denne udvidelse omfatter *ulykkestilfælde* i forbindelse med transporten, herunder trafikulykker.¹⁵ Skader under sådan transport er således kun dækket inden for rammerne af § 2, dvs. skader, der kan henføres til behandling – eventuelt undladt behandling – under transporten.¹⁶ Til gengæld kan dækningen af sådanne skader – uanset bekendtgørelsens formulering – ikke være begrænset til transport *mellem* sygehuse, men må også omfatte transport i øvrigt *til* et sygehus med et sådant befordringsmiddel, som bekendtgørelsen omhandler.

Ambulancevæsenet er en del af sygehusvæsenets opgaver, jf. lov om sygehusvæsenet § 6, uanset om den løses af vedkommende (amts)kommunes eget ambulanceberedskab eller ved overenskomst med Falcks Redningskorps.¹⁷ I almindelighed er ambulancevæsenets opgaver begrænset til selve transporten samt en livreddende, stabiliserende og overvågende funktion.¹⁸ En egentlig behandling på egen hånd ligger uden for dette mandskabs opgave og kompetence. Det ville derfor ikke være meningsfuldt at underkaste ambulance-mandskabet de vurderinger, som er indeholdt § 2, herunder specialismålestokken i stk. 1, nr. 1, og det må derfor antages, at de nævnte funktioner ikke er tilstrækkelige til at bringe skader i forbindelse hermed ind under PFL's dækning. Hvis derimod transporten foregår med en specielt udrustet *lægevogn* fra sygehuset eller ligefrem med et *udrykningshold* herfra (typisk fra sygehusets anæstesiafdeling), er skader i forbindelse med dette mandskabs behandlingsindsats under transporten omfattet af PFL.¹⁹ Grænsetilfælde kan forekomme på områder, hvor det almindelige ambulancemandskab er blevet oplært i

15. Jf. *mot.* 3295, hvorefter ulykker i forbindelse med transport til og fra sygehuse ikke omfattes (af § 3, stk. 2).
16. Selve transportrisikoen er derimod dækket i Sverige og Finland efter disse ordningers regler om ulykkestilfælde, dog således, at eventuel erstatning fra trafikforsikringen fradrages i erstatningen fra patientforsikringen. Det norske forslag indeholder derimod ingen særlig dækning af ulykkestilfælde (ved transport eller andet), således at skader under ambulancetransport, der udtrykkeligt medtages, jf. herved NOU 1992:6 s. 92, principielt kun dækkes som i Danmark.
17. Jf. bet. 1225/1991 (om præhospitalbehandling) s. 21 f. Ved lovforslag nr. L 49, FT 1992-93 (vedtaget d. 15/12 1992) er der indføjet en ny regel i lov om sygehusvæsenet § 10 a om regulering af amtskommunernes ambulancetjeneste.
18. Jf. *ibid.* s. 23 f.
19. Jf. eksempler herpå, *ibid.* s. 34. Nogle steder anvendes til formålet privatpraktiserende læger, der honoreres herfor efter sygesikringsloven, jf. *ibid.* s. 35; disse tilfælde omfattes ikke af PFL.

brugen af særligt behandlingsudstyr, f.eks. til sikring af hurtig indsats over for hjertestop.²⁰ Skader i forbindelse hermed må formentlig være omfattet af PFL.

Den omstændighed, at følgerne af grundsygdommen kunne være begrænset, hvis sygehuset havde medsendt læger under udrykning, berettiger ikke til erstatning, jf. nedenfor kap. 3, afsnit 3.1.2., om ressourcebetingede begrænsninger.

Yder en (sygehus)læge nødvendig førstehjælp uden for sygehuset i tilfælde, hvor han eller hun tilfældigt er til stede ved opstået sygdom eller ulykkestilfælde, er skader i forbindelse hermed ikke omfattet af PFL.

2.2. Private sygehuse med driftsoverenskomst

Private sygehuse – dvs. sygehuse, der ejes af andre end staten eller (amts)-kommuner – er *som hovedregel ikke* omfattet af PFL. Når PFL § 1, stk. 1, gør undtagelse herfra med hensyn til privatejede sygehuse, som det offentlige har driftsoverenskomst med, hænger det sammen med, at det offentlige sygehusvæsen kan »indgå overenskomst med eller på anden måde benytte private institutioner som led i løsningen af sine opgaver«, jf. § 3, stk. 3, i lov om sygehusvæsenet, der videreføres i § 38, stk. 3, i forslaget til ny lov om det offentlige sundhedsvæsen. Som det fremgår, omfatter denne bestemmelse ikke kun de tilfælde, hvor der indgås en driftsoverenskomst med private institutioner, men også andre tilfælde af *faktisk benyttelse* heraf. I overensstemmelse hermed dækker PFL i et vist omfang private institutioner også i sådanne tilfælde, jf. nedenfor.

De generelle begrænsninger i dækningsområdet, som omtales ovenfor, gælder også for private institutioner. Der skal således være tale om et *her i landet beliggende sygehus*. Skader, der er indtruffet på f.eks. private kur- og rekonvalescenthjem, som et amtsråd har indgået overenskomst med, er således ikke omfattet. De ovenfor omtalte geografiske grænser for sygehusets ansvar gælder ligeledes for de private sygehuse, som overhovedet dækkes af PFL.

I bkg. nr. 216 af 27/3 1992 § 3, stk. 1, 2. pkt., sammenholdt med § 4, stk. 1, nr. 4, er der foretaget den afgrænsning af private sygehuse, som det offentlige *ikke* har driftsoverenskomst med, at de kun omfattes af PFL, hvis *mindst halvdelen af driftsudgifterne* vedrører patientbehandling, som betales af staten eller sygehuskommunerne.

Denne afgrænsning er muligvis inspireret af reglerne om, i hvilke tilfælde forvaltningsloven og lov om offentlighed i forvaltningen kan finde anvendelse på private institutioner, idet forudsætningen herfor er, at udgifterne ved deres virksomhed »*overvejende*« dækkes af offentlige midler, jf. § 1, stk. 2, i forvalt-

20. Jf. *ibid.* s. 24 og 60; i betænkningen advares der i øvrigt mod forsøg på en mere vidtgående udvidelse af ambulancemandskabets opgaver og kompetence, jf. *ibid.* s. 61.

Kap. 2-2.2.

ningsloven og §1, stk. 3, i lov om offentlighed i forvaltningen. I henhold til disse regler er imidlertid 50% offentlig finansiering af driftsudgifterne ikke tilstrækkelig.²¹ Det er endvidere svært at se, hvilken relevans disse love har for spørgsmålet om PFL's dækningsområde. Det må dog på den anden side erkendes, at det ville være upraktisk og mindre rimeligt, om en sporadisk brug af et privat sygehus, som ikke bygger på en egentlig driftsoverenskomst, skulle udløse et ansvar for sygehusejeren i henhold til PFL, idet ansvaret i så fald ville omfatte *alle* patienter på sygehuset (altså også dem, hvis behandling ikke blev betalt af det offentlige).

De private sygehuse, som herefter »anses« for omfattet af PFL, er opregnet i et bilag til bkg. nr. 216 af 27/3 1992, jf. dennes §4, stk. 2.

De omfatter en række gigthospitaler og -sanatorier, nogle sklerosehospitaler, et epilepsihospital samt enkelte andre, jf. nærmere denne bogs bilag 3.

Det private behandlingshospital »Mermaid Clinic« har ikke driftsoverenskomst med staten eller sygehuskommunerne, og den omfattes heller ikke af reglen om mindst 50% finansiering fra staten eller sygehuskommunerne. PFL gælder derfor ikke for dette sygehus. Der er imidlertid intet til hinder for, at et sådant sygehus frivilligt påtager sig et udvidet erstatningsansvar, herunder et ansvar på niveau med PFL's, jf. nedenfor kap. 5, afsnit 5.

3. Forsøgspersoner

3.1. Forsøgspatienter

Ved *klinisk* forskning forstås biomedicinske forsøg, der indgår som led i undersøgelse eller behandling af patienter. Sådanne patienter kaldes *forsøgspatienter*. Begrebet »forskning« forudsætter, at der gennemføres en *systematisk* dataindsamling med henblik på erhvervelse af ny viden (f.eks. om nye behandlingsmetoders værdi i forhold til hidtil gængse metoder). Det særlige ved (forsknings)forsøg er således, at undersøgelse eller behandling ikke kun har betydning for de deltagende patienter, men også for den medicinske videnskab og dermed for fremtidig patientbehandling. Klinisk forskning står derved i modsætning til de såkaldte *behandlingsforsøg*, hvor forsøget kun kan have værdi for den enkelte patient, idet der ikke gennemføres en *systematisk* afprøvning af (f.eks.) en alternativ behandlingsform.²²

PFL indeholder *ingen særregler* om forsøgspatienter. Skader på forsøgspatienter dækkes derfor i det hele efter de almindelige regler i PFL. Det

21. Jf. herved bet. 857/1978 s. 39 og 72 f (om revision af offentlighedsloven) og FT 1985-86, tillæg A, sp. 206 (en andel på »i alt fald ikke under 60-70 pct.«).

22. Jf. *Bo von Eyben*: Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg s. 9 f, 19 og 58 f.

er således ikke nødvendigt at tage stilling til, om patienten har deltaget i et forsøg, og – i så fald – om det er et forskningsforsøg eller et behandlingsforsøg.

Sondringen har derimod betydning for, om forsøget er omfattet af lov nr. 503 af 24/6 1992 om et videnskabetisk komitésystem, der pr. 1/10 1992 afløste det hidtidige frivillige komitésystem, der var etableret til kontrol af overholdelse af Helsinki-deklaration II om biomedicinsk forskning, der omfatter mennesker. Loven omfatter kun forskningsforsøg, ikke behandlingsforsøg. Hovedprincippet i loven er, at biomedicinske forskningsprojekter, der indebærer forsøg på bl.a. levende mennesker, skal anmeldes til en videnskabetisk komité, og at projektet først må iværksættes, når komitéen har foretaget en bedømmelse af det og givet tilladelse til iværksættelse, jf. §§ 6 og 7. Kliniske afprøvninger af *lægemidler* skal anmeldes til Sundhedsstyrelsen og må først påbegyndes, når Sundhedsstyrelsen har meddelt tilladelse hertil, jf. lægemiddellovens § 24, stk. 3, som ændret ved lov nr. 194 af 23/3 1992 (lbkg. nr. 452 af 10/6 1992). Sundhedsstyrelsens afgørelse træffes på grundlag af en indstilling fra en videnskabetisk komité, jf. § 7, stk. 3, i loven herom.

Overholdelse af eller overtrædelse af disse regler har ingen betydning for PFL's eventuelle dækning af skader i forbindelse med forsøget. Den omstændighed, at et forsøg iværksættes, uden at der er indgivet anmeldelse eller opnået tilladelse til iværksættelse, betyder således ikke, at skader i forbindelse med forsøget dækkes af PFL i videre omfang end ellers. Det samme gælder ved overtrædelse af reglerne om *information og samtykke*, der er skærpede, når det drejer sig om forsøg, jf. cirk. nr. 163 af 22/9 1992 kap. 2. Den lovfæstelse af kravene til information og samtykke, som er gennemført ved lov nr. 351 af 14/5 1992 om ændring af lægeloven (lbkg. nr. 426 af 19/8 1976), indebar ikke nogen principiel ændring af disse regler.

Som nævnt i kap. 1, afsnit 2.1., var et af formålene med PFL, at *udviklings-skader* skulle være dækket i videre omfang end hidtil. *Udviklings-skader* kan navnlig tænkes at forekomme i forbindelse med forsøg, f.eks. i tilfælde, hvor forsøgsmetoden viser sig at være behæftet med skadelige egenskaber, som ikke kunne være taget i betragtning. Reglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 3, tager bl.a. sigte på tilfælde, hvor brug af en ny metode medfører skader, som ikke ville være indtrådt, hvis man i stedet havde holdt sig til gængse metoder. Netop derfor var der ikke behov for særregler om forsøgspatienter.²³ Heraf følger imidlertid også, at skader i forbindelse med kliniske afprøvninger af lægemidler rammes af den almindelige begrænsning i lovens § 3, stk. 3, hvorefter skader, der skyldes egenskaber ved lægemidlet, ikke dækkes.

For at en forsøgspatient kan være omfattet af PFL, er det således en

23. Jf. *Rapport* s. 91 og 116 f.

Kap. 2-3.1.

betingelse, at forsøget har fundet sted på et – offentligt eller privat – sygehus, der er omfattet af loven, jf. ovenfor.

3.2. Sunde forsøgspersoner

Modsætningen til forsøgspatienter er *sunde forsøgspersoner*, dvs. personer, der deltager i biomedicinske forsøg, der *ikke* indgår som led i undersøgelse eller behandling af personens sygdom. Sunde forsøgspersoner kan herefter enten være personer, som slet ikke er syge, eller personer, som vel er syge, men hvor sygdommen er uden relation til forsøget (»irrelevant« sygdom).²⁴ Uanset om personen hører til den ene eller den anden gruppe, er sådanne forsøgspersoner omfattet af PFL, jf. § 1, stk. 2, 1. pkt. Deltagelse i forsøg har ingen værdi for disse personer, idet forsøget alene tjener forskningsmæssige formål. Baggrunden for medtagelsen i PFL er, at personer, som frivilligt stiller sig til rådighed til forskningsmæssige formål, bør være sikret mod følgerne af skader herved.²⁵

Det har været diskuteret, om der gjaldt – eller burde gælde – et objektivt erstatningsansvar for skader på sunde forsøgspersoner.²⁶ I afgørelsen UfR 1985.729 H fastslog højesteret imidlertid, at der *ikke* gælder noget objektivt ansvar.²⁷ En lægestuderende, der pådrog sig en infektionsskade af lungehinden i forbindelse med et forsøg med indsprøjtning af forskellige aminosyreopløsninger til belysning af nyrens udskillelse af æggehviteproteiner, fik derfor ingen erstatning herfor, da der ikke var begået nogen fejl i forbindelse med gennemførelsen af forsøget. Højesteret lagde herved bl.a. vægt på, at skaden var omfattet af de almindelige regler om erstatning for *arbejdsskader*, og at den studerende derfor havde modtaget en vis erstatning herfra.

Sunde forsøgspersoner er fremdeles omfattet af arbejdsskadeforsikringen,²⁸ og medtagelsen af dem i PFL bevirker ingen ændring heri.²⁹ Arbejdsskadeforsikringen dækker imidlertid som udgangspunkt kun *varige* skadefølger (erhvervsevnetab, varigt mén og forsørgertab), men ikke midlertidigt indtægtstab (»tabt arbejdsfortjeneste«) og svie og smerte. PFL's dækning af sunde forsøgspersoner indebærer derfor, at erstatningen fra arbejdsskadeforsikringen *suppleres* af erstatning i henhold til PFL, således at patientforsikringen dels dækker de erstatningsposter, som ikke omfattes af arbejdsskadeforsikringen, dels betaler differenceerstatning for de posters vedkommende, hvor en erstat-

24. Jf. *Bo von Eyben*: Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg s. 10.

25. Jf. *Rapport* s. 117 og *ibid.* s. 40 ff.

26. Jf. *Jesper Lett* i UfR 1982 B s. 84 ff og *Bo von Eyben*: Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg s. 24 ff; se også *A. Kjønsstad* i Lov og Rett 1983 s. 429 f.

27. I modsætning til, hvad byret og landsret var nået frem til, jf. om sagen *Bo von Eyben* *ibid.* s. 25 ff.

28. Jf. herom *Bo von Eyben* *ibid.* s. 30 ff; *forsøgspatienter* er derimod ikke omfattet af arbejdsskadeforsikringen.

29. Jf. *mot. sp.* 3284.

ningsberegning i henhold til PFL fører til et større beløb end arbejdsskadeforsikringens erstatning.

Trods arbejdsskadeforsikringens (delvise) dækning af skader på (sunde) forsøgspersoner og trods det begrænsede antal skader³⁰ er behovet for en forsikringsmæssig dækning af risikoen blevet fremhævet af såvel Den Centrale Videnskabetiske Komité³¹ og i betænkningen om »Forskning på mennesket«. ³²

Ved begrænsningen af PFL's dækningsområde til sygehussektoren for patienter blev der ikke taget stilling til, hvilken betydning denne begrænsning skulle have for dækningen af sunde forsøgspersoner. Begrænsningen fandt udtryk i ændringer af lovens § 1, stk. 1 (om dækningsområdet) og § 9, nr. 1 (om erstatningspligten), men de hertil svarende regler om sunde forsøgspersoner (og donorer, jf. herom nedenfor) i § 1, stk. 2, og § 9, nr. 2, blev *ikke* ændret i forbindelse hermed. Spørgsmålet er derfor, om dækningen af sunde forsøgspersoner kan begrænses til forsøg, der foregår på sygehuse og lign. steder.

I bkg. nr. 216 af 27/3 1992 § 6 er sundhedsministeriet gået ud fra, at dette spørgsmål kan besvares bekræftende. Dækningen er nemlig blevet begrænset til tilfælde, hvor forsøget er foregået på et *sygehus* (der er omfattet af PFL i øvrigt, jf. ovenfor afsnit 2.1. og 2.2.) eller på *universiteter* og andre højere læreanstalter. Hvis forsøget er foregået uden for sygehuse eller universiteter (f.eks. i privat læge- eller tandlægepraksis el. lign. eller i private firmaer eller foreninger), er skader herved efter § 6, stk. 2, kun omfattet af PFL, hvis forsøget udføres *under direkte ansvar* af et sygehus eller universitet m.v. Det må anses for tvivlsomt, om denne begrænsning har tilstrækkelig hjemmel i loven.

Hjemmelen til begrænsningen kan *ikke* findes i ordet »institutioner« i § 9, nr. 2, der har selvstændig betydning i tilfælde, hvor forsøget finder sted uden for de sygehuse, der omfattes af § 9, nr. 1. Ifølge motiverne³³ viser denne selvstændige betydning sig »f.eks. i tilfælde, hvor forsøg måtte finde sted på videnskabelige institutter på universiteterne, eller hvor donorvirksomhed måtte finde sted på helt *private* institutioner uden for sygehusene« (udhævet her). Forsøg på universiteter m.v. nævnes altså netop kun som et eksempel på forsøg, der foregår uden for sygehuse. Som nævnt omfattede de gennemførte ændringer i lovtæksten ikke reglen i § 9, nr. 2, og der er derfor ingen nødvendig grund til at indlægge en afstandtagen fra denne motivudtagelse i disse ændringer. Hvis folketingets flertal havde ønsket, at dækningen af sunde forsøgspersoner

30. Så vidt vides er den nævnte retssag det eneste eksempel herhjemme på en skade, der har ramt en sund forsøgsperson.

31. Jf. komitéens årsberetninger for 1984 s. 10, for 1985 s. 11 og for 1986 s. 16 f.

32. Jf. bet. 1185/1989 s. 79 f.

33. Jf. *mot.* sp. 3302.

Kap. 2-3.2.

(og donorer) også skulle indsnævres i forhold til det oprindelige forslag, burde det være kommet til udtryk, i det mindste i udvalgsbetænkningen.

Dog kan det muligvis hævdes, at folketinget efterfølgende har godkendt sundhedsministeriets (indskrænkende) fortolkning, idet den klart blev tilkendegivet over for Sundhedsudvalget ved et svar på et spørgsmål fra udvalget i forbindelse med behandlingen af ændringsloven.³⁴ »Endelig er forsøg generelt ikke omfattet af patientforsikringsloven, hvis det drejer sig om forsøg/behandlinger hos privatpraktiserende læger, private firmaer m.fl. Her gælder de almindelige regler for erstatningsansvar, evt. produktansvarsreglerne, hvis det drejer sig om lægemidler«. Sundhedsudvalget reagerede ikke på denne udtalelse og kan for så vidt siges stiltiende at have accepteret denne fortolkning. Den harmonerer naturligvis med det overordnede ønske om at begrænse PFL's dækning til sygehusvæsenet, men ikke med ønskerne om at sikre forsøgspersoner (og donorer) mod enhver form for skade, jf. herved PFL § 4, stk. 1.

Begrænsningen har navnlig betydning for skader i forbindelse med *afprøvning af lægemidler*, som udgør hovedparten af alle forsøg, og som – når det drejer sig om sunde forsøgspersoner – i vidt omfang finder sted uden for sygehuse og universiteter (f.eks. i lægemiddelproducentfirmaet). Selv om PFL ikke dækker skader, der skyldes selve lægemidlets egenskaber, jf. PFL § 3, stk. 3, og selv om denne begrænsning også gælder ved forsøg, jf. § 4, stk. 2, har udelukkelsen af forsøg i private institutioner betydning, idet PFL ellers ville dække skader i tilfælde, hvor der er begået *fejl* i forbindelse med afprøvningen.³⁵

PFL's dækning af skader på sunde forsøgspersoner er *uafhængig* af, om reglerne om anmeldelse, om tilladelse til iværksættelse og om indhentelse af informeret samtykke er overholdt, jf. §§ 6-8 i lov om et videnskabetisk komitéssystem m.v. Overtrædelse af reglerne udvider således ikke dækningen. Der skal imidlertid være tale om »forsøg« i lovens forstand, dvs. et projekt med forskningsmæssigt sigte. Mere enkeltstående eksperimenter – hvis sådanne skulle forekomme på sunde personer – er ikke omfattet. Det er uden betydning, *hvem* forsøgspersonerne er. Hvis f.eks. sygehuslæger eller andet personale på et sygehus deltager som sunde forsøgspersoner, er også de omfattet af PFL § 1, stk. 2. Dette gælder også, selv om vedkommende læge måtte deltage i projektet som forsker. Det er ligeledes uden betydning, om forsøgspersonerne honoreres for deres deltagelse.

PFL's dækning af skader på sunde forsøgspersoner er på 4 punkter videregående end PFL's dækning af skader på patienter (herunder forsøgspatienter), jf. nærmere nedenfor kap. 4, afsnit 2.1.:

34. Sundhedsministeriets besvarelse af spørgsmål 3 ad lovforslag nr. L 73, FT 1991-92 (utrykt). Spørgsmålet og svaret findes også (trykt) i bilag til Sundhedsudvalgets betænkning af 14/5 1992 over forslaget til lov om et videnskabetisk komitéssystem m.v. (L 59, FT 1991-92).

35. Jf. *mot. sp.* 3284.

- (1) Dækningen omfatter *enhver skade* i forbindelse med forsøget, jf. § 4, stk. 1, dvs. at der ikke stilles krav om, at skaden skal være forvoldt på en af de måder, der er angivet i § 2.
- (2) Af § 4, stk. 1, følger endvidere, at kravene til *bevis for årsagssammenhæng* mellem forsøg og skade er afsvækket i forhold til PFL's almindelige krav om en overvejende sandsynlig årsagssammenhæng.
- (3) Også *psykisk* skade dækkes, jf. § 4, stk. 3.
- (4) *Bagatelgrænsen* i § 5, stk. 2, finder ikke anvendelse, jf. § 5, stk. 3.

Derimod gælder som nævnt også ved forsøg, at *rene lægemiddelskader* ikke dækkes, jf. § 4, stk. 2, sammenholdt med § 3, stk. 3. Ved forsøg med afprøvning af lægemidler gælder derfor, at skader kun dækkes i det omfang, skadesårsagen er noget andet end selve lægemidlets egenskaber, jf. nærmere nedenfor kap. 4, afsnit 1.2.

4. Donorer

Efter PFL § 1, stk. 2, 2. pkt., dækkes skader, der rammer *donorer*, i samme udstrækning som skader, der rammer sunde forsøgspersoner. Begrundelsen er også den samme: Personer, der frivilligt underkaster sig et vist indgreb for at hjælpe andre (den medicinske videnskab eller de patienter, der får gavn af blodtransfusioner eller af organ-transplantationer), bør holdes skadesløse for alle skader i forbindelse hermed.³⁶

Udtrykket »vævs-, organ- og vævsvæskedonor« blev valgt i tilslutning til reglerne i lov om udtagelse af menneskeligt væv m.v.,³⁷ der imidlertid er afløst af lov nr. 402 af 13/6 1990 om ligsyn, obduktion og transplantation m.v. Udtrykket må derfor forstås således, at det omfatter enhver udtagelse af »væv og andet biologisk materiale«, jf. lovens § 13, stk. 1. Dette bevirker dog ingen realitetsforskel; reglen omfatter således nyre- og knoglemarvsudtagelser og sådanne andre former for transplantationer fra levende personer, som måtte blive udviklet. Endvidere er bloddonor omfattet.

Som nævnt ovenfor er også dækningen af donorer i bkg. nr. 216 af 27/3 1992 § 6 blevet begrænset til tilfælde, hvor blodafgivelsen eller organudtagelsen finder sted på et sygehus eller på en højere uddannelsesinstitution. Som anført er holdbarheden heraf diskutabel.

36. Jf. *Rapport* s. 20 f og 118. – I afgørelsen UFR 1961.242 V, hvor en bloddonor døde efter at have afgivet blod, var der begået fejl fra sygehusets side, således at de efterladte fik erstatning.

37. Jf. *mot.* sp. 3285.

Kap. 2-4.

Uden særlig lovhjemmel, men i kraft af en såkaldt tekstanmærkning til finansloven har bloddonorer samt nyre- og knoglemarvsdonorer været sikret en vis erstatning med udgangspunkt i arbejdsskadeforsikringens regler.³⁸ Disse erstatninger har derfor kun givet delvis dækning, jf. tilsvarende ovenfor om sunde forsøgspersoner. Motiverne forudsætter, at disse særordninger ophæves, dog således, at reglerne om godtgørelse til donorer for tabt arbejdsfortjeneste og udgifter i forbindelse med selve organudtagelsen opretholdes.³⁹ For skader, der måtte indtræde ved donorvirksomhed uden for sygehuse og universiteter m.v., bør særordningerne dog naturligvis opretholdes, hvis man i øvrigt accepterer sundhedsministeriets indskrænkende fortolkning.

De *udvidelser* af dækningen, som gælder for sunde forsøgspersoner, jf. ovenfor, gælder tilsvarende for donorer. Dette gælder dog ikke for dækningen af psykisk skade, idet PFL §4, stk. 3, alene henviser til §1, stk. 2, 1. *pkt.* Dette beror på en formodning om, at psykisk skade ikke er relevant i forbindelse med donorvirksomhed.

5. Vaccinationer

Det oprindelige forslag til PFL indeholdt en bestemmelse om ophævelse af loven om erstatning for vaccinationsskader,⁴⁰ da skader i forbindelse med vaccinationer skulle være omfattet af PFL.⁴¹ I forbindelse med begrænsningen af PFL's dækning til sygehussektoren overså man, at ophævelse af vaccinationserstatningsloven ville indebære, at der ikke længere ville være nogen særlig dækning af skader, der skyldes vaccinationer hos privatpraktiserende læger m.v. Adgangen til at kræve erstatning for skader ved vaccinationer foretaget uden for sygehuse – og det er jo de fleste – ville derfor komme til at bero på almindelige erstatningsretlige regler, dvs. at der skulle påvises fejl (»defekt«) ved vaccinen eller ved vaccinationens foretagelse.

Da denne forringelse af dækningen af vaccinationsskader ikke var tilsigtet, blev ophævelsen af loven om erstatning for vaccinationsskader slettet ved ændringen af PFL, og der blev indføjet en bestemmelse i PFL §1, stk. 4, hvorefter PFL ikke gælder for skader, der er omfattet af vaccinationserstatningsloven.

Reglen indebærer, at PFL overhovedet ikke omfatter disse skader, uanset om vaccinationen er foregået på et sygehus eller hos en privat-

38. Jf. *Rapport* s. 20 f og *Bo von Eyben*: Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg s. 36 f.

39. Jf. *mot.* sp. 3284 f.

40. Lov nr. 82 af 8/3 1972.

41. Jf. *Rapport* s. 118 f og *mot.* sp. 3282 og 3312.

praktiserende læge m.v. Udelukkelsen gælder ikke kun i de tilfælde, hvor skadesårsagen er egenskaber ved selve vaccinen, men også i tilfælde, hvor skaden kan henføres til den måde, vaccinationen er foregået på. Udelukkelsen er derved videregående end ved lægemiddelskader i øvrigt, jf. PFL §3, stk. 3. Afgørende er alene, om skaden er »omfattet« af vaccinationserstatningsloven, jf. nærmere nedenfor kap. 4, afsnit 3.

Forudsætningen herfor er, at den pågældende vaccination er omfattet af reglerne om *gratis* vaccination, jf. lov nr. 634 af 17/12 1976 og forslaget om lov om det offentlige sundhedsvæsen §29. Skader, der skyldes *andre* vaccinationer end disse, er omfattet af PFL, dvs. at erstatning kan ydes, hvis vaccinationen er foretaget på et sygehus, forudsat at skaden ikke skyldes egenskaber ved vaccinen.

Erstatninger i henhold til vaccinationserstatningsloven fastsættes efter reglerne i *arbejdsskadeforsikringsloven*. Det betyder, at dækningen af disse skader ikke er på niveau med dækningen i henhold til PFL, idet midlertidige skadefølger som udgangspunkt ikke erstattes, jf. ovenfor afsnit 3.2. Hvis de skadelige følger af en vaccination kun er af midlertidig karakter, kan det derfor meget vel forekomme, at skaden vel er omfattet af vaccinationserstatningsloven, men at der i det konkrete tilfælde ikke udløses nogen erstatning for disse følger. Alligevel dækkes de ikke af PFL. PFL's dækning udelukkes nemlig i alle tilfælde, hvor skaden er »omfattet« af vaccinationserstatningsloven. Et modsat resultat måtte forudsætte en formulering, hvorefter PFL's dækning kun udelukkes i det omfang, skaden erstattes efter reglerne i vaccinationserstatningsloven.

Kapitel 3: Erstatningsberettigende skader

1. Indledning

Mens reglerne i PFL §1 angiver, *hvor* en skade skal være forvoldt, for at den kan være omfattet af PFL, angiver reglerne i §2, *hvordan* skaden skal være forvoldt, for at den berettiger patienten til erstatning. Disse regler gennemgås i dette kapitel sammen med de *præciseringer* heraf, der indeholdes i §3, stk.1 og 2. De særlige *begrænsninger*, der følger af kravet om, at skaden skal være af fysisk karakter (jf. §1, stk. 1), og af reglerne om lægemiddelskader (jf. §3, stk. 3), gennemgås i kap. 4, afsnit 1, og de særlige *udvidelser* af dækningen, som gælder for sunde forsøgspersoner og donorer, gennemgås i kap. 4, afsnit 2.

Hovedproblemet for en patientforsikringsordning er, hvordan man skal afgrænse de skader, som bør udløse ret til erstatning på objektivt grundlag (dvs. uden brug af culpereglen), men således, at afgrænsningskriterierne *også* indbefatter de skader, som efter culpereglen ville berettige til erstatning. Formålet med PFL er ikke kun at udvide erstatningsberettigelsen i forhold til culpereglen, men også at bidrage til, at de patienter, som efter de hidtidige ansvarsregler ville være berettiget til erstatning, faktisk opnår erstatning, jf. ovenfor kap. 1, afsnit 2.1.

Problemet skyldes, at man ikke meningsfuldt kan afgrænse en erstatningsberettigende patientskade som enhver nettoforringelse af patientens helbredstilstand under undersøgelses- og behandlingsforløbet. En *nødvendig* betingelse for, at erstatning kan ydes, må være, at skaden kan *henføres til behandling* m.v. – eller eventuelt undladelse af at iværksætte behandling. Dernæst kan denne betingelse *ikke* være *tilstrækkelig*, idet der ikke kan være tale om at yde erstatning for en hvilken som helst skade, der kan henføres til behandling m.v.

Kriterierne for erstatningsberettigelse må altså *udelukke*

- (1) *følger af grundsygdommen*, dvs. alle sådanne følger af den tilgrundliggende sygdom, som ikke kan henføres til iværksat undersøgelse, behandling m.v. eller eventuelt undladt iværksættelse heraf. Det betyder, at *selve den omstændighed*, at grundsygdommens forløb afviger fra det normale, *ikke i sig selv* berettiger patienten til erstatning, uanset om

afvigelsen består i, at der indtræder uventede komplikationer, eller i, at der på anden måde opnås en ringere grad af helbredelse – eventuel slet ingen helbredelse – end den, man normalt regner med ved den pågældende sygdom;

- (2) *sådanne skadelige følger af behandlingen, som patienten må acceptere*, fordi der til selv en korrekt udført behandling knytter sig en risiko for skader, som må anses for at være underordnet set i forhold til det forløb af grundsygdommen, som måtte forventes, dersom behandlingen ikke var blevet iværksat.

Det første punkt behandles nedenfor afsnit 2. Det deler sig i to spørgsmål: Det første er det generelle krav om, at skaden skal *stå i forbindelse* med undersøgelse, behandling m.v. (afsnit 2.1.-2.3.), og det andet er, hvilke krav der stilles til *bevist for årsagssammenhæng* mellem undersøgelse, behandling m.v. og skaden (afsnit 2.4.), herunder hvordan der nærmere skal skelnes mellem følger af grundsygdommen og følger af behandlingen.

Det andet punkt behandles i afsnit 3, hvori der gennemgås de grupper af tilfælde, hvor skaden kan henføres til behandling m.v. på en sådan måde, at patienten ikke skal acceptere skaden uden erstatning, dvs. de 4 tilfældegrupper, som er indeholdt i § 2, stk. 1 (sammenholdt med § 3, stk. 1 og 2). Disse grupper afgrænser udtømmende de erstatningsberettigende skader. Hvis en given skade vel kan henføres til behandling m.v., men ikke falder ind under én af disse grupper, er det således udtryk for, at den er udslag af en risiko ved behandlingen, som patienten selv må bære. Afsnittet indledes (afsnit 3.1.) med en redegørelse for de overordnede principper, som ligger bag afgrænsningerne og grupperingen i § 2, stk. 1.

Endelig omtales i afsnit 4 reglen i § 2, stk. 2, hvorefter ministeren er bemyndiget til at præcisere og til at begrænse dækningsomfanget.

2. Generelle betingelser for dækning

2.1. Forbindelse med undersøgelse eller behandling

PFL er en forsikringsordning, der bygger på et *særligt udvidet virksomhedsansvar*, dvs. et ansvar for de driftsansvarlige sygehusmyndigheder m.v., der rækker ud over det erstatningsretlige culpaansvar. Det ville ikke være meningsfuldt at lade dette ansvar omfatte skader, som ikke kan henføres til den virksomhed, som vedkommende institution driver. Selv om det kan hævdes, at skadelidtes behov for kompensation er det samme, uanset om der er tale om en komplikation ved behandlingen eller en komplikation ved grundsygdommen,¹ kan erstatningssystemet principielt ikke tage

1. Jf. herved ovenfor kap. 1, afsnit 6.6.

Kap. 3-2.1.

hensyn hertil. Hvis en patientforsikringsordning også skulle omfatte skader, som ikke kan henføres til undersøgelse eller behandling, f.eks. fordi det drejer sig om følger af grundsygdommen, som ingen behandling kunne have afværget, ville den i virkeligheden have overtaget en væsentlig del af det almindelige socialsikringsystems funktion. For tab, der skyldes sådanne følger, må patienten nøjes med den compensation, som almindelige sygedagpenge, førtidspension etc. giver.

En minimumsbetingelse for PFL's dækning må derfor være, at skaden kan henføres til en helbredelsesforanstaltning, som et sygehus m.v. står som ansvarlig for.² Selv om PFL ikke bygger på culpereglen, kan den alligevel anskues som en udbygning af det erstatningsretlige *virksomheds*-ansvar, der hviler på reglen i Danske Lov 3-19-2 om en arbejdsgivers ansvar for de ansattes skadegørende handlinger. Også denne regel stiller krav om, at der skal være en vis forbindelse mellem det hverv, den ansatte havde til opgave at udføre, og den forvoldte skade.

Arbejdsgiveren er derfor ikke ansvarlig for, hvad den ansatte foretager sig i fritiden. I overensstemmelse hermed dækker PFL ikke tilfælde, hvor en læge uden for sit tjenestested foretager behandling, yder nødvendig førstehjælp m.v.³ Som eksempel kan nævnes afgørelsen i UfR 1981.173 Ø om en (sygehus)-læge, der i hjemmet fandt sin hustru bevidstløs efter en selvmordsforsøg, og som først tilkaldte ambulance efter nogle timers forløb; han fandtes herved at have handlet som »læge« – og fik en bøde for overtrædelse af lægelovens § 18, fordi forsinkelsen udsatte hustruen for livsfare –, men PFL vil således ikke dække den skade, der måtte kunne henføres hertil. Som et andet eksempel kan fra svensk praksis nævnes et tilfælde,⁴ hvor en person undlod at søge umiddelbar behandling på et sygehus på grund af et råd, som han i privat sammenhæng havde modtaget fra en overlæge på et sygehus; skaden herved var ikke omfattet af patientforsikringen.

Udtrykket »undersøgelse, behandling el. lign.« i PFL § 1, stk. 1, skal forstås bredest muligt. Det omfatter *enhver form* for undersøgelse, behandling m.v., som *retter sig mod den enkelte patient*.⁵ Udenfor falder derfor sundhedsfremmende foranstaltninger, der retter sig mod befolkningen som helhed.⁶ Som nævnt ovenfor kap. 2, afsnit 1, er det ikke nogen betingelse, at den pågældende person er syg. Rent forebyggende foranstaltninger eller almindelige helbredsundersøgelser er således også omfattet.

2. Jf. om Sverige, *Oldertz*: Patient- och läkemedelsförsäkringarna s. 385 f og *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 88, og om Norge, NOU 1992:6 s. 74.

3. Jf. *mot.* sp. 3282.

4. Patientskadenämnden 55/89.

5. Jf. *mot.* sp. 3282.

6. F.eks. fluortilsætning til vand, jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 86.

Hvis en person henvender sig på et sygehus i den formening, at han eller hun er syg, og der i forbindelse med undersøgelse indtræder en skade, er vedkommende dækket, uanset om undersøgelsen måtte vise, at personen i øvrigt ikke fejler noget.

PFL's konstruktion som en art udvidet virksomhedsansvar – med en hertil knyttet forsikringsordning – viser sig i den nærmere afgrænsning af de erstatningsberettigende skader, hvor det grundlæggende kriterium er, om skaden *kunne* være undgået ved, *at undersøgelse eller behandling var blevet udført anderledes*, jf. nedenfor afsnit 3.1.1. Udgangspunktet er derfor – principielt ligesom i erstatningsretten – en vurdering af den *faktisk* udviste adfærd ved undersøgelse og behandling, sammenholdt med et *hypotetisk forløb*, hvor spørgsmålet er, hvad der ville være sket, hvis adfærden ved undersøgelse og behandling havde været en anden. Forskellen fra den erstatningsretlige culpavurdering er, at vurderingen af den faktiske adfærd ikke (kun) drejer sig om, hvorvidt der er begået en *fejl* ved undersøgelse og behandling, og at inddragelsen af et hypotetisk forløb derfor ikke (kun) omfatter spørgsmål om, hvorvidt skaden kunne være undgået, hvis der ikke var begået fejl.

PFL stiller ikke – modsat den svenske patientforsikring – krav om en »direkte« sammenhæng mellem undersøgelse, behandling m.v. og skaden. Dette bevirker dog næppe nogen realitetsforskel. De tilfælde, hvor en patientskade kun »indirekte« medfører noget tab, vil formentlig under alle omstændigheder falde udenfor på grund af begrænsningen af dækningen til fysiske skader, jf. nedenfor kap. 4, afsnit 1.1. Kun på ét punkt går PFL's dækning ud over skader, der står i forbindelse med undersøgelse, behandling m.v. Det gælder de *ulykkestilfælde* på sygehusområder, der omfattes af §3, stk. 2, jf. herom nedenfor afsnit 3.2.3. Denne udvidelse er imidlertid af begrænset rækkevidde, da dækningen forudsætter et sædvanligt ansvarsgrundlag.

2.2. Følger af grundsygdommen

Kravet om, at en skade skal stå i forbindelse med undersøgelse, behandling el. lign., tjener først og fremmest til at *afskære erstatning for følger, der kan henføres til grundsygdommens forløb*. Det gælder, hvad enten dette forløb har været normalt eller unormalt. Det er således indlysende, at der ikke kan ydes erstatning for den »normale« følge af en uhelbredelig sygdom, at patienten invalideres eller dør af den, eller for den tilsigtede »skade«, der består i, at patienten f.eks. som følge af koldbrand får amputeret et ben. Reelt er naturligvis også dette en følge af grundsygdommen.

Også *unormale* følger af grundsygdommen (»komplikationer«) falder uden for PFL, uanset hvor sjældne de er, og uanset om de også i

Kap. 3-2.2.

det konkrete tilfælde indtræder helt uventet.⁷ Særligt i tilfælde, hvor et nødvendigt indgreb er forbundet med en betydelig risiko for komplikationer, kan det være vanskeligt at afgøre, om komplikationsrisikoen reelt skal henføres til grundsygdommen eller til behandlingen, men det får ingen praktisk betydning, da PFL (heller) ikke dækker sådanne komplikationer, selv om de betragtes som en følge af behandlingen, jf. nærmere nedenfor afsnit 3.4. Også *infektioner* er eksempel på en komplikation, hvor det kan være vanskeligt at afgøre, om den skyldes behandlingen, eller om den skyldes grundsygdommen eller patientens tilstand i øvrigt. Hvis infektionen skyldes bakterier, som ikke er påført patienten i forbindelse med undersøgelse eller behandling, dækkes skadelige følger heraf ikke af PFL.

Der kan derfor som udgangspunkt ikke ydes erstatning som følge af infektioner, der skyldes *patientens egne bakterier*.⁸ Som omtalt ovenfor kap. 1, afsnit 6.1., er dette princip i den svenske patientforsikring blevet suppleret med regler om, at infektioner ikke dækkes i tilfælde, hvor indgrebet er sket i bakteriologisk set urene områder, eller i tilfælde, hvor patientens tilstand eller indgrebets karakter i sig selv indebærer en øget infektionsrisiko. Disse regler skal imidlertid opfattes som formodningsregler om, at infektionen i sådanne tilfælde normalt må anses for at være forårsaget af patientens egne bakterier og udelukker således ikke dækning, hvis det i det enkelte tilfælde må antages, at bakterierne er blevet påført patienten i forbindelse med undersøgelse eller behandling. Der bliver derfor ingen realitetsforskel i forhold til de danske regler, hvor dækningen af (uundgåelige) infektioner hidrørende fra grundsygdommen eller patienten i øvrigt – tillige – afskæres gennem reglen i §2, stk. 1, nr. 4, hvorefter (bl.a.) infektionsskader kun dækkes, hvis de er en følge af undersøgelse eller behandling.

Ud fra de svenske formodningsregler har man i praksis afslået at give erstatning for infektioner ved blindtarmsoperationer,⁹ ved galdeoperation,¹⁰ ved hysterektomi (operativ fjernelse af livmoderen).¹¹ Endvidere nægtes erstatning i tilfælde, hvor grundsygdommen har medført nedsat vævsvitalitet og dermed øget infektionsrisiko, f.eks. ved et karkirurgisk indgreb som følge af nedsat blodcirkulation i et ben, hvorefter såret ikke heledes med en heraf følgende infektion, der til sidst førte til en underbensamputation,¹² det samme er blevet statueret ved sukkersyge,¹³ ved en forbrændingsskade,¹⁴ og i et tilfælde, hvor patienten flere gange var blevet opereret for brok med heraf følgende nedsat

7. Jf. *Rapport* s. 108 ff og *mot.* sp. 3285.

8. Jf. *Rapport* s. 109.

9. Jf. Patientskadenämnden 127/85 og 131/88.

10. Jf. *ibid.* 46/88 og 185/88.

11. Jf. *ibid.* 37/89.

12. Jf. *ibid.* 186/88.

13. Jf. *ibid.* 28/89.

14. Jf. *ibid.* 133/90.

vævsvitalitet.¹⁵ Uden for disse områder kan som eksempler på tilfælde, hvor infektionen antoges at hidrøre fra patientens egne bakterier, nævnes sårintektion efter behandling for et åbent sår på foden, hvor årsagen fandtes at være bakterier, som var til stede inden behandlingen;¹⁶ endvidere en række tilfælde af infektion som følge af stafylokokker (f.eks. hos et nyfødt barn, der var inficeret med stafylokokker aureaus,¹⁷ og en patient med kronisk bronkitis, der var behandlet med astmadrop¹⁸).

Overensstemmelsen med de svenske regler gælder kun *udelukkelsen* af dækning af infektionsskader, hvor infektionen er forårsaget af patientens egne bakterier. Alle de nordiske patientforsikringsordninger er fælles om denne udelukkelse. Der er derimod ikke overensstemmelse mellem reglerne om, *i hvilket omfang* patientforsikringen dækker skader, som skyldes infektioner, der hidrører fra behandlingen eller behandlingsmiljøet i øvrigt. I Sverige og efter det norske forslag dækkes sådanne infektionsskader i videre omfang end andre komplikationer, mens dette ikke er tilfældet i Danmark og Finland, jf. nærmere nedenfor afsnit 3.4.

Også andre komplikationer end infektioner kan ofte henføres til sådanne sygelige forandringer hos patienten, at skaden ikke kan betragtes som en følge af undersøgelse eller behandling, selv om den indtræder i tilknytning hertil.

Som eksempel herpå kan nævnes en lægeansvarssag,¹⁹ hvor patienten var indlagt til operation for en diskusprolaps i lænden. I forbindelse med forsøg på at bedøve patienten ved intubation (nedlæggelse af rør i luftrøret) skete der en læsion af en halshvirvel, hvilket medførte omfattende lammelser, men denne skade skyldtes først og fremmest de forud eksisterende slidgigtforandringer i halshvirvelsøjlen.

Som andre eksempler kan fra svensk praksis nævnes et tilfælde,²⁰ hvor patienten blev opereret for en forsnævring i rygmarvskanalen; efter operationen konstateredes en forværring af patientens tilstand, men den måtte henføres til en forud eksisterende nervelidelse, som sandsynligvis under alle omstændigheder ville have udløst symptomer på et senere tidspunkt. Et andet eksempel²¹ vedrørte en diskusprolapsoperation hos en patient, hvis ryglidelse havde givet anledning til en lettere lammelse (partiel peronæusparese); efter operationen udviklede lammelsen sig til en fuld parese, men denne udvikling måtte henføres til grundsygdommen, ikke til operationen.

På tilsvarende måde kan der ikke ydes erstatning i tilfælde, hvor et knogle-

15. Jf. *ibid.* 184/88.

16. Jf. *ibid.* 323/90.

17. Jf. *ibid.* 18/88.

18. Jf. *ibid.* 95/88.

19. Jf. UfR 1992.728 H.

20. Jf. Patientskadenämnden 42/84.

21. Jf. *ibid.* 121/88.

Kap. 3-2.2.

brud må henføres til knogleskørhed hos patienten,²² eller hvor en patient på grund af en psykisk lidelse begår – eller forsøger at begå – selvmord.²³ Der kan være en flydende overgang mellem tilfælde, hvor knogleskørhed kan henføres direkte til grundsygdommen eller patientens tilstand i øvrigt, og tilfælde, hvor den skyldes en uundgåelig risiko ved nødvendig behandling (f.eks. strålebehandling²⁴). Hvor grænsen præcist går, vil normalt ikke have nogen betydning; hvis nemlig risikoen ved behandling er betydelig, men det alligevel er begrundet at løbe den på grund af grundsygdommens alvor, vil patienten under alle omstændigheder være afskåret fra at få erstatning i henhold til § 2, stk. 1, nr. 4, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.1.

Princippet om, at PFL ikke dækker følger af grundsygdommen, må dog præciseres nærmere i flere henseender.

For det første kan det tænkes, at grundsygdommens følger – eller dog nogle af dem – kunne være *afværget* ved, at undersøgelse eller behandling var blevet udført anderledes. I de tilfælde, hvor PFL erstatter skader, fordi de kunne være undgået (dvs. efter reglerne i § 2, stk. 1, nr. 1-3, jf. nærmere nedenfor afsnit 3.1.3.), gælder dette naturligvis – også – for de følger af grundsygdommen, som kunne være undgået. Forskellen kommer derfor kun frem, hvis det drejer sig om komplikationer m.v., som *ikke* kunne være undgået. Er komplikationen forårsaget af undersøgelse eller behandling, *erstattes den i et vist omfang* efter reglen i § 2, stk. 1, nr. 4, jf. nedenfor afsnit 3.4. Er den derimod en følge af grundsygdommen eller af patientens tilstand i øvrigt, *erstattes den ikke*.

Det kan f.eks. tænkes, at der ikke blev grebet adækvat ind over for en komplikation ved grundsygdommen. Som illustration kan nævnes afgørelsen i UfR 1965.680 H om behandling for en nervelæsion efter et knivstik i hånden, hvor der senere opstod voldsomme smerter med flere operationer – til sidst amputation af to fingre – til følge. Årsagen til smerterne var komplikationen kausalgi (brændende smerter forårsaget af læsion af nogle nervebaner), som måtte henføres til den oprindelige læsion. Patienten fik delvis erstatning herfor, da han for sent var kommet under specialistbehandling. Forskellen mellem erstatningsretten er – også i en sådan sag –, at retten til erstatning for følgerne af den forsinkede behandling ikke beror på, om forsinkelsen skyldes en fejl (culpa), men på, om de kunne være undgået ud fra de kriterier, som opstilles i § 2, stk. 1, nr. 1-3.

For det andet – og i forlængelse af det første – kan grundsygdommens forløb i sig selv udgøre en erstatningsberettigende patientskade i det

22. Jf. *ibid.* (128/89) om lårbrud hos en patient i forbindelse med genoptræningsgymnastik; se herved også *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 108 f.

23. Jf. herved UfR 1978.593 Ø.

24. Jf. f.eks. Patientskadenämnden 19/89.

omfang, *forløbet er blevet påvirket af, at grundsygdommen ikke blev diagnosticeret korrekt*; dette spørgsmål behandles nærmere i det følgende afsnit.

For det tredje må der tages stilling til den særlige form for komplikation, som består i, *at den givne behandling ikke lykkedes*, dvs. at behandlingsresultatet ikke var den forventede og normale (grad af) helbredelse; dette spørgsmål tages op i afsnit 3.1.1.

2.3. Særligt om mangelfuld diagnosticering

Et sygdomsforløb kan være blevet påvirket af, at sygdommen ikke blev diagnosticeret korrekt, eller at den rigtige diagnose først blev stillet på et senere tidspunkt end muligt. Dette kan have bevirket, at sygdommen nåede at udvikle sig mere, end den ellers ville have gjort med den følge, at helbredelsen *forsinkes*, eller at sygdommen eller behandlingen imod den medfører *flere eller større komplikationer* end ellers, eller at sygdommen *ikke kan helbredes*. Det karakteristiske er således, at den manglende eller forsinkede diagnosticering medfører en »merskade« ved grundsygdommens forløb. For en sådan merskade ydes der erstatning efter PFL, hvis den manglende eller forsinkede diagnosticering kan henføres til et forhold, som omfattes af PFL § 2, stk. 1, nr. 1 eller 2, jf. nærmere nedenfor afsnit 3.2.1.1. og 3.3.4.²⁵ Det samme gælder i tilfælde, hvor den rigtige diagnose i og for sig blev stillet, men hvor der ikke blev iværksat den behandling, som diagnosen krævede; også da bliver spørgsmålet, om undladelsen har medført en »merskade« ved grundsygdommens forløb.

Som eksempel på, at manglende diagnosticering medførte en merskade, kan fra svensk praksis nævnes et tilfælde,²⁶ hvor en person kom til et sygehus lidende af brystmerter, men uden at man fandt tegn på en hjertelidelse; patienten blev sendt hjem og døde 5 timer senere af en hjerteinfarkt. Selv om det ikke var sikkert, at man kunne have konstateret hjertelidelsen – f.eks. ved et elektrokardiogram (EKG), som ikke blev taget – eller kunne have reddet patienten, hvis denne var forblevet på sygehuset, fandtes der dog at være en sådan udsigt hertil, at skaden var omfattet af patientforsikringen. Et andet eksempel²⁷ vedrører en for sen diagnosticering af en blindtarmsbetændelse, hvor blindtarmen var bristet; hvis patienten var blevet opereret rettidigt, ville indlæggelse have varet 2 uger i stedet for 3 uger; denne forlængelse af sygehusopholdet udgjorde en erstatningsberettigende merskade.²⁸ Endelig

25. Jf. *Rapport* s. 110.

26. Jf. Patientskadenämnden 47/86.

27. Jf. *ibid.* 238/90.

28. Noget andet er, at denne (mer)skade ikke var tilstrækkelig alvorlig til at overstige bagatelgrænsen, jf. ovenfor kap. 1, afsnit 6.1.

Kap. 3-2.3.

kan nævnes et tilfælde,²⁹ hvor diagnosticering af en speciel form for tuberkulose blev forsinket en måned, hvilket medførte, at et operativt indgreb blev mere omfattende, end det ellers ville have været; følgen heraf var dog kun et større operationsår.

Som eksempel på, at en forsinket diagnosticering ikke medførte nogen merskade, kan nævnes et tilfælde,³⁰ hvor en patient, der havde blod i afføringen, alene blev behandlet for hæmorrhoider; senere konstateredes tarmkræft, og man fastslog, at patienten ikke var blevet undersøgt tilstrækkeligt grundigt. Kræftsygdommen havde dog ikke nået at sprede sig, og behandlingen imod den blev derfor ikke anderledes eller mere omfattende, end hvis den rigtige diagnose var blevet stillet tidligere.³¹

Som eksempel på et tilfælde, hvor der blev stillet en korrekt diagnose, men derefter ikke iværksat adækvat behandling, kan fra tidligere retspraksis (UFR 1981.1009 H) nævnes et tilfælde, hvor en tandlæge konstaterede parodontose, men kun iværksatte konserverende behandling; først adskillige år senere blev patienten henvist til en specialist, der iværksatte mere omfattende behandling. Merskaden bestod i en væsentlig fordyrelse af behandlingen (ca. 48.000 kr., hvor rettidig behandling kun ville have kostet under 5.000 kr.). Der erindres dog om, at privatpraktiserende tandlæger ikke omfattes af PFL.

Mangelfuld diagnosticering af en sygdom udgør især en væsentlig del af klager over lægevagtsydelse,³² navnlig ved sygdomme som meningitis, blindtarmsbetændelse og hjerteinfarkt. Disse ydelser falder imidlertid også uden for PFL's dækningsområde.

PFL's dækning af »merskader« ved manglende eller forsinket diagnosticering er kun i begrænset omfang udvidet i forhold til erstatningsrettens culperegul. Dette skyldes, at facitræsonnementet ikke finder anvendelse i disse tilfælde, jf. nedenfor afsnit 3.3.4. Dækningen er efter PFL § 3, stk. 1, begrænset til de tilfælde, hvor der – objektivt set – foreligger en fejl i forbindelse med undersøgelse og tolkning af sygdomssymptomer, jf. nedenfor afsnit 3.2.1.1. om fejl fra lægens side og afsnit 3.3.2.1. om fejl i (bl.a.) teknisk udstyr, der anvendes i diagnostisk øjemed. En videregående dækning gælder derimod i tilfælde, hvor skaden indtræder i forbindelse med et indgreb, der foretages i diagnostisk øjemed, jf. herom nedenfor afsnit 3.4.2.1. I disse tilfælde består (mer)skaden imidlertid ikke i en forværring af grundsygdommens forløb, men derimod i en skade, der er påført patienten ved en undersøgelse, hvis formål er at diagnosticere patientens sygdom.

29. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 102.

30. Jf. Patientskadenämnden 38/88.

31. Jf. herved *Segest*: Patients' Complaints s. 101 f om manglende diagnosticering af en hjerne-svulst, hvilket var uden betydning for sygdommens – dødelige – forløb. Se herved også UFR 1939.1077 H.

32. Jf. herom *E. Segest* i *Ugeskr Læger* 1986;148:1042-5; se også *Segest* *ibid.* s. 80.

2.4. Kravet om overvejende sandsynlig årsagssammenhæng

Indledningen til PFL §2, stk. 1, fastslår, at erstatning ydes, hvis skaden »med overvejende sandsynlighed« er forvoldt på en af de 4 måder, der er opregnet i §2, stk. 1, nr. 1-4. Reglen angiver *de krav, der skal stilles til beviset for årsagssammenhæng* mellem skaden og den pågældende undersøgelse eller behandling. Reglen er således en *bevisregel*, der bestemmer, hvem af parterne – forsikrings-selskabet eller patienten – det skal gå ud over, at der ikke tilvejebringes vished for, om der er årsagsforbindelse mellem behandling m.v. og den indtrådte skade. Formålet med reglen er at fastslå, at en sådan tvivl skal komme *patienten til gode i videre udstrækning*, end den ville gøre efter almindelige erstatningsretlige regler.

Principielt har patienten *bevisbyrden* for, at betingelserne for ret til erstatning i henhold til PFL er opfyldt. Dette stemmer med almindelige bevisretlige regler. Den, der hævder at have krav på en vis ydelse (f.eks. en erstatning), må som udgangspunkt bevise, at betingelserne herfor er opfyldt; bevises dette ikke, får den pågældende ikke krav på ydelsen. PFL opererer *ikke* med nogen form for omvendt bevisbyrde; det er altså ikke sådan, at patienten bliver berettiget til erstatning i alle tilfælde, hvor der ikke kan føres bevis for det modsatte.

Patienten har derimod *ikke* en *oplysningspligt* i den forstand, at det er patienten, der skal *tilvejebringe det bevismateriale*, som skulle kunne dokumentere, at betingelserne for ret til erstatning er opfyldt.³³ Denne pligt påhviler i stedet patientforsikringsforeningen, som efter PFL §13 bl.a. har til opgave at *oplyse* alle erstatningssager efter loven, jf. nedenfor kap. 10, afsnit 3.2. Patientten har naturligvis pligt til at medvirke med at skaffe oplysninger, men det gælder netop kun i det omfang, patientforsikringsforeningen begærer dette, jf. PFL §17.

Problemet opstår da i tilfælde, hvor der efter den gennemførte sagsoplysning henstår tvivl om, hvad skaden er forårsaget af. Den omstændighed, at patienten har bevisbyrden i den ovenfor nævnte forstand, siger ikke noget om, *hvor store krav* der skal stilles til beviset for, at betingelserne for ret til erstatning er opfyldt. Reglen i PFL §2, stk. 1, markerer, *at beviset ikke behøver at honorere de krav til sikkerhed for kravets berettigelse, som en domstol i almindelighed vil stille for at imødekomme et erstatningskrav.*

Det er ikke muligt i generelle vendinger at fastslå, hvor store krav domstolene stiller til bevisets styrke, f.eks. i almindelige erstatningssager, herunder lægeansvarssager. Kravene afhænger i høj grad af en række nærmere omstændigheder og kan derfor variere fra tilfælde til tilfælde. Domstolene vil derfor i nogle

33. Jf. *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 85 og *Rapport* s. 120.

Kap. 3-2.4.

tilfælde kræve, at der er tilvejebragt en meget høj grad af sandsynlighed (grænsende til vished) for, at det omtvistede faktum forholder sig på den måde, som den pågældende retsregel (f.eks. culpareglen) kræver for at imødekomme det fremsatte krav, mens der i andre tilfælde kun stilles krav om en vis grad af sandsynlighed herfor. I tilfælde, hvor domstolene i lægeansvarssager kun har stillet små krav til beviset for årsagssammenhæng, vil der også efter PFL være mulighed herfor, jf. nedenfor.

Som eksempel på en lægeansvarssag, hvor patienten ikke fik erstatning, fordi der ikke var tilvejebragt en tilstrækkelig grad af sandsynlighed for, at skaden var forårsaget af en fejl i forbindelse med en operation, kan nævnes UfR 1973.773 Ø, hvor en anden mulig forklaring på skaden kunne være, at den var opstået som en efterfølgende komplikation, som operatøren ikke havde haft nogen mulighed for at afværge. Retten anså begge muligheder for at være »tænelige forklaringer« på skaden og tilføjede – på baggrund af Retslægerådets udtalelse – at den sidstnævnte mulighed havde en »ikke uvæsentlig sandsynlighed« for sig. Dette vil efter PFL ikke være tilstrækkelig til at afskære patienten fra erstatning, hvis det dog er således, at sandsynligheden for en uundgåelig, postoperativ komplikation er mindre end sandsynligheden for en ved operationen forvoldt skade, jf. nedenfor.

Reglen i PFL §2, stk. 1, skal således opfattes som et tydeligt signal til dem, der skal træffe afgørelser i henhold til loven, om, at *beviskravet er lempet* i forhold til det almindelige princip om, at der skal føres »fuldt bevis« for et kravs berettigelse. Lempelsen omfatter alle de led i kausalitetsvurderingen, som man skal igennem for at fastslå, om – og i bekræftende fald i hvilket omfang – patienten er berettiget til erstatning i henhold til §2³⁴ (samt §3, stk. 1, om diagnosticering, som henviser til §2, stk. 1, nr. 1 og 2; derimod gælder lempelsen ikke for vurderingen af, om patienten ved ulykkestilfælde er berettiget til erstatning i henhold til §3, stk. 2, idet denne regel henviser til almindelige erstatningsretlige regler). Teoretisk kan man sondre mellem tre forskellige kausalitetsspørgsmål:

(1) Er skaden *overhovedet forårsaget af undersøgelse eller behandling*, eller må den henføres til grundsygdommens forløb, jf. ovenfor afsnit 2.2.? Det er således tilstrækkeligt, at skaden med overvejende sandsynlighed skyldes undersøgelse eller behandling. Er dette tilfældet, bliver det næste spørgsmål:

(2) Er skaden med overvejende sandsynlighed *forvoldt på en af de måder, der er angivet i §2, stk. 1, nr. 1-4?* Når der f.eks. skal tages stilling til, om patienten er berettiget til erstatning i henhold til §2, stk. 1, nr. 1, skal to betingelser være opfyldt, nemlig at en erfaren specialist ville have handlet

34. Jf. *mot.* sp. 3286.

anderledes ved undersøgelse eller behandling, og at skaden derved ville være undgået, jf. nærmere nedenfor afsnit 3.2.1.1. Kriteriet »overvejende sandsynlighed« for årsagssammenhæng gælder derfor i relation til begge led: Patienten er således berettiget til erstatning, hvis det er overvejende sandsynligt, at en erfaren specialist ville have handlet anderledes ved undersøgelse eller behandling, og det er overvejende sandsynligt, at skaden derved ville være undgået.

På samme måde vurderes betydningen af manglende eller forsinket diagnostisering af patientens sygdom. Afgørende er således, om det er overvejende sandsynligt, at en erfaren specialist ville have stillet den rigtige diagnose eller have gjort det på et tidligere tidspunkt, og – i bekræftende fald – om det er overvejende sandsynligt, at f.eks. en videreudvikling af sygdommen da ville være undgået.

Tilsvarende er spørgsmålet i relation til reglen i §2, stk. 1, nr. 3, om det er overvejende sandsynligt, at skaden ville være undgået, hvis der var blevet valgt en anden teknik eller metode til behandling af patientens sygdom.

(3) Er patienten herefter berettiget til erstatning, bliver det sidste kausalitetsproblem en vurdering af, *i hvilket omfang* de konstaterede skadevirkninger kan henføres til det erstatningsbegrundende forhold. At kriteriet »med overvejende sandsynlighed« også gælder ved denne vurdering, følger i og for sig allerede af (1) og (2): Den indtrådte skade må sammenholdes med det forløb, som grundsygdommen ville have haft, hvis der ikke havde foreligget et forhold, som berettigede patienten til erstatning i henhold til §2, stk. 1, nr. 1-4. Hvis dette – hypotetiske – forløb under alle omstændigheder ville have indebåret nogle skadevirkninger, er patienten kun berettiget til erstatning for den »merskade«, som kan henføres til det erstatningsbegrundende forhold. Også på dette punkt gælder derfor, at det er tilstrækkeligt, *at følgerne med overvejende sandsynlighed konstituerer en merskade* i forhold til de følger, som grundsygdommen ville have fået, hvis det erstatningsbegrundende forhold ikke havde foreligget.

I *mot.* er angivet to abstrakte eksempler på dette princip:³⁵ »Hvis f.eks. patientens erhvervsevne efter patientskaden er nedsat med 75 pct., men de normale følger af sygdommen og af nødvendig behandling må antages at ville have været en erhvervsevnenedsættelse på 50 pct., kan der kun ydes erstatning for de yderligere 25 pct. erhvervsevnetab, der kan henføres til patientskaden.« Og tilsvarende:³⁶ »Hvis der f.eks. indtræffer en erstatningsberettigende patientskade under en operation, hvorefter patienten er uarbejdsdygtig i 4 måneder, men de normale følger af operationen ville være en uarbejdsdygtighedsperiode

35. Jf. *ibid.* sp. 3298.

36. *Ibid.* sp. 3299.

Kap. 3-2.4.

på 2 måneder, omfatter patientskaden kun 2 måneders uarbejdsdygtighed, og patienten vil derfor ikke være berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste eller godtgørelse for svie og smerte for denne periode.«

Spørgsmålet, om skaden ville være undgået, hvis det erstatningsbegrundende forhold ikke havde foreligget, bliver i disse tilfælde et spørgsmål om, hvorvidt det er overvejende sandsynligt, at erhvervsevnetabet i så fald ville være blevet mindre omfattende (eksempel 1), eller at uarbejdsdygtighedsperioden ville være blevet kortere (eksempel 2). Er dette tilfældet, foreligger der i samme udstrækning en merskade, som skal erstattes.

Motiverne til bestemmelsen gør det klart, at udtrykket »overvejende sandsynlighed« skal forstås ganske bogstaveligt:³⁷ »I princippet er selv en minimal sandsynlighedsovervægt tilstrækkelig«, dvs. (lidt) *over 50% sandsynlighed*. Der foreligger således en erstatningsberettigende patientskade, hvis det »fremstår som mere sandsynligt, at den er forårsaget af erstatningsbegrundende helbredelsesforanstaltninger, end at den er forårsaget på anden måde, herunder ved komplikationer i forbindelse med grundsygdommens forløb, som har udviklet sig uafhængigt af behandlingen.« Men der skal som udgangspunkt være en sådan sandsynlighedsovervægt. Der er *ikke* opstillet nogen formodning for årsagssammenhæng, der generelt vender bevisbyrden om.³⁸ Hvis det er lige så sandsynligt, at skaden kan henføres til grundsygdommens (uundgåelige) forløb som til behandlingen, eller er det ikke muligt at fastslå noget om den relative sandsynlighed for de mulige skadesårsager, er kausalitetsbetingelsen ikke opfyldt, og patienten er derfor ikke berettiget til erstatning.³⁹ I denne forstand påhviler bevisbyrden fortsat patienten. Kun i relation til skader på ikke-patienter (sunde forsøgspersoner og donorer) opstilles i § 4, stk. 1, en generelt (endnu) lempeligere regel om kravene til bevis for årsagssammenhæng.

Afgørelser om bevisspørgsmål er i de fleste tilfælde meget konkret bundet til den enkelte sags omstændigheder, og det kan derfor være vanskeligt at indordne vurderingen under generelle regler – eller omvendt – at udlede af generelle regler, hvilke beviskrav der stilles i enkelttilfælde.

De svenske forsikringsbetingelser indeholdt således tidligere ingen særlige regler om spørgsmålet, men det blev antaget, at der ikke blev stillet større krav end efter den danske regel, dvs. at en vis – selv nok så lille – sandsynlighedsovervægt var tilstrækkelig.⁴⁰ Kriteriet »overvejende sandsynlighed« er nu indarbejdet i de svenske forsikringsbetingelser. Der foreligger imidlertid afgørelser fra det svenske patientskadenämnd, som i nogle tilfælde synes at stille større

37. Jf. *mot.* sp. 3286.

38. Jf. *Rapport* s. 121.

39. Jf. *mot.* sp. 3286.

40. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 85.

krav til beviset, i andre tilfælde mindre krav. Som eksempel på det første kan nævnes en sag,⁴¹ hvor man efter en mavesårsoperation, der efterfulgtes af svære diarréer, konstaterede, at patienten havde pådraget sig hyperthyreosis (en særlig påvirkning fra en abnorm stor hormonproduktion). Spørgsmålet var, om dette havde sammenhæng med tarmlidelsen, som i sig selv var en skade, patienten havde fået erstatning for. Nævnet fandt, at det ikke var »klart mere sandsynligt«, at det stress, som havde udløst lidelsen, havde sin baggrund i den tidligere anerkendte behandlingsskade og afviste derfor at erstatte den. Som eksempel på det andet kan nævnes en sag,⁴² hvor man efter operation og cellegiftbehandling for testikelkræft konstaterede paraplegi (spastisk lammelse af begge underekstremiteter) hos patienten. Årsagen hertil var formentlig en forstyrrelse af blodtilførslen i rygmarven, men det var usikkert, hvad der havde bevirket dette og derfor også, om skaden kunne være undgået, hvis behandlingen havde været udført anderledes. Voldgiftsinstanten lagde i denne sag vægt på, at det her drejede sig om anvendelse af en undtagelsesbestemmelse i forsikringsbetingelserne (om en risiko, det var nødvendigt at løbe på grund af grundsygdommens alvor), og at det derfor måtte påhvile forsikringsgiveren at bevise, at det var væsentligt mere sandsynligt, at komplikationen var uundgåelig, end at dette ikke var tilfældet – et bevis, der ikke var ført.

Der foreligger tilsyneladende ikke fra svensk praksis eksempler på, at sandsynligheden for to forskellige skadesårsager har ligget tæt på »balancepunktet« ved 50%. Men der foreligger eksempler på, at sandsynligheden kan beregnes ganske eksakt, jf. et tilfælde,⁴³ hvor spørgsmålet var, om et barn, der var dødfødt, kunne være reddet, hvis man på et tidligere tidspunkt havde forløst det ved kejsersnit; da barnet i så fald ville have haft 65% chance for overlevelse, fandtes det »overvejende sandsynligt«, at barnet kunne være reddet. Man kan imidlertid ikke uden videre udlede af denne afgørelse, at resultatet ville være blevet det samme, hvis tallet havde været 51%.

Som nævnt skal man være varsom med at drage slutninger om de nærmere krav til bevisets styrke ud fra generelle kriterier herom i lovgivningen eller forsikringsbetingelser. Den *finske* patientforsikringslov stiller alene krav om, at skaden »sannolikt« skal være forårsaget af undersøgelse, behandling m.v., men heraf kan ikke uden videre udledes, at kravet er mindre, end hvor sandsynligheden skal være »overvejende«. Hvad man kan udlede – også af motivernes bemærkninger – er, at beviskravet kan være opfyldt, selv om det ikke er muligt entydigt at påvise årsagsforbindelsen. Det væsentligste synes derfor også her at være »signalet« om, at beviskravet er lempet i en vis udstrækning i forhold til det, der gælder i almindelige erstatningssager.

I det *norske* lovforslag har man derimod ikke foreslået særregler om kravene til bevis for årsagssammenhæng.⁴⁴ Udvalget lagde vægt på, at beviskravene også efter almindelige erstatningsretlige regler ikke kun opererer med sandsyn-

41. Jf. Patientskadenämnden 101/87.

42. Jf. *ibid.* 55/84.

43. Jf. *ibid.* 240/89.

44. Jf. NOU 1992:6 s. 64, 80 og 93.

Kap. 3-2.4.

lighedsgrader, idet der også tages hensyn til andre forhold, herunder især parternes muligheder for at tilvejebringe beviser for et vist faktum. Hertil kan dog indvendes, at *oplysningspligten* – også efter det norske forslag – er lagt over på det organ, som skal administrere patientforsikringsordningen,⁴⁵ og at grundlaget for at tage hensyn til forskelle i parternes muligheder for at *føre* bevis for så vidt er mindre end inden for erstatningsretten. Det udelukker dog naturligvis ikke, at parternes eventuelle forsømmelser med hensyn til at *medvirke* ved sagsoplysningen kan tillægges bevismæssig betydning.

Det er efter almindelige bevisretlige principper ikke udelukket, at en domstol i en given sammenhæng *kan* anse et omstridt faktum for at være bevist alene i kraft af, at en minimal sandsynlighedsovervægt taler herfor. Domstolens krav til bevisets styrke vil imidlertid i de fleste tilfælde blive bestemt også ud fra andre overvejelser (f.eks. parternes muligheder for at sikre sig bevis, karakteren af den pågældende retsregel, konsekvenserne af, om det pågældende faktum anses for bevist, etc.).⁴⁶ Reglen i PFL § 2, stk. 1, indebærer, at rene sandsynlighedsbetragtninger – i det omfang, de overhovedet kan fremføres – kan tillægges større vægt ved bevisvurderingen. Det kan navnlig tænkes at få betydning i tilfælde, hvor det er muligt ud fra *generelle* erfaringer at fastslå en vis *statistisk sammenhæng* mellem en given behandling og en given skade, men hvor der intet nærmere kan siges om årsagssammenhængen i det enkelte tilfælde. I almindelige erstatningssager accepterer domstolene ikke en sådan generel korrelation som bevis for årsagssammenhæng; i PFL står muligheden herfor derimod åben.

Et illustrerende eksempel – ganske vist fra lægemiddelskadeområdet, hvor problemet antagelig har endnu større betydning – frembyder sagerne om blodpropper efter brug af p-piller (UfR 1989.135 H), hvor videnskabelige undersøgelser vel måtte siges at have sandsynliggjort, at p-piller var en risikofaktor, men således at det var usikkert, om dette gjaldt generelt eller kun for særlige risikogrupper, og hvor der følgelig ikke kunne siges noget om sandsynligheden for årsagssammenhæng i det enkelte tilfælde. Det blev gjort gældende, at denne generelle korrelation måtte være tilstrækkelig til at skabe en sådan sandsynlighedsovervægt, at det måtte påhvile modparten at bevise, at der *ikke* forelå årsagssammenhæng i de enkelte tilfælde, men retten accepterede ikke dette synspunkt. I landsrettens dom (der blev stadfæstet af højesteret i henhold til grundene) blev det fastslået, at påvisning af en risikofaktor ikke indebar en sådan sandsynlighed, at det kunne sidestilles med det bevis for årsagssammenhæng, som må stilles efter almindelige erstatningsretlige regler. Det tilføjedes, at et andet resultat måtte forudsætte videregående overvejelser

45. Jf. *ibid.* s. 99.

46. Jf. herved *B. Gomard: Civilprocessen*, 3. udg. 1990, s. 426 f og *W. E. von Eyben: Bevis*, 1986, s. 31 ff, 89 ff og 207 ff.

om ansvar for medicinskader eller tilvejebringelse af særlige forsikringsordninger. PFL er netop udtryk herfor, og det samme gælder naturligvis en eventuel lægemiddelforsikringsordning.

Den svenske lægemiddelforsikring stiller krav om »overvejende sandsynlighed« for, at skaden er forårsaget ved brug af lægemidler, og på grundlag heraf har man i praksis accepteret, at der ved vurderingen af kausalitetsproblemet i de enkelte tilfælde kan tillægges en generel (statistisk) korrelation betydelig vægt, således at der antages at foreligge årsagssammenhæng, hvis der ikke i det enkelte tilfælde kan påvises nogen anden årsagsfaktor eller disposition, som med mindst lige så stor sandsynlighed kan have forårsaget skaden.⁴⁷ I Sverige har man derfor lagt til grund, at blodpropper må anses for forårsaget af p-piller, hvis der ikke foreligger andre omstændigheder, der særligt disponerede kvinden herfor.⁴⁸

Det danske udkast til en lægemiddelforsikringsordning⁴⁹ anvender samme kriterium som den svenske, men ifølge de foreløbige bemærkninger til forsikringsbetingelserne skal der kræves en væsentligt større sandsynlighed end 51%. Det udelukker dog ikke, at generelle erfaringer for, at en vis skadetype kan være forårsaget af et bestemt lægemiddel, kan tillægges betydelig vægt ved sandsynlighedsvurderingen. Der er således for så vidt åbnet mulighed for, at vurderingen i f.eks. p-pille sager kan blive den samme som i Sverige.

Selv om kriteriet »overvejende sandsynlighed« lader sandsynlighedsberegninger få en mere fremskudt plads ved kausalitetsvurderingen end i den almindelige erstatningsret, udelukker dette ikke, at der også kan tages hensyn til sådanne *andre forhold, som efter almindelige bevisretlige principper kan medføre en lempelse af kravet til bevis for årsagssammenhæng*. Formålet med PFL er generelt at forbedre patienters erstatningsmæssige stilling – ikke at forbedre den på nogle punkter og at forringe den på andre. Disse forhold kan efter omstændighederne medføre, at der kan statueres kausalitet, selv om der ikke i øvrigt er tilvejebragt en overvejende sandsynlighed herfor. I motiverne fremhæves særligt den bevislættelse, der indrømmes i tilfælde, hvor der er påvist en *klar fejl* ved undersøgelse eller behandling, som *kan* have forårsaget den skade, som faktisk indtrådte.⁵⁰

Hvis disse betingelser er opfyldt, har hidtidig retspraksis accepteret, at der gælder en *formodning* for, at der er årsagssammenhæng mellem behandling og skade, således at det herefter påhviler modparten (lægen, sygehuset m.v.)

47. Jf. *Oldertz: Patient- och läkemedelsförsäkringarna* s. 394; sml. om Finland, *Ole Rehn* i JFT 1987 s. 532 ff.

48. Jf. Läkemedelsskadenämnden s. 9 ff (eksempler på, at erstatning blev givet) og s. 22 f (eksempel på, at erstatning ikke blev givet til en 38-årig kvinde, som var storryger, og som havde anvendt p-piller i 13 år og var ophørt hermed 6 måneder, før blodproppen indtrådte).

49. Jf. ovenfor kap. 1, afsnit 5.

50. Jf. *mot. sp.* 3286 og *Rapport* s. 121.

Kap. 3-2.4.

at godtgøre, at skaden er forårsaget af andre forhold.⁵¹ Som eksempler fra nyere retspraksis kan nævnes UfR 1983.801 Ø (ifølge Retslægerrådet forelå en klar fejl ved narkose, idet en 3-årig pige var blevet behandlet med et for stort luftskifte (hyperventilation); pigen fik hjertestop efter operationens påbegyndelse og blev alvorligt hjerneskadet; retten pålagde sygehuset ansvar under henvisning til, at der *klart* var begået en fejl, som kunne have medført den pågældende skade, og det måtte da påhvile sygehuset at godtgøre, at skaden var indtrådt som følge af omstændigheder, sygehuset ikke havde ansvar for) og UfR 1988.823 Ø (patienten fik ved en fejl bortopereret højre nyre i stedet for venstre; få måneder efter døde patienten af en hjerneblødning, idet en pulsåre i hjernen, som havde været misdannet fra fødslen, var bristet. Spørgsmålet var herefter, om den belastning, som fejloperationen og efterforløbet havde udgjort, havde medvirket til at udløse skaden; retten fandt, at det under hensyn til *grovheden* af den lægelige fejl måtte påhvile sygehuset at godtgøre, at der ikke var nogen forbindelse herimellem, og da bevis herfor ikke var ført, tilkendtes de efterladte erstatning for tab af forsørger).

Trods den udtrykkelige fremhævelse i disse domme af, at der forelå en klar eller grov fejl, er det blevet gjort gældende,⁵² at bevisbyrden vedrørende årsagssammenhæng *generelt* vendes om, blot der er ført normalt bevis for uagtsomhed i forbindelse med (hospitals)behandling, og denne uagtsomhed har forøget risikoen for en skade af den art, som faktisk indtraf. Hverken teori⁵³ eller retspraksis giver dog støtte for en så vidtgående regel. Den støttes navnlig på nogle domme, der vedrører spørgsmålet, om der burde være ført bedre *tilsyn* med patienter, således at symptomer på særlige komplikationer kunne være blevet konstateret.⁵⁴ Dommene lægger til grund, at bedre observation af patienten burde have ført til (tidligere) indgriben, og at der ikke kunne ses bort fra, at de skadelige følger af komplikationen i så fald ville være blevet formindsket. Denne formulering kan ikke tages som udtryk for, at bevisbyrden er blevet vendt om, men højst for, at der blev indrømmet patienterne en vis lettelse med hensyn til beviskravet for sandsynliggørelse af, at de skadelige følger i så fald ville være blevet formindsket. Der var i de sagkyndige erklæringer tilstrækkeligt belæg for at antage, at følgerne i et vist omfang kunne være afværget, således at usikkerheden navnlig bestod i omfanget heraf. Der er derfor intet mærkeligt i, at resultatet blev en skønsmæssigt fastsat erstatning for en del af de faktisk indtrådte skadevirkninger.⁵⁵

51. Jf. således *P. Spleth* i UfR 1965 B s. 270 ff i en kommentar til afgørelsen i UfR 1965.680 H; se endvidere om princippet, *B. V. Tidemand-Petersson: Lægeansvar* s. 80 f, *E. Stampe* og *J. Trolle* i NFT 1970 s. 72 og 85, *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 229, *J. Nørgaard* og *H. H. Vagner: Lærebog i erstatningsret*, 1990, s. 234, *B. Gomard: Civilprocessen*, 3. udg. 1990, s. 421 og *W. E. von Eyben: Bevis*, 1986, s. 102 ff.

52. Jf. *O. Talevski* i J 1990 s. 7 ff.

53. Jf. herved *B. Gomard* i Festskrift till Lars Welamson, Stockholm 1987, s. 189.

54. Jf. UfR 1967.828 H, UfR 1971.19 H og UfR 1986.452 H.

55. Anderledes *O. Talevski* i J 1990 s. 11.

Efter PFL er en patients ret til erstatning ikke betinget af, at der kan påvises en – mere eller mindre klar eller grov – fejl fra den behandlende læges side. Patienten har imidlertid også ret til erstatning fra PFL i sådanne tilfælde. Selv om man ikke behøver at interessere sig for, om der foreligger culpa ved stillingtagen til, om patienten er berettiget til erstatning i henhold til §2, udelukker det derfor ikke, at den særlige lempelse af kravene til bevis for årsagssammenhæng videreføres under PFL, hvis man under sagsbehandling når frem til, at skaden blev forvoldt ved en klar eller grov fejl. Betydningen af dette princip bliver dog formentlig mindre end i erstatningsretten som følge af PFL's generelle lempelse af beviskravet.

PFL's regler udelukker heller ikke, at der kan tages hensyn til andre momenter, som efter almindelige bevisretlige principper tillægges betydning for kravene til bevisets styrke og eventuelt bevisbyrden. Dette gælder således f.eks. *forsømmelser* med hensyn til tilvejebringelse af oplysninger om det faktiske hændelsesforløb.

Som eksempler fra retspraksis kan nævnes UfR 1979.536 H (om tryklæsion på en nerve under narkose, der medførte delvis lammelse af en arm; i landsrettens dom kom det sygehuset til skade bevismæssigt, at der ikke kunne oplyses noget om, hvordan armen havde været lejret under operationen) og UfR 1968.448 H (hvor det blev tillagt betydning, at de nærmere omstændigheder ved operationens ekstraordinære forløb ikke havde kunnet oplyses).

Der er heller ikke noget særegent i, at der kan tages hensyn til den *tidsmæssige sammenhæng* mellem behandlingen og den konstaterede skade. Fra svensk praksis kan som eksempel nævnes et tilfælde,⁵⁶ hvor der i forbindelse med en gynækologisk undersøgelse opstod en skade på en nerve under armhulen; uanset at det ikke kunne klarlægges, præcist hvordan denne skade var opstået, fik patienten erstatning under henvisning til den tidsmæssige sammenhæng med indgrebet, da sådanne skader *kan* indtræde ved tryk på overarmens inderside.

3. Inddeling af skader efter undgæelighed

3.1. Undgæelighedskriteriet

3.1.1. Ansvarsprincipper

Hvis der ikke blev stillet andre betingelser for erstatning end dem, der blev gennemgået i afsnit 2, ville resultatet blive et altomfattende objektivi ansvar for *enhver* skade, som – med overvejende sandsynlighed – var forvoldt ved undersøgelse eller behandling. Som nævnt indledningsvis ville det ikke være meningsfuldt at pålægge de driftsansvarlige et så vidtgående

56. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 88 f.

Kap. 3-3.1.1.

ansvar, der alene var begrænset af kausalitetsbetingelsen. Der må derfor opstilles nogle ansvarsprincipper, der begrænser og præciserer ansvarets udstrækning.

Ansvarsprincipperne må som et *minimum* indfange alle de tilfælde, *hvor skaden kan være forårsaget af en fejl*, som ville medføre ansvar efter culpereglen.⁵⁷ Som fremhævet flere gange er formålet med PFL ikke kun at udvide patienters ret til erstatning, men også at bidrage så meget som muligt til, at det hidtidige »mørketal« for culpøse skadeforvoldelser, som ikke udløser nogen erstatning, bliver nedbragt, først og fremmest ved den processuelle lettelse, som PFL giver erstatningssøgende patienter. Erstatningsbetingelserne må derfor være udformet således, at de *indbefatter* tilfælde af culpa. Det er imidlertid samtidig væsentligt, at de udformes således, at patientforsikringsforeningen ikke behøver at tage stilling til, om der i det konkrete tilfælde foreligger culpa,⁵⁸ dels fordi vurderinger heraf i almindelighed bør være et domstolsanliggende, dels fordi læger bør kunne medvirke aktivt til at hjælpe patienter med at anmelde skader til patientforsikringsforeningen uden derved at risikere en culpa-stempling af behandlingen, jf. nedenfor kap. 10, afsnit 3.1. I PFL § 2, stk. 1, nr. 1, er dette problem løst ved, at den første gruppe af erstatningsberettigende skader omfatter alle tilfælde af *objektive fejl* ved undersøgelse og behandling. De tilfælde, hvor der foreligger en *subjektiv fejl* (culpa), dvs. en fejl, som den konkrete læge burde have undgået, udgør en *undergruppe* heraf og udløser således ret til erstatning, men patientforsikringsforeningen behøver netop ikke at interessere sig for, om fejlen er af objektiv eller subjektiv karakter, jf. nærmere nedenfor afsnit 3.2.1.2.

Helt kan man dog ikke se bort fra sondringen. Den ovenfor omtalte, særlige bevislettelse vedrørende årsagssammenhæng knytter sig til tilfælde, hvor der foreligger en klar eller grov fejl i subjektiv forstand. Som nævnt må det dog antages, at betydningen af denne bevislettelse bliver mindre i PFL end i erstatningsretten.

Culpavurderinger i patientforsikringsforeningen er endvidere nødvendige ved stillingtagen til, om patienten i henhold til § 3, stk. 2, er berettiget til erstatning ved *ulykkestilfælde* på sygehusområder, jf. nedenfor afsnit 3.2.2.3. I disse tilfælde vedrører culpavurderingen imidlertid ikke behandlingen, men derimod sygehusets almindelige indretning.

PFL er *ikke* udformet således, at den tillige fungerer som en *almindelig ansvarsforsikring* for sygehusets ansvar i henhold til almindelige erstat-

57. Jf. *Rapport* s. 50 og *mot. sp.* 3274 samt *Bo von Eyben: Patientforsikring* s. 237; se tilsvarende om det norske forslag, NOU 1992:6 s. 74 og 93 samt *Sten Føyn: Patientforsikring* s. 214 f og 230.

58. Jf. *Rapport* s. 129.

ningsretlige regler. Heraf følger, at en eventuel konstatering af, at en fejl kan tilskrives culpa hos en læge eller andre, *ikke udvider* erstatningsberettigelsen i henhold til PFL. Selv om der foreligger culpa, kan der således principielt ikke ydes erstatning for skader, der af den ene eller den anden grund falder uden for PFL, f.eks. fordi skaden ikke er af fysisk karakter, eller fordi erstatningen ligger under bagatelgrænsen, eller fordi kravet mod PFL er forældet. Patienten må i disse tilfælde principielt selv rejse krav efter almindelige erstatningsretlige regler mod sygehus m.v. og om nødvendigt anlægge retssag til forfølgelse af kravet, jf. nedenfor kap. 5 og kap. 8, afsnit 2.

PFL står herved i modsætning til den svenske patientforsikring, som er kombineret med en almindelig ansvarsforsikring, således at der ved forsikringskon-sortiets behandling af krav mod patientforsikringen tillige foretages en prøvelse af, om patienten skulle være berettiget til erstatning på culpa-grundlag, hvor dette har selvstændig betydning.⁵⁹ Det har det bl.a. i tilfælde, hvor der er indtrådt skade af psykisk karakter (erstatning er således blevet tilkendt i tilfælde af fejl ved narkose, der bevirkede, at patienten ikke var helt bedøvet og derfor oplevede operationsforløbet⁶⁰), hvor kravet mod patientforsikringen er forældet, men uden at kravet efter almindelige erstatningsretlige regler er forældet,⁶¹ og hvor et krav i øvrigt ville være omfattet af en af undtagelsesbestemmelserne i patientforsikringsvilkårene⁶² eller af dens bagatelgrænse.⁶³

Det norske forslag indeholder en eksplicit regel om, at patientskadeloven også skal dække i tilfælde, hvor skaden falder uden for lovens almindelige regler, men hvor et ansvar kan støttes på almindelige erstatningsregler.⁶⁴ Betydningen heraf er dog mindre i Norge, end den ville være i de øvrige lande, da det norske forslag ikke indeholder de nævnte begrænsninger (dvs. dækningen er ikke begrænset til fysiske skader, og der er ikke særlige forældelsesregler og heller ingen bagatelgrænse). Der er derfor ikke ret meget erstatningsansvar tilbage, som en ansvarsforsikring i givet fald skulle dække, og det er da enklere at lægge dette ansvar ind under patientforsikringen.

Herhjemme har sygehusejere m.v. derimod fortsat behov for at have en (frivillig) ansvarsforsikring ud over patientforsikringen (hvis man ikke vælger selvforsikring). Ansvarsforsikringen må imidlertid forventes normalt at blive tegnet i samme forsikringsselskab som patientforsikringen, i praksis først og fremmest KgF. Der må derfor forventes at være et sammenfald mellem ansvarsforsikringsselskaberne og de selskaber, som indgår i patientforsikringsforeningen. Hvis et krav er anmeldt til patientforsikringsforeningen, men det af den

59. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 115 og *Rapport* s. 76 f.

60. Jf. *ibid.* s. 90.

61. Jf. *ibid.* s. 115 f.

62. Jf. f.eks. *ibid.* s. 98 (om en risiko, det var nødvendigt at løbe) og s. 106 f (om infektionsskader ved indgreb i inficerede områder).

63. Jf. *ibid.* s. 118.

64. Jf. NOU 1992:6 s. 95.

Kap. 3-3.1.1.

ene eller anden grund ikke omfattes af PFL, samtidig med at man på grundlag af sagsbehandlingen kan fastslå, at skaden er forvoldt culpøst, er der naturligvis intet til hinder for, at vedkommende forsikrings-selskab anerkender erstatningspligten og forligsmæssigt udbetaler erstatning til patienten i overensstemmelse med almindelige erstatningsretlige regler. Men det må understreges, at der i så fald ikke er tale om en afgørelse truffet i henhold til PFL – og naturligvis heller ikke, hvis man ikke anerkender erstatningspligten. Afgørelsen kan derfor ikke indbringes for patientskadeankenævnet. Patienten må i givet fald rejse almindelig sag ved domstolene.

Det egentlige problem er at udskille de *ikke-culpøst forvoldte skader, som bør erstattes* (jf. ovenfor kap. 1, afsnit 2.1., om udviklings- og systemskader), fra sådanne skadelige følger af behandlingen, som patienten må acceptere som en nødvendig og uundgåelig risiko ved den.

I *Rapporten* diskuteredes – og afvistes – en række ansvarsprincipper, der i erstatningsretlig sammenhæng er blevet anvendt til at afgrænse et ansvar, der skulle række ud over culpereglen.⁶⁵

Dette gælder således det »defekt«-begreb, som anvendes til at afgrænse det objektive ansvar for produkter, jf. ovenfor kap. 1, afsnit 5, om lægemiddelskader. Begrebet knytter sig til det sikkerhedsniveau, som forbrugere »med rette« kan forvente, men siger i sig selv intet om, hvor dette niveau ligger. Et ansvar for »defekter« fører ikke nødvendigvis videre end til et ansvar for objektive fejl; det indbefatter navnlig ikke systemskader og er allerede derfor utilstrækkeligt, såvel ved lægemiddelskader som ved behandlingsskader i øvrigt.

Inden for erstatningsretten er der navnlig indført objektivi ansvar på områder, hvor en vis virksomhed frembyder en *særligt stor risiko* for – især – personskader (f.eks. biltrafik). Kriteriet kan vel forklare, hvorfor lægeansvaret påkalder sig større interesse end andre professionsgruppers ansvar (f.eks. advokaters), men det kan ikke anvendes til at afgrænse ansvaret. Patienter må netop undertiden acceptere en betydelig risiko for skader ved behandlingen, fordi grundsygdommen ubehandlet ville indebære en endnu større risiko for varig helbredsforringelse eller død.

En anden mulighed ville være at bygge ansvaret på et kontraktsretligt inspireret *garantisynspunkt*. Også dette ansvarsprincip må imidlertid afvises.⁶⁶ Konsekvensen af det måtte være, at der ikke kun skulle ydes erstatning for alle skader tilføjet ved behandlingen, men også for alle følger af, at behandlingen *ikke lykkedes*. Dette ansvarsprincip ville bygge på patienters forventninger om at opnå den grad af helbredelse, som normalt kan forventes ved den pågældende form for behandling. Princip-

65. Jf. *Rapport* s. 54 og 56; se herved også om Sverige, J. Hellner i *Medical Responsibility in Western Europe* s. 707.

66. Jf. *Rapport* s. 53 og 56.

pet er uholdbart, dels fordi det ville indebære, at erstatning måtte ydes for følger, der reelt må tilskrives grundsygdommen, dels fordi der i så fald ikke kunne tages hensyn til mulighederne for at afværge disse følger. I overensstemmelse hermed fastslås det i motiverne, »at der ikke foreligger en patientskade, blot fordi den givne behandling ikke lykkedes.«⁶⁷

Som eksempler herpå fra svensk praksis kan nævnes tilfælde, hvor patienter efter indsættelse af hofteledsproteser klagede over rygsmerter, der var en følge af forskel i benlængde efter operationen.⁶⁸ Da det ikke er muligt at sikre sig helt imod dette, nødsages man til at operere med en vis margen for acceptabel forskel i benlængde (på op til 2 cm), og patienter får derfor ikke erstatning, hvis forskellen ligger inden for denne margen. Som et andet eksempel⁶⁹ kan nævnes en operation for hallux valgus (hvor stortåen er vredet mod eller over de andre tæer), hvorefter patienten fortsat havde smerter i tåen; erstatning blev nægtet med den begrundelse, at disse operationer ikke altid giver det forventede resultat, da væv reagerer forskelligt, bl.a. med mulighed for betændelse eller kraftig ardannelse.

Patienter, der er skuffede over operationsresultatet, forekommer navnlig i forbindelse med *kosmetiske* operationer.⁷⁰ Hvis behandlingen har været udført korrekt, kan der ikke ydes erstatning for selve det forhold, at resultatet ikke svarer til forventningerne. Det ville være helt fiktivt at indlægge en stiltiende garanti for et bestemt behandlingsresultat. Noget andet er, at lægen kan pådrage sig et selvstændigt ansvar, hvis der gives en *udtrykkelig garanti*.⁷¹ Dette ansvar støttes imidlertid i så fald på den *aftale*, der er indgået med lægen (eller sygehuset), og det har intet med PFL at gøre.⁷² Selv udtrykkelige garantier kan således ikke udvide området for, hvilke skader der berettiger til erstatning i henhold til PFL. Særlige aftaler kan på den anden side heller ikke indskrænke ansvaret; ansvaret i henhold til PFL kan ikke fraskrives eller begrænses. Om patienten er berettiget til erstatning, skal således afgøres *alene* på grundlag af PFL's regler, uafhængigt af, om særlige aftaler måtte være indgået.

Det er tænkeligt, at friere sygehusvalg og øget konkurrence mellem offentlige og private sygehuse kan bevirke, at kontraktssynspunkter – herunder spørgsmålet om afgivelse af garantier – kan få større betydning i fremtiden. Hvis en

67. *Mot.* sp. 3286.

68. Jf. f.eks. Patientskadenämnden 201/90.

69. Jf. *ibid.* 108/90.

70. Jf. f.eks. *ibid.* 298/90 om en kosmetisk næseoperation; se også *ibid.* 6/88 om en tandprotese.

71. Jf. *B. V. Tidemand-Petersson: Lægeansvar* s. 39 f.

72. Jf. tilsvarende Patientklagenævnet 1990 s. 45 f, hvor nævnet – i forbindelse med en række klager over plastikkirurgiske indgreb – fandt, at overvejelser om et »kontraktretligt aspekt« (nemlig om ydelsen svarede til det lovede) faldt uden for dets kompetence.

Kap. 3-3.1.1.

skade er omfattet både af PFL og en særlig garanti, har det formentlig kun den betydning, at patienten da kan vælge mellem at påberåbe sig PFL og garantien, da reglen i §7 kun blokerer for erstatningskrav, der støttes på almindelige erstatningsretlige regler.

Konsekvensen af, at et mislykket behandlingsresultat ikke i sig selv udgør en patientskade, er, at dette ikke kan betragtes som en »komplikation« ved behandlingen i den forstand, hvori udtrykket anvendes i PFL §2, stk. 1, nr. 4. Der kan derfor ikke ydes erstatning herfor, uanset hvor sjælden og uventet afvigelsen fra et normalt behandlingsresultat er, og uanset omfanget af afvigelsen.⁷³ Erstatning forudsætter – ligesom ved (andre) følger af grundsygdommen – at det pågældende behandlingsresultat kunne været undgået ud fra et af kriterierne i §2, stk. 1, nr. 1-3.

