849/10

Den 23. august 2010 blev i sag nr. 77.657:

xxxxx xxxxx xxxxx
xxxxxxxx xx xxxxxxx
xxxx xxxxxx

mod

Thisted Forsikring g/s
Thyparken 16
7700 Thisted

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har retshjælpsforsikring i Thisted Forsikring g/s, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til en retssag, som han har anlagt mod Patientskadeankenævnet.

Klageren har indgivet anmeldelse til Patientforsikringen på grund af utilfredshed med den hospitalsbehandling, som han har modtaget i anledning af konstateret prostatakræft. Patientforsikringen har på baggrund af sagens oplysninger vurderet, at klageren ikke er berettiget til erstatning. Afgørelsen er påklaget til Patientskadeankenævnet, som har stadfæstet Patientforsikringens afgørelse. Klageren har herefter anlagt den omhandlede retssag mod Patientskadeankenævnet.

Det indklagede selskab har afvist at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til retssagen mod Patientskadeankenævnet med henvisning til, at der ikke er rimelig grund til at føre proces.

Af Patientforsikringens afgørelse af 4/4 2008 fremgår bl.a.:

> "**Afgørelse**
> Patientforsikringen har fundet, at [klager] ikke er berettiget til erstatning efter lov om patientforsikring.
>
> Afgørelsen er truffet i henhold til § 1, stk. 1, og § 2, stk. 1, i lov om patientforsikring.

**Sagsfremstilling**
Patientforsikringen har på baggrund af oplysningerne i [klagers] anmeldelse, anmeldelsen fra Regionshospitalet … samt de indhentede lægelige akter lagt følgende hændelsesforløb til grund for sin afgørelse:

[Klager] havde fået konstateret prostatakræft, gleason score 6, uden tegn til spredning. Den 25. august 2006 blev han tilset på Regionshospitalet … med henblik på samtale vedrørende det videre forløb. Han blev især informeret om radikal prostatektomi samt følgevirkningerne i form af impotens og mulig inkontinens.

Den 14. september 2006 blev også diskuteret alternative behandlingsmuligheder i form af frysningsbehandling og brakyterapi, men det var fortsat eksperimentelle behandlingsformer, hvorfor disse ikke fandtes optimale.

Operationen forgik den 2. oktober 2006. Under operationen var der en del blødning, men den kom under kontrol, og operationen forløb i øvrigt ukompliceret. Efterfølgende var [klager] velbefindende, og han blev udskrevet den 7. oktober 2006.

Histologi viste, at [klager] havde en prostatakræft, gleason score 7.

Efterfølgende havde [klager] problemer i form af inkontinens og afføringsbesvær samt smerter. Han blev opereret den 18. december 2006, hvorved man anlagde blærekateter.

Ved kontrol den 1 6. marts 2007 gik det bedre. [Klager] var dråbeutæt ved anstrengelse.

Det fremgår af journalmaterialet fra den 10. oktober 2007, at [klager] på baggrund af en tv-udsendelse blev gjort opmærksom på, at det var muligt at foretage en nerveskånende operation, men at han ikke var blevet informeret herom. Han blev afsluttet med henvisning til … Sygehus vedrørende penisprotese.

[Klager] har anmeldt det forhold, at han ikke før prostatektomien blev informeret om en nerveskånende operationsteknik, hvorfor han nu er permanent impotent.

**Begrundelse**
For at der kan ydes erstatning efter lov om patientforsikring, er det ifølge PFL § 1, stk. 1, og § 2, stk. 1, en betingelse, at patienten ved behandling eller undersøgelse er blevet påført en skade.

Det er samtidig en betingelse. at skaden med overvejende sandsynlighed er en følge af den behandling eller undersøgelse, som patienten har fået, og ikke en følge af patientens grundsygdom.

Patientforsikringen har vurderet, at [klager] ikke med overvejende sandsynlighed er blevet påført en skade som følge af behandlingen på Regionshospitalet …

Patientforsikringen har ved sin afgørelse lagt vægt på, at selve indgrebet foretaget den 2. oktober 2006 blev udført efter gældende retningslinier i overensstemmelse med bedste specialiststandard. Der er endvidere lagt vægt på, at den valgte operationsmetode nødvendigvis ville medføre impotens, hvilket [klager] grundigt var blevet informeret om inden operationen, hvorfor det forhold, at [klager] blev impotent ikke findes at være en skade i patientforsikringslovens forstand.

Patientforsikringen er opmærksom på, at der findes en alternativ nervebesparende operationsmetode. Det er imidlertid Patientforsikringens opfattelse, at det forhold at Regionshospitalet … i samarbejde med [klager] besluttede at foretage radikal operation er i overensstemmelse med bedste lægelige standard. Der er herved lagt vægt på, at [klager] havde en alvorlig kræftsygdom, og risikoen for ikke at operere radikalt er større i forbindelse med en nervebesparende operation. Endvidere er det meget sjældent, at man kan bibeholde potensen i tilfælde, hvor patienten forud for indgrebet havde oplevet potensproblemer, hvilket ifølge sagens akter var tilfældet hos [klager].