Det er således karakteristisk for de ansvarsprincipper, som ellers kunne komme på tale, at de enten ikke er vidtgående nok, eller også er de for vidtgående. Det har derfor været nødvendigt at anvende andre principper, som er særligt tilpasset behovet på dette område. Det særlige er, at den lægelige indsats retter sig mod forebyggelse, begrænsning eller eliminering af en anden »skade«, nemlig følger af grundsygdommen. I nogle tilfælde er dette muligt, i andre ikke. I nogle tilfælde beror muligheden på, at man samtidig må kalkulere med en ikke ubetydelig risiko for, at denne indsats kan påføre patienten andre skader. Risikoen kan være større eller mindre, men er principielt altid til stede. En patientforsikringsordning må nødvendigvis tage hensyn til, i hvilket omfang det er *muligt* at behandle grundsygdommen, og i hvilket omfang denne behandling indebærer en *nødvendig og acceptabel* risikotagen. En konsekvens heraf er, at et afgørende kriterium må blive, om de pågældende følger *kunne være afværget*. Som nævnt ovenfor afsnit 2.2. må princippet om, at følger af grundsygdommen ikke erstattes, undergives den begrænsning, at det kun omfatter uundgåelige følger. Men når uundgåelige følger af grundsygdommen ikke erstattes, må *udgangspunktet* være, at uundgåelige følger af nødvendig behandling heller ikke erstattes. Denne sammenhæng fremtræder tydeligst i tilfælde, hvor der er en betydelig risiko for, at behandling ikke – eller ikke fuldt ud – kan afværge grundsygdommens følger, medmindre man er villig til at løbe en næsten lige så stor – og lige så uundgåelig – risiko for komplikationer ved behandlingen. Når risikoen ved behandlingen således er kalkuleret over for muligheden for at opnå helbredelse, ville det ikke

73. Set ud fra patientens synspunkt kan dette måske forekomme irrationelt og vilkårligt, jf. herved *Bo von Eyben: Kompensation for personskade I* s. 344, men sondringen er nødvendig, når følger af grundsygdommen skal holdes uden for dækningen. – En parallel hertil er, at ingen lægemiddelforsikringsordning (ej heller det danske udkast) dækker følger af, at lægemidlet ikke havde den tilsigtede virkning.

være meningsfuldt at yde erstatning for behandlingsrisikoen, men ikke for manglende helbredelse i øvrigt.

Det centrale ansvarsprincip er derfor blevet *skadens undgåelighed*, dvs. om skaden kunne være undgået, hvis undersøgelse eller behandling var blevet udført anderledes. Dette princip har været udgangspunktet i den svenske patientforsikring, og samtlige andre nordiske lande har valgt samme udgangspunkt.⁷⁴ Dette kriterium inkorporerer alle tilfælde af *culpa*, som er ensbetydende med, at skaden *burde* være undgået; disse tilfælde udgør selvsagt en undergruppe af de skader, som *kunne* være undgået. Forskellen mellem »kunne« og »burde« består i, at det sidstnævnte rummer en *normativ vurdering* af lægens adfærd: Lægen *skulle* have handlet anderledes, end han gjorde, for at leve op til kravene til god og forsvarlig udøvelse af lægegerningen i den pågældende situation. Undgåelighedskriteriet indeholder ikke dette normative element; det konstateres blot objektivt, at *hvis* man havde handlet anderledes, ville skaden (med overvejende sandsynlighed) være blevet undgået.

Princippet om, at kun undgåelige skader erstattes, er imidlertid kun et udgangspunkt. Af det ovenfor nævnte hovedsynspunkt følger ikke, at patienten nødvendigvis skal acceptere enhver komplikation m.v. uden erstatning, blot fordi den er uundgåelig. Ønskerne om at medtage en vis dækning af system- og udviklingsskader gør det nødvendigt at modificere princippet. Det samme er gjort i Sverige og de øvrige nordiske lande. I alle lande har imidlertid medtagelsen af visse uundgåelige skader ved behandling m.v. *undtagelsens* karakter. Området for disse undtagelser har navnlig været *skadetyper*, hvorom det erfaringsmæssigt er særligt vanskeligt at afgøre, om skaden i det enkelte tilfælde kunne være undgået. Hovedeksemplet herpå er infektionsskader. Hovedproblemet er, om der ved siden af – eller i stedet for – sådanne undtagelsesregler skal opstilles mere *generelle undtagelsesregler* om erstatning for uundgåelige, skadelige følger af behandling m.v., som går ud over, hvad patienten må acceptere som en risiko ved behandlingen.

Som det fremgik af kap. 1, afsnit 6, har Sverige og Finland bygget på princippet om skadetype-specifikke undtagelsesregler, omfattende skader ved diagnostiske indgreb, ved infektioner og ved egentlige ulykkestilfælde; som dér nævnt har den svenske regel om diagnostiske indgreb imidlertid nu fået en bredere udformning, således at den nærmer sig en mere generel undtagelsesregel. Det norske forslag ligger i sin udformning tættere på PFL,

74. Jf. om Danmark, *Rapport* s. 51 f og *mot.* sp. 3286; om Sverige, *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 88 f og 95 f, *Oldertz: Patient- och läkemedelsförsäkringarna* s. 385 f og 390 f og *J. Hellner i Medical Responsibility in Western Europe* s. 711 f; om Finland, *Kommittebetänkande* 1982:29 s. 27 og 53; om Norge, *Kirsti Strøm Bull i Lov og Rett* 1989 s. 246 (om den midlertidige ordning) og NOU 1992:6 s. 76 (forslaget om den endelige ordning).

Kap. 3-3.1.1.

navnlig ved medtagelsen af en generel regel om erstatning for følger, som patienten ikke med rimelighed skal bære selv. Forslaget indeholder imidlertid samtidig en videregående dækning af infektionsskader i overensstemmelse med den svenske ordning, hvorimod PFL i sin generelle »rimelighedsregel« ikke sonderer mellem (uundgåelige) infektioner og andre (uundgåelige) komplikationer, jf. nedenfor afsnit 3.4.1.

Undgåelighedskriteriet har ikke undergået ændringer under det langvarige forarbejde til PFL. Kriteriet er stort set kun blevet anfægtet i en tidlig høringskrivelse fra Forbrugerrådet,⁷⁵ idet man mente, at dette kriterium i for høj grad var relateret til en culpavurdering. Udgangspunktet burde derfor i stedet være den rimelighedsvurdering, som er indeholdt i §2, stk. 1, nr. 4. Som det vil fremgå af det følgende, er der imidlertid væsentlige forskelle mellem culpa og undgåelighed. Dertil kommer, at hvis undgåeligheden reduceres til at være et moment blandt flere i vurderingen af, om skaden går ud over, hvad patienten med rimelighed må tåle, vil afgørelserne blive (endnu) mere skønsbetonede, og der ville mangle en tilstrækkeligt tydelig markering af, at undgåelige skader erstattes i videre omgang end uundgåelige skader.

Udover spørgsmålet om, hvilke *undtagelser* der bør gøres fra undgåelighedskriteriet (dvs. i hvilket omfang erstatning tillige bør ydes ved uundgåelige skader), må kriteriets indhold *præciseres* i en række henseender.⁷⁶ Et afgørende spørgsmål er, i hvilket omfang en skades undgåelighed skal vurderes ud fra et *facit* ræsonnement.⁷⁷ Inden dette spørgsmål tages op i tilknytning til de nærmere regler i PFL §2, stk. 1, skal først behandles et generelt problem om, hvor »abstrakt« undgåelighedsvurderingen efter PFL skal være, dvs. spørgsmålet om betydningen af ressourcebetingede begrænsninger i, hvad der i den givne situation kunne være undgået.

3.1.2. Ressourcebetingede begrænsninger

Det er klart, at omfanget af de ressourcer, der stilles til rådighed på sygehuse m.v., har betydning for, i hvilket omfang skader kan undgås. Undgåelighedskriteriet ville derfor få en yderligere dimension, hvis udgangspunktet for vurderingen var en »optimal« sygehusstandard og ikke den faktiske standard. En række skader kunne sikkert undgås, *hvis* alle sygehuse var udstyret med det bedst mulige apparatur på alle områder, *hvis* der var mere personale (og det havde bedre tid), bl.a. til overvågning af patienterne, *hvis* der ikke var nogen kødannelse ved visse operationer, *hvis* nye behandlingsmetoder, der er udviklet i udlandet, straks blev taget i anvendelse herhjemme (f.eks. visse transplantationer), etc. Spørgsmålet

75. Forbrugerrådets skrivelse af 25/3 1987 ad lovforslag nr. L 210, FT 1986-87.

76. Jf. *Rapport* s. 57.

77. Jf. om begrebet ovenfor kap. 1, afsnit 6.1.

er derfor, om der ved vurderingen af, om en given skade kunne være undgået, skal abstraheres fra alle tekniske, uddannelsesmæssige og økonomiske – samt eventuelt etisk betingede – begrænsninger i mulighederne for at realisere en »optimal« sygehus- og behandlingsstandard.

For så vidt angår *standarden for den faglige målestok*, som behandlingen skal vurderes efter, er det efter §2, stk. 1, nr. 1, afgørende, hvordan en »erfaren specialist på det pågældende område« ville have handlet, jf. herom nedenfor afsnit 3.2.1.1. Denne målestoks anvendelse er *uafhængig* af, om en »erfaren specialist« faktisk stod til rådighed i den givne situation – eller overhovedet stod til rådighed på det pågældende sygehus. Dette følger af, at »specialistmålestokken« *altid* skal anvendes, således at der helt ses bort fra den konkrete læges faglige baggrund.⁷⁸ Dette gælder også, selv om den »erfarne specialist« ville have vurderet, at patienten skulle have en behandling, som ikke kunne gennemføres på det konkrete sygehus (f.eks. på grund af mangel på teknisk udstyr eller på personale med den fornødne uddannelse eller erfaring), men i stedet skulle være henvist til behandling på et andet (dansk) sygehus. Det spiller således ingen rolle, om der på det pågældende sygehus fandtes en læge, som var i stand til at erkende nødvendigheden eller hensigtsmæssigheden af en sådan overflytning.

Derimod skal der *ikke abstraheres fra de ydre omstændigheder i øvrigt* i den konkrete undersøgelses- eller behandlingssituation. Dette princip kommer klart til udtryk i reglen i §2, stk. 1, nr. 1, hvorefter det afgørende er, om en erfaren specialist »under de i øvrigt givne forhold« ville have handlet anderledes, og i §2, stk. 1, nr. 3, hvorefter en af betingelserne for erstatning er, at en alternativ behandlingsform eller -metode var »til rådighed stående«. Tilsvarende gælder reglen i §2, stk. 1, nr. 2, der kun omfatter fejl eller svigt i det anvendte apparatur, ikke »svigt« med hensyn til, hvilket apparatur der overhovedet stod til rådighed.

Det følger heraf, at der »skal tages hensyn til den konkrete undersøgelses- eller behandlingssituation, herunder de ydre faciliteter, der stod til rådighed, tidsfaktoren ved et nødvendigt akut indgreb m.v.«⁷⁹, og at der på den anden side ikke kan »tages hensyn til behandlingsmuligheder, som først er blevet taget i anvendelse efter behandlingstidspunktet, eller som dog ikke stod til rådighed i den givne situation, eventuelt ved henvisning eller overflytning af patienten.«⁸⁰

Mulighederne for at undgå skader skal således *ikke vurderes ud fra en »optimal« sygehusstandard*. Det er *ikke* meningen med PFL, at den skal

78. Jf. mot. sp. 3288 og indenrigsministeriets svar af 24/3 1987 på spørgsmål 3 fra Kommunaludvalget vedrørende lovforslag nr. L 210, FT 1986-87.

79. Mot. ibid.

80. Ibid. sp. 3290; se herved også *Rapport* s. 84 f.

Kap. 3-3.1.2.

kompensere for »negative virkninger af overordnede politiske beslutninger om, hvilke ressourcer der skal anvendes inden for sygehussektoren m.v.«⁸¹ På dette punkt er der derfor ikke tilsigtet nogen udvidelse af ansvaret set i forhold til almindelige erstatningsretlige regler.

Et illustrerende eksempel herpå er afgørelsen i UfR 1985.368 H, hvor patienten efter en ukompliceret operation på et mindre provinssygehus var lagt til opvågning på et almindeligt sengeafsnit. Patienten blev her fundet bevidstløs, og hun døde 6 år senere uden at have genvundet bevidstheden. Årsagen hertil var et hjertestop, som formentlig var fremkaldt af en af komponenterne i det middel, der var blevet anvendt ved narkosen. Ligesom på andre tilsvarende sygehuse fandtes der ikke (dengang) en særlig opvågningsafdeling, hvor nyopererede patienter kunne være under konstant overvågning af særligt uddannet personale. Hvis dette havde været tilfældet, var komplikationen næppe indtrådt, og patienten kunne i hvert fald have fået hjertemassage hurtigere, således at dens følger ville være blevet begrænset. Højesteret frifandt sygehuset for ansvar under henvisning til, at behandlingen »under de givne forhold« ikke kunne været givet hurtigere. I en kommentar til dommen⁸² fremhæves det, at det ikke er domstolens opgave at gribe korrigerende ind over for det serviceniveau, som er resultatet af politiske organers beslutninger om, hvor store ressourcer der skal ofres på det pågældende område, eller hvordan anvendelsen af disse ressourcer skal prioriteres – dog med tilføjelse af, at de vide rammer, som hermed inddrømmes de politiske beslutningstagere, har en nedre grænse, der på dette område bestemmes af, hvad der er lægeligt forsvarligt. Det fremgår dog hverken af dommen eller af domskommentaren, hvordan en sådan »minimumsstandard« nærmere skal fastlægges. Uanset dette må den imidlertid også gælde i forhold til PFL, idet erstatning skal ydes i mindst samme udstrækning som efter almindelige erstatningsretlige regler, jf. ovenfor afsnit afsnit 3.1.1.⁸³

Der kan således ikke ydes erstatning efter undgåelighedskriteriet, blot fordi skaden kunne – og med overvejende sandsynlighed ville – være undgået, dersom sygehusets generelle eller specifikke udrustning havde været bedre. I denne forstand må man altså acceptere forskelle i standarden på sygehuse.⁸⁴ Betydningen heraf begrænses imidlertid for det første af, at der som nævnt skal ses bort fra forskelle i tilstedeværelsen af lægefaglig ekspertise, og for det andet af, at der skal tage hensyn til de behandlingsmuligheder, som en henvisning af patienten til et andet sygehus kunne have givet, jf. herom nedenfor afsnit 3.3.1. Forskelle i standard kan derfor navnlig få betydning i *akutte* situationer (jf. ovenfor om

81. *Rapport* s. 87; se herved også *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 248.

82. Jf. *N. Pontoppidan* i UfR 1985 B s. 248 ff; se hertil *L. A. Rehof* i UfR 1986 B s. 139 ff.

83. Jf. også *Rapport* s. 88.

84. Jf. herved *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 104 og 114.

motivernes fremhævelse af tidsfaktorens betydning), hvor en sådan henvisning ikke er praktisk mulig. Dette var f.eks. tilfældet i den ovenfor nævnte sag, hvor der ikke på forhånd var nogen særlig indikation for en mere intensiv overvågning af patienten.

Derudover kan ressourcetilbetingede begrænsninger navnlig få betydning i forbindelse med mere *generelle* beslutninger om, at visse undersøgelses- eller behandlingsformer *ikke tilbydes befolkningen* eller kun begrænsede dele af den, samt i forbindelse med *ventetid* for visse indgreb og lign.

Som eksempel på det førstnævnte kan fra svensk praksis nævnes et eksempel,⁸⁵ hvor en gravid kvinde havde fremsat ønske om at få foretaget en fosterdiagnostisk undersøgelse, hvilket blev afvist, da sådanne undersøgelser af ressourcemæssige grunde kun blev tilbudt til visse (risiko)grupper. Kvinden fødte senere et barn, der led af Down's syndrom (mongolisme), hvilket kunne være opdaget ved den pågældende undersøgelse, således at det havde været muligt at gennemføre en abort. Denne konsekvens af ressourcemæssigt betingede begrænsninger berettigede ikke til erstatning.⁸⁶ Som eksempel på det sidstnævnte kan nævnes et tilfælde,⁸⁷ hvor der ikke blev givet erstatning for følgerne af, at den pågældende måtte vente lang tid på at blive opereret for en menisk-skade.⁸⁸

Om omfanget af *tilsyn* med patienter kan nævnes et tilfælde,⁸⁹ hvor en 77-årig mand, der var blevet opereret for prostata, dagen efter i en tilstand af forvirring hev både drop og dræn ud; erstatning blev ikke ydet, da det af ressourcemæssige grunde ikke var muligt at føre mere tilsyn med patienten. Inden for de givne ressourcemæssige rammer må sygehuset dog prioritere på en måde, der tager hensyn til f.eks. forskelle i behovet for tilsyn. Erstatning blev således tilkendt i et tilfælde,⁹⁰ hvor der burde være ført tættere kontrol med drop på et for tidligt født barn (seneste tilsyn var kl. 1, og skaden blev konstateret kl. 5).

De samme synspunkter, som ligger bag PFL, er også kommet prægnant til udtryk i betænkningen om det norske forslag til en patientforsikringsordning. Udvalget tog her udgangspunkt i, hvilke forventninger patienten med rimelighed kan stille til behandling m.v. fra sundhedsvæsenet – og det er: »-- den bedst mulige ut fra de gitte forudsætninger.«⁹¹ Kravene må

85. Jf. Patientskadenämnden 2/80; se herom også *Hedman* ibid. s. 104.

86. Jf. et tilsvarende eksempel fra den midlertidige norske ordning, omtalt i NOU 1992:6 s. 40 (manglende diagnosticering af en graviditet uden for livmoderen som følge af, at det pågældende sygehus ikke havde det nødvendige apparatur til ultralyd-undersøgelse).

87. Jf. Patientskadenämnden 93/88.

88. Se tilsvarende NOU 1992:6 s. 94 om tilfælde, hvor patienter af ressourcemæssige grunde blev udskrevet »for tidligt« fra sygehuset; det fremhæves her, at et sygehus ikke kan gøres ansvarligt for følgerne af, at dets bevillinger er for små.

89. Jf. Patientskadenämnden 39/82.

90. Jf. ibid. 259/90.

91. NOU 1992:6 s. 74, jf. også s. 93.

Kap. 3-3.1.2.

derfor indrettes efter det niveau, som sundhedsvæsenet befinder sig på til enhver tid, således at erstatning ikke kan ydes for følger af, at dette niveau ikke er højere, end det er – hvad enten det skyldes begrænsninger i den medicinske kundskab, eller det skyldes de rammer, som de bevillende myndigheder afstikker. At dette kriterium også har gyldighed for PFL følger netop af, at specialismålestokken altid skal anvendes, men således, at der skal tages hensyn til de givne muligheder for at *realisere* den behandling m.v., som denne målestok anviser.

Endelig må det fremhæves, at dette kun er en præcisering af PFL's undgåelighedskriterium. Betydningen heraf er *ikke*, at skader ved undersøgelse eller behandling, som herefter skal betragtes som »uundgåelige«, ikke kan erstattes, men kun, at erstatning i så fald alene kan ydes på grundlag af reglen i §2, stk. 1, nr. 4.

Den ovenfor nævnte sag (UfR 1985.368 H) er således et klart eksempel på, at betingelserne i nr. 4 – vedrørende komplikationens alvor og sjældenhed – var opfyldt, således at der for så vidt kunne ydes erstatning i henhold til PFL. Noget andet er, at skaden alligevel muligvis ville falde uden for PFL på grund af reglen i §3, stk. 3, om lægemiddelskader.

Følgerne af, at en vis behandling ikke står til rådighed af ressourcemæssige (eller andre) grunde, udgør ikke en komplikation ved behandling, men må henføres til grundsygdommen. Sådanne følger kan således ikke erstattes efter reglerne i nr. 4.

3.1.3. Objektive fejl, facitraisonnement og uundgåelige skader

I *Rapporten* blev indholdet af undgåelighedskriteriet fastlagt ved en gruppering af skaderne – rækkende fra skader, der *burde* være undgået, til skader, der *ikke kunne* være undgået⁹² – og denne gruppering blev udgangspunktet for udførelsen af reglerne i §2, stk. 1.⁹³ Grupperingen markerer således en stigende grad af undgåelighed:

I. Fejl eller svigt.

Skader herved *kan* – i hvert fald i princippet – altid undgås, og afhængigt af, hvad der nærmere lægges i begrebet, *bør* skader herved normalt undgås. Der sondres mellem:

A. Klare fejl i *subjektiv* forstand: Der foreligger utvivlsomt *culpa*.

92. Jf. *Rapport* s. 61 ff

93. Jf. *mot.* sp. 3274 og sp. 3286 samt sundhedsministeriets vejledning nr. 125 af 25/6 1992 om erstatningskriterier i PFL. Grupperingen er tilsvarende anvendt i NOU 1992:6 s. 76 f.

- B. *Objektive fejl*: Der foreligger ikke nødvendigvis culpa, idet det vil afhænge af den strenghed, hvormed culpareglen praktiseres.
- C. *Apparatursvigt*: Årsagen vil sædvanligvis være en defekt i produktansvarsreglernes forstand, men der indtræder ikke nødvendigvis ansvar efter disse regler.

II. *Undgåelighed efter facitrationementet.*

Skaden *kunne* være undgået, men dette kan først konstateres *efterfølgende*, dvs. efter at behandling m.v. blev iværksat, og skaden var indtrådt. Muligheden herfor kan bero på:

- A. Det kan efterfølgende fastslås, at skaden kunne være undgået, hvis man havde valgt en anden *behandlingsteknik*, der havde stået til rådighed.
- B. Som A, men således, at undgåeligheden forudsatte brug af en anden *behandlingsmetode*.
- C. Som A eller B, som således, at den alternative behandlingsteknik eller -metode *ikke stod til rådighed* i den givne situation.
- D. Som A eller B, men således, at den alternative behandlingsteknik eller -metode *først blev taget i anvendelse efterfølgende*.

III. *Uundgåelige skader ved undersøgelse eller behandling.*

Efter skadens alvor og sjældenhed kan der sondres mellem komplikationer, som er:

- A. Sjældne og alvorlige.
- B. Sjældne, men ikke alvorlige.
- C. Hyppige og alvorlige.
- D. Hyppige og ikke alvorlige.

IV. *Uundgåelige følger af grundsygdommen.*

Tilfælde af manglende helbredelse og komplikationer ved grundsygdommens forløb kan i princippet inddeles efter samme kriterier som under III.

Det følger allerede af det i afsnit 2.2. (og 2.3.) anførte, at gruppe IV falder uden for PFL's dækning. Det følger endvidere af det ovenfor anførte (afsnit 3.1.2.), at skader inden for gruppe II C og D ikke erstattes (ud fra undgåelighedskriteriet, dvs. erstatning kan kun ydes, hvis skaden falder ind under den dækning, som gruppe III-skader gives). Endelig følger det omvendt af det i afsnit 3.1.1. anførte, at erstatning som et minimum skal gives i tilfælde, hvor patienten ville være berettiget til erstatning efter almindelige erstatningsretlige regler, dvs. *alle* skader, der omfattes af gruppe I A, og de skader inden for gruppe I B og C, hvor ansvar ville indtræde efter en (streng) culpavurdering eller efter reglerne om produktansvar.

Kap. 3-3.1.3.

Det volder ikke store problemer at nå frem til, at erstatning ud fra et undgåelighedskriterium må ydes i *alle* tilfælde af *fejl eller svigt*, dvs. alle skader, der omfattes af gruppe I.⁹⁴ Udvidelsen i forhold til culpereglen behøver ikke at være stor; det afhænger navnlig af, hvordan domstolene har praktiseret culpereglen i gruppe I B-tilfældene, sammenholdt med, hvordan patientforsikringsordningen nærmere definerer begrebet den »objektive fejl«.

Det egentlige problem er herefter at fastlægge, i hvilket omfang skader inden for gruppe II A og B samt gruppe III skal berettige til erstatning.

Udgangspunktet blev som flere gange nævnt taget i de svenske patientforsikringsvilkår.⁹⁵ Imidlertid fandtes den svenske gruppering efter skadens *art* uhensigtsmæssig. Som det fremgik af fremstillingen i kap. 1, afsnit 6.1., sondredes her mellem en generel regel om (»egentlige«) behandlingsskader og specialregler om skader ved diagnostiske indgreb (der dog nu er udvidet), skader som følge af manglende diagnosticering, infektionsskader og ulykkestilfælde. Anvendelsen af *facitræsonnementet*, som i øvrigt ikke kan udledes af forsikringsbetingelserne, indebærer, at erstatning ydes for skader inden for gruppe II A, men ikke inden for gruppe II B. Reglerne om ansvar for apparatursvigt er knyttet til erstatningsbestemmelsen vedrørende diagnosticeringsfejl, for hvilke *facitræsonnementet* ikke gælder. Erstatning inden for gruppe III var begrænset til skader i forbindelse med diagnostiske indgreb, men kombineret med en videregående dækning af infektionsskader, idet der her ikke stilles krav om alvor eller sjældenhed.

Heroverfor bygger den danske ordning på følgende synspunkter:

- (1) Der bør være en generel dækning af *apparatursvigt*, dvs. reglen herom skal ikke knyttes specifikt til diagnosticeringsfejl.
- (2) Ved siden af generelle regler om ansvar for fejl og (apparat)svigt er der *ikke* behov for nogen *specialregel* om *diagnosticeringsfejl*.
- (3) Brugen af *facitræsonnementet* må gøres *explicit*; ligesom i Sverige bør det *ikke* anvendes på *diagnosticeringsfejl*, men modsat Sverige bør der *ikke sondres* mellem valg af *behandlingsteknik* og valg af *behandlingsmetode*.
- (4) Ved *uundgåelige* skader ved undersøgelse og behandling bør der *ikke* sondres mellem *diagnostiske indgreb* og *anden form for undersøgelse eller behandling*, og der bør *ikke* sondres mellem *infektioner* og *andre komplikationer*; der bør i stedet være en *generel* dækning af komplikationer, der til gengæld begrænses ved hjælp af kriterierne: skadens *alvor* og dens *sjældenhed*.

94. Jf. *Rapport* s. 75; se også NOU 1992:6 s. 76.

95. Jf. *Rapport* s. 58 ff.

De reelle forskelle i forhold til den svenske ordning ligger således i, at dækningen inden for gruppe II ikke standser ved II A, men også medtager II B, og at der inden for gruppe III gives en *generel* dækning af uundgåelige komplikationer, dog således at dækningen er begrænset til skader, der omfattes af III A.⁹⁶ Der er til gengæld ingen særlig, udvidet dækning af *infektionsskader*, der derfor – i det omfang de er uundgåelige – også kun dækkes inden for rammerne af gruppe III A. Der er heller ingen særlig, udvidet dækning af ulykkestilfælde.

De 4 kategorier af erstatningsberettigende skader i PFL §2, stk. 1, omfatter herefter følgende af de ovenfor omtalte grupper:

- Nr. 1: Alle *objektive* – og derfor også alle *subjektive* – fejl ved undersøgelse, behandling m.v., dvs. skader inden for gruppe I A og B.
- Nr. 2: Alle tilfælde af *apparatursvigt*, uanset hvilke skadelige følger dette har haft, dvs. skader inden for gruppe I C.
- Nr. 3: Skader, hvis undgåelighed kun kan fastslås i kraft af *facitråsonnementet*, der både anvendes på valget af behandlingsteknik og på valget af behandlingsmetode, men kun under forudsætning af, at en alternativ teknik eller metode faktisk stod til rådighed, dvs. skader inden for gruppe II A og B.
- Nr. 4: *Uundgåelige* skader dækkes uanset behandlingens eller skadens art, forudsat at skaden opfylder nærmere angivne krav til alvor og sjældenhed, dvs. skader inden for gruppe III A.

Af §3, stk. 1, fremgår endvidere, at følger af manglende diagnosticering kun erstattes inden for rammerne af I (A-C), idet bestemmelsen alene henviser til §2, stk. 1, nr. 1 og 2.

Hverken for patienter eller andre har det nogen retlig betydning, om erstatning ydes efter den ene eller den anden regel. Opdelingen har først og fremmest til formål at fastsætte kriterierne for erstatningsberettigelse så klart og præcist som muligt. Betydningen af »undgåelighedskriteriet« er fastlagt gennem reglerne i nr. 1-3. Disse regler står derved i modsætning til reglen i nr. 4. Den afgørende forskel er, at reglen i nr. 4 (2. pkt.) opstiller nogle *særlige krav* (vedrørende skadens alvor og dens sjældenhed), som skal indgå i vurderingen af, om patienten er berettiget til erstatning. Disse krav stilles ikke efter reglerne i nr. 1-3; med andre ord: *undgåelige* skader – i den forstand, hvori reglerne i nr. 1-3 fastlægger begrebet – *erstattes uden hensyn til skadens alvor og sjældenhed*. Det er på denne baggrund, man skal se motivernes pædagogiske anvisning på, at man ved vurdering af erstatningsberettigelsen bør gå frem led for led.⁹⁷ Er skaden omfattet

96. Jf. oversigten ibid. s. 113. Se også *Bo von Eyben: Patientforsikring* s. 237 ff.

97. Jf. *mot.* sp. 3287.

Kap. 3-3.1.3.

af én af reglerne i nr. 1-3, er der ingen grund til at interessere sig for dens alvor eller sjældenhed. Det vil formentlig endvidere være naturligt, at man i enhver sag starter med at spørge, om der foreligger en fejl (ved behandling m.v. – nr. 1 – eller ved apparaturet – nr. 2), og – (kun) i benægtende fald – dernæst undersøger, om skaden ud fra nr. 3's facitræsonnement kunne være undgået. Kun hvis dette heller ikke er tilfældet, kommer de særlige krav i nr. 4 ind i billedet.

Som nævnt ovenfor kap. 1, afsnit 2.1., blev begreberne udviklings- og systemskader anvendt til at markere området for de ønskelige udvidelser af dækningen i forhold til culpareglen. Dækningen af udviklingsskader skulle herefter være indeholdt i reglen i nr. 3 og dækningen af systemskader i nr. 4. Som det vil fremgå af den følgende fremstilling, er disse begreber imidlertid ikke helt dækkende for afgrænsningen mellem de to regler. Reglen i nr. 3 er ikke begrænset til hidtil *ukendte* skadelige egenskaber ved en vis behandlingsteknik eller -metode, og den omfatter på den anden side ikke alle tilfælde heraf. Tilsvarende er reglen i nr. 4 ikke begrænset til *kendte*, uundgåelige risici og omfatter på den anden side ikke alle risici. En systemskade kan derfor efter omstændighederne være omfattet af reglen i nr. 3, og en udviklingsskade, der ikke opfylder betingelserne i nr. 3, kan efter omstændighederne være omfattet af nr. 4. Som begreberne udviklings- og systemskader sædvanligvis defineres, er disse skader uundgåelige, men brugen af facitræsonnementet i nr. 3 indsnævrer området for, hvad der i PFL's forstand skal betragtes som uundgåeligt, såvel vedrørende ukendte som vedrørende kendte risici.

Forskellene mellem erstatningsberettigelsen efter de svenske og de danske regler gør det yderst usikkert at anvende de svenske erfaringer som grundlag for et skøn over det forventede antal erstatningsberettigende skader. I *Rapporten* blev antallet – med understregning af usikkerheden – anslået til 2.500,⁹⁸ og tallet blev på grund af den senere indførte bagatelgrænse i motiverne nedsat til 2.000.⁹⁹ Hertil kommer en yderligere reduktion som følge af udelukkelsen af den private praksissektor (anslået til 10%, jf. ovenfor kap. 1, afsnit 3). De to skadestyper, hvor dækningen efter PFL er væsentligt snævrere end i Sverige (infektionsskader og ulykkestilfælde), udgør en meget betydelig del af de skader, der erstattes i Sverige (omkring 20% hver¹⁰⁰). Det er umuligt at sige, i hvilket omfang dette opvejes af den mere vidtgående dækning efter PFL på andre punkter (inden for gruppe II B og III A). Dertil kommer betydningen af, at bagatelgrænsen i PFL er sat langt højere end i den svenske ordning.

Efter den midlertidige *norske* ordning blev der senest (i 1991) anmeldt godt 900 sager, og erfaringen viser, at ca. 40% af de anmeldte skader udløser en

98. Jf. *Rapport* s. 41 f.

99. Jf. *mot. sp.* 3273.

100. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 141.

erstatning.¹⁰¹ Der foreligger ikke noget skøn over det forventede antal erstatninger ved den foreslåede, lovfæstede ordning. Det norske forslag indeholder elementer svarende til såvel den danske som den svenske ordning, dog flest svarende til den danske. Som omtalt ovenfor kap. 1, afsnit 6.3., opererer forslaget med 4 grupper af erstatningsberettigende skader, hvoraf den første svarer til PFL §2, stk. 1, nr. 1 (fejl eller svigt ved undersøgelse, behandling m.v.), den anden svarer til §2, stk. 1, nr. 2 (apparatursvigt), og den tredje svarer til §2, stk. 1, nr. 4 (erstatning ud fra en rimelighedsvurdering). Forskellen er således, at det norske forslag ikke indeholder nogen særregel om brug af facitræsonnementet (svarende til §2, stk. 1, nr. 3). Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at erstatning ikke kan ydes ud fra facitræsonnementet, idet det kan indgå i den rimelighedsvurdering, som skal anlægges inden for den tredje af de norske grupper.¹⁰² Større betydning har det derfor, at det norske forslag indeholder en særskilt dækning af infektionsskader, der svarer til den svenske, og at det ikke indeholder nogen bagatelgrænse overhovedet.

Skønnet herhjemme går ud på, at PFL vil indebære ca. en 16-dobling af antallet af erstatninger i forbindelse med lægelig behandling. Spørgsmålet er imidlertid, i hvilket omfang dette – om det holder stik – skyldes den materielle udvidelse af erstatningsberettigelsen, eller om det beror på den processuelle lettelse, som også kommer de patienter til gode, hvis skader er forvoldt ved et culpøst forhold. Som omtalt ovenfor kap. 1, afsnit 1.2.1., er det muligt, at alene »mørketallet« for culpøst forvoldte skader er langt større end den forventede stigning i antallet af erstatninger. Netop fordi patientforsikringsordningen ikke behøver at interessere sig for, om der foreligger culpa, foreligger der ikke undersøgelser (fra Sverige), der viser, i hvilket omfang de erstattede skader ville berettige patienterne til erstatning også efter culpa-reglen. Det generelle indtryk er imidlertid, at dette kun gælder for en mindre del af skaderne, også selv om der skulle anlægges en streng culpabedømmelse.¹⁰³ Hvis dette holder stik, tyder det således på, at heller ikke patientforsikringen formår at løse mørketalsproblemet helt.

3.2. Objektive fejl

3.2.1. Fra lægens side

3.2.1.1. Specialistmålestokken

Efter PFL §2, stk. 1, nr. 1, omfatter den første gruppe af erstatningsberettigende skader tilfælde, hvor det må antages, at

101. Jf. NOU 1992:6 s. 43 f.

102. Jf. ibid. s. 78 og 94 og nedenfor afsnit 3.3.3. om betydningen af denne forskel mellem PFL og det norske forslag.

103. Personlig meddelelse fra Carl Oldertz.

Kap. 3-3.2.1.1.

- (1) en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling eller lign.,
- (2) hvorved skaden ville være undgået.

Denne regel gælder også ved skade som følge af, at der ikke blev stillet en rigtig diagnose af patientens sygdom, jf. § 3, stk. 1. Det er tilstrækkeligt, at det er overvejende sandsynligt, at en erfaren specialist ville have handlet anderledes, og at det er overvejende sandsynligt, at skaden derved ville være undgået, jf. ovenfor afsnit 2.4. Om betydningen af forbeholdet vedrørende de i øvrigt »givne forhold«, se ovenfor afsnit 3.1.2. Specialistmålestokken i nr. 1 finder tilsvarende anvendelse på den vurdering af forskellige behandlingsmåders ligeværdighed, som skal anlægges i henhold til § 2, stk. 1, nr. 3, jf. herom nedenfor afsnit 3.3.2.

Spørgsmålet er, hvad der skal forstås ved en »erfaren specialist«. I *mot.* hedder det herom:¹⁰⁴

»Den erfarne specialist repræsenterer en person med en generelt set sufficient faglig uddannelse på det pågældende område. Det forudsættes ikke nødvendigvis at være en læge med speciallægeanerkendelse på området, selv om det ofte vil være tilfældet på det lægelige område.« I relation til ligeværdighedsvurderingen i henhold til reglen i nr. 3 udtales følgende:¹⁰⁵ »Vurderingen heraf baseres på den medicinske videnskab og erfaring på behandlingstidspunktet. Målestokken er for så vidt på dette punkt den erfarne specialists vurdering, jf. herved bemærkningerne til reglen i nr. 1« (dvs. den netop citerede passus). I *Rapporten* understregedes, at målestokken ligesom i Sverige bør være den kyndige og erfarne specialist.¹⁰⁶

Opstillingen af specialistmålestokken har først og fremmest et »negativt« formål: Det følger heraf, *at det ikke er nogen betingelse, at der foreligger uagtsomhed hos den pågældende læge eller andre, der stod for undersøgelse, behandling m.v. af patienten.*

I *mot.* er dette formuleret således:¹⁰⁷ »Det er ikke nogen betingelse, at behandlingen m.v. kan bebrejdes den konkrete læge eller medicinalperson i øvrigt som en fejl eller forsømmelse, som denne burde have undgået ved at udvise en højere grad af agtpågivenhed. --- Der skal således helt ses bort fra den konkrete medicinalpersons faglige baggrund og individuelle forudsætninger i øvrigt for at erkende, at anden undersøgelse, behandling m.v. havde været indiceret«. Det fremhæves endvidere, at det er »uden betydning for anvendel-

104. *Mot.* sp. 3287.

105. *Ibid.* sp. 3290.

106. *Jf. Rapport* s. 77.

107. *Mot.* sp. 3288.

sen af nr. 1, om der må antages at foreligge culpa eller ej«. ¹⁰⁸ I det norske lovudkast af dette blevet præciseret i selve lovteksten, idet erstatning gives for skade, som er en følge af fejl eller svigt i forbindelse med undersøgelse, diagnosticering, behandling m.v., »selv om ingen kan lastes for den«. ¹⁰⁹

Meningen er således, at vurderingen af, om patienten er blevet behandlet korrekt, skal foretages på grundlag af et *højere kundskabs- og erfaringsniveau* end culpareglens agtpågivenhedsstandard. Spørgsmålet er, *hvor* højt niveauet efter PFL skal lægges. De ovenfor citerede motivudtalelser (i relation til reglerne i nr. 1 og 3) er ikke helt afstemt efter hinanden. Den først citerede udtalelse synes navnlig møntet på at fastslå, at ordet »specialist« i PFL § 2, stk. 1, nr. 1, ikke (nødvendigvis) skal forstås som en »speciallæge« i lægelovens forstand, jf. dennes § 4. Dette følger imidlertid allerede af, at ordene »på det pågældende område« i § 2, stk. 1, nr. 1, ikke blot kan opfattes som en henvisning til de til enhver tid anerkendte speciale-områder. ¹¹⁰ Selv om patienten har fået en behandling, som svarer til den, en speciallæge på det pågældende område ville have givet, foreligger der alligevel en erstatningsberettigende skade, hvis en specielt sagkyndig på det subspecialicerings-område, som sygdommen ligger inden for, ville have handlet anderledes, uanset om dette område er anerkendt som et (gren)speciale i henhold til lægeloven.

Dernæst er der i motivudtalelserne en vis modsætning mellem kriteriet »en generelt set sufficient faglig uddannelse« og kriteriet »den medicinske videnskab og erfaring på behandlingstidspunktet«. Det sidstnævnte kriterium synes at implicere et højere niveau end det førstnævnte samt en mere objektiv bedømmelse. Der er ingen tvivl om, at specialistmålestokken ikke standser ved et krav om en tilstrækkelig uddannelse, men tillige forudsætter, at kundskabsniveauet konstant ajourføres i forbindelse med udviklingen inden for den medicinsk-videnskabelige forskning, og at der ikke tænkes på en nyuddannet specialist, men netop en, som også besidder erfaring. Det førstnævnte kriterium synes i for høj grad at knytte vurderingen til en faktisk person med visse kvalifikationer. Den erfarne specialist må imidlertid opfattes som en *hypotetisk* person, dvs. en tænkt adfærdsstandard – i princippet ligesom culpareglens »gode« læge (»bonus pater«), men altså på et højere niveau. Henvisningen til »medicinsk videnskab og erfaring« viser netop, at der tilsigtes opstillet en objektiv adfærdsstandard, baseret på en hypotetisk person, *som fuldt ud behersker den medicinske videnskab og erfaring (også den nyeste tilgængelige) på vedkommende område, og som i enhver situation agerer i overensstemmelse hermed* (i det

108. Ibid. sp. 3289.

109. Jf. NOU 1992:6 s. 93.

110. Jf. herom bkg. nr. 509 af 3/7 1990 om speciallæger.

Kap. 3-3.2.1.1.

omfang, de ydre omstændigheder gør dette muligt, jf. ovenfor afsnit 3.1.2.). Dette er kriteriets udformning i Sverige,¹¹¹ og der er ikke grundlag for at give det nogen anden udformning efter PFL. Det norske forslag anvender ikke specialismålestokken eksplicit, idet udgangspunktet her tages i den »faglige standard«, som patienten med rimelighed kunne forvente; men da denne standard ifølge bemærkningerne til forslaget¹¹² er den »best mulige« (ud fra de givne forudsætninger), bliver der næppe nogen realitetsforskel.

Udtrykt kort er sigtet med specialismålestokken, at culperegulens »gode« læge (»bonus pater«) som vurderingsgrundlag udskiftes med den »bedste« læge (»optimus vir«) på det pågældende område. Det er uden betydning, om den konkrete læge lå på dette niveau, om han var »speciallæge« på området, om han eller nogen anden har udvist nogen uagtsomhed ved at iværksætte eller overlade ham behandling m.v., og – som nævnt ovenfor afsnit 3.1.2. – om det overhovedet var muligt i den givne situation at overlade behandling m.v. til en person, hvis kvalifikationer modsvarer specialismålestokken.

Specialismålestokken gælder for *alle* faser af undersøgelse og behandling af patienten, herunder *iværksættelse af undersøgelser* med henblik på diagnosticering af patientens sygdom, *tolkning* af sygdomssymptomer med henblik på selve *diagnosestillingen*, beslutninger om *iværksættelse af behandling* og om *valg af behandlingsmåde*, selve *udførelsen* af behandlingen samt efterfølgende *tilsyn* med og *kontrol* af patientens tilstand.

Med *mot.*'s formulering¹¹³ omfatter reglen »alle objektive fejl, der er begået i forbindelse med undersøgelse, behandling m.v. af patienten. Det er uden betydning, hvilken type skade fejlen har resulteret i. Omfattet er således enhver form for fejlbehandling, uanset om fejlen skyldes en forkert diagnose, eller at der af andre grunde enten blev givet en behandling, der ikke var motiveret ud fra et medicinsk synspunkt, eller omvendt, at der ikke blev givet en behandling, der var motiveret ud fra et medicinsk synspunkt, eller der i øvrigt er blevet anvendt en forkert behandlingsmetode eller behandlingsteknik eller er begået fejl ved udførelsen af den, ved tilsynet med patienten under eller efter behandlingen o.s.v.«.

Ved »objektive fejl« forstås således ikke andet, end at der i en af de nævnte henseender blev handlet anderledes, end den erfarne specialist ville have gjort. Det skal understreges, at det afgørende er den medicinsk-videnskabelige indsigt og erfaring på *undersøgelses- eller behandlingstidspunktet*,

111. Jf. *Oldertz: Patient- och läkemedelsförsäkringarna* s. 392 og *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 93 og 101.

112. Jf. NOU 1992:6 s. 74.

113. *Mot.* sp. 3287 f og tilsvarende *Rapport* s. 75.

som er afgørende. Der indgår *intet facitræsonnement* i vurderingen efter §2, stk. 1, nr. 1. Om undersøgelse, diagnosticering, valg af behandlingsform osv. er »korrekt« ud fra specialismålestokken, skal således vurderes på grundlag af den viden om patientens tilstand m.v., som kunne opnås – af den erfarne specialist – på det pågældende tidspunkt, og ikke ud fra den viden, som senere erhverves, f.eks. i kraft af den iværksatte behandling.¹¹⁴

Dette har navnlig betydning i forbindelse med *diagnosticering*, herunder ved stillingtagen til, hvilke undersøgelser der skulle være iværksat med henblik på, at man kunne stille den rigtige diagnose. Der er således *ikke* opstillet et *objektivt* ansvar for følgerne af, at den rigtige diagnose ikke blev stillet – hvad enten følgerne beror på, at der blev valgt en *forkert behandling*, set i forhold til den sygdom, som patienten faktisk viste sig at lide af, eller de beror på, at der slet *ikke* blev iværksat *nogen behandling*. Det afgørende er alene, om der blev iværksat de undersøgelser, som en erfaren specialist ville have iværksat på grundlag af patientens klager, objektive symptomer m.v., og om en korrekt tolkning på grundlag af medicinsk videnskab og erfaring af sådanne undersøgelsesresultater ville have resulteret i, at den rigtige diagnose blev stillet.

Reglen i §2, stk. 1, nr. 1, står derved delvis i modsætning til den svenske praktisering af reglen om de »egentlige« behandlingsskader, idet man her anvender facitræsonnementet på vurderingen af, om behandlingen var motiveret ud fra et medicinsk synspunkt.¹¹⁵ Som eksempel herpå kan nævnes et tilfælde,¹¹⁶ hvor en kvinde var blevet opereret for brystkræft og derefter behandlet med røntgen; senere opstod mistanke om metastaser, hvilket bekræftedes ved tomografi, og kvinden fik herefter fjernet æggestokke og blev behandlet med cytostatika (cellegift). Efter 14 måneders behandling konstaterede man, at de pågældende forandringer ikke skyldtes kræft, men en reaktion på den tidligere strålebehandling. Selv om diagnosen var objektivt forkert, forelå der ikke en diagnosticeringsfejl, men erstatning blev givet ud fra facitræsonnementet: Efterfølgende kunne det konstateres, at behandlingen ikke havde været motiveret ud fra et medicinsk synspunkt. I betragtning af, at facitræsonnementet (heller) ikke i Sverige gælder for selve diagnosticeringen, jf. nedenfor afsnit 3.3.4., kan det forekomme noget vilkårligt, at det anvendes på skader, som indtræder som følge af behandlingen i tilfælde, hvor årsagen hertil alene er, at der ikke blev stillet – og heller ikke ud fra specialismålestokken *kunne* være stillet – en korrekt diagnose. Efter PFL kan sådanne skader derfor ikke berettige til erstatning i henhold til reglen i §2, stk. 1, nr. 1, men de kan derimod

114. Jf. tilsvarende det norske forslag, NOU 1992:6 s. 93, men til dels anderledes i Sverige, jf. i teksten nedenfor.

115. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 93.

116. Jf. Patientskadenämnden 162/85; se også *ibid.* 19/81.

Kap. 3-3.2.1.1.

være omfattet af reglen i nr. 4, da grundsygdommens alvor efter denne regel skal vurderes ud fra facitråsonnementet, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.1.

Vurderingen af diagnosticeringsfejl er derimod den samme som i Sverige. Det væsentligste spørgsmål i praksis vil være, om der er foretaget de undersøgelser, som – bedømt ud fra forholdene på undersøgelsestidspunktet – var indiceret efter medicinsk videnskab og erfaring. Der kan *ikke* ydes erstatning, blot fordi yderligere undersøgelser *kunne* have afsløret den pågældende sygdom, hvis der dog – bedømt efter specialismålestokken – ikke havde været anledning til at iværksætte sådanne undersøgelser.

I Sverige har en række patienter med rygsmerter krævet erstatning under henvisning til, at man skulle have stillet diagnosen *diskusprolaps*, men de fik ikke medhold, når de relevante undersøgelser (klinisk undersøgelse, røntgenundersøgelse og CT, dvs. computertomografi) er blevet foretaget uden at vise tegn på diskusprolaps eller i øvrigt på forhold, der indicerede yderligere undersøgelser (f.eks. røntgenkontrastundersøgelse).¹¹⁷ Som et andet eksempel (fra det danske Patientklagenævns praksis) kan nævnes tilfælde, hvor patienter klager over, at et *knoglebrud* ikke er blevet diagnosticeret i forbindelse med skadestuebesøg. Ofte begrundes klagerne med, at der trods patientens anmodning herom ikke blev foretaget nogen røntgenundersøgelse. Den lægefagkyndige opfattelse er imidlertid den, at røntgen kun bør anvendes, hvis der er kliniske tegn på eller i øvrigt begrundet mistanke om brud.¹¹⁸ Man må gå ud fra, at en erfaren specialist ville være enig heri.

Blindtarmsbetændelse er et andet eksempel på en sygdom, hvor diagnosticeringen kan volde problemer. I et tilfælde fra svensk praksis blev der dog givet erstatning for en vis skade ved for sen diagnosticering heraf, idet man først på sygehusets akutmodtagelse havde stillet diagnosen mavekatar eller en virus sygdom, men hvor patienten skulle have været indlagt til nærmere observation.¹¹⁹ Som et andet eksempel på diagnosticeringsfejl, der berettigede til erstatning, kan nævnes en manglende diagnosticering af en hjertelidelse, idet patientens klager blev bedømt som smerter i brystkassen, som ikke var hjertebetingede; patienten blev sendt hjem fra sygehuset og døde få timer efter af hjertelidelsen; elektrokardiogram (EKG) skulle være taget; der fandtes at være tilstrækkelig sandsynlighed for, at hjertelidelsen kunne være blevet diagnosticeret, hvis patienten var forblevet på sygehuset, jf. ovenfor afsnit 2.3.¹²⁰ Ved en operation for livmoderkræft skete der skade på tarmen; en tidligere gynækologisk undersøgelse kunne sandsynligvis have medført, at denne skade var blevet opdaget, og at skadens omfang da ville være blevet

117. Jf. Patientskadenämnden 61/88 og 69/88.

118. Patientklagenævn 1990 s. 64 f.

119. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 103; se også Patientskadenämnden 238/90.

120. Jf. Patientskadenämnden 47/86.

begrænset.¹²¹ Et særligt problem har været diagnosticering af *hoftelédsskred* hos nyfødte; erstatning for manglende diagnosticering heraf ydes ikke, hvis barnet – som foreskrevet – har været undersøgt af en erfaren børnelæge, og denne ikke har fundet tegn herpå.¹²²

Et særligt problem ved specialismålestokkens anvendelse på diagnosticeringsfejl er at fastlægge, hvilket områdes specialist man skal anvende. Problemet er jo netop, at man ikke ved, hvad patienten fejler; hvis man i denne situation tog udgangspunkt i den diagnosticeringsprocedure, som en erfaren specialist på dette sygdomsområde ville have fulgt, ville det være ensbetydende med, at facitræsonnementet delvist blev brugt på diagnosticeringen, hvilket ville være i strid med PFL, jf. nedenfor afsnit 3.3.4. Udtrykket »på det pågældende område« i §2, stk. 1, nr. 1, kan derfor ikke fortolkes således, at det i forbindelse med diagnosticering indsnævres til området for den sygdom, som patienten viser sig at lide af, men må gives en noget mere generel udformning. Spørgsmålet vil være, om almindelig medicinsk videnskab og erfaring ville have tilsagt, at patientens symptomer indicerede et behov for yderligere undersøgelser eller tolkning af symptomerne hos en eller flere specielt sagkyndige. Denne udformning af specialismålestokken indebærer dog næppe nogen indsnævring af ansvaret for mangelfuld diagnosticering af almindeligt forekommende sygdomme, men kan få betydning ved sjældnere sygdomme, hvor »manglen« først kan konstateres, når man står med facit i hånden hos den »rigtige« specialist.

Hvis det ud fra specialismålestokken *ikke* havde været indiceret at iværksætte *nogen behandling*, skal *enhver* skade ved behandlingen erstattes efter reglen i nr. 1.

Fra svensk praksis kan nævnes et tilfælde,¹²³ hvor en patient blev opereret for en godartet svulst i armhulen, som patienten havde haft i 20 år, uden at den var vokset eller medførte nogle særlige gener. Ved operationen beskadigedes nogle nerver, som var infiltreret af svulsten. Hvis operationens unødvendighed først kan fastslås ud fra facitræsonnementet, kan der derimod i henhold til PFL ikke ydes erstatning efter reglen i nr. 1, men eventuelt efter nr. 4, idet i hvert fald betingelsen om komplikationens relative alvor (dvs. nerveskadens alvor set i forhold til grundsygdommens alvor) vil være opfyldt.

Som et eksempel fra dansk retspraksis kan nævnes UfR 1991.774 Ø om kiropraktorbehandling (der dog – indtil videre – ikke omfattes af PFL), hvor behandlingen medførte læsion af hjernestammen på grund af tilstopning af blodkar med omfattende lammelser til følge. Ifølge Retslægerådet måtte

121. Jf. *ibid.* 113/89.

122. Jf. *ibid.* 82/83 m.fl.

123. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 93 f.

Kap. 3-3.2.1.1.

indikationen for behandlingen afhænge af symptomernes sværhedsgrad; da det her drejede sig om en almindelig, godartet hovedpine, der ville gå over af sig selv, måtte specialismålestokken formentlig føre til, at behandlingen ikke var indiceret. Erstatning for skaden kunne herefter ydes efter nr. 1 – og ellers efter nr. 4. Ved dommen fik patienten erstatning først og fremmest under henvisning til, at hun ikke var blevet orienteret om risikoen; dette er i sig selv uden betydning for vurderingen i henhold til PFL.

En særlig grund til, at behandlingen ikke skulle være iværksat, kan være, at patienten specielt har *frabedt* sig denne. Ingen læge må (normalt) iværksætte behandling mod patientens vilje, jf. lægelovens §6, stk. 2, og dette gælder naturligvis også for den erfarne specialist. Hvis imidlertid behandlingen i øvrigt var velindiceret og ikke påfører patienten nogen skade, kan der ikke ydes erstatning i henhold til PFL for selve krænkelser af patientens selvbestemmelsesret, da dette ikke er en fysisk skade i lovens forstand, jf. nedenfor kap. 4, afsnit 1.1.¹²⁴

Er forholdet omvendt det, at en erfarne specialist *ville have iværksat en vis behandling* på det foreliggende grundlag, men dette *ikke er sket*, skal der ydes erstatning for de følger af grundsygdommen, som med overvejende sandsynlighed ville være blevet undgået, hvis behandlingen var blevet iværksat. Tilsvarende gælder, hvis behandling vel blev iværksat, men *på et senere tidspunkt*, end den erfarne specialist ville have gjort.

Hvis behandling er blevet iværksat, bliver det næste spørgsmål, om *valget af behandlingsmåde* er truffet i overensstemmelse med medicinsk videnskab og erfaring på det pågældende område. Dette gælder både spørgsmålet om valget af *behandlingsmetode* og spørgsmålet om valget af *behandlingsteknik*. Patienten skal have (tilbudt) den *optimale behandling, som er mulig inden for de givne rammer*, jf. ovenfor afsnit 3.1.2. om ressourcebetingede begrænsninger. Hvis optimal behandling indebærer, at patienten måtte overflyttes eller henvises til et andet sygehus (f.eks. fordi brug af den optimale behandlingsmetode forudsætter udstyr og/eller erfaring, som kun findes på specielle afdelinger), indgår dette i vurderingen af, om skaden kunne være undgået. Som nævnt er det uden betydning, om det for nogen læge på det sygehus, hvor patienten var indlagt, var muligt at indse, at en sådan overflytning var indiceret.

Som eksempel kan nævnes afgørelsen i UfR 1988.441 Ø (der i øvrigt kun omhandler et spørgsmål om vidnepligt), hvor en patient under en operation for en cyste i halsen havde fået beskadiget nervus accessorius (en nerve, der

124. Sml. herved Patientskadenämnden 277/90, hvor nævnet efter almindelige erstatningsretlige regler (jf. ovenfor afsnit 3.1.1.) gav erstatning til en patient, der skulle behandles for forhudsforrnævring, idet der mod patientens ønsker vedrørende indgrebets omfang blev gennemført en total omskærelse.

styrer bevægelser i skulder og overarm). Spørgsmålet var, om man på et tidligere tidspunkt skulle have gjort et forsøg på at genskabe nerveforbindelsen. I Retslægerådets erklæring hedder det bl.a., at »muligheden for rekonstruktion af nervus accessorius var i 1981 ikke almindeligt kendt uden for de afdelinger, der har specialiseret sig i operationer på halsen.« Efter PFL ville dette synspunkt være uden betydning; afgørende er alene den viden, som den erfarne specialist har, og den behandling, som han på det grundlag ville have sat i værk. Hvis det er overvejende sandsynligt, at nerveforbindelsen herved ville være genskabt, foreligger der en skade, der omfattes af nr. 1.

Som fremhævet af Retslægerådet indebærer den stigende subspecialisering inden for de forskellige, store medicinske og kirurgiske specialer, at der oftere vil opstå spørgsmål om, at man på en given afdeling skulle have søgt assistance hos specialister.¹²⁵

Patienten har ret til erstatning, selv om den anvendte metode fortsat nyder anerkendelse, hvis den dog ikke er den bedst mulige, som den erfarne specialist ville have valgt.

I nogle tilfælde ville allerede culpereglen føre til ansvar for valg af en metode, der ikke var den bedst mulige, jf. f.eks. UfR 1947.649 Ø (alkoholinjektion ved behandling af ischias) og UfR 1988.743 Ø (straffesag om overtrædelse af lægelovens § 18, stk. 1, for luftblodprop (emboli) forårsaget ved indblæsning af atmosfærisk luft ved en gynækologisk undersøgelse (hysteroscopi)); metoden var ifølge Retslægerådet uforsvarlig, da der bør benyttes kultvejlte under kontrol af tryk og flow; sygehuset havde ganske vist ikke det optimale udstyr, men det fremgik dog, at det havde været muligt at bruge den rigtige metode).

Fra Patientklagenævnets praksis kan nævnes en sag,¹²⁶ hvor der på grund af komplikationer efter en operation for kræft i tarmen blev foretaget en operation med bl.a. spaltning af ringmusklen. Det fremgik, at denne metode tidligere havde nydt anerkendelse, men nu som førstebehandling var blevet afløst af mere skånsomme metoder. Patienten burde have været henvist til specialafdeling, i hvert fald inden man anden gang forsøgte sig med den forladte metode. Efter PFL ville det sidstnævnte forbehold ikke gælde.

Culpereglen ville imidlertid ikke altid føre til ansvar i tilfælde, hvor den ikke-optimale metode fortsat anerkendes, jf. nedenfor afsnit 3.2.1.2.

Hvis patienten ikke ønsker at få den optimale behandling, kan der ikke ydes erstatning for følgerne af, at en mindre god behandlingsmetode af

125. Jf. de smst. omtalte sager om komplikationer ved gynækologiske indgreb, hvor der opstod en falsk forbindelse mellem blæren og moderskeden, og hvor spørgsmålet var, om man på den gynækologiske afdeling på et tidligere tidspunkt i forløbet skulle have henvist patienten til eller søgt assistance på en urologisk specialafdeling; en af de pågældende patienter søgte i øvrigt at opnå erstatning, men fik ikke medhold heri, da retten lagde til grund, at følgerne ikke kunne være afværget derved.

126. Jf. Patientklagenævnet 1990 s. 54 f.

Kap. 3-3.2.1.1.

den grund blev taget i anvendelse. Som nævnt skal naturligvis også den erfarne specialist respektere patientens selvbestemmelsesret; hvis patienten afslår forslaget om optimal behandling, vil den erfarne specialist derfor heller ikke vælge denne metode.

Som eksempel kan nævnes afgørelsen i UfR 1992.404 H om en yngre mand, der blev behandlet for blødende tyktarmskatar. Han blev gennem en længere periode behandlet medicinsk (med prednison), hvilket til sidst medførte henfald af knoglevæv (osteonekrose), bl.a. i begge hofter med betydelig invaliditet til følge. Da der begyndte at vise sig tegn på denne sjældne komplikation, forsøgte lægerne at motivere patienten til at underkaste sig et kirurgisk indgreb (fjernelse af tarmen med ileostomi) i stedet for fortsat medicinsk behandling, men patienten indvilligede først heri, da det var for sent at undgå følgerne af nekrosen. Som også forudsat i dommen må det dog være en forudsætning, at patientens (fra)valg bygger på fyldestgørende information om risikoen ved valg af en ikke-optimal behandlingsmetode.

Det kan tænkes, at den højeste sagkundskab på området *ikke er enig* om, hvilken behandlingsmetode eller -teknik der i den givne situation er den optimale. Situationen kan f.eks. være den, at en »skole« inden for området er tilhænger af den faktisk valgte behandlingsmetode, mens en anden »skole« foretrækker en anden metode. Ved stillingtagen til, om en erfaren specialist med overvejende sandsynlighed ville have handlet anderledes, kan man da *ikke* blot vælge side og afgøre erstatningssagen ud fra dette. Hvis der virkelig er en »jævnbyrdig« uenighed blandt eksperter på området, er betingelsen for at yde erstatning efter reglen i nr. 1 ikke opfyldt. Til gengæld vil grundlaget for at yde erstatning efter reglen i nr. 3 være opfyldt i denne situation.¹²⁷ Kravet i denne regel om, at de i betragtning kommende behandlingsmetoder eller -teknikker skal være »ligeværdige«, må nemlig antages at være opfyldt, hvis der ikke ud fra specialistmålestokken kan opstilles nogen præference for en af dem, jf. nedenfor afsnit 3.3.2. Metodevalget kan i denne situation ikke betegnes som nogen objektiv fejl, men efter reglen i nr. 3 kan erstatning ydes på grundlag af facitræsonnementet, hvis det er overvejende sandsynligt, at skaden ville være undgået ved valg af en anden metode eller teknik.

Er valget af behandlingsteknik og -metode truffet i overensstemmelse med medicinsk videnskab og erfaring, bliver det næste spørgsmål, om behandlingen også er *udført* i overensstemmelse hermed. Specialistmålestokken indebærer, at en række komplikationer, som i relation til culpapreglen må betragtes som »hændelige«, *kan* udløse ret til erstatning allerede i henhold til reglen i nr. 1, jf. nedenfor om forholdet til culpapreglen. Dette

127. Jf. *mot. sp.* 3288.

gælder ikke mindst i forbindelse med visse *nervelæsioner* og lign. i forbindelse med kirurgiske indgreb.

Til illustration kan nævnes en række former for nervelæsioner, der typisk eller altid berettiger til erstatning efter den svenske ordning. Eksemplerne må dog ses på baggrund af den svenske udformning af reglerne om erstatning ved »egentlige« behandlingsskader, som ikke indeholder den opdeling mellem specialismålestokkens forhåndsvurdering og facitræsonnementet, som findes i PFL §2, stk. 1, nr. 1 og 3. Efter den svenske regel er spørgsmålet for så vidt alene, om skaden kunne være undgået med den valgte metode. Er svaret bekræftende, erstattes skaden, uanset om det beror på, at en erfaren specialist ville have udført behandlingen anderledes, eller det beror på, at man (først) efterfølgende kan se, at skaden kunne være undgået ved hjælp af en anden behandlingsteknik. Efter PFL skal reglen i nr. 1 anvendes i førstnævnte tilfælde og reglen i nr. 3 i sidstnævnte tilfælde. Det er derfor muligt, at nogle af de tilfælde, hvor erstatning er ydet i Sverige, herhjemme skal henføres under reglen i nr. 3. Det bemærkes imidlertid, at tilfælde, hvor facitræsonnementet fører til erstatning efter de svenske regler, vil være omfattet af reglen i nr. 3, således at de pågældende skader under alle omstændigheder også vil udløse ret til erstatning i henhold til PFL. Som tidligere nævnt er det uden betydning for patienten, om erstatningskravet støttes på den ene eller den anden regel. Den omstændighed, at der på grundlag af svensk praksis kan opstilles en vis typologi over erstatningsberettigende nerveskader og lign. tyder på, at baggrunden for erstatningsberettigelsen er specialismålestokken snarere end facitræsonnementet, hvilket altså peger i retning af, at disse skader herhjemme må henføres under reglen i nr. 1. Som eksempler på skader, der typisk eller altid erstattes, kan følgende nævnes:¹²⁸

Perforation af spiserør, tyktarm eller endetarm under endoskopi (indvendig undersøgelse af hulheder ved hjælp af instrumenter forsynet med en lyskilde) erstattes altid;¹²⁹ tandskader i forbindelse med intubation (indlæggelse af kateter med henblik på bedøvelse);¹³⁰ skade på thoraco dorsal-nerve under operation for brystkræft; skade på galdeveje og -kar ved operationer i galde-systemet; perforering af spiserør ved vagotomi; skade på urinleder ved indgreb i tarmsystemet (især sker der mange nervelæsioner ved operation for lyskebrok); skade i form af inkontinens (urinsiven) som følge af læsion af blæremuskulaturen ved behandling for prostata; skade på urinleder i forbindelse med operativ fjernelse af livmoder eller ved laparoskopisk sterilisation; skade på visse nerver i arm eller ben (f.eks. ulnaris-nerven) forårsaget ved tryk på nerven i forbindelse med den måde, arm eller ben var lejret under operationen.¹³¹ Vedrørende den sidstnævnte skadetype ydes erstatning, selv om man ikke præcist ved, hvordan den opstår i det enkelte tilfælde, idet man går ud fra, at skaden med overvejen-

128. Jf. *A.-E. Eklund* i *Acta Chir Scand*, suppl. 520:7-10, 1984.

129. Jf. tilsvarende om den midlertidige norske ordning, NOU 1992:6 s. 39.

130. *Anderledes* i Norge, jf. *ibid.*

131. Jf. *Oldertz: The Patient, Pharmaceutical and Security Insurances* s. 66.

Kap. 3-3.2.1.1.

de sandsynlighed kunne være undgået, hvis arm eller ben havde været lejret anderledes under operationen. Dette eksempel tyder således nærmest på, at erstatningsberettigelsen følger af facitræsonnementet og ikke af en vurdering af, at en erfaren specialist ville have handlet anderledes vurderet *ex ante*. Tilsvarende gælder ved nerveskader, der konstateres efter gipsbandagering.

Endelig indgår i behandlingen *tilsyn og kontrol* med patientens efterfølgende tilstand. Som det fremgik af nogle af eksemplerne i afsnit 3.1.2. er det ikke mindst på dette punkt, at ressourcebetingede begrænsninger ofte sætter ind. Specialistmålestokkens betydning kan dog alligevel fremtræde også her, navnlig med hensyn til skønnet over *behovet* for særligt tilsyn med patienten og konstatering af tegn på udvikling af post-operative komplikationer og lign. Patienten kan således blive berettiget til erstatning, selv om kun en ikke-tilstedeværende erfaren specialist ville have indset, at der var større behov for tilsyn og kontrol end normalt, eller ville have været i stand til at tolke symptomer på komplikationer korrekt.

Som eksempel kan nævnes afgørelsen i UfR 1986.452 H, hvor spørgsmålet var, om man havde været tilstrækkeligt opmærksom på udvikling af et kompressionssyndrom (afbrydelse af blodforsyningen til muskler og nerver) hos en patient, der havde pådraget sig et åbent brud på arm og albue. Ifølge Retslægerådet var behandlingen »ikke ukorrekt«, idet symptomerne ikke »entydigt« pegede på udvikling af et kompressionssyndrom; nogle overlæger, der afgav vidneforklaring, var dog ikke enige heri. Sygehuset blev pålagt ansvar, men under betydelig tvivl – og muligvis med et vist mål af bagklogskab. Anvendes specialistmålestokken, bliver afgørelsen formentlig mindre tvivlsom – og uden brug af facitræsonnementet.

Selv om man som nævnt i afsnit 3.1.3. principielt altid bør starte med at undersøge, om patienten er berettiget til erstatning i henhold til reglen i nr. 1, er der ingen grund til at sætte sagen på spidsen, hvis den indtrådte komplikation er af en sådan karakter, at den under alle omstændigheder ville berettige patienten til at erstatning efter reglen i nr. 4. Ligesom det vil være naturligt at træffe afgørelsen efter reglen i nr. 3 i tilfælde, hvor der er tvivl om, hvorvidt en erfaren specialist ville have valgt en anden teknik eller metode, jf. ovenfor, kan det være naturligt at bruge reglen i nr. 4, hvis der er tvivl om, hvorvidt en erfaren specialist *i øvrigt* ville have handlet anderledes, eller om, hvorvidt skaden i så fald ville være undgået. Kun hvis der intet behandlingsalternativ var, og hvis skaden ikke opfylder kravene i nr. 4 til komplikationens alvor m.v., står og falder erstatningsberettigelsen med, om betingelserne i nr. 1 (eller nr. 2) er opfyldt.

3.2.1.2. Forholdet til culpareglen

Teoretisk er forskellen mellem culpareglen og specialistmålestokken klar og betydelig: Det agtpågivenhedsniveau, som kræves efter culpareglen, er det, som med rimelighed kan kræves af den gode og erfarne *gennemsnitslæge* – og altså netop ikke den erfarne *specialist*.¹³² Hovedforskellen er derfor, at der kun efter specialistmålestokken kan ses bort fra den konkrete læges uddannelsesmæssige baggrund.¹³³ Man kan ikke forlange, at en gennemsnitslæge følger med i den medicinske videnskab og erfaring inden for alle specialområder, og man kan heller ikke forlange af en specialist, at han følger udviklingen uden for sit speciale lige så nøje, som han skal følge udviklingen inden for sit felt. Naturligvis kan man også efter culpareglen kræve (af såvel generalisten som specialisten), at de skal søge specielt sagkyndig bistand eller henvise patienten hertil, hvis de bør kunne indse, at undersøgelse eller behandling af patienten kræver en specialistviden eller erfaring, som de ikke er i besiddelse af. Men også dette krav må indordnes under, hvad der med rimelighed kan forlanges af en læge, der ikke er specielt fagkyndig på området. Hvis lægen ikke kunne indse, at hans evner og erfaring ville komme til kort, foreligger der ikke culpa. Dertil kommer som nævnt, at specialistmålestokkens anvendelse efter PFL er uafhængig af, om det i den konkrete situation var muligt at indhente bistand fra en erfaren specialist.¹³⁴

Det er således med rette, at *mot.* som en modsætning til culpareglen fremhæver, at der skal ses bort fra den konkrete medicinalpersons »faglige baggrund«, hvorimod betydningen af, at der tillige skal ses bort fra den pågældendes »individuelle forudsætninger i øvrigt«,¹³⁵ er mere tvivlsom. Culpareglen er nemlig også objektiviseret i den forstand, at der ses bort fra individuelt betingede forhold, der ellers kunne tjene som undskyldning for, at den pågældende ikke levede op til den almindelige agtpågivenhedsnorm; en henvisning til træthed efter en langvarig vagt eller til uerfarenhed hos en førstegangsoperatør vil således (heller) ikke fritage for ansvar efter culpareglen. Selv om problemet ikke er blevet sat på spidsen i nogen dansk dom, er der almindelig enighed om, at nybegynderen må underkastes samme faglige målestok som den

132. Jf. herved *Giesen*: International Medical Malpractice Law s. 91 f, 99 og 111; af hjemlig litteratur, se f.eks. *B. V. Tidemand-Petersson*: Lægeansvar s. 61 f og 100, *Bo von Eyben*: Lægeansvar s. 227, *Jan Rasmussen*: Det iatrogene ansvar s. 81 f og *M. Broberg* og *N. Fenger* i *Justitia* 1991 nr. 5 s. 7.

133. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 94.

134. Sml. om culpareglen, *B. V. Tidemand-Petersson*: Lægeansvar s. 62.

135. Jf. *mot.* sp. 3288; se også *Rapport* s. 77.

Kap. 3-3.2.1.2.

mere erfarne læge.¹³⁶ Under alle omstændigheder kan det være en ansvarspådragende fejl for sygehuset at overlade en vis behandling til en læge, der ikke har de fornødne kvalifikationer, i hvert fald hvis der ikke sikres en passende supervision.¹³⁷

Det er muligvis denne objektivisering af culpareglen, som har ført til den påstand,¹³⁸ at det er tvivlsomt, om reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 1, overhovedet indebærer nogen reel udvidelse af patienters mulighed for at opnå erstatning, idet der ikke foreligger domme, der frifinder lægen med den begrundelse, at han på grund af manglende uddannelse eller erfaring m.v. ikke burde have handlet anderledes.

Denne påstand er ikke korrekt, jf. nedenfor, og det er i øvrigt uholdbart at vurdere retstilstanden alene ud fra de offentliggjorte domme (det indebærer en kraftig selektion af de mest tvivlsomme sager) – rent bortset fra alle de krav, der opgives inden sagsanlæg, fordi der (klart) ikke er grundlag for at statuere culpa.

Hovedeksemplet på, at retspraksis efter culpareglen tager hensyn til lægens faglige baggrund, er tilfælde, hvor lægen vælger en behandlingsmetode, som ikke er den bedste efter den seneste medicinske videnskab og erfaring, men hvor den hidtil foretrukne metode endnu ikke er blevet afskrevet i en sådan grad, at det kan betegnes som en fejl at anvende den.

Fra nyere praksis kan som eksempel nævnes UfR 1971.141 H, hvor en privatpraktiserende læge havde givet en beroligende indsprøjtning med et barbitursyrepræparat (nembotal) på en patient med et astmaanfald. Patienten fik det dog ikke roligere herefter, men lægen opfattede dette som en allergisk reaktion på indsprøjtningen; da han endelig formåedes til at komme til stede, var patienten død. Ifølge Retslægerådet tilsagde erfaringerne fra de senere år, at denne behandlingsform var kontraindiceret ved astmaanfald, men det havde i praksis vist sig vanskeligt at komme væk fra metoden, ligesom der fortsat i den lægevidenskabelige litteratur var enkelte, som gik ind for den. Under henvisning hertil og til, at der ikke i lægemiddelfortegnelsen var anført noget, som skulle bevirke, at brug af det pågældende middel var kontraindiceret, frifandtes lægen for erstatningsansvar. I en kommentar til dommen¹³⁹ fremhæ-

136. Jf. *Giesen*: International Medical Malpractice Law s. 95 f og 114 f og *B. V. Tidemand-Petersson*: Lægeansvar s. 95 ff. I nyere praksis har spørgsmålet om lægens kvalifikationer været fremdraget i UfR 1961.65 Ø og UfR 1968.448 H, men i begge tilfælde fandtes lægen tilstrækkeligt kvalificeret; intet tyder på, at culpavurderingen i disse sager var lempeligere end ellers.

137. Jf. fra praksis UfR 1960.228 V (et kompliceret ankelbrud blev behandlet af en lægestuderende vikar) og Patientklagenævnet 1990 s. 51 f (beskadigelse af en nerve ved udtagelse af en prøve (biopsi) fra en kirtel på siden af halsen; Sundhedsstyrelsen anså skaden for at være hændelig, men Patientklagenævnet mente, at den administrerende overlæge ikke burde have sat en stort set uøvet kirurg til at gennemføre operationen, bl.a. fordi det af journalen fremgik, at der muligvis forelå særlige anatomiske forhold, som kunne give vanskeligheder).

138. Jf. *P. Sølling*: Patientforsikringsloven s. 43.

139. Jf. *J. Trolle* i UfR 1971 B s. 250 f.

ves det, at det ikke kan forlanges af en læge, at han til enhver tid er a jour med den nyeste lægevidenskabelige litteratur. Dette er imidlertid netop, hvad specialismålestokken indebærer, og der er derfor ingen tvivl om, at resultatet ville være blevet det modsatte efter PFL §2, stk. 1, nr. 1.

Dommen vedrører ganske vist en *privatpraktiserende* læge, men der er ingen tvivl om, at samme ræsonnement ville kunne finde anvendelse i tilfælde, hvor den nyeste viden og erfaring kun findes på stærkt specialiserede sygehusafdelinger (f.eks. fordi den endnu ikke er fremlagt i videnskabelig litteratur, som kan forventes kendt uden for den snævre kreds af specialister).

Som eksempel på en diagnosticeringsfejl, som en erfaren specialist næppe ville have begået, kan fra ældre praksis nævnes afgørelsen UfR 1939.1077 H, hvor en læge frifandtes for ansvar i et tilfælde, hvor patienten (en 16-årig pige) havde en svulst i hypofysen, men hvor lægen efter en overfladisk undersøgelse havde konkluderet, at hun intet fejlede. En erfaren specialist ville næppe heller have anvendt den bedøvelsesmetode, som lægen i UfR 1958.649 Ø ikke blev gjort ansvarlig for trods en vis kritik fra Retslægerådet.

Dertil kommer, at den nævnte påstand beror på uvidenhed om forholdet mellem, hvad der faktisk ydes erstatning for efter den svenske patientforsikringsordning, jf. ovenfor, og dansk retspraksis. Tandskader i forbindelse med intubation erstattes som nævnt normalt i Sverige, men i et tilsvarende tilfælde har en dansk dom frifundet for ansvar efter culpereglen.¹⁴⁰ Tilsvarende gælder om nerveskader i forbindelse med (eventuel) fejllejrning af arm eller ben under narkose, hvilket i UfR 1980.186 H ikke udløste ansvar.¹⁴¹ Urinlederskade i forbindelse med operativ fjernelse af livmoderen (hysterektomi) erstattes normalt i Sverige, men betragtes herhjemme fremdeles som udgangspunkt som et hændeligt uheld af Retslægerådet.¹⁴² I afgørelsen UfR 1989.665 Ø blev der ganske vist alligevel tilkendt erstatning for en sådan skade, men dommen bygger på en ansvarsskærpelse og bevisomlægning, som næppe kan tages som udtryk for gældende ret.

I dommen fremhævedes, at skaden havde medført 50% invaliditet, at hysterektomi er en operation, der jævnlige udføres på gynækologiske afdelinger, og at kvindens overvægt kunne have vanskeliggjort operationen. Herefter pålagdes ansvar med den begrundelse, at der ikke var »oplyst omstændigheder, der indebærer, at den opererende læge ikke med den fornødne særlige agtpågivenhed kunne have undgået den ekstraordinære og utilsigtede afsnøring af urinlederen.« Dommen vender således bevisbyrden vedrørende culpa om på baggrund af de fremhævede omstændigheder (et rutinemæssigt indgreb; en

140. Jf. utrykt vestre landsrets dom af 29/6 1987 (ankesag B 217/86). Se herved også Patientklagenævnet 1991 s. 39.

141. Vanskelighederne ved at praktisere culpereglen fremtræder tydeligt, når denne afgørelse sammenholdes med den domfældende afgørelse i UfR 1979.536 H, jf. herved *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 217. Se endvidere Patientklagenævnet 1991 s. 42 f.

142. Jf. Retslægerådets årsberetning for 1990 s. 27.

Kap. 3-3.2.1.2.

muligt komplicerende faktor; en alvorlig skade). Samtidig skærpes kravene til agtpågivenheden («den fornødne særlige agtpågivenhed»), uanset at kvindens overvægt – ifølge Retslægerådet – kun indebar en mindre forøgelse af risikoen for komplikationer. Den væsentligste komplicerende faktor var, at der indtraf en siveblødning, som gjorde de anatomiske forhold mere uoverskuelige, og som – ifølge Retslægerådet – netop bevirkede, at komplikationens indtræden ikke kunne undgås. På et særdeles ledende spørgsmål, om lidt større forsigtighed kunne have reduceret eller fjernet risikoen for komplikationer, svarede Retslægerådet, at det kunne man »ikke udelukke med bestemthed« – for det kan man formentlig aldrig.

Der var således ikke i denne sag nogen *præoperativ* indikation for særlig agtpågivenhed, og afgørelsen står derved i modsætning til UfR 1985.416 V, hvor lægen under en udskrabning perforerede livmodervæggen, idet han fejlagtigt troede, at det drejede sig om skillevæggen i en tvodelt livmoder. Denne læge burde – også efter Retslægerådets opfattelse – have udvist særlig agtpågivenhed, da der ved tidligere undersøgelser ikke var konstateret nogen tvodelt livmoder. Denne dom er derfor ikke udtryk for, at bevisbyrden vedrørende culpa blev vendt om;¹⁴³ udgangspunktet er fortsat, at bevisbyrden er patientens, og den skifter først i det øjeblik, patienten har ført bevis for, at lægen skulle have truffet særlige sikkerhedsforanstaltninger. Denne form for »vekslende« bevisbyrde har sikker støtte i højesteretspraksis, jf. f.eks. UfR 1968.448 H.

Det har afgørelsen i UfR 1989.665 Ø derimod ikke.¹⁴⁴ Det samme gælder østre landsrets pålæggelse af ansvar i en senere sag¹⁴⁵ om beskadigelse af en nerve (nervus femoralis) under hysterektomi. Heroverfor står en række højesteretsdomme, hvor retten – eller dennes flertal – har afvist at lempe patientens bevisbyrde i tilfælde, hvor der ikke var skabt fuld klarhed over mulighederne for at undgå skaden, jf. UfR 1978.168 H (beskadigelse af ansigtsnerve under mellemøreoperation; skaden ville blive erstattet efter den svenske patientforsikringsordning, dersom det var muligt at identificere nerven), UfR 1980.186 H (tryklæsion på albuenerve under narkose; disse skader erstattes som nævnt altid i Sverige) og UfR 1985.925 H (nervelæsion ved biopsi af knude på hals; også denne skade ville formentlig blive erstattet efter den svenske ordning, i hvert fald efter facitræsonnementet¹⁴⁶ eller efter reglerne om skader ved diagnostiske indgreb, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.1.).

Retslægerådet har givet udtryk for en vis ændring i holdningen til urinlederlæsioner ved hysterektomi, bl.a. således, at der nu stilles krav om sikring af, at urinlederne er intakte i tilfælde, hvor operationen – som i sagen UfR 1989.665 Ø – kompliceres af øget blødning.¹⁴⁷ Denne ændring står navnlig i forbindelse

143. Jf. *W. E. von Eyben: Bevis*, 1986, s. 104; anderledes, *O. Talevski* i J 1990 s. 3 (der – jf. note 9 – tilsyneladende ikke finder nogen forskel mellem de to domme).

144. Jf. *Jan Rasmussen* i J 1990 s. 268, *M. Broberg* og *N. Fenger* i *Justitia* 1991 nr. 5 s. 27 og *E. Segest* i *Ugeskr Læger* 1989;151: 3271-2; anderledes *M. Samuelsson* i *Ugeskr Læger* 1990;152: 195-7.

145. Dom af 23/1 1991 (5. afd., nr. 216/1986); dommen er under anke til højesteret.

146. Jf. *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 95.

147. Jf. Retslægerådets årsberetning for 1990 s. 27.

med bedre uddannelse af kirurger inden for det urologiske speciale, som bør konsulteres med hensyn til diagnosticering og behandling af urinvejskomplikationer i tilslutning til gynækologiske operationer. Efter PFL's specialistmålestok skal vurderingen ikke »afvente« en sådan udvikling.

Der er således intet, der tyder på, at højesteret ville følge østre landsret i de synspunkter, der ligger til grund for afgørelsen i UfR 1989.665 Ø (og andre afgørelser fra samme landsret). Tværtimod fastholder også de seneste højesteretsdomme den almindelige culperegulering og bevisbyrde. Det gælder således højesteretsdommen i UfR 1992.728 H, hvor et flertal frifandt for ansvar for manglende indgriben over for en neurologisk komplikation efter intubationsforsøg; patienten havde netop, især på baggrund af kritik af den manglende indgriben fra Sundhedsstyrelsen og Patientklagenævnet, argumenteret for, at bevisbyrden vedrørende culpa burde vendes om, men fik ikke medhold heri.

Det er derfor på denne baggrund – og ikke på baggrund af de nævnte (østre) landsretsdomme – betydningen af specialistmålestokkens ansvarsskærpelse skal ses. Det er klart, at forskellen ville blive indsnævret, hvis culpereguleringen blev praktiseret sådan, at der ved alle rutinemæssige indgreb foretaget på sygehuse blev stillet krav om skærpet agtpågivenhed over for risikoen for alvorlige komplikationer uden hensyn til, om der konkret var anledning til at være særligt på vagt over for denne risiko, og således, at det pålagdes lægen at godtgøre, at skaden – selv med en sådan agtpågivenhed – ikke kunne være undgået, f.eks. på grund af særlige anatomiske forhold hos patienten. Specialistmålestokken kan meget vel føre til erstatning i sådanne tilfælde, eller erstatning vil – subsidiært – kunne ydes efter reglerne i nr. 3 eller 4, jf. ovenfor om sammenhængen mellem reglerne. Efter højesterets praksis kan culpereguleringen imidlertid ikke gives denne udformning.

3.2.2. Apparatursvigt

3.2.2.1. Fejl og svigt i teknisk udstyr

Efter reglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 2, ydes der dernæst erstatning i tilfælde, hvor

- (1) teknisk apparatur, redskaber eller andet udstyr, der anvendes ved eller i forbindelse med undersøgelse, behandling el.lign.
- (2) er behæftet med en fejl eller af andre grunde svigter,
- (3) og skaden er forårsaget herved, dvs. at det er overvejende sandsynligt, at skaden ikke ville være indtrådt, hvis der ikke havde foreligget fejl eller svigt i apparaturet.

Kap. 3-3.2.2.1.

Ligesom efter reglen i nr. 1 er det uden betydning, *hvilken slags skade* apparaturets fejl eller svigt har medført. Modsat den svenske regel om apparatursvigt er den ikke begrænset til tilfælde, hvor følgen er en fejlagtig diagnose forårsaget af, at undersøgelsesresultater er blevet forkerte på grund af apparaturet.¹⁴⁸ Den omfatter f.eks. også tilfælde, hvor »apparat eller redskaber, der anvendes ved narkose eller i øvrigt i forbindelse med et operativt indgreb, svigter, fungerer forkert, bryder sammen eller lignende med skade til følge.«¹⁴⁹ Som det også fremgår heraf, stilles der heller *ingen krav til årsagen* til, at apparaturet fejler eller svigter.

Derimod ligger der en begrænsning i, at der skal være tale om apparatur m.v., der »anvendes ved eller i forbindelse med undersøgelse eller lignende«. I *mot.* er betydningen heraf kun uddybet i relation til afgrænsningen over for reglen i §3, stk. 2, idet modsætningen til svigt i undersøgelses- og behandlingsudstyr f.eks. angives som »almindelige bygningsindretninger, elevatorer m.v.«¹⁵⁰ samt skader ved, »at en patient glider eller falder under badning eller falder ud af en sygeseng,«¹⁵¹ jf. herom nærmere nedenfor afsnit 3.2.2.3.

Hermed er imidlertid kun angivet nogle yderpunkter. Grænserne for, hvilket udstyr der omfattes af §2, stk. 1, nr. 2, må fastsættes nærmere. Kun hvis udstyret er omfattet af denne regel, giver PFL en helt *objektiv* dækning, dvs. at erstatning ydes uanset årsagen til apparaturets svigt. Uden for disse tilfælde kan patienten kun få erstatning i henhold til PFL, hvis der foreligger et ulykkestilfælde, som sygehuset er ansvarligt for *efter almindelige erstatningsretlige regler*, jf. §3, stk. 2, eller erstatning fra en *udenfor stående erstatningsansvarlig*, herunder f.eks. en producent eller leverandør, der er ansvarlig efter *almindelige regler om produktansvar*.

Selv om forslaget til PFL ikke henviser hertil, vil det nu være naturligt at tage udgangspunkt i reglerne i lov nr. 368 af 6/6 1991 om *medicinsk udstyr*, der blev vedtaget få uger før PFL. Formålet med denne lov er at bemyndige sundhedsministeren til at fastsætte de regler, der er nødvendige for at gennemføre eksisterende og kommende EF-direktiver om medicinsk udstyr, jf. lovens §1. Loven definerer derfor ikke selv, hvad der skal forstås ved »medicinsk udstyr«, men det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget,¹⁵² at der dels sigtes til et allerede udstedt direktiv om *implanta-*

148. Jf. ovenfor afsnit 3.1.3. og *mot.* sp. 3289; se også *Rapport* s. 78 f og tilsvarende NOU 1992:6 s. 94 (betydningen af reglen er dog mindre i norsk ret på grund af det i forvejen gældende vidtgående, ulovfæstede, objektive ansvar for teknisk svigt, jf. herved *T. Bergsåker* i Lov og Rett 1985 s. 527, men det pointeres i NOU 1992:6 s. 94, at reglen også gælder, selv om det ikke drejer sig om teknisk kompliceret udstyr; svigt i f.eks. krykker er derfor også omfattet).

149. *Mot.* sp. 3289.

150. *Ibid.*

151. *Ibid.* sp. 3295.

152. Jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, sp. 3673 f.

ble medicinske anordninger, dels til forventede direktiver om medicinske *anordninger* (i øvrigt) og om *in vitro diagnostisk* udstyr. I overensstemmelse hermed er lovens dækningsområde beskrevet således i bemærkningerne:¹⁵³

»Ved medicinsk anordning forstås ethvert instrument, apparat, middel, el. lign., herunder tilbehør og programmel, beregnet til anvendelse i forbindelse med diagnosticering, forebyggelse, herunder svangerskabsforebyggelse, kontrol, behandling eller ændring af menneskets sygdomme. Omfattet er såvel behandlingsredskaber som en række hjælpemidler, eksempelvis kanyler, colostomiposer, operationsremedier, hjertepacemakere, dentalmaterialer, proteser, høreapparater, anæstesiudstyr, røntgenapparater og respirationsudstyr.«

Implantat-direktivet omfatter de anordninger, der er beregnet til at blive indopereret eller indført i det menneskelige legeme, og som anvender en energikilde, samt det eventuelle tilbehør og styresystem (f.eks. de nævnte pacemakere samt f.eks. anordninger til smertestimulering, blærekaterisation og protesestyling).¹⁵⁴ Medicinske *anordninger* (i øvrigt) omfatter bl.a. de såkaldte utensilier (herunder f.eks. kanyler og de nævnte colostomiposer m.v.). Ved *in vitro diagnostisk* udstyr forstås udstyr, der anvendes uden for den menneskelige organisme i diagnostisk øjemed, f.eks. i forbindelse med laboratorievirk-somhed og lign.

Der er ingen tvivl om, at reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 2, i hvert fald omfatter udstyr, som er omfattet af de forventede EF-direktiver om *andre medicinske anordninger* end implantater samt om *in vitro diagnostisk* udstyr. Som fremhævet i *mot.* dækker reglen (ligesom i Sverige) tilfælde, hvor undersøgelsesresultater, der skal anvendes i diagnostisk øjemed, er blevet forkerte på grund af apparatursvigt, ligesom også narkoseapparater og lign. operationsudstyr udtrykkeligt nævnes, jf. ovenfor. Medtagelse af utensilier kommer ikke i konflikt med PFL §3, stk. 3, hvorefter lægemiddelskader ikke dækkes, da utensilier netop i lægemiddellovens §2 er holdt uden for lægemiddelbegrebet.

Tvivlen vedrører derfor kun spørgsmålet, om *implantater* også omfattes af dækningen. I Sundhedsministeriets vejledning nr. 125 af 25/6 1992 om erstatningskriterier i PFL hedder det om reglen i nr. 2:

»Reglen omfatter kun apparater og redskaber m.v., der anvendes ved undersøgelse, behandling eller lignende, f.eks. narkoseapparater og respiratorer, men også sprøjter og lignende. Indtræder der skade som følge af fejl eller svigt i »produkter«, der er indopereret i patienten til længerevarende erstatning eller støtte for naturlige organer m.v. (såkaldte implantater), gælder denne bestemmelse ikke umiddelbart.«

153. Ibid. sp. 3669.

154. Jf. ibid. sp. 3673.

Kap. 3-3.2.2.1.

Rent bortset fra, at forbeholdet i det sidste ord i det citerede er uklart (enten er udstyr omfattet af reglen, eller også er det ikke), er denne vejledning ikke bindende for fortolkningen, og den kan ikke tiltrædes. Efter den vidtgående formulering af reglen i nr. 2 må det i hvert fald antages, at reglen omfatter ting, der indopereres i patienten med henblik på at *støtte* naturlige organers funktion (f.eks. hjertepacemakere). Tvivlen vedrører derfor kun ting, der indopereres med henblik på at *erstatte* naturlige organer m.v. (f.eks. forskellige former for proteser, kunstige arterier, hjerteklapper m.v.), idet det *kan* hævdes, at sådanne ting ikke er »redskaber« til brug for behandlingen i samme forstand, som f.eks. utensilier, diagnostisk udstyr m.v. er. Sondringen forekommer imidlertid anstrengt, og med den ligestilling mellem de to former for udstyr, som loven om medicinsk udstyr er udtryk for, må den have formodningen imod sig.

Heller ikke den definition på begrebet »behandlingsredskaber«, som indeholdes i cirk. nr. 21 af 20/2 1975 (om afgrænsningen af behandlingsredskaber, hvortil udgifterne afholdes af sygehusvæsenet), bygger på den nævnte sontring. Efter denne definition omfatter begrebet »apparaturler og hjælpemidler, som patienten forsynes med som led i eller som fortsættelse af den på sygehuset påbegyndte behandling med det formål enten at tilvejebringe yderligere forbedring af det ved sygehusbehandlingen opnåede resultat eller at forhindre forringelse af dette resultat.« Herefter omfattes *for det første* hjælpemidler og apparatur, som ordineres som led i behandling på sygehuset, og som i reglen anvendes under kontrol af sygehuset (f.eks. gangkurv, krykker, bandager, skinner m.v.), *for det andet* hjælpemidler og apparatur, som indopereres under indlæggelse på sygehus (f.eks. hjerteklapper, kunstige arterier og pacemakere) og *for det tredje* apparatur, som ordineres af sygehuset til brug i hjemmet efter udskrivelsen (f.eks. iltapparat, respirator, jernlunge, hjemmedialysatorer¹⁵⁵). Noget andet er, at en del af det udstyr, som ifølge cirkulæret er holdt uden for begrebet (fordi ydelse af de pågældende hjælpemidler skal ske efter anden lovgivning), utvivlsomt omfattes af reglen i nr. 2 (f.eks. colostomiposer), jf. i øvrigt om den geografiske grænse for PFL's dækning ovenfor kap. 2, afsnit 2.1.

Grænsen for PFL's dækning må dog sættes ved (naturlige) organer, der *transplanteres* til patientens krop. Hvis et indopereret hjerte »svigter«, er skaden herved således ikke omfattet, men hvis der f.eks. udvikles kunstige hjerter, må skade som følge af fejl eller svigt heri antages at være dækket.

Skaden skal skyldes »*fejl eller svigt*« i det pågældende udstyr. Heri ligger alene et krav om, at apparatets faktiske funktion skal have *afvejet* fra dets normale og tilsigtede funktion. Ligesom ved undersøgelse og behandling i øvrigt, opstilles der ingen »garanti« for, at brugen af appara-

155. Jf. herved ovenfor kap. 2, afsnit 2.1.

tur indebærer, at undersøgelse eller behandling vil lykkes. Hvis der f.eks. bruges edb-programmer ved diagnosticering,¹⁵⁶ indebærer det ikke i sig selv nogen udvidelse af ansvaret for, at den rigtige diagnose bliver stillet, jf. ovenfor afsnit 2.3. Erstatning kan kun ydes, hvis apparatet ikke har fungeret, som det skulle, men medtagelsen af ordet »svigt« gør det klart, at det ikke er nogen betingelse, at dette skyldes en fejl ved konstruktion eller fremstilling af apparatet. Det er således heller ikke nogen betingelse, at apparatet led af en defekt i produktansvarsreglernes forstand.

Årsagen til fejl eller svigt i apparatur kan ligge i *konstruktionen* eller *fremstillingen* eller i, at der ikke af producent eller leverandør er givet korrekt eller fyldestgørende *information om brug, vedligeholdelse* m.v. af apparatet; i disse tilfælde kan ansvar eventuelt tillige støttes på produktansvarsreglerne, jf. nedenfor afsnit 3.2.2.2. Reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 2, er imidlertid ikke begrænset til sådanne »oprindelige« fejl. Årsagen til apparatets fejl eller svigt kan også være mangelfuld *efterfølgende kontrol og vedligeholdelse* på sygehuset, herunder tilfælde, hvor dette skyldes mangelfuld *instruktion* af personalet. Endelig kan det tænkes, at apparatet i den konkrete situation ikke er blevet *betjent* korrekt. Hvis det i sidstnævnte tilfælde må antages, at en erfaren specialist ville have betjent apparatet anderledes, er skade herved omfattet af reglen i nr. 1, men det er uden betydning, om ansvaret støttes på den ene eller den anden regel. Ansvar efter reglen i nr. 2 er under alle omstændigheder 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.«¹⁵⁷ For så vidt rækker ansvaret efter reglen i nr. 2 ud over »objektive fejl« (dvs. skader, der kunne være undgået), medmindre man vil hævde, at fejl eller svigt principielt altid kan undgås. Også tilfælde af uforklarlige funktionssvigt dækkes.

Reglen står i modsætning til hidtidig retspraksis, som i intet tilfælde har pålagt sygehuse objektivt ansvar for materielsvigt el. lign.¹⁵⁸

Tættest herpå var højesteret i den seneste dom om apparatursvigt (UfR 1960.576 H) vedrørende et narkoseapparat, der ved to operationer – gennemført med to dages mellemrum – ikke afgav den angivne iltmængde, uden at årsagen hertil kunne fastslås med sikkerhed. Den første patient døde, mens det lykkedes at redde den anden patient, da man under operationen fik mistanke om, at noget måtte være galt med narkoseapparatet, hvorfor det hurtigt blev skiftet ud med et andet. 4 dommere ville pålægge sygehuset

156. Jf. herved *J. Hellner* i *Medical Responsibility in Western Europe* s. 713.

157. *Mot.* sp. 3289.

158. Jf. *Rapport* s. 73 f og *B. V. Tidemand-Petersson: Lægeansvar* s. 108.

Kap. 3-3.2.2.1.

objektivt ansvar for apparatets funktionsfejl, mens 5 dommere gik imod dette; en af de sidstnævnte dommere ville imidlertid pålægge sygehuset ansvar efter culpapreglen for skaden ved den anden operation, da man hurtigere burde have fået mistanke om funktionsfejlen. Resultatet blev derfor, at der blev givet erstatning for den anden skade, men ikke for den første. Denne – lidet rimelige – forskel¹⁵⁹ afbødes gennem reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 2, hvorefter begge skader ville blive erstattet.

Som eksempel på funktionssvigt på grund af mangler ved sygehusets vedligeholdelse af apparatur kan nævnes et tilfælde,¹⁶⁰ hvor en patient døde under en operation på grund af overdosering med halothane ved bedøvelsen; årsagen hertil var, at halothanfordamperens termostat var korroderet (formentlig fordi fordamperen havde været nedsat i noget renseskål, der anvendtes ved rengøring af apparatur på operationsgangen), hvilket medførte, at apparatet afgav halothandampe i en koncentration, der var 4-5 gange større end angivet på indstillingsknappen. Personalet havde i denne sag ikke i tilstrækkelig grad sikret efterlevelse af de tekniske instrukser. Skaden ville være omfattet af PFL §2, stk. 1, nr. 2, uanset om fejlen lå i instrukserne eller i efterlevelsen heraf. Tilsvarende gælder et andet tilfælde,¹⁶¹ hvor et barn, der var et døgn gammelt, døde efter 20 minutters behandling med et defekt ventilationsudstyr, idet en såkaldt patientventil var revnet og manglede en gummimembran. I klagemæssig sammenhæng kan det i sådanne tilfælde være vanskeligt at fastslå, hvem der har ansvaret bl.a. for efterlevelse af tekniske instrukser, men PFL's dækning af skader er uafhængig heraf.

Som eksempler på skader forårsaget af utensilier kan nævnes to domme (UfR 1959.691 V og UfR 1950.596 Ø) om henholdsvis en suturnål, der knækkede ved syning af en flænge, og en spids af en nål, der blev efterladt i såret efter en operation.¹⁶² I begge tilfælde fik patienterne kun erstatning for efterfølgende forsmørmelser med hensyn til eftersporning af den efterladte del af redskabet, men ikke for selve følgerne af, at redskabet knækkede. Efter PFL §2, stk. 1, nr. 2, kan der derimod ydes erstatning også for det sidstnævnte forhold.

3.2.2.2. Forholdet til produktansvaret

PFL §2, stk. 1, nr. 2, er blevet karakteriseret som en regel, der reelt er en produktansvarsregel, alene udvidet med en dækning af udviklingsskader.¹⁶³ Rent bortset fra, at denne udvidelse ikke er uvæsentlig (hvilket illustreres af den ovenfor omtalte UfR 1960.576 H, idet den pågældende type narkoseapparat havde været anvendt i mange år, uden at tilsvarende

159. Jf. *Bo von Eyben*: Lægeansvar s. 220.

160. Jf. Retslægerådets årsberetning for 1989 s. 27 ff.

161. Jf. Patientklagenævnet 1990 s. 62 f.

162. Se også *ibid.* s. 48 f om et bor, der knækkede under en operation for en kæbefraktur, og som efterlod en stump, som man ikke senere kunne finde.

163. Jf. *P. Sølling*: Patientforsikringsloven s. 43.

skader tidligere var indtruffet; importøren af apparatet blev derfor også frifundet for ansvar), er denne karakteristik ikke rigtig.

For det første er ansvaret som nævnt *ikke* betinget af, at der overhovedet foreligger en »defekt« ved apparatet, jf. herved PAL § 5. I relation til f.eks. nåle, der knækker el. lign., jf. ovenfor, er det ikke sikkert, at man ville nå frem til, at produktet ikke frembød den sikkerhed, som med rette kan forventes. Alligevel vil skader herved være omfattet af reglen i PFL.

For det andet indeholder PAL § 7 en række *andre ansvarsfrihedsgrunde* end forbeholdet vedrørende udviklingsskader, og heller ikke disse kan påberåbes i henhold til reglen i PFL. F.eks. er producenten i henhold til PAL § 7, stk. 2, ansvarsfri, hvis den defekt, der forvoldte skaden, ikke var til stede på det tidspunkt, hvor produktet blev bragt i omsætning.

For det tredje er et sygehus ikke uden videre omfattet af produktansvarsreglerne om *mellemhandleransvar*, dvs. reglerne om, at erhvervsdrivende hæfter for tidligere produktions- og omsætningsleds produktansvar, jf. PAL § 10. Efter PAL § 4, stk. 3, anses som mellemhandler den, der *erhvervsmæssigt bringer et produkt i omsætning* uden at være producent, dvs. med henblik på videresalg, udlejning m.v., jf. § 4, stk. 2. Denne definition omfatter ikke de tilfælde, hvor virksomheden importerer eller i øvrigt anskaffer apparatur m.v. med henblik på brug heraf i virksomheden selv, hvilket typisk vil være tilfældet med hensyn til sygehusudstyr. Derimod er det tænkeligt, at et videregående mellemhandlerbegreb kan opstilles i relation til det produktansvar, som ifaldes ved siden af reglerne i PAL, jf. lovens § 13.¹⁶⁴

For det fjerde omfatter reglen i PFL også fejl eller svigt, der ikke skyldes produktets egenskaber eller producentens informationsgivning, men sygehusets »mangelfulde« *kontrol og vedligeholdelse* af apparatet. Det er netop væsentligt, at begge skadesårsager dækkes, idet man ellers kunne risikere, at patienten blev »kastebold« mellem producent (og importør m.v.), som hævder, at fejlen beror på sygehusets forhold, og sygehuset, som hævder, at fejlen lå i produktet selv eller i brugsanvisninger m.v.¹⁶⁵

Som omtalt i kap. 1, afsnit 5, kan der sættes spørgsmålstejn ved, om det er foreneligt med EF-direktivet om produktansvar, at patientforsikringen på denne måde overtager et ansvar for produkter, der er videregående end direktivets. Når spørgsmålet ikke er blevet rejst i forbindelse med reglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 2, men kun i relation til en eventuel dækning af lægemiddelskader, hænger det – som også dér nævnt – antagelig sammen med, at udvidelsen i § 2, stk. 1, nr. 2, uanset de nævnte principielle forskelle fra produktansvarsreglerne, næppe i praksis er så

164. Jf. *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 232.

165. Jf. *Rapport* s. 79.

Kap. 3-3.2.2.2.

stor endda. I langt de fleste tilfælde skyldes skader forvoldt i forbindelse med apparatur formentlig enten en defekt ved apparatet eller en fejl ved betjeningen (herunder vedligeholdelsen m.v.), jf. herved UfR 1960.451 V.

Som PFL oprindeligt var udformet, kunne patienter *ikke* vælge at påberåbe sig produktansvarsreglerne i de tilfælde, hvor apparatet var defekt på en sådan måde, at producent og eventuelle mellemhandlere ellers ville være ansvarlige, jf. lovens §7.¹⁶⁶ Dette var næppe foreneligt med EF-direktivet,¹⁶⁷ og det blev derfor ændret ved lov nr. 239 af 8/4 1992, hvorefter reglen i §7 (samt reglen i §8) ikke gælder i tilfælde, hvor der er erstatningsansvar efter reglerne om produktansvar, jf. nedenfor kap. 8, afsnit 2.2. Hvis patienten alligevel vælger at påberåbe sig reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 2, kan patientforsikringsselskabet i disse tilfælde rejse regreskrav mod den, der er ansvarlig efter produktansvarsreglerne, jf. nedenfor kap. 8, afsnit 3.2.

3.2.2.3. Andre ulykkestilfælde

Efter PFL §3, stk. 2, dækkes skader forvoldt ved *ulykkestilfælde*, der ikke omfattes af §2, stk. 1, nr. 2, hvis

- (1) skadelidte er under behandling m.v. på et sygehus;
- (2) skaden er indtrådt inden for sygehusets område;
- (3) sygehuset må antages at have pådraget sig ansvar for skaden efter almindelige erstatningsretlige regler.

Formålet med denne regel er at fastslå to ting: For det første, at PFL *ikke* tillægges funktion som en almindelig *ulykkesforsikringsordning* for ulykkestilfælde på sygehusområder; for det andet, at et *ansvar* herfor baseret på almindelige erstatningsretlige regler (dvs. navnlig culpareglen) *er* omfattet af PFL's dækning og dermed af PFL's skadereguleringsystem m.v. Forskellen består således i, at der *ikke* er tale om en dækning på *objektivt* grundlag – i modsætning til dækningen efter §2, stk. 1, nr. 2.

Reglen står i – bevidst – modsætning til den *svenske* ordnings tidligere dækning af *alle* ulykkestilfælde inden for lokaler eller områder, hvor undersøgelse, behandling m.v. finder sted, idet der ikke fandtes at være nogen rimelig grund til at dække ulykker på objektivt grundlag uden hensyn til, om de står i forbindelse med undersøgelse eller behandling, da sådanne ulykker (f.eks. faldulykker, der rammer ældre) lige så godt kan indtræde andre steder.¹⁶⁸ Den

166. Jf. *mot. sp.* 3290.

167. Jf. *ibid. sp.* 3301 f.

168. Jf. *Rapport* s. 114 f; se også *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 242.

svenske regel var imidlertid allerede da (med virkning fra 1/7 1985) blevet indsnævret til ulykkestilfælde, der *står i forbindelse med undersøgelse, behandling m.v.* (samt ulykker under transport m.v., jf. ovenfor kap. 1, afsnit 6.1.).¹⁶⁹ Denne begrænsning tog således brodden af den anførte indvending, men den svenske praktisering af den snævrere regel demonstrerer til gengæld, at der hermed opstår betydelige afgrænsningsproblemer. Illustrerende er således to afgørelser om skader ved idrætsudøvelse i forbindelse med indlæggelse på psykiatrisk afdeling. I det ene tilfælde¹⁷⁰ fandtes det pågældende boldspil at være et led i terapien, og der blev derfor ydet erstatning, da patienten herunder faldt og pådrog sig et lårbensbrud; i det andet tilfælde¹⁷¹ fandtes morgengymnastik ikke at være led i behandlingen, og patienten fik derfor ikke erstatning. Det kan også volde problemer at afgøre, om patienten overhovedet (fortsat) kan siges at være i behandling, f.eks. i tilfælde, hvor patienten falder ud af sygesengen, efter at den »egentlige« undersøgelse eller behandling er gennemført. Erstatning er således blevet tilkendt i et sådant tilfælde,¹⁷² hvor patienten var forblevet på sygehuset til særlig observation efter en gennemført operation, og i et tilfælde,¹⁷³ hvor patienten lå på et undersøgelsesbord og ventede på hjælp til påklædning, da patienten i et forsøg på at rejse sig og stå ned gled og kom til skade.

I en høringskrivelse fra Forbrugerrådet¹⁷⁴ blev det gjort gældende, at ulykkestilfælde burde være dækket på samme objektive grundlag som (tidligere) i Sverige, da denne udvidelse næppe ville spille nogen væsentlig rolle. Disse skader udgjorde imidlertid ca. 1/5 af alle erstatningsberettigende patient-skader i Sverige. Derimod er det naturligvis rigtigt, at en sådan dækning ville have den fordel, at den helt ville frigøre patientforsikringsforeningen fra culpavurderinger, hvilket der – i anden sammenhæng – blev lagt afgørende vægt på.¹⁷⁵ Den senere, svenske kompromisløsning er ikke blevet overvejet nærmere.

Dækningen efter § 3, stk. 2, er begrænset til *patienter*, som er *under behandling* m.v. på et sygehus. Patientbegrebet er det samme som i loven i øvrigt, jf. ovenfor kap. 2, afsnit 1. Det omfatter således også sunde forsøgspersoner og donorer, jf. PFL § 1, stk. 2, men ikke besøgende eller sygehuspersonale; ulykkestilfælde, der rammer de sidstnævnte, dækkes til gengæld af arbejdsskadeforsikringen. Det er *ikke* nogen betingelse, at ulykkestilfældet står i forbindelse med den undersøgelse eller behandling, med henblik på hvilken patienten befinder sig på sygehuset. I *mot.* blev der herved langt vægt på, at det ofte kan være vanskeligt at afgøre,

169. Jf. *Sten Foyen: Patientforsikring* s. 268 ff.

170. Jf. Patientskadenämnden 119/86.

171. Jf. *ibid.* 15/87.

172. Jf. *ibid.* 45/87.

173. Jf. *ibid.* 118/80.

174. Skrivelse af 25/3 1987 (ad lovforslag nr. L 210, FT 1986-87).

175. Jf. *Rapport* s. 129 (vedrørende bagatelgrænsen), *sml. ibid.* s. 199.

Kap. 3-3.2.2.3.

om en ulykkesårsag står i »direkte« forbindelse med undersøgelse eller behandling,¹⁷⁶ jf. ovenfor om svensk praksis. Ordene »under behandling« gør det klart, at der kun stilles det krav til forbindelse med undersøgelse eller behandling, at ulykkestilfældet er indtruffet på sygehuset, *mens* patienten befinder sig her med henblik herpå.

Begrebet »sygehus« i § 3, stk. 2, skal ligeledes forstås i overensstemmelse med lovens almindelige definition i § 1, stk. 1, således at både offentlige sygehuse og private sygehuse, som det offentlige har driftsoverenskomst med, omfattes. Imidlertid indeholder § 3, stk. 2, den særlige begrænsning, at ulykkestilfældet skal være indtruffet *inden for sygehusets område*. Heraf følger, at den geografiske udvidelse af dækningen af visse behandlingsskader uden for sygehusets område i bkg nr. 216 af 27/3 1992 § 5, stk. 2 og 3, ikke gælder for ulykkestilfælde, der indtræffer disse steder, jf. ovenfor kap. 2, afsnit 2.1. Det betyder navnlig, at ulykkestilfælde *under transport* til et sygehus eller mellem to sygehuse ikke omfattes af § 3, stk. 2,¹⁷⁷ uanset om transporten sker med et særligt sygetransportmiddel, der er tilvejebragt af sygehusvæsenet. Ved trafikulykker og andre kørselsuheld er patienten dog sikret erstatning efter de almindelige erstatningsregler i færdselsloven.

Begrebet »ulykkestilfælde« er ikke defineret nærmere i loven, idet den henholder sig til den almindelige definition af begrebet.¹⁷⁸ Herefter forstås ved begrebet, at der skal foreligge en tilfældig, pludselig, udefrakommende indvirkning på legemet, som er uafhængig af den pågældendes vilje, og som medfører påviselig beskadigelse af legemet.¹⁷⁹ Definitionen er i forsikringsretlig sammenhæng først og fremmest udviklet med henblik på afgrænsningen af ulykkesforsikrings dækningsomfang, men som nævnt indebærer reglen i PFL § 3, stk. 2, ikke nogen ulykkesforsikringsdækning, og der kan derfor ikke uden videre indlægges de begrænsninger i dækningen, som følger af almindelige ulykkesforsikringsvilkår.

Ulykkesforsikringer dækker således normalt ikke ulykkestilfælde, der skyldes personens sygdom, eller skader påført med vilje (f.eks. selvmord eller selvmordsforsøg) uanset personens sindstilstand.¹⁸⁰ Det betyder f.eks., at en faldulykke, der skyldes et epileptisk anfald, ikke dækkes. Også efter PFL er udgangspunktet vel, at følger af grundsygdommen – herunder ulykkestilfælde – ikke dækkes, jf. ovenfor afsnit 2.2., men det brydes i det omfang, følgerne kunne være undgået ud fra de ansvarsprincipper, som PFL opstiller. Konsekvensen heraf må være, at en faldulykke forårsaget af f.eks. et epileptisk anfald ikke i sig selv berettiger patienten til erstatning (lige så lidt som andre faldulykker

176. Jf. *mot.* sp. 3295.

177. Jf. *ibid.*

178. Jf. *ibid.*

179. Jf. nærmere herom *Ivan Sørensen: Den private syge- og ulykkesforsikring*, 1990, s. 63 ff.

180. Jf. *ibid.* s. 111 f og 181 f.

på sygehusområdet), men at erstatning må ydes, hvis det fornødne ansvarsgrundlag er til stede – hvilket efter § 3, stk. 2, vil sige, at sygehuset skal have pådraget sig ansvar efter almindelige erstatningsretlige principper, f.eks. fordi der ikke er blevet ført tilstrækkeligt tilsyn med patienten.¹⁸¹ Det er principielt uden betydning, om patienten er indlagt på sygehuset med henblik på behandling mod epilepsi, idet der som nævnt ikke stilles krav om nogen »direkte« forbindelse mellem ulykkestilfælde og behandling; noget andet er, at dette eventuelt kan have en vis betydning for omfanget af det tilsyn, der skal føres med patienten, og dermed for, om sygehuset pådrager sig ansvar efter almindelige erstatningsretlige regler.

Tilsvarende må gælde, hvis f.eks. en psykiatrisk patient begår selvmord eller skades i forbindelse med forsøg herpå. Efter almindelige forsikringsretlige principper, jf. herved forsikringsaftalelovens § 19, stk. 1, begrænses et forsikringsselskabs ansvar ikke, selv om den sikrede har fremkaldt forsikringsbegivenheden forsætligt eller ved grov uagtsomhed, hvis den pågældende på grund af sindssygdom eller lign. tilstand manglede evnen til at handle fornuftsmæssigt. Afgørende bliver imidlertid også i dette tilfælde, om sygehuset har pådraget sig ansvar herfor ved mangelfuldt tilsyn med patienten el. lign. Lovens begrænsning til fysiske skader indebærer ikke, at psykiatrisk patientbehandling som sådan er undtaget, jf. nedenfor kap. 4, afsnit 1.1. Den omstændighed, at »fysiske følger af en rent psykisk skade« ikke dækkes,¹⁸² udelukker heller ikke dækning, da selvmord(sforsøg) ikke kan betegnes som en følge af en psykisk skade. Hvis det fornødne ansvarsgrundlag er til stede, må det selvstændigt vurderes, om egen skylds-reglen i PFL § 6 finder anvendelse. Som nævnt må dog patientens sindstilstand kunne udelukke, at der antages at foreligge forsætlig eller groft uagtsom medvirken.

Der opstår ikke problemer i forhold til ulykkesbegrebet i tilfælde, hvor skaden er forvoldt *forsætligt af tredjemand*, f.eks. ved et voldeligt overfald fra en medpatient.¹⁸³ Sådanne skader kan derfor også være omfattet af § 3, stk. 2, hvis f.eks. sygehuset burde have truffet (bedre) foranstaltninger herimod. Der kan i disse tilfælde opstå konkurrence med statens dækning af erstatning til ofre for forbrydelser i henhold til lbkg. nr. 470 af 1/11 1985, da erstatning efter denne lov kan ydes, selv om skadevolderen er utilregnelig, jf. lovens § 6, nr. 3. Den statslige erstatning er imidlertid efter lovens § 7 subsidiær i forhold til bl.a. andre erstatningsydelse, og PFL's eventuelle dækning vil derfor gå forud.

Den afgørende begrænsning i PFL § 3, stk. 2, er kravet om, at ulykkestilfældet skal være indtruffet »under sådanne omstændigheder, at sygehuset måtte antages at have pådraget sig erstatningsansvar herfor efter almindelige erstatningsretlige regler«. Reglen går således alene ud på, at PFL overtager det ansvar, som sygehuset under alle omstændigheder ville have

181. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 109.

182. Jf. *mot. sp.* 3284.

183. Også dette kan navnlig forekomme inden for det psykiatriske område, jf. fra svensk praksis om vold fra svært demente patienter, Patientskadenämnden 181/88, 12/89 og 118/89.

Kap. 3-3.2.2.3.

haft. Ansvar forudsætter et *sædvanligt erstatningsretligt grundlag*, dvs. et ansvar efter *culpareglen* eller efter sådanne regler om *skærpet ansvar*, som måtte finde anvendelse i den pågældende situation. Det er imidlertid ikke nogen betingelse, at et ansvarsgrundlag er blevet fastslået ved dom eller på anden måde. Patientforsikringsforeningen må selvstændigt tage stilling til, om det fornødne ansvarsgrundlag er til stede. Formuleringen (»måtte antages at have ...«) antyder, at der *ikke* stilles krav om, at det skal være *sikkert*, at sygehuset har pådraget sig ansvar. Patientforsikringsforeningen må dog så vidt muligt forsøge at anlægge samme vurderinger, som en domstol må antages at ville have gjort. Afgørelser efter § 3, stk. 2, er underkastet lovens almindelige ankemuligheder, herunder indbringelse for domstolene, der kan foretage en fuldstændig efterprøvelse af, om betingelserne for erstatningsansvar er opfyldt, jf. nedenfor kap. 11, afsnit 4.

Inden for reglens anvendelsesområde skal afgørelserne således så vidt muligt baseres på *hidtidig retspraksis* om sygehuses ansvar for ulykkestilfælde (og dermed beslægtede ansvarssituationer). Som fremhævet i *mot.* er navnlig to skadessituationer relevante, nemlig »fejl eller forsømmelser i forbindelse med vedligeholdelse af bygninger og bygningsindretninger eller i forbindelse med tilsyn m.v. med patienter (uden for den egentlige undersøgelses- eller behandlingssituation).«¹⁸⁴

Retspraksis er imidlertid sparsom.¹⁸⁵ Om ansvar for bygningsindretninger og lign. foreligger kun to domme (UfR 1945.585 Ø om ansvar for en uheldig anbringelse af en radiator, som patienten faldt over, og UfR 1971.19 H om fald under badning, da patienten trådte op på en trærist, der vippede – ikke uforvarsligt forhold). Som det fremgår af sidstnævnte dom, vil spørgsmålet ofte tillige være, om patienten skulle være ledsaget og hjulpet under badning og lign., jf. også UfR 1961.685 B om (delvis) ansvar for, at en patient med underbensprotese blev sendt i brusebad alene, hvorefter patienten gled og pådrog sig et lårhalsbrud.

Om tilsyn med en psykiatrisk patient foreligger en enkelt nyere dom (UfR 1978.593 Ø), hvor patienten efter et selvmordsforsøg først havde været indlagt på en lukket afdeling, men senere blev overført til en åben afdeling, hvor patienten forsøgte at begå selvmord ved at springe ud fra et vindue; sygehuset frifandt for ansvar, idet der ikke var grundlag for at fastslå, at patientens tilstand på forhånd burde have givet anledning til overvågning eller andre særlige foranstaltninger til imødegåelse af risikoen for selvmordsforsøg.

Som omtalt ovenfor afsnit 3.2.1.1. indgår *tilsyn* med patienten også i behandlingen, således at der opstår spørgsmål om afgrænsningen mellem

184. *Mot.* sp. 3295-96.

185. Jf. B. V. Tidemand-Petersson: Lægeansvar s. 114 f.

§2, stk. 1, nr. 1, og §3, stk. 2. Principielt er grænsen dog klar: Det tilsyn, som skal vurderes efter reglen i §2, stk. 1, nr. 1, vedrører en kontrol af patientens helbredstilstand, f.eks. med henblik på konstatering af komplikationer, mens §3, stk. 2, vedrører tilsyn med patientens færden under sygehusopholdet. I UfR 1971.19 H opstod således tillige et spørgsmål om, hvorvidt man havde reageret adækvat på føleforstyrrelser m.v., som udviklede sig efter patientens fald under badning; dette spørgsmål skal nu vurderes efter reglen i §2, stk. 1, nr. 1. Grænsetilfælde kan tænkes ved ulykker i selve undersøgelses- eller behandlingssituationen. Vejledende for grænsedragningen må da være den afgørende forskel mellem de to regler, nemlig specialismålestokken over for en almindelig culpavurdering. Anvendelse af reglen i §2, stk. 1, nr. 1, må derfor forudsætte, at skadesårsagen har *en sådan tilknytning til selve undersøgelsen eller behandlingen, at det er meningsfuldt at anvende specialismålestokken*.¹⁸⁶ Dette er ikke tilfældet, hvis f.eks. patienten falder ned fra det leje, hvor undersøgelse eller behandling finder sted,¹⁸⁷ hvorimod tryklæsioner af nerver som følge af den måde, arme eller ben var lejret under operationen, skal vurderes efter §2, stk. 1, nr. 1.

Betydningen af, at en skade omfattes af §3, stk. 2, og ikke falder helt uden for PFL, er forholdsvis beskeden. Navnlig derfor er der ingen grund til at indlægge særlige begrænsninger i kravet om, at der skal foreligge et »ulykkestilfælde«, jf. ovenfor, idet sygehuset under alle omstændigheder har et generelt culpaansvar for skader, som rammer patienter på sygehuset. Den væsentligste konsekvens af, at §3, stk. 2, finder anvendelse, er, at skaden omfattes af PFL's *forsikringsordning og skadereguleringsystem*, således at patienten kan fremsætte erstatningskravet over for patientforsikringsforeningen. Reglerne om erstatningskravet i §§ 6-8 finder da også anvendelse. Dette indebærer navnlig en lempeligere vurdering af egen skyld set i forhold til almindelige erstatningsretlige regler, jf. §6 og nedenfor kap. 7, afsnit 4. Også bagatelgrænsen i §5, stk. 2, finder anvendelse, men da forudsætningen for ansvar efter §3, stk. 2, er, at der må antages at foreligge et sædvanligt ansvarsgrundlag, vil sygehuset principielt også være ansvarligt, selv om skaden ligger under bagatelgrænsen. Det vil i denne situation være særligt nærliggende, at patientforsikringsforeningen *formidler* en erstatning til patienten, baseret på almindelige erstatningsretlige regler – men da uden anvendelse af den lempelige egen skylds-regel i §6.

Er skaden omfattet af §3, stk. 2, *skal* patienten på den anden side

186. Jf. herved *mot.* sp. 3295.

187. Fra ældre retspraksis foreligger et par domme om ansvar for forbrændinger forårsaget af varmedunke, som var anbragt i nyopererede patienters senge, jf. UfR 1923.228 Ø og UfR 1935.177 Ø; sådanne skader vil heller ikke være omfattet af §2, stk. 1, nr. 1 (eller nr. 2).

Kap. 3-3.2.2.3.

fremstille kravet på grundlag af reglerne i PFL, jf. § 7, medmindre det kan støttes på reglerne om produktansvar, jf. § 8 a.

3.3. Facitræsonnement

Efter reglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 3, kan erstatning ydes, selv om der ikke – selv i objektiv forstand – foreligger nogen fejl ved undersøgelse eller behandling eller noget svigt i sygehusudstyr m.v. Reglen er vel – ligesom reglerne i nr. 1 og 2 – begrænset til skader, der i hvert fald i princippet *kan undgås*, men udvidelsen ligger i, *at skadens undgåelighed vurderes retrospektivt*, »idet det først efterfølgende, dvs. efter at behandlingen er blevet gennemført og skaden er indtruffet, kan konstateres, at den kunne være undgået, hvis man i stedet havde valgt en anden behandlingsteknik eller behandlingsmetode. Reglen går således videre end reglen i nr. 1, idet det ikke er nogen betingelse, at en erfaren specialist i den givne situation måtte antages at ville have valgt den anden teknik eller metode.«¹⁸⁸

Nøgleordet i reglen i nr. 3 er således ordet »*efterfølgende*«. ¹⁸⁹ At vurderingen er efterfølgende betyder, at der ved stillingtagen til, om skaden kunne være undgået, skal tages hensyn til den viden, der foreligger på *afgørelsestidspunktet* (herunder den viden om patientens helbredstilstand og anatomiske forhold i øvrigt, som den iværksatte behandling har givet), uanset at de pågældende forhold var ukendte og uerkendelige selv for en erfaren specialist på det tidspunkt, hvor behandlingen blev iværksat. Med en terminologi, der er udviklet i Sverige, betegnes denne efterfølgende vurdering som brug af et *facitræsonnement*: Med »*facit*« i hånden – dvs. med kendskab til den faktisk indtrådte skade og med den viden i øvrigt, som er opnået gennem behandlingsforløbet – kan man regne sig baglæns til, at behandlingen kunne være gennemført anderledes, og at skaden i så fald ikke ville være indtrådt. Herved løsrives ansvarsvurderingen definitivt fra culpereglen, hvorefter der alene tages hensyn til forhold, der var erkendelige på behandlingstidspunktet, samtidig med, at man fastholder kravet om forbindelse mellem skaden og den adfærd, som er udvist af behandlingspersonalet.¹⁹⁰ Skaden er et udslag af et *valg*, der er truffet ved iværksættelse af behandlingen, og selv om valget ikke på nogen måde kan kritiseres, *kunne* der være truffet et andet valg, som – viser det sig efterfølgende – ville have været bedre for denne patient.

Facitræsonnementet har imidlertid ikke helt samme udformning i PFL som i Sverige, jf. herom ovenfor kap. 1, afsnit 6.1. Reglen i § 2, stk. 1, nr.

188. *Mot.* sp. 3290.

189. Det var derfor særligt uheldigt, at netop dette ord var faldet ud i den oprindeligt vedtagne lovtæst, men det blev indføjet igen ved lov nr. 239 af 8/4 1992.

190. *Jf. Oldertz: Patient- och läkemedelsförsäkringarna* s. 388.

3, er både snævrere og videre end den svenske: Snævrere derved, at facitræsonnementet ikke kan anvendes ved vurderingen af, om den iværksatte behandling overhovedet var motiveret ud fra et medicinsk synspunkt, jf. ovenfor afsnit 3.2.1.1.; videre derved, at facitræsonnementet ikke kun gælder for vurderingen af valget af behandlingsteknik, men også ved vurderingen af valget af behandlingsmetode, jf. ovenfor afsnit 3.1.3.

Betingelserne for erstatning efter reglen i nr. 3 er følgende:

- (1) Patienten kunne være blevet behandlet med en anden teknik eller metode, som faktisk stod til rådighed i den givne situation;
- (2) denne anden teknik eller metode ville ud fra en medicinsk (forhånds)-vurdering have været lige så effektiv til behandling af patientens sygdom som den faktisk valgte teknik eller metode;
- (3) hvis denne anden teknik eller metode var blevet valgt, ville skaden – med overvejende sandsynlighed, jf. ovenfor afsnit 2.4. – være blevet undgået.

Disse betingelser omtales nærmere i de følgende tre afsnit. Derefter behandles i afsnit 3.3.4. betydningen af, at facitræsonnementet ikke gælder for ansvaret for diagnosticering.

3.3.1. Alternativ teknik eller metode

Efter §2, stk. 1, nr. 3, skal der *ikke* sondres mellem tilfælde, hvor valget stod mellem *forskellige måder at udføre en given behandlingsmetode på* (»behandlingsteknik«), og tilfælde, hvor valget stod mellem helt *forskelligartede behandlingsprincipper* (»behandlingsmetode«).¹⁹¹

Som nævnt står reglen herved i modsætning til omfanget af brugen af facitræsonnementet i Sverige. Efter den svenske regel skal spørgsmålet om erstatning for følgerne af valget af behandlingsmetode alene afgøres ud fra specialismålestokken (dvs. svarende til reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 1); hvis valget af behandlingsmetode blev truffet i overensstemmelse med medicinsk videnskab og erfaring, kan der således ikke ydes erstatning, blot fordi det efterfølgende kan fastslås, at skaden ville være undgået, såfremt man havde valgt en anden metode.

Baggrunden for denne forskel er først og fremmest, at *grænsen* mellem, hvad der skal betragtes som valg af behandlingsteknik, og hvad der skal betragtes som valg af behandlings metode, er *flydende*.¹⁹² Der findes ingen

191. Jf. *mot.* sp. 3291.

192. Jf. *Rapport* s. 90; se herved også *Sten Foyrn: Patientforsikring* s. 257 og NOU 1992:6 s. 78, hvor det fremhæves, at grænsen er ligegyldig for patienten, og at der ikke er afgørende grunde, der taler for sondringen.

Kap. 3-3.3.1.

alment accepterede principper for, hvordan denne grænse nærmere skal drages, og det er derfor allerede af retstekniske grunde betænkeligt at tillægge sondringen afgørende retlig betydning. Kun i yderpunkterne (f.eks. hvor valget står mellem medicinsk og kirurgisk behandling) er det klart, at behandlingsprincipperne er så forskelligartede, at valget må siges at stå mellem to metoder, men når forskellene er mindre, bliver det ganske vilkårligt, om man vil karakterisere det som et valg mellem forskellige teknikker eller som et valg mellem forskellige metoder.

Det viser sig f.eks. i tilfælde, hvor et kirurgisk indgreb kan gennemføres ved, at snittet kan lægges forskellige steder. Nogle svenske afgørelser kan tages som udtryk for, at dette opfattes som et valg af operationsteknik, således at erstatning ydes, når det efterfølgende konstateres, at skaden ville være undgået, hvis snittet var blevet lagt anderledes.¹⁹³ Erstatning er således blevet tilkendt i et tilfælde,¹⁹⁴ hvor der ved en nyrebiopsi fremkom en større blødning, da nålen traf en arterie, hvilket medførte, at nyren måtte bortopereres; ingen læge – heller ikke en erfaren specialist – kunne på forhånd vide præcist, hvor arterien lå, men da nålen lige så godt kunne være stukket ind et andet sted, kunne skaden ud fra facitræsonnementet være undgået.¹⁹⁵ Derimod er det antaget, at der ikke kan ydes erstatning i tilfælde, hvor et operativt indgreb kunne gennemføres enten gennem spiserøret eller ved et snit i maven; indtræder der en nervelæsion ved gennemførelsen af et snit i maven, erstattes den således ikke, selv om den ikke ville være indtrådt, dersom man havde valgt at gennemføre indgrebet gennem spiserøret.¹⁹⁶

Som et andet eksempel på, at grænsen mellem teknik- og metodevalg er flydende, kan fra tidligere retspraksis nævnes afgørelsen i UfR 1981.999 H om en sterilisationsoperation, der mislykkedes, hvorefter kvinden blev gravid og krævede erstatning for udgifterne til barnets underhold og pleje. Det fremgik, at man på det pågældende tidspunkt havde ændret den hidtil gængse behandlingsmetode (overbrænding af æggelejerne), fordi det havde vist sig, at flere og flere fortrød indgrebet og ønskede at få genskabt fertilitet, hvorfor det var ønskeligt at anvende en metode, der muliggjorde genskabelse af passage i æggelejerne. Det viste sig imidlertid, at denne ændring af metoden medførte en vis forøgelse af risikoen for, at operationen slog fejl, og at den gjorde det vanskeligere at vurdere effektiviteten af indgrebet. Disse erfaringer

193. Jf. *Oldertz*: Patient- og lækemedelsforsikringerne s. 390; se også *Sten Foyn* ibid s. 236.

194. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 95.

195. Jf. også Patientskadenämnden 86/87 (en kanyle, der overskar en nerve, kunne – med facit i hånden – have været placeret anderledes).

196. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 114; som fremhævet ibid. s. 94 foreligger der imidlertid også afgørelser fra nævnet, der kan opfattes som udtryk for, at også metodevalget er blevet underkastet facitræsonnementet. Nyere afgørelser fastholder dog, at erstatning ikke ydes i disse tilfælde, se f.eks. Patientskadenämnden 85/89 om en afmagringsoperation, der efterlod patienten med et kosmetisk generende hudoverskud; den omstændighed, at man »i bakspejlet« kunne se, at en anden operationsmetode ville have været bedre, berettigede ikke patienten til erstatning.

forelå imidlertid ikke på operationstidspunktet, og sygehuset blev derfor frifundet i henhold til culpareglen. Efter facitræsonnementet er der derimod mulighed for, at erstatning kan ydes.¹⁹⁷ Spørgsmålet – efter de svenske regler – ville imidlertid være, om ændringen i den hidtidige metode måtte betragtes som så stor, at det drejede sig om en ny metode, eller om den måtte betragtes som en anden teknisk måde at udføre den pågældende metode på. Pointen med ligestillingen af valg af teknik og metode i PFL §2, stk. 1, nr. 3, er, at man undgår dette spørgsmål.

Grunden til, at PFL medtager »metodeskader«, er imidlertid ikke kun af retsteknisk karakter. Der blev tillige lagt vægt på det ønskelige i at give patienter en bedre beskyttelse ved *udviklingsskader*, herunder især i tilfælde, hvor *forsøgspatienter* påføres skader ved brug af en ny behandlingsmetode, som ikke ville være indtrådt, hvis man i stedet havde valgt hidtil gængse metoder, jf. ovenfor afsnit 3.1.3. samt kap. 1, afsnit 2.1.¹⁹⁸ Baggrunden herfor er, at det på den ene side er samfundsmæssigt ønskeligt, at der skabes muligheder for lægevidenskabelige fremskridt ved ibrugtagning af nye behandlingsmetoder (og systematiske undersøgelser af deres værdi i forhold til gængse metoder), men at dette på den anden side tilfører patientbehandlingen et særligt usikkerhedsmoment, fordi man i sagens natur savner sikker viden om effekten af den nye behandlingsmetode og om risikoen for komplikationer m.v.¹⁹⁹ Som f.eks. LSD-sagen (UfR 1976.878 Ø) viser, er det ganske normalt, at de erfaringer, der indhøstes med en ny metode, efterhånden fører til, at der sker væsentlige ændringer i brugen af den (som dér f.eks. indsnævring af indikationsområdet), eller at metoden opgives igen, fordi den alligevel viser sig ikke at leve op til de forventninger, man oprindeligt havde til den. Man kunne naturligvis af hensyn til disse tilfælde have nøjes med en *særregel* i PFL om erstatning til forsøgspatienter ved sådanne »metodeskader«,²⁰⁰ men man foretrak af flere grunde en generel regel. Som LSD-sagen også illustrerer, kan det være vanskeligt at sondre mellem forskningsforsøg og behandlingsforsøg,²⁰¹ og medtages også de sidstnævnte, bliver grænsen ganske flydende. Dertil kommer, at de skadelige egenskaber ved en ny behandlingsmetode meget vel først kan vise sig, efter at forsøgsstadiet er passeret, således at patientbehandling efter dette tidspunkt ikke ville være omfattet af reglen. Endelig kan det anføres, at problemstillingen ikke kan begrænses til netop udviklingsskader, idet der kan være samme grund til at yde erstatning i tilfælde,

197. Noget andet er, at den omstændighed, at en kvinde føder et barn, ikke udgør en fysisk skade, jf. nedenfor kap. 4, afsnit 1.1.

198. Jf. *Rapport* s. 90 ff; se hertil *Sten Føyn: Patientforsikring* s. 258.

199. Jf. *Bo von Eyben: Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg* s. 45 f.

200. Dette overvejes som en subsidieret løsning, jf. *Rapport* s. 93.

201. Jf. om begreberne ovenfor kap. 2, afsnit 3.1.

Kap. 3-3.3.1.

hvor valget står mellem to traditionelle behandlingsmåder, som hver for sig er behæftet med en vis velkendt risiko.²⁰²

Som følge heraf findes der ikke i PFL særregler om erstatning til forsøgspatienter.²⁰³ Heraf følger imidlertid samtidig, at erstatning for skader, der kan henføres til forsøgsmetoder, er underkastet de almindelige betingelser i nr. 3, herunder kravet om de forskellige metoders *ligeværdighed*.²⁰⁴ Det betyder, at erstatning ikke kan ydes efter reglen i nr. 3, hvis en medicinsk *forhånds*vurdering måtte føre til, at forsøgsmetoden måtte anses for at være bedre end traditionelle metoder, jf. nærmere herom nedenfor afsnit 3.3.2.

Det er dernæst en betingelse, at den alternative behandlingsteknik eller -metode var »til rådighed stående«. Der skal have foreligget en *reel valgssituation* for lægen i den pågældende situation: »Der kan således ikke tages hensyn til behandlingsmuligheder, som først er taget i anvendelse efter behandlingstidspunktet, eller som dog ikke stod til rådighed i den givne situation, eventuelt ved henvisning eller overflytning af patienten«.²⁰⁵

Hermed udelukkes for det første, at der kan tages hensyn til behandlingsmuligheder, som slet *ikke fandtes* på behandlingstidspunktet, idet de først er udviklet senere. Baggrunden for denne begrænsning er, at der ellers »ved hvert lægevidenskabeligt fremskridt skulle ydes erstatning til – i princippet – alle patienter, der ikke nåede at få andel i det«, og at dette ville føre til »uoverskuelige og uacceptable resultater«.²⁰⁶ En sådan regel ville f.eks. kunne føre til, at der skulle ydes erstatning i tilfælde, hvor den eneste behandlingsmulighed på behandlingstidspunktet var et operativt indgreb, men hvor der senere udvikles mere skånsomme, medicinske behandlingsmetoder.²⁰⁷ Nogle af de sager, der har tiltrukket sig opmærksomhed i de senere år,²⁰⁸ er formentlig udslag af, at patienter har anlagt denne form for »bagklogskab«, men dette synspunkt imødekommes således ikke af PFL.

Dernæst udelukkes en hensyntagen til behandlingsmuligheder, som vel var taget i anvendelse på behandlingstidspunktet, *men ikke herhjemme*.²⁰⁹

202. Jf. *Rapport* s. 92 og *mot.* sp. 3291.

203. Jf. herved *Bo von Eyben*: Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg s. 47.

204. Jf. *mot.* sp. 3291.

205. *Ibid.* sp. 3290.

206. *Rapport* s. 88.

207. Jf. *ibid.* s. 85 f. Som tidligere eksempler herpå kan nævnes operationer for mavesår og formentlig også lobotomi. Som et andet eksempel kan formentlig nævnes UFR 1985.460 Ø (om røntgenkontrastmidlet thorotrast, der ifølge dommen var det eneste middel, der på det pågældende tidspunkt kunne bruges til vedkommende undersøgelse); se i øvrigt nedenfor afsnit 3.3.2. om afgrænsningen over for lægemiddelskader.

208. Jf. ovenfor kap. 1, afsnit 1.2.1.

209. Jf. *Rapport* s. 84 f; se herved også *Hedman*: Ansvar og ersättning vid medicinsk verksamhet s. 97.

Årsagen hertil er uden betydning. Det kan således være ressourcemæssige betragtninger, jf. ovenfor afsnit 3.1.2., men det kan lige så vel være mangel på specielt uddannede læger, etiske betænkeligheder eller andet. Der kan derfor heller ikke tages hensyn til mulighederne for at henvise patienten til højt specialiseret sygebehandling i udlandet efter reglerne i bkg. nr. 69 af 17/2 1983.

Forudsætningen er således, at det skal have været *muligt* at behandle patienten med den alternative teknik eller metode på et *dansk* sygehus. Det er principielt uden betydning, hvor udbredt, kendt og anerkendt den anden teknik eller metode er. Dette er udelukkende et spørgsmål, om *ligeværdighedsbetingelsen* (også) er opfyldt, jf. det følgende afsnit. Som det vil fremgå her, afgøres dette spørgsmål efter specialismålestokken, således at denne vurdering er uafhængig af den behandlende læges forudsætninger. Det er derfor uden betydning, om den konkrete læge måtte savne forudsætninger for at have kendskab til, at der fandtes en alternativ behandlingsform på danske sygehuse eller til dette alternativs ligeværdighed.

Som det fremgår af *mot.*, jf. citatet ovenfor, skal der tages hensyn til mulighederne for at *henvise* eller *overflytte* patienten til et andet sygehus eller en anden sygehusafdeling. Det er derfor ikke nogen betingelse, at den alternative teknik eller metode var taget i anvendelse – og i øvrigt kunne realiseres – på det sygehus og den sygehusafdeling, som patienten var indlagt på. Betydningen heraf er dog begrænset. Der vil i almindelighed kun være anledning til at overveje henvisning eller overflytning, hvis de behandlingsmuligheder, som kan tilbydes andetsteds, er *bedre* end dem, der står til rådighed på det sted, hvor patienten var indlagt. I så fald er imidlertid ligeværdighedsbetingelsen ikke opfyldt, og reglen i nr. 3 kan derfor ikke anvendes. Derimod kan reglen i *nr. 1* finde anvendelse, dersom *specialismålestokken* fører til, at patienten af denne grund skulle være overflyttet eller henvist til en anden afdeling eller et andet sygehus, uafhængigt af, om der på behandlingsstedet fandtes en specialist, der kunne erkende dette, jf. ovenfor afsnit 3.2.1.1.²¹⁰ Som det også fremgik af reglen i nr. 1, skal der ved denne vurdering tages hensyn til de »i øvrigt givne forhold«. Hvis det derfor i en akut situation ikke har været muligt at udnytte en i øvrigt eksisterende overflytningsmulighed, kan der ikke tages hensyn til, at situationen kunne være undgået eller håndteret bedre, hvis patienten havde været indlagt på et andet sygehus, når der ikke *inden* situationens opståen forelå omstændigheder, der ville have ført en erfaren specialist til at foranledige patienten henvist eller overflyttet hertil. Facittræsonnementet gælder ikke ved vurderingen i henhold til nr. 1, og det kan

210. Sml. om culpavurderingen heraf, *M. Broberg* og *N. Fenger* i *Justitia* 1991 nr. 5 s. 12 f.

Kap. 3-3.3.1.

derfor ikke bruges som grundlag for tilkendelse af erstatning i tilfælde, hvor man først efterfølgende kan fastslå, at patienten skulle have været henvist til et andet sygehus.

Forudsætningen for anvendelse af reglen i nr. 3 er således også i denne situation, at der forelå en reel valgmulighed: Patienten kunne lige så godt være blevet behandlet med en anden teknik eller metode, men det ville forudsætte en henvisning eller en overflytning til et andet sygehus (eller anden sygehusafdeling). Det kan imidlertid diskuteres, om der i denne situation foreligger et reelt valg, i hvert fald hvis alternativet indebærer en flytning til et andet sygehus, måske langt fra patientens hjem. Formentlig bør man derfor medtage tilfælde, hvor en henvisning eller overflytning ville indebære *marginalt bedre* behandlingsmuligheder, men ikke i en sådan grad, at det ville have motiveret en erfaren specialist til at udnytte muligheden.

I nogle tilfælde er (vederlagsfri) udenamts sygehusbehandling betinget af samtykke fra sygehusvæsenet i bopælsamtskommunen og kautionserklæring fra denne amtskommune, jf. lov om sygehusvæsenet § 5, stk. 8. Da spørgsmålet om, hvem der i givet fald skal betale for behandlingen, er PFL uvedkommende, kan der ved vurderingen efter nr. 3 ikke tages hensyn til, at hjemstedsamtskommunen eventuelt nægter at udstede kautionserklæring. Målet for sygehusvisitationssystemet er blevet formuleret således,²¹¹ at enhver patient uanset bopæl skal have adgang til den bedst mulige behandling på det nærmeste sygehus, som opfylder kravene til ydelse af denne behandling. Det samme princip kan siges at ligge bag kombinationen af specialismålestokken i nr. 1 (når henvisning ville have givet bedre behandlingsmuligheder efter en forhåndsvurdering) og nr. 3 (når henvisning ville have givet bedre behandlingsresultat efter facitråsonnementet). Spørgsmålets betydning begrænses i øvrigt af det gennemførte, friere sygehusvalg, jf. herved det d. 15/12 1992 vedtagne forslag om ændring af bl.a. lov om sygehusvæsenet,²¹² hvorefter en amtskommune til personer, der har bopæl heri, som hovedregel (også) skal yde gratis behandling ved en anden amtskommunes sygehuse m.v.

Som nævnt er det uden betydning, om den konkrete læge var eller burde have været opmærksom på muligheden for en alternativ behandlingsform, eventuelt i kraft af en henvisning til et andet sygehus. Det er ligeledes uden betydning, om lægen *informerede* patienten herom. Generelt er PFL's dækning uafhængig af reglerne om indhentelse af informeret samtykke, og det gælder derfor også på dette punkt, at der *ikke* skal lægges vægt på, om valget af behandlingsform er lægens eller patientens. Dette princip

211. Jf. bet. 791/1977 vedrørende lands- og landsdelsfunktioner s. 11 og 38 f; se også bet. 809/1977 s. 348 ff.

212. Jf. lovforslag nr. L 49, FT 1992-93 (§ 5, stk. 2, i lov om sygehusvæsenet).

kan dog næppe fastholdes, hvis patienten udtrykkeligt har frabedt sig en bestemt behandlingsform. Som nævnt ovenfor afsnit 3.2.1.1. får dette formentlig kun selvstændig betydning i tilfælde, hvor patienten har *fravalgt den optimale behandlingsform*, således at der blev valgt en behandlingsteknik eller -metode, der efter en specialist-forhåndsvurdering ville være *ringere*, og som derfor *ellers* ville udløse ansvar efter reglen i nr. 1, jf. nærmere nedenfor.

3.3.2. Ligeværdighed med valgt teknik/metode

Reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 3, er potentielt meget vidtgående, og det er ganske uvist, hvor meget medtagelsen af »metodeskader« udvider erstatningsberettigelsen i forhold til den svenske ordning. Sikkert er det imidlertid, at udvidelsen ville blive meget betydelig, hvis erstatning skulle ydes i alle tilfælde, hvor skaden ud fra facitræsonnementet kunne være undgået ved hjælp af en anden behandlingsform. Der er derfor lagt den væsentlige begrænsning ind i reglen, at erstatning kun kan ydes, hvis den alternative behandlingsteknik eller -metode *»ud fra et medicinsk synspunkt ville have været lige så effektiv til behandling af patientens sygdom«* som den faktisk valgte teknik eller metode. Denne »ligeværdighedsvurdering« er *ikke* undergivet *facitræsonnementet*, men skal baseres på den medicinske videnskab og erfaring på *behandlingstidspunktet*. Afgørende er således den vurdering, som en erfaren specialist efter reglen i nr. 1 må antages at ville have anlagt på det tidspunkt, hvor undersøgelse eller behandling blev iværksat.²¹³

Heraf følger navnlig, at reglen i nr. 3 ikke kan anvendes i tilfælde, »hvor lægen med rette afstod fra at anvende en anden teknik eller metode, fordi den erfaringsmæssigt ville være mindre effektiv til behandling af patientens sygdom, selv om det – med efterfølgende kendskab til den faktisk indtrufne skade – kan siges, at valg af den anden teknik eller metode ville have været bedre for den konkrete patient«. ²¹⁴ Det ville ikke alene være meget vidtgående, men også uantageligt, om erstatning skulle ydes i tilfælde, hvor skaden (kun) kunne være undgået, hvis patienten havde fået en behandling, der ud fra medicinsk videnskab og erfaring på behandlingstidspunktet måtte betegnes som ukorrekt, fordi en anden til rådighed stående teknik eller metode ville have været mere effektiv.

Når »metodeskaderne« ikke blev medtaget i Sverige, hænger det bl.a. sammen med, at man i så fald ikke mente at kunne indlægge denne begrænsning i

213. Jf. *mot.* sp. 3290 og *Rapport* s. 92.

214. *Mot.* sp. 3291.

Kap. 3-3.3.2.

facitræsonnementet.²¹⁵ Også efter de svenske regler er det en forudsætning, at den alternative teknik ville have været lige så effektiv til behandling af patientens sygdom som den valgte teknik,²¹⁶ men ligestillingsvurderingen følger her facitræsonnementet. Det kan f.eks. få betydning i tilfælde, hvor snittet ved et operativt indgreb kunne lægges forskellige steder, og hvor lægens valg indebærer, at en nerve beskadiges; hvis forholdet er det, at nervens placering hos den konkrete patient er helt usædvanlig, kan det tænkes, at en specialist-forhåndsvurdering ville føre til, at snittet alligevel burde være lagt dér, idet valg af et andet sted ville have medført betydelig risiko for en nerveskade hos alle patienter med en mere normal placering af nerven. Efter den svenske regel kan erstatning alligevel ydes, fordi det med facit i hånden (det efterfølgende kendskab til nervens usædvanlige placering) kan fastslås, at skaden kunne være undgået, hvis man havde valgt at lægge snittet anderledes.²¹⁷ På dette punkt er reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 3, således snævrere, men erstatning i eksemplet ville til gengæld eventuelt kunne ydes efter reglen i nr. 4. Det må utvivlsomt erkendes, at det ville medføre store problemer, om medtagelse af »metodeskaderne« skulle indebære, at ligestillingen af forskellige teknikker blev undergivet facitræsonnementet, mens ligestillingen af forskellige metoder blev undergivet specialist-forhåndsvurderingen.

Det følger endvidere af dette princip, at der *ikke* kan tages hensyn til en *efterfølgende lægevidenskabelig indsigt* i forholdet mellem forskellige teknikkers eller metoders anvendelighed og værdi. Hvis f.eks. en vis behandlingsmetode på behandlingstidspunktet ikke nød anerkendelse i en sådan grad, at den ud fra specialistmålestokken kunne betragtes som ligestillingsværdig med en anden metode, kan der ikke ydes erstatning efter reglen i nr. 3, selv om der senere indtræder en stigende grad af anerkendelse, således at metoden på det tidspunkt, hvor erstatningssagen skal afgøres, betragtes som ligestillingsværdig med den valgte.²¹⁸

Reglen i nr. 3 kan heller ikke anvendes i tilfælde, hvor en anden teknik eller metode ville have været *mere effektiv* til behandling af patienten end den faktisk valgte. Hvis en erfaren specialist derfor ville have valgt den anden teknik eller metode, er skader, der herved kunne være undgået, omfattet af reglen i nr. 1.

Tilbage står således kun mellemtilfældene. Selv med denne begrænsning er reglen vidtgående, også i forhold til reglerne i Sverige. Efter de svenske regler er der ingen tvivl om, at facitræsonnementet ikke kan anvendes i tilfælde, hvor valget f.eks. står mellem medicinsk og kirurgisk behandling.

215. Jf. *Rapport* s. 92.

216. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 95 og *Oldertz*: Patient- och läkemedelsförsäkringarna s. 390.

217. Jf. *Sten Foyr*: Patientförsäkring s. 238 f og 251.

218. Jf. fra norsk ret, *Kirsti Strøm Bull* i Lov og Rett 1989 s. 250; se endvidere NOU 1992:6 s. 40.

Efter PFL §2, stk. 1, nr. 3, skal der derimod ydes erstatning for principielt *en hvilken som helst skade* ved et kirurgisk indgreb (f.eks. beskadigelse af nerver m.v.), hvis det medicinske behandlingsalternativ opfylder ligeværdighedsbetingelsen. Retten til erstatning for en sådan skade er nemlig da hverken betinget af, at en erfaren specialist ville have undgået den (jf. nr. 1), eller af, at skaden opfylder særlige krav til alvor og sjældenhed (jf. nr. 4). Imidlertid vil ligeværdighedsbetingelsen formentlig kun ret sjældent være opfyldt i denne situation, idet man sædvanligvis vil vælge den medicinske behandling som »første behandling« – og altså som »bedre« end den kirurgiske – indtil det måtte vise sig, at denne behandling enten ikke har den tilsigtede virkning, eller at fortsat medicinsk behandling medfører en øget risiko for komplikationer, således at et kirurgisk indgreb herefter må foretrækkes.

Illustrerende herfor er afgørelsen i UfR 1992.404 H om behandling for blødende tyktarmskatar, hvor valget stod mellem en medicinsk behandling (med prednison) eller et kirurgisk indgreb i form af fjernelse af tarmen med ileostomi. Behandling med prednison er sædvanligvis et effektivt middel mod sygdommen og har normalt kun lettere bivirkninger; der var derfor ingen tvivl om, at denne behandlingsmetode var at foretrække frem for det kirurgiske indgreb, der vel med sikkerhed ville helbrede patienten for lidelsen, men til gengæld ville have andre negative følger i form af forringet livskvalitet m.v. Det er derfor indlysende, at man ikke vil vælge det radikale kirurgiske indgreb som første behandling, men holder det tilbage som en sidste udvej. Ligeværdighedsbetingelsen er således ikke opfyldt.

Imidlertid viste det sig, at prednisonbehandlingen i det konkrete tilfælde ikke varigt bedre tilstanden, samtidig med at der efterhånden viste sig tegn på alvorlige bivirkninger i form af henfald af knoglevæv (osteonekrose), bl.a. i begge hofter. Denne bivirkning af prednison er overordentlig sjælden, og risikoen herfor indgik derfor – med rette – ikke med vægt i de tidligere overvejelser om behandlingsmåden. Da mistanken om udvikling af nekrose var blevet verificeret ved røntgenundersøgelse, tilrådede lægen det kirurgiske indgreb, som nu måtte betragtes som den bedste – endog eneste forsvarlige – løsning. Ligeværdighedsbetingelsen var således heller ikke opfyldt på dette tidspunkt; at den muligvis har været opfyldt i en kortere periode under behandlingsforløbet (nemlig efter at mistanken om nekroseudvikling var vakt, men inden den blev endelig bekræftet), kan ikke anses for tilstrækkeligt til at bringe forholdet ind under nr. 3, hvortil kommer, at alene mistanken herom formentlig var tilstrækkelig til, at det kirurgiske indgreb måtte foretrækkes. Lægen tilrådede da også allerede på dette tidspunkt operation, men patienten samtykkede først heri nogle måneder *efter*, at nekrosen var diagnosticeret med sikkerhed; den ene hofte var da ødelagt i en sådan grad, at der måtte indsættes en kunstig hofte. På det tidspunkt, hvor lægen – og en erfaren specialist – ville have foretrukket operation, var der således ingen mulighed for at gennemføre den, og erstatning kunne derfor heller ikke være ydet efter reglen i nr. 1, jf. ovenfor afsnit 3.2.1.1. om respekten for patientens selvbestemmelsesret.

Kap. 3-3.3.2.

Bivirkninger af medicinsk behandling falder som udgangspunkt uden for PFL, jf. § 3, stk. 3, og nedenfor kap. 4, afsnit 1.2., om lægemiddelskader. Det ville imidlertid ikke harmonere med medtagelsen af »metodeskader« i § 2, stk. 1, nr. 3 – herunder tilfælde, hvor valget står mellem medicinsk og kirurgisk behandling – om reglen kun omfattede skader i de tilfælde, hvor den kirurgiske behandlingsmetode var blevet valgt. I *mot.* præciseres det derfor, at reglen i nr. 3 *kan* anvendes, »hvis lægemiddelskaden kunne være undgået ved hjælp af en anden, ligeværdig behandlingsteknik eller -metode, medmindre denne indebar en tilsvarende risiko for en anden lægemiddelskade«. ²¹⁹ Hvis ligeværdighedsbetingelsen havde været opfyldt i den ovenfor omtalte sag, ville den skade, som den medicinske behandling medførte, derfor kunne erstattes efter reglen i nr. 3, selv om skadesårsagen var en egenskab ved selve lægemidlet. Hvis valget derimod alene står mellem brug af to forskellige lægemidler, kan reglen i nr. 3 ikke anvendes, uanset om betingelsen om ligeværdighed er opfyldt; denne situation foreligger f.eks. jævnligt i forbindelse med overvejelser om valg af narkosemiddel. ²²⁰

I disse tilfælde vil skaden kun kunne blive erstattet under en eventuel lægemiddelforsikringsordning. Det samme gælder i tilfælde, hvor den medicinske behandling – korrekt – er blevet foretrukket frem for kirurgisk behandling som f.eks. i den ovenfor omtalte sag; nekrosen måtte således i det hele behandles som en ren lægemiddelskade, der heller ikke ville kunne erstattes som en (uundgåelig) komplikation ved behandlingen efter reglen i nr. 4, uanset at denne regels betingelser om alvor og sjældenhed var opfyldt.

Et andet område, hvor reglen i nr. 3 potentielt har vidtgående konsekvenser, er *fødselsskader*. Hvis fødsel ved hjælp af kejsersnit anses som »ligeværdig« med en naturlig fødsel, kan reglen medføre, at der skal ydes erstatning til barnet for f.eks. hjerneskader forårsaget af iltmangel m.v. under fødslen, idet skaden ikke ville være indtrådt, hvis man i stedet havde valgt kejsers-

219. *Mot.* sp. 3296; se også *Rapport* s. 119.

220. Kontrastmidler som f.eks. det tidligere anvendte middel thorotrast kan næppe betegnes som lægemidler, men må (i dag) anses for omfattet af begrebet medicinske utensilier, jf. lægemiddellovens § 2, der bl.a. omfatter midler, der anvendes til erkendelse af sygdomme. Af den seneste dom om dette middel (østre landsrets dom af 12/11 1992) fremgik det – i modsætning til afgørelsen i UfR 1985.460 Ø – at der fandtes et alternativt kontrastmiddel. I dommen fremhævedes det imidlertid, at der ikke på undersøgelsestidspunktet (i 1943) fandtes en sådan viden om risici, fordele og ulemper ved anvendelsen af de to stoffer, at der var grundlag for at kritisere anvendelsen af thorotrast i det konkrete tilfælde. Hvis forholdet skulle bedømmes efter § 2, stk. 1, nr. 3, kunne resultatet muligvis være blevet, at patienten ville være berettiget til erstatning, om end sagen tillige illustrerer, hvor vanskelig ligeværdighedsvurderingen kan være (trods advarsler var den faktiske risiko ved brug af thorotrast i små doser ikke kendt, og også det alternative middel havde visse skadelige egenskaber). Patienten ville imidlertid være berettiget til erstatning efter reglen i nr. 4, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.1. om diagnostiske indgreb.

snit.²²¹ Det ville imidlertid næppe være i overensstemmelse med medicinsk videnskab og erfaring *generelt* at anse de to fødselsmetoder for ligeværdige, forstået på den måde, at lægen i ethvert tilfælde, hvor ikke særlige omstændigheder foreligger, lige så godt kunne have valgt den ene som den anden metode. Det må derfor være en betingelse, at der har foreligget omstændigheder, som gav – eller for en erfaren specialist ville have givet – anledning til at *overveje* brug af kejsersnit. Hvis disse overvejelser ville have mundet ud i, at kejsersnit *skulle* være blevet anvendt, skal erstatning ydes efter reglen i nr. 1,²²² og hvis den ville have mundet ud i, at der var tilstrækkelig grund til, at denne løsning *kunne* være valgt, skal erstatning – og kun da – ydes efter reglen i nr. 3.

Som et eksempel på en fødselsskade, der ud fra dette synspunkt formentlig måtte erstattes efter reglen i nr. 3, kan nævnes en norsk domstolsafgørelse²²³ om en fødselsskade, der formentlig primært skyldtes for snævert bækken hos moderen. Det fremgik, at man dog ikke alene af den grund skulle have foretrukket kejsersnit, men at man som følge af for tidlig afgang af fostervand og muligt præmatur fødsel stod over for et vanskeligt valg, idet der heri også måtte indgå ønsket om at lade fødslen foregå naturligt. Retten fandt, at det trufne valg måtte anses for at være forsvarligt under de givne forhold, og der blev derfor ikke tilkendt erstatning efter culpa-reglen.

Skønnet kan også vedrøre spørgsmålet om, *hvornår* risikoen for komplikationer ved fortsat forsøg på naturlig fødsel er blevet så stor, at kejsersnit må overvejes. I en klagesag²²⁴ fandt man således, at barnets hjertefunktion under fødslen vel gav indikation for kejsersnit, men at det ikke kunne kritiseres, at man i første omgang valgte at forsøge at fuldføre fødslen ved hjælp af sugekop. Også i dette tilfælde vil erstatning efter nr. 3 kunne ydes for et »retrospektivt« fejskøn.

Tilsvarende gælder naturligvis for skader, der rammer moderen, jf. herved fra svensk praksis²²⁵ et tilfælde, hvor moderen tidligere havde fået indsat et kunstigt hofteled, som gik løs under fødslen; hvis man havde valgt kejsersnit, ville der ikke have været nogen risiko for proteseløsning. En ortopæd-kirurgisk specialist havde vurderet, at rørligheden i hoften var så god, at det var muligt at gennemføre vaginal fødsel. Efter PFL ville dette kun udelukke erstatning efter reglen i nr. 1, men ikke nødvendigvis efter reglen i nr. 3.²²⁶

221. Jf. *Sten Foyn*: Patientforsikring s. 240. Efter de svenske regler er det klart, at erstatning ikke ydes i disse tilfælde, jf. *Oldertz*: The Patient, Pharmaceutical and Security Insurances s. 65.

222. Jf. som eksempler herpå, Patientklagenævnet 1991 s. 33 ff.

223. Jf. *Rettens Gang* 1986 s. 1031.

224. Jf. *Segest*: Patients' Complaints s. 77.

225. Jf. Patientskadenämnden 168/87.

226. Grunden til, at kvinden ikke fik erstatning, var dog den konkrete, at det ikke var tilstrækkeligt sandsynliggjort, at proteseløsningen overhovedet var forårsaget ved fødslen.

Kap. 3-3.3.2.

Ligeværdighedsbetingelsen har ikke tidligere været relevant i forbindelse med vurderingen af lægebehandling, og det er derfor vanskeligt at bruge tidligere erstatningssager til illustration. En vis antydning kan dog ligge i de tilfælde, hvor Retslægerådet har karakteriseret behandlingen som udtryk for et »*lægeligt fejlskøn*«, idet der hermed menes, at »lægen ud fra de foreliggende præmisser og en adækvat undersøgelse har mulighed for at drage mere end én konklusion med deraf følgende mulighed for mere end én lægelig behandling, og hvor forløbet senere viser, at den af lægen trufne beslutning var forkert.«²²⁷ Med denne terminologi foreligger der således ikke nogen fejl (forudsat at lægen i øvrigt reagerer adækvat, når forløbet afslører fejlskønnet), men som anført af Retslægerådet må det erkendes, »at lægens handling på den ene eller den anden måde har haft en uheldig indflydelse på patientbehandlingen«. Dette stemmer i og for sig med baggrunden for reglen i nr. 3, men det må tilføjes, at der ikke nødvendigvis i det »retrospektive fejlskøn« kan lægges en stillingtagen til, om en alternativ behandling var ligeværdig ud fra en forhåndsvurdering.

Som eksempel kan nævnes afgørelsen i UfR 1978.825 V,²²⁸ hvor patienten døde som følge af aspiration af ventrikellindhold (opkast) til lungerne i forbindelse af nedlæggelse af en mavesonde. Spørgsmålet var, om denne sonde skulle have været nedlagt på et tidligere tidspunkt for at hindre komplikationer fra opkastninger. Retslægerådet karakteriserede det valgte tidspunkt som et fejlskøn, idet man retrospektivt kunne se, at det havde været indiceret at gøre det tidligere; derimod var der efter rådets mening ikke grundlag for at karakterisere det udviste kliniske skøn som en uforvarlig handling. Retten fastslog i overensstemmelse hermed, at den efterfølgende konstatering af et fejlskøn ikke kunne pådrage ansvar.

Der er imidlertid ikke i et tilfælde som dette taget stilling til, om lægen ud fra en *forhåndsvurdering* lige så vel kunne have besluttet sig for at nedlægge sonden tidligere end sket. Det er netop denne – som nævnt nødvendige – kombination af et facitræsonnementet på skadens undgåelighed og en forhåndsvurdering af de forskellige metoders eller teknikkers ligeværdighed, som gør reglen i nr. 3 svær at håndtere.

Som nævnt ovenfor afsnit 3.2.1.1. er det muligt, at nogle af de tilfælde, hvor man i Sverige har givet erstatning for nervelæsioner og lign., ikke er udtryk for, at en erfaren specialist ville have foretaget indgrebet på en anden måde, men at man ud fra facitræsonnementet mener at kunne fastslå, at skaden kunne være undgået, *hvis* indgrebet var blevet udført

227. Retslægerådets årsberetning for 1988 s. 34.

228. Andre eksempler er nævnt hos *M. Broberg* og *N. Fenger* i *Justitia* 1991 nr. 5 s. 6 og 21; se også *B. V. Tidemand-Petersson: Lægeansvar* s. 61 og 91 om culpavurderingen som en »forhåndsvurdering«.

på en anden måde. Dette gælder muligvis særligt for tryklæsioner af nerver i forbindelse med lejrning af arm eller ben under narkose.

Fra dansk praksis kan nævnes en klagesag,²²⁹ hvor en patient var blevet behandlet for en beskadigelse af rygsøjlen; en operation blev gennemført med henblik på opnåelse af stabilitet af bruddet, men under operationen gled et instrument og beskadigede rygmarven, hvilket resulterede i lammelse af begge ben. Dette uheld blev anset for at være hændeligt, men det fremgik, at den oprindelige skade kunne være blevet behandlet uden operation. Under forudsætning af, at man lige så vel kunne have anvendt en anden behandlingsmetode, medfører reglen i nr. 3, at den indtrådte skade skal erstattes.

Ligeværdighedsvurderingen kan volde særlige problemer i tilfælde, hvor *nye behandlingsmetoder er ved at vinde indpas*. Hvis udviklingen allerede på *behandlingstidspunktet* er nået så vidt, at en erfaren specialist ikke ville have anvendt hidtil gængse metoder, skal skaden erstattes efter reglen i nr. 1, jf. ovenfor afsnit 3.2.1.1. og som eksempel den dér omtalte afgørelse i UfR 1971.141 H. Hvis omvendt en ny metode ikke var anerkendt (blandt specialister) på *behandlingstidspunktet*, kan der ikke ydes erstatning (hverken efter nr. 1 eller nr. 3), selv om man på et senere tidspunkt ved sagens afgørelse har konstateret den nye metodes overlegenhed.

Som eksempel kan muligvis nævnes afgørelsen i UfR 1936.1061 H om indsprøjtning af alkohol mod nervesmerter i ansigtet, hvilket medførte beskadigelse af patientens syn. Det fremgik, at man først på et senere tidspunkt var begyndt at udvise større tilbageholdenhed med brug af denne metode. I en tilsvarende sag fra svensk praksis²³⁰ var en patient, der led af kraftig hovedpine, blevet behandlet med blokade ved indsprøjtning af en alkoholopløsning, hvilket medførte en oplussen af nye smerter. Det fremgik, at et enkelt sygehus nogle få år forinden var ophørt med brug af denne behandlingsmetode netop på grund af risikoen for smerter af den type, som patienten fik, men kendskabet hertil var ikke almindeligt udbredt på *behandlingstidspunktet*. Hvis det pågældende sygehus måtte siges at repræsentere den højeste sagkundskab på området, ville skaden være omfattet af reglen i nr. 1; hvis ikke, ville skaden hverken være omfattet af nr. 1 eller nr. 3. Reglen i nr. 3 får derfor i sådanne tilfælde kun betydning, hvis behandlingen er sket på et tidspunkt, hvor man befinder sig på »overgangen« til en ny metode, jf. nedenfor.

Hovedproblemet er de tilfælde, hvor man på *behandlingstidspunktet ikke ved og heller ikke kan vide, om en ny behandlingsmetode er bedre end hidtil gængse metoder*. Situationen vil ofte være den, at man alene har en mere eller mindre velbegrunnet formodning eller forhåbning om, at en ny

229. Jf. *Segestr: Patients' Complaints* s. 85.

230. Jf. *Patientskadenämnden* 140/90.

Kap. 3-3.3.2.

behandlingsmetode kan give bedre resultater end dem, man hidtil har opnået; hvis dette ikke er tilfældet, er der jo ingen grund til at tage en ny metode i brug. I den ovenfor afsnit 3.3.1. omtalte sag om sterilisationsoperationen (UfR 1981.999 H) mente man således på behandlingstidspunktet, at den ændrede metode indebar fordele i forhold til den hidtidige måde at udføre indgrebet på, og først efterfølgende indså man, at der var en øget risiko for, at indgrebet med den ændrede metode kunne slå fejl. Tilsvarende i LSD-sagen (UfR 1976.878 Ø): Metoden havde på behandlingstidspunktet været anvendt i en årrække på anerkendte psykiatriske afdelinger i udlandet, og erfaringerne herfra forekom – ifølge dommen – »gunstige og uden alvorlige bivirkninger«; først senere erkendte man, at metoden højst var anvendelig i mere selektiv udstrækning – og således ikke på den psykiske lidelse, som den erstatningssøgende patient led af.

Hvis den lægevidenskabelige indstilling på behandlingstidspunktet er, at en ny metode *forekom gunstigere* end hidtil gængse metoder, kan der *ikke* ydes erstatning efter reglen i nr. 3.²³¹ *Hermed begrænses i væsentlig grad mulighederne for at yde erstatning for udviklingskader*; men her – som ellers – må det erindres, at skaden kan blive opfanget af reglen i nr. 4. Som nævnt ovenfor afsnit 3.1.1. er det uden betydning, om den nye metode afprøves som led i et forsøg.

Går den lægevidenskabelige indstilling derimod ud på, *at man ikke kan sige noget om, hvorvidt en ny metode er gunstigere end den eller de hidtidige*, og at man netop derfor måtte prøve sig frem (f.eks. i form af et forsøg) for at skaffe sig viden, *må det antages, at ligeværdighedsbetingelsen i nr. 3 er opfyldt*. Navnlig i forsøgssituationer må der forventes tilfælde, hvor den erfarne specialist ikke vil være i stand til at vurdere (ud fra den viden, der forelå på behandlingstidspunktet), om den nye metode er bedre eller dårligere end gængse metoder – eller lige så god. Det skal ikke bestrides, at reglen i nr. 3 *kan* fortolkes således, at der kræves en »positiv« specialistvurdering af ligeværdigheden, således at betingelsen ikke er opfyldt i tilfælde, hvor forholdet mellem værdien af den valgte teknik eller metode og en alternativ teknik eller metode ikke kendes. En sådan fortolkning ville imidlertid ikke harmonere med ønskerne om at give navnlig forsøgspatienter en forbedret – om end, som nævnt, fortsat ikke fuldstændig – beskyttelse mod risikoen for (udviklings)skader på grund af de særlige usikkerhedsmomenter, som teknik- eller metodevalget da medfører. Reglen *bør* derfor fortolkes således, *at ligeværdighedsbetingelsen anses for at være opfyldt i alle tilfælde, hvor den valgte teknik eller metode ud fra specialismålestokken hverken kunne anses for at være bedre eller dårligere*

231. Jf. sundhedsministeriets skrivelse af 14/4 1988 til Folketingets Sundhedsudvalg (ad lovforslag nr. L 151, FT 1987-88, 1. samling – j. nr. 5700/0-66/1986).

end en alternativ teknik eller metode. Ligeværdigheden udledes derved »negativt« af, at der ikke er grundlag for at fastslå nogen kvalitetsforskel.

Et tilsvarende princip bør kunne anvendes i tilfælde, hvor der blandt erfarne specialister på området er *uenighed* om, hvilken teknik eller metode der må anses for at være den bedste.²³² Som nævnt ovenfor afsnit 3.2.1.1. kan reglen i nr. 1 ikke bruges, hvis hver teknik eller metode har sin »skole« af tilhængere. Hvis ikke den ene »skole« indtager en dominerende position blandt erfarne specialister på området, må det være muligt at anse ligeværdighedsbetingelsen for opfyldt som den – logisk set – eneste tilbageblevne mulighed, når specialismålestokken ikke kan føre til opstilling af nogen præference imellem dem.

3.3.3. Skadens undgængelighed ud fra facitræsonnementet

Facitræsonnementet indebærer, at erstatning efter reglen i nr. 3 skal ydes, hvis det med den viden, der foreligger på afgørelses tidspunktet, kan fastslås, at skaden med overvejende sandsynlighed ville være blevet undgået, hvis patienten i stedet var blevet behandlet med en anden – ligeværdig – behandlingsteknik eller -metode.²³³

Der skal derfor tages hensyn til de sandsynlige følger af, at den pågældende behandlingsteknik eller -metode ikke var blevet valgt. Erstatning kan kun ydes for den »merskade«, som kan henføres til valget af behandlingsform, jf. *mot.*²³⁴ »Hvis det må antages, at heller ikke den anden teknik eller metode ville have kunnet helbrede patienten fuldstændigt, omfatter skaden i denne forbindelse kun den yderligere helbredsforringelse, som den valgte teknik eller metode viste sig at indebære.« Der skal således bl.a. tages hensyn til den *grad* af helbredelse, som den alternative behandlingsform sandsynligvis ville have resulteret i. Hvis der f.eks. iværksættes en ny behandlingsform (herunder i form af et forsøg), fordi man ikke med traditionelle behandlingsmetoder har kunnet helbrede den pågældende lidelse, kan der således ikke ydes erstatning for selve det forhold, at den nye metode viser sig heller ikke at kunne helbrede lidelsen,²³⁵ ligesom skadelige følger af behandlingsmetoden ikke kan erstattes, hvis de dog er mindre omfattende end de følger, som grundsygdommen ved brug af traditionelle metoder ville have haft (f.eks. tilfælde, hvor en forsøgsmetode har invaliderende føl-

232. Se herved *Sten Foyen: Patientforsikring* s. 248 (der bl.a. af denne grund finder, at facitræsonnementet ikke burde være udstrakt til metodevalget; en tilsvarende uenighed kan dog naturligvis også tænkes i relation til forskelle i teknik).

233. Jf. *mot.* sp. 3291.

234. *Ibid.*

235. Jf. *Rapport* s. 93 og *Bo von Eyben: Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg* s. 60 f.

Kap. 3-3.3.3.

ger, men hvor traditionelle metoder sandsynligvis ikke ville have kunnet hindre en dødelig udgang).

Vanskeligheden i denne vurdering ligger i, at der også skal tages hensyn til *risikoen* for skadelige følger af en alternativ behandlingsform. Indtræder der f.eks. en nervelæsion ved et kirurgisk indgreb som følge af den måde, snittet blev lagt på, kan det vel fastslås, at *denne skade* ikke ville være indtrådt, hvis snittet havde været lagt anderledes, men problemet er, at der måske så ville have været en risiko for en *anden* nervelæsion eller anden skade i øvrigt. Tilsvarende kan det tænkes, at en alternativ, medicinsk behandling ville have indebåret en vis risiko for bivirkninger af det pågældende lægemiddel. Man står således over for det problem at skulle *afveje den konkret indtrådte skade* (som måske er udslag af, at en – statistisk set – ringe risiko er blevet realiseret) *over for en større eller mindre risiko for skadelige virkninger af en alternativ behandlingsform.*

Der er således i forbindelse med reglen blevet rejst spørgsmål om,²³⁶ hvordan man skal vurdere tilfælde, hvor risikoen for en vis skade ved den valgte metode var 10%, men kun 5% ved den alternative metode, og tilfælde, hvor risikoen ved begge metoder er 10%, men hvor skaden ved den alternative metode kun ville have medført halvt så stort tab. I *Rapporten* fremhævedes det tilsvarende,²³⁷ at det »næppe« ville være »praktikabelt at afveje en faktisk indtrådt skade af en bestemt art over for en vis – ofte ringe – statistisk sandsynlighed for andre skader ved en alternativ behandlingsform.«

Trods disse vanskeligheder er der imidlertid ingen tvivl om, at der *skal* tages hensyn til risikoen for skader ved en alternativ behandlingsform. Erstatning efter nr. 3 kan kun ydes i det omfang, det må antages, at skaden ville være undgået ved hjælp af en anden behandlingsform, og det er derfor nødvendigt at sammenligne det faktiske forløb med et hypotetisk behandlingsforløb, hvor den valgte behandlingsform tænkes udskiftet med dens alternativ.

Der er imidlertid heller ingen tvivl om, at det kriterium, der skal anvendes ved vurderingen af de mulige følger af et alternativt behandlingsforløb, er lovens *almindelige kausalitetskriterium*, dvs. kravet om *overvejende sandsynlighed*, jf. ovenfor afsnit 2.4. Det følger heraf, at der kun skal tages hensyn til risikoen for skader ved en alternativ behandlingsform, hvis risikoen har *en sådan størrelse, at det er overvejende sandsynligt, at en skade (også) ville være indtrådt, hvis denne behandlingsform var blevet valgt.* Afgørende er således risikoens størrelse ved den alternative behandlingsform, hvorimod størrelsen af risikoen ved den faktisk valgte behand-

236. Jf. *Sten Foyen: Pasientforsikring* s. 248.

237. Jf. *Rapport* s. 103.

lingsform principielt er uden betydning. Noget andet er, at grundbetingelsen om ligeværdighed formentlig normalt vil indebære, at risikoen ved de alternative behandlingsformer er nogenlunde lige stor. Hermed er svaret også givet på de ovenfor nævnte spørgsmål: Hvis risikoen for skader ved den alternative behandlingsform udgør 5% eller 10%, er det *ikke* »overvejende sandsynligt«, at skade ville være indtrådt, hvis denne var blevet valgt – hvilket er det samme som at sige, at det er overvejende sandsynligt, at skaden ville være undgået, hvis man havde valgt den anden behandlingsform. Dermed er kausalitetsbetingelsen opfyldt, og skaden skal erstattes efter nr. 3.

Konsekvensen heraf bliver imidlertid, *at der ikke kan tages hensyn til risikoen for skader ved en alternativ behandling, hvis denne risiko er under 50%*. Denne konsekvens er meget vidtgående, og den kan medføre resultater, som ikke er rimelige – og som navnlig harmonerer mindre godt med de restriktive betingelser i reglen i nr. 4 vedrørende kravet til komplikationens sjældenhed.

Hvis man f.eks. tænker sig, at alle, mulige behandlingsformer er forbundet med en meget betydelig risiko for skadelige følger (og at risikoen er nogenlunde den samme, uanset hvilken metode man vælger, idet ligeværdighedsbetingelsen ellers næppe kan tænkes at være opfyldt), f.eks. i størrelsesordenen 40%, skal der således principielt ydes erstatning for en af behandlingen forårsaget skade, uanset hvilken behandlingsform man valgte. Modsætningen til kravene til skadens sjældenhed efter reglen i nr. 4 bliver meget betydelig i en sådan situation, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.2. Der kan være rimelig grund til at yde erstatning ved lidt mere frekvente skader alene under hensyn til, at der var et (ligeværdigt) behandlingsalternativ, men når risikoen bliver så stor som i eksemplet, kan det forekomme mindre velbegrunderet overhovedet at lægge vægt på, at der fandtes et behandlingsalternativ (med en lige så stor risiko). Eksemplet er dog ekstremt og forekommer næppe i virkeligheden, men det er givet, at der forekommer tilfælde, hvor risikoen ved enhver mulig teknik eller metode er så betydelig, at erstatning ikke ville kunne ydes efter reglen i nr. 4 (f.eks. risikoen for hofteskred efter reoperation for løsnet hofte, hvor risikoen er på ca. 10-15%).

Det er muligvis synspunkter som disse, der i det *norske* forslag har ført til, at man ikke har opstillet en *særskilt* regel om erstatning ud fra facitræsonnementet, men i stedet har valgt at lade dette indgå som et moment blandt flere i den samlede rimelighedsvurdering, som skal anlægges ved den regel, som svarer til reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 4. Det blev i den forbindelse fremhævet,²³⁸ at det er vigtigere at opfange de mere omfattende skader, som ikke står i rimeligt forhold til grundsygdommen, end at give erstatning i en række mindre skadestilfælde, hvor det efterfølgende kan fastslås, at en anden behandlings-

238. Jf. NOU 1992:6 s. 94.

Kap. 3-3.3.3.

teknik (eller -metode) havde været at foretrække. Svagheden ved den norske løsning er til gengæld, at det ikke fremgår (og næppe heller kan komme til det), *hvilken vægt* facitræsonnementet skal tillægges ved den samlede rimelighedsvurdering i forhold til de faktorer, som eksplicit er opstillet i reglen. Det er således uklart, i hvilken udstrækning erstatningsberettigelsen udvides i de tilfælde, hvor der – alt andet lige – var et behandlingsalternativ, som (med facit i hånden) gjorde skaden undgåelig.

Efter PFL § 2, stk. 2, 2. pkt., *kan* sundhedsministeren indskrænke området for anvendelsen af § 2, stk. 1, nr. 3, jf. nedenfor afsnit 4. Skulle det vise sig, at man i praksis kommer ud for at skulle erstatte skader selv i tilfælde af en meget betydelig risiko for komplikationer (også) ved en alternativ behandlingsform, vil det være nærliggende at overveje en udnyttelse af denne bemyndigelse.

3.3.4. Skade som følge af mangelfuld diagnosticering

Som omtalt ovenfor afsnit 2.3. dækker PFL også følger af mangelfuld diagnosticering (både forkert diagnose og forsinket diagnose), hvad enten følgen er en forværring af grundsygdommen eller en »merskade« ved, at behandlingen bliver mere omfattende end ellers. Formålet med reglen i PFL § 3, stk. 1, er at fastslå, *at facitræsonnementet ikke gælder for skader som følge af mangelfuld diagnosticering*.²³⁹ Sådanne skader erstattes derfor kun inden for rammerne i § 2, stk. 1, nr. 1 (jf. herved eksemplerne på specialismålestokkens anvendelse på diagnosticering i afsnit 3.2.1.1.) og nr. 2 (jf. herved ovenfor afsnit 3.2.2.1. om fejl eller svigt i bl.a. invitro diagnostisk udstyr). Afstanden mellem culpereglen og PFL's dækning er derfor mindre ved diagnoseskader end ved behandlingsskader.

Begrundelsen for denne begrænsning var,²⁴⁰ at diagnosticeringen er en løbende proces, og at det ville få alt for vidtgående konsekvenser, om denne proces blev underkastet en rent efterfølgende bedømmelse. Fristelsen til at anlægge en bagklogskabsvurdering er særligt stor ved diagnoseskader,²⁴¹ idet man normalt altid – måske efter et operativt indgreb (eller først når patienten er død!) – finder ud af, hvad patienten egentlig fejlede. Hvis man tillod et facitræsonnement på diagnosticeringsprocessen, ville det blive ganske vilkårligt, hvilket tidsrum det blev udstrakt til. Ræsonne-

239. Jf. tilsvarende om Sverige, *Oldertz*: Patient- och läkemedelsförsäkringarna s. 391, om Norge *ibid.* s. 93, og om Finland, Kommittébetänkande 1982:29 s. 27 og 55 f.

240. Jf. *mot. sp.* 3291-92 og 3294 samt *Rapport* s. 89.

241. Jf. herved Patientklagenævnet 1991 s. 43 f. Nogle læger vil sikkert også mene, at visse domstolsafgørelser, der har tilkendt erstatning efter culpereglen for følgerne af mangelfuld diagnosticering, er udtryk for, at dommerne ikke kunne modstå denne fristelse, jf. som et muligt eksempel UfR 1986.452 H.

mentet indebærer jo, at man skal forestille sig et alternativt forløb, regnet tilbage fra et bestemt tidspunkt, men man ville her savne et grundlag for at fastlægge dette tidspunkt. Skulle det være tidspunktet for sygdommens opståen eller for den første lægekontakt, uafhængigt af, om sygdommen da overhovedet var symptomgivende, eller af, om der forelå symptomer, der var erkendelige for en erfaren specialist? Det må være klart, at en sådan regel ville være helt uholdbar. Essensen af facitræsonnementet er, som omtalt ovenfor, at lægen stod i en valgsituation, og at man efterfølgende kan fastslå, at der blev truffet et uheldigt valg. Reglen måtte derfor i givet fald begrænses til tilfælde, hvor de diagnostiske overvejelser var nået så vidt, at lægen stod over for et valg mellem to (eller flere) mulige diagnoser, men dels ville det formentlig volde vanskeligheder at fiksere det afgørende tidspunkt, dels ville ligeværdighedsbetingelsen – der selvsagt også måtte gælde her – være endnu vanskeligere at vurdere, end hvor valget stod mellem forskellige måder at behandle en given sygdom på.

Til illustration kan nævnes et eksempel fra svensk praksis,²⁴² hvor en person blev indlagt med kliniske tegn på hjerteinfarkt (EKG-forandringer); nye undersøgelser den følgende morgen bekræftede imidlertid ikke denne diagnose. Patienten klagede da over mavesmerter og blev opereret samme dag for et perforeret sår på tolvfingertarmen; flere komplikationer stødte til, og patienten døde. Her forelå således – objektivt set – en forsinkelse med diagnosticeringen af den virkelige lidelse, men det fremhævedes i afgørelsen, at symptomerne var vanskelige at tolke, og at det var fuldt korrekt først at koncentrere indsatsen om den begrundede mistanke om en hjertelidelse.

Tilsvarende situationer kan forekomme i tilfælde, hvor der er tegn på en kræftlidelse, der motiverer et kirurgisk indgreb, og hvor det efterfølgende konstateres, at patienten led af noget andet (og mindre alvorligt). Hvor diagnosen ikke er ganske sikker, men mistanken om en alvorlig sygdom er tilstrækkeligt begrundet til at motivere indgrebet, vil det næppe være muligt på nogen sikker måde at udskille tilfælde, hvor man ud fra en forhåndsvurdering *lige så vel* kunne have besluttet sig for at udskyde indgrebet, f.eks. med henblik på yderligere undersøgelser. Fra svensk praksis kan nævnes et tilfælde,²⁴³ hvor patienten var blevet behandlet medicinsk for mavesmerter; ved en senere kontrol med gastroskopi konstateredes tegn på cancer, hvorfor en stor del af mavesækken blev bortopereret. Ved mikroskopi herefter fandt man celleforandringer, men ikke cancer; problemet var, at det ved analyse af biopsimateriale er særligt vanskeligt at diagnosticere cancer over for betændelsesforandringer i et mavesår.²⁴⁴

Som omtalt ovenfor afsnit 3.2.1.1. anvendes facitræsonnementet i Sverige

242. Jf. Patientskadenämnden 302/90.

243. Jf. *ibid.* 12/88 og 44/90.

244. Der var dog i dette tilfælde ingen »merskade«, da også risikoen ved mavesårslidelsen motiverede operationen.

Kap. 3-3.3.4.

ikke desto mindre i tilfælde, hvor det (først) efterfølgende kan fastslås, at behandlingen ikke var motiveret ud fra et medicinsk synspunkt (f.eks. ved operativ fjernelse af et bryst, når diagnosen brystkræft efterfølgende afkræftes²⁴⁵). Vurderingen er imidlertid da »rent« efterfølgende og er således ikke udtryk for en forhånds-ligeværdighedsvurdering, jf. ovenfor afsnit 3.3.2. om forskellen mellem den danske og den svenske udformning af facitræsonnementet. Den svenske praksis forudsætter, at man anser selve indgrebet for at udgøre en »skade« (hvad man naturligvis i princippet også kan), hvorimod en ren forsinkelse af helbredelsen som følge af en objektivt set forkert diagnose ikke betragtes som en »skade«, jf. f.eks. et tilfælde,²⁴⁶ hvor der var stillet diagnosen karpaltunnelsyndrom (gener i håndmuskler som følge af forøget tryk på en nerve (nervus medianus)), men hvor en operation herfor ikke viste tegn på forandringer i denne nerve; en ny operation viste, at årsagen til generne i stedet var en klemning af en anden nerve (ulnaristunnelsyndrom), hvilket patienten herefter blev helbredt for; denne patient fik ikke erstatning for forsinkelsen af helbredelsen, da der ikke var grundlag for at fastslå, at en erfaren specialist ville have stillet den rigtige diagnose på noget tidligere tidspunkt.

Som nævnt i afsnit 3.2.1.1. forekommer det ikke hensigtsmæssigt at sondre mellem »skader« ved og andre følger af, at den rigtige diagnose ikke blev stillet – og ikke kunne være stillet – tidligere. Brug af facitræsonnementet på diagnosticeringen blev derfor helt udelukket gennem reglen i PFL § 3, stk. 1. Forskellig herfra er reglen i § 2, stk. 1, nr. 4, om (bl.a.) diagnostiske indgreb, idet skadesårsagen i disse tilfælde ikke er en forkert eller forsinket diagnose, men et indgreb, der foretages med henblik på at *kunne stille* en diagnose.

Erstatning for diagnosticeringsfejl er således i det hele begrænset til specialismålestokkens forhåndsvurdering samt til tilfælde, hvor apparatursvigt m.v. har forårsaget forkerte undersøgelsesresultater el. lign. Som nævnt ovenfor afsnit 3.2.1.1. kan man dog ikke fastholde specialismålestokken fuldt ud ved meget specielle sygdomme, hvor man kun ud fra et facitræsonnement ville kunne udpege den relevante specialist. Forskellen fra culpereglen bliver således muligvis ikke stor, men den mere objektive vurdering kan dog utvivlsomt bevirke en forskel i enkelte tilfælde.²⁴⁷

Som et muligt eksempel kan nævnes et tilfælde,²⁴⁸ hvor diagnosen lød på en håbløs kræftsygdom, men hvor det viste sig at dreje sig om en godartet svulst. Retslægerådet karakteriserede det som en fejl, at medicinerne ikke tidligere havde henvist patienten til kirurgisk behandling, hvorimod Patientklagenævnet

245. Jf. A.-E. Eklund i Acta Chir Scand, suppl 520:8, 1984.

246. Jf. Patientskadenämnden 33/89.

247. Jf. Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 101 og 114 f.

248. Jf. Retslægerådets årsberetning for 1990 s. 29 ff.

ikke fandt lægelovens §6 overtrådt, om end man var enig i, at en sådan henvisning ville have været hensigtsmæssig. Et andet muligt eksempel er miskendte hjernelæsioner hos berusede personer, der indbringes til en skadestue,²⁴⁹ hvilket i nogle tilfælde – men ikke alle – har udløst kritik i klagesystemet, men som formentlig normalt ville udløse ret til erstatning efter specialismålestokken. Forudsætningen er dog naturligvis i alle tilfælde, at fejldiagnosen eller den manglende diagnose har medført en vis merskade.

3.4. Uundgåelige skader

3.4.1. Området for § 2, stk. 1, nr. 4

Et afgørende spørgsmål er, om en patientforsikringsordning også skal dække skader, som ikke kunne være undgået, og i bekræftende fald i hvilket omfang. Det drejer sig altså om skader, som

- (1) med overvejende sandsynlighed er forvoldt ved undersøgelse eller behandling;
- (2) hvor det ikke kan antages, at en erfaren specialist ville have handlet anderledes, eller at skaden i så fald ville være undgået;
- (3) hvor teknisk apparatur og lign. har fungeret, som det skulle;
- (4) og hvor der ikke fandtes nogen ligeværdig, alternativ behandlingsteknik eller metode, hvormed skaden med overvejende sandsynlighed ville være undgået.

Ved »uundgåelige« skader skal altså i denne sammenhæng forstås skader, som opfylder disse fire betingelser. Grundprincippet i PFL §2, stk. 1, nr. 4, er, at der også ydes erstatning for sådanne skader, uanset skadens *art* og *årsag* i øvrigt, men kun under forudsætning af, *at skadens omfang går ud over, hvad patienten med rimelighed må tåle*. Derved adskiller reglen sig fra reglerne i nr. 1-3; reglen i nr. 4 skal på den ene side opfange skader ved undersøgelse og behandling, som falder igennem de øvrige regler, men på den anden side er det langt fra alle skader, der opfanges, idet der opstilles en vis »tålegrænse« for, hvad patienten må bære selv uden erstatning. Denne tålegrænse gælder til gengæld ikke for de skader, der kunne være undgået (i den forstand, hvori reglerne i nr. 1-3 fastlægger begrebet).

I det omfang uundgåelige skader medtages, skifter patientforsikringen delvis karakter. Mens dækningen af undgåelige skader kan karakteriseres som en særegen form for *udvidet (objektiveret) virksomhedsansvar*, gør dækningen af uundgåelige skader den for så vidt til en »*kompliktationsforsikring*«. Skaderne kan ikke i samme forstand henføres til adfærd fra behandlingspersonalet, hvis den udviste adfærd var den eneste mulige i

249. Jf. herom E. Segest i Ugeskr Læger 1985;147: 4046-9.

Kap. 3-3.4.1.

den pågældende situation, eller hvis skaden i øvrigt alligevel ikke kunne være afværget. Derfor afviste man i Sverige tanken om at gøre patientforsikringen til en generel komplikationsforsikring.²⁵⁰ Begrundelsen herfor var dog ikke overbevisende, ligesom man herhjemme vendte sig mod begrundelserne for afgrænsningen af de *undtagelser*, som man i Sverige gjorde fra det almindelige princip.

Det er således blevet anført, at en komplikationsforsikring konsekvent også måtte dække (uundgåelige) følger af *grundsygdommen*.²⁵¹ Dette er imidlertid ingen nødvendig konsekvens. Man kan – og må – fastholde kravet om, at der skal være indtrådt en skade (»merskade«), og at den med overvejende sandsynlighed er forvoldt ved undersøgelse eller behandling. Komplikationer, der må henføres til grundsygdommens forløb, uafhængigt af undersøgelse eller behandling, kan ikke berettige til erstatning (medmindre naturligvis sådanne følger kunne være undgået ud fra kriterierne i reglerne i nr. 1-3).²⁵² Det må også fastholdes, at erstatning ikke ydes for selve det forhold, at den iværksatte behandling ikke lykkedes, jf. ovenfor afsnit 3.1.1. En dækning af komplikationsrisikoen eller en del af den må således ikke forveksles med en implicit *garanti* for et *i øvrigt* vellykket behandlingsresultat.

Heraf følger ligeledes, at komplikationer i form af *infektioner* ikke erstattes, hvis de må betragtes som en – uundgåelig – følge af grundsygdommen (f.eks. i tilfælde, hvor et indgreb foretages i et inficeret område, eller hvor der i øvrigt er overvejende sandsynlighed for, at infektionen hidrører fra patientens egne bakterier, skyldes nedsat immunforsvar og lign.).²⁵³ Vanskelighederne ved at afgøre, om smitekilden hidrører fra behandlingen (eller behandlingsmiljøet) eller fra grundsygdommen (eller patienten i øvrigt), samt om infektionen kunne være undgået, førte i Sverige – og i det norske forslag – til opstilling af *særregler* om erstatning for infektionsskader, *som ikke indeholder nogen »tålegrænse»*. Disse vanskeligheder er imidlertid næppe tilstrækkelige til at begrunde, at komplikationer i form af infektioner erstattes i væsentligt videre udstrækning end andre komplikationer.²⁵⁴ Reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 4, gør det derfor klart, *at der ikke skal sondres mellem forskellige typer af komplikationer*, specielt ikke mellem infektioner og komplikationer af anden art. Dæknin-

250. Jf. herved også *B. V. Tidemand-Petersson: Lægeansvar* s. 127 (der mener, at en patientforsikringsordning bør være begrænset til »fejlk«, i hvert fald efter en ex-post vurdering, dvs. at dækningen burde standse ved reglen i PFL §2, stk. 1, nr. 3).

251. Jf. *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 96.

252. Jf. *mot. sp.* 3292.

253. Jf. *Rapport* s. 109.

254. Jf. *ibid.* s. 102 f; se herved også om Finland, Kommittébetänkande 1982:29 s. 56 f og ovenfor kap. 1, afsnit 6.2.

gen af infektionsskader er således underkastet samme tålegrænse som andre skader ved behandlingen.

En anden undtagelse, der tidligt kom ind i de svenske forsikringsvilkår, var dækningen af skader ved *diagnostiske indgreb* med særligt henblik på tilfælde, hvor der ved et sådant indgreb påføres patienten alvorlig skade, samtidig med, at indgrebet afkræfter den mistanke om en alvorlig sygdom, som var baggrunden for, at indgrebet blev foretaget. Erstatning for sådanne skader blev herefter ydet, selv om indgrebet var motiveret ud fra et medicinsk synspunkt, og selv om skaden ikke kunne være undgået med nogen anden behandlingsteknik (eller – for den sags skyld – behandlingsmetode). Også på dette særlige punkt blev forsikringen altså gjort til en komplikationsforsikring ud fra den betragtning, at patienten ikke med rimelighed burde bære følgerne af skaden, når der var et *klart misforhold* mellem komplikationens og grundsygdommens alvor.²⁵⁵ Der er imidlertid ingen rimelig grund til at *begrænse* dette synspunkt til skader, der skyldes diagnostiske indgreb.²⁵⁶ Denne »misforholds«-betragtning er kernen i reglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 4, men den blev netop givet en *generel* udformning; skader ved diagnostiske indgreb er derfor kun et eksempel herpå – og nævnes kun udtrykkeligt i bestemmelsen, fordi de er et særligt klart eksempel på, at betingelsen kan være opfyldt, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.1. Som omtalt ovenfor kap. 1, afsnit 6.1., må den seneste ændring af de svenske forsikringsvilkår tages som udtryk for, at man også dér efterhånden har fundet begrænsningen til diagnostiske indgreb for at være urimelig.