Det skal bemærkes, at det er muligt. at informationen givet inden operationen i det konkrete tilfælde var utilstrækkelig, hvilket i så fald er beklageligt. Dette er imidlertid ikke et erstatningsberettigende forhold i sig selv."

Af Patientskadeankenævnets afgørelse af 4/12 2008 fremgår bl.a.:

"**Afgørelse:**
Patientforsikringens afgørelse af 4. april 2008 tiltrædes.
…
**Sagsfremstilling**
Der henvises til sagsfremstillingen i Patientforsikringens afgørelse af 4 april 2008.

**Begrundelse og resultat**
Af de grunde, der er anført af Patientforsikringen, kan Patientskadeankenævnet tiltræde afgørelsen.

Der er således nævnets vurdering, at hele behandlingsforløbet har været i overensstemmelse med bedste specialiststandard, herunder hvad angår valget af behandlingsmetode. Endvidere er det nævnets vurdering, at [klager] ikke er påført en skade i forbindelse med behandlingsforløbet.

Det kan supplerende bemærkes, at den postoperative histologiske undersøgelse viste, at den nervebesparende operation ikke ville have været egnet til [klager] på grund af den histologiske opgradering (multifokal prostakacancer, Gleasonscore 7).

For så vidt angår Deres [klagerens advokats] bemærkninger om, at [klager] ikke har modtaget tilstrækkelig information om alternative behandlingsmuligheder, kan det generelt oplyses, at Patientskadeankenævnet kun tager stilling til, om et givet behandlingsforløb berettiger til erstatning. Det betyder, at klager over sundhedspersonalets faglige virksomhed, herunder klager over manglende information forud for et behandlingsforløb, skal indgives til Sundhedsvæsenets Patientklagenævn.

Den omstændighed. at behandlingen har haft følgevirkninger i form af bl.a. impotens og inkontinens, berettiger ikke i sig selv til erstatning efter patientforsikringsloven.

Med disse bemærkninger kan Patientskadeankenævnet tiltræde resultatet og begrundelsen i Patientforsikringens afgørelse af 4 april 2008."

Klagerens advokat har på vegne af klageren udtaget stævning mod Patientskadeankenævnet den 4/6 2009. Af stævningen fremgår bl.a.:

"Som advokat for sagsøger nedlægges følgende

**PÅSTANDE:**
**Principalt:**
Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at sagsøger er påført en patientskade ved ikke den 2. oktober 2006 at være operativt behandlet for prostata cancer med nerveskånende operationsteknik frem for fuldstændig fjernelse af prostata.

**Subsidiært:**
Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at sagsøgeren blev påført en patientskade ved ikke at være blevet informeret om muligheden for nerveskånende operationsteknik frem for total fjernelse af prostata.
…
**ANBRINGENDER:**
Til støtte for de nedlagte påstande gøres gældende:

- at sagsøgeren med udgangspunkt i de forud for operationen foretagne prøver var omfattet af den gruppe patienter med prostatakræft, der kunne påregne at profitere af en nerveskånende operationsteknik, hvorfor denne burde have været anbefalet som udgangspunkt for operationen.

Subsidiært gøres det gældende:

- at sagsøgeren skulle have været informeret om mulighederne og anvendeligheden af disse muligheder set i lyset af biopsiprøver udtaget forud for operationen for på den baggrund på et informeret grundlag selv at træffe et valg om den ene eller den anden operationsteknik. Sagsøgerens samtykke til fjernelse af prostata var således ikke samtykke, der blev meddelt på et informeret grundlag.

I relation til dagældende patientforsikringslov gøres det mere præcist gældende:

- at det antages at en erfaren specialist på det pågældende område under de givne forhold ville have anbefalet en nerveskånende operationsteknik bragt i anvendelse,

- at skaden i form af total impotens kunne have været undgået ved hjælp af den nerveskånende operationsteknik, også set i lyset af de oplysninger der efterfølgende har været muligt at udlede omkring sagsøgerens kræfttilstand.

**BEVISBEGÆRING:**
Sagsøgeren fremsætter begæring om i forbindelse med hovedforhandling at afhøre følgende vidner:

• overlæge …, … Regionshospital.

Bevisførelsen vil derudover bestå af partsforklaring, ligesom der tages forbehold for indhentelse af yderligere sagkyndig erklæring vedrørende anvendelse af den nervebevarende operationsteknik og betingelserne for relevansen heraf."