I Sverige mente men desuden (dengang), at der var – og måtte være – en afgørende forskel mellem patientforsikringen og *lægemiddelforsikringen*.²⁵⁷ Lægemiddelforsikringen er nemlig overalt, hvor den findes, opbygget som en komplikationsforsikring, og den kan næppe udformes anderledes, hvis den overhovedet skal rumme en reel udbygning af erstatningsberettigelsen i forhold til produktansvarsreglerne. De skader, som forårsages af lægemidler, er helt overvejende *systemskader*, jf. ovenfor kap. 1, afsnit 5. Lidt forenklet udtrykt er forholdet det, at et lægemiddel for overhovedet at kunne have gavnlige virkninger, også *må* rumme en latent risiko for bivirkninger. Opgaven for en lægemiddelforsikringsordning er derfor at adskille de bivirkninger, man må tåle, fra dem, der i det enkelte tilfælde rammer patienten uventet og usædvanligt hårdt. Det kan kun ske ud fra en rimelighedsvurdering, baseret på en vis »tålegrænse«. Det er derfor svært at se nogen principiel forskel mellem disse tilfælde og tilfælde, hvor f.eks. et vist kirurgisk indgreb erfaringsmæssigt rummer en vis, mindre risiko for læsioner af nerver, således at selv en erfaren specialist ikke

255. Jf. *Oldertz*: Patient- och läkemedelsförsäkringarna s. 391.

256. Jf. *Rapport* s. 102; se tilsvarende NOU 1992:6 s. 77.

257. Jf. *Oldertz*: Patient- och läkemedelsförsäkringarna s. 386 f og hertil *Rapport* s. 104.

Kap. 3-3.4.1.

kan eliminere risikoen, og hvor der ikke findes nogen mulighed for at gennemføre behandlingen på nogen anden måde. Netop i disse tilfælde har culpareglen ført til resultater, som man har vanskeligt ved at forlige sig med²⁵⁸ – hvilket også gælder de domstole, som i nogle tilfælde har forsøgt at nå det ønskede resultat ved omlægning af bevisbyrden m.v., jf. ovenfor afsnit 3.2.1.2. Naturligvis er hensynet til en så vidt mulig parallel dækning af lægemiddelskader og (andre) behandlingsskader ikke i sig selv noget tungtvejende argument for den danske regel, så længe en dansk lægemiddelforsikringsordning ikke er etableret, men pointen i denne sammenhæng er blot at understrege, at der ikke ses at være nogen grund til på forhånd at gå ud fra, at de to forsikringsordninger nødvendigvis må bygge på forskellige synspunkter.

Konklusionen er da også blevet en efterhånden almindelig tilslutning til, at der bør være en vis, *generel* dækning af komplikationsrisikoen, der opfanger de tilfælde, hvor det ville være stødende, om patienten ikke fik erstatning.²⁵⁹ Svagheden ved en sådan regel er, at grænsen for, hvad patienten må tåle, vil være vanskelig at trække, og at konkrete rimelighedsskøn vil indebære dels en administrativ belastning, dels en risiko for en uensartet og vilkårlig praksis. Et forslag²⁶⁰ om at udmønte reglens erstatningskriterier i et slags »listesystem« med vejledende eksempler, baseret på eksisterende lægevidenskabelige undersøgelser, på typetilfælde, der – i hvert sædvanligvis – måtte anses for at ligge henholdsvis over og under »tålegrænsen«, er ikke blevet fulgt op.

Reglen i nr. 4 nøjes imidlertid ikke med at opstille et rimelighedskriterium. Reglens 2. pkt. indeholder en *udtømmende angivelse af de kriterier, som skal indgå i fastlæggelsen af tålegrænsen*.²⁶¹ Kriterierne er:

- (1) Der skal tages hensyn til »dels skadens alvor, dels patientens sygdom og helbredstilstand i øvrigt«; heri ligger, at omfanget af den indtrådte skade skal sættes i forhold til grundsygdommens alvor og patientens generelle helbredstilstand; skaden skal således vurderet på denne baggrund have en »relativt« *alvorlig karakter*, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.1.;
- (2) der skal endvidere tages hensyn til »skadens sjældenhed og mulighederne i øvrigt for at tage risikoen for dens indtræden i betragtning«;

258. Jf. *Rapport* s. 105.

259. Dette gælder dog ikke for Finland, uanset forslaget herom i Kommittébetänkande 1982:29 s. 54; se om Norge, *Kirsti Strøm Bull* i Lov og Rett 1989 s. 251, *Sten Foyrn*: Pasientforsikring s. 273 f og NOU 1992:6 s. 77 f og 94.

260. Jf. *Rapport* s. 108 og 121 f; se også *ibid.* s. 196 om synspunktets betydning for valget af »tærskel« for erstatningsberettigelsen og *Bo von Eyben*: Patientforsikring s. 239 og sm.: Lægeansvar s. 243 f.

261. Jf. NOU 1992:6 s. 78; kriterierne i det norske forslags regel er dog formuleret mere bredt end i den danske regel (jf. ovenfor kap. 1, afsnit 6.3.), hvilket bl.a. må ses i sammenhæng med, at den norske regel tillige skal rumme *facit*ræsonnementet, jf. ovenfor afsnit 3.3.3.

heri ligger et krav om, at skadens indtræden skal være kommet *uventet*, således at der skal foreligge en generelt set *sjældent forekommende* komplikation, som man heller ikke i det konkrete tilfælde havde grund til at regne med, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.2.

Betingelserne gælder *kumulativt*. Området for bestemmelsen er således komplikationer, hvis *alvor står i misforhold til grundsygdommen* og patientens tilstand i øvrigt, og som indtræder så *sjældent og også konkret uventet*, at man normalt ikke regner med risikoen herfor. De to betingelser kan imidlertid ikke gives en »absolut« udformning, uafhængigt af hinanden; der skal foretages en *samlet vurdering* af, om skaden ud fra disse kriterier går ud over, hvad patienten med rimelighed må tåle, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.3.

3.4.2. Kriterier for dækning

3.4.2.1. Skadens relative alvor

»Tålegrænsen« skal baseres på en sammenligning mellem på den ene side den indtrådte skades alvor og på den anden side alvoren af den sygdom, som behandlingen blev givet imod. Man må derfor danne sig en forestilling om, hvordan patientens helbredstilstand med overvejende sandsynlighed ville have været, såfremt behandlingen ikke var blevet iværksat, eller behandlingen kun havde medført sådanne komplikationer, som man normalt må regne med ved den pågældende behandling. Heri indgår derfor også en vurdering af patientens generelle helbredstilstand, idet ikke kun karakteren af grundsygdommen, men også patientens fysiske og psykiske konstitution i almindelighed kan have betydning for den normale komplikationsrisiko og for, hvilket forløb grundsygdommen sandsynligvis ville have haft ubehandlet. 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. Misforholdet består da i, at man – med kendskab til den faktisk indtrådte skade – kan sige, *at det for denne patient ville have været bedre, om behandlingen slet ikke var blevet sat i værk*. Som et vejledende princip²⁶² vil betingelsen derfor i almindelighed være opfyldt, *hvis behandlingen medfører en større grad af helbredsforringelse, end grundsygdommen ubehandlet sandsynligvis ville have medført*. Afgørende er alene det *kvantitative omfang af helbredsforringelsen*; det er således ikke tilstrækkeligt, at den indtrådte komplikation indebærer

262. Jf. om den svenske lægemiddelforsikring, *Oldertz: Patient- och läkemedelsförsäkringarna* s. 396, og *Bo von Eyben og Steen Loiborg* i J 1992 s. 376.

Kap. 3-3.4.2.1.

skadevirkninger, som er kvalitativt forskellige fra de følger, som ellers måtte påregnes af grundsygdommen, hvis dog f.eks. varigheden af patientens uarbejdsdygtighed eller omfanget af et erhvervsevnetab ikke adskiller sig herfra.²⁶³

Heraf følger også, at der *ikke* kan opstilles *absolutte* krav til den indtrådte skades alvor. Det kan således hverken gøres til en *nødvendig* betingelse, at komplikationen medfører en varig helbredsforringelse (invaliditet), eller til en *tilstrækkelig* betingelse, at den har sådanne følger. Selv om det førstnævnte har en vis støtte i *Rapport* (– – – »ved »alvorlig« skade kan rimeligvis forstås skade, som medfører invaliditet (varig helbredsforringelse) eller død – – –«²⁶⁴), kan dette efter *mot.* ikke fastholdes.²⁶⁵

»Hvis grundsygdommen ubehandlet indebærer en nærliggende risiko for alvorlig invaliditet eller for patientens død, må der også accepteres en betydelig risiko for alvorlige komplikationer i forbindelse med behandlingen af den. Mindre alvorlige komplikationer må sædvanligvis også accepteres i forbindelse med behandling af en sygdom, der ikke er ganske harmløs. Ved vurderingen af, hvilken risiko for komplikationer patienten må acceptere, må der også tages hensyn til de nærmere omstændigheder omkring undersøgelsen og behandlingen, herunder bl.a. at tidsfaktoren undertiden kan gøre det nødvendigt at løbe en større risiko, end man normalt ville løbe«.

Grundprincippet er således, at jo mere alvorlig grundsygdommen er, jo større komplikationsrisiko må patienten tåle uden erstatning.²⁶⁶ Det er rigtigt, at det af det citerede kan udledes,²⁶⁷ at også mindre alvorlige komplikationer omfattes af reglen, hvis grundsygdommen er »ganske harmløs«, men det må erindres, at erstatningsberettigelsen *tillige* forudsætter, at kravet til komplikationens sjældenhed er opfyldt. Dette er dog næppe særligt praktisk, da en forholdsvis stor komplikationsrisiko ikke vil være acceptabel ved behandling af en harmløs lidelse; allerede reglen i nr. 1 ville da formentlig føre til, at behandlingen ikke skulle være sat i værk. En særligt lav »tålegrænse« er derfor mere relevant i tilfælde, hvor patienten slet *ikke er syg*, idet skaden indtræder i forbindelse med rent *forebyggende* foranstaltninger eller *undersøgelser* af patienten.

I *mot.* nævnes som eksempel herpå skader i forbindelse med *vaccinationer*.²⁶⁸ Eksemplet er mindre relevant, efter at de fleste vaccinationer blev undtaget fra lovens dækning, jf. ovenfor kap. 2, afsnit 5. Indtræder der skader som følge

263. Jf. herved *Bo von Eyben*: Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg s. 61.

264. *Rapport* s. 94.

265. *Mot.* sp. 3292.

266. Jf. tilsvarende NOU 1992:6 s. 94.

267. Jf. *P. Sølling*: Patientforsikringsloven s. 44.

268. Jf. *mot.* sp. 3293.

af andre forebyggende foranstaltninger, må udgangspunktet være, at *enhver komplikation* opfylder kravet om »relativ« alvor. Det må i den forbindelse erindres, at beløbsgrænsen for erstatningsberettigelse i § 5, stk. 2, under alle omstændigheder medfører, at mindre omfattende skader ikke dækkes af PFL. Man kan derfor i disse tilfælde vanskeligt forestille sig situationer, hvor beløbsgrænsen er overskredet, uden at den relative alvor er til stede.²⁶⁹ En dækning af også helt bagatelagte komplikationer kan således kun tænkes i tilfælde, hvor beløbsgrænsen ikke gælder, dvs. ved skader, der rammer sunde forsøgspersoner og donorer, jf. nedenfor kap. 4, afsnit 2.

Ved skader i forbindelse med *undersøgelse* af patienten er det afgørende, om *grundsygdommens alvor* skal vurderes efter en (specialist)*forhånds-vurdering* eller efter et *facitråsonnementet*. Dette får særlig betydning i forbindelse med skader forårsaget ved *diagnostiske indgreb* (undersøgelsesoperationer), idet selve indgrebet – hvis det som sådant lykkes – giver den viden om karakteren og af alvorren af patientens (eventuelle) sygdom, som var baggrunden for, at det overhovedet blev foretaget. Den udtrykkelige fremhævelse i bestemmelsen af, at den bl.a. omfatter skader ved diagnostiske indgreb, forudsætter ganske klart, at *grundsygdommens alvor skal vurderes efter facitråsonnementet*. Hovedeksemplet på erstatningsberettigende skader ved diagnostiske indgreb er skader i forbindelse med røntgenundersøgelser ved injektion af kontraststof (angiografi og arteriografi). Disse undersøgelser er nødvendige ved mistanke om visse alvorlige sygdomme, f.eks. om at patienten har en svulst i hjernen. I forbindelse med dette indgreb kan det forekomme, at en forkalkning, som er dannet i en blodåre, stødes løs og føres med blodet til hjernen, hvor den kan medføre alvorlig skade. Indtræder der en sådan skade *samtidig* med, at indgrebet viser, at patienten *ikke* havde en hjernesvulst, er grundlaget for tilkendelse af erstatning efter nr. 4 til stede.²⁷⁰ I dette tilfælde er misforholdet mellem komplikationens og grundsygdommens alvor klart til stede, men det er kun med »facit« i hånden (undersøgelsesresultatet), at man kan fastslå dette. Hvis undersøgelsen derimod *bekræfter* mistanken om en alvorlig sygdom, vil der sædvanligvis ikke foreligge noget misforhold, og patienten bliver derfor ikke berettiget til erstatning for komplikationen.²⁷¹

269. Jf. *Rapport* s. 119 (om den vurdering, der skulle være anlagt ved vaccinationsskader). Det norske forslag indeholder en særskilt regel om erstatning for vaccinationsskader, som indtræder »upåregneligt«, jf. NOU 1992:6 s. 95; det ses imidlertid ikke, at særreglen fører til andre resultater, end anvendelse af den almindelige regel ville have gjort.

270. Jf. *mot.* sp. 3292-3.

271. Jf. om Sverige, *Oldertz*: Patient- och läkemedelsförsäkringarna s. 391 og *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 98 f, om Finland, Kommittébetänkande 1982:29 s. 54 f, og om Norge, NOU 1992:6 s. 77.

Kap. 3-3.4.2.1.

Som eksempler på, at erstatning er tilkendt efter den svenske regel om skader ved diagnostiske indgreb, kan nævnes et tilfælde,²⁷² hvor der på en mistanke om en svulst i knæet blev foretaget en explorativ operation (visuel undersøgelse), der intet abnormt viste, men som medførte yderligere nerveskade forårsaget af blødning i operationsområdet, og et tilfælde,²⁷³ hvor der på en mistanke om en svulst i ørespytkirtlen foretoges en operation med borttagelse af den yderste del af kirtlen (parotidectomi), hvilket afkræftede mistanken; nævnet fastslog, at patienten var berettiget til erstatning for de skadelige følger, som indgrebet måtte have haft. I et andet tilfælde²⁷⁴ gennemførtes gastroskopi (undersøgelse af mavesækken med et særligt instrument) for at undersøge patienten for eventuelt mavesår; ved undersøgelsen fandt man ganske vist to sår, men samtidig medførte indgrebet en irritation, som gav patienten betydeligt synkebesvær; erstatning blev tilkendt for denne komplikation.

Erstatning blev derimod ikke tilkendt i et tilfælde,²⁷⁵ hvor den gennemførtes en angiografisk undersøgelse forud for en by-pass hjerteroperation, hvilket udløste en luftblodprop (emboli), der medførte en hjernestammelæsion med lammelser til følge; undersøgelsesresultatet førte til, at by-pass operationen senere blev gennemført. I dette tilfælde fandtes skaden ikke at overstige grundsygdommens alvor i væsentlig grad, selv om der var tale om skade af en anden karakter. Erstatning blev ligeledes nægtet i et andet tilfælde af en angiografisk undersøgelse,²⁷⁶ der ved forkalkning af hovedpulsåre m.v. blev gennemført til udredning af mulighederne for behandling af forandringer i nyrepulsårer; i forbindelse hermed opstod en blodansamling (hæmatom) ved indstiksstedet, som medførte delvis lammelse af armen. Selv om undersøgelsen ikke viste forandringer i nyrepulsårerne, viste den så udbredte karforandringer i øvrigt, at skaden ikke berettigede patienten til erstatning.

Retspraksis har flere gange haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om erstatningsansvar for skader forårsaget af angiografiske undersøgelser og lign., og resultatet har konsekvent – ud fra culpapreglen – været, at patienterne *ikke* har fået erstatning. Allerede derfor er det ganske misvisende at betegne reglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 4, som blot en »videreudvikling« af nyere (landsrets)praksis²⁷⁷ om erstatning i tilfælde, hvor patienten ikke fejlede noget væsentligt ved ankomsten til sygehuset, men forlader dette med en betydelig invaliditet. I disse tilfælde er det jo netop kun det indgreb, der foretages på sygehuset, som viser, at patienten ikke fejlede noget væsentligt, og domstolene har her klart fastholdt culpapreglens »forhåndsvurdering« og ikke ladet noget facitræsonnementet influere på ansvarsvurderingen.²⁷⁸

272. Jf. Patientskadenämnden 184/89.

273. Jf. *ibid.* 80/88.

274. Jf. *ibid.* 41/89.

275. Jf. *ibid.* 33/88.

276. Jf. *ibid.* 10/88.

277. Jf. *P. Sølling*: Patientforsikringsloven s. 44 f.

278. Jf. *M. Broberg* og *N. Fenger* i *Justitia* 1991 nr. 5 s. 18.

Jf. således UfR 1985.755 H, hvor der på en mistanke om en svulst i rygmarvskanalen blev udført en røntgenundersøgelse med bl.a. punktur af rygmarvskanalen og indsprøjtning af luft. Mistanken om en svulst blev afkræftet ved indgrebet, men der indtrådte komplikationer, som medførte 75% invaliditet. Årsagen til skadens indtræden kunne ikke fastlægges med sikkerhed; den kunne skyldes selve punkturen af rygmarven, men den kunne også skyldes kredsløbsforstyrrelser i hjernestammeområdet på grund af en karlæsion. Retten lagde til grund, at skaden var forårsaget ved indgrebet, selv om den nærmere årsag var uopklaret, men at der ikke var begået nogen fejl; undersøgelsen var velindiceret, og risikoen ved indgrebet kunne ikke i sig selv begrunde ansvar. Patienten fik derfor ikke erstatning. Samme resultat nåedes i UfR 1968.803 V om en arteriografisk undersøgelse af halspulsåren, der blev foretaget på mistanke om en forsnævring heraf. Også her blev mistanken afkræftet ved indgrebet, som imidlertid samtidig medførte betydelig beskadigelse af synsvenen m.v. (65% invaliditet). Også thorotrast-sagerne (UfR 1985.460 Ø og østre landsrets dom af 12/11 1992) kan nævnes som et eksempel (på en mistanke om en hjernesvulst blev der foretaget en røntgenfotografering af hjernen ved hjælp af dette kontraststof; mistanken blev afkræftet, men aflejringer af kontraststoffet i kroppen medførte, at patienterne ca. 30-40 år efter fik leverkræft, som de døde af).

Andre domme om skader i forbindelse med forskellige former for undersøgelsesoperationer viser tilsvarende, at erstatning ikke ydes for selve det forhold, at der indtræder betydelige komplikationer, men eventuelt for følgerne af, at der ikke blev reageret adækvat på symptomer herpå,²⁷⁹ jf. f.eks. UfR 1967.828 H (utilstrækkeligt tilsyn med patient, hos hvem der opstod et hæmatom efter en undersøgelsesoperation, der blev foretaget på mistanke om rygmarvsbetændelse) og UfR 1959.279 H (for sen overførsel af patienten til operativ behandling for en læsion af svælgvæggen, der opstod ved en bronchoskopi).

Skader forvoldt ved diagnostiske indgreb er kun et særligt klart *eksempel* på misforhold mellem komplikationens og grundsygdommens alvor (i de tilfælde, hvor indgrebet viser, at patienten ikke led af nogen alvorlig sygdom). En anden hovedgruppe af skader, der kan udløse ret til erstatning efter reglen i nr. 4, er *nervelæsioner* og lign. i forbindelse med kirurgiske indgreb (i øvrigt). Forskellen er, at behandlingen i disse tilfælde – også efter et facitræsonnement – var motiveret ud fra den diagnosticerede lidelse, og det må derfor nærmere vurderes, om lidelsens sværhedsgrad – navnlig henset til konsekvenserne af *ikke* at foretage det kirurgiske indgreb – bevirker, at den indtrådte skade må anses for at være af underordnet betydning. Som omtalt ovenfor afsnit 3.2.1.2. har nyere (østre) landsretspraksis i nogle af disse tilfælde tilkendt erstatning på grundlag af en vid udstrækning af culpereglen, som højesteret imidlertid (endnu) ikke har tiltrådt. Den reelle baggrund for disse afgørelser er formentlig de samme

279. Jf. herved B. V. Tidemand-Petersson: Lægeansvar s. 111 ff.

Kap. 3-3.4.2.1.

rimeligheds- og misforholdsbetragtninger, som ligger bag reglen i nr. 4. Forskellen er, at afgørelserne efter PFL kan begrundes direkte hermed, således at man helt undgår en mere eller mindre anstrengt brug af culpaterminologi (med heraf følgende reservation for ansvarsfrihed for den – muligvis helt teoretiske – situation, hvor lægen kan føre det krævede bevis for skadens uundgæelighed), og således, at reglen får en klar hjemmel og rækkevidde.

Der er således ingen tvivl om, at de i afsnit 3.2.1.2. omtalte sager om komplikationer ved kirurgiske indgreb opfylder kravet om relativ alvor (f.eks. UfR 1989.665 Ø: fjernelse af livmoderen – komplikation i form af ødelæggelse af nyre medførende 50% invaliditet; UfR 1985.416 V: udskrabning – komplikation i form af gennembrydning af livmodervæggen med omfattende skader på tarmsystem m.v. til følge, 100% invaliditet). Som dér nævnt har højesteret, om end med dissenser, afvist at statuere ansvar i tilsvarende situationer, selv om der ikke var skabt fuld klarhed over muligheden for at undgå skaden (jf. f.eks. UfR 1978.168 H om beskadigelse af ansigtsnerve ved en mellemøreoperation og UfR 1985.925 H om en nervelæsion ved udtagelse af en prøve til mikroskopi af en knude på halsen; komplikationen indtrådte, da patienten pludselig besvimede under indgrebet).

Som et andet eksempel på en komplikation, som ville være omfattet af reglen i nr. 4, men som ikke blev erstattet efter culpareglen, kan nævnes en utrykt afgørelse²⁸⁰ om en sterilisationsoperation på en patient, som led af astma bronchiale; ved indledningen af narkosen, der foretoges ved intubation, indtraf en massiv bronkospasme (krampelignende sammentrækning af bronkialmuskulaturen, hvorved bronkierne aflukkes), som medførte svær hjerneskade og 100% invaliditet. Skaden var udløst af intubationen, men der var ikke begået nogen fejl.

Som nævnt ovenfor afsnit 3.4.1. er det en betingelse, at komplikationens indtræden *med overvejende sandsynlighed kan henføres til undersøgelsen eller behandlingen* og ikke til selve *grundsygdommen* eller til *patientens tilstand i øvrigt*.

Som eksempel på vanskelighederne ved at afgøre årsagen til en komplikations indtræden kan nævnes afgørelsen i UfR 1973.773 Ø, hvor man efter en operation for en brokklidelse konstaterede, at der var sket en tillukning af det ene bens pulsårer; ifølge Retslægerådet kunne det hverken udelukkes, at dette var en følge af operationen, eller at årsagen var en anden. Det følger af PFL's kausalitetskriterium, at erstatning ikke kan ydes, hvis begge muligheder har lige stor sandsynlighed for sig, eller det ikke er muligt at fastslå den relative sandsynlighed, jf. ovenfor afsnit 2.4.

Fra den midlertidige norske patientforsikringsordning kan nævnes et til-

280. Omtalt i Retslægerådets årsberetning for 1989 s. 32 f.

fælde,²⁸¹ hvor en mand blev behandlet for en aneurisme på hovedpulsåren (dvs. en udvidelse af den som følge af forandringer i arterievæggen), der skyldtes en forkalkning i blodåren; under operationen var det nødvendigt at afklemme flere blodårer til rygmarven, og også forkalkningen nedsatte blodtilførslen hertil med den følge, at der opstod lammelser. Nævnet tog dog i dette tilfælde ikke stilling til kausalitetsproblemet, da patienten under alle omstændigheder måtte acceptere (»tåle«) denne komplikation. I et andet tilfælde fandt man, at komplikationen væsentligst måtte tilskrives særlige forhold hos patienten (ved fjernelse af æggestokke og livmoderhals opstod perforation af tyndtarmen, men indgrebet var vanskeliggjort af betydelige adhæreencer (sammenvoksninger)). Disse eksempler antyder, at også de øvrige betingelser i nr. 4 normalt vil være uopfyldte i tilfælde, hvor kausalitetsspørgsmålet volder tvivl, enten på grund af et manglende misforhold mellem grundsygdom og komplikation, eller fordi forholdene indebar en særlig, øget risiko for komplikationens indtræden.

Selv om en komplikation isoleret betragtet har alvorlige følger for patienten, kan der *ikke* ydes erstatning, *hvis grundsygdommen indebar en nærliggende risiko for alvorlig invaliditet eller for patientens død*, dersom behandlingen ikke var blevet sat i værk, jf. udtrykkeligt *mot.* citeret ovenfor. Ud fra dette princip vil erstatning navnlig kunne være udelukket for komplikationer i forbindelse med kompliceret *hjerne- og hjertekirurgi* og ved kirurgiske indgreb mod *alvorlige kræftlidelser*; dette gælder, selv om komplikationen indtræder så sjældent, at den opfylder kravet om uforudsigelighed.

En vis vejledning kan hentes fra praktiseringen af den svenske undtagelsesregel (forsikringsvilkårenes § 3.1) om, at erstatning ikke ydes for følger af nødvendig behandling mod en sygdom, som ubehandlet er direkte livstruende eller fører til svær invaliditet.²⁸² Et eksempel på, at erstatning nægtes under henvisning til denne regel, er blodpropper (emboli) i forbindelse med operation med brug af hjerte/lungemaskine;²⁸³ trods al forsigtighed kan man ikke udelukke muligheden for, at en luftboble findes tilbage efter tilkoblingen og føres med blodet til hjernen med heraf følgende risiko for hjerneskade, lammelser m.v. Denne komplikation opfylder kravene til sjældenhed (jf. det følgende afsnit), men ikke kravet om relativ alvor. En anden gruppe af tilfælde, der sædvanligvis ikke opfylder kravet, er neurologiske skader i forbindelse med operation for kræft, f.eks. i tilfælde hvor sygdommen har infiltreret en nerve; som nævnt ovenfor kan det i sådanne tilfælde hævdes, at skaden reelt skyldes grundsygdommen, selv om den er *udløst* af indgrebet. Som eksempel kan nævnes operation for kræft i skjoldbruskkirtlen, hvor det kan være nødvendigt at

281. Jf. NOU 1992:6 s. 40.

282. Jf. herom *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 97 f.

283. Jf. Patientskadenämnden 45/88, 33/82 og 192/90.

Kap. 3-3.4.2.1.

dissekere kirtlen og omgivende strukturer, herunder nerverne til stemmebåndene, med risiko for beskadigelse af disse. Også selv om skaden rammer andre nerver eller strukturer, kan komplikationen være af underordnet betydning i forhold til kræftlidelser (f.eks.: skade på femoralisnerven med delvis lammelse af benet til følge ved fjernelse af æggeleder, æggestokke og livmoder;²⁸⁴ perforering af tyktarm i forbindelse med operation for mavekræft²⁸⁵).

I begge tilfældegrupper foreligger der i svensk praksis flere eksempler på komplikationer i forbindelse med større *blødninger*, der indtræffer under operationen. Er blødningen livstruende, må patienten acceptere selv alvorlige komplikationer ved forsøget på at standse den, hvortil kommer – som fremhævet i *mot.*, citeret ovenfor – den øgede risiko ved, at indgrebet skal foretages hurtigt. Erstatning er således blevet nægtet i et tilfælde,²⁸⁶ hvor hovedpulsåren bristede under en operation for lækage på en aortaklapventil, hvilket gjorde det nødvendigt hurtigt at koble en hjerte/lungemaskine til og at frilægge femoralisarterien og -nerven; herved skete en overskæring af nerven til stræk-musklen i det ene lår. Et andet eksempel vedrører en operation for en svulst i bækkenet, hvor blødningsrisikoen erfaringsmæssigt er særligt stor, fordi svulsten dækkes af blodkar; der indtraf herved en omfattende blødning (patienten mistede i alt 25 l blod), og i forsøget på at standse denne skete der en beskadigelse af nerver til det ene ben.²⁸⁷ Endvidere kan nævnes et tilfælde,²⁸⁸ hvor en næsten lige så stor blødning indtraf under en operation for endetarmskræft, hvilket gjorde det umuligt at klarlægge de anatomiske forhold, hvorfor der i forbindelse med forsøget på at standse blødningen skete en beskadigelse af den ene urinleder.

Som et eksempel fra et andet område kan nævnes et tilfælde,²⁸⁹ hvor patienten blev lagt i respirator på grund af akut pancreatitis (betændelse i bugspytkirtlen) med nedsat lungefunktion; der blev nedlagt et venekateter i halsvenen, hvilket sandsynligvis var årsag til en nervebeskadigelse, der medførte lammelse af den ene skulder. Også her fandt undtagelsesreglen anvendelse, idet grundsygdommen var livstruende eller indebar risiko for alvorlig invaliditet. I et andet, tilsvarende eksempel²⁹⁰ havde patienten utilstrækkeligt blodomløb i det ene ben, hvilket kunne resultere i vævsdød; ved indsprøjtning af alkohol til blokering af nervetråde (sympatichusblokade) skete der beskadigelse af andre nerver.

Endnu klarere er det naturligt, at erstatning ikke kan ydes, når der indtræder en *mindre alvorlig skade* i forbindelse med behandling for en forholdsvis alvorlig sygdom.

284. Jf. *ibid.* 204/90.

285. Jf. *ibid.* 120/88.

286. Jf. *ibid.* 86/87.

287. Jf. *ibid.* 118/88.

288. Jf. *ibid.* 77/88.

289. Jf. *ibid.* 50/88.

290. Jf. *ibid.* 115/88.

Som eksempel²⁹¹ kan nævnes en (sjælden) komplikation ved mavesårsoperationen vagotomi (overskæring af de syrestimulerende nerver), bestående af læsion af spiserøret; denne skade kan udbedres straks eller ved senere behandling. Fra svensk praksis kan nævnes et tilfælde,²⁹² hvor der ved spinalanæstesi (indsprøjtning af bedøvelsesmiddel i lumbaldelen af rygsøjlen) skete en lækage af spinalvæske gennem punkturhullet, hvilket forårsagede en længerevarende hovedpine. Også denne komplikation opfylder kravet om sjældenhed, og afgørende bliver derfor alvoren af den sygdom, som operationen gennemførtes imod. I det konkrete tilfælde drejede det sig om en operation for en broklidelse, og spørgsmålet om den »relative« alvor afhænger derfor af en konkret vurdering af denne lidelses alvor; betingelsen er f.eks. ikke opfyldt, hvis det drejer sig om et indeklemt brok med tarmslyng.

Den vanskelige afvejning vil ligge i *mellemtilfældene*, dvs. tilfælde, hvor grundsygdommen hverken er harmløs eller indebærer risiko for svær invaliditet eller død, og hvor der indtræder komplikationer, som hverken er af rent forbigående karakter eller medfører nogen sværere, varig helbredsforringelse. Udgangspunktet er som nævnt, at der så vidt muligt må foretages en rent kvantitativ sammenligning mellem omfanget af den helbredsforringelse, der skyldes den indtrådte komplikation, og den helbredsforringelse, der måtte forventes, hvis behandlingen ikke var blevet sat i værk. Er den førstnævnte større end den sidstnævnte, er der en *formodning* for, at kravet om relativ alvor er opfyldt. Det vil dog formentlig kun sjældent være muligt at gennemføre en sådan umiddelbar sammenligning, f.eks. af den invaliditetsgrad (méngrad og/eller grad af erhvervsevnetab), som faktisk foreligger, over for den, der ellers måtte forventes.

Som et eksempel på, at der muligvis kunne fastsættes to méngrader som grundlag for vurderingen af den relative alvor, kan fra svensk praksis nævnes et tilfælde,²⁹³ hvor patienten blev opereret for højresidige hemifacialspasmer (ufrivillige ansigtstrækninger); operationen lykkedes, men der opstod herunder en forstyrrelse af cirkulationen i det indre øre, som medførte døvhed på dette øre samt ødelæggelse af en balancenerve.²⁹⁴ Høretab på et øre vurderes efter gældende méntabeller til 10%, og balanceforstyrrelsen ville formentlig skulle vurderes til yderligere 5-10% mén; der er næppe tvivl om, at den samlede

291. Jf. *Rapport* s. 99; dog fremgik det af eksemplerne i afsnit 3.2.1.1., at man i Sverige ikke har anset denne skade for at være uundgåelig.

292. Jf. Patientskadenämnden 100/89.

293. Jf. *ibid.* 185/89.

294. Patienten fik ikke erstatning herfor efter de svenske regler, da skaden betragtedes som uundgåelig med den valgte metode. Det fremgik, at indgrebet kunne foretages enten bag øret eller under øjet, hvilket man således har opfattet som et spørgsmål om metodevalg, jf. herved ovenfor afsnit 3.3.1. Noget andet er, at ligeværdighedsbetingelsen næppe ville være opfyldt, da operatøren anbefalede indgreb bag øret, idet man herved undgik ardannelse i ansigtet.

Kap. 3-3.4.2.1.

méngrad herefter overstiger den méngrad, som grundsygdommens følger skulle vurderes til, hvis disse var varige.

Hvor vurderingen af den relative alvor volder *tvivl* (f.eks. fordi det ikke kan fastslås, hvilke følger grundsygdommen ubehandlet ville have haft), eller hvor vurderingen munder ud i, at følgerne må betragtes som *omtrent lige alvorlige*, følger det af sammenhængen mellem de to parametre i nr. 4 (2. pkt.), at der må lægges *afgørende vægt på sjældenheden* af den pågældende komplikation: Jo mere sjælden komplikationen er, jo mindre er kravene til den relative alvor – om end kravet om, at der skal være lidt et tab, begrænser betydningen af dette synspunkt, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.3. Er det derimod *klart*, at grundsygdommens følger ville være mere omfattende end følgerne af den indtrådte komplikation, kan der som udgangspunkt ikke ydes erstatning, *uanset* sjældenheden af den pågældende komplikation.

Som nævnt ovenfor afsnit 3.4.1. gælder der *ikke* særlige regler for de komplikationer, som skyldes *infektioner*. Der stilles således samme krav om, *at* infektionen skal være en følge af undersøgelse eller behandling, og *at* dens følger skal stå i misforhold til grundsygdommens alvor. Den førstnævnte betingelse er ikke opfyldt, blot fordi patienten pådrager sig en infektion *under* sygehusopholdet (f.eks. en almindelig infektionssygdom ved smitte fra en medpatient eller fra sygehuspersonalet). Det smitstof, som forårsager infektionen, skal være påført patienten *i forbindelse med en helbredelsesforanstaltning*, som er omfattet af PFL. Selv om infektionen er opstået i forbindelse hermed, er betingelsen dog ikke opfyldt, hvis den – overvejende – må henføres til grundsygdommens følger eller patientens helbredstilstand i øvrigt. Hvis det er overvejende sandsynligt, at infektionen hidrører fra patientens egne bakterier (f.eks. ved indgreb i et inficeret område eller i øvrigt i et område, hvor de pågældende bakterier er naturligt forekommende) eller er en følge af nedsat immunforsvar el. lign. hos patienten, kan der ikke ydes erstatning, hvilket svarer til reglerne i Sverige. Forskellen fra den svenske regel er på dette punkt, at undtagelsesreglen dér er absolut, for så vidt som erstatning ikke ydes, selv om infektionen kunne være undgået (medmindre der ligefrem foreligger culpa), mens det efter PFL må vurderes, om skaden opfanges af en af reglerne i nr. 1-3.²⁹⁵

Er indgrebet derimod foretaget i et bakteriologisk set »rent« område (f.eks. orthopædiske indgreb), kan der opstilles en vis formodning for, at infektionen er forårsaget herved. I så fald erstattes skader herved uden

295. Se hertil *Sten Foyn: Patientforsikring* s. 266 (der på grund af bevisproblemer vil foretrække den retsteknisk enklere svenske regel; herved overses dog tilsyneladende, at man som nævnt i Sverige yder erstatning i tilfælde af culpa, jf. ovenfor afsnit 3.1.1. og *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 106).

videre efter reglerne i Sverige (og efter det norske forslag), hvorimod reglen i nr. 4 giver en snævrere dækning, da kravet om »relativ« alvor (og sjældenhed) skal være opfyldt på samme måde som ved andre komplikationer.

Forskellen indsnævres dog ved, at den ovenfor omtalte svenske undtagelsesregel vedrørende livstruende sygdom gælder generelt og derfor også afskærer patienten fra erstatning for selv alvorlige følger af infektioner, hvis grundsygdommen ellers ville være livstruende m.v. Erstatning er derfor ikke blevet tilkendt ved hjerteoperationer, hvor patienten tilføres store mængder blod og blodplasma, der viser sig et være inficeret med hepatitis non A non B, som kan medføre gulsot eller leverskade;²⁹⁶ denne smittekilde kan ikke med nogen eksisterende teknik identificeres i blod eller blodprodukter. Det er klart, at betingelsen om »relativ« alvor i PFL §2, stk. 1, nr. 4, heller ikke er opfyldt i sådanne tilfælde. Tilsvarende gælder muligvis i tilfælde, hvor proteser går løs som følge af infektion (f.eks. et tilfælde,²⁹⁷ hvor patienten på grund af svær slidigt havde fået indsat en kunstig hofte, som senere løsnede sig, formentlig på grund af en – sjælden – infektion; erstatning blev ikke tilkendt, da hofteledelsen oftest medfører alvorlig invaliditet, hvis der ikke gennemføres operation).

Nyere eksempler på infektionsskader foreligger ikke i dansk retspraksis. Seneste sag synes at være UfR 1952.352 H om smitte med syfilis ved blodtransfusion; erstatning blev ikke tilkendt for selve smitten, da tiden ikke tillod, at man afventede en blodprøve af donor; dette må der som tidligere nævnt også tages hensyn til efter PFL. Andre domme omhandler smitte fra plejepersonalet, jf. f.eks. UfR 1951.925 Ø, hvilket som nævnt ikke dækkes af PFL, medmindre smitten overføres til patienten i forbindelse med selve behandlingen, jf. f.eks. UfR 1946.1007 Ø. Der foreligger således ikke eksempler på, hvordan afvejningen af den »relative« alvor skal ske ved infektioner, som ikke er forårsaget ved indgreb mod meget alvorlige sygdomme.

3.4.2.2. Skadens forudsigelighed

For at erstatning kan ydes efter §2, stk. 1, nr. 4, er det ikke tilstrækkeligt, at undersøgelsen eller behandlingen har medført en »nettoforringelse« af patientens helbredstilstand. Ethvert operativt indgreb indebærer en vis risiko for komplikationer. Hvis retten til erstatning alene var betinget af »relativ« alvor i den ovenfor omtalte forstand, ville det reelt være ensbetydende med, at PFL opstillede en garanti for, at patienten ville være bedre tjent med behandlingen end med at have været den foruden. Heller ikke komplikationsrisikoen kan imidlertid dækkes efter et garantisyndspunkt, jf. ovenfor afsnit 3.1.1. I det omfang risikoen kan siges at være *kalkuleret*, må patienten tåle den uden ret til erstatning. Er risikoen

296. Jf. Patientskadenämnden 17/88 og 84/88.

297. Jf. *ibid.* 117/89; se også 230/89.

Kap. 3-3.4.2.2.

derimod så ringe eller fjernliggende, at den ikke indgår med nogen betydende vægt i overvejelserne om behandling og behandlingsform, er grundlaget for at tilkende erstatning til stede. De komplikationer, som patienten ikke skal tåle, er de, der indtræder så uventet, at der ikke var nogen grund til at tage risikoen for deres indtræden i betragtning.

Der skal derfor efter reglen i nr. 4 tages hensyn til »skadens sjældenhed og mulighederne i øvrigt for at tage risikoen for dens indtræden i betragtning«. Det er således et krav, at komplikationen *generelt skal være sjældent forekommende*, og at der *ikke* – selv om denne betingelse måtte være opfyldt – foreligger *særlige omstændigheder* i det konkrete tilfælde, der bevirker, at risikoen for denne patient var større end den generelle risiko. Principielt gælder det modsatte dog også, hvis den konkrete patient frembyder en mindre risiko end normalt, men dette har dog formentlig kun praktisk betydning i tilfælde, hvor det er muligt at differentiere risikogrupper efter forskellige kriterier; kan patienten placeres i en sådan risikogruppe, er størrelsen af risikoen i denne afgørende, hvad enten det er en høj- eller lavrisikogruppe i forhold til gennemsnittet.

Foreligger der ikke sådanne konkrete omstændigheder, bliver den rent *statistiske forekomst* af den pågældende komplikation afgørende. I *mot.* siges der herom:²⁹⁸

»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. Det er principielt uden betydning, om lægen har informeret patienten om den pågældende risiko, men bestemmelsen vil typisk omfatte sådanne komplikationer, som ikke er omfattet af lægens informationspligt, dvs. de meget sjældne komplikationer. Der kan ikke opstilles bestemte grænser baseret på den statistiske hyppighed af den pågældende komplikation, men hyppigheden vil være et af de momenter, der indgår i vurderingen af, om den går ud over, hvad patienten må tåle, fordi risikoen måtte anses for at være så ringe, at der ikke var grund til at tage den i betragtning.«

Der kan således *ikke* opstilles noget bestemt krav til den statistiske forekomst. *Rapportens* karakteristik af »sjældne« komplikationer som de, der højst indtræder »ved et par procent« af de pågældende indgreb,²⁹⁹ skal således kun ses som en praktisk opdeling af de eksempler, der blev fremdraget. Det er imidlertid givet, at reglen må afgrænses *snævert*, således

298. *Mot.* sp. 3293.

299. *Jf. Rapport* s. 94.

at der stilles betydelige krav til sjældenheten.³⁰⁰ Tilsvarende gælder som betingelse for, at en (kendt) komplikationsrisiko ikke er omfattet af lægens informationspligt, men heller ikke reglerne herom giver mulighed for opstilling af en bestemt grænse.

Undertiden anføres, at informationspligten indtræder, når komplikationshyppigheden overstiger 1%.³⁰¹ En sådan – eller nogen anden – grænse har imidlertid ingen støtte i gældende regler om lægers informationspligt. Reglerne herom blev ved lov nr. 351 af 14/5 1992 lovfæstet ved ændringerne af lægelovens §6; i bemærkningerne hertil understregedes det, at lægens pligt til at egen drift at give patienten information også omfatter oplysninger om risikoen for eventuelle komplikationer, og det tilføjedes, at informationspligten skærpes, jo mere nærliggende og alvorlige komplikationer der kan være ved et foreslået indgreb eller en behandling, jf. herved §4 i cirk. nr. 163 af 22/9 1992 om information og samtykke. Det er herved klart forudsat, at komplikationsrisikoen kan være så ringe, at lægen som udgangspunkt ikke har pligt til at informere om den af egen drift, men da der også skal tages hensyn til andre faktorer (herunder navnlig, hvor alvorlig komplikationen i givet fald er, men også til patientens tilstand og ønsker), kan en absolut grænse ikke opstilles. Væsentlige hensyn taler imod princippet om »fuld« information, først og fremmest ønsket om at skåne patienten for unødigt ængstelse over risici af nærmest teoretisk karakter.³⁰²

Nogen klar grænse kan heller ikke opstilles på grundlag af retspraksis om den erstatningsretlige betydning af informationspligten. Denne praksis vedrører hovedsagelig spørgsmålet om, hvorvidt en krænkelse af informationspligten medfører ansvar for skader ved behandlingen, som ikke (i øvrigt) kan tilregnes lægen efter culpereglen, jf. nedenfor kap. 5, afsnit 3.2. Som det vil fremgå her, er dette spørgsmål ikke ganske afklaret. I UfR 1991.774 Ø blev det tillagt betydning, at en kiropraktor ikke havde informeret patienten om en yderst sjælden risiko ved behandlingen (omkring 0,001%), men dommen kan ikke tages til indtægt for, at informationspligten herved generelt blev skærpet. Dette bekræftes af den senere højesteretsdom (UfR 1992.404 H) om en sjælden bivirkning af prednison (osteoneose; forekomst: 2 tilfælde af 1000 gennem en 16-års periode, dvs. 0,2%), hvor alle højesteretsdommere var enige om, at lægen ikke havde haft pligt til at informere patienten herom; heller ikke ved en tidligere rejst klagesag fandt Sundhedsstyrelsen grundlag for at udtale kritik af lægens undladelse af at informere om en så sjælden komplikation. Forskellen mellem de to domme beror bl.a. på forskelle i grundsygdommens alvor, jf. nærmere kap. 5, afsnit 3.2.

300. Jf. også *ibid.* s. 107; se herved NOU 1992:6 s. 78, hvor kravet formuleres således, at komplikationens indtræden må fremtræde mere som en »statistisk« end som en »reel« mulighed for patienten. Efter de svenske regler tages der (fortsat) ikke hensyn til sjældenheten, jf. herved *Oldertz: Patient- och läkemedelsförsäkringarna* s. 390 f.

301. Jf. f.eks. *E. Segest* og *F. Petersen* i *Nord Med* 1986;101: 249.

302. Jf. herved *Redegørelse afgivet af en af sundhedsstyrelsen nedsat arbejdsgruppe om samtykke og information i Ugeskr Læger* 1982;144: 736-7.

Kap. 3-3.4.2.2.

Lægens informationspligt *skærpes* således, jo mere alvorlig den pågældende komplikation er. I relation til erstatningsberettigelsen efter reglen i nr. 4 kan der derimod *slækkes* på kravene til komplikationens sjældenhed, jo større misforholdet mellem grundsygdommens og komplikationens alvor er, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.3. Allerede derfor kan der ikke være kongruens mellem reglens krav til komplikationens sjældenhed og området for de komplikationer, som ikke er omfattet af lægens informationspligt.

Dertil kommer yderligere, at vurderingen af skadens forudsigelighed nødvendigvis bliver mere skønsmæssig i tilfælde, hvor der ikke foreligger (større) undersøgelser om hyppigheden, eller hvor foreliggende undersøgelser ikke viser entydige resultater³⁰³ – medmindre disse forskelle kan forklares med forskelle i specialiseringsgrad på de sygehusafdelinger, der indgik i undersøgelserne; i så fald er hyppigheden på de *mest* specialiserede afdelinger afgørende.

I UfR 1978.168 H om beskadigelse af ansigtsnerven ved en mellemøreoperation er således omtalt en større tysk undersøgelse, der viste en frekvens af denne komplikation på mellem 4,6% og 11%, mens en mindre undersøgelse fra et dansk sygehus viste, at denne skade kun var indtrådt ved 2 ud af 700 operationer (dvs. lidt under 0,3%). Hvis de tyske undersøgelsesresultater lægges til grund, er det givet, at kravet til komplikationens sjældenhed ikke er opfyldt, mens det er lige så klart, at kravet er opfyldt, hvis man følger resultatet af den danske opgørelse. Retten fandt i øvrigt ikke i denne sag, at lægen havde haft pligt til at informere om risikoen ved indgrebet, som var klart indiceret.

Et andet eksempel er stemmebåndslammelser forårsaget ved operation for struma (forstørrelse af skjoldbruskkirtlen). Af nogle klagesager herom fremgik, at denne komplikation indtræder med en hyppighed på 1-5%, men at hyppigheden er under 1%, hvis man alene inddrager meget specialiserede afdelinger.³⁰⁴ Det følger af sammenhængen med reglen i §2, stk. 1, nr. 1, at det sidstnævnte tal må være afgørende for vurderingen efter nr. 4.³⁰⁵ Derimod kan der ikke tages hensyn til eventuelle endnu lavere tal fra specialafdelinger på udenlandske sygehuse, hvis ressourcemæssige forhold er årsagen til, at tilsvarende resultater ikke kan nås på danske sygehuse. Er der betydelig forskel på komplikationsrisikoen på en almindelig og på en specialiseret

303. Jf. *Rapport* s. 107.

304. Jf. *Segest: Patients' Complaints* s. 84 f og 95 f med note 16; om vurderingen af informationspligten i disse tilfælde, se eksempler anført af *E. Segest og F. Petersen* i *Nord Med* 1986;101: 247 samt Patientklagenævnet 1990 s. 40 (Sundhedsstyrelsen havde udtalt, at komplikationsrisikoen var på mellem 0,5 og 1,8% og havde ikke fundet anledning til at udtale kritik af, at det ikke var sædvane at informere herom; Patientklagenævnet hæftede sig derimod ved en journaltilførsel, hvoraf det skulle fremgå, at det var afdelingens opfattelse, at der indtræder større eller mindre komplikationer ved ca. 10% af strumaoperationer, og nævnet fandt på den baggrund, at information om risikoen skulle være givet).

305. Noget andet er, at denne komplikation muligvis ikke opfylder kravet om »relativ« alvor, jf. NOU 1992:6 s. 39.

(dansk) sygehusafdeling, kan patienten blive berettiget til erstatning allerede efter reglen i nr. 1, dersom en erfaren specialist af den grund ville have henvist patienten til specialafdelingen, jf. ovenfor afsnit 3.2.1.1. I så fald afhænger erstatningsberettigelsen ikke af, at betingelserne i nr. 4 er opfyldt.

På tilsvarende måde kan der ikke tages hensyn til, at infektionshyppigheden er større på det sygehus eller på den afdeling, hvor patienten blev behandlet, end den er generelt.³⁰⁶ Som nævnt ovenfor afsnit 3.4.2.1. tænkes der herved ikke på risikoen for at pådrage sig almindelige infektionssygdomme under sygehusopholdet, da dette falder uden for PFL, men kun på infektioner, der påføres patienten i forbindelse med behandlingen. Også her gælder naturligvis, at en lavere hygiejnestandard el. lign. på den konkrete afdeling kan udløse ansvar allerede efter reglen i nr. 1.

De foreliggende eksempler på komplikationer, hvorom der foreligger oplysninger om den statistiske hyppighed (bl.a. nogle af de i forrige afsnit nævnte), synes at vise, at afgrænsningsproblemet måske ikke er så stort endda, idet hyppigheden af nogle komplikationer ligger under 1% og dermed klart opfylder kravet om sjældenhed, mens hyppigheden ved andre komplikationer er så meget større, at de lige så sikkert ikke opfylder betingelsen. Hermed være *ikke* sagt, at grænsen ligger ved en hyppighed på 1%, og heller ikke, at man ubetinget kan bygge på vurderingen i klagesager om, hvorvidt risikoen var omfattet af informationspligten, jf. ovenfor; dette hindrer dog ikke, at der er en *typisk* sammenhæng, jf. *mot.* citeret ovenfor.

Et klart eksempel er således de i forrige afsnit omtalte skader i forbindelse med angiografiske undersøgelser og lign. I UfR 1968.803 V henviste Retslægerådet således til en større dansk undersøgelse, omfattende over 11.000 operationer af denne art, der viste, at der var indtruffet 7 dødsfald og 81 alvorlige komplikationer i øvrigt, hvilket giver en hyppighed på under 0,8%. Risikoen for disse komplikationer er ikke omfattet af lægens informationspligt.³⁰⁷ I UfR 1967.828 H (om lammelser som følge af en blodansamling i forbindelse med en undersøgelsesoperation, der var foranlediget af en mistanke om en rygmarvsbetændelse) henvistes til et statistisk materiale på 1.248 tilfælde, hvor der ikke var et eneste eksempel på en tilsvarende komplikation. I UfR 1973.773 Ø (om tillukning af det ene bens pulsåre ved operation for en broklidelse) anførte Retslægerådet, at hyppigheden formentlig var »under 1%«, om end denne vurdering ikke var baseret på noget statistisk materiale.

Et andet eksempel (der ikke har foreligget i trykt retspraksis) er galdegangslæsioner i forbindelse med fjernelse eller udvidelse af galdeblæren, der skyldes, at galdevejenes anatomi er meget varierende; komplikationsrisikoen angives

306. Jf. sundhedsministerens besvarelse af spørgsmål 8 fra Folketingets Sundhedsudvalg (ad lovforslag nr. L 151, FT 1987-88, 1. samling).

307. Jf. f.eks. *Segest: Patients' Complaints* s. 86.

Kap. 3-3.4.2.2.

at være 1 ud af 300-400, dvs. omkring 0,3%. I et konkret tilfælde³⁰⁸ fandt Retslægerådet derfor, at skaden måtte betragtes som et hædeligt uheld, mens Sundhedsstyrelsen i modsætning hertil fandt, at de anatomiske forhold var ganske normale, og at operatøren ikke havde udvist den nødvendige omhu. Skaden opfyldte dog næppe kravet om »relativ« alvor.

Samme størrelsesorden angives i et tilfælde fra svensk praksis³⁰⁹ om en øreoperation ved nedsat hørelse på det ene øre (stapedektomi, dvs. udskiftning af stigbøjlen med et rør eller en tråd), hvorefter hørelsen på øret forsvandt formentlig på grund af en blødning fra et sprængt blodkar.

Som eksempler på, at komplikationsrisikoen er for stor til, at kravet om sjældenhed er opfyldt, kan nævnes en beskadigelse af nervus inguinal (lysken) ved en lumbal sympatichusblokade med fenol (blokering af nerve-tråde), forårsaget ved en spredning af blokademidlet til nærliggende nerverødder eller nervegrene, der løber i tilslutning til injektionsområdet;³¹⁰ denne komplikation betragtes som uundgåelig, og hyppigheden angives at være ca. 10%. Urinrørsforsnævring efter prostataoperation angives at være en »almindelig« komplikation,³¹¹ uden at hyppigheden dog er oplyst.

Endelig kan som eksempel på en hyppig og alvorlig – dog ikke i »relativ« forstand – komplikation nævnes en operation for kræft i bugspytkirtlen (Whipple's operation),³¹² som indebærer nogle teknisk komplicerede sammensyninger mellem forskellige strukturer; komplikationer i form af lækager på disse indtræder med en hyppighed på 25-30%, men risikoen herfor må alligevel accepteres, da metoden er den eneste mulige ved en sygdom, der ellers vil medføre døden.

Som de nævnte eksempler viser, vil de to kriterier i nr. 4 oftest pege i samme retning. Komplikationer, der ikke opfylder kravet om sjældenhed, vil typisk være af en sådan karakter, at de heller ikke opfylder kravet om »relativ« alvor. Heri er der intet mærkeligt; i den lægefaglige vurdering af indikationen for behandling og valg af behandlingsmåde indgår naturligvis også overvejelser over, i hvilket omfang komplikationsrisikoen er acceptabel. En forholdsvis hyppigt forekommende komplikation er kun acceptabel, hvis dens følger er af underordnet betydning i forhold til de følger, som grundsygdommen ellers måtte påregnes at medføre. Er følgerne af komplikationen derimod »relativt« alvorlige, er risikoen kun acceptabel, hvis den statistisk set er meget ringe. Reglen sigter netop til disse tilfælde, hvor den lægefaglige vurdering ud fra denne afvejning fører til, at man kan – og bør – se bort fra risikoen.

Det er derfor næppe noget tilfælde, at der ikke – i det foreliggende

308. Omtalt *ibid.* s. 69 og i Retslægerådets årsberetning for 1988 s. 40.

309. *Jf.* Patientskadenämnden 157/88; se også *ibid.* 29/89 om en tilsvarende komplikation ved en øreoperation.

310. *Jf.* *ibid.* 177/88.

311. *Jf.* *ibid.* 51/88

312. *Jf. Rapport* s. 99 f.

materiale – findes eksempler, der ligger på *grænsen af den frekvens*, som patienten må tåle. Materialet er imidlertid begrænset (bl.a. fordi der ikke i Sverige findes en tilsvarende regel), og det kan derfor ikke udelukkes, at sådanne tilfælde forekommer. Sammenhængen mellem de to parametre i nr. 4 fører i så fald til, at der må lægges *afgørende vægt på komplikationens »relative« alvor*. Hvis heller ikke dette kriterium fører til et klart resultat, undgår man ikke at skulle falde tilbage på en *konkret rimelighedsvurdering*, jf. nedenfor afsnit 3.4.2.3.

Selv om der som nævnt vil være et typisk – men langt fra altid et fuldstændigt – sammenfald mellem kravet om sjældenhed og omfanget af lægens informationspligt, skal det understreges, at det *ikke* har nogen selvstændig betydning, om lægen *faktisk* informerede patienten om den pågældende komplikation, og om lægen *skulle* have informeret patienten herom.³¹³ Hvis patienten selv fremsætter ønske herom, har lægen i almindelighed pligt til at give fuld information om komplikationsrisikoen m.v., herunder også om sådanne komplikationer, som indtræder så sjældent, at lægen ikke af egen drift skulle informere herom. En sådan information *begrænser ikke patientens ret til erstatning* efter §2, stk. 1, nr. 4.³¹⁴ På den anden side *udvides* patientens ret til erstatning heller *ikke*, blot fordi lægen har *undladt* at give information om en komplikation, der indtræder så hyppigt, at den er omfattet af lægens aktive informationspligt.

Dette svarer til fast praksis efter de svenske regler.³¹⁵ I modsætning hertil står den midlertidige norske patientforsikringsordning, der udtrykkeligt medtager følger af »informationssvigt«; der foreligger imidlertid ikke oplysning om, hvilken betydning dette er blevet tillagt – især i betragtning af, at der tillige stilles krav om, at der skal være indtrådt en *fysisk* skade. Denne begrænsning opstilles derimod ikke i forslaget til en lovreguleret ordning, men den udtrykkelige regel foreslås heller ikke medtaget. I bemærkningerne fremhæves det imidlertid,³¹⁶ at skader som følge af mangelfuld information principielt er omfattet af de almindelige regler om erstatning ved fejl eller svigt ved behandling m.v. Erstatning skal derfor kunne gives f.eks. for psykiske følger af, at patienten ikke blev tilstrækkeligt informeret, jf. herom nedenfor kap. 4, afsnit 1.1.

3.4.2.3. Samlet rimelighedsvurdering

De to parametre i §2, stk. 1, nr. 4, 2. pkt., indgår med *lige vægt* i vurderingen af, om patienten med rimelighed må tåle den pågældende

313. Jf. *mot. sp.* 3293 (citeret ovenfor) og sp. 3284 samt *Rapport s.* 77 f og nedenfor kap. 4, afsnit 1.1.

314. Der foreligger således ikke »accept af risiko« herved, jf. nedenfor kap. 7, afsnit 4.

315. Jf. *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s.* 116 f og *Hellner i Medical Responsibility in Western Europe s.* 718 f.

316. Jf. NOU 1992:6 s. 95.

Kap. 3-3.4.2.3.

komplikation. Som fremhævet i de foregående afsnit *kan der slækkes på kravet til den ene betingelse, hvis den anden klart er opfyldt*. Hvis således »misforholdet mellem grundsygdommens og komplikationens alvor er særlig udtalt, kan der slækkes på kravet til dens sjældenhed«. ³¹⁷ Dette får navnlig betydning, hvis patienten ikke fejler noget af betydning, eller hvis grundsygdommen er af helt banal karakter.

Som eksempel fremhæves i *mot. de* i afsnit 3.4.2.1. omtalte diagnostiske indgreb (angiografiske undersøgelsesoperationer og lign.); som nævnt i afsnit 3.4.2.2. opfylder disse skader imidlertid også kravet om sjældenhed. Princippet er dog ikke begrænset til diagnostiske indgreb. Situationen kan også være den, at tidligere undersøgelser har ført til, at en vis diagnose er blevet stillet, hvorefter der som led i *behandlingen* foretages et operativt indgreb. Også i dette tilfælde kan det forekomme, at man først efter indgrebets foretagelse bliver klar over, at diagnosen var forkert (en formodet kræftlidelse viser sig f.eks. at være en betændelsestilstand). Da grundsygdommens alvor skal vurderes efter facitræsonnementet, skal eventuelle komplikationers alvor sættes i forhold til den virkelige lidelse og ikke til den formodede lidelse. Kravet om »relativ« alvor kan derfor lettere tænkes at være opfyldt i sådanne tilfælde. Det må imidlertid fastholdes, at der skal være indtrådt en »skade« (en komplikation) ved det pågældende indgreb. Erstatning efter nr. 4 kan *ikke ydes for selve den tilsigtede følge af det pågældende indgreb*, jf. om modsætningen til de svenske regler, ovenfor afsnit 3.2.1.1. og afsnit 3.3.4. Hvis f.eks. den formodede diagnose er mavekræft, og behandlingen herimod består i delvis fjernelse af mavesækken, kan der således ikke ydes erstatning herfor, selv om det bagefter viser sig, at det drejede sig om en anden, godartet lidelse. Grunden hertil er, at der i modsat fald reelt ville blive ydet erstatning efter facitræsonnementet for følger af diagnosticeringsfejl, hvilket ville være i strid med §3, stk. 1. Også formelt forekommer det urigtigt at betegne dette som en »komplikation«.

Uden for disse tilfælde kan som eksempel på et ekstremt misforhold nævnes UFR 1991.774 Ø (kiropraktordommen; grundsygdom: almindelig hovedpine; følger af komplikation: omfattende lammelser, 100% invaliditet).

Hvor *meget* der i sådanne tilfælde kan »slækkes« på kravet til sjældenhed, kan ikke angives generelt, men det har næppe heller nogen større praktisk betydning. Eksemplerne antyder, at klare »misforholdstilfælde« også opfylder det almindelige krav om sjældenhed.

Større betydning har det derfor måske, at der tilsvarende kan »slækkes på kravet til komplikationens relative alvor, hvis der er tale om en ekstremt sjælden, måske hidtil ukendt, komplikation.« ³¹⁸ Til gengæld er det mere uklart, hvad der her skal forstås ved en »slækkelse« af kravet. Mens kravet om sjældenhed kan gradueres, er kravet om relativ alvor principielt

317. *Mot. sp.* 3293; se også *Rapport* s. 107 f.

318. *Mot. ibid.* og *Rapport* s. 108.

et enten/eller: Enten er komplikationens følger alvorligere, end grundsygdommens følger ville have været uden behandling, eller også er forholdet det omvendte. Principielt må det fastholdes, at der *skal* foreligge en »relativt« alvorlig komplikation; ellers kan det vanskeligt hævdes, at der overhovedet foreligger en (mer)skade og dermed et tab.³¹⁹ Meningen må i stedet være, at en eventuel *usikkerhed* om, hvorvidt dette er tilfældet, skal komme patienten til gode, jo sjældnere den pågældende komplikation er. Da komplikationens »absolutte« alvor er kendt (på det tidspunkt, hvor der skal tages stilling til erstatningsberettigelsen), må usikkerheden referere til følgerne af, at den pågældende behandling ikke var blevet sat i værk.

Som omtalt ovenfor afsnit 3.3.2. begrænses mulighederne for at erstatte *udviklings-skader* efter reglen i nr. 3 af kravet om ligestilling mellem de forskellige behandlingsmetoder. Hvis en ny metode på behandlingstidspunktet forekom gunstigere end hidtil gængse metoder, kan der ikke ydes erstatning efter nr. 3, blot fordi senere erfaringer – f.eks. om indtrufne komplikationer – fører til den modsatte konklusion. I denne situation var risikoen således ukendt, og der kan derfor tages (særligt) hensyn til en eventuel usikkerhed om, hvorvidt komplikationen er »relativt« alvorlig. Sammenligningsgrundlaget bliver i dette tilfælde ikke kun grundsygdommens sandsynlige følger uden behandling, men også komplikationsrisikoen ved de hidtidige metoder.

Det bør imidlertid også erindres, at retten til erstatning under alle omstændigheder tillige forudsætter en sådan »absolut« alvor af komplikationen, at skadens følger overstiger beløbsgrænsen i §5, stk. 2, 1. pkt.

Som nævnt i afsnit 3.4.2.2. tyder meget på, at der vil være forholdsvis få tilfælde, hvor begge parametre i reglen ligger på grænsen. I denne situation er man nødt til at falde tilbage på en konkret rimelighedsvurdering. Det betyder imidlertid *ikke*, at der i så fald kan inddrages helt andre momenter i vurderingen (f.eks. skadelidtes sociale behov for erstatningen el. lign.). Man må se i øjnene, at lignende komplikationstilfælde kan indtræffe igen, og der må da være konsekvens i afgørelserne. Man må derfor – når situationen foreligger første gang – beslutte sig for, om forholdet mellem grundsygdommens og komplikationens karakter bevirker, at patienten bør holdes skadesløs.³²⁰

4. Præciseringer af dækningsomfanget

Efter PFL §2, stk. 2, kan sundhedsministeren fastsætte regler dels om, hvilke skader der *efter stk. 1 nærmere er omfattet* af loven, dels om, at

319. Jf. *Rapport* *ibid.*

320. Jf. herved NOU 1992:6 s. 78, der – i al vaghed – henviser til de vurderinger, som »i almindelighed« ligger bag patientforsikringsordningen.

Kap. 3-4.

visse skader *efter stk. 1, nr. 3, er undtaget* fra loven. Den førstnævnte regel indeholder således alene en hjemmel til at *præcisere* dækningsomfanget, mens den sidstnævnte regel hjemler en adgang til at *indskrænke* det. Ingen af bemyndigelserne er dog endnu udnyttet. Sundhedsministeriets vejledning nr. 125 af 25/6 1992 om erstatningskriterier i § 2, stk. 1, er ikke udstedt som en præcisering i henhold til § 2, stk. 2, 1. pkt. Sigtet med denne regel er da heller ikke at udstede retningslinier på forhånd for praktiseringen af reglerne. Bemyndigelsen tager sigte på, at der »efter behov« kan udfærdiges præciserende bestemmelser, »f.eks. efter en periode, hvor praksis efter erstatningsordningen har tegnet et mere præcist billede af, hvilke behandlings- og skadessituationer, der omfattes af stk. 1.«³²¹ Bestemmelsen kan således navnlig tænkes udnyttet til, at der foretages en *positiv* opremsning af sådanne skadetyper, som efter praksis i almindelighed udløser ret til erstatning (f.eks. komplikationer, som i almindelighed opfylder kravene i nr. 4), jf. ovenfor afsnit 3.4.1. om (den manglende) forhåndsoptilling af en form for listesystem. Som fremhævet i *mot.* kan den omstændighed, at en vis skade *ikke* medtages i en sådan opremsning, ikke afskære patienten fra erstatning, hvis i øvrigt lovens betingelser er opfyldt.

Bemyndigelsen i § 2, stk. 2, 2. pkt., er ifølge *mot.* begrundet i, at bestemmelsen i § 2, stk. 1, nr. 3, er »formuleret meget bredt«, og at der derfor kan vise sig behov for, at man begrænser dens anvendelsesområde »over for utilsigtede tilfælde.«³²² Der tænkes formentlig herved navnlig på den usikkerhed, der knytter sig til medtagelsen af »metodeskader« og ikke kun – som i Sverige – »teknikskader.«³²³ Som nævnt ovenfor afsnit 3.3.3. (in fine) kan der snarere tænkes at være behov for en begrænsning i tilfælde, hvor der er en betydelig komplikationsrisiko ved en alternativ behandlingsmetode eller -teknik. Det fremgik endvidere af afsnit 3.3.2., at reglen *kan* få vidtgående konsekvenser f.eks. ved fødselsskader, men at dette i høj grad vil afhænge af, hvordan man i praksis vil fortolke og anvende ligeværdighedsbetingelsen. Der ligger således også i denne regel en implicit forudsætning om, at bemyndigelsen først vil blive overvejet udnyttet, når en vis praksis har dannet sig.

321. *Mot.* sp. 3293-94; se også sundhedsministerens svar på spørgsmål 14 fra Folketingets Sundhedsudvalg ad lovforslag nr. L 151 (FT 1987-88, 1. samling), hvor det tilføjes: »Bemyndigelsen vil derfor ikke blive udnyttet ved lovens ikrafttræden.«

322. *Mot.* sp. 3294.

323. Jf. *Rapport* s. 93.

Kapitel 4: Særlige begrænsninger og udvidelser af dækningsomfanget

1. Begrænsninger i dækningen

1.1. Kravet om fysisk skade

Efter § 1, stk. 1, dækker PFL kun *fysiske skader*. Formålet hermed er navnlig at udelukke enhver dækning af skader, som er af rent *psykisk* karakter, dvs. skader i form af psykiske symptomer, som ikke står i forbindelse med en skade af kropslig karakter.

Baggrunden herfor er ifølge *mot.*, at det ved psykiske lidelser er særligt vanskeligt at skelne mellem følger af grundsygdommen og følger af behandlingen, og at komplikationer ved behandlingen ofte enten er uundgåelige eller blot udtryk for, at behandlingen ikke lykkedes.¹ Der kan sættes spørgsmålstegn ved, hvor overbevisende denne begrundelse er. Det følger allerede af PFL's almindelige regler, at erstatning ikke ydes for følger af grundsygdommen og heller ikke for selve det forhold, at behandlingen ikke lykkedes. Derimod erstattes uundgåelige komplikationer, hvis det er overvejende sandsynligt, at de er en følge af behandlingen, og de særlige betingelser i § 2, stk. 1, nr. 4, er opfyldt. Reglen i § 1, stk. 1, indebærer således, at selv om disse betingelser er opfyldt, ydes der ikke erstatning for rent psykiske skader. Det egentlige problem synes således snarere at være af administrativ karakter: Hvis psykiske skader medtages, vil administrationen formentlig blive belastet af vanskelige, bevismæssige undersøgelser for at kunne udskille de – antagelig få – tilfælde, hvor erstatningsbetingelserne (i øvrigt) er opfyldt.² Der kunne måske navnlig forventes et betydeligt antal anmeldelser fra patienter uden sygdomsindsigt, idet disse netop derfor gerne betragter sig som ofre for »fejlbehandling«. Den eneste nyere retssag om en rent psykisk skade (LSD-sagen, UfR 1976.878 Ø) illustrerer, at de psykiske symptomer, som erstatning krævedes for, ikke adskilte sig fra de følger, som grundsygdommen kunne have haft, og hvor retten derfor udtalte, at det ikke var godtgjort, at behandlingen havde »fremkaldt eller forværret nogen lidelse« hos patienten.

PFL følger på dette punkt den svenske ordning,³ men det bør nævnes, at

1. Jf. *mot.* sp. 3283.

2. Jf. *Rapport* s. 116; se også indenrigsministerens svar på spørgsmål 1 fra Folketingets Kommunaludvalg ad lovforslag nr. L 210, FT 1986-87.

3. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 90.

Kap. 4-1.1.

hverken den finske ordning⁴ eller det norske forslag⁵ indeholder en tilsvarende begrænsning. I den norske betænkning fremhævedes det således, at behovet for en udvidet erstatningsberettigelse er mindst lige så stort ved psykiske skader som ved somatiske skader – og måske endda større, fordi psykiatriske patienter typisk vil have endnu sværere ved at forfølge erstatningskrav baseret på almindelige erstatningsretlige regler; selv om risikobetonede indgreb ikke forekommer i samme udstrækning som inden for det somatiske område, kan alvorlige skader forekomme f.eks. i forbindelse med fejl dosering af medicin og lign. På denne baggrund fandt man en sådan skillelinie »uheldig« og »vilkårlig«. ⁶

Spørgsmålet om patientforsikringens dækning af psykiske skader må også ses i sammenhæng med *lægemiddelforsikringens* dækning. Den samme skillelinie viser sig hér: De finske og norske ordninger indeholder ingen begrænsning, mens den svenske ordning kun omfatter skader af »kropslig« karakter – med samme begrundelse, som ligger bag patientforsikringens begrænsning. Det danske udkast til en lægemiddelforsikringsordning følger også her de svenske regler. Hermed være ikke sagt, at der nødvendigvis skal være kongruens i dækningsområdet. Det ville f.eks. være muligt at dække lægemiddelskader også af psykisk karakter inden for rammerne af PFL §2, stk. 1, nr. 1-3 (f.eks. således, at følger af fejl dosering blev erstattet efter reglen i nr. 1), selv om uundgåelige bivirkninger af psykisk karakter ikke blev erstattet af lægemiddelforsikringen, jf. nedenfor afsnit 1.2. I så fald ville imidlertid sondringen mellem undgåelige og uundgåelige skader få større betydning, end den i øvrigt har efter PFL, idet uundgåelige skader ikke ville kunne erstattes på grundlag af reglen i §3, stk. 3, om skader, der skyldes lægemidlets egenskaber.

Trods dette må det alligevel betegnes som påfaldende, at en af de mest omdiskuterede lægeansvarssager i nyere tid (LSD-sagen), som demonstrerede en række af svaghederne ved de almindelige erstatningsregler (og derfor gav anledning til ad hoc-lovgivning), samtidig er hovedeksemplet på en skadetype, som ikke dækkes af PFL.

Formelt er der ikke tale om en diskrimination af psykiatriske patienter, da behandling af psykiske sygdomme ikke som sådan er undtaget fra lovens dækning. Hvis der herved indtræder en fysisk skade, erstattes den efter PFL's almindelige regler.⁷

Som eksempel herpå kan nævnes tandskader som følge af elektrochokbehandling.⁸ Risikoen for sådanne skader kan tilsyneladende ikke helt undgås, selv om der anvendes tandbeskytter. I svensk praksis har man derfor afslået erstatning i et sådant tilfælde,⁹ hvor behandlingen blev givet mod en svær

4. Jf. Kommittébetänkande 1982:29 s. 48.

5. Jf. NOU 1992:6 s. 69 og 90.

6. Jf. *ibid.* s. 69.

7. Jf. *mot.* sp. 3283-84.

8. Jf. herved bet. 1068/1986 s. 451.

9. Jf. Patientskadenämnden 78/88.

depression, mens erstatning blev tilkendt i et andet tilfælde,¹⁰ hvor der ikke var blevet anvendt tilstrækkelig tandbeskyttelse. Efter PFL vil resultatet formentlig blive det samme: Den sidstnævnte patient vil være berettiget til erstatning efter § 2, stk. 1, nr. 1,¹¹ mens den førstnævnte patient næppe vil være berettiget til erstatning efter § 2, stk. 1, nr. 4, da kravet om »relativ« alvor ikke er opfyldt.

Fra dansk retspraxis kan som eksempel nævnes afgørelsen i UfR 1953.491 H om behandling med cardiazolchok af en psykiatrisk patient, hvilket forholdsvis ofte (i ca. 10% af tilfældene) medfører et vist, mindre sammentrykningsbrud i rygsøjlen, der dog normalt ikke giver noget varigt mén; selv om bruddet i den konkrete sag var noget alvorligere end normalt, opfylder det hverken kravet om sjældenhed eller om »relativ« alvor i § 2, stk. 1, nr. 4. Derimod forelå der en rent psykisk skade i UfR 1959.537 H, hvor en nervepatient i diagnostisk øjemed fik foretaget en punktur til udtagelse af rygmarvsvæske, hvilket – ifølge patienten – udløste en række nervøse reaktioner i form af kronisk svimmelhed m.v.

Er der indtrådt en fysisk skade, som dækkes af PFL, omfatter dækningen også psykiske følger af denne skade. Er skaden derimod af psykisk karakter, omfatter dækningen heller ikke fysiske følger heraf.¹²

Hvis f.eks. en i øvrigt erstatningsberettigende patientskade af fysisk karakter medfører en traumatisk neurose, der yderligere forlænger patientens uarbejdsdygtighed, skal erstatning ydes også for denne følge.

Afgrænsningsproblemet har i Sverige navnlig vist sig i tilfælde, hvor patienten er blevet psykisk påvirket af, at narkosen ikke virkede tilstrækkeligt effektivt, således at patienten oplevede operationsforløbet.¹³ Hvis denne skade skyldes en fejl ved narkosen, er følgerne blevet erstattet, men det sker i så fald på culpa-grundlag og ikke på grundlag af patientforsikringens regler. Skaden er af psykisk karakter uden at være en følge af en fysisk skade og falder derfor uden for PFL – også selv om der skulle foreligge culpa.

Som eksempel på en fysisk følge af en psykisk skade kan fra svensk praksis nævnes et tilfælde,¹⁴ hvor patienten efter at have fået amputeret en finger vægrede sig ved at anvende hånden, hvilket medførte tab af rørlighed i nogle fingre.

Afgørelsen i UfR 1988.166 H illustrerer også afgrænsningsproblemet. Under en fødsel pådrog moderen sig en sårinfektion, der nødvendiggjorde et mindre indgreb under bedøvelse; trods den øgede søvntendens herefter fik hun allerede en time efter indgrebet barnet til amning, hvorefter hun faldt i søvn med den følge, at barnet faldt på gulvet og pådrog sig et (ukompliceret) kraniebrud. Moderen fik et chok, og dette psykiske traume medførte en længe-

10. Jf. *ibid.* 188/88.

11. Noget andet er, at tandskader typisk vil ligge under beløbsgrænsen i § 5, stk. 2, 1. pkt.

12. Jf. *mot. sp.* 3284.

13. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 90 og *Oldertz*: Patient- och läkemedelsförsäkringarna s. 389; se også NOU 1992:6 s. 90.

14. Jf. *Hedman* *ibid.*

Kap. 4-1.1.

re uarbejdsdygtighedsperiode, som hun krævede erstatning for. Skaden på barnet ville selvsagt være omfattet af PFL, mens skaden på moderen ville falde udenfor; vel var hendes psykiske skade en følge af en fysisk skade, men den fysiske skade ramte ikke hende selv, og følgerne falder derfor uden for erstatningspligten. Det gør den også efter almindelige erstatningsretlige regler; moderen fik således ikke erstatning, selv om der klart var begået en fejl.

Selv mord og selvmordsforsøg begået af psykiatriske patienter kan falde ind under PFL's dækning af ulykkestilfælde, jf. § 3, stk. 2, og ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.3.; som dér nævnt forudsætter det imidlertid et selvstændigt ansvarsgrundlag i form af svigtende tilsyn el. lign. Skader af denne art kan kun blive omfattet af PFL's almindelige regler, hvis en i øvrigt erstatningsberettigende fysisk skade får psykiske følger, som resulterer i selvmord eller selvmordsforsøg.

Den manglende dækning af psykiske skader har ikke kun betydning i relation til psykiske lidelser. Der kan f.eks. heller ikke ydes erstatning for følgerne af et chok, som patienten pådrager sig ved at få oplyst en diagnose på en alvorlig sygdom, som derefter viser sig at være en anden patients.¹⁵ Fra svensk praksis kan endvidere nævnes et tilfælde,¹⁶ hvor patienten tidligere havde fået indopereret en kunstig hjerteklap, som senere viste sig at kunne gå løs sandsynligvis på grund af en fabrikations- eller konstruktionsfejl; reoperation var i det konkrete tilfælde kontraindiceret. Den angst m.v., som patienten herefter måtte leve med, var ikke en fysisk skade og berettigede derfor ikke til erstatning.¹⁷

Kravet om en skade af fysisk karakter betyder imidlertid ikke kun, at rent psykiske skader falder udenfor. Skader på *ting* erstattes ikke, heller ikke selv om skaden indtræder i forbindelse med undersøgelse eller behandling. Det samme gælder for såkaldt *formuetab*, dvs. økonomisk tab, der ikke er en følge af personskade (eller tingsskade).¹⁸ Hvis f.eks. en patient får hæftet en vis diagnose på sig, og dette medfører økonomisk tab (vedkommende afskæres måske af den grund fra ansættelse i en bestemt stilling el. lign.), kan der ikke ydes erstatning herfor, selv om der foreligger en fejldiagnose, der i øvrigt ville være omfattet af § 3, stk. 1. Et særligt, omdiskuteret tilfælde foreligger, hvor en sterilisationsoperation eller et abortindgreb mislykkes, hvorefter kvinden føder et barn og kræver erstatning for udgifterne til forsørgelse af barnet. Dette kan *ikke* betragtes som en fysisk skade i PFL's forstand, og der kan derfor ikke ydes erstatning herfor. Hvis det mislykkede indgreb i øvrigt omfattes af § 2, stk. 1, kan kvinden derimod få erstatning for uarbejdsdygtighed m.v. ved et *fornyet* indgreb, dersom hun vælger dette.

15. Sml. NOU 1992:6 s. 90.

16. Jf. Patientskadenämnden 112/89.

17. Det er naturligvis en ringe trøst for patienten, at PFL må antages at dække skaden i det øjeblik, protesen går i stykker, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.1., om implantater.

18. Jf. herved NOU 1992:6 s. 90.

Der erindres om, at selve den omstændighed, at indgrebet mislykkes, ikke berettiger til erstatning efter PFL. Det er således under alle omstændigheder en forudsætning, at dette kunne være undgået, jf. §2, stk. 1, nr. 1-3, og som eksempel UfR 1981.999 H, omtalt ovenfor kap. 3, afsnit 3.3.1.¹⁹ Princippet om, at erstatning – selv da – ikke ydes for den økonomiske belastning, som forsørgelsen af barnet medfører, svarer til praksis efter de svenske regler,²⁰ til praksis efter den midlertidige norske ordning²¹ og til forslaget om en lovreguleret ordning.²² Grunden til, at dette tab ikke dækkes, er således ikke kravet om, at der skal foreligge en fysisk skade, men derimod, at rene formuetab ikke omfattes af begrebet »skade« i denne sammenhæng.

Krænkelser af en patients personlige integritet, som ikke er af fysisk karakter, falder ligeledes uden for PFL. Det gælder f.eks. krænkelser af den *personlige frihed*, f.eks. tvangsendlæggelse af en person, der viser sig ikke at være sindssyg eller i øvrigt ikke at opfylde betingelserne herfor i §5 i lov nr. 331 af 24/5 1989 om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien.²³ Uanset om der er begået fejl af en (sygehus)læge i forbindelse med tvangsendlæggelsen, dækker PFL ikke følgerne heraf. Det samme gælder ved krænkelser af *privatlivets fred* og andre, ikke-fysiske personkrænkelser (f.eks. blufærdighedskrænkelser og lign.).

Patienten er derfor i sådanne tilfælde henvist til at rejse erstatningskrav efter almindelige erstatningsretlige regler, jf. eksemplerne herpå nedenfor kap. 5, afsnit 3.3.

Et særegent eksempel på uberettiget tvang fra svensk praksis²⁴ vedrørte en person, som måtte aflyse en ferierejse og lade sig indlægge, da laboratorieprøver havde vist, at hun led af smitsom tuberkulose; hun var indlagt og modtog behandling herfor i tre uger, uden at der viste sig nogle tegn på sygdommen, hvorefter det blev opdaget, at der var sket en forveksling af prøverne. Hun fik erstatning for svie og smerte og for den mistede ferie, hvilket umiddelbart kan undre; betragtningen må være, at den tvangsmæssige behandling mod en ikke-eksisterende lidelse udgjorde en fysisk skade forårsaget af en i øvrigt erstatningsberettigende diagnosticeringsfejl.

En særlig form for krænkelse af den personlige integritet består i, at behandling iværksættes, uden at der foreligger *informeret samtykke* fra patienten, jf. lægelovens §6, stk. 2 og 3. Erstatning (godtgørelse) herfor

19. Jf. herved Patientklagenævnet 1990 s. 44 (fortsat graviditet efter provokeret abort med udsugning af dele af moderkagen anset for en hændelig »komplikation«; denne form for »komplikationsrisiko« omfattes ikke af §2, stk. 1, nr. 4).

20. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 91 med note 95.

21. Jf. *Kirsti Strøm Bull* i Lov og Rett 1989 s. 247 og NOU 1992:6 s. 38

22. Jf. NOU 1992:6 s. 90.

23. Jf. *mot. sp.* 3284.

24. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 102.

Kap. 4-1.1.

falder ligeledes *uden for PFL*.²⁵ Det betyder, at der ikke kan ydes erstatning for selve den krænkelse af patientens *selvbestemmelsesret*, der består i, at behandlingen er blevet sat i værk uden patientens samtykke overhovedet, eller i, at patientens samtykke ikke hviler på et tilstrækkeligt informeret grundlag.

Som omtalt ovenfor kap. 3, afsnit 3.4.2.2., har omfanget af lægens information og informationspligt vedrørende risikoen for komplikationer ingen betydning for PFL's dækning heraf i henhold til §2, stk. 1, nr. 4. I praksis er problemstillingen oftest netop den, at patienten kræver erstatning for en indtrådt *komplikation* alene eller bl.a. under henvisning til, at lægen skulle have informeret om risikoen for dens indtræden. Problemet opstår derfor ikke i tilfælde, hvor komplikationen opfylder betingelserne for erstatning efter reglen i nr. 4 – rent bortset fra, at komplikationsrisikoen da typisk ikke er omfattet af lægens informationspligt. Det væsentlige er derfor at fastslå, at den omstændighed, at lægen *skulle have* informeret om risikoen, men ikke gjorde det, *ikke* udvider erstatningsberettigelsen efter reglen i nr. 4. Der kan med andre ord ikke slækkes på kravet om komplikationens sjældenhed blot under henvisning til lægens ikke-opfyldelse af sin informationspligt. Spørgsmålet bliver derfor i stedet, om patienten efter *almindelige erstatningsretlige regler* kan kræve erstatning for hændelige komplikationer, begrundet med, at lægen skulle have informeret om risikoen, jf. herom nedenfor kap. 5, afsnit 3.2.

Som nævnt ovenfor kap. 3, afsnit 3.4.2.2. (in fine), er det i Norge foreslået, at erstatning skal kunne ydes for følger af tilsidesættelse af informationspligten, f.eks. psykisk besvær i forbindelse med behandlingen, som ville have været mindre, om patienten var blevet informeret.²⁶ Hvis den indtrådte skade *ikke* som sådan omfattes af patientforsikringen (f.eks. fordi komplikationen ikke er tilstrækkeligt sjælden), nødsages man i så fald til at udskille psykiske følger af *overraskelsen* m.v. ved skadens indtræden fra de mere almindelige psykiske følger, som komplikationens indtræden måtte have forårsaget; denne sondring vil næppe være let at gennemføre i praksis. Hvis omvendt selve skadens indtræden *er* omfattet af patientforsikringens almindelige regler, indebærer disse (også PFL), at også psykiske følger heraf dækkes, jf. ovenfor, og der er da næppe grund til at begrænse erstatningen herfor, selv om informationssvigt måtte være en medvirkende årsag.

Hvor der ikke opstår spørgsmål om erstatning for komplikationer ved behandlingen, er problemet i praksis, om erstatning kan kræves for en medicinsk motiveret og korrekt udført behandling *alene* under henvisning til, at patienten ikke har givet et (gyldigt) samtykke. Består »skaden« *kun*

25. Jf. *mot.* sp. 3284.

26. Jf. herved også *Brazier: Medicine, Patients and the Law* s. 151 f.

i, at patienten er blevet underkastet et uretmæssigt indgreb, kan der *ikke* ydes erstatning (godtgørelse) herfor i henhold til PFL. Patienten er derfor henvist til at kræve godtgørelse (for tort) efter almindelige erstatningsretlige regler, fordi der foreligger en krænkelse af patientens frihed, jf. nedenfor kap. 5, afsnit 3.2.; lægen risikerer desuden strafansvar efter reglerne i lægeloven eller evt. efter straffelovens regler om ulovlig tvang.

Hvis der indtræder en (fysisk) skade i forbindelse med et indgreb, hvis foretagelse patienten ikke har samtykket i, skal der til gengæld ydes erstatning herfor efter PFL §2, stk. 1, *nr. 1*, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.1.1.; retten til erstatning for skaden er således da *ikke* betinget af, at den opfylder de særlige betingelser i reglen i nr. 4. Som det ligeledes er fremgået, kan patienten ikke kræve erstatning efter reglen i nr. 1 for følgerne af, at lægen ikke valgte den optimale behandlingsform, når årsagen hertil var, at patienten ikke ønskede denne, eller efter reglen i nr. 3 i tilfælde, hvor patienten har frabedt sig en behandlingsform, som ellers ville være ligeværdig med den valgte.

1.2. Lægemedelskader

Efter §3, stk. 3, dækker PFL ikke »skader, der skyldes egenskaber ved de lægemidler, der er anvendt ved undersøgelse, behandling eller lignende.« Om baggrunden herfor henvises til fremstillingen i kap. 1, afsnit 5. Som det fremgik dér, er der endnu ikke etableret en (frivillig) lægemiddelforsikringsordning herhjemme, mens der i Sverige og Finland findes sådanne ordninger og i Norge en lovreguleret ordning. I disse lande har den præcise grænsedragning mellem de to forsikrings dækningsområde derfor ikke den store betydning for patienten. Problemet er oftest alene at afgøre, om erstatningsbetalingen skal debiteres den ene eller den anden forsikring. Så længe der ikke findes en dansk lægemiddelforsikringsordning, har betydningen af rækkevidden af undtagelsesbestemmelsen i §3, stk. 3, langt større betydning.

Undtagelsen omfatter *kun skader, der er opstået som en følge af selve lægemidlets egenskaber*. Skyldes skaden derimod *den måde, lægemidlet er blevet anvendt på*, falder den uden for §3, stk. 3, dvs. at erstatning kan ydes, hvis de almindelige betingelser i PFL er opfyldt. Hvis f.eks. en læge har ordineret en for stor dosis medicin, og dette får skadelige følger for patienten, er den »egentlige« skadesårsag ikke lægemidlets egenskaber (følgerne svarer for så vidt til de tilsigtede virkninger), men den måde, det blev ordineret på. På tilsvarende måde gælder, at hvis et lægemiddel f.eks. indeholder en advarsel om, at det ikke må anvendes i kombination med et andet lægemiddel, er den egentlige skadesårsag ikke denne egenskab, men at advarslen ikke blev fulgt.

Det følger heraf, at *lægemedelskader dækkes af PFL i det omfang,*

Kap. 4-1.2.

skaden kunne være undgået efter kriterierne i § 2, stk. 1, nr. 1-3, hvorimod de ikke dækkes efter reglen i nr. 4. Bivirkninger af et lægemiddel er med andre ord ikke omfattet af begrebet »komplikationer« i nr. 4 og erstattes derfor ikke, uanset om de opfylder betingelserne om sjældenhed og »relativ« alvor.

Betydningen heraf er navnlig følgende: »Hvis der ud fra det i § 2, stk. 1, nr. 1, angivne bedømmelsesgrundlag er begået fejl ved ordineringen af det pågældende lægemiddel, eller hvis anvisninger vedrørende dets brug i øvrigt ikke er blevet fulgt af vedkommende medicinalperson, har patienten ret til erstatning efter denne bestemmelse.«²⁷ Hvis altså en erfaren specialist på vedkommende område ville have handlet anderledes ved valg og dosering m.v. af lægemidlet, og skaden i så fald med overvejende sandsynlighed ville være undgået, skal skaden erstattes efter § 2, stk. 1, nr. 1.

Som et eksempel fra svensk praksis kan nævnes et tilfælde,²⁸ hvor injektioner med gentamycin ikke var foretaget i overensstemmelse med instrukserne herfor; hvis disse var blevet fulgt, ville den indtrådte skade (døvhed) sandsynligvis kunne være undgået. Fra dansk klagepraksis kan nævnes et tilfælde,²⁹ hvor lægen havde ordineret et middel mod orm (vermox) til en patient, som var gravid; af lægemiddelfortegnelsen fremgik det, at man savnede erfaring med præparatets indvirkning på graviditet. Lægen fandtes derfor at have udvist manglende omhu ved ikke at sikre sig, at patienten ikke var gravid. Advarslen kan også komme fra patienten selv, jf. f.eks. et tilfælde,³⁰ hvor patienten havde givet oplysning om penicillinallergi, men hvor lægen alligevel indgav en indsprøjtning med penicillin, hvilket medførte et anafylaktisk chok.

Forvekslinger og fejludleveringer m.v. på et (privat) apotek falder selvsagt uden for PFL. Fra finsk praksis kan nævnes et tilfælde,³¹ hvor apoteket på grund af lægens utydelige håndskrift på recepten (!) havde anført en dosering, der var 10 gange større, end den skulle have været; selv om recepten skulle være skrevet ud på et sygehus, vil en sådan skade ikke være omfattet af PFL, da apoteket har pligt til at forvise sig om receptens indhold.

Selv om et lægemiddel er blevet anvendt korrekt, kan skadelige følger alligevel erstattes efter PFL, hvis patienten i virkeligheden ikke led af den sygdom, som lægemidlet blev givet imod, men forudsætningen herfor er, at der foreligger en diagnosticeringsfejl, som omfattes af PFL § 3, stk. 1, dvs. at en erfaren specialist ikke ville have stillet den forkerte diagnose, eller at årsagen til fejlen er svigt i apparatur m.v., der anvendes i diagnostisk øjemed, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.3.4. Fra svensk praksis kan nævnes et tilfælde,³² hvor en undersøgelse af patienten havde vist tegn på (inoperabel) mavekræft, hvorfor

27. *Mot. sp.* 3296; se også *Rapport* s. 119.

28. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 113

29. Jf. *Patientklagenævnet* 1990 s. 60.

30. Jf. *ibid.* 1991 s. 25.

31. Jf. *O. Rehn* i *JFT* 1987 s. 537 f.

32. Jf. *Läkemedelsskadenämnden* s. 69.

patienten i ca. et år blev behandlet med cytostatika; senere undersøgelser viste imidlertid normale forhold i maven, og det skønnedes herefter, at det formentlig havde drejet sig om en form for betændelse. Behandlingen medførte mangel på blodlegemer (pancytopeni), hvilket nogle år senere forårsagede patientens død. Efter reglerne i den svenske patientforsikring kunne erstatning være ydet, da behandlingen efterfølgende havde vist sig unødvendig, men kravet var dog i det konkrete tilfælde forældet. Efter PFL kan erstatning derimod kun ydes, hvis betingelserne for ansvar for en diagnosticeringsfejl er opfyldt – hvad de ikke ville være. Hvis erstatning skal ydes af nogen, må det derfor være lægemiddelforsikringen, der da også dækkede den konkrete skade.

Erstatning efter reglen i nr. 1 kan også ydes, hvis der – bedømt efter specialismålestokken – ikke er blevet reageret adækvat på symptomer på bivirkninger eller ført tilstrækkeligt tilsyn med patienten med henblik på risikoen herfor. I UfR 1985.368 H (om hjertestop efter en operation) var skadesårsagen et lægemiddel, idet en af komponenterne i det anvendte narkosemiddel kunne fremkalde en sekundær åndedrætsdepression timer efter afslutningen af narkosen. Risikoen herfor var ifølge Retslægerådet ikke kendt ud fra almindeligt tilgængelig medicinsk litteratur på behandlingstidspunktet. Specialismålestokken kunne således muligvis føre til et andet resultat end culpereglen, også selv om der tages hensyn til de begrænsede ressourcer, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.1.2. Også UfR 1976.878 Ø (LSD-sagen) kan nævnes som et muligt eksempel på en skade, som vel var forårsaget af et lægemiddel, men hvor behandlingen måske skulle være udført på en anden måde.³³ Ingen af domme-
ne kommer dog nærmere ind på disse spørgsmål.

Erstatning kan endvidere ydes efter reglen i §2, stk. 1, nr. 2, men det har næppe selvstændig betydning ved lægemiddelskader. Lægemidler er ikke omfattet af begrebet behandlingsudstyr m.v. og falder derfor for så vidt uden for bestemmelsen, også selv om der foreligger »fejl« ved lægemidlet. Dog kan det tænkes, at apparatursvigt el. lign. er årsag til, at der stilles en forkert diagnose, således at patienten af den grund får en forkert medicin, jf. eksemplet ovenfor.

Større praktisk betydning har det, at også reglen i §2, stk. 1, nr. 3, kan påberåbes, selv om skaden skyldes egenskaber ved det anvendte lægemiddel. Som nævnt ovenfor kap. 3, afsnit 3.3.2., er forudsætningen herfor, *at behandlingen kunne være gennemført med en anden, lige så effektiv ikke-medicinsk behandlingsform*. Der kan således f.eks. ydes erstatning for bivirkninger af medicin, hvis man lige så vel kunne have valgt en kirurgisk behandlingsmetode. Som det fremgik, vil ligeværdighedsbetingelsen i nr. 3 imidlertid antagelig sjældent være opfyldt i denne situation, jf. omtalen af UfR 1992.404 H. Står valget i stedet mellem to forskellige (ligeværdige)

33. Der erindres dog om, at psykisk skade ikke omfattes af PFL og heller ikke af forslaget til en lægemiddelforsikringsordning.

Kap. 4-1.2.

medicinske behandlingsformer (metoder eller teknikker), f.eks. et valg mellem forskellige lægemidler, der på forhånd må anses for lige effektive til behandling af sygdommen, er skader, der indtræder som følge af det trufne valg, *ikke* omfattet af reglen i nr. 3 – og skaden kan som nævnt heller ikke blive opfanget af reglen i nr. 4. Skal erstatning ydes i disse tilfælde, hvad enten bivirkningen er kendt eller ukendt, må det ske inden for rammerne af en lægemiddelforsikringsordning.

Det er hermed overladt til lægemiddelforsikringsordningen at afgrænse sit dækningsområde på en sådan måde, at det afpasses patientforsikringens dækning. Dette er *ikke* sket i Sverige, og lægemiddelforsikringen vil derfor dér dække en række af de lægemiddelskader, som også opfanges af patientforsikringen.³⁴ Det betyder dog naturligvis ikke, at patienten kan få dobbelt erstatning. I praksis foretager man en helt uformel overførsel af de anmeldte skader til den forsikring, som mest naturligt bør finansiere erstatningen. De to forsikringer administreres af samme forsikringskonsortium, og denne praksis volder derfor ingen problemer, jf. nærmere nedenfor kap. 10, afsnit 5. Det har i praksis vist sig, at ca. 10% af de skader, der anmeldes i henhold til lægemiddelforsikringsordningen, bliver overført til patientforsikringen, mens kun en mindre andel overføres den modsatte vej.

Den norske lægemiddelforsikringsordning indeholder derimod regler om udelukkelse af dækning i tilfælde, hvor skaden er en følge af fejlekspedition eller anden forsømmelse på apotek eller hos læge m.v., eller hvis skaden er forvoldt på anden måde end ved påregnelig brug, herunder brug i strid med advarsel eller ved anden forsømmelse fra lægen ved ordination eller vejledning af patienten, jf. produktansvarslovens § 3-3, pkt. 2 a og b. Patientforsikringen er heroverfor foreslået afgrænset således, at den kun dækker lægemiddelskader i den udstrækning, skaden ikke falder ind under lægemiddelskadedækningen i produktansvarsloven.³⁵

Helt så klart løses afgrænsningsproblemet ikke efter det foreliggende danske udkast til en lægemiddelforsikring, idet man her undtager skader, som skyldes undladelse eller en handling foretaget af tredjemand, herunder apotek, hospital, læge eller tandlæge. Selv om det ikke fremgår af formuleringen, sigtes der ifølge udkastet til bemærkninger alene til skader, der skyldes »fejl« begået af en tredjemand. Det fremgår imidlertid ikke, om der hermed menes culpa, eller om der tænkes på fejl i en mere objektiv betydning, svarende (f.eks.) til reglerne i PFL § 2, stk. 1, nr. 1-3. Lægges den førstnævnte fortolkning til grund, vil der være et vist område, hvor begge forsikringsordninger dækker skaden. Til gengæld vil der opstå et hul i dækningen med hensyn til skader, der skyldes fejludleveringer og lign. på apoteker. Patienten vil da være henvist til at rejse krav mod apoteket efter reglerne om produktansvar.³⁶

34. Jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 113.

35. Jf. NOU 1992:6 s. 46 f og 92.

36. Apoteker er også holdt uden for den norske patientskadeforsikring, men »hullet« har ikke samme betydning her, da der findes særlige regler om objektivt ansvar for apotekervirksomhed, jf. *ibid.* s. 72 f.

Undtagelsesreglen i § 3, stk. 3, er uafhængig af, om den skadelige egenskab ved lægemidlet skyldes en *defekt* ved fremstillingen m.v. Er dette tilfældet, kan patienten rejse erstatningskrav mod producent og mellemhandlere efter reglerne om *produktansvar*, jf. nedenfor kap. 5, afsnit 4.

2. Udvidet dækning

2.1. Sunde forsøgspersoner

PFL § 4, stk. 1, hjemler en særligt udvidet dækning af skader, som rammer sunde forsøgspersoner, dvs. personer, som deltager i et biomedicinsk forsøg (forskningsprojekt), der ikke indgår som led i diagnostisk eller behandling af personens sygdom, jf. § 1, stk. 2, 1. pkt., og nærmere om afgrænsningen ovenfor kap. 1, afsnit 3.2. Som dér nævnt udvides dækningen på fire punkter i forhold til PFL's almindelige regler:

For det første fastslår reglen, at erstatning ydes for *enhver skade*, som er (kan være, jf. nedenfor) forårsaget af forsøget. Betydningen heraf er, at retten til erstatning *ikke* forudsætter, at betingelserne i en af grupperne i § 2, stk. 1, er opfyldt. Forsøgspersonen har naturligvis ret til erstatning, hvis der er begået – objektive eller subjektive – fejl ved tilrettelæggelse eller gennemførelse af forsøget. Det reelle indhold af udvidelsen består derfor i, at der *også ydes erstatning for uundgåelige skader ved forsøg, selv om betingelserne i § 2, stk. 1, nr. 4, ikke er opfyldt.*³⁷

Nogen større praktisk betydning har denne udvidelse dog ikke. Eftersom det netop drejer sig om sunde forsøgspersoner, vil enhver skade opfylde kravet om »relativ« alvor, og disse personer må naturligvis aldrig udsættes for nogen risiko af betydning, jf. herved § 8, stk. 1, nr. 1, i lov nr. 503 af 24/6 1992 om et videnskabetisk komitesystem m.v., der ifølge bemærkningerne til lovforslaget indebærer, at de kun må »udsættes for risici, der kan karakteriseres som minimale«. Hvis forsøgspersonen udsættes for større risici end dette, foreligger der derfor en fejl, som ville udløse ret til erstatning allerede efter PFL § 2, stk. 1, nr. 1. Ligger risikoen omvendt inden for det acceptable, vil den opfylde kravet om sjældenhed i reglen i nr. 4 (f.eks. fordi det drejer sig om en hidtil ukendt risiko). Der er således f.eks. ingen tvivl om, at betingelserne i nr. 4 ville være opfyldt i den i kap. 1, afsnit 3.2., omtalte sag (UfR 1985.729 H) om en infektionsskade, der medførte 5% invaliditet, og som ifølge Retslægerådet var meget sjælden ved sådanne forsøg. Det væsentligste i PFL's medtagelse af sunde forsøgspersoner er derfor, at den pågældende har ret til erstatning, selv om der ikke er begået fejl. Hvis PFL havde været gældende, ville den pågældende forsøgsperson derfor have fået erstatning for de tab, som ikke

37. Jf. *mot. sp. 3296-97 og Rapport s. 117 f.*

Kap. 4-2.1.

blev dækket af arbejdsskadeforsikringen, dvs. erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og godtgørelse for svie og smerte.

Reglen i § 4, stk. 1, udvider ikke dækningen i henhold til reglerne i § 3. Reglen i § 3, stk. 1, om diagnosticeringsfejl er imidlertid ikke relevant i forhold til sunde forsøgspersoner. Dækningen af ulykkestilfælde, der ikke står i forbindelse med apparatursvigt m.v. eller i øvrigt med selve forsøget, forudsætter, at de almindelige betingelser i § 3, stk. 2, er opfyldt. Lægemedelskader dækkes ikke, jf. nærmere nedenfor.

For det andet følger det af § 4, stk. 3, at dækningen af sunde forsøgspersoner også omfatter *psykisk* skade. Begrundelsen for at holde disse skader uden for PFL's almindelige dækning, jf. ovenfor afsnit 1.1., gør sig i hvert fald ikke gældende her.³⁹ Det er imidlertid kun kravet i § 1, stk. 1, om, at der skal være indtrådt en *fysisk* skade, som hermed fraviges. Kravet om, at der skal foreligge en »skade«, må derimod fastholdes også i forhold til sunde forsøgspersoner.⁴⁰ Det betyder, at rent *formuetab* og krænkelse af den *personlige integritet* falder uden for dækningen, jf. herom ovenfor afsnit 1.1.

Der kan således ikke efter PFL ydes erstatning (godtgørelse) for overtrædelse af reglerne om indhentelse af informeret samtykke, jf. herom § 8, stk. 1, nr. 2, i loven om et videnskabetisk komitesystem m.v. Erstatning kan heller ikke ydes for selve det forhold, at andre regler i loven er blevet overtrådt, f.eks. reglerne om anmeldelse til en videnskabetisk komite eller om, at forsøget ikke må iværksættes, før der er foretaget en bedømmelse i komiteen, og tilladelse til iværksættelse er givet. På den anden side begrænser overholdelsen af disse regler ikke patientens ret til erstatning i henhold til PFL.⁴¹ Ligesom en patient kan kræve erstatning for en komplikation efter § 2, stk. 1, nr. 4, selv om patienten er blevet orienteret om risikoen, kan en forsøgsperson kræve erstatning for en skade i henhold til § 4, stk. 1, uanset information om risikoen.

Derimod fastholdes det i § 4, stk. 2, at *lægemedelskader heller ikke dækkes, når de rammer sunde forsøgspersoner*. De ovenfor afsnit 1.2. nævnte regler gælder således også i forhold til dem. Erstatning kan derfor kun ydes, hvis der er grundlag herfor i reglerne i § 2, stk. 1, nr. 1-3, dvs. navnlig i tilfælde, hvor der er begået fejl – bedømt ud fra specialistmålestokken – i forbindelse med gennemførelsen af afprøvningen. Skader i form af rene bivirkninger af det afprøvede lægemiddel erstattes ikke. Fejl begået af producenten ved fremstilling af lægemidlet eller ved information om dets egenskaber m.v. udløser heller ikke i denne situation ret til erstatning i

38. Jf. *mot.* sp. 3296.

39. Jf. *ibid.* sp. 3297.

40. Jf. herved *Bo von Eyben*: Erstatning for deltagelse i biomedicinske forsøg s. 58.

41. Jf. herved *ibid.* s. 59.

henhold til PFL, men et ansvar for producenten kan eventuelt støttes på produktansvarsreglerne. Endvidere gælder også her, at overtrædelse af reglerne om afprøvning af lægemidler ikke bringer eventuelle skader under afprøvningen ind under PFL's dækning. Baggrunden for begrænsningen er den samme, som generelt ligger bag reglen i §3, stk. 3, nemlig at skader, der skyldes egenskaber ved lægemidler, må dækkes af en (eventuel) lægemiddelforsikringsordning.⁴²

Behovet for en sådan dækning imødekommes imidlertid tilsyneladende *ikke* efter det foreliggende udkast til en dansk lægemiddelforsikringsordning, idet kun *kliniske* afprøvninger er medtaget, dvs. lægemiddelaufprøvning, der omfattes af reglerne i lægemiddelovens kap. 5. Efter almindelig sprogbrug omfatter kliniske afprøvninger eller forsøg i øvrigt kun de tilfælde, hvor forsøget indgår som led i undersøgelse eller behandling af personens sygdom, dvs. forsøgspatienter i modsætning til sunde forsøgspersoner. Det kan i den forbindelse nævnes, at den svenske lægemiddelforsikringsordning, der også omfatter udlevering af lægemidler til klinisk afprøvning, tidligere udtrykkeligt udelukkede en dækning af forsøg med sunde personer, men at dette blev ændret i de forsikringsvilkår, der gjaldt fra 1988 og fortsat gælder efter den seneste revision i 1990. De norske regler (i produktansvarslovens §3-1, pkt. 1, og §3-2, pkt. 2) indeholder heller ingen begrænsning til »kliniske« forsøg. Terminologien kan dog næppe siges at ligge helt fast (den finske patientforsikringslov dækker således også sunde forsøgspersoner, der deltager i »kliniske« forsøg), og det er derfor ikke sikkert, at en udelukkelse af sunde forsøgspersoner er tilsigtet. Spørgsmålet bør afklares, inden en eventuel dansk lægemiddelforsikringsordning træder i kraft.

Som omtalt ovenfor kap. 1, afsnit 3.2., er det – med tvivlsom føje – blevet antaget, at biomedicinske forsøg på sunde forsøgspersoner, herunder afprøvninger af lægemidler, som hovedregel ikke omfattes af PFL, hvis forsøget finder sted uden for sygehuse eller universiteter m.v. Hvis et lægemiddel afprøves f.eks. på personale ansat i vedkommende lægemiddelvirksomhed, skulle skader i forbindelse hermed således falde uden for PFL. Hvis denne fortolkning ikke fastholdes, kan der ydes erstatning for (objektive eller subjektive) fejl ved afprøvningen, men fortsat ikke for skader, der skyldes selve lægemidlets egenskaber.

For det tredje *lempes kravene til beviset for årsagssammenhæng* mellem forsøg og skade endnu mere end efter den almindelige regel i §2, stk. 1. Erstatning skal ydes for skade, som *kan være* forårsaget af forsøget, medmindre det er overvejende sandsynligt, at skaden har anden årsag. Der stilles således *ikke* krav om, at det skal være overvejende sandsynligt, at skaden er forårsaget af forsøget. Der er imidlertid *ikke* hermed opstillet en almindelig formodning for, at skader, der opstår i forbin-

42. Jf. *mot.* sp. 3296.

Kap. 4-2.1.

delse med et forsøg, skal anses for at være forårsaget af dette, indtil det modsatte bevises (omvendt bevisbyrde). Formodningen træder først i kraft i det øjeblik, der er påvist en *mulig* årsagssammenhæng mellem forsøg og skade. Denne betingelse er ikke opfyldt, blot fordi forsøget ikke med fuldstændig sikkerhed kan udelukkes som mulig årsag.⁴³ Der må foreligge en vis sandsynlighed for årsagsforbindelse mellem forsøg og skade. Når denne grundbetingelse er opfyldt, skal der ydes erstatning for følgerne, hvis der ikke kan påvises andre årsagsfaktorer, som har større sandsynlighed for sig. Erstatning skal således ydes, selv om det ikke er muligt at fastslå noget om den relative sandsynlighed for årsagssammenhæng, eller selv om sandsynligheden for, at skaden er forårsaget af noget andet end forsøget, er lige så stor som sandsynligheden for, at forsøget er årsag.⁴⁴

Endelig gælder for det fjerde, at reglerne om afskæring af mindre erstatningskrav i § 5, stk. 2, ikke finder anvendelse i forhold til sunde forsøgspersoner, jf. § 5, stk. 3. Hvis beløbsgrænsen i § 5, stk. 2, 1. pkt., var gældende, ville dækningen efter PFL miste det meste af sin betydning, da varige skadefølger (varigt mén, erhvervsevnetab og forsørgertab) dækkes af arbejdsskadeforsikringens regler. Virkningen af reglen i § 4, stk. 1, er, at denne dækning suppleres med erstatning og godtgørelse for »midlertidige« skadefølger (tabt arbejdsfortjeneste og svie og smerte), der typisk kun udgør mindre beløb. Der er hermed sikret sunde forsøgspersoner en samlet, fuld tabsdækning fra de to erstatningssystemer.

2.2. Donorer

Efter PFL § 4, stk. 1, er donorer som hovedregel sidestillet med sunde forsøgspersoner.⁴⁵ Om afgrænsningen af donorer, se ovenfor kap. 1, afsnit 4. De ovenfor omtalte udvidelser af dækningen gælder således også for donorer, dog ikke dækningen af psykisk skade, jf. § 4, stk. 3. Som omtalt er det forudsat, at de særlige erstatningsordninger for donorer ophæves ved lovens ikrafttræden. Hele erstatningen for skader ved donorvirksomhed skal således ydes gennem PFL.

43. Jf. *Bo von Eyben*: Erstatning for deltagelse i biomedicinske forsøg s. 62 (hvortil *Rapport* s. 122 henviser).

44. Jf. *mot. sp.* 3297 og *Bo von Eyben* *ibid.* s. 50 og 63.

45. Jf. også NOU 1992:6 s. 73; i hvert fald bloddonorer omfattes også af den svenske ordning, jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 86.

3. Andre erstatningsordninger

Skader, der omfattes af lov om erstatning for vaccinationsskader, falder uden for PFL,⁴⁶ jf. § 1, stk. 4, og ovenfor kap. 1, afsnit 5, om baggrunden for denne undtagelse.

Efter vaccinationserstatningslovens § 1, stk. 1 (lov nr. 82 af 8/3 1978) yder staten erstatning for skader, som med rimelig sandsynlighed må antages at være forårsaget af vaccination her i landet mod en sygdom, der er omfattet af lov nr. 634 af 17/12 1976 om tilbud om *gratis* vaccination mod visse sygdomme.⁴⁷

For tiden gælder dette tilbud kun for personer under 18 år for så vidt angår vaccinationer mod kighoste, difteri, stivkrampe, polio, mæslinger, fåresyge og røde hunde (sidstnævnte tilbydes dog også alle kvinder over 12 år), jf. bkg. nr. 810 af 15/12 1989. Andre vaccinationer end disse tilbydes ikke gratis og er dermed ikke omfattet af vaccinationserstatningsloven. Skader herved rammes derfor heller ikke af undtagelsesreglen i PFL § 1, stk. 4, og der kan derfor ydes erstatning, hvis de almindelige betingelser herfor er opfyldt, herunder at vaccinationen er foretaget på et sygehus, der omfattes af loven. Vaccine er imidlertid et lægemiddel, og skader, der skyldes vaccinsens egenskaber, falder derfor under alle omstændigheder uden for PFL, jf. § 3, stk. 3. Erstatning kan således kun ydes, hvis der er begået fejl ved vaccinationen, jf. § 2, stk. 1, nr. 1.

Retten til erstatning efter vaccinationserstatningsloven er ikke betinget af, at der er begået fejl ved fremstilling af vaccinen eller ved gennemførelsen af vaccinationen. Der stilles heller ikke krav om, at skaden skal være sjælden, upåregnelig el. lign. Derimod stilles der reelt krav om, at der skal være indtrådt en skade af en vis *alvor*. Efter lovens §§ 4 og 5 fastsættes erstatningen efter reglerne i arbejdsskadeforsikringsloven, hvilket indebærer, at erstatning – ud over dækning af udgifter til sygebehandling – kun ydes for tab eller forringelse af erhvervsevnen, varigt mén og forsørgertab m.v., men ikke for midlertidigt indtægtstab eller for svie og smerte. For skader, der ikke får *varige* følger, er der derfor væsentlig forskel på vaccinationserstatningslovens og PFL's erstatninger.

Forskellen indsnævres dog naturligvis, hvis bagatelgrænsen i § 5, stk. 2, i givet fald fastholdes for vaccinationsskader, hvilket var intentionen, da vaccinationer – i modsætning til donorvirksomhed og deltagelse i forsøg som sund forsøgsperson – ikke kun er i samfundets interesse, men også i den pågældendes

46. Anderledes i Sverige, jf. *Hedman* *ibid.*, og efter det norske forslag, jf. NOU 1992:6 s. 73 f.

47. Jf. om loven, *Bo von Eyben*: Kompensation for personskade I s. 261 ff.

Kap. 4-3.

egen interesse.⁴⁸ Skal vaccinationsskader føres ind under PFL i forbindelse med en eventuel udvidelse af dækningsområdet til privatpraktiserende læger m.v., må det formentlig præciseres, at erstatning også ydes for skader, der skyldes vaccins egenskaber, således at reglen i § 3, stk. 3, ikke blokerer for den tilsigtede dækning. En anden mulighed er dog naturligvis, at disse skader dækkes af en lægemiddelforsikringsordning.

Af endnu gældende særordninger om erstatning på sundhedsområdet kan endelig nævnes bkg. nr. 914 af 19/11 1992 om godtgørelse til HIV-positive blødere og transfusionssmittede m.fl. Til de førstnævnte ydes godtgørelse, hvis de er konstateret HIV-smittede efter behandling med blodprodukter, og til de sidstnævnte ydes godtgørelse, hvis det er overvejende sandsynligt, at de er blevet smittet gennem blodtransfusion på danske sygehuse. Godtgørelsen til de pågældende eller deres efterladte udgør et fast beløb på 750.000 kr. Skader forårsaget ved smitte gennem blodtransfusion ville nu være omfattet af PFL, mens smitte fra blodprodukter ville være omfattet af reglerne om lægemiddelskader.⁴⁹

48. Jf. *Rapport* s. 119.

49. Om den svenske lægemiddelforsikrings dækning heraf, se *ibid.* s. 152 og som eksempel Läkemedelsskadenämnden s. 92 (om godtgørelse for ikke-økonomisk skade til HIV-smittet hæmofili patient uden udvikling af AIDS-symptomer).

Kapitel 5: Erstatningskrav for skader, der ikke dækkes af PFL

1. Indledning

En patient kan som hovedregel ikke rejse krav mod nogen efter almindelige erstatningsretlige regler, hvis patienten har fået eller er berettiget til at få erstatning i henhold til PFL, jf. §7. Eneste undtagelse fra denne regel er tilfælde, hvor et ansvar kan støttes på reglerne om produktansvar, jf. §8 a. Hvis en skade er omfattet af PFL, *skal* patienten derfor forfølge sit krav efter reglerne heri, dvs. at skaden skal anmeldes til patientforsikringsforeningen, og afgørelse skal træffes af denne på grundlag af reglerne i PFL, jf. nærmere nedenfor kap. 10, afsnit 3. Dette gælder også, selv om der måtte foreligge et erstatningsretligt ansvarsgrundlag for en læge eller nogen anden. Det vil der kunne gøre i nogle af de tilfælde, som omfattes af §2, stk. 1, nr. 1 (og §3, stk. 1), og i alle tilfælde, der omfattes af §3, stk. 2.¹ Selv i disse tilfælde skal patienten gå frem efter reglerne i PFL; patienten kan således *ikke vælge* mellem at påberåbe sig almindelige erstatningsretlige regler og PFL. En sådan valgmulighed foreligger kun, hvor en af PFL omfattet skade tillige omfattes af reglerne om produktansvar, f.eks. i tilfælde, hvor skadesårsagen er en defekt ved apparatur m.v., der anvendes ved undersøgelse eller behandling, jf. nedenfor kap. 8, afsnit 2.2. Bortset fra disse tilfælde vil en erstatningssag, der henhører under PFL, men som er anlagt ved en domstol, blive *afvist* herfra på grund af manglende saglig kompetence, jf. retsplejelovens §232; retten påser af egen drift (*ex officio*), om den er kompetent til at behandle sagen.

Af en modsætnings slutning fra §7 følger det – helt selvfølgelig – princip, at patienten *kan rejse krav efter almindelige erstatningsretlige regler i det omfang, skaden ikke dækkes af PFL*.² Det betyder, at de erstatningsretlige regler fortsat har betydning i to grupper af tilfælde:

Den ene er de skader, som falder *helt uden for PFL* på grund af de *almindelige* begrænsninger i dækningsområdet. Det drejer sig om tre skadetyper:

- Skader forvoldt af privatpraktiserende læger m.v.;
- skader, der ikke er af fysisk karakter;

1. Jf. *mot.* sp. 3300-01.

2. Jf. *ibid.* sp. 3301 og *Rapport* s. 206.

Kap. 5-1.

- lægemiddelskader, dvs. skader, der skyldes egenskaber ved de anvendte lægemidler.

Den anden gruppe er skader, der vel *efter deres karakter falder ind under PFL*, men hvor der i det konkrete tilfælde alligevel ikke kan ydes erstatning på grund af *særlige afvigelser* i PFL fra almindelige erstatningsretlige regler. Det drejer sig om to tilfælde:

- Skader, der ligger under bagatelgrænsen i PFL § 5, stk. 2;
- tilfælde, hvor erstatningskrav efter PFL er forældet efter den særlige regel i § 19, stk. 2, men hvor et krav efter almindelige erstatningsregler ikke er forældet.

De sidstnævnte tilfælde behandles bedst efter en gennemgang af afvigelserne i PFL fra almindelige erstatningsretlige regler, jf. nedenfor kap. 7; de tages derfor op i kap. 8, afsnit 2.1. Her behandles tillige patientens adgang til at vælge at påberåbe sig produktansvarsreglerne (afsnit 2.2.) samt tredjemands mulighed for at rejse (regres)krav i forbindelse med en skade, der omfattes af PFL.

De førstnævnte tilfælde behandles i de følgende tre afsnit. En almindelig gennemgang af betingelserne for erstatningsansvar falder dog uden for rammerne af denne fremstilling. Sigtet er kun at præcisere det område, hvor almindelige erstatningsregler fortsat har betydning, og at illustrere ansvarsbedømmelsen på disse områder ved hjælp af eksempler fra nyere retspraksis.

Ansvar efter almindelige erstatningsretlige regler kan være dækket af en *ansvarsforsikring*, f.eks. en læges almindelige erhvervsansvarsforsikring. Der er ikke efter lovgivningen nogen pligt til at tegne ansvarsforsikring, men reelt kan forsikringstegning være obligatorisk gennem medlemskab af faglige sammenslutninger. Der er imidlertid ikke noget til hinder for, at medicinalpersoner – individuelt eller kollektivt – påtager sig et ansvar, der rækker ud over gældende erstatningsregler, i forbindelse med en forsikringsmæssig afdækning af dette ansvar; eksempler herpå omtales i afsnit 5.

2. Privatpraktiserende læger m.v.

Som omtalt ovenfor kap. 1, afsnit 3, var begrænsningen af PFL's dækningsområde til sygehussektoren et led i et politisk kompromis. Der blev ikke herved lagt skjul på, at konsekvensen ville være, at patienter fortsat kun kan få erstatning for skader forvoldt af privatpraktiserende læger

m.v., hvis patienten kan bevise, at lægen har udvist culpa, og at dette var årsag til skaden, samt at patienten – i mangel af en forligsmæssig løsning – selv må anlægge retssag mod lægen.³ Politisk hæftede man sig herved bl.a. ved, at langt de fleste alment praktiserende læger og praktiserende speciallæger har tegnet erhvervsansvarsforsikringer, som dækker erstatningsansvaret. Det forhold, at en skadevolder er omfattet af en ansvarsforsikring, har imidlertid principielt ingen betydning for ansvarets udstrækning, men sikrer blot den skadelidte, at erstatningspligten bliver opfyldt (dersom forsikringssummen rækker til det).

Afgørende har formentlig været, at de fleste, alvorlige patientskader indtræffer i forbindelse med behandling på sygehuse. Selv om andelen af skader i privat praksis næppe er så lav som de anslåede 10%, er det muligt, at tallet passer for de alvorligere skader (f.eks. dem, der overstiger PFL's bagatelgrænse). Det er imidlertid givet, at alvorlige skader kan indtræde også som følge af undersøgelse eller behandling i privat praksis. De største skader opstår typisk som følge af *diagnosticeringsfejl*, herunder ikke blot i tilfælde, hvor lægen enten stiller en forkert diagnose eller dog ikke stiller den rigtige diagnose, men også – og navnlig – i tilfælde, hvor lægen undlader at foretage nærmere undersøgelser eller at henvise patienten hertil, selv om der foreligger tegn på, at patienten muligvis lider af en alvorlig sygdom.

Af klagesager vedrørende ydelser i almen praksis er det oftest mangelfulde undersøgelser, hvor lægen ikke har sikret sig et tilstrækkeligt grundlag for diagnose og dispositioner i øvrigt, som udløser kritik.⁴ Selv om der også forholdsvis hyppigt klages over, at der blev stillet en forkert diagnose, er det sjældent, at dette i sig selv karakteriseres som en fejl. Den seneste, offentliggjorte dom om erstatningskrav mod en privatpraktiserende medicinalperson (UfR 1981.1009 H) vedrørte en diagnosticeringsfejl, men forholdet var her det, at den pågældende tandlæge på et tidspunkt for så vidt havde stillet den rigtige diagnose (parodontose), men trods dette kun iværksatte konserverende behandling i form af udvidet tandrensning; først 9 år senere henviste han patienten til en specialist, der iværksatte omfattende behandling af sygdommen, hvilket kostede ca. 45.000 kr. mere, end rettidig behandling ville have gjort. Tandlægen burde have iværksat en mere effektiv behandling eller have henvist patienten til en specialist, og der forelå derfor klart culpa.

Domstolene har været tilbageholdende med at censurere en læges skøn over nødvendigheden af at tilse patienten. Navnlig afgørelsen i UfR 1971.141 H giver lægen en ganske bred margen for fejlskøn i så henseende. Lægen havde givet en beroligende indsprøjtning til en patient med astmaanfald, men

3. Jf. sundhedsministerens svar på spørgsmål 4 fra Folketingets Sundhedsudvalg ad lovforslag nr. L 144, FT 1990-91, 2. samling.
4. Jf. *E. Segest* i Ugeskr Læger 1986;148: 1621-4. Disse klager udgør mellem ca. 1/4 og 1/5 af alle, jf. Patientklagenævnet 1991 s. 29.

Kap. 5-2.

da patienten ikke faldt til ro, blev der de følgende timer ringet adskillige gange til lægen, som imidlertid ikke fandt anledning til at komme til stede, da han gik ud fra, at det skyldtes en allergisk reaktion, som ville gå over af sig selv. Ifølge Retslægerådet var dette lidet sandsynligt, og patienten burde derfor have været indlagt, da lægen fik oplysning om, at tilstanden var forværret. Også Sundhedsstyrelsen fandt, at lægelovens §6 var overtrådt. Alligevel fri fandtes lægen for erstatningsansvar (for patientens død), da man ikke fandt »tilstrækkeligt grundlag« for at fastslå, at lægen havde udvist »en ansvars pådragende forsømmelighed ved udøvelsen af sit skøn som praktiserende læge«.

Ansvar blev derimod statueret i UfR 1974.636 Ø om en lægevagt,⁵ der havde givet en patient en smertestillende indsprøjtning; da patienten herefter havde sovet ca. 17 timer, svarede lægen på en telefonisk forespørgsel, at man blot skulle lade patienten sove videre; patienten vågnede først ca. 20 timer senere og havde da pådraget sig liggesår m.v. I overensstemmelse med Retslægerådets erklæring fandt retten, at lægen efter den telefoniske henvendelse burde have tilset patienten og draget omsorg for, at patienten fik fornøden pleje, evt. ved indlæggelse.

Det fremgår ligeledes af UfR 1971.141 H, at lægen også indrømmes en ret bred margen med hensyn til valget af behandlingsmetode, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.1.2.; afgørelsen i UfR 1947.649 Ø er et eksempel på, at selv denne margen var overskredet, da lægen havde valgt en behandlingsmetode af tvivlsom berettigelse uden noget nærmere kendskab til den og den dermed forbundne risiko.

Den forholdsvis milde culpavurdering i sager mod privatpraktiserende læger m.v. kan være en del af forklaringen på, at der ikke foreligger flere (offentliggjorte) domme i nyere tid. Tendenserne i (landsrets)praksis til en skærpet culpabedømmelse, især ved hel eller delvis omlægning af bevisbyrden, har kun vedrørt behandling på sygehuse.⁶ Der er heller ingen grund til at tro, at gennemførelsen af PFL vil få nogen afsmittende virkning på ansvarsbedømmelsen uden for lovens område.

Jf. herved ovenfor kap. 1, afsnit 4, om bedømmelsen af skader, der er forårsaget inden lovens ikrafttræden. Hvis det af EF-kommissionen foreslåede direktiv om ansvar for tjenesteydelser – mod forventning – gennemføres også for sundhedssektoren, vil det kunne medføre en betydelig skærpelse af ansvaret for privatpraktiserende læger m.v., jf. ovenfor kap. 1, afsnit 6.4.

Indtil videre er hovedproblemet, at skader, der forvoldes i privat praksis, erstatningsmæssigt skal behandles helt anderledes end skader i forbindelse med sygehusbehandling. Modsætningen accentueres navnlig ved kirurgi-

5. Om klagesager vedrørende lægevagtsydelse, se *E. Segest* i *Ugeskr Læger* 1986:148; 1042-5.
6. Jf. *O. Talevski* i *J* 1990 s. 6 f.

ske indgreb, som indebærer en vis risiko, og som enten kan udføres på et sygehus eller på en kirurgisk speciallægeklinik. I længden er det ikke holdbart, at erstatning i sidstnævnte tilfælde forudsætter culpa, mens den i førstnævnte tilfælde ydes efter reglerne i PFL.⁷ Man kan således forestille sig, at patienter, der er opmærksomme på denne forskel, alene af den grund vil insistere på behandling på et sygehus, jf. ovenfor kap. 1, afsnit 3.

Som eksempel kan nævnes afgørelsen i UfR 1991.437 H, hvor en praktiserende speciallæge i kirurgi foretog en operativ fjernelse af en lymfeknude på halsen og herved overskar en nerve, hvilket medførte betydelige og uoprettelige forstyrrelser af den ene arms muskelfunktioner (resulterende i en méngrad på 20% og et erhvervsevnetab på 50%). Lægen mente ikke, at han var ansvarlig herfor, men efter sagsanlægget og indhentelse af udtalelser fra Retslægerådet anerkendtes erstatningspligten. Efter PFL (§ 2, stk. 1, nr. 4) ville skaden berettige patienten til erstatning uden hensyn til, om der var begået fejl. Tilsvarende gælder i UfR 1991.774 Ø om læsion af hjernestamme ved kiropraktorbehandling,⁸ hvor behandlingen havde påvirket og tillukket blodkar, der fører til den forlængede rygmarv. Der var ikke begået fejl ved udførelsen af behandlingen. Man kan vanskeligt forestille sig noget klarere eksempel på, at betingelserne i § 2, stk. 1, nr. 4, ville være opfyldt. Patienten fik ganske vist tilkendt erstatning ved dommen, men resultatet blev kun nået ad – diskutabelt – omveje, jf. nedenfor afsnit 3.2.

3. Ikke-fysiske skader

3.1. Psykisk skade

I alle tilfælde af rent psykisk skade – uanset hvordan og hvor den er forvoldt – gælder, at patienten kun kan få erstatning efter almindelige erstatningsretlige regler. Som omtalt i kap. 4, afsnit 1.1., forstås herved skader i form af *psykiske symptomer, der ikke står i forbindelse med eller er en følge af en skade af kropslig karakter*. Tilsvarende gælder for *fysiske følger* af en psykisk skade i denne forstand (f.eks. selvmord eller selvmordsforsøg). Som tidligere nævnt fungerer PFL ikke (tillige) som en ansvarsforsikring for culpøst forvoldte skader uden for lovens dækningsområde; hvis en rent psykisk skade anmeldes til patientforsikringsforeningen, skal den derfor principielt afvises, uanset om det måtte være klart, at det fornødne ansvarsgrundlag er til stede. Patienten skal principielt fremsætte

7. Jf. NOU 1992:6 s. 70.

8. Selv om PFL ved en eventuel udvidelse til praksissektoren kun kom til at omfatte *autoriserede* medicinalpersoner, således som det oprindeligt var foreslået, ville kiropraktorer nu også være omfattet, da der ved lov nr. 415 af 6/6 1991 er gennemført en autorisationsordning for dem.

Kap. 5-3.1.

kravet over for vedkommende læge eller sygehus, men der er naturligvis ikke noget til hinder for, at patientforsikringsforeningen er patienten behjælpelig hermed, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.1.1.

Der foreligger ikke i nyere retspraksis noget eksempel på, at en patient har fået erstatning for en rent psykisk skade.

De få eksempler på forsøg herpå er omtalt i kap. 4, afsnit 1.1. I LSD-sagen (UfR 1976.878 Ø) blev der først og fremmest argumenteret på et objektivt ansvar under henvisning til præparatets farlighed (og i den forbindelse et ansvar for Sundhedsstyrelsen for at have givet tilladelse til anvendelse af LSD); subsidiært blev det gjort gældende, at bevisbyrden vedrørende culpa skulle vendes om, da behandlingen måtte siges at finde sig på et forsøgsstadium. Retten afviste et objektivt ansvar og ligeledes et culpaansvar for både læger og Sundhedsstyrelsen; endvidere fandtes det ikke bevist, at LSD-behandlingen overhovedet havde forårsaget nogen skade. Retten kommenterede ikke synspunktet om ansvarsskærpelse ved forsøg, formentlig fordi den mente, at erfaringerne fra udlandet gjorde, at dette stadium var passeret; men i øvrigt er der intet holdepunkt for at antage, at der skulle gælde strengere ansvarsregler ved forsøg end ellers.⁹

Et andet eksempel på en rent psykisk skade er *chok* (der ikke er en følge af fysisk skade på patienten), jf. UfR 1988.166 H, ligeledes omtalt ovenfor kap. 4, afsnit 1.1. Hvis chokket – som tilfældet var i dommen – skyldes en skade, der rammer en tredje person, kan der imidlertid (heller) ikke kræves erstatning herfor efter almindelige erstatningsretlige regler. Hvis derimod chokket eller psykiske følger i øvrigt f.eks. skyldes en fejldiagnose (patienten får fejlagtigt at vide, at han eller hun lider af en alvorlig sygdom), eller at narkosen ikke havde virket tilstrækkeligt effektivt, kan patienten kræve erstatning for følgerne heraf, men forudsætningen er, at patienten kan påvise et ansvarsgrundlag (culpa), og at dette var årsag til de psykiske følger.

Det kan undertiden være vanskeligt at afgøre, om psykiske symptomer kan henføres til en »fysisk skade«. Som eksempel kan nævnes følgende sag:¹⁰ En kvinde fik foretaget et abortindgreb i svangerskabets 8. uge, men indgrebet mislykkedes, således at kvinden fortsat var gravid; dette blev først opdaget på et langt senere tidspunkt, således at der først i 19. uge blev gennemført et nyt abortindgreb. Ifølge Retslægerådet var det en fejl, at det ikke straks blev konstateret, at det første indgreb var mislykkedes. Dette forløb medførte svære psykiske problemer for kvinden. Hun var naturligvis berettiget til erstatning herfor (og fik da også en forligsmæssigt fastsat méngodtgørelse, baseret på en méngrad på 8%), men spørgsmålet er, om tilfældet ville være omfattet af PFL. Svaret må formentlig være benægtende. Selve den omstændighed, at abortindgrebet mislykkedes, og at dette blev opdaget for sent, udgør ikke en fysisk skade; i PFL's forstand består »skaden« kun i, at et nyt abortindgreb blev nødvendigt, og dette er uafhængigt af, om det blev opdaget straks eller

9. Jf. *Bo von Eyben*: Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg s. 22 f.

10. Jf. Retslægerådets årsberetning for 1990 s. 46 ff.

senere. Det kan derfor ikke hævdes, at de psykiske problemer er en følge af en i øvrigt dækningsberettiget, fysisk skade. Kvinden ville derfor fortsat være henvist til at kræve erstatning herfor efter almindelige erstatningsretlige regler.

3.2. Information og samtykke

En tilsidesættelse af reglerne om indhentelse af informeret samtykke udgør ikke en fysisk skade, og dette forhold falder derfor i sig selv uden for PFL, jf. ovenfor kap. 4, afsnit 1.1. Den nærmere rækkevidde af dette princip og af patientens mulighed for i stedet at påberåbe sig almindelige erstatningsretlige regler volder imidlertid tvivl, især i tilfælde, hvor der i forbindelse med et indgreb, hvortil patienten ikke har givet informeret samtykke, indtræder skader, som ikke skyldes fejl ved den måde, som indgrebet i øvrigt er blevet gennemført på.

Det er et grundlæggende princip for al lægebehandling, at den ikke må indledes eller fortsættes mod patientens vilje, jf. lægelovens §6, stk. 3, og cirk. nr. 163 af 22/9 1992 §1. Hvor der ikke er særlig hjemmel for tvangsmæssig behandling, og der ikke foreligger en nødsituation el. lign., kræves der således altid et samtykke fra en voksen, habil person. Behandling, der gennemføres i strid med dette princip, er ulovlig, og lægen kan straffes herfor efter lægelovens regler og eventuelt efter straffelovens §260 om ulovlig tvang. Dette gælder selvsagt uafhængigt af, om behandlingen i øvrigt var motiveret ud fra et lægeligt synspunkt og udført korrekt. Er dette tilfældet, og indtræder der ingen skade i forbindelse med indgrebets foretagelse, foreligger der imidlertid ingen *personskade* i erstatningsretlig forstand, men alene en *krænkelse af patientens personlige frihed*. Denne krænkelse er retsstridig og ansvarspådragende, og patienten er derfor berettiget til *godtgørelse for tort* i henhold til erstatningsansvarslovens §26. Dette krav dækkes imidlertid *ikke* af PFL, og patienten må derfor forfølge det efter almindelige erstatningsretlige regler.¹¹

Nyere retspraksis indeholder to eksempler herpå.¹² I UfR 1975.158 H var årsagen til det uberettigede indgreb mangelfuld kommunikation: En patient var indlagt til gennemførelse af tandudtrækning; på indlæggelsessedlen var anført, at alle tænder skulle trækkes ud, men ved indlæggelsen oplyste patienten overlægen om, at han med sin tandlæge var blevet enig om, at man i første omgang skulle nøjes med at trække 6 tænder ud. Denne besked videregav overlægen imidlertid ikke til sygehusets odontologiske afdeling, hvorfor patienten fik trukket alle 29 tænder ud. På denne afdeling fandt man indgrebet fagligt velbegrundet, hvilket Retslægerådet for så vidt tilsluttede sig; indgrebet kunne dog ikke anses for *nødvendigt*, om end en alternativ behand-

11. Jf. *Rapport* s. 77 f.

12. Eksemplerne er ikke atypiske, jf. *Giesen: International Medical Malpractice Law* s. 322 f

Kap. 5-3.2.

ling kunne have medført større gener m.v. samt udgifter for patienten. Der var således ikke sket nogen »skade«, og der var intet økonomisk tab. Indgrebet var imidlertid uretmæssigt, og for dette tilkendtes patienten en godtgørelse på 4.000 kr. for »ulemper«; denne post findes ikke længere, og da patienten ikke var påført nogen »merskade« i form af et varigt mén, ville der i dag kun kunne tilkendes godtgørelse for tort.

Det andet eksempel er afgørelsen i UfR 1989.1007 H, hvor lægen under en kejsersnitsoperation havde gennemført en sterilisation af kvinden ved overskæring af æggelederne, idet han skønnede, at det i en årrække ville være forbundet med betydelig fare for hende at blive gravid. Det lykkedes ikke senere at genskabe fertilitet hos den 21-årige patient. Indgrebet blev altså ikke foretaget for at afværge livsfare under selve operationen. Retslægerådet mente alligevel ikke, at der var begået en fejl, men alene udvist et fejl*skøn*, idet spørgsmålet om nødvendigheden af sterilisation kunne have været udsat. Sundhedsstyrelsen fandt derimod, at lægen klart havde overtrådt lægelovens § 6, idet man i samråd med kvinden bagefter kunne have fundet andre metoder til at undgå fremtidig graviditet. Retten fandt i overensstemmelse hermed, at indgrebet var retsstridigt, og kvinden tilkendtes en godtgørelse herfor på 100.000 kr. under hensyn til indgrebets karakter og patientens alder.

Forskellen på de to sager er, at indgrebet i den sidstnævnte sag klart gik videre, end der lægeligt var grund til. Denne patient blev derfor for så vidt påført en fysisk skade, idet hun ved indgrebet *definitivt* blev hindret i at kunne blive gravid, selv om der kun var grund til at hindre det i en vis periode. For denne »merskade« ville patienten være berettiget til erstatning i henhold til PFL (i praksis kun i form af godtgørelse for varigt mén, da der ikke er tale om noget økonomisk tab – ud over eventuelle udgifter m.v. i forbindelse med forsøg på at genskabe fertilitet). For selve krænkelsen af hendes selvbestemmelsesret ville hun være berettiget til godtgørelse for tort, men denne godtgørelse kan som nævnt ikke ydes på grundlag af reglerne i PFL.

Indtræder der (fysisk) *skade* ved en behandling, som er retsstridig på grund af manglende samtykke, har patienten ret til erstatning herfor i henhold til PFL § 2, stk. 1, nr. 1, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.1. Erstatningen omfatter imidlertid netop kun *følgerne af den fysiske skade* (herunder eventuelle psykiske følger heraf), men ikke kravet om godtgørelse for tort for krænkelsen af den personlige frihed. Denne krænkelse er ikke en fysisk skade og er ej heller en følge af en sådan. Principielt må patienten derfor både anmelde skaden til patientforsikringsforeningen med henblik på erstatning for følger af den fysiske skade og rejse krav om godtgørelse for tort mod læge eller sygehus efter almindelige erstatningsretlige regler. Hvis der er et klart grundlag for kravet om godtgørelse for tort, bør patientforsikringsforeningen dog i praktisk mulig udstrækning bidrage til, at dette krav formidles til en eventuel ansvarsforsikring (især hvis vedkommende forsikringselskab er medlem af foreningen).

Hvis patienten vel gav samtykke til behandlingen, men lægen i forbindelse hermed ikke opfyldte sin pligt til at give information om risikoen for komplikationer m.v., bliver spørgsmålet dernæst, *i hvilket omfang patienten kan kræve erstatning for indtrådte komplikationer, som lægen skulle have informeret om*. Hovedproblemet er, om og i hvilken udstrækning selve »informationsfejlen« *udvider* patientens muligheder for at få erstatning for skader, der opstår ved behandlingen.

For så vidt angår PFL's dækning er retsstillingen klar: En informationsfejl udvider *ikke* patientens ret til erstatning i forhold til PFL's almindelige regler, herunder navnlig dækningen af komplikationsrisikoen i §2, stk. 1, nr. 4. Som det fremgik af kap. 3, afsnit 3.4.2.2., falder de komplikationer, der omfattes af denne regel, *typisk* uden for lægens informationspligt, og patienten har ikke ret til erstatning efter bestemmelsen, *blot* fordi lægen skulle have informeret om risikoen for den pågældende komplikation. Patienten kan heller ikke kræve erstatning efter §2, stk. 1, nr. 3, *alene* under henvisning til, at lægen skulle have informeret om muligheden for en alternativ behandlingsteknik eller -metode. Endelig kan en informationsfejl ikke i sig selv udløse ret til erstatning efter §2, stk. 1, nr. 1. Der kan med andre ord ikke – i relation til PFL – sættes lighedstegn mellem manglende samtykke til en vis behandling og mangelfuld information om mulige risici ved dens gennemførelse. I modsat fald ville man jo reelt have udvidet dækningen efter nr. 4. Det udelukker ikke, at der kan forekomme tilfælde, hvor mangelfuld information bevirker, at samtykket ikke kan tillægges betydning, f.eks. hvor patienten ikke er blevet oplyst om – mere eller mindre – uundgåelige følger af selve behandlingen og derfor ikke har forstået, hvad indgrebet overhovedet gik ud på. Grænsetilfælde kan naturligvis forekomme ved indgreb, hvor komplikationsrisikoen er meget stor, men det må være klart, at manglende information kun invaliderer samtykket i meget graverende tilfælde, hvor forholdet nærmer sig en vildledning af patienten. I så fald gælder det ovenfor anførte: Enhver (fysisk) skade ved behandlingen skal erstattes efter PFL (§2, stk. 1, nr. 1), mens et eventuelt krav om godtgørelse for tort skal forfølges efter almindelige erstatningsretlige regler.

Den altovervejende, praktiske hovedregel vil imidlertid være, at PFL *ikke* dækker komplikationer i tilfælde, hvor lægen *skulle have* informeret om risikoen for deres indtræden, og spørgsmålet er derfor, om patienten i stedet kan kræve erstatning herfor efter almindelige erstatningsretlige regler. Problemet opstår selvsagt kun, hvis selve den indtrådte komplikation *ikke af andre grunde* erstattes af PFL (det vil den jo f.eks. blive, hvis en erfaren specialist ville have undgået dens indtræden, eller hvis den kunne være undgået ved en alternativ behandlingsform) eller efter almindelige erstatningsretlige regler (f.eks. hvis en privatpraktiserende læge culpøst forvolder den pågældende komplikation).

Kap. 5-3.2.

Det er et meget omdiskuteret spørgsmål, om krænkelse af lægers informationspligt i sig selv giver – eller bør give – patienter ret til erstatning for »hændelige« skader ved behandlingen.¹³ Hovedproblemet ligger i den almindelige erstatningsretlige betingelse om, at erstatning forudsætter årsagsforbindelse mellem fejl og skade. Det kan hævdes, at denne betingelse ikke er opfyldt, hvis det må antages, at information om komplikationsrisikoen ikke ville have haft nogen betydning for patientens stillingtagen til behandlingens gennemførelse. Patienten vil naturligvis gøre gældende, at han eller hun ikke ville have samtykket i behandlingen, hvis der var givet information om risikoen, men det er klart, at patienten vil få svært ved at overbevise en domstol om, at denne påstand ikke er udtryk for en ren »bagklogskabs«-vurdering, især hvis risikoen for komplikationer – om end ikke så ubetydelig, at den faldt helt uden for informationspligten – var ganske underordnet i forhold til de følger, som måtte forventes af grundsygdommen, hvis behandlingen ikke blev sat i værk. Selv om en voksen, habil patient er i sin fulde ret til at handle irrationelt, står patienten derfor med et betydeligt bevisproblem, når det konkret skal dokumenteres, at han eller hun ville have afstået fra en behandling, som en almindelig, fornuftig »gennemsnitspatient« må antages at ville have accepteret. Forskellen mellem denne situation og de ovenfor nævnte eksempler på uhjernet »tvangsbehandling« er – også ud fra dette synspunkt – tydelig; behandlingen var i ingen af disse sager lægeligt nødvendig, og der var intet grundlag for at antage et »hypotetisk« samtykke.

Heroverfor står imidlertid ønsket om at sætte erstatningsretlig effekt bag reglerne om lægers informationspligt.¹⁴ Synspunktet er, at overtrædelser af informationspligten ikke bliver sanktioneret i tilstrækkelig grad, hvis man fastholder de sædvanlige krav til årsagsforbindelse – med heraf følgende, næsten uoverstigelige bevisvanskeligheder for patienten. I forbindelse med dette argument overses dog ofte, at pligten naturligvis er sanktioneret på anden måde, idet lægelovens § 6 herved kan være overtrådt, således at lægen risikerer en misbilligelse fra Patientklagenævnet;¹⁵ i grovere tilfælde kan også straffereglerne anvendes. Spørgsmålet er, om disse sanktioner skal udbygges med et erstatningsretligt værn, hvilket – hvis det skal være effektivt – forudsætter, at de almindelige krav til (bevis for) årsagsforbindelse modificeres.

13. Om dansk ret, se *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 229 ff og i Erstatning for deltagelse i biomedicinske forsøg s. 15 ff (med henvisninger til litteraturen, s. 16 note 31); om indstillingen i fremmed ret, se *Giesen* *ibid.* s. 252 ff.

14. Synspunktet er herhjemme navnlig blevet fremført af *B. Gomard: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktforhold*, 1958, s. 432 f; se i samme retning, *Giesen* *ibid.* s. 352.

15. Jf. eksempler herpå, *E. Segest og F. Petersen* i *Nord Med* 1986;101: 246-9 og *Patientklagenævnet* 1990 s. 39 ff; også selv om lægelovens § 6 ikke findes at være overtrådt, kan Patientklagenævnet uddele mildere former for »næser«, jf. *Patientklagenævnet* *ibid.* s. 25.

Den retlige figur, der oftest er blevet påberåbt med henblik herpå, er princippet om casus mixtus cum culpa, dvs. (ansvar for) hændelig skade i forbindelse med culpa. Området for dette princip er navnlig tilfælde, hvor en kontraktskyldner forsætligt handler i strid med bestemmelser i kontrakten, hvorefter der – uden at det kan tilregnes skyldneren – indtræder en skade, som ikke er en påregnelig følge heraf. Den »primære« krænkelse indebærer således en udvidelse af ansvarets udstrækning til følger, som ikke ellers ville være omfattet af erstatningspligten. Overført til lægeansvaret skulle princippet indebære, at lægens overtrædelse af informationspligten indebærer en forsættelig – eller i hvert fald retsstridig – tilsidesættelse af patientens interesser (uanset forholdet ikke i øvrigt opfattes som et egentligt kontraktsforhold), og at ansvaret derfor må udstrækkes til skader i det videre forløb, som i forhold til denne tilsidesættelse må anses for hændelige.

Retspraksis har imidlertid hverken udtrykkeligt eller forudsætningsvis anerkendt dette princip anvendelighed på krænkelser af informationspligten.

Mest nærliggende ville det have været at anvende princippet i UfR 1965.517 V om en prostata-operation, der medførte sterilitet; patienten var ikke blevet vejledt om de mulige følger af operationen, men vejledning burde – også ifølge Retslægerådet – være givet. Patienten fik alligevel ikke erstatning, bl.a. under henvisning til, at følgerne var af underordnet betydning i forhold til risikoen ved at undlade operation. Dommen tog ikke direkte stilling til det foreliggende spørgsmål, idet den nærmest må forstås således, at man juridisk opererede med en endnu snævrere informationspligt, end den lægelige vurdering tilsagde, jf. også UfR 1953.491 H. I to tilfælde i nyere praksis (UfR 1968.803 V og UfR 1978.168 H) blev der direkte argumenteret ud fra casus mixtus-princippet, idet patienten gjorde gældende, at samtykket til operationen var givet på et urigtigt grundlag, fordi der ikke var informeret om risikoen, og at sygehuset derfor måtte være ansvarligt for den indtrådte skade, selv om den var hændelig. I begge tilfælde drejede det sig om sjældne komplikationer ved indgreb, der var klart indicerede (henholdsvis en arteriografisk undersøgelse og en mellemøreoperation), og i begge domme blev det derfor statueret, at der ikke havde været pligt til at orientere om risikoen. Man kan således ikke af nogen af disse domme udlede noget om, hvordan ansvaret for den hændelige komplikation ville være blevet vurderet, hvis informationspligten fandtes at være overtrådt.

Kiropraktor-dommen (UfR 1991.774 Ø) kan for en umiddelbar betragtning synes at bygge på synspunkter, der ligger casus mixtus-princippet nær. Ved såkaldt manipulationsbehandling mod hovedpine (trykken med fingre op mod partiet under kraniet) skete der en læsion af hjernestammen, formentlig på grund af tillukning af de blodkar, der fører til den forlængede rygmarg; patienten blev 100% invalid. Risikoen for denne komplikation betegnedes som velkendt, men meget sjælden. Det stod fast, at kiropraktoren ikke havde

Kap. 5-3.2.

informeret patienten om risikoen, og at selve komplikationens indtræden ikke skyldtes nogen fejl ved udførelsen af behandlingen. Retslægerådet mente, at patienten ved behandling for en helt godartet hovedpine burde være orienteret om de risici, der kan være forbundet med manipulationsbehandling. Patienten mente derfor, at kiropraktoren måtte være ansvarlig, fordi der ikke forelå et informeret samtykke. Kiropraktoren gjorde gældende, at han ikke havde pligt til af egen drift at informere om en så ringe risiko, og at – hvis en sådan pligt blev statueret – ikke-opfyldelse af den ikke kunne pådrage ham ansvar for komplikationens indtræden.

Der var således anledning for retten til at tage stilling til casus mixtus-princippet, hvis man mente, at kiropraktoren skulle have informeret patienten om risikoen. Det mente retten, og kiropraktoren blev pålagt ansvar. Dommen betegner derfor tilsyneladende dels et brud med hidtidig praksis ved, at der pålægges en pligt til at informere om meget sjældne komplikationer, dels går den tilsyneladende videre end hidtidig praksis ved, at ansvar pålægges for en hædelig skade ved ikke-opfyldelse af informationspligten. Sådan er dommen da også blevet opfattet – med bekymring fra forsikringsside, idet konsekvensen anses for at være, »at man pålægger sundhedssektorens behandlere en udstrakt oplysningspligt og dermed flytter problemet til at være et spørgsmål om, der så er givet korrekt vejledning«¹⁶ – og fra anden side med forhåbning om, at afgørelsen vil blive retningsgivende for fremtidig retspraksis.¹⁷ Hermed overses imidlertid det afgørende i sagen og i dommens præmisser, nemlig spørgsmålet om *indikationen* for overhovedet at sætte den pågældende behandling i værk. Ifølge Retslægerådet måtte indikationen afhænge af symptomernes sværhedsgrad, og det drejede sig her om en godartet hovedpine, som formentlig ville gå over af sig selv; der var ikke fremlagt nogen dokumentation for, at manipulationsbehandling havde nogen som helst virkning på denne lidelse. Det var på denne baggrund samt under hensyn til de alvorlige følger, komplikationen kunne få, at retten fastslog, at patienten skulle have haft lejlighed til at afveje generne ved hovedpinen over for risikoen ved behandlingen. Der er således en helt afgørende forskel mellem denne sag og de ovenfor nævnte, hvor behandlingen var klart indiceret ud fra medicinsk videnskab og erfaring. Det kan i og for sig ikke undre, at informationspligten skærpes i et tilfælde, hvor lidelsen er banal og reelt ikke behandlingskrævende overhovedet, samtidig med, at behandlingen indebærer en risiko for meget alvorlige skader, selv om den statistisk set er meget ringe.

Første led i dommens præmisser var, at det på denne baggrund måtte påhvile kiropraktoren at føre bevis for, at behandlingen var tilstrækkeligt indiceret – et bevis, der som nævnt ikke var ført. Der opstilles således ikke nogen »absolut« pligt til at informere om sjældne komplikationer, og dommen er derfor ikke i modstrid med tidligere domme, hvor indikationen som nævnt var klar. Andet led i præmisserne var, at det under disse omstændigheder ligeledes måtte påhvile kiropraktoren at bevise, at behandlingen var udført på

16. C. Tønnesen i Forsikring 1990 s. 472.

17. Jf. L. A. Rehof i J 1992 s. 161 f.

en sådan måde, at skaden ikke kunne være undgået. Dette er således *ikke* en casus mixtus-betragtning, men en omlægning af bevisbyrden vedrørende culpa ved behandlingens udførelse. Denne del af præmisserne er – trods fremhævelsen af den konkrete baggrund – mere problematisk og ville formentlig næppe være blevet tiltrådt af højesteret, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.1.2. Navnlig denne del af præmisserne synes at være udformet ud fra den konklusion, som retten på forhånd havde besluttet sig for (hvilket ikke er helt usædvanligt, navnlig i erstatningssager). Konklusionen er formentlig nået ud fra de principper, som nu har fundet udtryk i PFL §2, stk. 1, nr. 4: Man kan vanskeligt forestille sig noget tilfælde, hvor der er et så skærende misforhold mellem grundsygdommens og komplikationens alvor (endda uden brug af facitræsonnementet). Retten var blot nødt til at finde på andre begrundelser for resultatet.

Højesteret har senere i UfR 1992.404 H om bivirkning af prednison endnu en gang fastslået, at lægen ikke af egen drift har pligt til at informere om en sjælden komplikation – i et tilfælde, hvor behandlingen var klart indiceret (en alvorlig sygdom, som medicinsk ikke kunne behandles på anden måde).¹⁸ Uenigheden mellem dommerne i denne sag vedrørte kun spørgsmålet, om lægen havde begået en fejl ved ikke at informere patienten tilstrækkeligt, da der viste sig tegn på, at komplikationen var under udvikling. To dommere afviste dette, én mente ikke, at en eventuel fejl i så henseende havde haft nogen betydning, da skaden var sket, mens to dommere mente, at lægen på et tidligere tidspunkt skulle have gjort opmærksom på muligheden. De sidstnævnte dommere måtte følgelig også tage stilling til spørgsmålet om årsagsforbindelse, dvs. om det kunne antages, at patienten i så fald ville have foretrukket det kirurgiske behandlingsalternativ (hvilket patienten naturligvis hævdede, at han ville have gjort). Disse dommere fandt, at det ikke skulle komme patienten til skade, at det ikke var muligt at fastslå, hvordan han ville have reageret. Herved kom man uden om det ovenfor nævnte bevisproblem for patienterne, men også her må det særlige i situationen understreges: I dette tilfælde drejede det sig ikke om en forhåndsinformering om risikoen, men derimod om, at røntgenbilleder faktisk havde vist tegn på komplikationen (diagnosen betegnedes allerede på dette grundlag som »mest nærliggende«, selv om den først blev sikker nogle måneder senere), og der var derfor grund til at ændre behandlingsform – og for patienten til at revidere sin hidtidige modstand mod kirurgisk behandling. En »fornuftig« patient ville her have valgt en anden behandling, hvis beslutningsgrundlaget havde været bedre, mens forholdet som nævnt er det modsatte i de tilfælde, hvor der ikke blev givet information om en risiko af underordnet betydning.

En nyere *svensk* højesteretsdom¹⁹ tangerer problemstillingen, idet der her

18. Det princip om »fuld« information, som undertiden hævdes, er således ikke gældende ret, se f.eks. *J. Lett* på Förhandlingarna vid det 29. nordiska juristmötet, 1981, del II, s. 78 og *L. A. Rehof* *ibid.* s. 150 og 158.
19. Se *Nytt Juridiskt Arkiv* 1990 s. 442. *Afgørelsen* har givet anledning til en del diskussion, se indlæg i *Juridisk Tidsskrift* af *A. Agell* (1990/91 s. 439 ff), *E. Rymning* (1990/91 s. 630 ff), *J. Hellner* (1990/91 s. 747 ff) og *A. Agell* (1991/92 s. 382 f).

Kap. 5-3.2.

ubestrideligt forelå en overtrædelse af informationspligten, mens der lige så ubestrideligt ikke var begået nogen fejl ved selve udførelsen af behandlingen. Det drejede sig om en operation for smerter i hofteleddet, hvorved lægen overskar en nerve, som smerterne antoges at hidrøre fra; efter operationen klagede patienten over andre smerter. Patienten støttede sit erstatningskrav på, at der ikke var givet informeret samtykke til nerveoverskæringen, men fik ikke medhold; højesteret udtalte, at den omstændighed, at der ikke var givet samtykke, ikke uden videre medførte ansvar, og lagde i øvrigt vægt på, at indgrebet var adækvat ud fra et medicinsk synspunkt. Dommen kan dog næppe siges at vedrøre en *komplika*tion ved behandlingen, idet indgrebet netop gik ud på at overskære nerven. Det er for så vidt svært at få øje på nogen skade – ud over krænkelser af patientens selvbestemmelsesret. Som nævnt ovenfor kan et samtykke ikke tillægges betydning, hvis patienten ikke har fået oplysning om, hvad behandlingen overhovedet gik ud på, og patienten ville derfor efter dansk ret formentlig være berettiget til en vis godtgørelse for tort.

Casus mixtus-princippet er som nævnt ikke udviklet med henblik på den aktuelle problemstilling og er næppe egnet til at løse den. Selv om det accepteres, at der kan være grund til at give princippet om informeret samtykke et bedre erstatningsretligt værn, end reglerne om godtgørelse for tort giver, vil det føre for vidt, om enhver krænkelse af informationspligten ubetinget skulle medføre ansvar for enhver (hændelig) komplikation ved behandlingen. Det forekommer ikke indlysende rimeligt, at den patient, der ikke fik information, skal stilles så meget bedre end den patient, der fik det. Erkendes det, at det egentlige problem ligger i beviset for, hvad patienten ville have gjort, hvis informationspligten var blevet overholdt, ville det være bedre at søge dette problem løst ved hjælp af anerkendte, retlige principper fra lægeansvarsområdet frem for anstrengte²⁰ eller tvivlsomme principper fra andre områder. Et sådant anerkendt princip er den lettelse af bevisbyrden vedrørende årsagssammenhæng, der indrømmes patienter i tilfælde, hvor en klar fejl kan have forårsaget den pågældende skade, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 2.4. Overføres dette princip på informationsproblemet, kan det udformes således: Hvis lægen *klart* har overtrådt pligten til at informere om risikoen for komplikationer, og det efter en *generel, objektiv vurdering* må antages, at oplysning herom ville være *egnet* til at influere på patientens overvejelser om accept af behandlingstilbuddet, gælder en *formodning for årsagssammenhæng* mellem informationsfejlen og skadens indtræden, dvs. at det da påhviler *lægen* at godtgøre, at patienten ville have givet sit samtykke, selv om patienten var blevet

20. Se som et eksempel, *Giesen: International Medical Malpractice Law* s. 354 (overtrædelser af informationspligten øger risikoen for skader, fordi de mindsker patienternes muligheder for at afslå behandlingstilbud).

informeret om risikoen. Herved begrænses ansvaret til de klare, herunder de grove, tilfælde, samtidig med, at der åbnes for muligheden for førelse af modbevis. Samtidig mindskes betydningen af sondringen mellem de tilfælde, hvor patienten er blevet misinformeret i en sådan grad, at samtykket må frakendes enhver betydning, og de tilfælde, hvor samtykket principielt er »gyldigt«, men er givet på et ufuldstændigt grundlag.

3.3. Andre ikke-fysiske skader og krænkelse

Som omtalt ovenfor kap. 4, afsnit 1.1., udgør et *barns fødsel* ikke en skade i PFL's forstand, og der kan derfor ikke ydes erstatning for denne følge af et mislykket sterilisations- eller abortindgreb. Det er omdiskuteret, om erstatning for udgifterne til barnets forsørgelse i stedet kan kræves erstattet efter almindelige erstatningsretlige regler. I dansk retspraksis har indstillingen været negativ, men begrundelsen er ikke overbevisende, og det er tvivlsomt, om den kan fastholdes fuldt ud.

Erstatning er således blevet nægtet i UfR 1954.540 V og UfR 1961.239 V, i sidstnævnte dom under henvisning til, at udgifterne opvejedes af »ideelle« glæder ved at opfostre et barn. Rent bortset fra, at denne form for »modregning« ikke har noget med jura at gøre, og derfor ikke er udtryk for noget reelt argument, men blot et princip, der postuleres, kan man spørge, om dommeren ville have udtalt sig på samme måde, hvis situationen havde været som i en canadisk sag, hvor kvinden efter at have født 10 børn ønskede sterilisation, hvilket mislykkedes, hvorefter dommeren om ankomsten af det 11. barn udtalte, at det ikke var »such a blessed event that the concept of public order denies recovery.«²¹ Tilsvarende spørgsmål kan rejses, hvis f.eks. sterilisations- eller abortindgreb foretages på grund af særlig mistanke om, at barnet risikerer at komme til at lide af et alvorligt, medfødt handicap. At formuetab af denne type ikke skulle nyde erstatningsretligt »værn«, dementeres af UfR 1956.205 H, hvor moderen fik erstatning for mistede underholdsbidrag som følge af en fejl ved en blodtypeundersøgelse til brug for en faderskabssag.²²

Krænkelser af den *personlige frihed* dækkes som nævnt i kap. 4, afsnit 1.1., ikke af PFL.²³ Krav om erstatning herfor forudsætter derfor et sædvanligt ansvarsgrundlag. Det har her særlig betydning, at culpereglen ikke bygger på et facitræsonnement, idet situationen ofte er den, at man først efter tvangsindlæggelsen og en vis tids observation af patienten kan konstatere, at den pågældende ikke er sindssyg. Er der ikke begået fejl i

21. Citeret efter *Giesen: International Medical Malpractice Law* s. 244.

22. Se herved *A. Vinding Kruse: Erstatningsretten*, 5. udg. 1989, s. 288, *A. Kjønstad* i *Lov og Rett* 1991 s. 131 ff og *NOU 1992:6* s. 95.

23. Se tilsvarende om Norge, *NOU 1992:6* s. 69.

Kap. 5-3.3.

forbindelse med tvangsendlæggelsen, kan patienten derfor ikke få erstatning, selv om den efterfølgende viser sig at have været uberettiget.

Seneste eksempel fra retspraksis er UfR 1978.401 Ø,²⁴ hvor tvangsendlæggelsen skete på grundlag af diagnosen skizofreni, men hvor det efter en uges observation konstateredes, at patienten ikke var skizofren, men paranoid. De medvirkende læger havde imidlertid med føje skønnet, at det ville være uforvarsomt at undlade indlæggelse, og en endelig stillingtagen forudsatte en vis observationstid. Et forslag om indførelse af objektive ansvar i disse tilfælde²⁵ er ikke blevet fulgt.

Som eksempel på andre personkrænkelser, der ikke dækkes af PFL, kan endelig nævnes UfR 1991.194 Ø om krænkelse af *privatlivets fred*, hvor en praktiserende speciallæge i kirurgi og plastikkirurgi havde opereret en patient med fedtsugning af hofte og lår og i forbindelse hermed taget nogle »før/efter«-billeder. Uden patientens samtykke blev billederne udleveret til pressen og bragt i flere ugeblade. Patienten tilkendtes en godtgørelse for tort på 20.000 kr., bl.a. under hensyn til lægens grove misbrug af situationen.

4. Lægemiddelskader

Hvis en skade skyldes de anvendte lægemidler, men skaden kunne være undgået af en sygehuslæge i overensstemmelse med reglerne i § 2, stk. 1, nr. 1-3 (i praksis navnlig reglen i nr. 1), dækker PFL skaden, jf. ovenfor kap. 4, afsnit 1.2. Har en privatpraktiserende læge m.v. udvist culpa ved ordinerings m.v., kan lægen gøres ansvarlig efter almindelige erstatningsretlige regler, jf. ovenfor afsnit 2. Skyldes skaden derimod kun lægemidlets egenskaber, kan patienten kun – indtil en lægemiddelforsikringsordning etableres – kræve erstatning herfor efter reglerne om *produktansvar*.

Efter produktansvarslovens (PAL) § 6, stk. 1, er den grundlæggende betingelse for ansvar, at skaden er forårsaget af en *defekt* ved produktet, og herved forstås efter § 5, at det »ikke frembyder den sikkerhed, som med rette kan forventes«, under hensyn til bl.a. markedsføringen, den anvendelse af produktet, som med rimelighed kan forventes, og tidspunktet, da produktet blev bragt i omsætning. Efter § 6, stk. 2, påhviler det skadelidte at føre bevis for skaden, defekten og årsagsforbindelsen mellem defekten og skaden. Selv om disse betingelser er opfyldt, bliver producen-

24. Om retspraksis i øvrigt, se bet. 1068/1986 s. 520 ff og *Poul Dahl Jensen og Jørgen Paulsen: Tvang i psykiatrien*, 1991, s. 169 ff.

25. Jf. bet. 1086/1986 s. 490 f.

ten dog ikke ansvarlig, hvis han beviser, at der foreligger en af de ansvarsfrihedsgrunde, der er indeholdt i § 7, herunder navnlig, at det på grundlag af den videnskabelige og tekniske viden på det tidspunkt, da produktet blev bragt i omsætning, ikke var muligt at opdage defekten (stk. 1, nr. 4, om de såkaldte udviklingsskader), eller at defekten ikke var til stede på det tidspunkt, hvor produktet blev bragt i omsætning (stk. 2).

Som omtalt ovenfor kap. 1, afsnit 5, er disse ansvarsbetingelser sjældent opfyldt ved skader, der skyldes lægemidlers egenskaber. Selve den omstændighed, at et lægemiddel kan forvolde alvorlig skade som følge af bivirkninger (f.eks. anafylaktisk chok som følge af penicillin), gør ikke lægemidlet »defekt«. Alle lægemidler indebærer en større eller mindre risiko for bivirkninger, som må afvejes over for deres helbredende eller lindrende virkninger. Denne afvejning indgår også i den offentlige kontrol med lægemidler, jf. lægemiddellovens § 7, nr. 5, hvorefter Sundhedsstyrelsen kan forbyde forhandling m.v., hvis lægemidlet ved normal anvendelse medfører bivirkninger, der står i misforhold til den tilsigtede medicinske virkning eller frembyder fare af sundhedsmæssig art, jf. tilsvarende § 15, nr. 3-5, om farmaceutiske specialiteter (dvs. lægemidler, der er bestemt til at blive forhandlet og udleveret til forbrugeren i fremstillers originale pakning under et af denne valgt navn, jf. lovens § 11, stk. 1). Hvis der er foretaget en forsvarlig afvejning heraf på grundlag af det kendskab til bivirkninger, som producenten havde eller burde have, og lægemidlet i øvrigt er blevet fremstillet korrekt, og der ved markedsføringen er givet forbrugere og læger m.v. tilstrækkelige oplysninger om lægemidlets anvendelse, risikoen for bivirkninger, vil indtrådte skader enten skyldes kendte, men uundgåelige bivirkninger ved lægemidlet (systemskader), som (derfor) ikke opfylder defekt-betingelsen, eller skyldes bivirkninger, som ikke kunne være forudset (udviklingsskader), for hvilke producenten som nævnt også er ansvarsfri.

Den i lægemiddelloven instituerede offentlige kontrol med lægemidlers kvalitet m.v. og med de virksomheder, som fremstiller, indfører eller forhandler lægemidler, bevirker ikke, at ansvaret for overholdelse af kvalitetskravene overgår til den offentlige myndighed (Sundhedsstyrelsen). Myndighedens godkendelse er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at lægemidlet frembyder tilstrækkelig sikkerhed. Virksomheden er den primært ansvarlige, og myndigheden er sædvanligvis afhængig af de informationer, den får fra virksomheden. I forbindelse med den ændring af reglerne om afprøvning af lægemidler, der gennemførtes ved lov nr. 194 af 23/3 1992, hvorefter afprøvningen først må iværksættes, når Sundhedsstyrelsen har givet *tilladelse* hertil, jf. § 24, stk. 3 (tidligere krævedes kun en anmeldelse og en kvittering for dens modtagelse), blev det i motiverne understreget, at der ikke hermed tilsigtedes nogen ændring af det grundlæggende princip, hvorefter det er den afprøvende læge m.v., der er ansvarlig for afprøvningen. Hvis f.eks. Sundhedsstyrelsen ikke af producenten har fået

Kap. 5-4.

fyldstgørende information om risici, som tidligere laboratorieforsøg el. lign. har vist, er det klart, at en meddelt tilladelse ikke udelukker, at lægemidlet anses for defekt, og at producenten gøres ansvarlig herfor.

Viser der sig efterfølgende skadelige egenskaber ved et lægemiddel, som efter den tekniske og videnskabelige indsigt på omsætningstidspunktet ikke kunne være forudset, kan producenten ifalde ansvar, hvis der ikke advares herom. Et sådant ansvar støttes ikke på reglerne i PAL, men på de principper om produktansvar, som forinden lovens gennemførelse var udviklet i retspraksis, og som opretholdes ved siden af loven, jf. dens § 13. Heller ikke efter disse regler er producenten imidlertid ansvarlig for system- og udviklingsskader som sådanne.

Konsekvensen heraf er, at der kun sjældent vil være grundlag for tilkendelse af erstatning for skader, der skyldes lægemidlets egenskaber, hvad enten risikoen herfor var kendt eller ukendt.

Fra retspraksis kan nævnes UfR 1985.460 Ø om røntgenkontraststoffet thorostrast (der dog næppe kan betegnes som et egentligt lægemiddel, men dog klart er et »produkt«), der – utvivlsomt – var årsag til, at der mange år senere udvikledes kræft i patientens lever. Sagen var ikke anlagt som en produktansvarssag, men ræsonnementet ville i så fald have været det samme. Ved brugen af kontrastmidlet i begyndelsen i 1946 befandt man sig formentlig på grænsen mellem en udviklings- og en systemskade; i international medicinsk litteratur var der allerede da fremkommet advarsler mod midlets kræftfremkaldende egenskaber, men først efter behandlingstidspunktet fremkom der – ifølge Retslægerådet og dommen, jf. dog herved den senere østre landsrets dom af 12/11 1992 – andre, mindre farlige midler, hvormed den pågældende undersøgelse, der lægeligt var klart motiveret, kunne være gennemført. Uanset om man lægger til grund, at risikoen var kendt eller ukendt på behandlingstidspunktet, ville også en producent være ansvarsfri efter produktansvarsreglerne (forudsat, at ansvar ikke kunne støttes på en efterfølgende advarelspligt; dommen tager kun stilling til spørgsmålet om indhentelse af samtykke fra de pårørende til den 15-årige patient).

Også p-pillesagen (UfR 1989.135 H) er formentlig et eksempel på en skade, der befandt sig på »overgangen« fra udviklings- til systemskader. I modsætning til thorostrast-dommen blev denne sag imidlertid afgjort allerede på manglende bevis for årsagssammenhæng, jf. herom ovenfor kap. 3, afsnit 2.4. Retten tog derfor ikke stilling til, om der ville være ansvar for producenten og/eller Sundhedsstyrelsen, hvis et sådant bevis var blevet ført. Formentlig ville resultatet være blevet det samme. Ansvar ville antagelig også her kun indtræde, hvis det kunne påvises, at producenten reagerede for langsomt på indvundne erfaringer om risikoen ved højøstrogene p-piller i form af advarsel til brugerne og eventuelt tilbagetrækning af midlet. Det er som nævnt ikke i sig selv disculperende, at Sundhedsstyrelsen havde tilladt forhandling og først nogle år senere henstillede, at højøstrogene p-piller blev trukket ud af markedet,

men hvis producenten loyalt forelagde Sundhedsstyrelsen oplysninger om bivirkninger, kontraindikationer vedrørende brug m.v., ville der heller ikke her ved være noget ansvarsgrundlag.

Der foreligger ingen domme efter PAL's ikrafttræden (d. 10/6 1989), men uanset den formelle ansvarsskærpelse ved denne lov (fra et strengt culpaansvar til et objektivt ansvar) medførte den ingen *reel* ansvarsskærpelse, i hvert fald ikke på dette område; man kan vanskeligt forestille sig nogen skade, der ikke er en udviklings- eller en systemskade, og som ikke skyldes en fejl ved udvikling, fremstilling, afprøvning eller markedsføring.

Hvis betingelserne for produktansvar er opfyldt, kan erstatningskravet rettes direkte mod *producenten*, jf. PAL §4. Det kan endvidere rettes mod enhver *melleghandler*, dvs. dem, der erhvervsmæssigt bringer produktet i omsætning uden at være producent, jf. §4, stk. 3 (f.eks. importører, grossister og detailhandlere). Efter §10 hæfter melleghandlere nemlig for produktansvar umiddelbart over for skadelidte og senere melleghandlere i omsætningskæden. Skadelidte kan således f.eks. vælge at rette erstatningskravet mod en detailhandler (f.eks. en apoteker), der efter at have betalt erstatning indtræder i skadelidtes krav mod tidligere led i produktions- og omsætningskæden, jf. §11, stk. 3; apotekeren kan således i eksemplet gøre »regres« mod grossisten eller tidligere led og så fremdeles, indtil ansvaret endeligt placeres hos den ansvarlige producent. Derudover har melleghandlere et selvstændigt ansvar for *egne fejl*, f.eks. fejludlevering fra et apotek. Den læge (sygehuslæge eller privatpraktiserende), der ordinerer et vist lægemiddel, er ikke melleghandler i lovens forstand og hæfter derfor ikke for producentens produktansvar; det gør derimod f.eks. et sygehusapotek. Muligvis gælder der dog et videregående hæftelsesansvar efter de produktansvarsregler, der gælder ved siden af PAL, jf. ovenfor.

Det skal imidlertid understreges, at disse regler kun er regler om en *hæftelse* for producentens produktansvar. Er producenten ansvarsfri, er der ikke noget at hæfte for.

5. Frivillige, udvidede ansvarsforsikringer

Ansvaret for de skader, der er omhandlet i afsnit 2-4, kan være dækket af (frivillige) ansvarsforsikringer, herunder produktansvarsforsikring for lægemiddelproducenter, men som nævnt indledningsvis udvides ansvaret ikke på grund af eksistensen af en ansvarsforsikring. Der foreligger imidlertid eksempler på, at de ansvarlige har påtaget sig et ansvar, der rækker ud over de ovenfor gennemgåede regler, i forbindelse med en forsikringsmæssig dækning af det – principielt svarende til f.eks. de svenske patient-

Kap. 5-5.

og lægemiddelforsikringer og til den udformning, en eventuel kommende dansk lægemiddelforsikringsordning må gives.

En sådan forsikringsaftale gælder således for det private betalingsssygehus »Mermaid Clinic«,²⁶ der ikke omfattes af PFL, jf. ovenfor kap. 2, afsnit 2.2. Ifølge denne aftale dækkes skader på patienter i forbindelse med behandling og undersøgelse m.v. på sygehuset i overensstemmelse i PFL, men med en række udvidelser i forhold hertil.

For det første dækkes ulykkestilfælde inden for sygehusets område på objektivt grundlag, dvs. at der ikke – som i PFL §3, stk. 2 – stilles krav om et sædvanligt, erstatningsretligt ansvarsgrundlag; denne dækning er desuden udvidet til også at omfatte skader, der rammer besøgende.

For det andet ydes erstatning fuldt ud efter reglerne i EAL, dvs. uden den i PFL §5, stk. 2, anførte bagatelgrænse.

For det tredje dækkes endvidere skader, der skyldes egenskaber ved de lægemidler, der er anvendt ved undersøgelse, behandling og lign. Efter formuleringen af forsikringsaftalen gælder der ikke herved nogen »tålegrænse«, og erstatning skal således tilsyneladende ydes også for normale og forventelige bivirkninger. Dette har dog næppe været tilsigtet; meningen har formentlig kun været at fastslå, at undtagelsesreglen i PFL §3, stk. 3, ikke skulle gælde, således at lægemiddelskader dækkes inden for rammerne af PFL's almindelige erstatningsbetingelser, hvilket navnlig ville indebære, at uundgåelige bivirkninger kun erstattes i overensstemmelse med betingelserne i §2, stk. 1, nr. 4.

For det fjerde dækkes i et vist omfang følger af, at behandlingen ikke lykkedes, navnlig i tilfælde, hvor behandling eller omgørelse af proteseoperationer (f.eks. indsættelse af kunstige hofter) bliver nødvendig som følge af infektion eller proteseløsning; også hvis behandlingen må udføres på et andet sygehus, dækkes udgifterne herved.

Forsikringens dækningssum (dvs. den højeste grænse for forsikrings-selskabets forpligtelse) er 50 mio. kr. pr. skadetilfælde og pr. forsikringsår.

Med virkning fra 1/1 1990 blev der ved aftale mellem Dansk Tandlægeforening og et forsikrings-selskab etableret en kollektiv patientforsikringsdækning omfattende alle *privatpraktiserende tandlæger*, der er medlemmer af foreningen. Dækningen af udformet som en overbygning på den almindelige erhvervsansvarsforsikring, således at erstatning ydes i visse tilfælde, selv om der ikke foreligger et ansvarsgrundlag efter almindelige erstatningsretlige regler. Omfanget af denne dækning er imidlertid ikke præciseret nærmere i forsikringsbetingelserne, hverken i form af en henvisning til PFL eller ved opstilling af andre kriterier. Dækningsomfanget fastlægges i stedet nærmere i et udvalg, der består af repræsentanter for tandlægefor-

26. Omtalt i spørgsmål 2 til sundhedsministeren fra Folketingets Sundhedsudvalg ad lovforslag nr. L 144, FT 1990-91, 2. samling, samt hos *L. Nordskov Nielsen* og *N. Rasmussen*: *Privathospitaler – offentlige hospitaler*, 1991, s. 40 f.

eningen og forsikringsselskabet, og dette udvalg har også den endelige afgørelse af, om en given skade er dækket. Dækningen er generelt begrænset til *varige* skader ved tandlægebehandling.

Som eksempler herpå kan nævnes skader som følge af bor, der smutter, rodfraktur ved cementering af stifter, skader på andre tænder ved aftryk til brug for fremstilling af proteser, lammelser og andre skader i forbindelse med kirurgiske indgreb, paræstesi («sovende» fornemmelser) efter lokalbedøvelse og blivende skader forårsaget ved smitte fra tandklinikken, f.eks. med hepatitis (leverbetændelse) og tuberkulose.

Erstatning ydes ikke for »midlertidige« skadefølger (tabt arbejdsfortjeneste og svie og smerte), men i øvrigt udmåles erstatningen efter almindelige erstatningsretlige regler. Der gælder dog en selvrisiko på 5.000 kr., og dækningen er maksimeret til 30.000 kr. pr. skadetilfælde. Vil patienten kræve erstatning også for selvrisikobeløbet eller for beløb ud over 30.000 kr., må kravet således baseres på almindelige erstatningsretlige regler (culpereglen), og dette krav vil i givet fald blive dækket under den almindelige ansvarsforsikring.

Forsikringen gælder som nævnt kun for tandlægebehandling i privat praksis. I de kommunale tandplejeordninger findes ingen tilsvarende dækning. Derimod indeholdes en udvidet dækning af *tandskader ved sygehusbehandling* i den ansvarsforsikring, som kommuner og amtskommuner kan tegne i KgF.

Dækningen omfatter skader på patienters tænder (herunder faste proteser) påført under eller i forbindelse med operation eller undersøgelse på sygehuset, uanset at der ikke foreligger erstatningsansvar. Dækningen er således ikke begrænset til skader i forbindelse med tandbehandling, men omfatter f.eks. også tandskader i forbindelse med intubation eller elektrochokbehandling. Disse skader kan være omfattet af PFL, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.1.1. (skade ved intubation anses efter svensk praksis for undgåelige) og kap. 4, afsnit 1.1. (skader ved elektrochokbehandling af psykiatriske patienter rammes ikke af udelukkelsen af psykiske skader). Disse skader vil imidlertid oftest falde under PFL's beløbsgrænse på 20.000 kr., således at patienten af den grund vil være afskåret fra at kræve erstatning i henhold til PFL, selv om ansvarsbetingelserne i §2 er opfyldt. Den frivillige, udvidede forsikringsdækning har derfor fortsat praktisk betydning.

II. Afsnit: Erstatningskravet

Kapitel 6: Erstatningen efter EAL

1. Indledning

Hovedreglen er, at *erstatning og godtgørelse fastsættes efter reglerne i lov om erstatningsansvar (EAL)*, jf. PFL § 5, stk. 1. Det følger heraf, at *dansk rets almindelige regler om erstatningsudmåling og regulering i øvrigt af erstatningskravet finder tilsvarende anvendelse på krav i henhold til PFL, hvis der ikke i loven er særlig hjemmel for noget andet.*

Baggrunden for dette princip er, at patienterne ikke bør være henvist til at søge at opnå en del af erstatningen ved at anlægge retssag mod sygehus m.v. efter almindelige erstatningsretlige regler.¹ Hvis erstatning i henhold til PFL på et eller flere punkter var ringere end den, patienten ville kunne opnå på grundlag af disse regler, måtte man holde muligheden åben for, at patienten ved domstolene kunne kræve den resterende del af erstatningen, hvis der forelå culpa. De nordiske no fault forsikringsordninger står derved i modsætning til de amerikanske (forslag), jf. ovenfor kap. 1, afsnit 6.5.: Målet dér er navnlig at undgå erstatningsudmålinger ved domstolene, og patienterne skal derfor tvinges til at give afkald herpå, hvis de vil nyde godt af forsikringsordningens dækning på ikke-culpa grundlag. Erstatningsudmålingen herhjemme ligger derimod i ret faste rammer (og på et betydeligt lavere niveau) og giver derfor ikke i samme grad anledning til tvist og usikkerhed. Fra tidligere reformer, der har udvidet erstatningsberettigelsen, foreligger ingen eksempler på, at de skadelidte har måttet betale den pris herfor, at erstatningen blev begrænset.² Det har således været en klar forudsætning, at der ikke skulle tages noget fra patienterne, blot fordi de fik en udvidet erstatningsbeskyttelse. Man kunne have valgt den mellemløsning, at erstatningerne i en eller flere henseender blev begrænset, men således, at patienterne fik fuld erstatning i alle tilfælde, hvor der forelå culpa.³ Dette ville imidlertid komme i strid

1. Jf. *Rapport* s. 123 ff.

2. Se dog om arbejdsskadeforsikringens udvikling, *Bo von Eyben*: Kompensation for personskade I s. 231 ff; dækningen herfra er fortsat begrænset (hvilket tilsvarende gælder for vaccinationserstatningsloven), men den afskærer ikke den skadelidte fra at kræve den »resterende« erstatning, hvis grundlaget herfor er til stede efter almindelige erstatningsretlige regler.

3. Jf. *Rapport* s. 196 ff.

Kap. 6-1.

med andre principper, navnlig at den myndighed, der skal administrere PFL, ikke bør have som opgave at tage stilling til, om der foreligger culpa eller ej.⁴ Dette bør være et domstolsanliggende, og en modsat ordning ville kunne bevirke, at læger m.v. ville være mere tilbageholdende med at bidrage til, at erstatningssager efter PFL blev rejst.

Sigtet har derfor været, at patienten skulle have ret til fuld erstatning i henhold til PFL, dvs. den samme erstatning, som ville blive udmålt i en erstatningssag, der anlægges efter almindelige erstatningsretlige regler. Dette gælder ved alle skader, der omfattes af PFL, uafhængigt af, om vedkommende læge m.v. ville være ansvarlig efter culpapreglen. Reglen i PFL § 7, hvorefter erstatningskrav ikke kan rejses mod læge m.v. i det omfang, patienten har fået eller har krav på at få erstatning i henhold til PFL, indebærer derfor reelt, at erstatningskravene »kanaliseres« til PFL: Omfattes skaden overhovedet af PFL, bliver der ikke nogen »resterstatning« tilbage, som patienten sideløbende eller bagefter måtte kræve hos læge, sygehus eller andre. Princippet indebærer samtidig, at vedkommende læge m.v. *personligt er ansvarsfri* i forhold til patienten, dersom PFL dækker eller skal dække skaden. Der kan højst blive tale om, at patientforsikringsselskabet efter at have betalt erstatning til patienten kan kræve erstatningsbeløbet (»gøre regres«) af lægen; men også adgangen hertil er stærkt begrænset, jf. § 8 og herom nedenfor kap. 8, afsnit 3.2.

En udførlig redegørelse for reglerne om udmåling af erstatning for personskade og forsørgertab falder uden for rammerne af denne fremstilling. Sigtet med dette kapitel er kun at give en oversigt over de forskellige erstatnings- og godtgørelsesposter og en kortfattet redegørelse for hovedprincipperne for udmålingen; for nærmere detaljer henvises til foreliggende fremstillinger om disse emner.⁵ I afsnit 2 omtales reglerne om erstatning for økonomisk tab ved personskade (helbredelsesudgifter og andet tab, tabt arbejdsfortjeneste, erhvervsvennetab) og i afsnit 3 reglerne om godtgørelse for såkaldt ikke-økonomisk skade (svie og smerte, varigt mén, tort). I afsnit 4 omtales reglerne om erstatning til efterladte, der kun omfatter økonomiske tab (forsørgertab og begravelsesudgifter) og i afsnit 5 nogle af de regler, der er fælles for de forskellige erstatnings- og godtgørelsesposter. De regler, hvorved PFL afviger fra de almindelige erstatningsretlige regler, gennemgås i kap. 7.

Erstatning og godtgørelse kan naturligvis kun ydes for de følger, som den erstatningsberettigende patientskade har haft. Hvis den pågældende

4. Jf. *ibid.* s. 129. Synspunktet er dog ikke gennemført konsekvent, jf. om § 3, stk. 2, ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.3.; disse culpavurderinger vedrører dog ikke lægens adfærd ved undersøgelse og behandling.

5. Se *Bo von Eyben: Erstatningsudmåling*, 1984, *B. Gomard og D. Wad: Erstatning og godtgørelse*, 1986, *A. Vinding Kruse og J. Møller: Erstatningsansvarsloven med kommentarer*, 2. udg. 1989, og *J. Nørgaard og H. H. Vagner: Lærebog i erstatningsret*, 1990.

forinden var rask eller i det væsentlige rask (f.eks. en sund forsøgsperson eller en person, som blev undergivet en rent forebyggende helbredelsesforanstaltning, eller en person, som efter et diagnostisk indgreb – ud fra facitraisonnementet – viste sig ikke at have fejlet noget af betydning), volder erstatningsudmålingen ikke andre problemer end i erstatningssager i øvrigt. I de fleste tilfælde rammer skaden imidlertid en person, som i forvejen var ramt af sygdom eller ulykke, og erstatning kan da kun ydes for den *merskade*, som det erstatningsbegrundende forhold har medført, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 2.4., om kravet til årsagssammenhæng. Det er således nødvendigt at fratække de følger, som grundsygdommen under alle omstændigheder ville have haft. Hvis f.eks. det erstatningsbegrundende forhold er en diagnosticeringsfejl, som har medført en forsinkelse af behandlingen, omfatter erstatningen kun følgerne af *forsinkelsen* (f.eks. en længere uarbejdsdygtighedsperiode, end hvis fejlen ikke var begået, eller et større mén, etc.); erstatning for undgåelige skader efter § 2, stk. 1, nr. 1-3, omfatter netop kun den del af den samlede helbredsforringelse, som kunne være undgået (ved at en erfaren specialist havde handlet anderledes, etc.), og erstatning efter nr. 4 for uundgåelige skader omfatter kun de komplikationer, som behandlingen har forårsaget, og ikke de følger, som grundsygdommen under alle omstændigheder ville have haft.

Et særligt problem opstår i tilfælde, hvor grundsygdommen er en tilskadekomst, som berettiger skadelidte til *erstatning efter andre regler*. Problemet skyldes, at disse regler kan indebære, at erstatningen også omfatter de yderligere skader, som måtte indtræde ved den lægelige behandling af følgerne af tilskadekomsten. Hvis således »primærskaden« er forvoldt af en skadevolder på en sådan måde, at denne er ansvarlig herfor efter almindelige erstatningsretlige regler (culpareglen eller regler om strengere ansvar, f.eks. reglerne om objektivt ansvar for bilister m.v.), omfatter denne skadevolders ansvar som udgangspunkt også skader, der opstår ved den lægelige behandling af primærskaden; det gælder i hvert fald, hvis lægen *ikke* har udvist culpa, men selv om der foreligger culpa, skal lægens fejl formentlig være meget graverende, før »årsagskæden« i forhold til den primære skadevolder anses for at være brudt.⁶ Der vil derfor kunne opstå tilfælde, hvor PFL's dækning overlappes af en »primær« skadevolders ansvar. Man kommer næppe uden om, at dette problem må løses efter reglen i PFL § 7, hvilket betyder, at PFL's dækning går forud for det ansvar, der kan støttes på almindelige erstatningsregler. Den »primære« skadevolders ansvar omfatter derfor ikke de følger, som dækkes

6. Jf. J. Nørgaard og H. H. Vagner *ibid.* s. 245 f; om fremmed ret, se *Giesen: International Medical Malpractice Law* s. 209 ff. Som eksempel fra retspraksis, se UfR 1960.481 Ø (om et lårbrud forvoldt ved en trafikulykke; på grund af for tidlig belastning af benet indtraf et nyt brud godt 3 måneder senere, men vedkommende trafikant fandtes også ansvarlig for denne følge, »selv om der fra lægelig side måtte være udøvet et fejlagtigt skøn med hensyn til helingen af det første brud«).

Kap. 6-1.

af PFL, og det vil derfor også i denne situation være nødvendigt at opdele skaden i de følger, som den »primære« tilskadekomst under alle omstændigheder ville have haft, og den merskade, som lægebehandlingen medførte. Patienten har således i denne situation to forskellige erstatningskrav.

Tilsvarende problemer kan opstå, hvis grundsygdommen var følger af en *arbejdsulykke* eller en *erhvervs sygdom*, som omfattes af arbejdsskadeforsikringen. Også her gælder, at yderligere skader tilføjet ved behandlingen af den skadelidte arbejdstager dækkes af arbejdsskadeforsikringen, uanset om der blev begået fejl ved behandlingen.⁷ Selv om det kan forekomme ulogisk, kan problemet ikke løses på samme måde som ovenfor, idet reglen i §7 ikke regulerer denne situation. Problemet må derfor i stedet løses som et rent udmålingsproblem, og løsningen er da, at erstatning i henhold til arbejdsskadeforsikringens regler skal fratrækkes erstatningen i henhold til PFL, jf. nedenfor afsnit 2.3. Hvis arbejdsskadeforsikringens dækning indebærer, at den skadelidte får mindst lige så stor erstatning for følgerne af den lægelige behandling, som almindelige erstatningsregler ville have givet, kan der ikke gøres noget krav gældende herfor i henhold til PFL. For at gennemføre denne regel bliver man nødt til at opdele den samlede erstatning fra arbejdsskadeforsikringen i den del, der vedrører den »primære« skade, og den del, der vedrører lægebehandlingen – uanset at dette vil medføre betydelige praktiske vanskeligheder.

Derimod opstår der ikke problemer, hvis den »primære« skade dækkes af den pågældendes egen ulykkes- eller sygeforsikring (f.eks. i form af en invaliditetserstatning), idet den ikke har betydning for størrelsen af den erstatning, der kan kræves efter almindelige erstatningsretlige regler, og derfor heller ikke for erstatningen i henhold til PFL.

2. Økonomisk tab ved personskade

2.1. Helbredelsesudgifter og andet tab

Efter EAL § 1, stk. 1, kan erstatning kræves for »helbredelsesudgifter og andet tab som følge af skaden«. Erstatningskravet omfatter dog ikke enhver udgift til helbredelsesforanstaltninger; der skal være tale om *nødvendige* foranstaltninger eller dog udgifter, som er afholdt med *rimelig* grund. Hvis f.eks. skadens følger kunne være behandlet adækvat på et offentligt sygehus uden nogen udgift for den skadelidte, kan der ikke kræves erstatning for udgifter som følge af, at skadelidte i stedet vælger behandling på et privat sygehus el. lign.⁸ Med denne begrænsning erstattes alle positive udgifter fuldt ud, herunder udgifter til læge- eller tandlægebehandling m.v., til fysiurgisk eller kiropraktisk behandling, udgifter til medicin, proteser og til transport i forbindelse med behandling osv. Ordene

7. Jf. A. Friis og O. Behn: Arbejdsskadeforsikringsloven med kommentarer, 1984, s. 132.

8. Jf. fra svensk praksis, Patientskadenämnden 120/90.

»andet tab« indebærer, at erstatning også kan kræves for andre dokumenterede udgifter end dem, der direkte vedrører helbredelsen (f.eks. ændret boligindretning og lign.); herunder falder også fremtidige udgifter til medicin, udskiftning af proteser m.v. Efter denne regel kan der endvidere ydes erstatning for de merudgifter, som en uddannelsessøgende påføres ved, at uddannelsen må afbrydes i en periode.

Denne erstatningspost har ikke den store praktiske betydning, da erstatning kun kan kræves for skadelidtes *nettotab*. Det offentliges andel af udgifterne (i henhold til sygesikringslov, bistandslov m.v.) skal således trækkes fra i den erstatning, der kan kræves, og det offentlige kan ikke gøre noget regreskrav gældende mod den erstatningsansvarlige for sine udgifter til sygehusbehandling, lægebehandling m.v., jf. EAL § 17, stk. 1. Tilsvarende gælder for en udgiftsdækning i henhold til en privat ulykkes- eller sygeforsikring.

2.2. Tabt arbejdsfortjeneste

Tabt arbejdsfortjeneste er betegnelsen for den erstatningspost, som omfatter *tab af indtægt* ved erhvervsmæssig beskæftigelse i perioden *fra skadens indtræden* og indtil det tidspunkt, hvor skadelidte *kan genoptage arbejde*, eller hvor helbredstilstanden bliver *stationær*, jf. EAL § 2, stk. 1. Det følger dog af § 1, stk. 3, hvorefter værdien af arbejde i hjemmet ligestilles med erhvervsindkomst, at erstatning for tab ved f.eks. en hjemmearbejdende husmoders tilskadekomst (merudgifter til huslig bistand og lign.) også ydes i henhold til reglen i § 2.

For den uarbejdsdygtighedsperiode, som reglen omfatter, ydes der erstatning for hele den indtægt, som skadelidte har mistet (jf. nedenfor om de fradrag, der skal gøres). Hvis grundsygdommen under alle omstændigheder ville have medført en vis uarbejdsdygtighedsperiode, kan erstatning kun kræves for den *forlængelse* af perioden, som skyldes den lægelige behandling, jf. ovenfor og som eksempel UfR 1980.619 V om en læge, der var blevet fejlopereret, hvor erstatning kun kunne kræves for de mistede praksisindtægter, der kunne henføres til den heraf forårsagede forlængelse af sygeperioden. Hvis skadelidte under alle omstændigheder ville have været uden erhvervsindtægt i den pågældende periode, er der ikke lidt noget tab, og der kan derfor ikke kræves nogen erstatning; det vil f.eks. være tilfældet, hvis skadelidte var og også ville være forblevet arbejdsløs, eller hvis den pågældende forinden havde forladt arbejdsmarkedet som folkepensionist, førtidspensionist eller efterlønsmodtager.

Lønmodtagere kan kræve erstatning for hele den lønindtægt, de kunne påregne at oppebære i uarbejdsdygtighedsperioden, herunder feriepenge og andre sædvanlige tillæg til lønnen. Selvstændigt erhvervsdrivende kan kræve erstatning for nedgang i indtjeningen fra virksomheden (i det

Kap. 6-2.2.

omfang det kan dokumenteres, at den skyldes den pågældendes fravær) og/eller for dokumenterede udgifter til ekstra medhjælp i virksomheden, som er nødvendiggjort af den selvstændiges fravær. Uddannelsessøgende kan også få erstatning for mistet erhvervsindtægt, hvis skaden har medført en forsinkelse af afslutningen af uddannelsen, forudsat at denne var forholdsvis nært forestående på skadestidspunktet.

Retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører på det tidspunkt, hvor skadelidte er i stand til eller faktisk genoptager arbejde i væsentligt samme omfang som tidligere. Hvis skaden medfører en varig helbredsforringelse, ophører retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste under alle omstændigheder på det tidspunkt, hvor helbredstilstanden er stationær, dvs. det tidspunkt, hvorefter der ikke – med eller uden yderligere behandling – kan forventes væsentlige ændringer i helbredstilstanden. Ved alvorlige skader kan tilstanden være stationær straks ved tilskadekomsten (skadelidte mister f.eks. straks synet på begge øjne), og der kan da ikke kræves erstatning for tabt arbejdsfortjeneste. Til gengæld kan skadelidte fra dette tidspunkt kræve erstatning for tab af erhvervsevne, jf. nedenfor.

Erstatning kan kræves for hele den bruttoindtægt (uden noget maksimum), skadelidte ville have haft i den relevante periode, men efter EAL §2, stk. 2, skal en række ydelser fra anden side, som helt eller delvis dækker indtægtstab, fratrækkes i erstatningen. Det gælder navnlig ydelser i form af *løn under sygdom* og *sygedagpenge* i henhold til dagpengeloven (uanset om de betales af arbejdsgiveren eller af kommunen). Hvis således en skadelidt som funktionær oppebærer sin fulde, normale løn i hele uarbejdsdygtighedsperioden efter reglerne i funktionærloven, lides der ikke noget (netto)tab, og der kan derfor ikke kræves nogen erstatning. Modtager en arbejdstager i stedet sygedagpenge, omfatter erstatningen forskellen mellem den normale indtægt og sygedagpengene. Også ydelser fra en *privat forsikringsordning* skal fratrækkes, hvis ydelsen fastsættes efter størrelsen af den faktisk mistede indtægt; udgør den derimod et på forhånd fastsat beløb, der ydes uafhængigt af det faktiske tab, skal den ikke fratrækkes.

For sociale ydelser fra det offentlige gælder også her, at der ikke kan rejses regreskrav mod den erstatningsansvarlige, jf. EAL §17, stk. 1. En arbejdsgiver, der har betalt sygeløn eller sygedagpenge, og som har lidt et tab herved (f.eks. fordi der også skulle betales løn til en vikar), kan derimod gøre et regreskrav gældende. Et sådant krav dækkes dog ikke efter PFL, jf. nedenfor kap. 7, afsnit 3.

2.3. Erhvervsevnetab

Hvis skaden medfører en *varig* nedsættelse af skadelidtes evne til at skaffe sig indtægt ved arbejde, har skadelidte krav på erstatning for tab af

erhvervsevne, jf. EAL § 5, stk. 1. Retten hertil indtræder som nævnt på det tidspunkt, hvor helbredstilstanden er stationær.

Omfanget af erhvervsevnetabet fastsættes ud fra en vurdering af forskellen mellem de indtjeningsmuligheder, som skadelidte ville have haft, hvis skaden ikke var sket, og den indtægt, som det med rimelighed kan forlanges, at skadelidte kan opnå ved arbejde under hensyn til skadens følger og skadelidtes baggrund (alder, uddannelse m.v.), jf. § 5, stk. 2. Selv om skaden har medført et betydeligt varigt mén (dvs. invaliditet i medicinsk forstand, jf. nedenfor afsnit 3.2.), kan der ikke kræves erstatning for tab af erhvervsevne, hvis skadelidte trods dette er i stand til at genoptage arbejdet og opnå samme indtjening som normalt. Hvis skadelidte i forvejen var uden erhvervsevne og i stedet levede af f.eks. folkepension eller førtidspension, kan skaden selvsagt ikke medføre noget tab af erhvervsevne. Var skadelidte midlertidigt uden erhverv på skadestidspunktet, skal det vurderes, hvilke udsigter den pågældende ville have haft til at komme i arbejde, hvis skaden ikke var sket; hvis årsagen hertil var, at skadelidte var arbejdsløs, skal det dog normalt lægges til grund, at skadelidte ville være kommet i arbejde på et senere tidspunkt.

Når man skal vurdere de indtægtsmuligheder, som skadelidte ville have haft fremover, hvis skaden ikke var sket, skal der således tages hensyn til, at de kan være begrænsede af andre årsager end tilskadekomsten. Det er ved denne vurdering, at »merskade«-problemet viser sig ved denne erstatningspost. I det omfang det må antages, at grundsygdommens følger under alle omstændigheder – dvs. uafhængigt af den erstatningsudløsende undersøgelse eller behandling – varigt ville have nedsat patientens erhvervsevne, skal der ses bort herfra ved fastsættelsen af erhvervsevnetabets omfang.

Jf. ovenfor kap. 3, afsnit 2.4., om *mot.*'s eksempel,⁹ hvor patientens erhvervsevne efter behandlingen er nedsat med 75%, men hvor de 50% må henføres til de følger, som grundsygdommen under alle omstændigheder ville have haft. Virkeligheden vil formentlig ofte vise sig at være betydeligt mere kompliceret end dette eksempel, når man skal »fordele« et konstateret erhvervsevnetab mellem grundsygdommens og behandlingens følger. Mindst er problemet antagelig i yderpunkterne: Det gælder dels i tilfælde, hvor grundsygdommen normalt ikke kunne forventes overhovedet at medføre nogen varig helbredsforringelse og derfor heller ingen varig påvirkning af erhvervsevnen (eller kun et vist mén, der ikke ville have nogen erhvervsmæssig betydning), dels i tilfælde, hvor grundsygdommen var så alvorlig, at den under alle omstændigheder måtte forventes at ophæve patientens erhvervsevne eller at reducere den til det ubetydelige. I førstnævnte tilfælde skal der da efter PFL ydes erstatning

9. Jf. *mot.* sp. 3298.

Kap. 6-2.3.

for det »fulde« erhvervsevnetab, mens der i sidstnævnte tilfælde ikke kan ydes nogen erstatning for erhvervsevnetab. De vanskeligste problemer opstår i tilfælde, hvor både grundsygdommens og behandlingens følger bidrager til det efterfølgende erhvervsevnetab. Principielt skal problemet søges løst på samme måde, som når der i almindelige erstatningssager er »konkurrence« mellem den erstatningsbegrundende årsagsfaktor og andre faktorer.¹⁰ Hvis erhvervsevnetabet kan »fordeles« som i det nævnte, forenklede eksempel, skal det gøres; det kan navnlig være tilfældet, hvis grundsygdommens følger allerede på det tidspunkt, hvor behandlingen fandt sted, havde udviklet sig på en sådan måde, at der forelå en »færdig« skade, som isoleret betragtet klart ville have påvirket erhvervsevnen. Vanskeligere er vurderingen i tilfælde, hvor grundsygdommen på behandlingstidspunktet kun indebar en større eller mindre risiko for, at den i sig selv kunne få følger for den pågældendes erhvervsevne. Af almindelige erstatningsretlige principper følger, at der ikke skal tages hensyn hertil ved erstatningsudmålingen, hvis denne risiko kun er blevet udløst i kraft af det erstatningsbegrundende forhold, hvorimod der skal tages hensyn til den, hvis det må antages, at grundsygdommen ville have medført en vis skade, også selv om det erstatningsbegrundende forhold ikke havde foreligget.

Erhvervsevnetabet (den varige indtægtsnedgang, som kan henføres til skadens følger) omsættes til et procenttal (erhvervsevnetabsprocenten), som skal være på mindst 15% for at berettige til erstatning, jf. EAL §5, stk. 3. Hver part kan forlange, at spørgsmålet om fastsættelse af erhvervsevnetabsprocenten forelægges for Arbejdsskadestyrelsen, jf. EAL §10. En udtalelse herfra er dog kun vejledende, og den er således ikke bindende for patientforsikringsforeningen ved dens afgørelse af sagen, jf. nedenfor kap. 10, afsnit 3.2. Indtræder der senere uforudsete forværringer af helbredstilstanden, således at erhvervsevnetabsprocenten må antages at være væsentligt højere end først antaget, kan skadelidte kræve genoptagelse af erstatningsfastsættelsen, jf. EAL §11.

Erhvervsevnetabsprocenten skal dernæst sættes i forhold til skadelidtes *årsløn*, dvs. den samlede bruttoindtægt ved erhvervsmæssig beskæftigelse i de sidste 12 måneder forud for tilskadekomsten, jf. §7, stk. 1. Der gælder dog et maksimum for størrelsen af den indtægt, der kan komme i betragtning, jf. §7, stk. 3. Beløbet reguleres årligt efter reglerne i §15 og udgør for tiden (indtil 1/4 1993) 487.000 kr.

Erstatningen fastsættes til et *kapitalbeløb*, dvs. en engangssum, ved, at man ganger med en (fast) kapitalfaktor på 6, jf. §6. Hvis skadelidte var fyldt 56 år ved skadens indtræden, nedsættes erstatningen som hovedregel med 8½% for hvert år, skadelidte var ældre end 55 år, jf. §9, stk. 1.

10. Jf. herom *Bo von Eyben: Erstatningsudmåling*, 1984, s. 159 f og *J. Nørgaard og H. H. Vagner: Lærebog i erstatningsret* s. 248 ff.

Formlen for erstatningsudmålingen er således: erhvervsevnetabsprocent \times årsløn \times 6 (med efterfølgende reduktion for skadelidte, der ved skadens indtræden var 56 år eller ældre). Den højst mulige erstatning for mistet erhvervsevne er: $100\% \times 487.000 \text{ kr.} \times 6 = 2.922.000 \text{ kr.}$ En halvering af erhvervsevnen for en person med en årsindtægt på 200.000 kr. giver: $50/100 \times 200.000 \text{ kr.} \times 6 = 600.000 \text{ kr.}$ Reduktionsfaktoren i § 9 indebærer, at en 60-årig skadelidt får 57,5% af den normale erstatning (et fradrag på $5 \times 8\frac{1}{2}\% = 42,5\%$), og at en skadelidt, der var 67 år eller ældre, *ikke* kan få erhvervsevnetabsberstatning overhovedet (medmindre det må antages, at den pågældende ville have været erhvervsaktiv også ud over det fyldte 67. år, jf. § 9, stk. 2 – hvilket naturligvis lettest kan dokumenteres, hvis f.eks. en 70-årig skadelidt faktisk var erhvervs-mæssigt beskæftiget på skadestidspunktet). Foreligger der ikke sådanne forhold, indebærer reglen således, at folkepensionister er afskåret fra at få erstatning for erhvervsevnetab, selv om de inden skaden måtte have haft en vis erhvervsevne i behold. Da en forholdsmæssig stor del af patientskaderne rammer ældre, simpelt hen fordi de udgør en forholdsmæssig stor andel af alle patienter på sygehuse, begrænser denne regel i væsentlig grad de praktiske problemer vedrørende fastsættelse af erstatning for erhvervsevnetab.¹¹

For persongrupper, der vel havde en potentiel erhvervsevne, men hvor denne på skadestidspunktet (endnu) ikke blev udnyttet til erhvervmæssig beskæftigelse, ville fastsættelse af en erhvervsevnetabsprocent og en årsløn frembyde særlige vanskeligheder, og der er derfor i EAL § 8 fastsat andre udmålingsprincipper for dem. Disse regler gælder for *børn, unge under uddannelse* (dersom de ikke modtager løn under uddannelsen) og *hjemmearbejdende husmødre*. Grundlaget for erstatningsudmålingen er for disse grupper ikke erhvervsevnetabsprocenten, men den *méngrad*, som bestemmer fastsættelsen af godtgørelsen for varigt mén (dvs. den medicinske invaliditetsgrad, jf. nedenfor afsnit 3.2.). Også her gælder, at erstatning kun ydes, hvis méngraden er mindst 15%. Erstatningen udmåles som en progressivt stigende del af mén godtgørelsen. Hvis således méngraden er 15%, hvilket – for tiden – giver en godtgørelse for varigt mén på 41.775 kr., udgør erhvervsevnetabsberstatningen 130% heraf, dvs. 54.308 kr. Hvis méngraden er 100%, udgør godtgørelsen herfor 278.500 kr., og erhvervsevnetabsberstatningen udgør 400% heraf, dvs. 1.114.000 kr., hvilket altså er den maksimale erstatning til disse persongrupper. Hvis skadelidte var fyldt 56 år på tidspunktet for skadens indtræden, nedsættes erstatningen efter samme regler som nævnt ovenfor; en 67-årig husmor får således ingen erstatning for tab af erhvervsevne.

Uanset om erstatningen udmåles efter det ene eller det andet sæt regler, skal der som hovedregel *ikke* foretages fradrag for eventuelle sociale ydelser, som den pågældende måtte modtage i anledning af skaden; der

11. Jf. Oldertz i No fault in Medicine s. 71.

Kap. 6–2.3.

skal således navnlig ikke foretages fradrag for en i anledning af skaden tilkendt social førtidspension. Eneste undtagelse herfra er, at erstatning i henhold til *arbejdsskadeforsikringens* regler skal fradrages. Som nævnt i afsnit 1 kan dette få betydning i tilfælde, hvor grundsygdommen er en arbejdsbetinget tilskadekomst eller sygdom. Det kan endvidere få betydning ved skader, der rammer sunde forsøgspersoner, jf. ovenfor kap. 2, afsnit 3.2.; konsekvensen er således, at PFL kun dækker de tab, som ikke dækkes gennem arbejdsskadeforsikringens ydelser (»differenceerstatning«).¹²

Ydelser i henhold til *private forsikrings- og pensionsordninger* og lign. skal ikke fratrækkes i erstatningen for erhvervsevnetab.

3. Godtgørelse ved personskade

3.1. Svie og smerte

Ved ikke-økonomisk skade forstås skadelige følger, der gør indgreb i goder, som ikke har en umiddelbar økonomisk værdi (smerter, gener, ubehag, begrænsninger i fritidsaktiviteter og i øvrigt forringelse af »enjoyment of life« m.v.). Disse følger kan derfor ikke i sædvanlig forstand »erstattes«, og man bruger derfor i stedet betegnelsen godtgørelse.

Svie og smerte er betegnelsen for den godtgørelse, der ydes for *midlertidige gener i sygebehandlingsperioden*, jf. EAL § 3. Perioden er som udgangspunkt den samme som den, der omfattes af reglerne om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. ovenfor afsnit 2.2., men retten til godtgørelse for svie og smerte ophører dog, når sygebehandlingen i det væsentlige er afsluttet; godtgørelse kan således i almindelighed ikke kræves for den periode, hvor skadelidte er på rekreationsophold og lign., selv om vedkommende fortsat er sygemeldt. På den anden side *kan* godtgørelse i særlige tilfælde gives, selv om skadelidte har genoptaget arbejdet, hvis skaden fortsat medfører fysiske gener eller indskrænkninger i normale legemsfunktioner. Retten til godtgørelse for svie og smerte ophører i alle tilfælde, når helbredstilstanden er stationær, idet godtgørelse for gener herefter ydes efter reglerne om godtgørelse for varigt mén, jf. nedenfor.

Godtgørelsen udmåles efter bestemte *takster*, der for tiden (indtil 1/4 1993) udgør 140 kr. for hver dag, skadelidte er sengeliggende, og 70 kr. for hver dag, skadelidte er »oppegående« syg; dage, hvor skadelidte er indlagt på sygehus, regnes dog i praksis altid som sengeliggende sygedage. Der tages ikke hensyn til andre faktorer end disse – heller ikke til, hvor smertefuld sygeperioden har været. Fører en takstmæssig opgørelse til et

12. Jf. *mot.* sp. 3284.

beløb på (for tiden) over 21.000 kr., udmåles yderligere godtgørelse mere skønsmæssigt. Derudover gælder et absolut maksimum, som ikke er fastsat i EAL, men formentlig ligger på omkring 50.000 kr.

Taksterne reguleres årligt efter den almindelige lønudvikling, jf. § 15, stk. 1. Afgørende er den takst, der var gældende på tidspunktet for skadens indtræden, jf. § 15, stk. 3.

3.2. Varigt mén

Hvis skaden, efter at helbredstilstanden er blevet stationær, har medført en *varig helbredsforringelse*, ydes godtgørelse herfor efter reglerne i EAL § 4 om varigt mén. Godtgørelsen udmåles på grundlag af méngraden, som fastsættes under hensyn til »skadens medicinske art og omfang og de forvoldte ulemper i skadelidtes personlige livsførelse«, jf. § 4, stk. 1. Udgangspunktet er således størrelsen af den *medicinske invaliditet*, dvs. en lægelig vurdering af den pågældende skadetypes gennemsnitlige betydning for skadelidtes funktionsevne i almindelighed. Vurderingen af det varige mén er således en helt anden end – og uafhængig af – vurderingen af erhvervsevnetabet, bortset fra, at méngraden tillige er afgørende for erhvervsevnetabsstatningen til børn, visse uddannelsessøgende og husmødre, jf. ovenfor afsnit 2.3. Méngraden fastsættes som udgangspunkt efter den af Arbejdsskadestyrelsen fastsatte procent-tabel til brug ved vurdering af mén som følge af arbejdsskader. Som ved fastsættelsen af erhvervsevnetabsprocenten gælder, at hver part kan indhente en udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen om fastsættelse af méngraden, jf. EAL § 10, og at denne udtalelse kun er vejledende. Det er imidlertid forudsat, at méntabellen i almindelighed skal lægges til grund ved afgørelser i henhold til EAL § 4, og der vil derfor normalt ikke være grundlag for at fastsætte den til noget andet procenttal end det, Arbejdsskadestyrelsen har fastsat eller ville have fastsat, især ikke i tilfælde, hvor méngraden kan aflæses direkte af tabellen.

Det kan den bl.a. ved en række lammelser som følge af nervelæsioner, som er særligt relevante ved en erstatningsudmåling i henhold til PFL. Som eksempler på fastsættelse af méngraden ved sådanne skader kan nævnes: Lammelse af nervus radialis på overarm: 25% mén (dog 20%, hvis skaden rammer venstre arm, og skadelidte er højrehåndet); lammelse af nervus ulnaris (albuenerve): 30% mén (25% ved venstre arm); lammelse af nervus femoralis (nerve til låret): 20% mén; ensidig lammelse af facialisnerven (ansigtsnerven): 10% mén; ensidige stemmebåndslæsioner med betydeligt talebesvær: 10-15% mén. Tabellen kan ifølge sagens natur ikke rumme alle former for skader, men kun de mest typiske; for skader, der ikke omfattes af tabellen, må méngraden fastsættes ud fra en sammenligning med de mest nærliggende skadetyper i tabellen.

Kap. 6-3.2.

Méntabellens satser kan ikke uden videre anvendes i tilfælde, hvor skadelidte havde en lidelse, der var til stede forud for den erstatningsbegrundende skade, eller hvor den rammer et område, der i forvejen var varigt skadet. Dette – generelle – princip får særlig betydning i tilfælde, hvor der i henhold til PFL opstår spørgsmål om en vurdering af den *merskade*, som lægebehandlingen har medført, jf. ovenfor afsnit 2.3. om det tilsvarende problem ved erhvervsevnetab. Som eksempel på, at grundsygdommen havde medført en »færdig« skade, som derfor måtte trækkes fra den samlede méngrad, der efterfølgende blev fastsat, kan nævnes UfR 1985.470 Ø om et håndledsbrud, som blev sat på plads og indgipset på en skadestue, hvorefter det viste sig, at den nedre brudende var blevet forskudt bagud. Mens Retslægerådet anså dette for at være en hændelig følge, der var betinget af læsionens karakter, fandt Sundhedsstyrelsen bagudforskydningen uacceptabel, idet man straks burde have gjort forsøg på at opnå en bedre stilling. Méngraden (dengang kaldet invaliditetsgraden) blev af Arbejdsskadestyrelsen (dengang kaldet Sikringsstyrelsen) fastsat til 12%, idet man tilføjede, at følgerne af det pågældende brud normalt vurderes til 5% mén. Retten fandt, at der burde være gjort forsøg på at opnå en bedre stilling og fastsatte erstatningen til 30.000 kr., hvilket – efter de dagældende satser – nogenlunde svarede til en erstatning for 7% mén (invaliditet).

Det er naturligvis vigtigt, at det ved eventuel forelæggelse for Arbejdsskadestyrelsen præciseres, at det er »méménet« ved den lægelige behandling, der ønskes en vurdering af, og ikke blot det samlede mén, som grundsygdom og behandling i alt har medført. Hvis Arbejdsskadestyrelsens udtalelse ikke følger de principper om årsagskonkurrence, som gælder efter almindelige erstatningsretlige regler og efter PFL, taber udtalelsen i vejledende værdi.

Godtgørelse for varigt mén ydes for méngrader på mellem 5% og 120%. Der kan således ikke ydes nogen godtgørelse, selv om der foreligger et vist varigt mén, når det dog ikke har et sådant omfang, at der kan fastsættes en méngrad på mindst 5%.

For nogle skaders vedkommende følger det direkte af tabellen, at méngraden vurderes til mindre end 5% (f.eks. forkortning af et ben med mindre end 3 cm eller strækkemangel i en albue indtil 40°). I andre tilfælde kan resultatet indirekte udledes af tabellen. Tab af begge testikler vurderes f.eks. normalt til en méngrad på indtil 15%, mens der ikke er fastsat nogen méngrad for tab af én testikel; meningen er, at der ikke kan gives nogen godtgørelse herfor, i hvert fald ikke, når den anden testikel er normalt fungerende.¹³

Også *vansir* ved f.eks. ardannelser som følge af operation skal opfylde kravet om mindst 5% mén for at berettige til godtgørelse for varigt mén. Vurderingen heraf er konkret ud fra arrets størrelse, placering, eventuel misfarvning osv. og resulterer i almindelighed i en méngrad på mellem 0 og 20%,

13. Jf. tilsvarende fra svensk praksis, Patientskadenämnden 13/76 og 27/88.

dog således at méngraden kan sættes højere ved særligt udbredte eller skæmmende ardannelser.

Hvis en skade har medført flere forskellige former for varigt mén, er hovedreglen, at tabelsatserne lægges sammen, og at den samlede méngrad ikke kan sættes til mere end 100%. Dog kan man i særlige tilfælde gå op til 120%, hvis fastholdelse af det sædvanlige maksimum ikke ville give en rimelig kompensation (f.eks. i tilfælde, hvor skaden både medfører blindhed, der i sig selv vurderes til 100% mén, og lammelser eller amputationer); reglen er blevet anvendt i kiropraktordommen (UfR 1991.774 Ø), hvor der blev lagt særlig vægt på, at den totale lammelse af patienten også indebar, at hun mistede taleevnen.

Som nævnt skal méngraden ikke kun fastsættes efter skadens medicinske art og omfang, men også efter de forvoldte ulemper i skadelidtes personlige livsførelse. Den méngrad, der fastsættes efter eller ud fra méntabellen, er imidlertid udtryk for en gennemsnitsvurdering af omfanget af de ulemper, som forskellige former for skader i almindelighed kan forventes at medføre. Tabelméngraden kan derfor kun fraviges, hvis der er særlige holdepunkter for at antage, at den konkrete skadelidte bliver mere begrænset i sine udfoldelsesmuligheder, end man i almindelighed bliver ved skader af den pågældende type.

Méngodtgørelsen udmåles ved, at méngraden multipliceres med et bestemt beløb, der for tiden (indtil 1/4 1993) udgør 2.785 kr. Også dette beløb reguleres årligt efter den almindelige lønudvikling, og også her gælder, at der skal anvendes det beløb, der var gældende på tidspunktet for skadens indtræden. Den mindste méngodtgørelse udgør således 13.925 kr. (ved 5% mén), og det normale maksimum er 278.500 kr. (ved 100% mén), i særlige tilfælde 334.000 kr. (ved 120% mén, jf. ovenfor). Hvis skadelidte ved skadens indtræden var fyldt 60 år, nedsættes godtgørelsen med 5% for hvert år, skadelidte var ældre end 59 år, dog således, at der ikke sker nogen yderligere reduktion efter det fyldte 69. år, jf. §4, stk. 2. Hvis skadelidte var fyldt 69 år eller mere på skadestidspunktet, får skadelidte således halvdelen af den normale takst (reduktion med $10 \times 5\%$).

Méngodtgørelsen udmåles uden hensyn til andre ydelser, som skadelidte måtte modtage i anledning af skaden, uanset om de måtte kunne siges at rumme en vis godtgørelse for varigt mén. Eneste undtagelse herfra er méngodtgørelse i medfør af arbejdsskadeforsikringens regler, der fuldt ud fratrækkes godtgørelsen i henhold til EAL.

3.3. Tort

Ved tort forstås en krænkelse af en persons selvfølelse eller æresfølelse. Ved retsstridige krænkelse heraf (den pågældendes frihed, fred, ære eller

Kap. 6-3.3.

person) hjemler EAL §26 den krænkede et krav på godtgørelse for tort. Det er ikke udelukket, at der kan ydes godtgørelse for tort i henhold til PFL, men det har ingen praktisk betydning på grund af begrænsningen til fysiske skader.¹⁴ Selve den omstændighed, at en person er blevet påført en fysisk skade, udgør ikke en »tort«, uanset om skadetilføjelsen måtte være sket forsætligt eller ved grov uagtsomhed. Krav om godtgørelse for tort kan derfor kun få praktisk betydning ved forskellige krænkelse, der falder uden for PFL (f.eks. krænkelse af den personlige frihed ved behandling uden samtykke eller ved uberettiget – og culpøs – tvangsindlæggelse, ved krænkelse af privatlivets fred m.v., jf. eksemplerne i kap. 5, afsnit 3). PFL kan derfor kun dække krav om godtgørelse for tort i helt ekstreme tilfælde, hvor en skadetilføjelse tillige rummer en særlig krænkelse af patienten, f.eks. hvor en læge misbruger en undersøgelses- eller behandlingssituation til at voldtage patienten el. lign.

4. Erstatning til efterladte

4.1. Forsørgertab

Hvis skaden har medført patientens død, ydes erstatning til de efterladte efter almindelige erstatningsretlige regler, jf. PFL § 1, stk. 1, 2. pkt. Efter EAL § 12 omfatter dette først og fremmest erstatning til dem, der ved dødsfaldet har mistet en forsørger. I § 13 findes nærmere regler om erstatning til en efterladt ægtefælle eller samlever(ske) og i § 14 om forsørgertabs-erstatning til børn.

»Merskade«-problemet kan opstå også ved dødsfald, men er enklere at løse. Dødsfald er jo ikke en skade, der kan »opdeles«. Problemet er i første række kun at afgøre, om det er forvoldt af grundsygdommen eller af behandlingen; erstatning kan kun ydes, hvis det er overvejende sandsynligt, at dødsfaldet skyldes behandlingen. En merskade kan ved dødsfald kun bestå i, at behandlingen eller – især – *undladelsen* af at iværksætte behandling har *fremskyndet* dødsfaldet, således at det indtræder på et tidligere tidspunkt, end det ellers ville have gjort. Hvis f.eks. en diagnosticeringsfejl, der medfører ansvar efter PFL § 3, stk. 1, bevirker, at der ikke iværksættes behandling mod en livstruende sygdom, hvorefter patienten dør, samtidig med at adækvat behandling ville kunne have forlænget patientens liv med f.eks. 3 år, består merskaden i 3 års mistet forsørgelse for de efterladte, og den normale, fulde forsørgertabs-erstatning (jf. nedenfor) vil derfor blive reduceret svarende hertil, jf. som et eksempel fra retspraksis UfR 1980.792 V (der dog ikke vedrører lægelig behandling,

14. Jf. *mot. sp.* 3298.

men hvor forsørgertabserstatningen blev reduceret, fordi det blev anset for tilstrækkeligt sikkert, at skadelidte på grund af forud eksisterende sygdom kun ville have levet i få år). Hvis behandlingen eller undladelsen af at iværksætte behandling kun har forkortet patientens liv med ganske kort tid, kan der næppe kræves forsørgertabserstatning overhovedet.

Efter EAL §13 har en efterladt *ægtefælle* eller *samlever(ske)* ret til forsørgertabserstatning, sidstnævnte dog kun, hvis der foreligger et samlivsforhold af en sådan karakter, at den efterladte med rimelighed kan sidestilles med en ægtefælle. Hovedprincippet for erstatningsudmålingen er, at den udgør 30% af den erstatning, som afdøde ville have fået, hvis skaden i stedet havde medført 100% erhvervsevnetab, jf. herom ovenfor afsnit 2.3.

Hvis afdøde var erhvervsmæssigt beskæftiget, ville erhvervsevnetabserstatningen udgøre årslønnen ganget med 6, og forsørgertabserstatningen udgør altså 30% heraf, dvs. reelt svarende til årslønnen ganget med 1,8. Den højeste årsløn, der kan komme i betragtning, udgør som nævnt 487.000 kr., og den maksimale forsørgertabserstatning udgør da 876.600 kr. Erstatningen kan ikke udmåles til noget mindre beløb end (for tiden) 313.000 kr., medmindre der foreligger særlige omstændigheder (nemlig at afdødes forsørgelsesevne i forvejen var væsentligt nedsat); denne »standarderstatning« får ikke kun betydning, når afdødes erhvervsindtægt var særligt lav, men også i tilfælde, hvor forsørgelsen grundedes på andre former for indtægt, f.eks. hvor afdøde var førtidspensionist eller efterlønsmodtager.

Hvis afdøde var omfattet af EAL § 8 (dvs. husmødre og visse uddannelsessøgende), ville fuld erhvervsevnetabserstatning udgøre 1.114.000 kr., jf. ovenfor afsnit 2.3., og forsørgertabserstatningen udgør følgelig 30% heraf, dvs. 334.200 kr.

Hvis den afdøde forsørger var fyldt 56 år, nedsættes forsørgertabserstatningen efter samme regler som ved erhvervsevnetab, jf. EAL § 13, stk. 2, og ovenfor afsnit 2.3., dvs. med $8\frac{1}{2}\%$ for hvert år, afdøde var ældre end 55 år. Hvis ikke afdøde var eller ville være forblevet erhvervsaktiv ud over det 67. år, regnes der følgelig ikke med noget forsørgertab ud over dette tidspunkt. Det betyder navnlig, at der ikke kan ydes forsørgertabserstatning overhovedet, hvis afdøde var folkepensionist og ikke derudover var erhvervsmæssigt beskæftiget. Derimod tages der ikke hensyn til den efterladtes alder eller erhvervsmæssige og sociale forhold. Der tages heller ikke hensyn til, om den efterladte modtager ydelser fra anden side i anledning af dødsfaldet, f.eks. pensionsydelse, livsforsikringsbeløb m.v. Eneste undtagelse herfra er, at forsørgertabserstatning i henhold til arbejdsskadeforsikringen fradrages.

Erstatning til efterladte *børn*, som afdøde havde forsørgelsespligt overfor, udmåles efter § 14 til summen af de underholdsbidrag, som afdøde

Kap. 6-4.1.

kunne være pålagt, hvis vedkommende havde været bidragspligtig. Det årlige normalbidrag udgør for tiden (indtil 1/7 1993) 8.076 kr.; erstatningen udmåles således normalt til dette beløb ganget med det antal år, barnet manglede i at være fyldt 18 år (eventuelt 24 år).

Hvis afdøde faktisk forsørgede eller bidrog til forsørgelse af *andre personer* end de nævnte (f.eks. stedbørn, plejebørn, forældre, frasepareret eller fraskilt ægtefælle m.v.), kan der efter § 12 ydes erstatning for værdien af den mistede forsørgelse.

4.2. Begravelsesudgifter

Uanset om dødsfaldet medfører noget forsørgertab, kan der efter EAL § 12 ydes erstatning for rimelige begravelsesudgifter og andre dokumenterede merudgifter i forbindelse med dødsfaldet. Der opstår ikke noget »merskade«-problem ved denne erstatningspost. Begravelsesudgifterne skulle jo under alle omstændigheder være afholdt på et eller andet tidspunkt, men alligevel kan der altid kræves erstatning herfor. Det gælder derfor også, selv om den pågældende under alle omstændigheder ville være død af grundsygdommen i løbet af kortere tid.

5. Fællesregler om erstatningen

Henvisningen til EAL i PFL § 5, stk. 1, omfatter ikke kun de egentlige udmålingsregler, men også øvrige regler, der har betydning i forbindelse med erstatningsfastsættelsen.¹⁵ Nogle af disse regler er omtalt i det foregående (om forelæggelse for Arbejdsskadestyrelsen, jf. EAL § 10, om genoptagelse, jf. § 11, og om regulering af erstatningsbeløb, jf. § 15).

Af andre, væsentlige fællesregler om erstatningen, der ligeledes gælder for erstatninger i henhold til PFL, kan nævnes reglen i EAL § 16 om *forrentning* af krav om erstatning og godtgørelse, hvorefter hovedreglen er, at kravene forrentes fra *skadetidspunktet* med diskontoen + (nu) 5%, dvs. for tiden 14½% årlig. Krav om erstatning for helbredelsesudgifter m.v., tabt arbejdsfortjeneste og begravelsesudgifter m.v. kan dog kun kræves forrentet efter de almindelige regler i renteloven, hvilket betyder, at rente først skal betales en måned efter det tidspunkt, hvor skadelidte har fremsendt anmodning om betaling med angivelse af, at manglende betaling medfører pligt til at betale rente, jf. rentelovens § 3, stk. 2.

I EAL § 18 findes regler om *overførelse* af krav på erstatning og godtgørelse. Efter § 18, stk. 1, kan krav ikke *overdrages* til andre, så længe

15. Jf. *mot.* sp. 3298.

kravet og dets størrelse ikke er anerkendt eller fastslået af domstolene – hvormed formentlig må sidestilles, at kravet i henhold til PFL er fastslået ved afgørelse fra patientforsikringsforeningen. I § 18, stk. 2, findes regler om, fra hvilket tidspunkt krav om godtgørelse *falder i arv*; når denne regel (bl.a.) lægger vægt på, hvornår kravet er gjort gældende ved sagsanlæg, må det i relation til PFL være tilstrækkeligt, at skaden er anmeldt til patientforsikringsforeningen, da patienten er afskåret fra at anlægge sag ved domstolene, og da der ikke over for patientforsikringsforeningen skal fremsættes krav på bestemte beløb. Endelig bestemmer § 18, stk. 3, at erstatnings- og godtgørelsesbeløb kan holdes uden for det almindelige formuefællesskab mellem ægtefæller ved *skifte i anledning af separation, skilsmisse og den anden ægtefælles død*, forudsat at beløbet ikke er indgået i det almindelige forbrug. Reglerne i EAL § 18 suppleres af regler i retsplejelovens § 511, hvorefter erstatningen kan beskyttes mod kreditorforfølgning, hvis beløbet holdes klart adskilt fra den øvrige formue; også disse regler gælder for erstatninger i henhold til PFL.

En række andre regler i EAL har enten ingen betydning i relation til erstatninger i henhold til PFL eller fortrænges af særregler i PFL. Reglerne i EAL §§ 19-22 om erstatningsansvar ved skade, der dækkes af forsikring, er ikke relevante, bortset fra reglen i § 19, stk. 3, om arbejdstageres ansvar, der imidlertid fortrænges af regresreglen i PFL § 8, jf. herom nedenfor kap. 8, afsnit 3.2.; af samme grund er de øvrige regler om arbejdstageres ansvar i EAL § 23 uden betydning. Særreglen i EAL § 17, stk. 2, om arbejdsgiveres regresret for sygeløn eller dagpenge har heller ikke betydning, da disse krav ikke dækkes i henhold til PFL, jf. nedenfor kap. 7, afsnit 3. Reglerne i EAL § 24 om lempelse af ansvar får ikke praktisk betydning, da erstatningsansvaret i henhold til PFL er dækket af forsikring, og da PFL § 6 indeholder særligt lempelige regler om erstatningsnedsættelse ved skadelidtes medvirken, jf. herom nedenfor kap. 7, afsnit 4. Som følge af PFL's kanalisering af erstatningskravene til patientforsikringen får reglerne i EAL § 25 om flere erstatningsansvarlige normalt heller ikke betydning. Afgørelser om erstatning i henhold til PFL træffes af patientforsikringsforeningen og ikke ved forlig (aftale) mellem patienten og den erstatningsansvarlige eller forsikringssselskabet, og der opstår derfor ikke spørgsmål om fravigelse af reglerne om erstatningsudmåling m.v., jf. EAL § 27.

Også andre almindelige regler om erstatningskravet end dem, der er indeholdt i EAL, finder anvendelse på krav i henhold til PFL. Skadelidte har således en vis ret til at *udstykke* sit erstatningskrav, navnlig således at der kan kræves a conto beløb for tabt arbejdsfortjeneste og formentlig også for svie og smerte; skadelidte behøver således ikke at vente, indtil hele kravet vedrørende disse poster kan gøres op, eller indtil de eventuelle

Kap. 6-5.

varige følger af skaden kan vurderes. Om *beskatning* gælder, at udbetalte erstatnings- og godtgørelsesbeløb er fritaget for indkomstskattepligt, bortset fra erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, der beskattes på samme måde som den indtægt, den erstatter. Om *forældelse* af erstatningskrav, se nedenfor kap. 7, afsnit 5.

Kapitel 7: Afvigelser fra EAL

1. Indledning

Hovedreglen om, at erstatning i henhold til PFL udmåles efter reglerne i EAL og i øvrigt er underlagt almindelige regler om erstatningskrav, fraviges på en række punkter. Nogle af disse afvigelser er til ugunst for patienten. Det gælder reglerne i §5, stk. 2, om opstilling af en vis »bagatelgrænse« for PFL's dækning, jf. nedenfor afsnit 2, og reglerne i §19 (stk. 2) om *forældelse* af erstatningskrav, jf. nedenfor afsnit 5. Som følge af disse afvigelser vil patienten i nogle tilfælde være helt afskåret fra at rejse krav i henhold til PFL. I disse tilfælde er patienten til gengæld ikke afskåret fra at rejse erstatningskrav mod sygehus m.v. på grundlag af almindelige erstatningsretlige regler (culpareglen), jf. nedenfor kap. 8, afsnit 2.1.

En enkelt afvigelse er derimod til gunst for patienten, nemlig reglen i PFL §6 om patientens *medvirken* til skaden, jf. herom nedenfor afsnit 4. Reglen indebærer, at der i videre omfang, end hvad der følger af almindelige erstatningsretlige regler, kan ses bort fra patientens egen skyld, dvs. patientens uagtsomme medvirken til skadens indtræden.

Endelig indeholder PFL §5, stk. 4, en afvigelse, som er uden betydning for patienten, idet den alene har betydning for den *tredjemand*, som måtte lide et tab i anledning af patientskaden, og som efter almindelige erstatningsretlige regler måtte få et *regreskrav* i den anledning; reglen fastslår, at sådanne regreskrav ikke dækkes efter PFL, jf. nedenfor afsnit 3. Hvis vedkommende tredjemand vil forfølge sit regreskrav, må det derfor ske efter almindelige erstatningsretlige regler, jf. herom nedenfor kap. 8, afsnit 3.1.

2. Bagatelgrænse

2.1. Beløbsgrænse

Efter PFL §5, stk. 2, 1. pkt., ydes der *kun erstatning i henhold til PFL, såfremt en udmåling af erstatning og godtgørelse i henhold til §5, stk. 1* (dvs. de regler, der er gennemgået i kap. 6) *fører til et beløb på over 20.000*

Kap. 7-2.1.

kr. Hvis denne betingelse er opfyldt, dækkes den *fulde* erstatning udmålt efter § 5, stk. 1, dvs. inkl. de første 20.000 kr.¹ Princippet er altså, at hvis reglerne om udmåling af erstatning og godtgørelse fører til et beløb på 20.001 kr., får patienten dette beløb i henhold til PFL, men hvis beløbet er 20.000 kr. eller derunder, får patienten intet. Med forsikringsterminologi foreligger der hermed en *franchise* og ikke en selvrisiko (der ville indebære, at der altid skulle trækkes 20.000 kr. fra erstatningen, også ved skader over dette beløb).

Der er flere grunde til, at PFL kun dækker erstatningskrav, der overstiger denne tærskel.² For det første ligger der en *social* betragtning bag; behovet for en særlig erstatningsordning er mest udtalt ved skader, der medfører langvarig uarbejdsdygtighed eller varig nedsættelse af erhvervs- evnen, bl.a. fordi de sociale ydelsers dækning af langvarigt eller varigt indtægtstab gennemgående er mindre end dækningen af mistet arbejdsind- tægt ved korterevarende uarbejdsdygtighed. Dernæst spiller *administrative* hensyn ind; en vis tærskel for skadernes alvor begrænser antallet af anmeldte skader, som skal realitetsbehandles, og uden en vis tærskel ville der formentlig kunne opstå meget betydelige praktiske vanskeligheder, når det skal afgøres, om der foreligger en »merskade« som følge af undersøgelse eller behandling (f.eks. om en infektion kan antages at have forlænget sygehusopholdet med nogle dage). Også vurderingerne af, om der foreligger den »relative« alvor, som kræves efter § 2, stk. 1, nr. 4, lettes, når de kun skal anlægges ved skader, der har en vis »absolut« alvor. Endelig har naturligvis rent *udgiftsmæssige* hensyn haft betydning.

I de forskellige, tidligere høringsrunder var der da også bred tilslutning til, at der måtte opstilles en eller anden tærskel for erstatningsberettigelsen. Spørgsmålet var alene, hvor højt den skulle sættes. Hovedargumentet mod at sætte den højt var, at det – udover at det ville skuffe en række patienter og kunne miskreditere hele ordningen – ville medføre, at en del patienter med erstatningskrav under grænsen i stedet ville forsøge at gennemføre kravet på grundlag af almindelige erstatningsretlige regler. Der skulle i så fald fortsat føres en del retssager om erstatning ved domstolene selv inden for PFL's dækningsområde, og en væsentlig del af formålet med ordningen ville da være gået tabt.³

Rapport indeholder ingen forslag om en beløbsmæssig grænse, men alene om en »karenstid« på 3 måneder vedrørende erstatning for tabt arbejdsfortje-

1. Jf. *mot.* sp. 3298.

2. Jf. *Rapport* s. 131 ff og 196 ff; se også sundhedsministerens svar på spørgsmål 4 og 5 (om nedsættelse af grænserne i § 5, stk. 2) fra Folketingets Sundhedsudvalg ad lovforslag nr. L 151, FT 1987-88, 1. samling.

3. Jf. *Rapport* s. 132.

neste og godtgørelse for svie og smerte.⁴ Dette forslag genfindes i bemyndigelsesbestemmelsen i § 5, stk. 2, 2. pkt., som imidlertid ikke er udnyttet, jf. nedenfor afsnit 2.2. Hvordan en sådan karenstid forholder sig til en beløbsgrænse på 20.000 kr., afhænger navnlig af størrelsen af patientens (netto)indtægtstab; krav om godtgørelse for svie og smerte for en 3 måneders periode vil sjældent overstige 10.000 kr., medmindre skadelidte har været sengeliggende i det meste af perioden, jf. ovenfor kap. 6, afsnit 3.1.

Kritikken af en beløbsgrænse på 20.000 kr. fremkom navnlig fra sygehusejerne (Amtsrådsforeningen) og fra forsikringside (KgF og Assurandør-Societet), hvor man bl.a. henviste til det stigende antal erstatningskrav ved arbejds-skader for så vidt angår de »midlertidige« skadefølger (tabt arbejdsfortjeneste og svie og smerte), som arbejdsskadeforsikringen ikke dækker.⁵ Administrativt er disse sager uforholdsmæssigt omkostningskrævende. Det blev også fremhævet, at nogle af de skadelidte på forhånd ville opgive at forfølge krav på under 20.000 kr., mens andre ville forsøge at bringe deres erstatningskrav op over beløbsgrænsen. Som nævnt i kap. 6, afsnit 1, var der imidlertid ikke tilslutning til forslag om at løse problemet på den måde, at erstatning i PFL's regi skulle ydes ved *culpa* forvoldte skader, der ligger under beløbsgrænsen.

Som grænsen er sat, fortjener den næppe betegnelsen bagatelgrænse. Det må navnlig tages i betragtning, at en stor del af skaderne på sygehuse rammer ældre personer, som ofte ikke lider indtægtstab af betydning. Det betyder, at alene godtgørelsen for ikke-økonomisk skade i disse tilfælde skal overstige 20.000 kr., og det kræver en del. Selv om skaden medfører varigt mén, er det langt fra nok til, at beløbet nås, jf. herved ovenfor kap. 6, afsnit 3.2., om reduktionen af godtgørelsen for skadelidte, der var fyldt 60 år eller mere. En godtgørelse for 10% mén til en 70-årig skadelidt udgør således (for tiden) kun 13.925 kr., og hvis helbredstilstanden hurtigt bliver stationær, vil der ikke være mulighed for at kræve større beløb i godtgørelse for svie og smerte.

Beløbsgrænsen i PFL står herved i modsætning til grænserne i de øvrige nordiske lande, der bedre harmonerer med betegnelsen bagatelgrænse, jf. ovenfor kap. 1, afsnit 6.1.-6.3. Både den svenske og den finske grænse er udformet således, at skader, der medfører varigt mén af nogen betydning, *altid* omfattes af dækningen. Ingen af disse lande kræver, at skaden medfører varigt mén; i Sverige er en 50% nedsættelse af arbejdsevnen i mindst 30 dage tilstrækkelig. Kun i Norge har man under den midlertidige patientforsikringsordning opereret med en ren beløbsgrænse (på 5.000 kr.), som imidlertid er foreslået fjernet i den endelige ordning,⁶ først og fremmest fordi der ikke opnås større administrative lettelser herved, da det ofte vil være umuligt på et tidligt stadium at vurdere, om skaden vil ligge over eller under beløbsgrænsen. Hertil kan naturligvis anføres, at dette problem ikke helt så ofte vil opstå, når grænsen sættes væsentligt højere.

4. Jf. *ibid.* s. 133.

5. Jf. *Forsikring 1990* s. 164.

6. Jf. NOU 1992:6 s. 42 og 82; se endvidere *Sten Foyen: Pasientforsikring* s. 281 ff.

Kap. 7-2.1.

For at vurdere om en skade overstiger de 20.000 kr., skal der således principielt foretages en udmåling af erstatning og godtgørelse i overensstemmelse med reglerne i § 5, stk. 1 (eller anlægges et skøn herover, jf. nedenfor), herunder naturligvis med de fradrag, der følger af disse regler (i praksis især løn under sygdom eller sygedagpenge). Det kan *ikke* antages, at *renter* af erstatning og godtgørelse skal medregnes ved denne opgørelse; ellers ville jo ethvert krav kunne komme over grænsen, hvis man blot ventede tilstrækkeligt længe.

Mot. tager ikke stilling til, hvordan man skal forholde sig i tilfælde, hvor det er *usikkert*, om den samlede erstatning og godtgørelse vil ligge over eller under 20.000 kr. Problemet kan navnlig opstå i tilfælde, hvor det på tidspunktet for skadens anmeldelse er uvist, om skaden vil få varige følger og i så fald hvilke. Det problem ville ikke opstå, hvis man i stedet havde valgt en grænse alene bestående i en vis karenstid for erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og godtgørelse for svie og smerte, jf. § 5, stk. 2, 2. pkt., idet man i så fald kun skulle afvente, om skaden medførte uarbejdsdygtighed eller sygdom i en periode, der var længere end karenstiden.

I nogle tilfælde vil det ikke være noget problem for patientforsikringsforeningen at afgøre, om en anmeldt skade skal realitetsbehandles. Det kan navnlig være tilfældet, hvis det er åbenbart, at skaden ikke medfører nogen varig helbredsforringelse eller varig nedsættelse af erhvervsevnen, idet skadelidte allerede er raskmeldt uden noget varigt mén og har genoptaget arbejdet. Omvendt kan det tænkes, at skaden må forventes at få så betydelige, varige følger, at erstatning og godtgørelse ikke kan undgå at komme væsentligt over 20.000 kr., selv om det nærmere omfang af følgerne først kan vurderes langt senere. Er situationen derimod den, at der kun foreligger en vis *mulighed* for, at skaden vil få sådanne følger, at beløbsgrænsen kan nås, vil det være mest nærliggende at stille videre behandling af sagen i bero, indtil skadens omfang kan vurderes nærmere. Der må herved tages hensyn til sandsynligheden for, at beløbsgrænsen nås; det er på den ene side vigtigt, at afgørelse kan træffes hurtigst muligt efter, at det kan konstateres, at skadelidte opfylder betingelserne for ret til erstatning, men det er på den anden side vigtigt, at administrationen ikke belastes af realitetsbehandling af sager, der senere må afvises, fordi skaden viser sig at ligge under beløbsgrænsen. Hvis en anmeldt skade er blevet afvist, fordi man regnede med, at skaden havde udtømt sine virkninger, og erstatning og godtgørelse derfor ville ligge under 20.000 kr., og skaden alligevel senere viser sig at have medført et vist varigt mén eller et større varigt mén end først antaget, kan skadelidte kræve sagen *genoptaget*, jf. EAL § 11, og derved påny forelægge den for patientforsikringsforeningen. Benytter skadelidte sig af adgangen til at *udstykke* sit erstatningskrav, jf. ovenfor kap. 6, afsnit 5, kan der naturligvis fremsættes

krav også om beløb på under 20.000 kr., når blot den samlede, forventede erstatning og godtgørelse ligger over grænsen.

Hvis en anmeldt sag er blevet afvist af patientforsikringsforeningen, fordi den mener, at erstatningen ikke vil overstige 20.000 kr., kan skadelidte forfølge kravet efter almindelige erstatningsretlige regler, herunder ved sagsanlæg ved domstolene. Har sagen derimod ikke været anmeldt til patientforsikringsforeningen, må retten tage stilling til, om den er kompetent til at behandle kravet. Det er den principielt, hvis påstanden er begrænset til 20.000 kr., men hvis der er mulighed for, at erstatning og godtgørelse vil overstige 20.000 kr. (f.eks. ved et forbehold vedrørende eventuelle varige følger), vil det også her være naturligt, at retten udsætter sagen, og at skadelidte opfordres til først at få afklaret spørgsmålet om dækning i henhold til PFL ved anmeldelse af skaden til patientforsikringsforeningen.

Patienten kan ganske vist opnå en retlig efterprøvelse af patientforsikringsforeningens afvisning ved at indbringe den for patientskadeankenævnet og derefter for landsretten efter de almindelige regler herom i PFL, jf. nedenfor kap. 11. Dette vil dog være mindre hensigtsmæssigt; hvis nemlig domstolen stadfæster afvisningen, fordi den er enig i, at erstatning m.v. ikke overstiger 20.000 kr., må patienten starte forfra med et nyt sagsanlæg ved byretten.

Der kan opstå særlige problemer, hvis patienten har fået tilkendt erstatning ved domstolene på under 20.000 kr., hvorefter det – uventet – viser sig, at skaden medfører varig helbredsforringelse, eller der i øvrigt indtræder en uforudset forværring af helbredstilstanden, som berettiger til genoptagelse af sagen og tilkendelse af yderligere erstatning, der vil bringe den samlede erstatning og godtgørelse op over 20.000 kr. Det yderligere krav må da rettes mod patientforsikringsforeningen, der tillige principielt må være forpligtet til at refundere vedkommende sygehusejer eller ansvarsforsikringselskab den erstatning, der tidligere er betalt til patienten.

Nogle af de skader, der typisk vil blive ramt af beløbsgrænsen, opfanges af den frivillige, »udvidede« ansvarsforsikringsdækning af tandskader, jf. ovenfor kap. 5, afsnit 5.

Beløbet i PFL § 5, stk. 2, 1. pkt., reguleres ikke efter lønudvikling eller inflation.

Endelig erindres om, at beløbsgrænsen ikke gælder for erstatninger til sunde forsøgspersoner og til donorer, jf. § 5, stk. 3.

2.2. Karenstid

Efter PFL § 5, stk. 2, 2. pkt., kan sundhedsministeren fastsætte regler om, at erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og godtgørelse for svie og smerte kun ydes, hvis skaden har medført uarbejdsdygtighed eller sygdom ud

Kap. 7-2.2.

over en nærmere fastsat periode, der højst kan udgøre 3 måneder – jf. ovenfor om forslaget i *Rapport*. Denne bemyndigelse er ikke blevet udnyttet og bliver det formentlig heller ikke. Behovet for en »bagatelgrænse« anses for opfyldt med beløbsgrænsen i 1. pkt., uden at der dog er foretaget nogen nærmere analyse af forholdet mellem de to grænser. Meningen er formentlig, at de skal gælde kumulativt, hvis bemyndigelsen udnyttes, således at der i relation til beløbsgrænsen i 1. pkt. skal ses bort fra den erstatning og godtgørelse, som afskæres på grund af bestemmelsen i 2. pkt.

Hvis man tænker sig, at bemyndigelsen udnyttes fuldt ud, således at der gælder en karenstid på 3 måneder, kan følgende eksempel illustrere problemet: Patienten bliver på grund af skaden uarbejdsdygtig i 2 måneder, og krav om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og godtgørelse for svie og smerte ville efter almindelige regler udgøre i alt 18.000 kr. for denne periode.; samtidig har skaden medført helbredelsesudgifter og andet tab på 3.000 kr. Hvis grænserne ikke gælder kumulativt, kan skadelidte få 21.000 kr. i erstatning, fordi beløbsgrænsen i 1. pkt. er overskredet. Hvis de gælder kumulativt, kan patienten intet kræve, da de 18.000 kr. skal trækkes fra, inden erstatningen sættes i forhold til beløbsgrænsen.⁷

Problemet skal ikke forfølges nærmere, da det indtil videre ikke er aktuelt. Det skal blot nævnes, at en eventuel udnyttelse af bemyndigelsen i 2. pkt. *kun* har betydning for de to nævnte erstatningsposter (tabt arbejdsfortjeneste og svie og smerte), men ikke for øvrige poster, selv om uarbejdsdygtighedsperioden måtte være kortere end den fastsatte periode.⁸ Ligesom beløbsgrænsen i 1. pkt. vil en karenstid i givet fald virke som en franchise, dvs. at fuld erstatning skal ydes, hvis uarbejdsdygtighedsperioden er længere end karenstiden.

3. Regreskrav

Efter PFL § 5, stk. 4, ydes erstatning ikke til dækning af regreskrav. Reglen sigter til de »afledede« krav, som en tredjemand kan erhverve mod den erstatningsansvarlige, når ydelser fra vedkommende tredjemand til skadelidte helt eller delvist ophæver dennes tab, således at ydelsen fradrages i skadelidtes »direkte« krav mod den erstatningsansvarlige. Hovedeksemplet i dansk ret er det regreskrav, som en arbejdsgiver i medfør af EAL § 17, stk. 2, kan erhverve, når han betaler sygeløn eller sygedagpenge til skadelidte, jf. ovenfor kap. 6, afsnit 2.2. Dette regreskrav kan arbejdsgive-

7. *Mot. sp. 3299* tager ikke klart stilling til problemet, idet der her kun nævnes det tilfælde, at helbredelsesudgifterne *alene* overstiger beløbsgrænsen.

8. Jf. nærmere *mot. ibid.*

ren således ikke få dækket i henhold til PFL, som kun dækker patienters – eller deres efterladtes – »direkte« krav.

Reglen har ikke betydning i forhold til *forsikringsydelse*r, som måtte komme til udbetaling i anledning af patientskaden. Forsikringsydelser skal nemlig som hovedregel ikke fradrages i erstatningen, og selv i de tilfælde, hvor de skal fradrages (især ved dækning af helbredelsesudgifter), har forsikringsselskabet ingen regresret, jf. EAL § 17, stk. 1, og § 22, stk. 2. Reglen kan derimod få betydning ved f.eks. fagforeningers sygehjælpsordninger, der ikke er organiseret på forsikringsgrundlag, se f.eks. UfR 1980.619 V og UfR 1983.153 H om en sygehjælpsordning i Praktiserende Lægers Organisation og UfR 1989.270 V om en tilsvarende ordning i Dansk Tandlægeforening; efter almindelige erstatningsretlige regler er der regresret i disse tilfælde, men heller ikke disse krav dækkes af PFL.

4. Skadelidtes medvirken

Efter almindelige erstatningsretlige regler kan erstatningskrav nedsættes og eventuelt helt bortfalde, hvis skadelidte medvirkede til skadens indtræden, herunder især i tilfælde af *uagtsom* medvirken (»egen skyld«). Erstatningen nedsættes da med en vis brøkdel (på 1/3-2/3) ud fra en vurdering af – navnlig – den betydning, som skadelidtes medskyld havde for skadens indtræden set i forhold til skadevolderens skyld. Dette princip er ikke umiddelbart anvendeligt i tilfælde, hvor erstatningsansvaret ikke hviler på culpereglen. Dertil kommer, at de grunde, der taler for et videregående ansvar for skadevolderen, også taler for, at ikke enhver uagtsom medvirken fra skadelidtes side skal medføre reduktion af erstatningen.

Det er derfor i PFL § 6 bestemt, at erstatningen til patienten eller de efterladte kun kan nedsættes eller eventuel helt bortfalde, hvis patienten *forsætligt* eller ved *grov uagtsomhed* har medvirket til skaden. Der skal således helt ses bort fra uagtsom medvirken, der ikke er grov (»simpel uagtsomhed«), således at patienten eller de efterladte da får fuld erstatning. Reglen er imidlertid under alle omstændigheder uden større praktisk betydning. Patientens adfærd har sjældent nogen betydning for, at der indtræder skader, der omfattes af PFL.

Det er påfaldende, at retspraksis så vidt ses kun indeholder ét eksempel på nedsættelse af erstatningen på grund af egen skyld i en lægeansvarssag, og at denne sag ikke vedrørte en skade forvoldt ved undersøgelse eller behandling, men derimod et uheld ved, at patienten gled og faldt under badning, jf. UfR 1961.685 B (begrundelsen for nedsættelsen var, at patienten selv burde have bedt om ledsagelse under badning). Sådanne skader omfattes af PFL, jf. § 3, stk. 2, og herom ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.3. Selv om dækningen i

Kap. 7-4.

disse tilfælde forudsætter et sædvanligt ansvarsgrundlag (typisk culpa), gælder reglen i §6 også her, således at der skal ses bort fra egen skyld i form af simpel uagtsomhed (hvilket der var tale om i den nævnte sag).

Reglen kan dernæst få betydning i tilfælde, hvor patienten ikke har fulgt lægelige anvisninger vedrørende (efter)behandling, medicinindtagelse eller særlige forsigtighedsforanstaltninger, der skal iagttages for at mindske risikoen for senkomplikationer, tilbagefald m.v. Der vil imidlertid næppe forekomme mange tilfælde, hvor der på én gang foreligger en erstatningsberettigende skade i forbindelse med undersøgelse eller behandling og grov egen skyld hos patienten, der har betydning for skadens indtræden eller dens omfang. Forholdet vil snarere være det, at patientens andel i skaden da bliver så stor, at den reelt ikke kan tilskrives behandlingen.⁹ Dette gælder naturligvis i særlig grad ved *forsætlig* medvirken, hvilket i praksis navnlig vil være selvmord og selvmordsforsøg. Skader herved kan tænkes at være omfattet af PFL §3, stk. 2, f.eks. ved svigtende tilsyn med patienten, og det må da vurderes, om patientens sindstilstand udelukker anvendelse af medvirkens-reglen, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.3.; selv om dette ikke antages, indebærer reglen ikke nødvendigvis, at erstatningen helt bortfalder, idet den også ved forsætlig medvirken åbner mulighed for, at man nøjes med en vis nedsættelse af erstatningen.¹⁰

Kravet om, at der skal foreligge (mindst) grov uagtsomhed fra patientens side, for at nedsættelse af erstatningen kan komme på tale, indebærer, at kun tilfælde af *meget betydelig uforsigtighed* kan komme i betragtning, f.eks. i tilfælde, hvor helt elementære anvisninger fra lægens side er blevet tilsidesat i væsentlig grad. Patientens skyldgrad skal vurderes efter dennes individuelle, subjektive forudsætninger. Ved vurderingen af, om og i givet fald hvor meget erstatningen skal nedsættes, skal der dog ikke kun ses på patientens skyld og dens betydning for skaden, men også på omstændighederne i øvrigt, »herunder skadens alvor og erstatningens betydning for patientens eller de efterlattes økonomiske forhold«.¹¹ Da reglen udtrykkeligt fastslår, at erstatningen *kan* (ikke »skal«) nedsættes, kan sociale betragtninger – dvs. behovet for erstatning, især ved alvorlige skader og ved dødsfald – føre til, at man undlader reduktion af erstatningen, selv om der foreligger grov uagtsomhed fra patientens side. Den adgang, som EAL §24, stk. 2, åbner for at modificere den almindelige virkning af skadelidtes medvirken (nemlig når nedsættelse af erstatningen ville virke

9. Jf. *Rapport* s. 211.

10. Jf. *mot.* sp. 3300; efter de svenske forsikringsbetingelser bortfalder erstatningen helt ved forsætlig medvirken, men i praksis tages der alligevel hensyn til, om skaden tilføjes i en tilstand af sindsforvirring el. lign., jf. *Hedman*: *Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 120.

11. *Mot.* *ibid.*

urimeligt tyngende for skadelidte eller de efterladte), får derfor ingen praktisk betydning ved siden af reglen i § 6.

En skadelidts »medvirken« til skadens indtræden omfatter ikke kun tilfælde af egen skyld, men også tilfælde, hvor skadelidte kan siges at have »accepteret« en vis risiko for skadens indtræden. Accept af risiko kan imidlertid i denne forbindelse kun praktisk forekomme ved, at patienten samtykker i, at en vis behandling gennemføres efter at være blevet orienteret om, hvilke risici den indebærer. Et sådant informeret samtykke begrænser imidlertid ikke PFL's dækning, og accept af risiko har derfor næppe nogen praktisk relevans.¹²

Reglen i § 6 medfører ingen begrænsning i almindelige erstatningsretlige regler om skadelidtes pligt til i rimeligt omfang at medvirke til en *begrænsning af skadens (og tabs) omfang*, når skaden er sket.¹³ Erstatning kan ikke kræves for de følger, som kunne være undgået, hvis patienten havde opfyldt sin tabsbegrænsningspligt. Skadelidte har f.eks. pligt til at udnytte en eventuel (resterende) erhvervsevne bedst muligt og til at modtage lægebehandling m.v., der kan bedre helbredstilstanden, herunder i et vist omfang til at underkaste sig operative indgreb, dog formentlig kun i form af mindre, ufarlige indgreb, hvor sandsynligheden for en væsentlig bedring er meget stor.

5. Forældelse af erstatningskrav

PFL § 19 opstiller to forskellige regler om forældelse af krav om erstatning i henhold til PFL, dvs. regler om, at erstatningskravet *bortfalder*, når det ikke er anmeldt inden for de opstillede tidsfrister. De to tidsfrister er:

- (1) Krav skal være anmeldt senest 5 år efter, at den erstatningsberettigede *har fået eller burde have fået kendskab til skaden* (stk. 1).
- (2) Krav skal være anmeldt senest 10 år efter den dag, skaden er *forårsaget* (stk. 2).

Hvis 10-års fristen udløber før 5-års fristen, er det 10-års fristen, der gælder (jf. ordet »dog« i stk. 2). Hvis således patienten får eller burde have fået kendskab til skaden på et tidspunkt, der ligger f.eks. 7 år efter, at skaden var forårsaget, skal kravet anmeldes senest 3 år herefter. Hvis patienten (eller de efterladte) først får eller burde have fået kendskab til skaden på et tidspunkt, der ligger senere end 10 år efter, at skaden var

12. Jf. *Rapport* s. 211 og *mot. ibid.*

13. Jf. *Rapport* *ibid.*

Kap. 7-5.

forårsaget, kan der ikke anmeldes noget krav. Reglen i stk. 2 fører altså til, at et krav kan være forældet, inden skaden overhovedet begynder at vise sig.

Forældelsen afbrydes (hindres), hvis »erstatningskrav« anmeldes til patientforsikringsforeningen inden udløbet af den relevante tidsfrist. Denne formulering er ikke helt præcis. Patienten har ikke pligt til at anmelde et bestemt erstatningskrav til patientforsikringsforeningen, idet foreningen selv skal finde ud af, hvilken erstatning – om nogen – patienten er berettiget til. Patienten skal efter § 13 alene indgive en *skadesanmeldelse* til patientforsikringsforeningen, jf. nedenfor kap. 10, afsnit 3.1., og dette er derfor også tilstrækkeligt til at afbryde forældelsen.

Reglen i § 19, stk. 1, svarer til dansk rets almindelige regler om forældelse af (bl.a.) erstatningskrav. Reglerne findes i lov nr. 274 af 22/12 1908 om forældelse, der i § 1 opstiller en frist på 5 år, der imidlertid efter § 3 suspenderes, når den berettigede har været ude af stand til at gøre sit krav gældende, bl.a. på grund af »utilregnelig uvidenhed« om kravet. Hvis patienten (eller de efterladte) har fået eller burde have fået kendskab til skaden, foreligger der normalt ikke (længere) »utilregnelig uvidenhed« om kravet, og reglen i § 19, stk. 1, fører derfor til samme resultat som forældelsesloven.¹⁴ Forældelsesfristen suspenderes kun i tilfælde af (undskyldeligt) ukendskab til skaden. Hvis årsagen til en for sen anmeldelse f.eks. er ukendskab til PFL's eksistens, er kravet forældet – uanset hvor undskyldeligt dette måtte være.¹⁵

5-års fristen regnes som nævnt fra det tidspunkt, hvor patienten har fået eller burde have fået kendskab til skaden. Man må derfor i første række se på, hvornår patienten *første gang mærkede symptomer på skaden*, men der må tages hensyn til, at patienten ved *tolkningen* af symptomer i vidt omfang er afhængig af de informationer herom, som fås fra læger m.v. Hvis patienten herved bibringes det indtryk, at der ikke er tale om tegn på nogen skade ved behandlingen (men f.eks. symptomer på grundsygdommen), kan det tale for, at patienten ikke »burde have fået kendskab til skaden«, hvorimod fristen ikke uden videre suspenderes, blot fordi patienten får besked om at se tiden an el. lign.

Som eksempel på, at skaden viste sig straks efter, at den var opstået, kan fra svensk praksis nævnes et tilfælde,¹⁶ hvor der ved en operativ fjernelse af en

14. *Mot. sp.* 3311 synes tilsyneladende at gå ud fra, at der er forskel mellem reglerne, uden at det dog oplyses, hvori forskellen skulle bestå; forældelsesloven medtager ganske vist også tilfælde, hvor den berettigede – utilregneligt – er uvidende om skyldnerens opholdssted, men dette er ikke relevant i forhold til PFL, da krav (skader) altid kan og skal anmeldes til patientforsikringsforeningen.

15. Jf. fra svensk praksis, Patientskadenämnden 39/88.

16. Jf. *ibid.* 22/88.

tand skete en nerveskade, der medførte bortfald af følelsen i tungen. I et tilsvarende tilfælde¹⁷ var der ved en spytkirteloperation sket skade på følelerven til tungen (nervus lingualis); patienten klagede umiddelbart herefter over manglende følelse i tungen, men fik besked om, at man skulle vente 1½-2 år for at se, om skaden ville blive varig; da skadens følger faktisk havde vist sig lige efter operationen, måtte forældelsesfristen regnes herfra. Samme synspunkt blev anlagt i en sag¹⁸ om en stignøjleoperation, der gennemførtes i maj 1983. Ved en undersøgelse i august 1983 konstateredes døvhed på det opererede øre, og der gennemførtes i november 1983 en reoperation, der dog ikke medførte nogen forbedring; forældelsesfristen regnedes her fra undersøgelsen i august 1983. Tænker man sig imidlertid, at patienten har fået at vide, at der var en (god) mulighed for, at reoperation el. lign. ville udbedre skaden helt, kan det tale for, at fristen først regnes fra dette tidspunkt. Da fristen er 5 år i PFL mod kun 3 år i Sverige, er problemet dog næppe stort, men en sag fra svensk praksis viser dog, at det kan opstå.¹⁹ Patienten var i februar 1983 blevet opereret for blindtarmsbetændelse, og ca. et halvt år efter opstod smerter i operationsarret, hvilket patienten dog først søgte behandling for i juni 1986; patienten gennemgik i de følgende to år omfattende undersøgelser, indtil man i marts 1988 kunne påvise, at årsagen var en neuralgi (nervesmerter) af typen genitofemoralis. Selv om fristen principielt skulle regnes fra de første objektive tegn på smerterne (dvs. et halvt år efter operationen), blev der lagt vægt på, at patienten direkte var blevet opfordret til at vente med at indgive anmeldelse, indtil undersøgelserne var blevet gennemført; man kunne derfor anvende en særlig undtagelsesbestemmelse i de svenske forsikringsbetingelser, hvorefter der kunne ses bort fra overskridelse af fristen, når der forelå særlige omstændigheder.

Det kan undertiden være vanskeligt at fastslå, hvornår f.eks. en komplikation er opstået, og hvornår symptomerne herfra har manifesteret sig for patienten på en sådan måde, at patienten måtte eller burde have indset, at der var indtrådt en skade. Fra svensk praksis kan nævnes et tilfælde,²⁰ hvor patienten var blevet opereret for gigt i knæet med totalplastik; patienten mente, at »noget gik i stykker« i knæet nogle dage efter under genoptræningsgymnastik og meddelte dette over for sygehuspersonalet, der imidlertid slog det hen. En røntgenundersøgelse foretaget godt tre år senere gav mistanke om brud på en komponent i protesen, hvilket bekræftedes ved en ny operation yderligere et halvt år senere; skaden ansås ikke for at være anmeldt for sent (efter de svenske regler), da det var usikkert, hvornår bruddet var sket, og hvornår det havde vist sig.

Patientens afhængighed af de lægelige informationer illustreres af afgørelsen i UfR 1991.1 H, hvor patienten efter et trafikuheld i 1981 blev behandlet for en knæskade, men ikke for en hofteskade, som uheldet også havde forårsaget; denne skade blev først opdaget ved en ambulans kontrol for

17. Jf. *ibid.* 45/89.

18. Jf. *ibid.* 88/89.

19. Jf. *ibid.* 116/89.

20. Jf. *ibid.* 231/89.

Kap. 7-5.

knælidelsen i juli 1982, men patienten gjorde gældende, at han først havde fået kendskab hertil i 1984, da han så lægens erklæring herom; lægen selv erindrede ikke, om han i 1982 havde oplyst patienten herom. Herefter blev kravet ikke anset for forældet, selv om retssag først blev anlagt i 1988. Den, der påstår, at et krav er forældet, har som udgangspunkt selv bevisbyrden herfor. Dette gælder principielt også i forhold til forældelsesreglerne i PFL.

Ud fra samme synspunkt kan fristen ved skader, der skyldes diagnosticeringsfejl, i almindelighed først regnes fra det tidspunkt, hvor den rigtige diagnose blev stillet, og ikke fra det tidligere tidspunkt, hvor patienten søgte behandling ud fra en mistanke om, at diagnosen kunne være forkert (jf. et tilfælde fra svensk praksis, hvor patienten siden 1983 havde søgt behandling for en opsvulmen på halsen, og hvor det først 6 år efter blev konstateret, at årsagen var en halscyste, som patienten derefter blev opereret for²¹).

10-års fristen i § 19, stk. 2, regnes fra det tidspunkt, hvor skaden er forårsaget, jf. ovenfor kap. 1, afsnit 4, om det tilsvarende begreb i ikrafttrædelsesbestemmelsen i § 21. Denne frist er *absolut*; der kan således under ingen omstændigheder ses bort fra en overskridelse af fristen, uanset hvor undskyldelig den måtte være – og det gælder som nævnt også i tilfælde, hvor patienten *ikke kunne* have anmeldt skaden tidligere, fordi den først viste sig senere end 10 år efter, at den blev forårsaget.

Thorotrast-sagerne (bl.a. UfR 1985.460 Ø) illustrerer, at sådanne tilfælde forekommer, idet skaden her var forårsaget ved røntgenkontrastundersøgelse i 1946; i 1970 påvist aflejringer af stoffet i patientens krop, og i 1977 konstateredes aflejringer i leveren og leverkræft, som patienten døde af samme år. Det blev ikke under denne sag gjort gældende, at kravet var forældet efter almindelige forældelsesregler, jf. nedenfor kap. 8, afsnit 2.1. Hvis en sådan sag nu rejses efter produktansvarsreglerne, gælder der en tilsvarende absolut forældelsesfrist på 10 år fra det tidspunkt, hvor produktet blev bragt i omsætning, jf. PAL § 14, stk. 1. Denne regel hindrer imidlertid ikke skadelidte i at påberåbe sig de regler om produktansvar, som gælder ved siden af PAL. Det danske udkast til en lægemiddelforsikringsordning indeholder samme forældelsesregel som reglen i PAL.

Udover en henvisning til fristen efter PAL blev reglen i PFL navnlig begrundet med,²² at pligten til at opbevare journaler er begrænset til en periode på 10 år, jf. lægelovens § 13, stk. 3. Endvidere blev der mere generelt henvist til, at vanskelighederne ved at vurdere et kravs berettigelse øges, jo længere tid der går, inden anmeldelse sker. Det er dog et spørgsmål, om disse betragtninger kan begrunde, at erstatningskrav kan blive forældet, inden en skade er

21. Jf. *ibid.* 240/90, se også 250/89 og 14/82; dette stemmer med almindelige forældelsesregler (1908-loven om forældelse), jf. *M. Broberg* og *N. Fenger* i *Justitia* 1991 nr. 5 s. 25.

22. Jf. *mot.* sp. 3311; se endvidere sundhedsministerens svar på spørgsmål 18 fra Folketingets Sundhedsudvalg ad lovforslag nr. L 151, FT 1987-88, 1. samling (om konsekvenserne af en forlængelse af fristen fra 10 til 20 år).

indtrådt. Det bliver de ikke efter almindelige forældelsesregler, og patienten kan derfor for så vidt rejse erstatningskrav, men i så fald ikke på grundlag af PFL, jf. nedenfor kap. 8, afsnit 2.1. Mens de svenske regler indeholder samme 10-års frist som PFL, er fristen i Finland 20 år (mens patienten til gengæld her skal indgive anmeldelse senest 3 år efter, at han fik kendskab til skaden), hvilket i det væsentlige svarer til de almindelige forældelsesregler i Norge, der er foreslået lagt til grund også for patientforsikringsordningen.²³

Selv om patienten er afskåret fra at rejse krav i henhold til PFL på grund af overskridelse af fristen i § 19, stk. 2, har patienten mulighed for at rejse krav efter almindelige erstatningsretlige regler, der ikke indeholder en tilsvarende forældelsesregel, jf. nedenfor kap. 8, afsnit 2.1.

Efter forældelseslovens § 2 afbrydes forældelsen bl.a. i tilfælde, hvor der anlægges retssag mod skyldneren. Hvis patienten fejlagtigt anlægger retssag i anledning af en skade, der omfattes af PFL, hvorefter sagen afvises, er forældelsesfristen i PFL § 19 *ikke* dermed afbrudt. Hvis omvendt skaden er anmeldt til PFL, hvorefter den afvises herfra (f.eks. fordi erstatning m.v. ville udgøre under 20.000 kr.), må fristen i forældelsesloven vistnok kunne anses for afbrudt, forudsat at patienten herefter »uden uforholdent ophold« forfølger sit krav på grundlag af almindelige erstatningsretlige regler.

23. Jf. NOU 1992:6 s. 95.

Kapitel 8: Ansvar efter almindelige erstatningsregler

1. Indledning

Som omtalt i indledningen til kap. 5 kan patienten som hovedregel ikke vælge mellem at påberåbe sig PFL og almindelige erstatningsretlige regler ved skader, som ville kunne berettige til erstatning efter begge regelsæt. Efter reglen i PFL § 7 »kanaliseres« erstatningskravene til PFL. Fra denne regel kan modsætningsvis sluttes, at krav kan rejses efter almindelige erstatningsregler i det omfang, erstatning ikke ydes efter PFL. Årsagen hertil er uden betydning. Krav efter almindelige erstatningsregler kan derfor ikke kun rejses i tilfælde, hvor *skaden* som sådan falder uden for PFL's dækningsområde (f.eks. fordi den er forvoldt af en privatpraktiserende læge eller ikke er af fysisk karakter, jf. om disse tilfælde ovenfor kap. 5), men også i tilfælde, hvor *erstatningskravet* i anledning af en skade, som i og for sig falder ind under PFL, ikke dækkes på grund af de i kap. 7 omtalte afvigelser fra erstatningsrettens regler. Det vil dels være i tilfælde, hvor erstatningskravet ligger under beløbsgrænsen i PFL § 5, stk. 2, dels i tilfælde, hvor kravet i henhold til PFL er forældet efter den særlige regel i § 19, stk. 2, men hvor et erstatningskrav ikke rammes af almindelige forældelsesregler, jf. nedenfor afsnit 2.1.

Det er herimod blevet anført,¹ at den omstændighed, at PFL § 7 alene henviser til § 5, gør det uklart, om et krav, der er forældet efter reglerne i PFL, kan rejses efter almindelige erstatningsretlige regler. Dette beror på en misforståelse; reglen i § 5 vedrører ikke erstatningsberettigelsen som sådan, men alene udmålingen af den erstatning, som patienten efter reglerne i PFL måtte være berettiget til. Så langt denne dækning rækker, blokerer § 7 for erstatningskrav efter almindelige erstatningsretlige regler – men heller ikke længere. Det er derfor uden betydning, hvilken begrænsning i PFL's dækningsomfang der er årsag til, at patienten ikke får – og ikke har krav på at få – erstatning i henhold til PFL.

Muligheden for at gennemføre en kanalisering er en af de væsentligste forskelle mellem en lovbunden og en frivillig forsikringsordning. Hvis ordningen beror på en frivillig aftale mellem (f.eks.) de driftsansvarlige og et forsikringsssel-

1. Jf. P. Sølling: Patientforsikringsloven s. 47.

skab, kan den naturligvis ikke fratage patienten muligheden for i stedet at rejse krav efter almindelige erstatningsregler og eventuelt forfølge dette ved domstolene. I Sverige behøver en patient således ikke at henholde sig til patientforsikringen;² derimod er det en betingelse for at få erstatning fra patientforsikringen, at et eventuelt erstatningskrav baseret på almindelige erstatningsregler overdrages til forsikringsselskabet.³ Tilsvarende gælder for de i kap. 5, afsnit 5, omtalte frivillige forsikringsordninger vedrørende skader, der ikke omfattes af PFL.

Fra hovedreglen gælder der kun én undtagelse, nemlig i tilfælde, hvor et ansvar kan støttes på reglerne om *produktansvar*; i disse tilfælde kan patienten således vælge mellem at påberåbe sig PFL og produktansvarsreglerne, jf. nedenfor afsnit 2.2.

Endelig har de almindelige erstatningsregler betydning ved skader, der dækkes af PFL, for så vidt angår mulighederne for at rejse *regreskrav*. Det gælder dels med hensyn til *tredjemands* adgang til at rejse regreskrav i tilfælde, hvor patientens »direkte« erstatningskrav dækkes i henhold til PFL, jf. herom afsnit 3.1., dels med hensyn til *patientforsikringsselskabets* adgang til at rejse regreskrav mod den, der måtte være ansvarlig for en skade, som selskabet har dækket i henhold til PFL, jf. herom afsnit 3.2.

2. Skadelidtes adgang til at rejse erstatningskrav

2.1. Ikke erstatning fra PFL

Patienten kan – naturligvis – rejse krav efter almindelige erstatningsregler i *alle tilfælde, hvor erstatning ikke ydes i henhold til PFL, fordi den ikke ville overstige 20.000 kr.*, jf. §5, stk. 2, 1. pkt. Dette princip giver ikke anledning til særlige (juridiske) problemer, bortset fra tilfælde, hvor usikkerhed om erstatningens størrelse gør det tvivlsomt, om beløbsgrænsen vil blive nået, jf. herom ovenfor kap. 7, afsnit 2.1. Som dér anført bør skaden anmeldes til patientforsikringsforeningen i alle tilfælde, hvor der er *mulighed* for, at erstatning og godtgørelse vil komme til at udgøre mere end 20.000 kr. Som nævnt ovenfor kap. 7, afsnit 5, garderer man sig formentlig herved også for risikoen for forældelse af kravet efter almindelige forældelsesregler, selv om kravet efterfølgende afvises af patientforsikringsforeningen, fordi det ikke overstiger 20.000 kr., forudsat at man herefter uden ugrundet ophold forfølger kravet – eventuelt ved sagsanlæg – efter almindelige erstatningsretlige regler. Vil man være helt sikker på

2. Jf. tilsvarende om den midlertidige norske ordning, *Kirsti Strøm Bull* i Lov og Rett 1989 s. 244.

3. Jf. *Rapport* s. 207.

Kap. 8-2.1.

at undgå forældelse, er der ikke noget til hinder for, at der i disse tilfælde tillige anlægges retssag, som udsættes, indtil patientforsikringsforeningens afgørelse foreligger.

Hvis et erstatningskrav er forældet i henhold til PFL § 19, *stk. 1*, vil et krav efter almindelige erstatningsregler i praksis også være forældet efter reglerne i forældelsesloven, jf. ovenfor kap. 7, afsnit 5. Er kravet derimod forældet efter reglen i PFL § 19, *stk. 2*, behøver et krav efter almindelige erstatningsregler derimod ikke at være forældet, og patienten kan i så fald forfølge dette krav. Det skyldes, at den »absolutte« forældelsesfrist for krav efter almindelige erstatningsregler ikke er 10 år, men 20 år i henhold til Danske Lov (DL) 5-14-4. Denne frist gælder ved siden af den 5-årige forældelsesfrist, jf. forældelseslovens § 4. Hvis således en patient i op til 15 år har befundet sig i »utilregnelig uvidenhed« om sit krav (f.eks. fordi skaden først begynder at vise sig da), har patienten herefter fortsat 5 år til at gøre sit krav gældende. Dertil kommer yderligere, at selv den 20-årige frist ikke – eller i hvert fald ikke generelt – skal forstås som en absolut frist, regnet fra det tidspunkt, hvor skaden blev *forårsaget*.

Det står fast, at den 20-årige frist skal regnes fra det tidspunkt, hvor det pågældende krav blev *stiftet*. Det står imidlertid ikke fast, hvornår et erstatningskrav skal anses for at være stiftet. I den erstatningsretlige teori har den almindelige opfattelse været, at erstatningskrav stiftes (opstår) i det øjeblik, skaden er *forårsaget*, dvs. når den skadevoldende adfærd er udvist.⁴ Følger man den opfattelse, ville konsekvensen være, at erstatningskravet i f.eks. thorotrast-sagen (UfR 1985.460 Ø) var forældet, da skaden var forårsaget mere end 20 år, før kravet blev rejst.⁵ I tilfælde, hvor det – som i denne sag – varer lang tid, før de skadelige virkninger begynder at vise sig, kan det forekomme urimeligt, at et erstatningskrav skulle kunne blive ramt af forældelse på et tidspunkt, hvor den pågældende ikke endnu har haft nogen anledning til at overveje rejsning af erstatningskrav. Dette synspunkt førte i UfR 1989.1108 H (om erhvervssygdommen asbestose) højesteret til at antage, at – også – den 20-årige frist kan suspenderes i sådanne tilfælde, således at fristen først begynder at løbe fra det tidspunkt, hvor de skadelige følger har vist sig på en sådan måde, at skadelidte har mulighed for at gøre et erstatningskrav gældende. Men er det tilfældet, begynder jo også den 5-årige frist efter forældelsesloven at løbe, da skadelidte ikke herefter befinder sig i »utilregnelig uvidenhed« om sit krav. Reelt mister 20-års fristen da sin betydning, hvilket harmonerer mindre godt med forældelseslovens § 4. Senest har højesteret i UfR 1992.575 H (om en forurening, der forårsagedes i 1950'erne) modificeret antagelsen om, at den 20-årige frist kan suspenderes, således at det kun gælder, hvor

4. Jf. f.eks. *J. Nørgaard og H. H. Vagner: Lærebog i erstatningsret* s. 302.

5. Som nævnt ovenfor kap. 7, afsnit 5, blev forældelse ikke påberåbt i sagen (som patienten i øvrigt tabte af andre grunde).

»afgørende« hensyn taler herfor – som f.eks. ved alvorlige personskader, der udvikler sig over en årrække, jf. herved *Peter Blok* i UfR 1992 B s. 412 ff.

Spørgsmålet er imidlertid, om det overhovedet er nødvendigt at indlægge en suspensionsregel i DL 5-14-4 for at nå til dette resultat, der selvsagt har rimeligheden for sig, men som er vanskeligt foreneligt med forældelsesloven og dens forudsætninger. En mere direkte vej til at nå resultatet ville være at antage, at erstatningskrav først stiftes ved skadens indtræden, således at 20-års fristen løber fra dette tidspunkt.⁶ En sådan antagelse vil ikke på samme måde som en suspensionsregel reelt tømme DL 5-14-4 for indhold ved siden af forældelseslovens 5-års frist, da der *kan* forekomme tilfælde, hvor skaden vel er indtrådt, men hvor skadelidte ikke har fået et sådant kundskab om, at den kunne begrunde et erstatningskrav, at skadelidte fra dette tidspunkt har været i stand til at gøre sit krav gældende. En antagelse om, at (også) 20-års fristen først skulle regnes fra dette tidspunkt, ville ikke harmonere med reglen i § 16 i ikrafttrædelsesloven til straffeloven (lbkg. nr. 608 af 6/9 1986), der – for så vidt angår tilfælde, hvor skaden er forvoldt ved en strafbar handling – fastsætter dette begyndelsestidspunkt for 20-års fristen som en fravigelse fra den almindelige regel i DL 5-14-4.

Uanset hvordan reglen nærmere udformes, står det fast, at erstatningskrav ved (alvorlig) personskade, der har en lang »latenstid«, ikke rammes af forældelse efter DL 5-14-4, blot fordi der er gået 20 år fra det tidspunkt, hvor skaden er forårsaget. Dette princip må antages at gælde ikke blot ved erhvervs sygdomme, der udvikler sig over en årrække, men også i andre tilsvarende situationer, herunder i tilfælde, hvor en skade ved lægelig undersøgelse eller behandling først manifesterer sig på et langt senere tidspunkt. Reelt synes patienten i disse tilfælde alene at skulle overholde 5-års fristen i forældelsesloven, regnet fra det tidspunkt, hvor patienten ikke længere befinder sig i »utilregnelig uvidenhed« om sit krav.

2.2. Produktansvar

Som omtalt i kap. 1, afsnit 5, er det antaget, at det EF-direktiv om produktansvar, der ligger til grund for PAL, indebærer, at en skadelidt forbruger *skal* have mulighed for at gøre et produktansvar gældende i overensstemmelse med disse regler. Dette er baggrunden for, at der ved ændringen af PFL (ved lov nr. 239 af 8/4 1992) blev indføjet bestemmelsen i § 8 a, hvorefter bl.a. reglen i § 7 ikke gælder i det omfang, »der er erstatningsansvar efter reglerne i lov om produktansvar.«⁷

6. Jf. *B. Gomard*: Obligationsret, 2. del, 1991, s. 147.

7. I *mot. sp.* 3301-02 og i bemærkningerne til ændringsloven (lovforslag nr. L 73, FT 1991-92, s. 2) anførtes det, at § 8 a er nødvendiggjort af den danske gennemførelse af EF-direktivet ved vedtagelsen af PAL. Dette er ikke korrekt; hvis der er nogen binding i så henseende, ligger den i selve direktivet.

Kap. 8-2.2.

Indholdet af reglerne om produktansvar er gennemgået ovenfor kap. 5, afsnit 4, ved omtalen af ansvaret for lægemiddelskader, og de skal derfor ikke gentages her. Som det fremgik, omfatter disse regler to regelsæt, nemlig dels ansvaret efter PAL, dels de regler, der i forvejen var udviklet i retspraksis, og som opretholdes ved siden af loven, jf. PAL § 13. Begge regelsæt er omfattet af reglen i PFL § 8 a.⁸ Reglen indebærer således, at patienten kan *vælge* at påberåbe sig disse regler og derved rette erstatningskravet mod producent og/eller eventuelle mellemhandlere, selv om skaden ville være omfattet af PFL.

Reglen kan navnlig få betydning ved skader, der omfattes af PFL § 2, stk. 1, nr. 2, jf. herom ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.1., f.eks. hvis skaden er forårsaget af et defekt narkoseapparat, uden at ansvarsfrihedsgrundene i PAL (herunder reglen om udviklingsskader) kan påberåbes. Som nævnt i kap. 3, afsnit 3.2.2.2., vil den praktiske hovedregel formentlig være, at produktansvaret *kan* påberåbes ved skader, der omfattes af § 2, stk. 1, nr. 2, selv om ansvaret efter denne regel er videregående. Alligevel må det forventes, at de færreste patienter overhovedet vil overveje at påberåbe sig produktansvarsreglerne, da det vil være betydeligt nemmere at anmelde skaden til patientforsikringsforeningen og få erstatningen herfra, således at det bliver dens opgave at tage stilling til, om produktansvarsreglerne kan påberåbes i form af et regreskrav, jf. nedenfor afsnit 3.2.

Patientens mulighed for at påberåbe sig produktansvarsreglerne kan dog også få betydning ved nogle af de ulykkestilfælde, som omfattes af PFL i henhold til § 3, stk. 2, jf. herom ovenfor kap. 3, afsnit 3.2.2.3., f.eks. i tilfælde, hvor patienten er kommet til skade i en elevator el. lign. på sygehuset, og årsagen til skaden er en defekt herved. Overlapning mellem de to erstatningssystemer forudsætter imidlertid, at sygehuset er ansvarligt efter almindelige erstatningsretlige regler, f.eks. ved mangelfuldt tilsyn med elevatoren. Sygehuse-sets ansvar kan muligvis også støttes på produktansvarsreglerne (uden for PAL), hvis det antages, at det som bruger af den pågældende ting hæfter på samme måde som mellemhandlere; i så fald er også dette ansvar omfattet af § 3, stk. 2.

3. Regreskrav

3.1. Tredjemands regreskrav

De regreskrav *fra* en tredjemand, som PFL ikke dækker, jf. § 5, stk. 4, og herom ovenfor kap. 7, afsnit 3, kan vedkommende tredjemand fremsætte efter almindelige erstatningsretlige regler. Dette har formentlig ingen som

8. Jf. bemærkningerne til ændringsloven (lovforslag nr. L 73, FT 1991-92) s. 4.

helst praktisk betydning. Det er urealistisk at forestille sig, at f.eks. nogen arbejdsgiver skulle ulejlige sig med et selvstændigt søgsmål mod sygehus m.v., baseret på culpareglen, for tabet ved at have udbetalt sygedagpenge eller sygeløn til patienten.

3.2. Regreskrav fra patientforsikreren

Reglen i PFL §8 regulerer spørgsmålet, om det forsikringselskab eller den selvforsikrende myndighed, som har betalt erstatning til patienten eller dennes efterladte i henhold til PFL, kan kræve beløbet tilbage (»gøre regres«) af den person, som forvoldte skaden på en sådan måde, at vedkommende ellers – dvs. hvis PFL ikke fandtes – ville være ansvarlig herfor efter almindelige erstatningsretlige regler. Situationen vil praktisk især foreligge i tilfælde, hvor en (sygehus)læge har udvist culpa ved undersøgelse eller behandling af patienten.

Reglen fastslår, at sådanne regreskrav kun kan rejses, når skaden er forvoldt *forsætligt*, dersom den ansvarlige person »er omfattet af § 1, stk. 1, eller i øvrigt er ansat på et sygehus«. Reglen skal ses på baggrund af karakteren af PFL's ansvarsordning, nemlig et »udvidet virksomhedsansvar« for de driftsansvarlige sygehusejere m.v. og ikke et personligt ansvar for de ansatte.

Udformningen af § 8 er ikke blevet afpasset indsnævringen af PFL's dækningsområde til sygehusektoren, og henvisningen til personer, der omfattes af § 1, stk. 1, uden at være ansatte på et sygehus, er derfor blevet meningsløs. Det har dog ingen betydning for fortolkningen. Reglen må omfatte alle de personer, som den driftsansvarlige ville hæfte for efter almindelige regler om arbejdsgiveres hæftelse for de ansattes skadegørende handlinger (Danske Lov 3-19-2). Det samme må gælde for ansatte på andre institutioner end sygehuse, som foretager biomedicinske forsøg m.v., jf. § 9, nr. 2. Som også tilsigtes ved udformningen af reglen er det uden betydning, om den ansatte er en autoriseret medicinalperson (f.eks. en læge eller en sygeplejerske), eller om det drejer sig om andre ansatte (f.eks. en sygehjælper).

Efter almindelige erstatningsregler ville en ansat kunne gøres personligt ansvarlig for skader, der dækkes af arbejdsgiverens (ansvars)forsikring eller af en selvforsikrende offentlig myndighed, dersom skaden er forvoldt *forsætligt* eller ved *grov uagtsomhed*, jf. EAL § 19, stk. 3. Reglen i PFL § 8 indebærer to ændringer i forhold hertil: For det første kan patienten *aldrig* rejse erstatningskrav mod den ansatte personligt (heller ikke ved forsætligt forvoldte skader), og for det andet er *regresretten (yderligere) begrænset* til forsætligt forvoldte skader; der kan således ikke rejses regreskrav, selv om f.eks. en læge har forvoldt skaden ved grov uagtsomhed.

Kap. 8-3.2.

Der er flere grunde hertil (udover det overordnede sigte med PFL). Ved grovere forsømmelser kan læger (m.v.) straffes, jf. lægelovens § 18.⁹ Den regresret, som sygehuse m.v. har i henhold til EAL § 19, stk. 3, udøves ikke i praksis. Desuden fremhævedes det i *mot.*, »at det er afgørende for patientforsikringsordningens funktion, at den behandlende læge m. fl. ikke hindres aktivt i at medvirke til vejledning og oplysning om den skadevoldende handling.« Patientforsikringsforeningen bør derfor ikke beskæftige sig med culpavurderinger.

Da der kun er regresret ved skader, der er forvoldt »med vilje«, bliver den kun aktuell i ekstreme tilfælde (f.eks. hvor sygehuspersonale benytter behandlingssituationen til at slå patienten ihjel¹⁰). Hvis den forsætlige skadeforvoldelse ikke har nogen forbindelse med de arbejdsfunktioner, som den pågældende har til opgave at varetage, står skaden ikke i forbindelse med undersøgelse, behandling m.v. og falder dermed helt uden for PFL, jf. ovenfor kap. 3, afsnit 2.1. Patienten har da naturligvis et direkte erstatningskrav mod vedkommende person; sygehuset hæfter ikke herfor. Efter almindelige regler om arbejdsgiveres hæftelse (DL 3-19-2) ville et sygehus heller ikke kunne gøres ansvarlig i tilfælde, hvor den ansattes adfærd udgør et helt »abnormt skridt« i forhold til de arbejdsopgaver, han skulle varetage. Denne begrænsning kan *ikke* indlægges i PFL's dækning; i så fald ville det nævnte tilfælde ikke være dækket, og regresretten ville (helt) miste sin mening.

Hvis den erstatningsansvarlige skadevolder *ikke* tilhører kredsen af *sygehusansatte*, gælder der *ingen særlig begrænsning i regresretten*. Hvis f.eks. en skade, som er blevet erstattet i henhold til PFL, er forvoldt af et defekt sygehusapparat, kan der følgelig rejses regreskrav mod den ansvarlige producent og/eller mellemhandlere.

Dette følger allerede af en modsætningslutning fra § 8.¹¹ Det er derfor ikke befordrende for klarheden, at det i § 8 a fastslås, at reglen i § 8 ikke gælder i tilfælde, hvor der er erstatningsansvar efter reglerne i lov om produktansvar. Meningen hermed var at fastslå, at den begrænsning i regresretten, som følger af § 8, ikke skal gælde i det omfang, der er erstatningsansvar efter PAL¹² – men som nævnt indebærer § 8 *ingen* begrænsning af regresretten i disse tilfælde.

Hvis der er ansvar efter produktansvarsreglerne, har patientforsikringselskabet eller den selvforsikrende myndighed fuld regres mod den ansvarlige,

9. Jf. herved *Rapport* s. 209 f.

10. Sådanne tilfælde forekommer, jf. NOU 1992:6 s. 97 (om et tilfælde, hvor en sygehjemsbestyrer tog livet af et betydeligt antal ældre patienter); det virker noget naivt og virkelighedsfjernt, når det her antages, at regresretten kan have en vis præventiv effekt.

11. Jf. *mot.* sp. 3301; se også *Rapport* s. 210.

12. Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 73, FT 1991-92, s. 4.

uanset hvilken grad af skyld denne måtte have udvist. Regresretten har næppe praktisk betydning i andre tilfælde; skulle det forekomme, at en ikke-sygehusansat tredjemand – uden for produktansvarstilfældene – kan gøres ansvarlig for en skade, som dækkes af PFL, må udgangspunktet formentlig også da være fuld regres mod vedkommende.

Reglerne i EAL § 25 kan som udgangspunkt ikke anvendes, da de forudsætter et solidarisk ansvar mellem flere erstatningsansvarlige, hvilket udelukkes af kanaliseringsreglen i PFL § 7. Dette kan dog næppe fastholdes, hvis vedkommende sygehus(læge) ville kunne gøres ansvarlig efter almindelige erstatningsretlige regler, dersom PFL § 7 ikke hindrede dette (lægen begår f.eks. en fejl ved udfyldning af en recept, men et apotek begår også en fejl ved ikke at kontrollere den). I sådanne tilfælde må ansvaret formentlig skulle fordeles i overensstemmelse med EAL § 25, således at regresretten mod apoteket begrænses i overensstemmelse med denne fordeling.

III. Afsnit:

Forsikringsordningen og dens administration

Kapitel 9: Forsikringsordningen

1. Indledning

Erstatningsbetalinger i henhold til PFL finansieres af *arbejdsgiverne* for de af loven omfattede sygehuse m.v., dvs. de *driftsansvarlige sygehusejere*, som efter § 9 har erstatningspligten efter loven.¹ Som – teoretisk – hovedregel *skal* denne erstatningspligt imidlertid være dækket af en forsikring i et forsikringsselskab, jf. § 10, stk. 1, således at finansieringen reelt sker ved de forsikringspræmier, som den driftsansvarlige betaler til vedkommende forsikringsselskab. Som PFL's dækningsområde er afgrænset, er den praktiske hovedregel derimod, at de driftsansvarlige *ikke har pligt* til at tegne forsikring for deres erstatningspligt efter loven, da offentlige myndigheder (staten og kommunerne) er undtaget fra forsikringspligten, jf. § 11, stk. 1. De kan med andre ord vælge at være selvforsikrende, således at de selv opfylder deres erstatningspligt (dvs. udbetaler erstatninger af egen kasse). Offentlige myndigheder kan imidlertid også vælge at dække erstatningspligten ved tegning af forsikring, men en sådan forsikring er *ikke* undergivet den nærmere regulering af forsikringspligten i henhold til PFL. Indtil videre har denne regulering kun betydning for de (få) private sygehuse m.v., som omfattes af PFL.

Baggrunden for valget af denne finansieringsmodel har først og fremmest været et ønske om at give de driftsansvarlige mulighed for at afdække erstatningspligten efter PFL på samme måde – og i samme forsikringsselskab – som deres ansvar i øvrigt, således at man kan udnytte de pågældende selskabers ekspertise vedrørende præmiefastsættelse, behandling af skadesanmeldelser m.v. Finansieringen blev derfor kædet sammen med spørgsmålet om *administrationen* af PFL, der blev henlagt til en forening af de forsikringsselskaber, som tegner forsikringer i henhold til loven, jf. nærmere i kap. 10. Både finansiering og administration er således decentraliseret til private forsikringsselskaber – i bevidst modsætning til en skattefinansieret model, der administreredes af en offentlig myndighed.

1. Jf. *Rapport* s. 144 f.

Kap. 9-1.

Det må dog ikke overses, at erstatningsordningen – for så vidt angår offentlige sygehuse – naturligvis til syvende og sidst finansieres gennem almindelige skatter, der tilmed ikke hidrører fra de (amts)kommuner, som ejer sygehuse. Kommuner og amtskommuner kompenseres nemlig over de generelle bloktilskud for merudgifter, som de pålægges ved en lovgivning som f.eks. PFL, jf. lbkg. nr. 445 af 4/6 1992 om kommunal udligning og generelle tilskud til kommuner og amtskommuner § 10, stk. 3, nr. 3, hvorefter der i statstilskuddet indgår mer- eller mindreudgifter som følge af ændringer af den bindende statslige regulering af kommunernes og amtskommunernes virksomhed (det såkaldte »udvidede totalbalanceprincip«).² Så langt denne kompensation rækker, finansieres erstatninger i henhold til PFL altså reelt af de almindelige skatter til staten.

Fordelen ved den »private« model er endvidere, at den indebærer et minimum af offentlig regulering. Navnlig blander det offentlige sig ikke i spørgsmålet om præmiefastsættelsen. Det blev overvejet³ at indføre en særlig bestemmelse om regulering af forsikringssekskabernes avance, svarende til hvad der gælder ved arbejdsskadeforsikringer,⁴ men dette blev afvist, bl.a. fordi hovedparten af forsikringerne efter loven forventedes tegnet i kommunernes eget forsikringssekskab (KgF). Ved begrænsningen af lovens dækningsområde til sygehusektoren blev denne forventning mere end indfriet, idet mindre end 1% af de indtil nu tegnede patientforsikringer er tegnet i andre forsikringssekskaber. Noget andet er, om den offentlige indflydelse på administrationen af PFL kan anses for tilstrækkelig; dette spørgsmål omtales nedenfor i kap. 10, afsnit 1.

Den offentlige regulering af forsikringsordningen begrænser sig stort set til to hovedspørgsmål: Det ene er selve *forsikringspligten og dens gennemførelse*, herunder udstrækningen af forsikringsdækningen, jf. afsnit 2; det andet er fastsættelsen af forsikringens *dækningssummer*, herunder etablering af pool-ordninger vedrørende tilfælde, hvor erstatningspligten af forskellige årsager ikke dækkes af en (lovpligtig) forsikring, jf. afsnit 3. De nærmere regler herom findes i bkg. nr. 315 af 4/5 1992 (jf. *bilag 4*) om forsikringspligtens gennemførelse. Reglerne vil kun blive omtalt i korte træk; de er overvejende af forsikringsteknisk karakter og frembyder ikke særlige fortolkningsproblemer. Dertil kommer som nævnt, at reglerne (endnu) kun har meget begrænset betydning, idet forsikringspligten – og dermed de nærmere regler herom – kun gælder for et fåtal af de driftsansvarlige, der omfattes af PFL.

2. Jf. *mot.* sp. 3281-82.

3. Jf. *ibid.* sp. 3277-78.

4. Tidligere: arbejdsskadeforsikringslovens §47, nu: lov om forsikringsvirksomhed (lbkg. nr. 511 af 16/6 1992) §210 g. Tilsvarende bestemmelser findes i den finske patientskadelag 6 §.

2. Erstatningsansvar og forsikringspligt

2.1. Private driftsansvarlige

2.1.1. Sygehuse

Efter PFL §9, nr. 1, påhviler erstatningspligten enhver driftsansvarlig for offentlige sygehuse og sygehuse, det offentlige har driftsoverenskomst med. For de *private* sygehuse – og kun for dem – skal erstatningspligten være dækket af en forsikring, jf. §10, stk. 1. Der er således forsikringspligt for de driftsansvarlige for de private sygehuse m.v., som omfattes af PFL, jf. herom ovenfor kap. 2, afsnit 2.2. Afgrænsningen af de forsikringspligtige er selvsagt den samme som afgrænsningen af dækningsområdet i §1, stk. 1; omfattet er således ikke kun de sygehuse, hvormed en egentlig driftsoverenskomst er indgået, men også sygehuse, der faktisk benyttes af det offentlige i den udstrækning, der er anført i bkg. nr. 216 af 27/3 1992 §4, stk. 1, nr. 4 (mindst 50%).

Ledelsen af de pågældende private sygehuse har således pligt til at sørge for, at der er tegnet forsikring til dækning af erstatningspligten. Pligten er sanktioneret med bødestraf, jf. §20.

2.1.2. Privat forsøgs- og donorvirksomhed

Efter PFL §9, nr. 2, påhviler erstatningspligten dernæst driftsansvarlige dels for institutioner, som foretager biomedicinske forsøg på sunde forsøgspersoner, dels for institutioner, som forestår donorvirksomhed. Reglen har kun selvstændig betydning, hvis den pågældende forsøgs- eller donorvirksomhed foregår *uden for sygehuse*, idet erstatningspligten ellers følger af reglen i nr. 1 – med tilhørende forsikringspligt, hvis det drejer sig om et privat sygehus, der omfattes af PFL.

Som omtalt i kap. 2, afsnit 3.2. (og 4), har sundhedsministeriet fortolket reglerne om dækningen af sunde forsøgspersoner og donorer sådan, at de kun omfattes af PFL, hvis forsøget eller donorvirksomheden er foregået

- (1) på et sygehus, der omfattes af PFL, eller
- (2) på et universitet eller anden højere læreanstalt, eller
- (3) andre steder, forudsat at det sker under »direkte ansvar« for et sygehus
(1) eller et universitet (2).

I de tilfælde, der omfattes af (3), følger det umiddelbart af kravet om »direkte ansvar«, at erstatnings- og eventuel forsikringspligt påhviler sygehuset eller universitetet, jf. bkg. nr. 216 af 27/3 1992 §6, stk. 3. Der *kan* herefter *ikke* opstå nogen erstatnings- eller forsikringspligt for f.eks. den

Kap. 9-2.1.2.

privatpraktiserende læge eller det private sygehus (som ikke i øvrigt omfattes af PFL), der deltager i forsøg, idet pligten alene påhviler det sygehus eller universitet, som har det »direkte« ansvar for forsøget; og har de ikke det, falder forsøget helt uden for PFL.

I de tilfælde, der omfattes af (1), følger erstatnings- og eventuelt forsikringspligten som nævnt allerede i §9, nr. 1.

Betydningen af §9, nr. 2, skulle således alene være, at der fastslås en erstatningspligt for *universiteter* m.v., som selv udfører biomedicinske forsøg (eller donorvirksomhed), eller lader dem udføre i privat regi under universitetets direkte ansvar. Nogen forsikringspligt gælder ikke for universiteter, jf. PFL §11, stk. 1.

Som omtalt i kap. 2, afsnit 3.2., er denne fortolkning diskutabel, om end det kan hævdes, at folketinget efterfølgende har accepteret den. Den har den praktiske fordel, at der ikke opstår spørgsmål om særskilt tegning af patientforsikring for forsøg i privat praksis eller i andre private virksomheder. Hvis ministeriets fortolkning underkendes, får det imidlertid den betydning, at de pågældende private driftsansvarlige personligt hæfter for erstatningerne i henhold til PFL.

2.1.3. Forsikringsvilkår

De forsikringer, der tegnes i henhold til PFL, er – hvad enten de er obligatoriske eller frivillige – underkastet almindelige forsikringsretlige regler, der dels omfatter den privatretlige regulering af forsikringsaftalen (lbkg. nr. 726 af 24/10 1986 om forsikringsaftaler), dels den offentligretlige tilsynslovgivning (lbkg. nr. 511 af 16/6 1992 om forsikringsvirksomhed).

Efter den oprindeligt vedtagne udformning af PFL §10 skulle forsikring tegnes i et forsikringsselskab, der er godkendt af sundhedsministeren. Dette blev ændret ved lov nr. 239 af 8/4 1992, hvorefter forsikringsselskaber, der har tegnet forsikringer efter loven, blot skal *underrette* sundhedsministeren herom. Baggrunden for denne ændring var, at udøvelsen af denne form for forsikringsvirksomhed ikke kan gøres betinget af en administrativ tilladelse, jf. lov nr. 304 af 16/5 1990 om udveksling af forsikringstjenesteydelser, der bygger på et EF-direktiv.⁵ Mens godkendelsesreglen alene tog sigte på de lovpligtige forsikringer, gælder underretningspligten for alle forsikringer, der faktisk tegnes i henhold til loven, dvs. også i tilfælde, hvor ikke-forsikringspligtige vælger at tegne forsikring, jf. nedenfor afsnit 2.2. Underretningspligten er navnlig begrundet i hensynet til at sikre, at forsikringsselskaberne bliver medlemmer af patientforsik-

5. Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 73, FT 1991-92, s. 3.

ringsforeningen og repræsenteret i dens bestyrelse;⁶ denne repræsentation er uafhængig af, om forsikringen er lovpligtig eller frivillig.

De betingelser for en godkendelse, som sundhedsministeriet ellers havde tænkt sig at ville stille, skulle navnlig have vedrørt retningslinier for forsikringernes tidsmæssige udstrækning, således at det blev sikret, at en skade, der omfattes af PFL, altid ville være dækket af en forsikring.⁷ Da godkendelseskravet måtte opgives, indføjedes en mere udførlig bemyndigelse for sundhedsministeren i § 10, stk. 5, 1. pkt., til at fastsætte bestemmelser om forsikringspligtens gennemførelse, herunder minimumsbetingelser for forsikringsselskabernes tegning af forsikringer i henhold til PFL. Sigtet hermed er det samme som med godkendelsesreglen.⁸ Bemyndigelsen er udnyttet ved udstedelsen af bkg. nr. 315 af 4/5 1992. Det fastslås her (i § 3), at forsikringen skal omfatte alle krav efter loven – med en præcisering (i § 11) af forsikringsdækningens tidsmæssige udstrækning, hvorefter den skal dække erstatningskrav i tiden, indtil kravet er *forældet* efter lovens § 19, stk. 2.

Der sigtedes herved bl.a. til, at patienten skulle have sikkerhed for at få dækket sit erstatningskrav også i tilfælde, hvor den erstatningspligtige var afgået ved døden. Også denne bemærkning er en reminiscens af PFL's oprindeligt foreslåede dækningsområde. Som det er afgrænset nu, gælder forsikringspligten kun for enkelte private sygehuse. Bestemmelsen kan derfor navnlig få praktisk betydning i tilfælde, hvor forsikringen ophører, fordi sygehuset *nedlægges*. Forsikringens dækning skal da vedvare, indtil der er forløbet 10 år fra det tidspunkt, hvor en skade ved undersøgelse eller behandling på vedkommende sygehus *senest kan være forårsaget*. Forsikringsselskabet må derfor uanset forsikringens ophør afsætte reserver til dækning af krav, der kan blive anmeldt indtil forældelsesfristens udløb.

Bemyndigelsen tog endvidere sigte på opstilling af en pligt for de forsikringsselskaber, der overhovedet tilbyder tegning af forsikring i henhold til loven, til at acceptere forsikringsbegæringer fra *enhver* forsikringspligtig, der vil underkaste sig selskabets forsikringsbetingelser,⁹ jf. § 2 i bekendtgørelsen. Desuden indeholder bekendtgørelsens § 10 den afvigelse fra almindelige forsikringsretlige regler (jf. herved forsikringsaftalelovens § 11), at selskabets ansvar indtræder allerede på det tidspunkt, hvor forsikringsbegæringen modtages af selskabet; tilsvarende regler gælder dog også for andre lovpligtige (ansvars)forsikringer. Selskabets pligt til at dække alle erstatningskrav efter loven, indebærer – ligeledes som ved andre lovpligtige

6. Jf. *ibid.*

7. Jf. *mot. sp.* 3302.

8. Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 73, FT 1991-92, s. 4.

9. Jf. *mot. sp.* 3304.

Kap. 9-2.1.3.

(ansvars)forsikringer – at selskabet hæfter for erstatningskrav, selv om det ikke i forhold til forsikringstageren (dvs. den forsikringspligtige) måtte være forpligtet hertil, f.eks. på grund af manglende præmiebetaling, urigtige oplysninger om risikoen eller andet. Forsikringsselskabet har imidlertid i så fald regresret mod forsikringstageren.

Andre forsikringsvilkår end disse – bortset fra fastsættelsen af minimumsdækningssummer, jf. nedenfor afsnit 3 – er ikke omfattet af den offentlige regulering.

Efter PFL § 10, stk. 7, har forsikringsselskaberne *udpantningsret* for præmier, dvs. at selskabet kan foretage udlæg for ubetalte præmiebeløb uden først at skulle erhverve et sædvanligt grundlag herfor i form af en dom el. lign.

2.2. Stat og kommuner

Efter PFL § 11, stk. 1, gælder forsikringspligten ikke for staten og kommunerne. Offentlige sygehusejere m.v. kan dermed vælge at være selvforsikrende, således at de selv opfylder erstatningspligten i henhold til § 9. Reglen har betydning for:

- (1) Staten som sygehusejer (Rigshospitalet med tilhørende ambulatorier m.v.);
- (2) Staten som ejer af universiteter og andre højere læreanstalter, der gennemfører biomedicinske forsøg m.v. (jf. § 9, nr. 2);
- (3) kommuner som sygehusejere (Københavns og Frederiksberg kommuner);
- (4) amtskommuner som sygehusejere.

Staten optræder altid som selvforsikrer, og der er derfor ikke tegnet forsikring i henhold til PFL for så vidt angår gruppe (1) og (2). For så vidt angår gruppe (3) plejer disse to kommuner i almindelighed at være selvforsikrende, men de har alligevel begge valgt at tegne forsikring i henhold til loven. For så vidt angår gruppe (4) plejer amtskommunerne at tegne forsikring, og det har de også valgt at gøre i henhold til PFL – bortset fra en enkelt (Vestsjællands Amtskommune), der har valgt at være selvforsikrende.

De forsikringer, der er tegnet inden for gruppe (3) og (4), er således *frivillige* forsikringer. De ovenfor omtalte regler om forsikringspligtens gennemførelse, herunder bemyndigelsen i § 10, stk. 5, 1. pkt., til at fastsætte minimumsbetingelser, gælder derfor ikke for disse forsikringer. Parterne kan principielt aftale de forsikringsvilkår, de måtte ønske, inden for lovgivningens rammer i øvrigt. Skulle forsikringen af den ene eller anden grund ikke dække en patients erstatningskrav i henhold til PFL, har

patienten jo under alle omstændigheder efter §9 et erstatningskrav mod den driftsansvarlige (f.eks. vedkommende amtskommune) – på samme måde, som hvis forsikring ikke var tegnet. Offentlige myndigheder formodes til stadighed at være solvente.¹⁰

Ikke desto mindre indeholder bkg. nr. 315 af 4/5 1992 i §12 en bestemmelse om forsikringer, der tegnes af stat eller kommuner, hvorefter de skal dække erstatningskrav, der er forårsaget i forsikringstiden og anmeldt senest 3 måneder efter forsikringens ophør. Selv om det kan være ønskeligt, at der gælder ensartede vilkår for de forsikringer, der faktisk tegnes, må det erkendes, at denne bestemmelse savner hjemmel i PFL. I overensstemmelse med reglen er dog den forsikring, der tegnes af (amts)kommuner i KgF, udformet efter det såkaldte »claims made«-princip (forsikringen dækker erstatningskrav, som er rejst inden for den tid, forsikringen er gældende) med et »afløb« på 3 måneder for anmeldelser efter forsikringens ophør.

Også andre af de i bekendtgørelsen fastsatte regler tager efter deres formulering sigte også på frivillige forsikringer i henhold til PFL. Det gælder således reglen i §10 om forsikringens ikrafttræden og reglen i §3 om, at forsikringen skal dække alle krav i henhold til loven, bortset fra at den som følge af ovennævnte regel kan ophøre, selv om forældelsesfristen i PFL §19 ikke er udløbet. Nogen særlig betydning har dette dog næppe; reglen i §10 kan fraviges ved aftale (hvad den f.eks. er blevet i KgF's forsikring), og der synes ikke at have været noget behov for at indsnævre forsikringsdækningen i forhold til erstatningspligten (bortset fra forældelsesfristen). Men det må fastholdes, at der ikke er noget til hinder for, at en frivillig forsikring udformes med f.eks. en vis selvrisiko for den driftsansvarlige offentlige myndighed (således at den selv dækker erstatningskrav på op til et vist beløb, f.eks. mellem 20.000 kr. og 50.000 kr.). Det ville være i strid med bekendtgørelsens §3, men da den savner hjemmel i loven, kan den ikke håndhæves. Når en offentlig myndighed helt kan lade være med at tegne forsikring i henhold til loven, må den også kunne vælge en *delvis* forsikringsdækning af erstatningspligten.

2.3. Kommuners adgang til at overtage forsikringspligten for private driftsansvarlige

En formentlig afgørende grund til, at privatpraktiserende læger m.v. blev holdt uden for PFL's dækningsområde, var, at der i det oprindelige lovforslag var fastsat et bestemt minimum for forsikringens dækningssum pr. år for hver omfattet medicinalperson på 30 mio. kr., jf. om ændringen heraf nedenfor afsnit 3.1. Det blev i den forbindelse anført, at dækningssummer i denne størrelsesorden ville medføre uforholdsmæssigt store

10. Jf. *ibid.* sp. 3305.

Kap. 9-2.3.

udgifter til genforsikring.¹¹ Amtsrådsforeningen fremsatte derfor forslag om,¹² at der blev åbnet mulighed for, at amtskommunerne kunne overtage erstatningspligten for privatpraktiserende læger m.v., der driver virksomhed inden for deres område, således at man derved undgik problemet med dækningssummer samt sparede omkostningerne ved et stort antal individuelt tegnede forsikringer.

Dette forslag ligger bag reglerne i PFL § 11, stk. 2-7. Da privatpraktiserende læger m.v. alligevel blev holdt uden for loven, har reglerne imidlertid ingen praktisk betydning. De omfatter kun (amts)kommunernes mulighed for at overtage forsikringspligten for de private driftsansvarlige, som udøver virksomhed inden for (amts)kommunens område, jf. § 11, stk. 2 – dvs. indtil videre kun for de *private sygehuse*, der omfattes af PFL. Det er imidlertid ikke dem, reglerne (primært) tager sigte på, og der er da heller ingen (amts)kommune, der har overtaget deres forsikringspligt. Reglerne tager således snarere sigte på at lette den opfyldelse af forsikringspligten for privatpraktiserende medicinalpersoner, som indtræder, hvis og når der politisk træffes beslutning om udvidelse af PFL's dækningsområde.

De nærmere regler afviger dog på væsentlige punkter fra Amtsrådsforeningens forslag. Efter forslaget var det alene de private driftsansvarliges erstatningspligt, som skulle kunne overtages, og ikke forsikringspligten; det ville altså stå vedkommende (amts)kommune frit, om den overtagne erstatningspligt skulle forsikringsdækkes. Hvis imidlertid f.eks. en amtskommune mod vederlag overtog erstatningsansvaret for alle privatpraktiserende læger inden for amtskommunen uden at tegne forsikring for den hermed forbundne risiko, ville amtskommunen reelt selv drive forsikringsvirksomhed, hvilket kræver koncession m.v. Efter § 11, stk. 2, skal (amts)kommunen derfor i givet fald overtage forsikringspligten; muligheden for at vælge selvforsikring gælder altså ikke for den overtagne risiko. Heraf følger endvidere, at man ikke kommer uden om de krav om en vis mindste dækningssum, som gælder for de forsikringspligtige, jf. § 11, stk. 4. Noget andet er, at det herved er forudsat, at dækningssummen kan fastsættes til et lavere, samlet beløb end det, der ville gælde, hvis man blot gangede den almindelige dækningssum for forsikringspligtige i henhold til § 10, stk. 3, med antallet af forsikringspligtige, der var omfattet af den kollektive ordning. Dette er dog indtil videre ikke sket, idet de dækningssummer, som er fastsat i bkg. nr. 315 af 4/5 1992, jf. nedenfor afsnit 3.1., også gælder ved en eventuel kollektiv forsikringsdækning. Det skyldes imidlertid alene, at reglerne som nævnt indtil videre kun kan anvendes på *private sygehuse*.

Sigtet med Amtsrådsforeningens forslag var dernæst, at alle patientforsikringer skulle (kunne) samles i KgF. Også dette ville komme i strid med konkur-

11. Det blev således hævdet, at den samlede præmie til patientforsikring for f.eks. en læge ville kunne blive på omkring 10.000 kr.
12. Ved skrivelse af 22/3 1988 til Folketingets Sundhedsudvalg (ad lovforslag nr. L 151, FT 1987-88, 1. samling).

renceregler på området, idet KgF ville få monopol på forsikringerne med (amts)kommunerne som agenter for sig. Den rolle, som (amts)kommunerne kan indtage efter § 11, stk. 2, er derfor alene en rolle som formidler af forsikringer til KgF eller til andre selskaber, der måtte være interesseret i at tegne forsikringer på kollektivt grundlag.

Hvis en (amts)kommune overtager forsikringspligten for private driftsansvarlige, kan den efter § 11, stk. 3, kræve omkostningerne herved dækket af disse; efter § 11, stk. 7, er der udpantningsret for disse omkostninger. Der kan ikke kræves kompensation over bloktilskuddene for en eventuel merudgift i forbindelse med formidlerrollen, da den ikke er lovbundet, jf. ovenfor afsnit 1. Pool-ordningerne vedrørende uforsikrede erstatningsansvarlige samt skadestilfælde, der overstiger forsikringens dækningssum, undgås ved en kollektiv dækning, jf. § 11, stk. 6, og nedenfor afsnit 3.2.4.

Reglerne i § 11 giver ikke mulighed for, at andre end (amts)kommuner overtager forsikringspligten, f.eks. faglige sammenslutninger for medicinalpersoner, der – hvis dækningsområdet udvides – kunne tænkes at være interesseret i at tegne kollektiv forsikring for medlemmerne (jf. herved den i kap. 5, afsnit 5, omtalte forsikringsordning for privatpraktiserende tandlæger). Reglerne er derfor betydeligt mindre fleksible end den foreslåede norske ordning, hvorefter forsikring for patientskader i privat praksis kan tegnes i et forsikringsselskab eller en forsikringspool af solidarisk ansvarlige forsikringsselskaber; formålet hermed er at give medicinalpersoner, deres interesseorganisationer og forsikringsselskaberne størst mulig frihed ved organisering af ordningen.¹³

3. Dækningssummer og pool-ordninger

3.1. Dækningssummer

Erstatningsansvaret for de driftsansvarlige efter PFL § 9 er ubegrænset. Uanset hvor mange skader der forvoldes på det pågældende sygehus m.v., hæfter de driftsansvarlige således fuldt ud for alle erstatninger til patienterne eller deres efterladte. Den årlige erstatningspligt f.eks. for skader på et bestemt sygehus bestemmes alene af reglerne om erstatningsudmåling, jf. ovenfor kap. 6, og antallet af skader, der omfattes af PFL. Det må dog tilføjes, at udmålingsreglerne i sig selv sætter en grænse for, hvor stor erstatningen kan blive. Selv i værste tilfælde af personskader, hvor erhvervsevnetabet er 100% og méngraden er 120%, udgør den samlede erstatning og godtgørelse herfor maksimalt 3.256.000 kr.; lægges hertil mindre beløb for tabt arbejdsfortjeneste, svie og smerte m.v., kommer

13. Jf. NOU 1992:6 s. 98.

Kap. 9-3.1.

man i praksis ikke over 3,5 mio. kr. Hvis skadelidtes indtægt lå på et gennemsnitsniveau, vil erstatningen kun være ca. halvt så stor.

Da en vis begrænsning af erstatningspligten således følger af selve udmålingsreglerne, fandtes der ikke oprindeligt noget behov for en begrænsning af dækningen for de forsikringer, som de forsikringspligtige skal tegne. Fra forsikringside blev det imidlertid indvendt, at en beløbsmæssig begrænsning af forsikringspligten alligevel var nødvendig, da det ellers ville blive umuligt – eller i hvert fald meget bekosteligt – for forsikringselskaberne at opnå genforsikring. Der ville derfor tillige kunne opstå en vis konkurrenceforvridning, da mindre forsikringselskaber ikke ville inddrage sig på at tegne forsikringer efter loven, hvis de selv skulle bære hele risikoen.

Da lovforslaget blev genfremsat,¹⁴ var der derfor indsat den begrænsning, at forsikringen inden for ét år skulle dække erstatningspligten med et beløb på mindst 30 mio. kr.; hvis forsikringen omfattede flere medicinalpersoner, skulle dækningssummen for hver udgøre mindst dette beløb. Også dette beløb fandt man fra forsikringside urealistisk højt, hvortil kom, at der burde være mulighed for at differentiere dækningssummen efter omfanget af risikoen for skadetilføjelser.¹⁵ Man fandt derfor, at præmierne til genforsikring fremdeles ville fordyre ordningen i væsentlig grad.

Kritikken førte til, at den beløbsmæssige fastsættelse af dækningssummen blev taget ud af loven og erstattet af bemyndigelsen i § 10, stk. 3, hvorefter sundhedsministeren fastsætter de årlige dækningssummer for de lovpligtige forsikringer. Formålet hermed var netop at give mulighed for, at dækningssummen kan fastsættes mere individuelt ud fra en vurdering af risikoen.¹⁶ Ved fastsættelsen af dækningssummerne skal der imidlertid – også – tages hensyn til de forhold, som var baggrunden for den tidligere foreslåede, lovbestemte minimumsdækning.¹⁷ På den ene side skal dækningssummen sættes så højt, at alle erstatningskrav i praksis kan blive honoreret inden for beløbsgrænsen, og på den anden side skal den sættes så lavt, at udgifterne til genforsikring bliver så små som muligt.

Heller ikke disse regler har imidlertid (endnu) større praktisk betydning. De gælder som nævnt kun for de *lovpligtige* forsikringer, dvs. forsikringer, der tegnes for de af PFL omfattede private sygehuse m.v., og ikke for de frivillige forsikringer, som tegnes af de fleste (amts)kommuner, jf. bkg. nr. 315 af 4/5 1992 § 9. Der har derfor heller ikke endnu været noget behov

14. Jf. lovforslag nr. L 151, FT 1987-88, 1. samling.

15. Jf. Forsikring 1990 s. 166.

16. Jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg B, sp. 800.

17. Jf. *mot.* sp. 3303.

for at differentiere dækningssummen.¹⁸ De fastsatte dækningssummer er minimumsbeløb for forsikringsselskabets hæftelse for vedkommende driftsansvarliges erstatningspligt for skader indtruffet i et år. Beløbet er i bkg. nr. 315 af 4/5 1992 § 8 fastsat til:

- (1) Hvis den forsikringspligtige beskæftiger højst 4 læger, omregnet til fuldtidsstillinger, skal dækningssummen være mindst 20 mio. kr.
- (2) For de efterfølgende 10 læger, ligeledes omregnet til fuldtidsstillinger, tillægges 2 mio. kr. pr. læge.
- (3) For yderligere læger, ligeledes omregnet til fuldtidsstillinger, tillægges $\frac{1}{2}$ mio. kr. pr. læge.

Hvis der f.eks. er ansat 10 læger på fuld tid, skal dækningssummen være mindst 20 mio. kr. + 6×2 mio. kr. = 32 mio. kr. Er der ansat 20 læger, skal den være mindst: 20 mio. kr. + 10×2 mio. kr. + $6 \times \frac{1}{2}$ mio. kr. = 43 mio. kr.

Efter bekendtgørelsens § 8, stk. 3, skal de forsikringspligtige hvert år pr. 1/10 til deres forsikringsselskab indberette antallet af beskæftigede læger, omregnet til fuldtidsansatte, med henblik på regulering pr. 1/1 i det efterfølgende år. Antallet af beskæftigede ikke-læger er uden betydning.

Dækningssummerne reguleres årligt efter reglerne i EAL § 15, jf. PFL § 10, stk. 4 (og § 11, stk. 5).

Kun i helt ekstreme tilfælde kan det tænkes, at disse dækningssummer ikke er tilstrækkelige til at dække den driftsansvarliges erstatningspligt efter loven. Skulle situationen indtræffe, hæfter den driftsansvarlige personligt for den del af erstatningen, som forsikringen ikke dækker.¹⁹ Denne hæftelse følger direkte af den erstatningspligt, som PFL § 9 pålægger de driftsansvarlige. Den er således *ikke* betinget af, at den driftsansvarlige ville være ansvarlig efter almindelige erstatningsretlige regler (culpereglen og DL 3-19-2). Den overskydende del af erstatningspligten kan imidlertid blive dækket af den pool-ordning, som er etableret i henhold til § 10, stk. 5, nr. 2, jf. herom nedenfor afsnit 3.2.2.

3.2. Pool-ordninger

3.2.1. Uforsikret erstatningsansvarlig

Hvis en (privat) driftsansvarlig ikke har opfyldt sin pligt til at tegne forsikring efter loven, jf. § 10, stk. 1, ydes erstatningen i stedet af en pool, der omfatter de forsikringsselskaber, der har tegnet forsikringer efter

18. Hvis PFL udvides til privatpraktiserende medicinalpersoner, kan man derimod forestille sig en væsentligt højere dækningssum for f.eks. en speciallæge i kirurgi end for f.eks. en fodterapeut.

19. Jf. *mot.* sp. 3303.

Kap. 9-3.2.1.

loven, jf. § 10, stk. 5, nr. 1. Forsikringsselskaberne deltager kun i denne pool for så vidt angår de *lovpligtige* forsikringer, de tegner. Pool-ordningen består i en *hæftelse* for de pågældende erstatningsbeløb, baseret på selskabernes årlige præmieindtægt fra forsikringspligtige, jf. bkg. nr. 315 af 4/5 1992 § 4, stk. 2. Hvis et forsikringsselskab både tegner forsikringer for driftsansvarlige, der har forsikringspligt (private sygehuse m.v.), og for driftsansvarlige, der ikke har det, er det således kun præmierne fra de førstnævnte, der indgår i fordelingsnøglen.²⁰

Den samlede hæftelse for de deltagende forsikringsselskabet er i medfør af PFL § 10, stk. 6, begrænset til 50 mio. kr. pr. år, jf. bkg. nr. 315 af 4/5 1992 § 4, stk. 1. Hæftelsen er principalt pro rata, subsidiært solidarisk, dvs. at forsikringsselskaberne i første omgang – inden for beløbsgrænsen – hæfter for en del af erstatningen fastsat efter fordelingsnøglen (dvs. deres andel af præmieindtægterne), men hvis et (eller flere) selskab(er) ikke opfylder forpligtelsen, hæfter de øvrige selskaber for den manglende del.

Pool-ordningen administreres af patientforsikringsforeningen, der udbetaler erstatning til den eller de erstatningsberettigede, hvorefter de deltagende forsikringsselskaber opkræves deres respektive andele, jf. bkg. nr. 31 af 20/1 1992 § 2, stk. 2, og § 11, stk. 3.

Sanktionerne over for den driftsansvarlige, som ikke har opfyldt forsikringspligten, er:

- (1) Bødestraf, jf. PFL § 20;
- (2) en pligt til at betale den ubetalte præmiesum til de forsikringsselskaber, som deltager i poolen, jf. bkg. nr. 315 af 4/5 1992 § 4, stk. 3;
- (3) regresansvar over for de pågældende selskaber for de udbetalte erstatningsbeløb, jf. samme bestemmelse i bekendtgørelsen.

Derudover hæfter den driftsansvarlige naturligvis for erstatningsbeløb, der måtte ligge ud over de 50 mio. kr., som pool-ordningen omfatter.

3.2.2. Erstatningspligt overstiger dækningssum

Hvis erstatningspligten for en (privat) driftsansvarlig overstiger den dækningssum, der er fastsat efter PFL § 10, stk. 3, træder en anden pool-ordning i funktion, jf. § 10, stk. 5, nr. 2. Reglerne herom svarer ganske til de ovenfor omtalte regler om poolen for uforsikrede erstatningsansvarlige, jf. bkg. nr. 315 af 4/5 1992 § 5. Også disse regler har naturligvis kun betydning i forhold til forsikringspligtige, idet der ved frivillige forsikringer

20. Jf. *ibid.* sp. 3304.

ikke gælder krav om nogen mindste dækningssum. Hæftelsesbeløbet er også i denne pool begrænset til 50 mio. kr. efter § 10, stk. 6, og hæftelsen fordeles efter samme princip. Også her gælder, at de forsikringsselskaber, som i kraft af hæftelsen har udbetalt erstatning, kan gøre regres herfor mod vedkommende driftsansvarlige.

3.2.3. Erstatningsansvarlig kan ikke udpeges

En tredje pool-ordning tager sigte på skadestilfælde, »hvor det ikke er muligt med rimelig sikkerhed at udpege den erstatningspligtige efter § 9«, jf. § 10, stk. 5, nr. 3. Der tænkes herved på tilfælde, hvor flere erstatningspligtige har deltaget i behandlingsforløbet, og der i forbindelse hermed opstår en skade, der berettiger til erstatning, uden at det med tilstrækkelig sikkerhed kan fastslås, hvor i behandlingsbeløbet skaden er forvoldt.²¹ Man kunne i princippet have valgt en løsning med solidarisk ansvar for de *mulige* erstatningsansvarlige, men man foretrak en bredere hæftelse. Den er – i modsætning til de ovenfor nævnte pools – ikke begrænset til de forsikringspligtige, da problemet jo også kan opstå ved behandlingsforløb, hvor ikke-forsikringspligtige er involveret.

Reglen omfatter *ikke* tilfælde, hvor usikkerheden f.eks. består i, om en skade er forvoldt på et sygehus eller hos en privatpraktiserende læge. Da lægen ikke er omfattet af PFL, må der i disse tilfælde tages stilling til, om skaden med overvejende sandsynlighed er forvoldt ved undersøgelse eller behandling på sygehuset. Er det tilfældet, hæfter den driftsansvarlige for sygehuset for hele skaden (medmindre en del af den kan »udskilles« og henføres til lægens forhold); er det ikke tilfældet, kan der ikke ydes erstatning i henhold til PFL.

Hæftelsen er i bkg. nr. 315 af 4/5 1992 § 6, stk. 1, begrænset til et beløb på 100 mio. kr. pr. år, jf. PFL § 10, stk. 6. Fordelingsnøglen er her forsikringsselskabernes samlede årlige præmieindtægter (dvs. indtægter fra såvel lovpligtige som frivillige forsikringer) og for selvforsikrende myndigheder et skønsmæssigt beregnet præmiebeløb svarende til risikoen;²² beløbet fastsættes af patientforsikringsforeningens bestyrelse, jf. bekendtgørelsens § 6, stk. 2. Erstatninger, der betales af patientforsikringsforeningen efter reglen, fordeles mellem forsikringsselskaberne og de selvforsikrende myndigheder efter denne fordelingsnøgle, jf. bkg. nr. 31 af 20/1 1992 § 11, stk. 4.

Spørgsmålet om regres opstår normalt ikke i de tilfælde, der omfattes

21. Jf. *mot. sp.* 3304.

22. Ifølge *mot. ibid.* skulle fordelingsnøglen baseres på *udgifterne* til erstatninger og ikke på præmieindtægterne.

Kap. 9-3.2.3.

af § 10, stk. 5, nr. 3. Reglen forudsætter jo netop, at den erstatningspligtige ikke kan udpeges. Hvis det imidlertid *efterfølgende* kan fastslås, hvem der skulle have været erstatningspligtig, kan der rejses regreskrav mod vedkommende, jf. bkg. nr. 315 af 4/5 1992 § 6, stk. 3.

3.2.4. Pool ved kollektiv forsikring

Som nævnt ovenfor afsnit 2.3. var sigtet med reglen i PFL § 11, stk. 4, at der skulle kunne fastsættes lavere dækningssummer ved kollektiv forsikring i henhold til § 11, stk. 2, end de dækningssummer, der ville følge af § 10, stk. 3. Indtil videre er dette dog ikke sket, idet de dækningssummer, som er fastsat i bkg. nr. 315 af 4/5 1992, også gælder ved en eventuel kollektiv forsikringsdækning. Som det fremgik, er dette imidlertid indtil videre ikke aktuelt.

Efter § 11, stk. 6, finder pool-ordningerne vedrørende ikke-opfyldelse af forsikringspligten og vedrørende erstatningspligt over dækningssummen ikke anvendelse, hvis en (amts)kommune overtager forsikringspligten for de private driftsansvarlige i (amts)kommunen. Tanken må være, at man ved ordningens etablering må sikre sig, at den kommer til at omfatte hele den tilsigtede kreds, og at den kollektive forsikring selv må dække i tilfælde, hvor dette ikke nås; i modsat fald måtte man jo netop falde tilbage på pool-ordningen efter § 10, stk. 5, nr. 1, hvis en skade blev forvoldt af en privat driftsansvarlig, som skulle være omfattet af den kollektive dækning, men ikke er blevet det og heller ikke selv har tegnet forsikring.

En kollektiv forsikringsdækning skal derimod deltage i pool-ordningen vedrørende skadestilfælde, hvor den erstatningspligtige ikke kan udpeges.

Kapitel 10: Patientforsikringsforeningen

1. Indledning

Administrationen af PFL er blevet henlagt til en forening af de forsikrings-selskaber, der har tegnet forsikringer i henhold til loven. Patientforsikringsforeningen er således principielt en *privat forening*, der udgør et *fælles organ* for de forsikringsselskaber, der faktisk går ind på dette forsikringsområde. Alle skader, der menes omfattet af PFL, skal anmeldes til patientforsikringsforeningen, der derefter selv varetager al sagsoplysning og på grundlag heraf træffer afgørelse af, om patienten er berettiget til erstatning efter loven og i bekræftende fald, hvilken erstatning patienten skal have.

Som omtalt i kap. 1, afsnit 2.1., har formålet været, at afgørelser om erstatningsberettigelse skal kunne træffes *hurtigt* og på en *for patienten lettere måde* end – normalt – muligt efter almindelige erstatningsregler. Derudover blev der lagt vægt på,¹ at afgørelser efter loven bliver så *ensartede* som muligt, og at det sikres, at sagerne afgøres *objektivt* og uafhængigt af særinteresser.

Man kunne have forestillet sig, at disse hensyn – især det sidstnævnte – ville have ført til, at administrationen af PFL i stedet var blevet henlagt til en *offentlig myndighed*, således som det kendes fra beslægtede områder (f.eks. arbejdsskadeforsikringen, der administreres af Arbejdsskadestyrelsen, og loven om erstatning til voldsofre, der administreres af et særligt nævn). Denne mulighed blev da også overvejet,² men afvist,³ uden at der egentlig blev givet nogen begrundelse herfor. Væsentligt har formentlig været, at Arbejdsskadestyrelsen – som den mest nærliggende mulighed⁴ – på et tidligt stadium frabad sig opgaven (bl.a. fordi man ikke mente at besidde særlig ekspertise til vurdering af skadeafgrænsning og årsagsforbindelse på dette område), og at der ikke kunne peges på nogen anden eksisterende myndighed, som havde bedre forudsætninger for at påtage sig opgaven. Hertil kom muligvis også mere politisk betonedede hensyn i

1. Jf. *Rapport* s. 139 f.

2. Jf. *ibid.* s. 146.

3. Jf. *mot.* sp. 3308.

4. Jf. *Bo von Eyben: Lægeansvar* s. 246.

Kap. 10-1.

form af modstand mod etablering af nye, offentlige myndigheder samt ønsker om »privatisering«.

Det blev fra flere sider indvendt,⁵ at det var principielt betænkeligt, at afgørelser efter loven helt blev overladt til et organ, der alene repræsenterede de forsikringsselskaber, der i givet fald skal betale erstatningerne, og at der derfor – i hvert fald i foreningens bestyrelse – burde være en vis repræsentation for »brugerne« som modvægt hertil. Heroverfor stod ønsket om at skabe en så effektiv, smidig og hurtigt arbejdende administration som muligt, der endvidere kunne drage fordel af forsikringsselskabernes erfaring inden for skadereguleringen. Selv om den foreslåede ordning for så vidt var »decentral«, var det imidlertid også vigtigt, at kompetencen lå ét sted, idet man ellers kunne risikere, at der udviklede sig uensartet praksis forskellige steder i landet.⁶

Det erkendtes i *mot.*, at den omstændighed, at administrationen af PFL i så høj grad var lagt i privat regi, gjorde det »nødvendigt, at foreningens styrelse og virksomhed varetages på en måde, der tilgodeser opfyldelse af lovens bestemmelser og hensigter«.⁷ Der henvistes i den forbindelse til, at sundhedsministeren skal fastsætte vedtægterne for foreningens styrelse og virksomhed, jf. PFL § 12, stk. 2. Endvidere kan der henvises til, at sundhedsministeren udpeger et medlem af foreningens bestyrelse (uanset at dette ikke direkte fremgår af loven, jf. i øvrigt nedenfor afsnit 2.2.), og at forvaltningslovens regler er blevet gjort anvendelige på patientforsikringsforeningens virksomhed (jf. nedenfor afsnit 3.2.). Dertil kommer, at afgørelserne som hovedregel skal træffes i patientforsikringsforeningen selv, idet muligheden for at delegere beføjelser til forsikringsselskaberne i § 13, stk. 1, 2. pkt., skal holdes inden for forholdsvis snævre rammer, jf. nedenfor afsnit 3.3. Endelig er det forudsat, at bestyrelsen for foreningen som hovedregel ikke skal involveres i behandlingen af de enkelte sager. Meningen hermed har været at understrege, at skadereguleringen skal foregå som en rent administrativ funktion i foreningens sekretariat, således at afgørelser træffes alene ud fra saglige vurderinger af, om lovens betingelser for ret til erstatning er opfyldt.

Spørgsmålet er dog til syvende og sidst, om patienterne vil have *tillid* til, at afgørelserne netop kun er båret af rent saglige hensyn – og ikke influeres af eventuelle ønsker om at holde udgifterne til PFL nede. Hvis patientforsikringsforeningen ikke nyder – eller formår at skabe – en sådan tillid, kan man risikere, at en større andel af de patienter, der ikke får medhold ved foreningens afgørelser, vil anke dem til patientskadeanke-

5. Navnlig ved høringssvar fra Forbrugerrådet, Advokatrådet og De samvirkende Invalideorganisationer; se også *L. A. Rehof* i J 1992 s. 146 note 2.

6. Jf. *mot.* sp. 3277.

7. *Mot.* sp. 3305.

nævnet *alene* med det formål at få en (administrativ) afgørelse fra et organ med en bredere repræsentation end foreningens. Dertil kommer, at jo flere afgørelser der indbringes for ankenævnet, jo flere af dem må forventes videreindbragt for domstolene. Sker det, er målsætningen om en hurtigere og enklere sagsbehandling ikke blevet nået.

Opgaven for patientforsikringsforeningens sekretariat er således betydelig, og det er helt afgørende for ordningens succes, at den løses godt. Det må navnlig fremhæves, at det ikke er tilstrækkeligt, at der træffes »rigtige« afgørelser på grundlag af en omhyggelig sagsoplysning; det er lige så afgørende, at der gives udførlige og forståelige *begrundelser* for afgørelsen i alle tilfælde, især i tilfælde, hvor den ikke giver patienten medhold, jf. nedenfor afsnit 3.4.

Administrationen af PFL adskiller sig ikke væsentligt fra de modeller, som er valgt i de øvrige nordiske lande.

Da den svenske ordning beror på frivillig aftale mellem forsikringsselskaber og sygehusejere m.v., varetages den selvsagt ikke af en offentlig myndighed, men af det konsortium af forsikringsselskaber, som står bag aftalen.⁸ Skadereguleringen varetages således udelukkende af personale ansat i konsortiet. Først i patientskadenämnden findes der offentlig repræsentation, idet formanden og 3 andre af dets i alt 6 medlemmer udpeges af regeringen; to af disse skal repræsentere patientinteresser. Nævnet fungerer som rådgivningsorgan for konsortiet samt som ankeorgan, hvis udtalelser dog ikke formelt er bindende for konsortiet. Antallet af sager, der indbringes for nævnet, har været jævnt stigende og udgør nu over 300 årligt, svarende til 10-15 % af de afgørelser fra konsortiet, hvor erstatningskravet afvises.⁹ Den manglende, direkte offentlige indflydelse på konsortiets virksomhed har ikke givet anledning til væsentlig kritik.¹⁰

Den lovhjemlede *finske* ordning ligger endnu nærmere PFL med hensyn til den administrative opbygning, idet det centrale skadereguleringsorgan også her er en forening af de forsikringsselskaber, der tegner forsikringer i henhold til loven; i lighed med den svenske ordning findes som overbygning et rådgivende patientskadenævn.¹¹

Den foreslåede *norske* ordning henlægger derimod kompetencen til et egentligt forvaltningsorgan (kaldet Norsk Pasientskadeerstatning);¹² afgørelser herfra kan indbringes for et patientskadenævn, der – ligesom patientskadeankenævnet i PFL – er et egentligt klageorgan.

8. Jf. nærmere *Hedman*: *Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 82 ff.

9. Cf. herved *mot. sp.* 3279: ca. 3%; dette tal gælder imidlertid kun, hvis antallet af ankesager sættes i forhold til samtlige anmeldte skader, men der er naturligvis ingen grund for patienterne til at anke over afgørelser, der giver dem medhold.

10. Jf. Laguskottets *betänkande* 1986/87:7.

11. Jf. *P. Ajo* i *NFT* 1987 s. 79 f.

12. Jf. herom *NOU* 1992:6 s. 36, 96 og 99 f.

Kap. 10-1.

I det følgende omtales først de almindelige regler om patientforsikringsforeningens opbygning og virksomhed (afsnit 2 om dets medlemmer, bestyrelse, vedtægter samt om dækning af udgifterne ved foreningens drift) og dernæst redegøres for de nærmere regler om sagsbehandlingen (afsnit 3 om anmeldelse af skader, sagsoplysning, muligheden for delegation til forsikringsselskaberne samt om afgørelser af sagerne). Dernæst behandles i afsnit 4 forholdet mellem patientforsikringsforeningen og patientklagenævnet og endelig i afsnit 5 den særlige regel i PFL § 18 om muligheden for at koordinere administrationen af PFL med en eventuel kommende lægemiddelforsikringsordning.

2. Patientforsikringsforening

2.1. Medlemmer

Selve medlemskabet af patientforsikringsforeningen opstår automatisk ved, at et forsikringsselskab tegner forsikring i henhold til PFL og giver sundhedsministeren meddelelse herom, jf. PFL § 12, stk. 1, 1. pkt., og bkg. nr. 31 af 20/1 1992 § 3 (se *bilag 2*). Det er uden betydning herfor, om forsikringen er lovpligtig eller frivillig. KgF, som kun tegner forsikring for ikke-forsikringspligtige, er således medlem af foreningen; derudover tegnes patientforsikringer indtil videre kun af et par forsikringsselskaber. Selvforsikrende myndigheder er ikke som sådanne medlemmer af foreningen, selv om skader, der indtræffer inden for deres område, er omfattet af foreningens kompetence. De er dog repræsenteret i foreningens bestyrelse, jf. nedenfor.

Medlemskabet ophører senest ved udgangen af det kalenderår, hvor forsikringsselskabet ophører med at tegne forsikring i henhold til loven, jf. bkg. nr. 31 af 20/1 1992 § 5.

2.2. Bestyrelse

Patientforsikringsforeningen ledes af en bestyrelse på 7 medlemmer, hvoraf 1 medlem udpeges af sundhedsministeren og de 6 andre af forsikringsselskaberne og de selvforsikrende myndigheder.

Repræsentationen for de sidstnævnte er sikret gennem reglen i PFL § 12, stk. 1, 2. pkt. De nærmere regler om bestyrelsens sammensætning er i henhold til § 12, stk. 2, 1. pkt., fastsat i bkg. nr. 31 af 20/1 1992 § 6. Fordelingen af de 6 pladser foretages ud fra forholdet mellem de pågældende selskabers præmieindtægt og et beregnet præmiebeløb svarende til risikoen for de selvforsikrende myndigheder, dvs. samme fordelingsnøgle, som anvendes i relation til den i § 10, stk. 5, *nr. 3*, fastsatte pool-ordning, jf. ovenfor kap. 9, afsnit 3.2.3. Dog

har de selvforsikrende myndigheder altid ret til at udpege mindst et medlem af bestyrelsen. Denne plads er indtil videre tilfaldet staten (som selvforsikrende for især Rigshospitalet). Da KgF indtil videre tegner sig for over 99% af præmieindtægten for de forsikringer, der tegnes i henhold til loven, er de 5 øvrige pladser tilfaldet dette selskab.¹³ Selskabet ejes af (amts)kommunerne, og disse har overvejende valgt at udpege politikere til disse pladser.

Om bestyrelsens konstituering, honorering, mødeafholdelse m.v. er der givet nærmere regler i bkg. nr. 31 af 20/1 1992 §§ 7-9 og i §§ 1-3 i den forretningsorden, som er udstedt i henhold til bekendtgørelsens §9, stk. 2, og som er godkendt af sundhedsministeren.¹⁴

Bestyrelsens opgave er at »sørge for en forsvarlig organisation og tilrettelæggelse af foreningens virksomhed«, jf. forretningsordenens §4.1. Foreningens daglige virksomhed skal ikke varetages af bestyrelsen, men af et sekretariat, der ledes af en af bestyrelsen udpeget person, jf. bkg. nr. 31 af 20/1 1992 § 10. Som nævnt er det forudsat,¹⁵ at bestyrelsen kun beskæftiger sig med generelle spørgsmål, herunder spørgsmål om sekretariatets forsvarlige varetagelse af de opgaver, der er pålagt foreningen, hvorimod behandlingen af enkeltsager udelukkende skal finde sted i sekretariatet. I forretningsordenens §4.1. er dog tilføjet den modifikation, at bestyrelsen i »ganske særlige tilfælde« kan tage stilling til »princielle enkeltsager«, men det er ikke meningen, at bestyrelsen skal udstikke generelle retningslinier for, hvordan bestemte sagstyper skal afgøres.

2.3. Udgiftsdækning

Udgifter til foreningens drift og udgifter i øvrigt, der pålægges foreningen i henhold til loven, afholdes af forsikringsselskaberne og de selvforsikrende myndigheder, jf. PFL § 12, stk. 2, 2. pkt. Fordelingen sker efter en fordelingsnøgle, som er fastsat i vedtægterne, jf. bkg. nr. 31 af 20/1 1992 § 11, stk. 1, og som svarer til den, der anvendes ved fordelingen af bestyrelsesposter m.v., jf. ovenfor. Efter bekendtgørelsens §11, stk. 2, hæfter selskaberne og myndighederne solidarisk for udgifterne.¹⁶

I bekendtgørelsens §§ 14 og 15 og i forretningsordenens § 12 er der i øvrigt fastsat nærmere regler om foreningens regnskab, revision og budget.

13. Jf. *mot. sp.* 3305, hvis forventning om en »relativt stor repræsentation« for KgF således til overmål er blevet indfriet; men dette afspejler naturligvis begrænsningen i PFL's dækningsområde. Hvis private forsikringsselskaber i forbindelse med en eventuel udvidelse heraf får en større andel af præmieindtægterne, vil de herigennem kunne opnå repræsentation i bestyrelsen.
14. Forretningsordenen er optrykt i den af Sundhedsministeriet udgivne regelsamling (Lov om patientforsikring med dertil knyttede bekendtgørelser og vejledninger, 1992) s. 25 ff.
15. Jf. *mot. sp.* 3305-6.
16. Formuleringen af bestemmelsen (»hæfter ... i henhold til samme fordelingsnøgle«) gør det dog uklart, om det virkelig menes, at hæftelsen skal være solidarisk.

3. Skaderegulering

3.1. Anmeldelse af skader

Efter PFL §13, stk. 1, 1.pkt., »modtager« patientforsikringsforeningen alle erstatningssager efter loven. Det er hermed angivet, at skader, der eventuelt kan begrunde krav på ydelser efter loven, altid *skal* anmeldes til patientforsikringsforeningen og ikke til nogen anden (f.eks. vedkommende sygehus eller (amts)kommune som ejer af det). Som nævnt gælder dette også for skader, der vedrører selvforsikrende myndigheder.¹⁷

Da patientforsikringsforeningen naturligvis ikke selv kan »opsøge« de skadestilfælde, der måtte kunne være omfattet af loven, må der indgives en *anmeldelse* af skaden til foreningen – jf. herved også forudsætningen herom i reglen i §19 om forældelse af krav, se herom ovenfor kap. 7, afsnit 5. Loven tager ikke stilling til, hvem der skal eller kan indgive en sådan anmeldelse. Det synes at være forudsat, at udfyldelse og indsendelse af skadesanmeldelser i almindelighed skal ske i samarbejde mellem patienten og (f.eks.) det sygehus, hvor skaden er sket.¹⁸ De anmeldelsesblanketter, der er udarbejdet,¹⁹ indeholder således en del, der skal udfyldes af patienten, og en del, der skal udfyldes af det behandlende sygehus m.v.

Det afgørende spørgsmål er imidlertid, om vedkommende læge m.v. har *pligt* til at hjælpe patienten med at indgive skadesanmeldelse, herunder navnlig en pligt til at *oplyse* patienten om, at der i forbindelse med behandlingen er indtruffet en skade, som er eller kan være omfattet af PFL. Spørgsmålet er væsentligt, fordi man ikke kan forvente, at gennemførelsen af PFL *i sig selv* vil løse »mørketals«-problemet, jf. ovenfor kap. 1, afsnit 1.2.1. Der er ikke i PFL pålagt læger m.v. nogle pligter i så henseende, ligesom *mot.* ikke indeholder forudsætninger herom, men at de *bør* gøre det, ligger ikke desto mindre som en klar forudsætning for den almindelige sagsgang, jf. herved også sundhedsministeriets vejledning nr. 125 af 25/6 1992 pkt. 6.²⁰

Følgende klare tilkendegivelse i *Rapport* støtter dette:²¹ »Når sygehuset (den behandlende læge) konstaterer, at der er sket en skade, som muligvis kan være omfattet af forsikringsordningen, skal han gøre patienten og den lokale sygehusforvaltning opmærksom herpå, således at patienten kan få en *første*

17. Jf. *mot.* sp. 3307.

18. Jf. *Rapport* s. 140 f.

19. Jf. Sundhedsministeriets regelsamling (se herved note 14 ovenfor) s. 31 ff.

20. Ifølge erfaringerne fra den midlertidige norske patientforsikringsordning har sygehusene ikke været alt for flinke til at hjælpe med anmeldelse af skader, jf. *O. Molven* i Lov og Rett 1991 s. 216 f.

21. *Rapport* s. 140-41

vejledning om en eventuel erstatningsadgang – og i klare tilfælde eventuelt oplysning om, at der ikke er grundlag for erstatning. Patienten kan herefter få udleveret en *skadesanmeldelse*, som udfyldes med hjælp fra sygehuset, eventuelt suppleret af sygehuset med (foreløbige) faktiske oplysninger om skadens opståen m.v. Tilsvarende gælder, når patienten selv mener at have pådraget sig en erstatningsberettigende skade.«

Af hensyn hertil er det vigtigt, at lægen kan vide sig sikker på, at anmeldelse af en skade til patientforsikringsforeningen *ikke kan* udløse nogen indgivelse af klagesag herfra til *patientklagenævnet*, selv om det under den videre sagsbehandling måtte blive konstateret, at der er begået fejl, som kunne indebære en overtrædelse af lægeloven, jf. nedenfor afsnit 4. Derimod er der intet til hinder for en visitation af sagen den modsatte vej. Hvis patienten indgiver klage til patientklagenævnet, og man dér kan se, at klagen rummer en potentielt erstatningsberettigende skade, bør patientklagenævnet – på et så tidligt stadium af sagsbehandlingen som muligt – *henvise* patienten til (tillige) at indgive anmeldelse til patientforsikringsforeningen. Dette gælder naturligvis i særlig grad, hvis man af selve klagens formulering kan se, at det, som patienten bl.a. eller primært ønsker, er en erstatning.

Hvis en læge ikke lever op til disse intentioner, bliver spørgsmålet, om der kan iværksættes *sanktioner* i den anledning. Patienten risikerer i værste fald at gå glip af erstatning i henhold til PFL, hvis patienten som følge af lægens undladelse først bliver opmærksom på skaden, efter at forældelsesfristen i § 19, stk. 2, er udløbet. Patienten kan dog næppe i den anledning gøre lægen ansvarlig (dvs. som ansvarlig for den manglende erstatning fra PFL og ikke som ansvarlig for selve den indtrådte skade). Selv om der fandtes en lovbestemt anmeldelsespligt for læger m.v., ville det være tvivlsomt, om overtrædelse heraf i sig selv kunne udløse ansvar for de økonomiske følger af manglende anmeldelse, i hvert fald hvis den »primære« anmeldelsespligt påhviler en anden. Derimod kan det tænkes, at bistand til anmeldelse af skadessager vil blive anset for en del af lægens pligt til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed, jf. lægelovens § 6, således at »pligten« kan sanktioneres med misbilligelser m.v. fra patientklagenævnet. Det kan navnlig tænkes i klare tilfælde, hvor skaden med stor sandsynlighed ville berettige til erstatning, samtidig med at lægen ved eller bør vide, at patienten ikke selv er klar over dette. Misbilligelse kan gives uafhængigt af, om lægens forsømmelse har medført noget retstab for patienten (f.eks. fordi patienten i kraft af oplysninger fra en anden læge bliver gjort opmærksom på erstatningsmuligheden).

Hvis en anmeldt skade optages til realitetsbehandling, gives meddelelse herom til anmelderen og til andre, der har »berettiget interesse« i at få kendskab til anmeldelsen, jf. forretningsordenens § 8.1. Dette er i første

Kap. 10-3.1.

række den driftsansvarlige, dvs. den selvforsikrende myndighed, eller den, der har tegnet forsikring i henhold til loven.²²

3.2. Sagsoplysning

Når en skade er anmeldt til patientforsikringsforeningen, er det dens opgave at *oplyse* sagen, jf. PFL § 13, stk. 1, 1. pkt. Det påhviler således foreningen (dens sekretariat) af egen drift (»ex officio«) at indhente alle de oplysninger, som er nødvendige for at kunne tage stilling til, om patienten er berettiget til erstatning efter loven og – i bekræftende fald – *hvilken* erstatning.²³

Første led i sagsbehandlingen vil være en stillingtagen til, om skaden overhovedet falder ind under PFL, jf. forretningsordenens § 7. I nogle tilfælde vil det være så klart, at skaden ikke omfattes af PFL, at sagen uden videre kan afvises – i starten formentlig navnlig ved anmeldelse af skader, der er forårsaget inden d. 1/7 1992, men også f.eks. i tilfælde hvor skaden er forvoldt i privat praksis; hvor der ikke foreligger nogen fysisk skade; hvor skadesårsagen klart alene er egenskaber ved lægemidler; hvor erstatning m.v. klart vil ligge under 20.000 kr.; hvor forældelsesfristen i § 19, stk. 2, er overskredet (hvilket dog først bliver aktuelt efter d. 1/7 år 2002). Selv om disse afvisningsgrunde ikke foreligger, kan det alligevel i nogle tilfælde fremgå tilstrækkeligt klart af skadesanmeldelsen, at patienten ikke er berettiget til erstatning (f.eks. fordi der ifølge anmeldelsen alene er tale om følger af grundsygdommen).

Ved sager, der ikke kan afvises af »formelle« grunde, vil det normale dog være, at der skal indhentes yderligere oplysninger eller foretages en nærmere vurdering af de oplysninger, der er indeholdt i anmeldelsen. Til brug herfor må patientforsikringsforeningen selvsagt støtte sig på lægelig ekspertise.

Til foreningen knyttes fast to speciallæger med brede specialer (inden for det kirurgiske og medicinske område), som i første række skal vurdere, hvorfra der i givet fald skal indhentes yderligere lægelige oplysninger. Derudover knyttes til foreningen en kreds af speciallæger, der på konsulentbasis dækker de vigtigste specialområder. Endelig kan der være behov for indhentelse af speciallægeerklæringer i de enkelte tilfælde på områder, der ikke kan dækkes af disse specialister.

Det er således ikke tanken, at de lægelige vurderinger skal baseres på udtalelser fra Retslægerådet, hvis opgave er at afgive lægevidenskabelige skøn til offentlige myndigheder i sager om enkeltpersoners retsforhold (f.eks.

22. Jf. *mot.* sp. 3307.

23. Jf. *Rapport* s. 120 og 141, *mot.* sp. 3307 og forretningsordenens § 8.2.

i retssager om erstatning ved domstolene), jf. § 1 i lov nr. 60 af 25/3 1961 om Retslægerådet. Dette skyldes dog ikke formelle grunde; selv om patientforsikringsforeningen ikke er en offentlig myndighed, behandles den dog som en sådan i relation til forvaltningsloven, jf. nedenfor.

Efter PFL § 17, stk. 1, kan patientforsikringsforeningen af (amts)kommuner, sygehuse, institutioner, læger m.v. samt den skadelidte forlange meddelt enhver oplysning, herunder sygehusjournaler og journaloptegnelser m.v., som foreningen skønner er af betydning for behandling af sager efter loven. Formålet med denne regel er at sikre,²⁴ at de pågældende myndigheder m.v. kan videregive oplysninger uden at overtræde regler om tavshedspligt og uden at være bundet af reglerne i forvaltningslovens (lov nr. 571 af 19/12 1985) § 28, der begrænser mulighederne for videregivelse af oplysninger til andre forvaltningsmyndigheder om en række rent private forhold, herunder helbredsforhold. Efter lovens § 28, stk. 2, nr. 2, gælder disse begrænsninger ikke, når det ved lov er bestemt, at oplysningerne skal videregives; en sådan bestemmelse er således indeholdt i PFL § 17, stk. 1.

Videregivelse af oplysninger kan dog også finde sted, når den, oplysningen angår, har givet samtykke hertil, jf. forvaltningslovens § 28, stk. 2, nr. 1, og stk. 4-5. Et sådant samtykke indeholdes i patientens del af den blanket, der skal anvendes ved anmeldelse af skaden til patientforsikringsforeningen. Samtykket er imidlertid ikke nødvendigt, da hjemmelen som nævnt følger allerede af § 17, stk. 1.

Hvad særligt angår spørgsmålet om fastsættelse af *erhvervsevmetabsprocent* og *méngrad* til brug for erstatningsudmålingen (jf. herom ovenfor kap. 6, afsnit 2.3. og 3.2.), følger det af henvisningen i PFL § 5, stk. 1, til EAL, at hver af parterne kan indhente udtalelse herom fra Arbejdsskædestyrelsen, jf. EAL § 10.

Ifølge EAL § 10 tilkommer denne ret skadelidte og skadevolderen, og denne formulering er gentaget i forretningsordenens § 8.3. I *mot.* nævnes,²⁵ at retten tilkommer patientforsikringsforeningen eller det enkelte forsikringselskab. Den førstnævnte formulering er ikke træffende, da der ikke i relation til PFL optræder nogen »skadevolder«, og den sidstnævnte formulering er direkte forkert, da retten ikke tilkommer det forsikringselskab, der i givet fald skal betale erstatningen. Det rigtige må være, at retten tilkommer skadelidte (patienten) og den erstatningspligtige (dvs. den driftsansvarlige), uanset om denne har tegnet forsikring. Hvis ingen af disse ønsker at gøre brug af retten, er det

24. Jf. *mot.* sp. 3310.

25. Jf. *ibid.* sp. 3307.

Kap. 10-3.2.

næppe sandsynligt, at patientforsikringsforeningen selv skulle nære ønske om at forelægge spørgsmålet for Arbejdsskadestyrelsen, især ikke i tilfælde, hvor sagen rummer et »merskade«-problem, som under alle omstændigheder vil være et væsentligt led i foreningens egen sagsoplysning og formentlig lige så vel kan vurderes på grundlag heraf.

I praksis vil spørgsmålet derfor snarere være, om patienten vil acceptere patientforsikringsforeningens vurdering af erhvervsevnetabsprocent og méngrad, eller om patienten ønsker en udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen. Patienten har *ret* til (ensidigt) at indhente en sådan udtalelse. Den koster imidlertid (for tiden) 3.700 kr., som i første omgang skal betales af den, der rekvirerer udtalelsen. Patienten kan formentlig kun kræve dette beløb refunderet af patientforsikringsforeningen, hvis Arbejdsskadestyrelsen når til et andet resultat end det, foreningen selv var nået frem til.

Uanset hvem der har rekvireret en udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen, har den kun vejledende betydning ved erstatningsfastsættelsen; den er således ikke bindende for patientforsikringsforeningen.

Efter PFL § 13, stk. 2, kan patientforsikringsforeningen lade vidner afhøre på det sted, de bor. Betydningen heraf er navnlig, at forklaringen herved kan kræves afgivet under vidneansvar.²⁶

Om sagsbehandlingen i øvrigt var det forudsat,²⁷ at patientforsikringsforeningen ved særlig bekendtgørelse ville blive underlagt reglerne i *forvaltningsloven* med særligt henblik på reglerne om aktindsigt (især for patienten) og om tavshedspligt (for ansatte i foreningen). Dette er sket ved udstedelsen af bkg. nr. 652 af 23/7 1992 om forvaltningslovens anvendelse på patientforsikringsforeningens virksomhed. Foreningen er ikke umiddelbart omfattet af loven, som kun gælder for den offentlige forvaltning, jf. lovens § 1, stk. 1,²⁸ men efter § 1, stk. 2, kan loven udstrækkes helt eller delvis til bl.a. visse foreninger, der ikke kan henregnes til den offentlige forvaltning. Den nævnte bekendtgørelse gør i henhold til denne bestemmelse *hele* forvaltningsloven anvendelig på patientforsikringsforeningen.²⁹

Blandt de vigtigste regler i forvaltningsloven skal nævnes reglerne om *inhabilitet* (lovens kap. 2), om *aktindsigt* (lovens kap. 4, jf. forretningsordenens § 8.5), om *partshøring* (dvs. regler om, at der, når der fremkommer væsentlige oplysninger om faktiske omstændigheder, som vedkommende part ikke kan antages at være bekendt med, ikke må træffes afgørelse, før parten er blevet gjort

26. Jf. *mot.* sp. 3308 (med henvisning til den tilsvarende bestemmelse i retsplejelovens § 147 b, stk. 4, om Advokatnævnets virksomhed i disciplinærsager mod advokater).

27. Jf. *ibid.* sp. 3310.

28. Se derimod om den foreslåede norske ordning, NOU 1992:6 s. 99 og 103.

29. Der er *ikke* udstedt en tilsvarende bekendtgørelse i henhold til § 1, stk. 3, i lov nr. 572 af 19/12 1985 om offentlighed i forvaltningen med henblik på at overføre denne lovs regler på patientforsikringsforeningen, selv om dette også var forudsat i *mot.*; se herved endvidere PFL § 18, stk. 3, nr. 2.

bekendt med oplysningerne og givet lejlighed til at fremkomme med en udtalelse om dem, jf. lovens kap. 5 og forretningsordenens § 8.4) og om *tavshedspligt* (lovens kap. 8 og forretningsordenens § 14).³⁰ Om andre krav i forbindelse med sagernes afgørelse, se nedenfor afsnit 3.4.

Et særligt spørgsmål er, om en patient, der ønsker *advokatbistand* i forbindelse med sagens behandling, kan kræve, at udgifterne herved betales af patientforsikringsforeningen. Patienten kan naturligvis lade sig repræsentere eller bistå af en advokat, jf. herved forvaltningslovens § 8, stk. 1, men denne bestemmelse hjemler ikke noget krav på dækning af udgifterne herved.³¹ Det er *mot.* klart forudsat, at den omstændighed, at patientforsikringsforeningen selv skal tilvejebringe de oplysninger, der er nødvendige til sagens afgørelse, skal sikre, at patienten ikke behøver at »engagere f.eks. en advokat til varetagelse af sine interesser«. ³² Et krav på dækning af udgifterne til advokat må forudsætte en særlig hjemmel, som ikke findes i PFL.

Det tilsvarende spørgsmål er blevet rejst i relation til arbejdsskadeforsikringen og med samme svar: Lovens angivelse af de ydelser, der tilkommer den skadelidte, er udtømmende, og der er derfor ikke hjemmel til tillige at dække advokatudgifter.³³ Dette bekræftes yderligere af, at der i loven om erstatning til ofre for forbrydelser netop er indsat en hjemmel til, at nævnet i særlige tilfælde kan bestemme, at skadelidte helt eller delvis skal have dækket de udgifter, som han har afholdt i anledning af skaden, jf. lovens § 15, stk. 2. Der tænkes herved særligt på advokatbistand i forbindelse med komplicerede erstatningsopgørelser, men det er – også her – forudsat, at sagsbehandlingen tilrettelægges således, at skadelidte i almindelighed ikke behøver advokatbistand. Det kan heller ikke hævdes, at den manglende medtagelse af en tilsvarende bestemmelse i PFL blot beror på en forglemmelse, idet Advokatrådet på et tidligt tidspunkt påpegede det ønskelige i, at skadelidte fik mulighed for at få dækket udgifter til advokatbistand, som er afholdt med »fuld føje«. ³⁴

Patientforsikringsforeningens officialvirksomhed omfatter som nævnt både spørgsmålet om erstatningsberettigelsen og om erstatningsudmålingen. Advokatbistand vil navnlig være unødvendig med hensyn til tilvejebringelse af det faktiske grundlag – herunder indhentelse af lægelige oplysninger – for en stillingtagen til erstatningsberettigelsen. Derimod kan det ikke afvises, at der kan forekomme tilfælde, hvor erstatningsudmålin-

30. Se nærmere om loven, *J. Vogter*: Forvaltningsloven med kommentarer, 2. udg. 1992.

31. Jf. *ibid.* s. 130.

32. *Mot.* sp. 3307.

33. Jf. *A. Friis og O. Behn*: Arbejdsskadeforsikringsloven med kommentarer, 1984, s. 231 og Assurandør-Societetets responsum nr. 2775 (gengivet i UfR 1988.259).

34. Jf. Advokatrådets høringskrivelse af 27/3 1987 ad lovforslag nr. L 210, FT 1986-87.

Kap. 10-3.2.

gen volder særlige problemer, som bedre kan løses ved medvirken fra en advokat, end hvis patientforsikringsforeningen selv skal indhente oplysninger fra patienten og andre (f.eks. i tilfælde, hvor stillingtagen til udmåling af erstatning for indtægtstab for en selvstændigt erhvervsdrivende kræver en nøjere gennemgang af regnskaber m.v.). Forudsat at en advokats medvirken i sådanne tilfælde medfører en reel aflastning for arbejdet i foreningens sekretariat (og ikke blot et overflødigt dobbeltarbejde) af væsentlig betydning for sagens rette afgørelse, kan det være rimeligt, at udgiften dækkes, men selv i disse tilfælde kan det ikke antages, at patienten har noget krav herpå.³⁵ Hvis der derimod alene er tale om *rådgivning* til patienten (f.eks. fordi patienten ønsker en uvildig vurdering af patientforsikringsforeningens afgørelse, eventuelt med henblik på overvejelser om, hvorvidt den skal ankes), kan udgiften hertil under ingen omstændigheder kræves dækket. At der kan være et vist behov herfor skal ikke bestrides, jf. bemærkningerne ovenfor afsnit 1, men heraf følger ikke, at udgiften kan kræves overvæltet på andre.

Et andet spørgsmål er, om patienten kan kræve udgiften til advokat dækket af en *retshjælpsforsikring* (som led i patientens eventuelle almindelige familieforsikring). Efter vilkårene for retshjælpsforsikring er der imidlertid kun dækning ved tvister, der behandles ved klagenævn og lign. organer (hvortil patientforsikringsforeningen må henregnes), hvis behandlingen dér sker efter en *henvielse* fra en domstol. Denne betingelse vil ikke være opfyldt i relation til sager inden for PFL's område. Anlægges en sådan ved domstolene, vil den ikke blive henvist til patientforsikringsforeningen, men blot *afvist*, jf. ovenfor kap. 5, afsnit 1.³⁶ Heller ikke de særlige regler om *offentlig retshjælp* ved advokater (til personer, der opfylder de økonomiske betingelser herfor) kan anvendes, idet retshjælp ikke kan ydes ved sager, der er under behandling af en forvaltningsmyndighed, når det må antages, at fornøden vejledning og bistand gives af denne, jf. bkg. nr. 63 af 27/1 1992 § 6, stk. 3, nr. 4; retshjælp kan dog gives til klage over myndighedens afgørelse, dvs. i forbindelse med indbringelse af afgørelsen for patientskadeankenævnet.

3.3. Delegation til forsikringsselskaber

Efter PFL § 13, stk. 1, 2. pkt., kan patientforsikringsforeningen efter nærmere bestemmelse i vedtægterne bemyndige de enkelte forsikringssel-

35. I NOU 1992:6 s. 100 er der derimod foreslået en hjemmel til at dække advokatudgifter i »særlige tilfælde« – principielt svarende til den ovenfor nævnte bestemmelse i voldsoffererstatningsloven.

36. Jf. tilsvarende om behandling af sager ved huslejenævn, *E. Ryefelt*: Retshjælpsforsikring med kommentarer, 2. udg. 1992, s. 44 og den s. 173 gengivne afgørelse fra Ankenævnet for Forsikring. Heroverfor anføres i *J. Gawinetsky* og *H. Jønsson*: Familieforsikring, 2. udg. 1990, s. 298, at det ikke desto mindre er »selskabspraksis« at dække omkostninger i disse tilfælde; det fremgår dog ikke heraf, om der er tale om en bindende kutyme for forsikringsselskaberne.

skaber og selvforsikrende myndigheder til selv at oplyse og afgøre nærmere beskrevne sagstyper. Bestemmelsen er tænkt anvendt især på sager, »som erfaringsmæssigt er ukomplicerede, og som kan afgøres ensartet, eventuelt efter fastsatte retningslinier«. ³⁷ Bestemmelsen kan navnlig tænkes udnyttet i forbindelse med en præcisering af erstatningsomfanget i henhold til § 2, stk. 2, 1. pkt., jf. herom ovenfor kap. 3, afsnit 4. Som tilfældet var vedrørende denne bemyndigelse, forudsættes den først anvendt efter en vis periode, når der er indvundet erfaringer med administrationen af loven. ³⁸ Der er derfor endnu ikke fastsat bestemmelser efter reglen i § 13, stk. 1, 2. pkt.

Adgangen hertil er dog forudskikket i vedtægterne, jf. bkg. nr. 31 af 20/1 1992 § 2, stk. 3, hvorefter en udnyttelse af bemyndigelsen forudsætter godkendelse fra sundhedsministeren.

Det er endvidere forudsat, at dersom forsikringselskabet eller myndigheden er i tvivl om, hvorvidt skaden berettiger til erstatning, skal sagen tilbagegives til patientforsikringsforeningen. ³⁹ Sager, der er afgjort i henhold til bemyndigelsen, kan indbringes for patientforsikringsforeningen. ⁴⁰

3.4. Afgørelse af sager

Patientforsikringsforeningen træffer afgørelse i alle sager efter loven, jf. PFL § 13, stk. 1, 1. pkt. (medmindre kompetencen er delegeret, jf. ovenfor). Som nævnt ovenfor afsnit 2.2. træffes afgørelse i enkeltsager *ikke* af bestyrelsen, men af sekretariatet (ved dettes leder, jf. forretningsordenens § 9.1), dog – som nævnt – med en snæver modifikation vedrørende principielle sager. Bortset herfra skal bestyrelsen alene orienteres om sådanne sager, jf. forretningsordenens § 10.1.

Også ved sagernes afgørelse er patientforsikringsforeningen forpligtet til at følge reglerne i forvaltningsloven. Det betyder navnlig, at afgørelserne skal *begrundes* i overensstemmelse med reglerne i lovens kap. 6.

Som nævnt ovenfor afsnit 1 kan betydningen heraf ikke understreges kraftigt nok; i den forbindelse må det erindres, at forvaltningsloven er en »minimumslov«, ⁴¹ og at dette ikke mindst præger de krav til begrundelse, som er opstillet i lovens § 24.

Efter lovens § 22 skal en (skriftlig) afgørelse altid være ledsaget af en begrundelse, medmindre afgørelsen fuldt ud giver den pågældende part

37. *Mot.* sp. 3308.

38. *Jf. ibid.*

39. *Jf. sundhedsministerens svar på spørgsmål 2 fra Folketingets Kommunaludvalg ad lovforslag nr. L 210, FT 1986-87.*

40. *Jf. mot.* sp. 3308.

41. *Jf. J. Vogter: Forvaltningsloven med kommentarer, 2. udg. 1992, s. 30.*

Kap. 10-3.4.

medhold. Det nærmere indhold af dette krav giver dog anledning til tvivl i flere henseender. For det første kan det være tvivlsomt, hvem der skal anses som part. I relation til arbejdsskadeforsikringen er det således blevet antaget,⁴² at den forsikringspligtige arbejdsgiver i almindelighed ikke kan anses som part i en sag om erstatning ved arbejdsskader, men det må herved tages i betragtning, at arbejdsskadeforsikringsloven ikke – som PFL § 9 – pålægger arbejdsgiveren en egentlig erstatningspligt, men kun en forsikringspligt, hvortil kommer, at erstatningspligten efter PFL § 9 er ubegrænset, mens den eventuelle forsikringspligt er begrænset. For det andet kan det – i hvert fald formelt – hævdes, at enhver afgørelse, der tilkender patienten erstatning, for så vidt går imod den erstatningspligtige og det (eventuelle) forsikringssselskab, som skal betale erstatningen; ingen afgørelse kan give *begge* parter »medhold«. For det tredje kan det være vanskeligt at afgøre, om en part har fået medhold »fuldt ud« i en erstatningssag, når den pågældende tilkendes en vis erstatning. Patienten skal netop ikke efter PFL gøre et bestemt erstatningskrav gældende, men kan jo godt alligevel have haft visse forventninger til erstatningens størrelse, som ikke bliver indfriet. Ombudsmanden har principielt fastholdt grundelsespligten i alle tilfælde, hvor der ikke tilkendes maksimal erstatning efter loven – hvilket forekommer formalistisk.⁴³

Uanset hvilke begrænsninger der måtte kunne støttes på forvaltningslovens regler, bør *alle* afgørelser begrundes udførligt. Dette gælder også afgørelser, der giver patienten »medhold«, for så vidt som patienten tilkendes erstatning. Selv om forsikringssselskaberne og de selvforsikrende myndigheder måtte slå sig til tåls med noget mindre end dette, tjener begrundelseskravet (også) andre og videregående interesser.⁴⁴ Det er dog klart, at kravet har sin særlige betydning i de tilfælde, hvor patienten nægtes erstatning efter loven. Efter forvaltningslovens § 24, stk. 1 og 2, skal en begrundelse dels indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet, dels en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen. Det vigtigste led i en begrundelse vedrører imidlertid *forbindelsen* mellem retsreglen og de faktiske omstændigheder i form af en (juridisk) argumentation for, *hvorfor* de faktiske omstændigheder findes – eller ikke findes – at opfylde de betingelser, som retsreglerne opstiller. Navnlig i den indledende fase er det væsentligt, at denne argumentation gøres så fyldig, at den ikke blot fremtræder som en begrundelse for den konkrete afgørelse, men også kan bidrage til opstilling af retningslinier

42. Jf. *ibid.* s. 150.

43. Jf. *ibid.* s. 272; skal der f.eks. tages hensyn til, hvad erstatningen for varige følger (maksimalt) kunne være blevet, selv om det er åbenbart, at skaden kun har fået midlertidige følger? Dertil kommer, at EAL intet maksimum indeholder for (især) erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste.

44. Jf. *ibid.* s. 265 f om arbejdsskadesager; *mot.* sp. 3309 kan læses således, at det forudsættes, at afgørelsen kun skal begrundes i tilfælde, hvor patienten ikke findes berettiget til erstatning.

for en praksisdannelse ved fremhævelse af de hensyn, som er bestemmende herfor. Dette gælder ikke mindst ved afgørelser i henhold til PFL § 2, stk. 1, nr. 4. Som nævnt ovenfor kap. 3, afsnit 3.4.1., bør disse afgørelser ikke træffes ud fra helt konkrete rimelighedsskøn; hvis man gør det, vil man nemlig selv med tiden vanskeligt – eller måske slet ikke – kunne give kriterierne »relativ alvor« og »sjældenhed« en skarpere kontur.

Afgørelsen skal dernæst indeholde en *klagevejledning*, jf. forvaltningslovens § 25, dvs. en angivelse af klageinstansen (patientskadeankenævnet) og oplysning om fremgangsmåden ved indgivelse af klage, herunder tidsfristen herfor. Klagevejledning kan undlades, hvis afgørelsen fuldt ud giver den pågældende part medhold; da det nærmere indhold af dette krav som nævnt ovenfor kan give anledning til tvivl, bør klagevejledning gives helt standardmæssigt.

Afgørelsen meddeles vedkommende forsikringsselskab eller selvforsikrende myndighed, der herefter udbetaler den erstatning, som afgørelsen måtte tilkende patienten, jf. PFL § 13, stk. 3.

Afgørelsen skal dog naturligvis også meddeles til patienten selv; det er endvidere forudsat, at den også bliver meddelt til vedkommende driftsansvarlige, selv om denne har tegnet forsikring (uanset om dette er obligatorisk eller frivilligt).⁴⁵ Afgørelsen kan træffes i foreløbig form, hvorved der – ifølge forretningsordenens § 9.1 – særligt tænkes på tilfælde, hvor skadelidtes helbredstilstand endnu ikke er stationær (jf. herved ovenfor kap. 6, afsnit 5, om skadelidtes ret til udstykning af erstatningskravet).

Erstatningen skal udbetales af vedkommende forsikringsselskab eller selvforsikrende myndighed senest 14 dage efter modtagelsen af meddelelsen om afgørelsen, jf. forretningsordenens § 9.2.⁴⁶ Denne frist har *ikke* betydning for pligten til at betale *renter* af erstatningsbeløbet, da pligten hertil følger af reglerne i EAL, hvorefter rente som hovedregel skal betales af erstatnings- og godtgørelsesbeløb allerede fra tidspunktet for skadens indtræden, jf. ovenfor kap. 6, afsnit 5. Det er derimod tvivlsomt, i hvilket omfang der kan kræves rente af erstatningsbeløb, der ikke omfattes af rentereglen i EAL § 16 (dvs. især krav om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste). Som nævnt i kap. 6, afsnit 5, kræver de almindelige regler i renteloven et særligt påkrav, hvilket ikke harmonerer med, at PFL ikke stiller krav om, at patienten skal fremsætte bestemte krav. Efter rentelovens § 3, stk. 4, kan en fordringshaver (f.eks. en skadelidt) normalt udløse rentepligt ved at anlægge retssag, men det er patienten afskåret fra i henhold til PFL. Det kunne tale for, at erstatning for tabt arbejdsfortjeneste m.v. i stedet forrentes fra det tidspunkt, hvor skaden er anmeldt til patientforsikringsforeningen.

45. Jf. *mot. sp.* 3308 og forretningsordenens § 9.2.

46. Jf. *ibid. sp.* 3309 (»hurtigst muligt«).

Kap. 10-3.4.

Efter PFL § 12, stk. 3, skal patientforsikringsforeningen afgive en årlig redegørelse til (bl.a.) sundhedsministeren om sin virksomhed, ligesom den også i øvrigt skal give sådanne oplysninger, som er nødvendige for sundhedsministerens varetagelse af opgaver efter loven, jf. § 17, stk. 2. Det væsentligste i denne forbindelse er, at der sker en offentliggørelse af afgørelser, som er »af principiel betydning og egnet som vejledning om foreningens praksis«, jf. forretningsordenens § 10.2 samt § 15. Som nævnt ovenfor kap. 1, afsnit 1.2.2., er det endvidere væsentligt, at afgørelserne registreres på en sådan måde, at materialet kan anvendes i skadesforebyggende øjemed, herunder som grundlag for lægevidenskabelig forskning.⁴⁷ Patientforsikringsforeningen kan endvidere i forbindelse med rapporteringen af sin praksis pege på eventuelle ønskelige justeringer af dækningsomfanget, herunder f.eks. en udnyttelse af bemyndigelsen i § 2, stk. 2, jf. herom ovenfor kap. 3, afsnit 4.

4. Forholdet til patientklagenævnet

Sundhedsvæsenets patientklagenævn er nedsat i henhold til reglerne i kap. 3 i lov om sundhedsvæsenets centralstyrelse (lov nr. 397 af 10/6 1987 med senere ændringer). Dets opgave er at behandle klager over den faglige virksomhed, der udøves af personer inden for sundhedsvæsenet, jf. lovens § 12 (især dem, der virker i henhold til autorisation, men også visse andre grupper, jf. § 15). Nævnet kan efter § 14 fremsætte kritik over for den pågældende sundhedsperson (f.eks. fordi det finder, at en læge ikke har udvist den i lægelovens § 6 krævede omhu og samvittighedsfuldhed) eller søge andre sanktioner iværksat (f.eks. ved anmodning til anklagemyndigheden om, at der rejses tiltale for overtrædelse af lægelovens § 18).

Patientklagenævnet kan derimod ikke tage stilling til spørgsmål om erstatningsansvar for skader i forbindelse med lægelig behandling m.v. Alligevel er der ingen tvivl om, at udtalelser fra nævnet i vidt omfang er blevet anvendt som grundlag for overvejelser om muligheden for at rejse erstatningskrav (herunder som grundlag for ansøgning om fri proces), jf. ovenfor kap. 1, afsnit 1.2.2.⁴⁸ Selv om udtalelse af kritik fra patientklagenævnet ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at der foreligger en fejl i erstatningsretlig forstand (culpa), og selv om der med en sådan kritik ikke tages stilling til spørgsmålet om årsagsforbindelse mellem fejl og skade, vil der dog ofte være sammenfald mellem de to vurderinger, således

47. Jf. *ibid.* sp. 3307.

48. Denne praksis bidrager i sig selv til at forhale erstatningssagers afgørelse, jf. herved det d. 7/10 1992 fremsatte forslag til folketingsbeslutning (nr. B 2, FT 1992-93) om bl.a. nedbringelse af sagsbehandlingstiden i patientklagenævnet.

at nævnets virksomhed indirekte har betydning for erstatningsspørgsmålet.⁴⁹ Med gennemførelsen af PFL er grundlaget for denne »sammenkædning« af de to problemstillinger forsvundet for så vidt angår de skader, der omfattes af loven. Eftersom erstatningsberettigelsen ikke længere beror på, om der er begået »fejl« eller i øvrigt er grundlag for at rette kritik mod nogen medicinalperson, har der ikke været nogen grund til at tildele patientklagenævnet nogen – direkte eller indirekte – rolle i administrationen af PFL.⁵⁰ Der er således *ingen* organisatorisk sammenkædning mellem patientforsikringsforeningen og patientklagenævnet.

Adskillelsen af spørgsmålene om kritik af den faglige virksomhed og af patientens ret til erstatning rækker imidlertid endnu videre. Som nævnt ovenfor afsnit 3.1. er det væsentligt, at læger m.v. kan hjælpe patienter med anmeldelse af skader til patientforsikringsforeningen (herunder ved oplysning om forvoldte skader og vejledning om deres rettigheder i henhold til PFL, herunder hjælp til udfyldelse af skadesanmeldelse) uden *derved* at risikere, at der tillige rejses en klagesag, selv om patientforsikringsforeningen under sagsbehandlingen måtte finde, at der kunne være grundlag herfor. Patientforsikringsforeningen *skal* derfor *ikke* – og *må ikke* – indbringe nogen sag for patientklagenævnet, uanset hvor åbenbart det måtte være, at der er grundlag for kritik.⁵¹ Der er således sat vandtætte skodder op mellem erstatningssystem og klagesystem – dog kun den ene vej; som nævnt i afsnit 3.1. er der intet til hinder for, at patientklagenævnet hjælper patienter med at få en skade anmeldt til patientforsikringsforeningen. Hvis patienten både ønsker erstatning og en vurdering af, om behandling m.v. giver anledning til kritik, må patienten indgive anmeldelse til begge systemer, hvis sagsbehandling derefter foregår uafhængigt af hinanden. Giver patienten over for patientforsikringsforeningen udtryk for et ønske om en sådan vurdering, bør foreningen vejlede patienten om, at der i så fald må rejses en selvstændig klagesag.

Navnlig fra svensk side har man understreget betydningen af denne adskillelse af hensyn til lægers beredvillighed til at medvirke til, at potentielt erstatningsberettigende skader bliver anmeldt.⁵² Det kan indvendes, at man herved risikerer, at begåede fejl ikke fremover vil blive påtalt i samme udstrækning som tidligere. I det omfang de klagesager, som patienter har

49. Jf. også Patientklagenævnet 1991 s. 73.

50. Jf. *mot.* sp. 3279.

51. Jf. sundhedsministeriets vejledning nr. 125 af 25/6 1992 pkt. 5.2; se endvidere sundhedsministeriets svar på spørgsmål 22 fra Folketingets Sundhedsudvalg (ad lovforslag nr. L 151, FT 1987-88, 1. samling) samt indenrigsministeriets skrivelse af 29/4 1987 (j.nr. 5700/0-66/1986) til Folketingets Kommunaludvalg (ministeriets bemærkninger til høringsskrivelser vedrørende lovforslag nr. L 210, FT 1986-87).

52. Jf. *Hedman: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet* s. 122 og *Oldertz: The Patient, Pharmaceutical and Security Insurances* s. 74 f; se også *Sten Foyn: Pasientforsikring* s. 223.

Kap. 10-4.

rejst, udelukkende eller primært har været motiveret af ønsker om eventuelt at få tilvejebragt et vist grundlag for fremsættelsen af erstatningskrav, må antallet af klagesager forventes at falde.⁵³

I Sverige indtraf et fald på godt 1/5 i årene efter patientforsikringsordningens gennemførelse, men derefter steg antallet af klagesager igen til det tidligere niveau. Som tiden går, kan naturligvis også ændringer i andre forhold få betydning; antallet af klagesager i Sverige har været forholdsvis lille (ligesom der var færre erstatningssager om lægeansvar inden patientforsikringsordningens gennemførelse, end der var herhjemme inden gennemførelsen af PFL), og det er derfor muligt, at en større andel klagesager herhjemme er motiveret af ønsker om at få grundlag for at rejse erstatningssag, således at faldet i antallet af klagesager vil blive større, end det var i Sverige.

Hvis man betragter et faldende antal klagesager – med heraf følgende risiko for, at flere fejl ikke bliver påtalt – som en ulempe, må den afvejes over for de fordele, som PFL frembyder – dels den øgede sandsynlighed for, at patienterne faktisk får de erstatninger, som retsreglerne berettiger dem til, dels et *generelt* øget kendskab til skademekanismer, som kan anvendes i præventivt øjemed.

5. Samordning med eventuel lægemiddelforsikringsordning

Hvis der indføres en (frivillig) lægemiddelforsikringsordning, vil der – som erfaringerne fra Sverige har vist – opstå en række tilfælde, hvor det kan være tvivlsomt, om skaden omfattes af PFL eller af lægemiddelforsikringen (eller eventuelt af ingen af dem), jf. ovenfor kap. 4, afsnit 1.2. Af hensyn hertil er det væsentligt, at der er en *vis samordning* mellem de to forsikringer, såvel med hensyn til *erstatningsudmålingen* som med hensyn til *administrationen* af dem.⁵⁴

Med hensyn til erstatningsudmålingen følger det foreliggende udkast til en dansk lægemiddelforsikringsordning ligesom PFL reglerne i EAL. Bagatelgrænsen er dog en anden, idet der ikke i udkastet opstilles nogen beløbsmæssig bundgrænse; erstatning skal ydes, hvis skadelidte som følge af skaden har været uarbejdsdygtig el. lign. i mindst 14 dage eller er blevet påført varigt mén eller er afgået ved døden. Hvis denne grænse er nået, men ikke beløbsgrænsen i PFL, har skadelidte således en interesse i at søge skaden henført under lægemiddelforsikringen. På den anden side er dækningen efter udkastet på en række punkter snævrere end efter PFL. Navnlige er

53. Jf. *mot.* sp. 3279.

54. Jf. *Rapport* s. 120 og 156 f.

forældelsesfristerne kortere (3 år fra det tidspunkt, hvor skadelidte fik eller burde have fået kendskab til lægemiddelskaden, og 10 år fra det tidspunkt, hvor det pågældende lægemiddel blev *udleveret*). Der kan derfor forekomme tilfælde, hvor kravet mod lægemiddelforsikringen er forældet, mens et krav i henhold til PFL ikke er det, således at skadelidte for så vidt har en interesse i at få skaden henført under PFL. Disse forskelle er selvsagt ikke hensigtsmæssige.⁵⁵

Med hensyn til samordningen af administrationen forestillede man sig ved gennemførelsen af PFL,⁵⁶ at den fornødne tilpasning ville kunne gennemføres ved ændringer i vedtægterne for patientforsikringsforeningen og ved oprettelse af et fælles koordinationsorgan, hvorfra der kunne indhentes vejledende udtalelser i sager, der frembød afgrænsningsproblemer. Navnlig i forbindelse med forslaget om oprettelse af et særligt patient-skadeankenævn, jf. nedenfor kap. 11, afsnit 5, fandt man det dog mere hensigtsmæssigt at tilvejebringe udtrykkelig hjemmel for en sådan koordination, hvilket er sket med reglen i PFL § 18, stk. 1. Der kan herefter bl.a. træffes bestemmelse om en koordination af anmeldelser til forsikringsordningerne, således at skader, der anmeldes til den »forkerte« ordning, formløst kan videreekspereres til den rigtige. Derudover er der i § 18, stk. 3, tilvejebragt hjemmel for, at en række af reglerne om sagsoplysning m.v. for patientforsikringsforeningen også kan overføres på lægemiddelforsikringsordningen.

Det er imidlertid en forudsætning for bestemmelseernes anvendelse, at sundhedsministeren (og justitsministeren som ansvarlig for produktansvarsområdet) kan tiltræde den lægemiddelforsikringsordning, som brancheargumentationerne måtte beslutte sig for at fremlægge.

55. Heller ikke i Sverige har man helt undgået problemet, jf. *Hedman*: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet s. 113.

56. Jf. *mot.* sp. 3275 og 3306.

Kapitel 11: Patientskadeankenævnet

1. Indledning

I det oprindelige lovforslag var Den sociale Ankestyrelse indsat som klageorgan for afgørelser truffet af patientforsikringsforeningen. Nogen egentlig begrundelse for dette valg blev ikke givet, bortset fra en henvisning til, at ankestyrelsen også er ankeorgan på arbejdsskadeforsikringens område.¹ Imidlertid blev det fra flere sider indvendt, at ankestyrelsen savnede den særlige ekspertise, som var nødvendig for at kunne tage stilling til afgørelser i henhold til PFL, og at patientforsikringsforeningen derfor ikke kunne forventes at få tilstrækkelig vejledning om de principper, som skulle lægges til grund for praksis. Dertil kom særligt, at lægemiddelbranchens organisationer under ingen omstændigheder kunne acceptere ankestyrelsen som ankeorgan inden for en lægemiddelforsikringsordning, især fordi man frygtede, at afgørelserne i så fald ville blive truffet snarere ud fra sociale rimelighedsskøn end efter en juridisk fortolkning af forsikringsvilkårene.² Forslaget om brug af ankestyrelsen som ankeorgan ville derfor med sikkerhed være til hinder for en samordning med klagesagsbehandlingen i en eventuel lægemiddelforsikringsordning.

En række forskellige andre muligheder blev overvejet (herunder bl.a. Ankenævnet for Forsikring), men ingen fandtes (bedre) egnet.³ Alternativet var derfor oprettelse af et særligt ankeorgan. Amtsrådsforeningen og lægemiddelbranchens organisationer fremsatte forslag om etablering af et patientskade- og et lægemiddelskadenævn med et betydeligt personsammenfald, der efter svensk mønster skulle have en rådgivende funktion.⁴ Justitsministeriet indvendte imidlertid over for dette forslag,⁵ at det efter

1. Jf. *mot.* sp. 3278; spørgsmålet om ankeorgan blev – ligesom andre spørgsmål om den nærmere administrative organisation – ikke drøftet i detaljer i *Rapport* (jf. s. 142).
2. Denne frygt var dog sikkert overdrevet og byggede til dels på en misforståelse af reglerne om ankestyrelsens kompetence, herunder navnlig reglen i ankestyrelseslovens §9 (lov nr. 530 af 13/8 1986).
3. Jf. sundhedsministerens svar på spørgsmål 19 fra Folketingets Sundhedsudvalg ad lovforslag nr. L 151, FT 1987-88, 1. samling.
4. Jf. rapporten: Redegørelse om etablering af patientforsikring og frivillig erstatningsordning for lægemiddelskader og forslag til fællesløsning, 1988, s. 20 ff.
5. Jf. justitsministeriets skrivelse af 30/3 1988 til sundhedsministeriet (j.nr. L. A. 1988-7904-1).

dansk ret ville være usædvanligt, at der etableredes et rekursystem (en administrativ ankeordning), hvor rekursinstansens afgørelse alene er af rådgivende karakter, og at der ikke var påvist tilstrækkelig grunde til en sådan fravigelse af sædvanlige rekursordninger.

Resultatet af disse overvejelser blev etableringen af patientskadeankenævnet efter reglerne i PFL §§ 14 og 15. Nævnet er et egentligt ankeorgan, der træffer *bindende*, administrative afgørelser i sager, der indbringes for nævnet, efter at patientforsikringsforeningen har truffet afgørelse i første instans. Nævnet er – i modsætning til patientforsikringsforeningen – en del af den *offentlige* (statslige) forvaltning og som sådan umiddelbart undergivet de almindelige regler herom, herunder reglerne i forvaltningsloven og loven om offentlighed i forvaltningen.

Nævnets sammensætning m.v. omtales i afsnit 2 og reglerne om ankebehandling i afsnit 3; reglerne herom (i § 15) svarer indholdsmæssigt til de oprindeligt foreslåede regler om Den sociale Ankestyrelse, bortset fra at klagefristen blev forlænget fra 4 uger til 3 måneder.

Ankenævnets afgørelser kan efter § 16 indbringes for *domstolene*, jf. herom afsnit 4.

Endelig blev der ved reglen i § 18, stk. 2, åbnet mulighed for en vis koordination med ankeorganet for en eventuel lægemiddelforsikringsordning, jf. nedenfor afsnit 5.

2. Patientskadeankenævn

Nævnets sammensætning fremgår af PFL § 14, stk. 1. I modsætning til patientforsikringsforeningen er de driftsansvarliges indflydelse forholdsvis begrænset, idet de – i princippet – kun besætter 3 af de 9 pladser i nævnet; patientforsikringsforeningen er ikke som sådan repræsenteret i nævnet, men kan dog efter § 14, stk. 2, deltage i nævnets behandling af sager ved en repræsentant uden stemmeret.

Nævnets formand, der skal være en dommer, udpeges af sundhedsministeren, der desuden udpeger 2 medlemmer, dels i kraft af ministeriets overordnede ansvar for patientforsikringsordningen, dels i kraft af driftsansvaret for de statslige sygehuse.⁶ De kommunale driftsansvarlige er repræsenteret med 2 medlemmer, der udpeges i fællesskab af Amtrådsforeningen og Københavns og Frederiksberg kommuner; de private driftsansvarlige er (indtil videre) ikke

6. Jf. sundhedsministerens svar på spørgsmål (nr. 6) fra Folketingets Sundhedsudvalg ad lovforslag nr. L 144 (FT 1990-91, 2. samling, tillæg B, sp. 1431). – Efter den foreslåede norske ordning skal ankeinstansen i højere grad være et snævert sammensat ekspertorgan med mindre interessepræsentation, jf. NOU 1992:6 s. 101.

Kap. 11-2.

repræsenteret i nævnet. Dertil kommer 2 sagkyndige medlemmer inden for lægevidenskab, der udpeges af Sundhedsstyrelsen, samt 2 »brugerrepræsentanter«, der udpeges af De samvirkende Invalideorganisationer. Efter § 14, stk. 3, udpeges medlemmerne for en periode på 4 år.

Der er endnu ikke udstedt en forretningsorden for nævnet, idet det afventer en forhandling med nævnet, jf. § 14, stk. 4. Der foreligger dog et udkast hertil, der er optrykt i Sundhedsministeriets regelsamling. Der er heri bl.a. fastsat nærmere regler om suppleanter, mødeafholdelse og om vederlag til nævnets medlemmer.⁷

En af de tidligere fremførte indvendinger mod etablering af et selvstændigt ankeorgan var, at sagsantallet – navnlig i den første tid – måtte forventes at blive meget beskedent, og at det derfor ikke ville være hensigtsmæssigt at etablere et selvstændigt sekretariat for nævnet. Det blev derfor forudsat,⁸ at sekretariatsfunktionen i vidt omfang måtte varetages af patientforsikringsforeningen, bl.a. ved at klagesager forudsattes indgivet til foreningen, der herefter fremsendte klagen til patientskadeankenævnet med sine supplerende oplysninger, bemærkninger til klagen m.v. Tilsyneladende er man gået væk fra denne tanke, idet det i udkastet til forretningsordenen (§ 14) er fastsat, at sundhedsministeriet stiller den fornødne sekretariatsbistand til rådighed for nævnet, og at klager indsendes direkte til nævnet, jf. § 3, stk. 1.

Udgifterne til nævnets virksomhed afholdes af forsikringsselskaberne og de selvforsikrende myndigheder efter samme fordelingsnøgle som udgifterne ved foreningens drift, jf. henvisningen i § 14, stk. 5, til § 12, stk. 2, 2. pkt., se herom ovenfor kap. 10, afsnit 2.3.; se endvidere § 15 i udkastet til forretningsordenen for nævnet.

3. Ankebehandling

Klager over en afgørelse fra patientforsikringsforeningen skal som nævnt indgives direkte til patientskadeankenævnet. Klagen kan ikke indgives til nogen anden administrativ myndighed, og der kan heller ikke i stedet anlægges retssag ved domstolene. Ved en eventuel udnyttelse af adgangen til at delegere kompetencen i visse sager til forsikringsselskaberne og de selvforsikrende myndigheder i henhold til § 13, stk. 1, 2. pkt., skal afgørelsen dog først indbringes for patientforsikringsforeningen, jf. ovenfor kap. 10, afsnit 3.3.

7. Se om det sidstnævnte spørgsmål, Sundhedsudvalgets betænkning om ændringsloven (ad lovforslag nr. L 73, FT 1991-92).

8. Jf. sundhedsministerens besvarelse af spørgsmål (nr. 8) fra Folketingets Sundhedsudvalg ad lovforslag nr. L 144 (FT 1990-91, 2. samling, tillæg B, sp. 1432).

Klageberettiget er den, som afgørelsen *vedrører*, eller som i øvrigt har *retlig interesse* i sagen.⁹ Retten tilkommer således i hvert fald patienten (eller dennes efterladte) og det forsikringselskab eller den selvforsikrende myndighed, der i givet fald skal betale erstatningen, jf. udkastet til forretningsorden § 1, stk. 2. Derudover må det antages, at også den driftsansvarlige forsikringstager er klageberettiget, uanset om forsikringstegningen er obligatorisk eller frivillig.

Mere tvivlsomt er, om også den medicinalperson, som har udført den undersøgelse eller behandling, som sagen drejer sig om, er klageberettiget. Selv om afgørelsen ikke direkte har nogen betydning for vedkommende (bortset fra de – helt atypiske – tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om regres, jf. ovenfor kap. 8, afsnit 3.2.), vil et centralt tema i de fleste sager være, om skaden kunne være undgået, hvis undersøgelse eller behandling var blevet udført anderledes, og der ligger for så vidt heri en vurdering af den pågældendes adfærd, om end ikke en culpavurdering. Det kan derfor ikke afvises, at medicinalpersonen må siges herved at have en vis interesse i sagens afgørelse, men det er usikkert, om den kan anses for tilstrækkelig væsentlig til at begrunde klageberettigelse. Det er dog næppe særligt sandsynligt, at f.eks. en læge skulle ønske at klage over en afgørelse, der tilkender patienten erstatning, som både forsikringselskabet og den driftsansvarlige arbejdsgiver har accepteret.

Klagefristen er efter PFL § 15, stk. 2, *3 måneder* regnet fra det tidspunkt, hvor klageren fik meddelelse om patientforsikringsforeningens afgørelse. Der kan dog efter § 15, stk. 3, ses bort fra overskridelse af fristen, når der er særlig grund hertil. Indgivelse af klage har som hovedregel *ikke* opsættende virkning, jf. § 15, stk. 1, 2. pkt., modsætningsvis. Spørgsmålet om opsættende virkning opstår kun i tilfælde, hvor patientforsikringsforeningens afgørelse har tilkendt patienten en vis erstatning, og denne afgørelse påklages af forsikringselskabet eller af den driftsansvarlige. Hovedreglen indebærer da, at erstatningen skal udbetales trods indgivelsen af klage;¹⁰ får klageren medhold, skal erstatningen naturligvis tilbagebetales. Efter § 4, stk. 3, i udkastet til forretningsorden kan formanden for nævnet efter anmodning fra en klageberettiget part træffe bestemmelse om, at klagen helt eller delvis skal tillægges opsættende virkning, når »særlige hensyn« taler herfor.

Patienteskadeankenævnet har ikke særlige midler til tilvejebringelse af eventuelle yderligere oplysninger i sagen. Reglen i § 17, stk. 1, om indhentelse af oplysninger gælder kun til fordel for patientforsikringsforeningen, der til gengæld har pligt til at videregive oplysningerne til nævnet, hvis de er nødvendige for dets behandling af klagen, jf. § 17, stk. 2. Et led i

9. Jf. *mot.* sp. 3309.

10. Jf. *ibid.*

Kap. 11-3.

forberedelsen af sagen for nævnet vil altid være, at klagen forelægges for patientforsikringsforeningen, som tilsender nævnet sagens akter sammen med en udtalelse vedrørende klagen, jf. § 4, stk. 2, i udkastet til forretningsordenen.

Patientskadeankenævnet er *uafhængigt* i sin virksomhed; sundhedsministeren – eller andre – kan således ikke give nævnet instrukser om den enkelte sags behandling og afgørelse, jf. § 8, stk. 1, i udkastet til forretningsordenen. Nævnet kan fuldt ud efterprøve patientforsikringsforeningens afgørelse, både hvad angår spørgsmålet om erstatningsberettigelse og spørgsmålet om erstatningsudmålingen. Nævnet kan herved stadfæste afgørelsen, ændre den eller ophæve den (og i forbindelse hermed hjemvise den til fornyet behandling i patientforsikringsforeningen, især i tilfælde, hvor nævnet underkender en afgørelse om, at skaden ikke ansås for omfattet af PFL). Efter § 6 i udkastet til forretningsordenen tager nævnet tillige stilling til klager over spørgsmål om aktindsigt vedrørende sager, der behandles i patientforsikringsforeningen.

I udkastet til forretningsordenen er der i øvrigt givet nærmere regler om afstemninger i nævnsmøder, om meddelelse af afgørelser til parterne m.v., om genoptagelse af sager og om offentliggørelse af afgørelser af principiel betydning og i øvrigt om afgivelse af redegørelse for nævnets virksomhed.

Om dækning af udgifter til *advokatbistand* gælder principielt samme synspunkter som ved bistand under patientforsikringsforeningens sagsbehandling, jf. ovenfor kap. 10, afsnit 3.2. Der er således heller ikke her hjemmel til at dække sådanne udgifter, ligesom retshjælpsforsikringen principielt ikke dækker. Det må dog tilføjes, at situationen kan være en noget anden i forbindelse med behandling af en klagesag, idet den må formodes oftere at vedrøre rent juridiske tvivsspørgsmål. Dertil kommer, at tvivsspørgsmålet kan være rejst af »modparten«, idet forsikringssselskabet eller den driftsansvarlige indklager en afgørelse fra patientforsikringsforeningen, som har tilkendt patienten erstatning. Det *kan* i disse tilfælde være rimeligt at dække patientens udgifter til et kvalificeret juridisk modspil hertil. Det samme gælder i tilfælde, hvor patienten klager over et afslag på erstatning, som rejser særlige juridiske problemer (f.eks. et principielt fortolkningsspørgsmål), og hvor klagen tages til følge af patientskadeankenævnet.

Patientskadeankenævnet er som nævnt direkte omfattet af bl.a. reglerne i forvaltningsloven. Nævnet er derfor undergivet samme krav om bl.a. *begrundelse* for sine afgørelser som patientforsikringsforeningen, jf. ovenfor kap. 10, afsnit 3.4.; betydningen heraf er selvsagt ikke mindre ved nævnets afgørelser. For så vidt angår spørgsmålet om *klagevejledning* skal der efter forvaltningslovens § 26 gives oplysning om muligheden for at indbringe afgørelsen for domstolene, når dette kun kan ske inden for en lovbestemt frist, hvilket er tilfældet med hensyn til nævnets afgørelser, jf. nedenfor.

Patientskadeankenævnet har den endelige, *administrative* afgørelse i sagen, jf. PFL §15, stk. 1, 1. pkt. Den kan således ikke indbringes for nogen anden administrativ myndighed, men kun for domstolene, jf. nedenfor.

4. Indbringelse for domstolene

Efter PFL § 16, stk. 1, kan patientskadeankenævnets afgørelse indbringes for *landsretten*; som nævnt ovenfor skal rekursmuligheden være udnyttet, før sagen kan indbringes for domstolene.¹¹ Det skal efter § 16, stk. 2, ske inden 6 måneder efter, at nævnets afgørelse er meddelt, dvs. at stævning skal være udtaget inden for denne frist.

Enhver, der har en »retlig interesse« i afgørelsen, kan indbringe den for domstolene; *mot.* nævner herved skadelidte og forsikringsselskabet.¹² Der er imidlertid ingen tvivl om, at retten også tilkommer en selvforsikrende myndighed og en driftsansvarlig, der har tegnet forsikring, jf. ovenfor om klageberettigelsen. Det må antages, at også patientforsikringsforeningen kan indbringe en nævnsafgørelse for domstolene; der kan navnlig tænkes at være en væsentlig interesse heri i tilfælde, hvor en principiel nævnsafgørelse indebærer en fortolkning af loven, som patientforsikringsforeningen ikke er enig i.

Retten kan foretage en *fuldstændig efterprøvelse* af patientskadeankenævnets afgørelse. *Mot.* henviste herved til,¹³ at det kan være af væsentlig betydning, at der foretages en »bevisvurdering« og ikke kun en »legalitetskontrol«. Efter almindelige principper for domstolskontrol med forvaltningen ville der imidlertid næppe kunne opstilles særlige begrænsninger i omfanget af prøvelsesretten i denne situation. Retten kan under alle omstændigheder på grundlag af sin vurdering af de faktiske omstændigheder selvstændigt tage stilling til alle spørgsmål om erstatningsberettigelsen i henhold til loven og om erstatningsudmålingen. Retten kan stadfæste eller ændre afgørelsen samt eventuelt ophæve den (jf. ovenfor om hjemvisning til realitetsbehandling).

Ved domstolsbehandling træder naturligvis alle ordninger vedrørende retshjælp, fri proces m.v. i funktion.

Landsrettens afgørelse kan efter almindelige retsplejeprincipper indbringes for højesteret.

11. Jf. tilsvarende NOU 1992:6 s. 102.

12. Jf. *mot.* sp. 3309.

13. Jf. *ibid.* sp. 3310

5. Ankeorgan for eventuel lægemiddelforsikringsordning

Efter PFL §18, stk. 2, kan sundhedsministeren efter anmodning fra lægemiddelbranchen udpege formanden og visse medlemmer til et ankeorgan for en eventuel kommende lægemiddelforsikringsordning, der godkendes som samarbejdspartner med patientforsikringsforeningen i henhold til §18, stk. 1. Der kan herved sikres et vist personsammenfald i de to ankeorganer. Det fremgår ikke af bestemmelsen eller af bemærkningerne til den, om det herved er forudsat, at der skal være tale om et egentligt ankeorgan, der kan træffe bindende (administrative) afgørelser. Er det tilfældet, får bestemmelsen næppe nogen betydning, da det foreliggende udkast til en lægemiddelforsikringsordning kun opererer med et rent rådgivende lægemiddelskaderåd.

Den ovenfor nævnte rapport¹⁴ begrundede dette med, at EF-direktivet om produktansvar var til hinder for, at der ad lovgivningens vej blev etableret en ankeinstans med afgørelseskompetence for lægemiddelområdet. Dette er dog ikke korrekt; EF-direktivet indebærer kun, at man ikke kan fratage skadelidte muligheden for at påberåbe sig produktansvarsreglerne, herunder ved anlæg af retssag, frem for at påberåbe sig lægemiddelforsikringen. Ifølge udkastet til en lægemiddelforsikringsordning skal afgørelser i henhold til ordningen endeligt træffes af Den Almindelige Voldgiftsret, der som hovedregel forinden skal indhente en udtalelse fra lægemiddelskaderådet.

Fastholdes forslaget, bliver der således under alle omstændigheder betydelige forskelle mellem de to ankesystemer. Dette kan dog næppe udelukke, at der tilstræbes en vis koordination ved hjælp af reglen i § 18, stk. 2.

14. Jf. note 4.

Bilag

Bilag 1: Lbkg. nr. 849 af 14/10 1992 om patientforsikring	305
Bilag 2: Bkg. nr. 31 af 20/1 1992 om vedtægter for Foreningen af Patientforsikringselskaber (Patientforsikringsforeningen)	310
Bilag 3: Bkg. nr. 216 af 27/3 1992 vedrørende dækningsområdet for lov om patientforsikring	313
Bilag 4: Bkg. nr. 315 af 4/5 1992 om forsikringspligtens gennemførelse efter lov om patientforsikring	315

Bilag 1

Lovbekendtgørelse nr. 849 af 14/10 1992 om patientforsikring (lov nr. 367 af 6/6 1991 som ændret ved lov nr. 239 af 8/4 1992)

Kapitel 1

Erstatningsomfang

Dækningsområde

§ 1. Til patienter, som her i landet påføres fysisk skade i forbindelse med undersøgelse, behandling eller lignende foretaget på offentlige sygehuse og sygehuse, det offentlige har driftsoverenskomst med, ydes erstatning efter reglerne i denne lov. Det samme gælder for efterladte til sådanne patienter.

Stk. 2. Med patienter sidestilles personer, der deltager i biomedicinske forsøg, der ikke indgår som led i diagnostik eller behandling af personens sygdom. Det samme gælder for vævs-, organ- og vævs-væskedonorere.

Stk. 3. Sundhedsministeren fastsætter regler om, hvilke områder der efter stk. 1 og 2 nærmere er omfattet af loven.

Stk. 4. Loven gælder ikke for skader, der er omfattet af lov om erstatning for vaccinationsskader.

Erstatningsberettigende skader

§ 2. Erstatning ydes, hvis skaden med overvejende sandsynlighed er forvoldt på en af følgende måder:

- 1) hvis det må antages, at en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling eller lignende, hvorved skaden ville være undgået,
- 2) hvis skaden skyldes fejl eller svigt i teknisk apparatur, redskaber eller andet udstyr, der anvendes ved eller i forbindelse med undersøgelse, behandling eller lignende,

3) hvis skaden ud fra en efterfølgende vurdering kunne være undgået ved hjælp af en anden til rådighed stående behandlingsteknik eller behandlingsmetode, som ud fra et medicinsk synspunkt ville have været lige så effektiv til behandling af patientens sygdom, eller

4) hvis der som følge af undersøgelse, herunder diagnostiske indgreb, eller behandling indtræder skade i form af infektioner eller andre komplikationer, der er mere omfattende, end hvad patienten med rimelighed må tåle. Der skal herved tages hensyn til dels skadens alvor, dels patientens sygdom og helbredstilstand i øvrigt samt til skadens sjældenhed og mulighederne i øvrigt for at tage risikoen for dens indtræden i betragtning.

Stk. 2. Sundhedsministeren kan fastsætte regler om, hvilke skader der efter stk. 1 nærmere er omfattet af loven. Ministeren kan endvidere fastsætte regler om, at visse skader efter stk. 1, nr. 3, er undtaget fra loven.

§ 3. Skade som følge af, at der ikke er blevet stillet en rigtig diagnose af patientens sygdom, erstattes kun i de i § 2, stk. 1, nr. 1 og 2, nævnte tilfælde.

Stk. 2. Ved ulykkestilfælde, der ikke omfattes af § 2, stk. 1, nr. 2, ydes erstatning kun, hvis skadelidte er under behandling m.v. på et sygehus og ulykken er indtruffet inden for dettes område under sådanne omstændigheder, at sygehuset måtte antages at have pådraget sig erstatningsansvar herfor efter almindelige erstatningsretlige regler.

Bilag 1

Stk. 3. Erstatning efter denne lov ydes ikke for skader, der skyldes egenskaber ved de lægemidler, der er anvendt ved undersøgelse, behandling eller lignende.

§ 4. Til de af § 1, stk. 2, omfattede forsøgspersoner og donorer ydes erstatning for enhver skade, som kan være forårsaget af forsøget eller af udtagelsen af væv m.v., medmindre det er overvejende sandsynligt, at skaden har anden årsag.

Stk. 2. Reglen i stk. 1 gælder ikke ved skader, der omfattes af § 3, stk. 3.

Stk. 3. For de af § 1, stk. 2, 1. pkt., omfattede forsøgspersoner gælder reglen i stk. 1 tilsvarende for psykisk skade.

Erstatningsudmåling m.v.

§ 5. Erstatning og godtgørelse fastsættes efter reglerne i lov om erstatningsansvar.

Stk. 2. Erstatning m.v. efter stk. 1 ydes, såfremt den overstiger 20.000 kr. Sundhedsministeren kan fastsætte regler om, at erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og godtgørelse for svie og smerte kun ydes, såfremt skaden har medført uarbejdsdygtighed eller sygdom ud over en nærmere fastsat periode, der højst kan udgøre 3 måneder.

Stk. 3. Stk. 2 samt regler fastsat i medfør af stk. 2 finder ikke anvendelse på skader, der omfattes af § 4, stk. 1 eller stk. 3, jf. § 1, stk. 2.

Stk. 4. Erstatning ydes ikke til dækning af regreskrav.

§ 6. Erstatningen til patienten eller dennes efterladte kan nedsættes eller efter omstændighederne helt bortfalde, hvis patienten forsætligt eller ved grov uagtsomhed har medvirket til skaden.

§ 7. I det omfang patienten eller dennes efterladte har fået eller har krav på erstatning i henhold til § 5, kan erstatnings-

krav ikke rejses mod nogen, der måtte have pådraget sig erstatningsansvar for skaden.

§ 8. Hvis den, der efter almindelige erstatningsregler måtte have pådraget sig erstatningsansvar over for patienten eller dennes efterladte, er omfattet af § 1, stk. 1, eller i øvrigt er ansat på et sygehus, kan ydelser i henhold til § 5 kun danne grundlag for regreskrav, hvis skaden er forvoldt forsætligt.

§ 8 a. I det omfang der er erstatningsansvar efter reglerne i lov om produktansvar, gælder reglerne i §§ 7 og 8 ikke.

Kapitel 2

Erstatningsordningens organisation

Erstatningspligt

§ 9. Pligt til at yde erstatning efter loven har:

- 1) Enhver driftsansvarlig for offentlige sygehuse og sygehuse, det offentlige har driftsoverenskomst med.
- 2) Driftsansvarlige for institutioner, som foretager biomedicinske forsøg på personer, uden at forsøget indgår som led i diagnostik eller behandling af personens sygdom, og driftsansvarlige for institutioner, som forestår vævs-, organ- og vævsvæskedonorvirksomhed.

Forsikringspligt

§ 10. Krav om erstatning efter loven skal være dækket af en forsikring i et forsikringsselskab, jf. dog § 11, stk. 1.

Stk. 2. Forsikringsselskaber, der har tegnet forsikringer omfattet af denne lov, skal underrette sundhedsministeren herom.

Stk. 3. Sundhedsministeren fastsætter de årlige dækningssummer for de i stk. 1 nævnte forsikringer.

Stk. 4. Dækningssummer fastsat i

medfør af stk. 3 reguleres efter reglerne i § 15 i lov om erstatningsansvar.

Stk. 5. Sundhedsministeren fastsætter bestemmelser om forsikringspligtens gennemførelse, herunder minimumsbetingelser for forsikringsselskabernes tegning af forsikringer omfattet af denne lov. Ministeren fastsætter herunder bestemmelser om,

- 1) at forsikringsselskaber, der har tegnet forsikringer omfattet af denne lov, i fællesskab yder erstatning i tilfælde af overtrædelse af stk. 1,
- 2) at forsikringsselskaber, der har tegnet forsikringer omfattet af denne lov, i fællesskab yder erstatning i tilfælde, hvor den enkelte driftsansvarliges erstatningspligt overstiger forsikringens dækningssum fastsat i medfør af stk. 3,
- 3) at forsikringsselskaber, der har tegnet forsikringer omfattet af denne lov, og selvforsikrende myndigheder i fællesskab yder erstatning efter § 5, hvor det ikke er muligt med rimelig sikkerhed at udpege den erstatningspligtige efter § 9.

Stk. 6. Ministeren fastsætter bestemmelser om maksimering af den fælles erstatningsforpligtelse efter stk. 5, nr. 1-3.

Stk. 7. Præmier for forsikringerne tillægges udpantningsret.

§ 11. Staten og kommunerne er undtaget fra forsikringspligt efter § 10.

Stk. 2. Sundhedsministeren kan godkende, at kommunerne efter aftale overtager forsikringspligten efter § 10, stk. 1, for de private driftsansvarlige, jf. § 9. Overtagelsen kan kun ske for de private driftsansvarlige, som udøver virksomhed inden for kommunens område.

Stk. 3. Kommunerne kan kræve omkostningerne ved de i stk. 2 nævnte forsikringsordninger dækket hos de private driftsansvarlige, der er omfattet af ordningerne.

Stk. 4. Sundhedsministeren fastsætter de årlige dækningssummer for de i stk. 2 nævnte forsikringer.

Stk. 5. Dækningssummer fastsat i medfør af stk. 4 reguleres efter reglerne i § 15 i lov om erstatningsansvar.

Stk. 6. § 10, stk. 5, nr. 1 og 2, samt stk. 6, finder ikke anvendelse, såfremt en kommune efter stk. 2 har overtaget forsikringspligten.

Stk. 7. Der tillægges kommuner udpantningsret for de i stk. 3 nævnte omkostninger.

Patientforsikringsforeningen

§ 12. Forsikringsselskaber, som har tegnet forsikringer omfattet af denne lov, opretter i fællesskab en patientforsikringsforening og vælger en bestyrelse for foreningen. Sundhedsministeren kan bestemme, at staten og de kommuner, som er selvforsikrende, kan blive medlem af bestyrelsen.

Stk. 2. Sundhedsministeren fastsætter vedtægter for foreningens styrelse og virksomhed. Udgifter til foreningens drift samt udgifter, der i øvrigt pålægges foreningen efter loven, afholdes af forsikringsselskaberne og selvforsikrende myndigheder efter en fordeling, som fastsættes i vedtægterne.

Stk. 3. Patientforsikringsforeningen afgiver en årlig redegørelse til sundhedsministeren om sin virksomhed.

Sagernes behandling

§ 13. Patientforsikringsforeningen modtager, oplyser og afgør alle erstatningssager efter denne lov. Foreningen kan efter nærmere bestemmelse i vedtægterne bemyndige de enkelte forsikringsselskaber og selvforsikrende myndigheder til selv at oplyse og afgøre nærmere beskrevne sagstyper.

Stk. 2. Patientforsikringsforeningen kan lade vidner afhøre ved byretten på det sted, hvor de bor.

Bilag 1

Stk. 3. Patientforsikringsforeningens afgørelser meddeles vedkommende forsikringsselskab, staten eller selvforsikrende kommune, som herefter skal udbetale de fastsatte ydelser.

§ 14. Sundhedsministeren nedsætter et patientskadeankenævn, der består af:

- 1) En af sundhedsministeren udnævnt formand, som skal være dommer,
- 2) 2 medlemmer udpeget af sundhedsministeren,
- 3) 2 sagkyndige medlemmer inden for lægevidenskab udpeget af Sundhedsstyrelsen,
- 4) 2 medlemmer udpeget i fællesskab af Amtsrådsforeningen i Danmark og Københavns og Frederiksberg Kommuner,
- 5) 2 medlemmer udpeget af De Samvirkende Invalideorganisationer.

Stk. 2. En repræsentant fra patientforsikringsforeningen kan deltage uden stemmeret ved nævnets behandling af sager.

Stk. 3. Patientskadeankenævnets medlemmer udpeges for 4 år. Finder udpegningen sted i løbet af en periode, gælder den kun til periodens udløb.

Stk. 4. Sundhedsministeren fastsætter efter forhandling med Patientskadeankenævnet dets forretningsorden.

Stk. 5. Udgifter til drift af Patientskadeankenævnet afholdes af forsikringsselskaberne og selvforsikrende myndigheder efter den fordeling, som fastsættes af sundhedsministeren efter § 12, stk. 2, 2. pkt.

§ 15. De afgørelser, der træffes efter § 13, kan indbringes for Patientskadeankenævnet, der har den endelige administrative afgørelse. Patientskadeankenævnet kan tillægge en klage opsættende virkning.

Stk. 2. Klage til Patientskadeankenæv-

net indgives inden 3 måneder efter, at klageren har fået meddelelse om afgørelsen.

Stk. 3. Patientskadeankenævnet kan se bort fra overskridelse af klagefristen, når der er særlig grund hertil.

§ 16. Patientskadeankenævnets afgørelse kan indbringes for landsretten, der kan stadfæste, ophæve eller ændre afgørelsen.

Stk. 2. Indbringelse skal ske inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt.

§ 17. Patientforsikringsforeningen kan af kommuner, amtskommuner og andre vedkommende, herunder sygehuse, institutioner, behandlende læger m.v. samt den skadelidte, forlange meddelt enhver oplysning, herunder sygehusjournaler, journaloptegnelser m.v., som foreningen skønner er af betydning for behandling af sager efter loven.

Stk. 2. Patientforsikringsforeningen skal afgive de oplysninger til Patientskadeankenævnet og Sundhedsministeriet, som er nødvendige for disse myndigheds varetagelse af opgaver efter loven.

Kapitel 3

Lægemiddelforsikringsordning

§ 18. Sundhedsministeren kan godkende, at patientforsikringsforeningen samarbejder med en lægemiddelforsikringsordning, som oprettes af lægemiddelbranchens organisationer i Danmark.

Stk. 2. Sundhedsministeren kan efter anmodning fra lægemiddelbranchen udpege formanden og visse medlemmer til et ankeorgan, der er omfattet af en sådan lægemiddelforsikringsordning.

Stk. 3. Sundhedsministeren kan efter forhandling med justitsministeren fastsætte regler om,

- 1) at organerne i en lægemiddelforsikringsordning kan indhente de i § 17,

- stk. 1, nævnte oplysninger,
- 2) at forvaltningsloven og offentlighedsloven samt straffelovens bestemmelser om tavshedspligt finder anvendelse på administrationen, og
 - 3) at § 13, stk. 2, om vidneafhøring finder tilsvarende anvendelse på organerne i en lægemiddelforsikringsordning.

Kapitel 4

Forældelses- og straffebestemmelser

§ 19. Erstatningskrav efter denne lov skal være anmeldt til patientforsikringsforeningen senest 5 år efter, at den erstatningsberettigede har fået eller burde have fået kendskab til skaden.

Stk. 2. Forældelse af erstatningskrav indtræder dog senest 10 år efter den dag, skaden er forårsaget.

§ 20. Overtrædelse af § 10, stk. 1, straffes med bøde. For overtrædelse, der begås af aktieselskaber, anpartsselskaber, andelselskaber eller lignende, kan der pålægges selskabet som sådant bødeansvar.

Kapitel 5

Ikrafttrædelsesbestemmelser m.v.

§ 21. Loven træder i kraft den 1. juli 1992 og finder anvendelse for skader, der forårsages efter lovens ikrafttræden.

§ 22. Loven gælder ikke for Færøerne og Grønland, men kan ved kongelig anordning sættes i kraft for disse landsdele med de afvigelser, som de særlige færøske og grønlandske forhold tilsiger.

Bilag 2

Bekendtgørelse nr. 31 af 20/1 1992 om vedtægter for Foreningen af Patientforsikringsselskaber (Patientforsikringsforeningen)

I medfør af §12, stk. 2, i lov nr. 367 af 6. juni 1991, om patientforsikring fastsættes:

Kapitel 1

Foreningens navn, hjemsted og formål

§ 1. Foreningens navn er Foreningen af Patientforsikringsselskaber (Patientforsikringsforeningen). Dens hjemsted er København.

§ 2. Foreningens formål er at administrere den i lov om patientforsikring regulerede patientforsikringsordning. Foreningen skal herunder modtage, oplyse og afgøre alle erstatningssager efter loven, jf. dog stk. 3.

Stk. 2. Foreningen skal endvidere hos forsikringsselskaber og selvforsikrende myndigheder foretage opkrævning til dækning af erstatninger, der udbetales i medfør af §10, stk. 4, i lov om patientforsikring, jf. § 11, stk. 3-6.

Stk. 3. Foreningen kan efter indhentet godkendelse fra sundhedsministeren bemyndige de enkelte forsikringsselskaber og selvforsikrende myndigheder til selv at oplyse og afgøre nærmere beskrevne sagstyper.

Stk. 4. Foreningen skal afgive de oplysninger til Patientskadeankenævnet og Sundhedsministeriet, som er nødvendige for disse myndigheders varetagelse af opgaver efter loven.

Kapitel 2

Medlemmer

§ 3. Medlemmer af foreningen er forsikringsselskaber, som har tegnet forsik-

ringer omfattet af lov om patientforsikring, og som har givet sundhedsministeren underretning herom.

§ 4. Medlemmerne er forpligtet af de bestemmelser om forsikringspligtens gennemførelse, der fastsættes af sundhedsministeren.

§ 5. Et medlem, der ophører med tegning af forsikringer omfattet af lov om patientforsikring, udtræder af foreningen senest ved kalenderårets udgang.

Stk. 2. Intet medlem kan ved udtræden af foreningen unddrage sig de forpligtelser og/eller udgifter, som påhviler det i henhold til lov om patientforsikring og bestemmelser fastsat i medfør heraf.

Kapitel 3

Bestyrelsens sammensætning og opgaver

§ 6. Foreningen ledes af en bestyrelse, der består af 7 medlemmer.

Stk. 2. 1 medlem udpeges af sundhedsministeren. De øvrige 6 medlemmer udpeges af forsikringsgiverne og de selvforsikrende myndigheder i forhold til henholdsvis forsikringsgivernes samlede årlige præmieindtægter og et af bestyrelsen for de selvforsikrende myndigheder skønsmæssigt fastsat beregnet præmiebeløb svarende til risikoen, jf. dog stk. 3.

Stk. 3. De selvforsikrende myndigheder har dog uanset stk. 2 altid ret til at udpege mindst 1 medlem til bestyrelsen.

Stk. 4. Medlemmer, der repræsenterer forsikringsgiverne, udpeges i fællesskab af forsikringsgiverne.

Stk. 5. Medlemmer, der repræsenterer selvforsikrende myndigheder, udpeges i fællesskab af de selvforsikrende myndigheder.

Stk. 6. Bestyrelsen foretager den i stk. 2 nævnte opgørelse af medlemsfordelingen og giver årligt forsikringsgivere og selvforsikrende myndigheder meddelelse herom inden udgangen af oktober måned, jf. stk. 7.

Stk. 7. Medlemmer af bestyrelsen udpeges for 1 år ad gangen. Medlemsperioden følger kalenderåret.

Stk. 8. Der kan udpeges faste supplement.

§ 7. Bestyrelsen fastsætter i overensstemmelse med gældende praksis honorering af medlemmer og formand.

§ 8. Bestyrelsen vælger selv blandt sine medlemmer en formand samt en næstformand, der i formandens fravær træder i dennes sted.

Stk. 2. Bestyrelsen indkaldes til møde, når formanden finder det fornødent, eller når mindst 3 bestyrelsesmedlemmer fremsætter ønske herom. Dagsorden skal angives.

Stk. 3. Der tages referat af bestyrelsens møder.

Stk. 4. Bestyrelsen er beslutningsdygtig, når over halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne, herunder formanden eller næstformanden er til stede. Bestyrelsens beslutninger træffes ved almindeligt stemmefertal. I tilfælde af stemmelighed er formandens stemme afgørende.

§ 9. Bestyrelsen godkender foreningens årsregnskab og foretager valg af revisorer.

Stk. 2. Bestyrelsen træffer i øvrigt nærmere bestemmelse om udførelse af sit hverv ved en forretningsorden, der godkendes af sundhedsministeren.

Kapitel 4

Foreningens drift, økonomi m.v.

§ 10. Foreningens daglige virksomhed varetages af et sekretariat, der ledes af en af bestyrelsen udpeget person.

§ 11. Udgifter til foreningens drift og administration samt udgifter, der i øvrigt pålægges foreningen efter lov om patientforsikring, afholdes af hver enkelt af forsikringsgiverne og de enkelte selvforsikrende myndigheder i forhold til henholdsvis forsikringsgivernes samlede årlige præmieindtægter og et af bestyrelsen for de selvforsikrende myndigheder skønsmæssigt beregnet årligt præmiebeløb svarende til risikoen.

Stk. 2. Forsikringsgiverne og de selvforsikrende myndigheder hæfter solidarisk for de i stk. 1 nævnte udgifter i henhold til samme fordelingsnøgle.

Stk. 3. Udgifter afholdt af foreningen til de i § 10, stk. 4, nr. 1 og 2, i lov om patientforsikring nævnte puljer, betales af forsikringsgiverne i forhold til de enkelte forsikringsgiveres årlige præmieindtægt fra forsikringspligtige.

Stk. 4. Erstatninger afholdt i henhold til § 10, stk. 4, nr. 3, i lov om patientforsikring, betales af forsikringsgiverne og de selvforsikrende myndigheder i forhold til henholdsvis forsikringsgivernes samlede årlige præmieindtægter og et af bestyrelsen for de selvforsikrende myndigheder skønsmæssigt beregnet præmiebeløb svarende til risikoen.

§ 12. Foreningen afgiver en årlig redegørelse til sundhedsministeren om sin virksomhed.

§ 13. Foreningen tegnes af bestyrelsens formand eller næstformand i forening med et andet bestyrelsesmedlem eller med lederen af foreningens sekretariat.

§ 14. Foreningens regnskabsår er kalenderåret.

Bilag 2

§ 15. Foreningens regnskab revideres af 2 af bestyrelsen for ét år ad gangen valgte revisorer, hvoraf mindst én revisor skal være statsautoriseret.

Kapitel 5

Vedtægtsændringer

§ 16. Foreningens vedtægter kan ændres af sundhedsministeren efter indhentet udtalelse fra bestyrelsen.

Kapitel 6

Ikrafttræden m.v.

§ 17. Det stiftende møde i foreningens bestyrelse afholdes inden udgangen af april 1992.

Stk. 2. Som betingelse for adgang til at udpege medlemmer til foreningens bestyrelse skal forsikringsselskaber, der har

tegnet forsikringer omfattet af lov om patientforsikring, senest 15. februar 1992 underrette sundhedsministeren herom, herunder for hvem forsikring er tegnet samt størrelsen af de samlede årlige præmieindtægter.

Stk. 3. Selvforsikrende myndigheder skal ligeledes senest 15. februar 1992 underrette sundhedsministeren som betingelse for at udpege medlemmer til foreningens bestyrelse.

Stk. 4. Sundhedsministeren udarbejder forud for foreningens stiftelse en opgørelse over fordelingen af medlemmer i bestyrelsen efter den i § 6, stk. 2 nævnte fordelingsnøgle.

§ 18. Foreningens første regnskabsår løber fra stiftelsen til 31. december 1992.

§ 19. Bekendtgørelsen træder i kraft den 30. januar 1992.

Bilag 3

Bekendtgørelse nr. 216 af 27/3 1992 vedrørende dækningsområdet for lov om patientforsikring

I medfør af § 1, stk. 3, i lov nr. 367 af 6. juni 1991 om patientforsikring fastsættes:

§ 1. Med de præciseringer, der nærmere er indeholdt i denne bekendtgørelse, ydes erstatning efter lov om patientforsikring til:

- 1) Patienter, som her i landet påføres fysisk skade i forbindelse med undersøgelse, behandling eller lignende foretaget på offentlige sygehuse og sygehuse, det offentlige har driftsoverenskomst med. Det samme gælder for efterladte til sådanne patienter.
- 2) Personer, der deltager i biomedicinske forsøg, der ikke indgår som led i diagnostisk eller behandling af personens sygdom, idet disse sidestilles med patienter efter nr. 1. Tilsvarende ydes erstatning til vævs-, organ- og vævs-væskedonorer.

Stk. 2. Skader, der skyldes egenskaber ved de lægemidler, der er anvendt ved undersøgelse, behandling, forsøg eller lignende efter stk. 1, er ikke omfattet af denne bekendtgørelse, jf. lovens § 3, stk. 3 og § 4, stk. 2.

§ 2. Offentlige sygehuse, jf. § 1, omfatter statens sygehuse samt de sygehuse, som amtskommunerne og Københavns og Frederiksberg kommuner (sygehuskommunerne) driver i henhold til lovgivningen om sygehusvæsenet.

Stk. 2. De statslige sygehuse omfatter Rigshospitalet med herunder hørende sygehusinstitutioner.

§ 3. Sygehuse, som det offentlige har driftsoverenskomst med, jf. § 1, stk. 1, nr. 1, omfatter sådanne private herunder foreningsejede sygehuse, hvormed en sygehuskommune har indgået en driftsoverenskomst, hvorefter kommunen som led i løsning af sine opgaver under sygehusvæsenet, har aftalt at benytte og betale for en del af institutionens senge- samt eventuelle ambulatoriefaciliteter m.v. Tilsvarende er omfattet private sygehuse, hvor sygehuskommunerne, uden at en egentlig driftsoverenskomst foreligger, benytter og betaler for nævnte faciliteter.

Stk. 2. Afgrænsningen af private sygehuse efter stk. 1, ændres ikke af, at staten eller andre måtte yde helt eller delvist tilskud til driften af disse sygehuse.

§ 4. De i §§ 2 og 3 nævnte sygehuse omfatter ikke følgende institutioner:

- 1) kur- og rekonvalescenthjem,
- 2) behandlingsinstitutioner for alkoholskadede,
- 3) private eller offentlige klinikker eller lægehuse, der behandler patienter ambulante eller ved kortere døgnhvile mod patientens egen betaling eller med mulighed for tilskud efter lov om offentlig sygesikring, samt
- 4) private betalings-sygehuse, bortset fra sygehuse, hvor mindst halvdelen af driftsudgifterne måtte vedrøre behandling af patienter betalt af staten eller sygehuskommunerne.

Stk. 2. I et bilag til bekendtgørelsen er opregnet de private sygehuse, der på

Bilag 3

tidspunktet for bekendtgørelsens udstedelse anses for omfattet af lovens dækningsområde.

§ 5. Erstatning efter lov om patientforsikring ydes for skader, der er forårsaget inden for det geografiske område for de efter denne bekendtgørelse omfattede sygehuse, jf. dog stk. 4.

Stk. 2. Skader efter loven forårsaget udenfor sygehusets geografiske område i lokaliteter indrettet til behandlingsformål efter sygehusets anvisning er ligeledes omfattet af lovens område, forudsat patienten fortsat er under sygehusets direkte behandlingsansvar, f.eks. skader efter loven opstået i patientens eget hjem, hvor dette er særligt indrettet til hjemmedialyse.

Stk. 3. Skader efter loven forårsaget under transport af patienter mellem forskellige sygehuse i et særligt af sygehusvæsenet til sygetransport tilvejebragt befordringsmiddel er ligeledes omfattet af lovens område.

Stk. 4. Skader forårsaget på sygehusets geografiske område i tilfælde, hvor patienten står under ansvar af andre end sygehusmyndigheden, er ikke omfattet af lovens område. Dette gælder ligeledes i tilfælde, hvor patienten undersøges eller behandles på sygehus af en læge efter de særlige regler om lægers adgang til at behandle egne patienter fra lokaliteter på sygehuset.

§ 6. Til personer, der er omfattet af §1, stk. 1, nr. 2, ydes erstatning efter loven i tilfælde, hvor forsøg m.v. er foretaget på sygehuse, jf. §§ 2-5, på statslige højere uddannelsesinstitutioner (universiteter og højere læreanstalter) eller andensteds, hvis de er udført under direkte ansvar for de nævnte sygehuse eller højere uddannelsesinstitutioner.

Stk. 2. Skader efter loven forårsaget

på personer, der deltager i biomedicinske forsøg m.fl., jf. § 1, stk. 1, nr. 2, omfatter ikke skader forårsaget i privat læge- eller tandlægepraksis eller lignende samt i private firmaer eller foreninger, medmindre forsøget udføres under direkte ansvar af et af de i stk. 1 nævnte sygehuse eller en af de nævnte højere uddannelsesinstitutioner.

Stk. 3. I tilfælde hvor forsøg m.fl. udføres udenfor sygehuse og højere uddannelsesinstitutioner under disses direkte ansvar, jf. stk. 1, vil den erstatnings- og eventuelle forsikringspligtige efter lov om patientforsikring være vedkommende sygehus eller højere uddannelsesinstitution.

§ 7. Sundhedsministeriet træffer i øvrigt i tvivlstilfælde afgørelse i sager om, hvorvidt en institution eller lignende er omfattet af forsikringspligten efter lov om patientforsikring.

§ 8. Bekendtgørelsen træder i kraft 1. juli 1992.

Bilag

Oversigt over sygehuse, hvormed det offentlige har driftsoverenskomst eller lignende, og som anses for omfattet af lov om patientforsikring

Kolonien Filadelfias Epilepsihospital,
Dianalund
Sclerosehospitalet, Haslev
Sclerosehospitalet, Ry
Sct. Maria Hospital, Vejle
Niels Steensen og Hvidøre Hospital,
Gentofte
Dronning Alexandrines Gigtsanatorium,
Middelfart
Gigthospitalet i Skælskør
Kong Christian den X's Gigthospital i
Gråsten
Gigtsanatoriet Hans Jansens Hjem i Skåde, Århus

Bilag 4

Bekendtgørelse nr. 315 af 4/5 1992 om forsikringspligtens gennemførelse efter lov om patientforsikring

I medfør af § 10, stk. 3, og stk. 5-6, og § 11, stk. 4, i lov nr. 367 af 6. juni 1991 om patientforsikring, som ændret ved lov nr. 239 af 8. april 1992, fastsættes:

Kapitel 1

Indledende bestemmelser

§ 1. Bestemmelserne i denne bekendtgørelse finder anvendelse på forsikringer, der tegnes til dækning af krav i medfør af lov om patientforsikring.

§ 2. Et forsikringsselskab, der tilbyder at tegne forsikring i medfør af lov om patientforsikring, er forpligtet til at overtage forsikring for enhver forsikringspligtig med de begrænsninger, der følger af selskabets vedtægter eller dets koncession.

§ 3. Forsikringer tegnet til dækning af krav i henhold til lov om patientforsikring skal omfatte alle krav efter loven, jf. dog § 12.

Kapitel 2

Hæftelse

§ 4. Forsikringsselskaber, der har tegnet forsikringer omfattet af lov om patientforsikring, hæfter for så vidt angår de lovpligtige forsikringer pro rata efter den i stk. 2 fastsatte fordelingsnøgle for et samlet beløb på indtil 50 mio. kr. pr. år for dækning af krav om erstatning efter loven mod en forsikringspligtig, der ikke har opfyldt sin forsikringspligt, jf. lovens § 10, stk. 5, nr. 1. Endvidere hæfter

de pågældende forsikringsselskaber for de nævnte lovpligtige forsikringer subsidiært solidarisk for det nævnte beløb.

Stk. 2. Forsikringsselskaberne hæfter for de i stk. 1 nævnte udgifter i forhold til de enkelte forsikringsselskabers årlige præmieindtægt fra forsikringspligtige.

Stk. 3. Der er regres over for den pågældende forsikringspligtige driftsansvarlige myndighed for beløb, som forsikringsselskaberne har betalt i medfør af stk. 1, samt adgang til at opkræve den ubetalte præmiesum.

§ 5. De i § 4 nævnte forsikringsselskaber hæfter for de lovpligtige forsikringer i henhold til lov om patientforsikring desuden pro rata efter den i § 4, stk. 2, fastsatte fordelingsnøgle for et samlet beløb på indtil 50 mio. kr. i tilfælde, hvor den enkelte forsikringspligtiges erstatningspligt overstiger forsikringens dækningssum efter § 8, jf. lovens § 10, stk. 5, nr. 2. Endvidere hæfter de pågældende forsikringsselskaber for de nævnte lovpligtige forsikringer subsidiært solidarisk for det nævnte beløb.

Stk. 2. Der er regres over for den enkelte forsikringspligtige driftsansvarlige myndighed for beløb, som forsikringsselskaberne har betalt i medfør af stk. 1.

§ 6. Forsikringsselskaber, der har tegnet forsikringer for erstatningskrav i henhold til lov om patientforsikring, samt de selvforsikrende myndigheder hæfter pro rata efter den i stk. 2 fastsatte fordelingsnøgle for et samlet beløb på indtil 100 mio. kr. pr. år for dækning af erstat-

Bilag 4

ningskrav, hvor det ikke er muligt med rimelig sikkerhed at udpege den erstatningspligtige efter lovens §9, jf. lovens §10, stk. 5, nr. 3. Endvidere hæfter de pågældende forsikringsselskaber samt de selvforsikrende myndigheder subsidiært solidarisk for det nævnte beløb.

Stk. 2. Forsikringsselskaberne og de selvforsikrende myndigheder hæfter for de i stk. 1 nævnte udgifter i forhold til henholdsvis forsikringsselskabernes samlede årlige præmieindtægter og et af bestyrelsen for Patientforsikringsforeningen for de selvforsikrende myndigheder skønsmæssigt beregnet præmiebeløb svarende til risikoen.

Stk. 3. Forsikringsselskaberne og de selvforsikrede myndigheder har regres for beløb, der er udbetalt i medfør af stk. 1 over for den erstatningspligtige, såfremt den erstatningspligtige efterfølgende kan udpeges.

§7. Hæftelsen for de i §4 nævnte forsikringsselskaber vedvarer for så vidt angår de lovpligtige forsikringer i henhold til lov om patientforsikring for erstatningskrav opstået som følge af skade, der er forårsaget, inden et selskab er ophørt med at tegne forsikring i henhold til loven.

Kapitel 3

Dækningssummer

§8. For forsikringspligtige er dækningssummen som minimum 20 mio. kr. pr. år for skader forårsaget i forsikringstiden.

Stk. 2. Hvis en forsikringspligtig har beskæftiget mere end 4 læger, omregnet til fuldtidsansatte, forøges dækningssummen som følger:

1) For de næste 10 læger, omregnet til fuldtidsansatte, tillægges 2 mio. kr. pr. læge.

2) For de efterfølgende læger, omregnet til fuldtidsansatte, tillægges 500.000 kr. pr. læge.

Stk. 3. Med henblik på regulering af dækningssummen pr. 1. januar i det efterfølgende år skal forsikringspligtige hvert år pr. 1. oktober til deres forsikringsselskab indberette antallet af de på dette tidspunkt beskæftigede læger, omregnet til fuldtidsansatte.

§9. For staten og de kommuner, der har valgt at tegne forsikring efter loven, gælder ingen regler om dækningssum.

Kapitel 4

Forsikringstid

§10. Forsikringer efter loven træder i kraft fra det tidspunkt, hvor den underskrevne begæring modtages af selskabet, medmindre en anden senere ikrafttrædelsestid er aftalt med forsikringstageren.

§11. Forsikringer, tegnet af forsikringspligtige, skal dække erstatningskrav i tiden, indtil kravet er forældet, jf. lovens §19, stk. 2.

§12. Forsikringer, tegnet af staten og kommuner, skal dække erstatningskrav, der er forårsaget i forsikringstiden og anmeldt senest 3 måneder efter forsikringens ophør.

Kapitel 5

Ikrafttræden

§13. Bekendtgørelsen træder i kraft den 20. maj 1992.

Litteraturfortegnelse

- Brazier, Margaret: *Medicine, Patients and the Law*, England 1987
- Broberg, Morten og Fenger, Niels: *Den lægelige profession og culpanormen*, *Justitia* 1991 nr. 5, 1991
- Bull, Kirsti Strøm: *Midlertidig ordning med pasientskadeerstatning. Erfaringer etter ett år*, *Lov og Rett* 1989 s. 243-256.
- Eklund, Anders-Erik: *The Swedish Patient Insurance System – A review with special reference to the judgment of surgical cases*, *Acta Chir Scand*, suppl 520:7-10, 1984
- Eyben, Bo von: *Kompensation for personskade I – Reformering af ulykkeskompensationen*, 1983
- Eyben, Bo von: *Kompensation for personskade II – En rettsociologisk undersøgelse*, 1988
- Eyben, Bo von: *Erstatning for skader ved deltagelse i biomedicinske forsøg*, 1984
- Eyben, Bo von: *Lægeansvar*; i »*Medicinsk Etik*«, red. af Daniel Andersen, Carl Erik Mabeck og Povl Riis, s. 215-251, 1985
- Eyben, Bo von: *Patientforsikring – Den danske udgave af den nordiske model*, *NFT* 1987 s. 233-244
- Eyben, Bo von: *Ansvarsreguleringer – Udviklingen i Nordisk ret i et EF-perspektiv*, *NFT* 1992 s. 233-246
- Eyben, Bo von og Loiborg, Steen: *Patientforsikringsloven*, *J* 1992 s. 373-379
- Foyn, Sten: *Pasientforsikring*; i: Sten Foyn, Anne Margrethe Lund og Ola Viken: *Pasienters retsstilling*, s. 161-284, Oslo 1990
- Giesen, Dieter: *International Medical Malpractice Law – A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, Thübingen 1988
- Hedman, Anders: *Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet*, Stockholm 1984
- Kommittébetänkande 1982:29. Betänkande avgivet av kommissionen för frågor om rättsskydd inom hälsovården I – Förslag till patientskadelag*, Helsingfors 1982
- Läkemedelsskadenämnden. Rättsfall – Försäkring och Skadestånd: Läkemedelsskadenämnden*, Stockholm 1991
- Medical Responsibility in Western Europe* (ed. by E. Deutsch and H.-L. Schreiber), Berlin 1985
- No Fault Compensation in Medicine* (ed. by Ronald D. Mann and John Havarad); *The proceedings of a joint meeting of the Royal Society of*

Litteraturliste

- Medicine and the British Medical Association, held on 12-13 January 1989, London 1989
- NOU 1980:29: Produktansvaret
- NOU 1992:6: Erstatning ved pasientskader
- Nørgaard, Jørgen og Vagner, Hans Henrik: Lærebog i erstatningsret, 1990
- Oldertz, Carl: Patient- og lækemedelsforsikringarna, JFT 1981 s. 378-403
- Oldertz, Carl: The Patient, Pharmaceutical and Security Insurances; i: Compensation for Personal Injury, red. af Carl Oldertz og Eva Tidefelt, s. 51-78, Stockholm 1988
- Patientklagenævnet. Sundhedsvæsenets Patientklagenævn: Årsberetning 1990 og 1991
- Patientkadenämnden. Rättsfall – Försäkring och skadestånd: Patientskadenämnden (under udgivelse)
- Rapport fra Den alm. danske lægeforenings Seminar om patient- og lægemiddelforsikring, afholdt d. 24/5 1983
- Rapport. Patient- og lægemiddelforsikring. Rapport fra den af indenrigsministeriet nedsatte arbejdsgruppe vedrørende en dansk patient- og lægemiddelforsikringsordning, 1986
- Rasmussen, Jan: *Det iatrogene ansvar* – om lægers ansvar, 1988
- Retslægerådets årsberetning(er) for 1988 (1990), 1989 (1991) og 1990 (1992)
- Rosenthal, Marilyn M: *Dealing with Medical Malpractice* – The British and Swedish experience, London 1987
- Segest, Erling: *Patients' Complaints*. A study of Patients' Complaints received by the Danish National Board of Health in 1984 and 1985 regarding physicians' conduct, 1990
- Sundhedsministeriet: Lov om patientforsikring med dertil knyttede bekendtgørelser og vejledninger, 1992
- Sølling, Pernille: *Patientforsikringsloven*, UfR 1992 B s. 42-47
- Tidemand-Petersson, B. V.: *Lægeansvar*, 2. udg., 1978

Forkortelser

B	byrettsdom
bet.	betænkning
bkg.	bekendtgørelse
cirk.	cirkulære
DL	Danske Lov
EAL	Erstatningsansvarslov (lovbekendtgørelse nr. 599 af 8/9 1986 som ændret ved lov nr. 196 af 29/3 1989 og lov nr. 389 af 7/6 1989)
FT	Folketingstidende
H	højesteretsdom
ibid.	på samme sted (som angivet i samme eller forudgående note)
J	Juristen
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KgF	Kommunernes gensidige Forsikringssselskab
lbkg.	lovbekendtgørelse
<i>mot. sp.</i>	motiver spalte(nummer) – Bemærkninger til forslag til lov om patientforsikring, FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3267-3312
NFT	Nordisk Forsikringstidsskrift
NOU	Norges offentlige utredninger
PAL	Produktansvarslov (lov nr. 371 af 7/6 1989 om produkt- ansvar)
PFL	Patientforsikringslov (lovbekendtgørelse nr. 849 af 14/10 1992)
UfR (B)	Ugeskrift for Retsvæsen (litterær afdeling)
Ugeskr Læger	Ugeskrift for Læger
V	vestre landsrettsdom
Ø	østre landsrettsdom

Lovregister

(Hvor der er flere sidehenvisninger i relation til PFL, markerer **fed** skrift det sted, hvor den pågældende bestemmelse særligt er behandlet)

Arbejdsskadeforsikringslov (lov nr. 390 af 20/5 1992 om forsikring mod følger af arbejdsskade)

§ 10, stk. 1, nr. 1 *60*

§ 11, stk. 1 *60*

Danske Lov af 1683

3-19-2 *76, 257, 258, 273*

5-14-4 *254 f*

EAL (lbkg. nr. 599 af 8/9 1986 om erstatningsansvar med senere ændringer)

§ 1, stk. 1 *224 f*
stk. 3 *225*

§ 2, stk. 1 *225 f*
stk. 2 *226*

§ 3 *230*

§ 4, stk. 1 *231 f*
stk. 2 *233*

§ 5, stk. 1 *227*
stk. 2 *227*
stk. 3 *228*

§ 6 *228*

§ 7, stk. 1 *228*
stk. 3 *228*

§ 8 *229, 235*

§ 9, stk. 1 *228*
stk. 2 *229*

§ 10 *228, 231, 236, 285*

§ 11 *228, 236, 242*

§ 12 *234, 236*

§ 13, stk. 1 *234 f*
stk. 2 *235*

§ 14 *235 f*

§ 15, stk. 1 *228, 231, 236, 273*
stk. 3 *231*

§ 16 *236, 291*

§ 17, stk. 1 *225, 226, 245*
stk. 2 *237, 244*

§ 18, stk. 1 *236 f*

stk. 2 *237*

stk. 3 *237*

§ 19, stk. 3 *21, 237, 257 f*

§ 22, stk. 2 *245*

§ 23 *237*

§ 24, stk. 1 *237*

stk. 2 *237, 246*

§ 25 *237, 259*

§ 26 *234*

§ 27 *237*

§ 28 *34*

Erstatning fra staten til ofre for forbrydelser, lov om (lbkg. nr. 470 af 1/11 1985)

§ 6, nr. 3 *133*

§ 7 *133*

§ 15, stk. 2 *287*

Forsikringsaftalelov (lbkg. nr. 726 af 24/10 1986 med senere ændringer)

§ 11 *267*

§ 19, stk. 1 *133*

Forsikringsvirksomhed, lov om (lbkg. nr. 511 af 16/6 1992)

§ 210 g *264 note 4*

Forvaltningslov (lov nr. 571 af 19/12 1985 med senere ændring)

§ 1, stk. 1 *286*

stk. 2 *65 f, 286*

§ 8, stk. 1 *287*

§ 22 *289 f*

§ 24 *289 f*

§ 25 *291*

§ 26 *300*

§ 28 *285*

Forældelseslov (lov nr. 274 af 22/12 1908)

- § 1 248
- § 2 251
- § 3 248
- § 4 254

Frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien, lov om (lov nr. 331 af 24/5 1989)

- § 5 185

Færdelseslov (lbkg. nr. 735 af 24/8 1992)

- § 101 14

Ikrafttræden af borgerlig straffelov, lov om (lbkg. nr. 608 af 6/9 1986)

- § 16 255

Kommunal udligning og generelle tilskud til kommuner og amtskommuner, lov om (lbkg. nr. 445 af 4/6 1992)

- § 10, stk. 3, nr. 3 264

Lægelov (lbkg. nr. 426 af 19/8 1976 om udøvelse af lægegerning med senere ændringer)

- § 4 109
- § 6, stk. 1 21, 22, 157, 173, 204, 206, 283, 292
- stk. 2 114, 185
- stk. 3 185, 203
- § 13, stk. 3 250
- § 18 21, 76, 115, 258, 292

Lægemiddellov (lbkg. nr. 452 af 10/6 1992)

- § 2 125, 146 note 220
- § 7, nr. 5 213
- § 11, stk. 1 213
- § 15, nr. 3-5 213
- § 24, stk. 3 67, 213

Medicinsk udstyr, lov om (lov nr. 368 af 6/6 1991)

- § 1 124

Offentlighed i forvaltningen, lov om (lov nr. 572 af 19/12 1985 med senere ændring)

- § 1, stk. 3 66, 286 note 29

PAL (lov nr. 371 af 7/6 1989 om produktansvar)

- § 3 35
- § 4, stk. 1 215
- stk. 2 129
- stk. 3 129, 215
- § 5 36, 128, 212
- § 6, stk. 1 212
- stk. 2 36, 212
- § 7, stk. 1 213
- stk. 2 129, 213
- § 10 129, 215
- § 11, stk. 3 215
- § 13 129, 214, 256
- § 14, stk. 1 250

PFL (lbkg. nr. 849 af 14/10 1992 om patientforsikring)

- § 1, stk. 1, 1. pkt. 59 ff, 76 f, 132, 181 ff, 257, 265
- 2. pkt. 60, 234
- stk. 2, 1. pkt. 68, 72, 131, 191
- 2. pkt. 71, 131
- stk. 3 61
- stk. 4 72 f, 195
- § 2, stk. 1, 1. pkt. 83 ff, 152, 166, 193
- nr. 1 34, 84 f, 92, 99, 105 f, 107 ff, 134 f, 137, 141, 144, 147, 149, 154, 174 f, 187, 188, 191, 195, 197, 204 f, 212
- nr. 2 38 f, 63, 99, 105 f, 123 ff, 130, 154, 189, 256
- nr. 3 67, 85, 99, 105 f, 108, 116, 117, 118, 135 ff, 179, 180, 189, 205
- nr. 4 34, 35, 78, 80, 96, 98, 102, 105 f, 112, 113, 118, 146, 153, 157 ff, 181, 183, 186 f, 191, 201, 205, 209, 240, 291
- stk. 2, 1. pkt. 180, 289
- 2. pkt. 154, 180, 292

Lovregister

- § 3, stk. 1 34, 82, 84, 105, 108, **154 ff**, 178, 184, 188 f, 192, 197, 234
stk. 2 60, 63 f, 77, 84, 92, 124, **130 ff**, 184, 192, 197, 216, 222 note 4, 245 f, 256
stk. 3 35, 67, 70, 71, 73, 102, 146, 182, **187 ff**, 193, 195 f, 216
- § 4, stk. 1 70, 71, 86, **191 ff**
stk. 2 35, 70, 71, **192 f**
stk. 3 71, 72, **192**, 194
- § 5, stk. 1 221, 236, 285
stk. 2, 1. pkt. 71, 135, 162, 179, 183 note 11, 194, 195, 198, 216, **239 ff**, 252, 253
2. pkt. 241, 242, **243 f**
stk. 3 71, **194**, 243
stk. 4 239, **244**, 256
- § 6 135, 237, **245 ff**
- § 7 96, 130, 136, **197**, 222, 223, 224, **252**, 255, 259
- § 8 130, 222, 237, **257 ff**
- § 8 a 38, 136, 197, **255 f**, 258
- § 9, nr. 1 61, 69, **265**, 266, 268, 271, 290
nr. 2 69, 257, **265 f**, 268, 271, 290
- § 10, stk. 1 263, 265, 273
stk. 2 266
stk. 3 270, **272 f**, 274, 276
stk. 4 273
stk. 5, 1. pkt. 267, 268
2. pkt., nr. 1 **274**, 276
nr. 2 273, **274 f**
nr. 3 **275 f**, 280
stk. 6 274, 275
stk. 7 268
- § 11, stk. 1 263, 266, **268 f**
stk. 2, 1. pkt. 270 f, 276
2. pkt. 271
stk. 3 271
stk. 4 270, **276**
stk. 5 273
stk. 6 271, **276**
stk. 7 271
- § 12, stk. 1, 1. pkt. 280
2. pkt. 280
stk. 2, 1. pkt. 278
2. pkt. **281**, 298
stk. 3 292
- § 13, stk. 1, 1. pkt. 83, 248, **282 ff**
2. pkt. 278, **288 f**, 298
stk. 2 286
stk. 3 291
- § 14, stk. 1 297
stk. 2 297
stk. 3 298
stk. 4 298
stk. 5 298
- § 15, stk. 1, 1. pkt. 301
2. pkt. 299
stk. 2 299
stk. 3 299
- § 16, stk. 1 301
stk. 2 301
- § 17, stk. 1 83, **285**, 299
stk. 2 292, 299
- § 18, stk. 1 38, **295**, 302
stk. 2 302
stk. 3 286 note 29, **295**
- § 19, stk. 1 **247 f**, 254, 282
stk. 2 34, 198, 247, **250 f**, 252, 254, 267, 269, 283, 284
- § 20 274
- § 21 **34**, 250
- § 22 62
- Rentelov** (lbkg. nr. 583 af 1/9 1986 om renter ved forsinket betaling m.v.)
- § 3, stk. 2 236
stk. 4 291
- Retslægerådet, lov om** (lov nr. 60 af 25/3 1961)
- § 1 285
- Retsplejelov** (lbkg. nr. 905 af 10/11 1992)
- § 147 b, stk. 4 286 note 26
§ 232 197
§ 511 237
- Sociale Ankestyrelse, lov om** (lbkg. nr. 530 af 13/8 1986 med senere ændringer)
- § 9 296 note 2
- Straffelov** (lbkg. nr. 886 af 30/10 1992)
- § 260 203

Sundhedsvæsenets centralstyrelse, lov om
(lov nr. 397 af 10/6 1987 med senere
ændringer)

§12 292

§14 292

§15 292

Sygehusvæsenet, lov om (lbkg. nr. 476 af
7/11 1985 med senere ændringer)

§3, stk. 1 61

stk. 3 65

§4 62

§5, stk. 2 142 med note 212

stk. 8 142

§6 64

§10 a 64 note 17

§16 61

Sygesikringslov (lbkg. nr. 490 af 21/7 1986
om offentlig sygesikring med senere æn-
dringer)

§1, stk. 6 62

Transplantationslov (lov nr. 402 af 13/6
1990 om ligsyn, obduktion og transplan-
tation m.v.)

§13, stk. 1 71

Vaccinationserstatningslov (lov nr. 82 af
8/3 1978 om erstatning for vaccinations-
skader med senere ændring)

§1, stk. 1 195

§4 195

§5 195

Videnskabsetisk komitéssystem m.v., lov om
(lov nr. 503 af 24/6 1992)

§6 67, 70

§7, stk. 1 67, 70

stk. 3 67

§8, stk. 1, nr. 1 70, 191

nr. 2 192

Register over domme og andre afgørelser

(Sidehenvisninger, der er sat med **fed** skrift, markerer, at der findes et kortfattet referat af den pågældende dom)

Patientkadenämnden:

13/76 232 *note 13*

2/80 101 *note 85*

118/80 131 *note 173*

19/81 111 *note 116*

14/82 250 *note 21*

33/82 167 *note 283*

39/82 101 *note 89*

82/83 113 *note 122*

42/84 79 *note 20*

55/84 87 *note 42*

127/85 78 *note 9*

162/85 111 *note 116*

47/86 81 *note 26, 112 note 120*

119/86 131 *note 170*

5/87 131 *note 171*

45/87 131 *note 172*

86/87 138 *note 195, 168 note 286*

101/87 87 *note 41*

168/87 147 *note 225*

6/88 95 *note 70*

10/88 164 *note 276*

12/88 155 *note 243*

17/88 171 *note 296*

18/88 79 *note 17*

22/88 248 *note 16*

27/88 232 *note 13*

33/88 164 *note 275*

38/88 82 *note 30*

39/88 248 *note 15*

45/88 167 *note 283*

46/88 78 *note 10*

50/88 168 *note 289*

51/88 176 *note 311*

61/88 112 *note 117*

69/88 112 *note 117*

77/88 168 *note 288*

78/88 182 *note 9*

80/88 164 *note 273*

84/88 171 *note 296*

93/88 101 *note 87*

95/88 79 *note 18*

115/88 168 *note 290*

118/88 168 *note 287*

120/88 167 *note 285*

121/88 79 *note 21*

131/88 78 *note 9*

157/88 176 *note 309*

177/88 176 *note 310*

181/88 133 *note 183*

184/88 79 *note 15*

185/88 78 *note 10*

186/88 78 *note 12*

188/88 183 *note 10*

12/89 133 *note 183*

19/89 80 *note 24*

28/89 78 *note 13*

29/89 176 *note 309*

33/89 156 *note 246*

37/89 78 *note 11*

41/89 164 *note 274*

45/89 249 *note 17*

55/89 76 *note 4*

85/89 138 *note 196*

- 88/89 249 note 18
 100/89 169 note 292
 112/89 184 note 16
 113/89 112 note 121
 116/89 249 note 19
 117/89 171 note 297
 118/89 133 note 183
 128/89 80 note 22
 184/89 164 note 272
 185/89 169 note 293
 230/89 171 note 297
 231/89 249 note 20
 240/89 87 note 43
 250/89 250 note 21
- 44/90 155 note 243
 108/90 95 note 69
 120/90 224 note 8
 133/90 78 note 14
 140/90 149 note 230
 175-177/90 60 note 5
 192/90 167 note 283
 201/90 95 note 68
 204/90 167 note 284
 238/90 81 note 27, 112 note 119
 240/90 250 note 21
 259/90 101 note 90
 277/90 114 note 124
 298/90 95 note 70
 302/90 155 note 242
 323/90 79 note 16
- UfR:**
 1923.228 Ø 135 note 187
- 1935.177 Ø 135 note 187
 1936.1061 H **149**
 1939.1077 H 82 note 31, 121
- 1945.585 Ø 134
 1946.1007 Ø 171
 1947.649 Ø 115, 200
- 1950.596 Ø 128
 1951.925 Ø 171
 1952.352 H 171
 1953.491 H **183**, 207
 1954.540 V 211
 1956.205 H 211
- 1958.649 Ø 121
 1959.279 H 165
 1959.537 H 183
 1959.691 V 128
- 1960.228 V 120 note 137
 1960.451 V 130
 1960.481 Ø 223 note 6
 1960.576 H **127 f**
 1961.65 Ø 120 note 136
 1961.239 V 211
 1961.242 V 71 note 36
 1961.685 B 134, 245
 1965.517 V **207**
 1965.680 H **80**, 90 note 51
 1967.828 H 90 note 54, 165, 175
 1968.448 H 91, 120 note 136, 122
 1968.803 V 165, 175, 207
- 1971.19 H 90 note 54, 134 *f*
 1971.141 H 23 note 27, **120**, 149, **199 f**
 1973.773 Ø 84, 166, 175
 1974.636 Ø **200**
 1975.158 H **203 f**
 1976.878 Ø 20 note 17, 21 note 22, 139,
 150, 181, 189, **202**
 1978.168 H 122, 166, **174**, 207
 1978.401 Ø **212**
 1978.593 Ø 80 note 23, **134**
 1978.825 V **148**
 1979.536 H 91, 121 note 141
- 1980.186 H 121, 122
 1980.619 V 225, 245
 1980.792 V 234 *f*
 1981.173 Ø 76
 1981.999 H 23 note 28, **138 f**, 150, 185
 1981.1009 H 82, **199**
 1983.153 H 245
 1983.801 Ø 23 note 28, **90**
 1985.368 H **100**, 102, 189
 1985.416 V 20 note 19, **122**, 166
 1985.460 Ø 20 note 18, 140 note 207, 146
 note 220, 165, **214**, 250, 254
 1985.470 Ø 23 note 28, **232**
 1985.729 H **68**, 191
 1985.755 H 23 note 28, **165**
 1985.925 H 122, 166
 1986.452 H 90 note 54, **118**, 154 note 241

Domsregister

1988.166 H **183 f**, 202
1988.441 Ø 114
1988.743 Ø 115
1988.823 Ø **90**
1989.135 H 36 note 61, **88 f**, 214
1989.270 V 245
1989.665 Ø 22 note 25, **121 f**, 123, 166
1989.1007 H 21 note 22, 23 note 28, **204**
1989.1108 H 254

1991.1 H **249 f**
1991.194 Ø **212**
1991.437 H **201**
1991.774 Ø 113, 173, 178, 201, **207 ff**, 233
1992.404 H 116, **145**, 173, 189, **209**
1992.575 H 254
1992.728 H 23 note 28, **79 med note 19**,
123

Stikordsregister

(Hvor der er flere sidehenvisninger, markerer **fed** skrift det sted, hvor det pågældende stikord særligt er behandlet)

- Abort, mislykket** 184 f, 202, 211
- Accept af risiko** 247
- Advokatbistand, udgifter til**
 - patientforsikringsforeningen 287 f
 - patientskadeankenævnet 300
- Afprøvning af lægemidler** 67, 70, 71, 192, 213
- Afsmittende virkning af PFL**
 - privatpraktiserende læger m.v. 200
 - ældre skader 34 f
- Aktindsigt** 286, 300
- Ambulance** 64
- Ambulatorier** 62
- »Amerikanske tilstande«** 52 f
- Anafylaktisk chok** 188, 213
- Angiografi** 163 f, 175, 178
- Anmeldelse af skader** 282
 - forældelse, afbrydelse af 247 f
 - rente 291
- Ansvarsforsikring**
 - kollektiv 50, 216 f
 - patientforsikringen 92 f
 - privatpraktiserende læger m.v. 198, 199, 215
 - udgifter i USA 53
- Ansvarsfraskrivelse** 95, 237
- Anæstesi**
 - *Se Narkose*
- Apoteker** 188, 190, 215, 259
- Apparatursvigt**
 - erstatning ved 123 ff
 - mangel på apparatur 98, 101 note 86
 - Norge 47
 - produktansvar 38 f, 256
 - Sverige 42
- Ar** 232 f
- Arbejdsskade**
 - forsøgspersoner 68, 192
 - personale 60
- Arbejdsskadeforsikring**
 - fradrag i erstatning efter PFL 230, 233, 235
 - grundsygdom omfattet af 224
 - vaccinationsskader, erstatning ved 73, 195
- Arbejdsskadestyrelsen** 228, 231, 232, 277, 285
- Arteriografi** 163 f, 175, 207
- Avancebegrænsning** 264

- Badning, skader under** 124, 134, 245
- Bagatelgrænse**
 - Finland 46, 241
 - lægemiddelforsikring 294
 - Norge 47, 48, 93, 107, 241
 - PFL 239 ff
 - – erstatningskrav under grænsen 253 f
 - – forsøg 194, 243
 - – tandskader 217
 - – ulykkestilfælde 135
 - Sverige 44, 241
- Begravelsesudgifter, erstatning for** 236
- Begrundelse for afgørelser** 289 f, 300
- Behandlingsforsøg** 66, 139
- Behandlingsinstitutioner** 63
- Behandlingsmetode**
 - culpareglen 120 f, 200
 - ligeværdighed 143 ff, 189 f
 - ny 139, 149 f, 151
 - specialismålestok 114 f
 - valgmulighed 137 ff
- Behandlingsteknik**
 - ligeværdighed 143 f
 - specialismålestok 114
 - valgmulighed 137 f
- Besøgende** 59
 - smitte 60
 - ulykkestilfælde 60, 131
- Betjening af apparatur** 127

Stikordsregister

Bevisbyrde

- culpareglen 19
 - forældelse 250
 - produktansvar 212 f
 - årsagsforbindelse 83 f
- Se også *Omvendt bevisbyrde*

Biopsi

- nervelesioner m.v. 120 note 137, 122, 138, 166

Bivirkninger ved lægemidler, erstatning for

- defekt 213
- forsøg 192 f
- lægemiddelforsikring
 - – dansk forslag 37
 - – Norge 49
 - – Sverige 43
- PFL 146

Blindtarmsbetændelse

- diagnosticering 81, 112
- forældelse af erstatningskrav 249
- infektion 78

Blodansamling

Se *Hæmatom*

Bloddonor 71 f

Se også *Donorer*

Blodprop

- p-piller 88 f, 214
- Se også *Luftblodprop*

Blodtransfusion 171

Se også *HIV-smitte*

Blokade 149, 168, 176

Blødning under operation 168

Bonus pater 109, 119

Brok

- infektion 78 f
- lidelsens sværhedsgrad 169
- nervelesioner 117, 166, 175

Bygningsindretninger, ansvar for 134

Casus mixtus cum culpa 207 ff

Chok 183 f, 202

Claims made 269

Contingent fee 52

Culpa

- diagnostiske indgreb 164 f
- facitræsonnement, forhold til 136, 138
- frihedsberøvelse 185
- funktion 16 ff
- grundsygdom forårsaget ved 223 f

- kanalisering af krav til PFL 197

- patientklagenævn 292 f

- PFL's dækning 92, 103

- psykisk skade 183

- reglen 13, 15 f

- specialismålestok, forhold til 108 f, 119 ff

- ulykkestilfælde 133 f

- undgåelighedsprincippet, forhold til 97 f, 102 f

- årsagsforbindelse, betydning for beviskrav 90 f, 210 f

Defekt

- apparatur 128 f

- lægebehandling 94

- lægemidler 36, 191, 212 f

- vaccine 72

Se også *Produktansvar*

Defensiv medicin 53

Diagnosticeringsfejl

- Finland 45
- New Zealand 55
- Norge 48
- PFL 154 ff

- – apparatursvigt m.v. 125

- – beviskrav vedrørende årsagsforbindelse 84 f

- – chok 184, 202

- – fejlmedicinering 188 f

- – forældelse 249 f

- – merskade 81 f, 223, 234

- – specialismålestok 111 ff

- – undgåelighedsprincippet 104 f

- privatpraktiserende læger m.v. 199

- Sverige 42

Diagnostiske indgreb

- Finland 45

- PFL 82, 163 ff, 178

- Sverige 42, 159

Diskusprolaps

- diagnosticering 112

- følger af grundsygdom 79

Donorer

- driftsansvarlig 265

- erstatning til 71 f, 194, 243

Driftsansvarlige

- erstatningspligtige 265 f, 268

- patientforsikringsforeningen 280 f

- patientskadeankenævnet 297 f
- Dækningssummer i patientforsikring** 271 ff
- erstatningspligt ud over dækningssum 274 f

EDB-programmer 125, 127

EF-direktiv

- produktansvar 35 ff, 129 f, 302
- tjenesteydelsesansvar 50 f, 200

Egen skyld 245 ff

- selvmord(sforsøg) 133
- ulykkestilfælde 135

Elektrochokbehandling 182 f, 217

Emboli

Se *Luftblodprop*

Endoskopi 117

England 51

Erhvervsevnetab

- Arbejdsskadestyrelsen, udtalelse fra 285 f
- erstatningsudmåling 226 ff
- merskade 85, 227 f

Erhvervs sygdomme 60, 224

Erstatningskrav

- antal
- - culpereglen 17
- - patientforsikring 18, 106
- overførelse af 236 f
- skader, der ikke dækkes af PFL 197 ff, 253 ff
- udstykning 237 f, 242 f, 291

Erstatningsudmåling

- advokatbistand 287 f
- Finland 46
- Norge 48
- Sverige 44
- USA 52 f
- Se i øvrigt indholdsfortegnelsen til kap. 6

Facitræsonnement

- Finland 45
- Norge 47, 48, 107, 153 f
- PFL 136 ff
- - diagnosticering 154
- - diagnostiske indgreb 163
- - henvisning til andet sygehus 141
- - specialismålestok 111
- - undgåelighedsprincippet 103

- Sverige 41 f, 104, 111, 117, 136, 143 f, 155

Faldulykker 124, 131, 135

Farmaceutiske specialiteter 213

Fejl

- apparatursvigt 126 f
- objektive 102 f, 104, 107 ff
- patientklagenævn 292 f
- PFL, betydning for 92, 104
- årsagsforbindelse med skade 89 f
- Se også *Culpa*

Fejlskøn 148, 199 f

Finland

- lægemiddelforsikring 46
- patientforsikring 44 ff, 279
- årsagsforbindelse, bevis for 87

Folkepensionister

- erhvervsevnetab, erstatning for 229
- forsørgertab, erstatning for 235

Forebyggende helbredelsesforanstaltninger

59, 76, 162

Formuetab 184

Forretningsorden

- patientforsikringsforeningen 281
- patientskadeankenævnet 298, 300

Forsikringsbetingelser 266 ff

Forsikringspligt 265

- ikke opfyldt 273 f

Forsæt

- egen skyld 245 f
- regresret mod læger m.v. 257 f
- selvmord(sforsøg) 133

Forsøg

- driftsansvarlige 265 f
- forsøgspersoner 66 ff
- udviklingsskader 24
- Se også *Forsøgspatienter* og *Sunde forsøgspersoner*

Forsøgspatienter 66 f, 151

- udviklingsskader 139, 150

Forsørgertab, erstatning for 60, 234 ff

Forvaltningsloven

- patientforsikringsforeningen 286 f, 289 f
- patientskadeankenævnet 297, 300

Forældelse af erstatningskrav

- erstatningsregler, almindelige 254 f
- forsikringsdækning 267
- lægemiddelforsikring 295
- PFL 247 ff, 253, 283

Stikordsregister

Forårsagelse

- forældelsesfrist 250
- ikrafttrædelsestidspunkt 34
- Se også *Årsagsforbindelse*

Fosterdiagnostik 101

Fostre 60

Franchise 240

Frihedsberøvelse 185, 211 f, 234

- »Fuld« information 173, 177, 206 med note 18

Fysisk skade 181 ff

Færdselsuheld

– Se *Sygetransport, skader ved*

Fødeklivninger 62

Fødselskader

- PFL 146 f, 180
- Sverige 87, 147 note 221
- USA 54 note 104

Førstehjælp 65, 76

Førtidspension 229 f

Galdeoperation 117, 175 f

Garanti

- apparaturs funktion 126
- behandlingsresultat 94 f, 158, 171

Gastroskopi 163

Genforsikring 29, 31, 270, 272

Genopretning af tab 16 ff

- »Glemte sager« 22 note 25

Godartet svulst 113, 156

Grov uagtsomhed

- egen skyld 133, 245 f
- ikke regresansvar 257

Grundsygdommens følger 77 ff, 84, 166 f

- komplikationers alvor 161
- ulykkestilfælde 132
- undgåelighedsprincippet 96, 103, 158

Gymnastik, uheld under 80 note 22, 131

Gynækologisk undersøgelse 91

- diagnosticering 112
- luftblodprop 115

Harvard Medical Practice Study 16 ff

Helbredelsesudgifter, erstatning for 224 f

Helbredsundersøgelse 76

Henviſning

- culparegel 119
- specialismålestok 99, 114, 141 f, 174
- udlandet, behandling i 141

HIV-smitte 20, 196

Hjemmearbejdende husmødre, erstatning til 225, 229, 235

Hjemmedialyse 63

Hjernelæsioner 157

Hjerteinfarkt, diagnosticering af 81, 112, 155

Hjerteklapper 126, 184

Hjertestop 65, 90, 100, 189

Hofteledsprotese 95

Hofteledsskred 113, 153

Hyperventilation 90

Hysterektomi

- infektion 78
- urinledarlæsion m.v. 121 f

Hysteroscopi

– Se *Gynækologisk undersøgelse*

Hæmatom 164, 165, 175

Ikrafttræden af PFL 34 f

Implantater 124 ff, 184 note 17

Infektionsskader

- Finland 45
- forsøg 68, 191
- grundsygdommens følger 78 f, 158
- Norge 48, 107
- plejepersonale 59 f
- Sverige 42, 106, 171
- undgåelighedsprincippet 97 f
- uundgåelige skader 170, 175

Infirmierier 62

Information

- behandlingsmetode, valg af 142 f
- komplikationsrisiko
- – erstatningsansvar 206 ff
- – forsøg 192
- – lægemidler 213
- – PFL's dækning 173, 177, 186, 205
- Se også *Samtykke*

Inhabilitet 286

Intubation 79, 117, 121, 123, 166, 217

Invaliditet

– Se *Méngrad*

Invitro diagnostisk udstyr 125

Journaler

- opbevaringspligt 250
- videregivelse 285

Kalkuleret risiko 171

Kanalisering af erstatningskrav 27, 197,
221 f, 252

Kanyler 125

Karenstid 240 f, 243 f

Kausalgi 80

Kausalitet

Se *Årsagsforbindelse*

Kautionserklæring 142

Kejsersnit 87, 146 f

KgF

- ansvarsforsikrer 17, 35, 93, 217
- patientforsikrer 264, 269, 270 f, 280, 281

Kiropraktorbehandling 113, 173, 201, 207 ff

Klagesager

- patientklagenævnet 283, 292 ff
- patientskadeankenævnet 298 f

Klagevejledning 291, 293, 300

Klinisk forskning 66 f, 193

Knoglebrud

- diagnosticering 112
- méngrad 232

Knogleskørhed 80

Kollektiv forsikring 270 f, 276

Komplikationer, erstatning ved

- Finland 45
- grundsygdommen 77 f
- mislykket behandling 96
- Norge 47, 48
- sjældenhed 172 ff
- Sverige 42
- uundgåelige 157 ff

Kompressionssyndrom 118

Kosmetiske operationer 95

Kræft

- diagnosticering 82, 111, 155, 156, 178, 188 f
- diagnostiske indgreb 164, 165
- nervelæsioner m.v. 117, 167 f, 176, 178

Lempelse af ansvar 237, 246

Ligeværdighed

- valg af behandlingsmetode 116, 143 ff, 189 f

Lobotomi 20, 140 note 207

LSD-behandling 20, 139, 150, 181, 182, 189, 202

Luftblodprop

- angiografisk undersøgelse 164
- hjerte/lungemaskine, brug af 167

- hysteroscopi 115

Lægemiddelforsikring

- dansk forslag til 37 f
- - afgrænsning 190, 193
- - koordination med patientforsikring 294 f, 302
- - årsagsforbindelse, bevis for 89
- Finland 46
- komplikationsforsikring 159
- Norge 48 f, 190
- psykisk skade 182
- Sverige 43, 89, 190, 193
- Tyskland 49

Lægemidler

- klinisk afprøvning 67
- ordinerings 36, 182, 187
- PFL's dækning 145 f, 187 ff
- p-piller 88 f
- produktansvar 35 f, 43, 212 ff
- sunde forsøgspersoner 70 f, 192
- vaccine 195, 196
- valg mellem 145 f, 189 f

Se også *Bivirkninger af lægemidler*

Lægervagt 82, 200

Mavesår 155, 164

Medical Adversity Insurance 54

Medical Malpractice 52 f

Medicinsk behandling 145 f, 189 f

Se også *Behandlingsmetode*

Medicinsk udstyr 124 f

Medicinsk videnskab

- efterfølgende indsigt 144
- specialistmålestokken 109 f

Medvirken 245 ff

Se også *Egen skyld*

Mellemhandlere, produktansvar for

- lægemidler 215
- sygehuse 129

Méngrad

- Arbejdsskadestyrelsen, udtalelse fra 285 f
- erhvervsevnetab, erstatning for 229
- komplikationers alvor 162, 169
- varigt mén, godtgørelse for 231 ff

Mermaid Clinic 66, 216

Merskade

- behandling 85 f
- behandlingsmåde, valg af 151

Stikordsregister

- diagnosticering 81, 154 f
- erstatningsudmåling 223 f
- - erhvervsevnetab 227 f
- - forsørgertab 234 f
- - méngrad 232
- - tabt arbejdsfortjeneste 225
- komplikationers alvor 179
- Mislykket behandling 94 ff, 181**
- Motiverne til PFL 32 f**
- »Mørketal«
- culpareglen 17 f, 92
- patientforsikringen 107
- præventiv betydning 21

- Narkose**
- hjertestop 100, 189
- hyperventilation 90
- tryklæsion 91
- valg mellem midler 146
- virkede ikke 93, 183, 202
- Narkoseapparat 124, 127 f**
- Nervelæsioner**
- forældelsesfrists begyndelse 248 f
- méngrad 231 f
- operationsteknik, valg af 138, 143, 148, 152
- specialismålestokken 116 f
- uundgåelige skader 165, 167
- Neurose, traumatisk 183**
- New Zealand 55 f**
- No fault forsikring**
- England 51
- PFL 13, 25, 27
- USA 53 f
- Norge**
- ansvarsforsikring 93
- erstatningskrav, antal 106 f
- lægemiddelforsikring 48 f, 190
- patientforsikring 46 ff, 107, 279
- årsagsforbindelse, bevis for 87 f
- Nåle 128**

- Objektivt ansvar**
- apparatursvigt 124, 127
- diagnosticering 111
- farlig virksomhed 94
- forsøg 68
- lægebehandling 14, 91
- Norge 124 note 148

- ulykkestilfælde 130
- Offentlige myndigheder**
- ansvar for 213
- selvforsikrer 268
- Omvendt bevisbyrde**
- culpareglen 20, 121 f, 165, 209
- tjenesteydelsesansvar 50
- årsagsforbindelse 86, 89 f, 193 f
- Oplysningspligt**
- patientskadeankenævnet 299 f
- sagsoplysning 83, 88, 284 f
- skadens indtræden, om 282 f
- Se også *Information*
- Opsættende virkning**
- klage til patientklagenævnet 299
- Optimus vir 110**
- Ordinering af lægemidler 36, 182, 187**

- Pacemakere 125 f**
- Parter i patientforsikringssag 290**
- Partshøring 286 f**
- Patient 59, 76**
- Patientforsikringsforening**
- bestyrelse 280 f
- culpa-skader 93 f
- indbringelse for domstolene 301
- medlemmer 280
- patientskadeankenævnet 297, 300
- sagsbehandling 284 ff
- Patientklagenavn**
- erstatningssager 22, 292 f
- patientforsikringsforeningen, forhold til 283, 292 ff
- Patientskadeankenævn 296 ff**
- Patientskadenævn**
- Finland 46, 279
- Sverige 44, 279, 296
- Personligt ansvar**
- culpareglen 21
- PFL 25, 222
- regresansvar 257 f
- Pool-ordninger**
- dækningssum overskredet 274 f
- erstatningsansvarlig ikke udpeges 275 f
- forsikring ikke tegnet 273 f
- kollektiv forsikring 276
- P-piller 88, 214**
- Prednisonbehandling 116, 145, 173, 209**
- Private sygehuse**

- dækning efter PFL 65 f
- forsikringspligt 265
- - dækningssummer 272 f
- udgifter ved behandling, erstatning for 224

Privatlivets fred, krænkelser af 185, 212, 234

Privatpraktiserende læger m.v.

- erstatningsansvar 198 ff
- PFL, ikke omfattet af 31 f, 60 f, 69 f

Produktansvar

- apparatursvigt 128 f, 255 f
- EF-direktiv 35
- forældelse 250
- lægemidler 192 f, 212 ff
- PFL, dækning efter 38 f
- regresret 258 f

Prostata 117, 176, 207

Proteseløsning 170 f

Præventiv funktion

- culpereglen 16, 20 f, 49 f
- patientforsikringen 21 f, 25, 292, 294

Psykiatriske sygehuse 62

Psykisk skade

- culpa 201 ff
- donorer 72, 194
- Finland 45
- forsøgspersoner, sunde 71, 192
- informationsfejl 177, 186
- narkose ikke effektiv 93, 183
- Norge 182
- PFL, dækning efter 181 ff

Rapport om patient- og lægemiddelforsikring 28

Regresret

- arbejdsgivere 226, 244, 256 f
- Finland 46
- patientforsikringen
- - erstatningspligt ud over dækningssum 275
- - forsikringspligt ikke opfyldt 274
- - forsikringsvilkår ikke opfyldt 268
- - læger m.v., mod 257 f
- - produktansvar 258 f
- produktansvar 215
- sociale ydelser 225, 226

Rekonvalescenthjem 63

Rente

- bagatelgrænsen 242

- erstatningen, af 236, 291

Ressourcebetingede begrænsninger 98 ff

- behandlingsmetoder 141
- udrykningshold 65

Retlig interesse

- indbringelse for domstolene 301
- klage til patientskadeankenævnet 299

Retshjælp 288, 301

Retslægerådet

- erstatningssager 23
- fejlskøn, vurdering af 148
- patientforsikringssager 284 f

Retssag, anlæggelse af

- afvisning 197
- bagatelgrænsen, tvivl om 243
- forældelse, afbrydelse af 251
- patientskadeankenævnets afgørelser 301

Rigshospitalet 62

Samlever(ske), forsørgertabserstatning til 235

Samtykke

- behandling 114, 203
- forsøg 67, 70, 192
- informeret 185 f
- metodevalg 115 f, 142
- ugyldigt 205, 211
- Se også *Information*

Sandsynlighed for årsagsforbindelse 86 ff, 152 f, 166

Selvforsikring

- offentlige myndigheder 268
- patientforsikringsforeningen, deltagelse i 280 f

Selv mord(sforsøg) 80, 132 f, 134, 184, 201, 246

Selvrisiko 269

Smitte

Se *Infektionsskader*

Specialistmålestok

- Norge 48, 110
- PFL 107 ff
- - behandlingsmetode, valg af 143, 151
- - betjening af apparatur 127
- - diagnosticering 113, 156
- - lægemidler, ordinerings af 188
- - specialist til rådighed 99, 110
- Sverige 41, 110

Sociale Ankestyrelse, Den 30, 32, 38, 296

Stikordsregister

Sociale hensyn

- egen skyld 246
- erstatningsberettigelsen 179, 296

Speciallæge 109

- kirurgi 201, 273 note 18

Stafylokokker 79

Stationær tilstand

- erhvervsevnetab 227
- svie og smerte 230
- tabt arbejdsfortjeneste 225, 226
- udstykning 291
- varigt mén 231

Stemmebåndslammelse 168, 174, 231

Sterilisation

- mislykket indgreb 138, 184 f, 211
- nervelæsion 117
- samtykke, manglende 204

Strafansvar

- forsikringspligt ikke opfyldt 274
- grov uagtsomhed 258
- information, mangelfuld 206
- præventiv funktion 21
- samtykke, manglende 187, 203 f

Strumaoperation 174

Subspecialisering 109, 115

Sunde forsøgspersoner 68 ff, 191 ff, 243

Sundhedsministeren

- bemyndigelser 153, 179 f, 243 f
- bestyrelse, udpegning af medlem til 280
- lægemiddelforsikring, godkendelse af 295, 302
- patientskadeankenævns sekretariat for 298
- rapportering til 292
- vedtægter, fastsættelse af 278

Supervision 119 f

Suspension af forældelse 248, 254 f

Sverige

- ansvarsforsikring 93
- antal erstatningskrav 18, 106
- lægemiddelforsikring 43, 89, 182, 190, 193
- patientforsikring 40 ff, 104, 279
- ulykkestilfælde 130 f
- årsagsforbindelse, bevis for 86 f

Svie og smerte

- arbejdsskadeforsikring 68
- udmåling af godtgørelse 230 f

Sygdomsanlæg 90, 228

Sygedagpenge 226

Sygehusapotek 215

Sygehuse

- PFL, dækning efter 61 ff
- standard 98 f
- ulykkestilfælde 132

Se også *Private sygehuse*

Sygehusinfektion 170, 171

Se også *Infektionsskader*

Sygehuskommuner 62

- forsikringstegning 268

Sygehusvalg, frit 95, 142

Sygeklivniker 62, 63

Sygesikring 62, 63

Sygetransport, skader ved

- PFL 64, 132
- Sverige 43, 64 note 16

Systemskader

- begreb 24 f
- lægemidler 36, 159, 213, 214 f
- PFL, dækning efter 106

Sårinfektion 79

Tabsbegrænsningspligt 247

Tabt arbejdsfortjeneste

- arbejdsskadeforsikring 68
- erstatning for 225 ff
- rente 291

Tandlæger

- diagnosticeringsfejl 82, 199
- forsikringsordning 216 f

Tandskader

- ansvarsforsikring, udvidet 216 f
- elektrochokbehandling 182 f
- intubation 117, 121

Tavshedspligt 285, 286, 287

Teknisk svigt

Se *Apparatursvigt*

Thorotrast 20, 140 note 207, 146 note 220, 165, 214, 250

Tilsyn med patienter

- komplikationer 165, 189
- ressourcer 101
- privatpraktiserende læger 199 f
- specialismålestok 118
- ulykkestilfælde 133, 134 f, 245 f

Tingskade 184

Tjenesteydelse

- EF-direktiv 50

- lægebehandling 35
- Tort, godtgørelse for** 233 f
- samtykke, manglende 187 f, 203 f
- Transplantationer** 71, 98, 126
- Tredjemand, tab for** 60
- chok 202
- Tryklæsion** 91, 117, 121, 122, 135, 149
- Tuberkulose**
- diagnosticering 82, 185
- Tvangsindlæggelse** 185, 211 f, 234
- Tålegrænse**
- lægemiddelforsikring 159
- PFL 157, 161

- Uddannelsessøgende, erstatning til** 225, 229
- Udenlandske sygehuse** 62, 174
- Udgifter til patientforsikring**
- Norge 48
- PFL 29
- Sverige 44
- Udlændinge** 60, 62
- Udpantningsret** 268, 271
- Udviklingsskader**
- apparatursvigt 128
- begreb 24
- EF-direktiv om produktansvar 35
- forsøgspatienter 67, 139
- lægemiddelskader 213, 214 f
- PFL, dækning efter 106, 149 f, 179
- Ulykkesforsikring**
- erstatningsudmåling, betydning for 224, 230
- regresret 225, 245
- Ulykkestilfælde**
- Finland 45
- Norge 48
- PFL 130 ff
- – culpa 92
- – egen skyld 245
- – forsøg 192
- – færdselsuheld 64
- – hjem 63 f
- – produktansvar 256
- – årsagsforbindelse, bevis for 84
- Sverige 43, 106
- Undersøgelser**
- diagnosticeringsfejl 111 f
- skader ved 162
- Undersøgelsesoperation**
- Se *Diagnostiske indgreb*
- Undgåelighed, skaders**
- ansvarsprincip 96 f
- Universiteter**
- driftsansvarlig 265 f
- forsøg 69
- Urinlederlæsion**
- culpa 22 note 25
- specialismålestok 121
- uundgåelig komplikation 168
- USA** 51 ff
- Utensiler** 125, 146 note 220
- Uundgåelige skader** 80, 97 f, 102, 103, 104 f, 157 ff

- Vaccinationsskader** 20, 162 f, 195 f
- privatpraktiserende læger 33, 72
- Vagotomi** 117, 169
- Vansir** 232 f
- Varigt mén** 231 ff
- Se også *Méngrad*
- Vedligeholdelse af apparatur** 127, 129
- Ventetid** 101
- Videnskabetisk komité** 67, 70, 191, 192
- Vidneafhøring** 286
- Virksomhedsansvar** 75 f, 257
- Vold mod patienter** 60, 133
- Voldgift**
- lægemiddelforsikring 302
- Sverige 44
- Voldsoffererstatning** 133

- Årsagsforbindelse**
- alternativ behandlingsmåde 153 f
- behandlingens følger 83 ff
- erstatningsregler, almindelige 83 f
- forsøg, skader ved 193 f
- grundsygdommens følger 77 ff
- information, mangelfuld 206 ff
- komplikationer 166
- produktansvar 36
- Se også *Merskade*
- Årsagskonkurrence** 228, 234 f