Det indklagede selskab har som tidligere anført afvist at meddele forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til retssagen. Første afslag blev meddelt klagerens advokat ved

skrivelse af 19/6 2009. Afgørelsen blev fastholdt ved skrivelse af 1/9 2009, hvoraf følgende fremgår:

> "Ved vores afgørelse af 19. juni 2009 har selskabet vurderet på sagens rimelighed.
>
> Selskabet har selvstændigt taget stilling ud fra oplysningerne i stævningen sammenholdt med indholdet af afgørelserne fra henholdsvis Patientforsikringen og Patientskadeankenævnet.
>
> På baggrund heraf fandt selskabet, at sagen ud fra vores vurdering ville blive svær at vinde for jeres klient, idet vi ikke fandt, at der under sagen vil blive fremlagt nye oplysninger, som ser ud til at kunne ændre på de tidligere afgørelser truffet gennem klagesystemet, hvor man har vurderet, at der ikke er grundlag for at udtale kritik af den lægelige behandling.
>
> Vi har pånyvurderet på jeres argumenter ud fra ønsket om retshjælpsdækning.
>
> Vi gør opmærksom på, at rimelighedsvurderingen ikke kun går på sagsgenstandens størrelse, men at vi vurderer ud fra sagen som helhed, ligesom sagens principielle karakter som dens personlige betydning for sikrede påvirker bedømmelsen af rimeligheden.
>
> I den anledning skal nævnes, at Ankenævnspraksis ikke giver grundlag for at lempe helt så meget på rimelighedsbetingelsen i retshjælpssager som i visse typer af fri proces sager, i hvilke myndighederne, som følge af sagens principielle karakter eller personlige betydning for ansøgeren, traditionelt er mere villige til at give tilsagn til mere tvivlsomme sager.
>
> Endvidere skal fremføres, at for så vidt angår bevisbyrden synes der for tvister, som før det påtænkte sagsanlæg har været behandlet ved klagenævn at gælde en 'omvendt bevisbyrde', hvor det således påhviler sikrede at godtgøre at der - nævnsafgørelsen til trods - er rimelig grund til domstolsprøvelse af spørgsmålet.
>
> Vi finder fortsat ikke, som sagen er forelagt over for selskabet, at jeres klient har rimelig grund til at føre sagen.
>
> Dette med baggrund i, at der ikke ses at være fremkommet væsentligt nyt fra jeres klients side som begrunder en ændring af de tidligere trufne afgørelser i sagen.
>
> Vi er dog helt på det rene med, at det er vanskeligt at vurdere rimeligheden af en sag før der har fundet en egentlig bevisførelse sted, men en sådan tvivl begrunder efter Ankenævnets praksis ikke i sig selv, at der er rimelig grund til at prøve sagen ved domstolene.
>
> Vi skal sluttelig endnu engang bemærke, at vi selvfølgelig efterfølgende er parat til at yde retshjælpsdækning til sagen, såfremt jeres klient gennemfører sagen uden retshjælpsforsikring **og** i det væsentlige får medhold ved en domstolsafgørelse."

Sagen er indbragt for nævnet den 20/1 2010.

Klagerens advokat har i klagen til nævnet bl.a. anført følgende:

> "Uanset om Thisted Forsikring g/s måtte føle sig forpligtet til at vurdere personskadesager ud fra retsplejelovens § 328 stk. 3 eller ej, finder jeg at selskabet nødvendigvis må forholde

sig til de hensyn der er fremhævet i bestemmelsen sat i relation til aftalen med forsikringstageren om at ville yde retshjælpsdækning.

I det omfang, Thisted Forsikring g/s argumentation således som den fremgår af skrivelsen af 1. september 2009 accepteres fra Ankenævnets side, betyder det i realiteten, at ingen retshjælpsforsikringsselskaber er forpligtet til at yde retshjælp i sager, der har været behandlet af et klagenævn, idet den - efter Thisted Forsikring g/s opfattelse - 'omvendte bevisbyrde' altid i sådanne sager må bevirke, at der ikke kan være rimelig grund til at få afgørelsen prøvet ved domstolene. Dette er selvfølgelig fuldstændig uholdbart.

Thisted Forsikring g/s bemærkninger i samme skrivelse om myndighedernes villighed til at give tilsagn i mere tvivlsomme sager om fri proces findes tillige noget odiøse og finder næppe tilslutning hos fri proces myndighederne."

Heroverfor har selskabet i skrivelse af 1/3 2010 til nævnet anført:

"Det kan meddeles, at vi ikke har yderligere at tilføje men henviser til forklaringerne i vores brev af 1.9.2009 som beskriver vores opfattelse af sagen. Med hensyn til at vores bemærkninger vedr. 'mere tvivlsomme sager' findes odiøse beklager vi naturligvis at det er opfattelsen. Det har naturligvis ikke været vores mening at udvise odiøsitet i en så følsom sag. Blot har vi ønsket at præcisere, at ankenævnspraksis ikke giver grundlag for at lempe helt så meget på rimelighedsbetingelsen i retshjælpssager som de gør i visse typer af fri proces sager.

Vi kan ikke tilføje yderligere til sagen."

I forlængelse heraf har selskabet i skrivelse af 2/3 2010 til nævnet bl.a. anført, at der ikke er rimelig grund til at føre sagen, når der i to instanser er givet afslag på erstatning.

Herefter har klagerens advokat i skrivelse af 14/4 2010 til nævnet anført:

"I det omgang, det faktum at Patientforsikringen og Patientskade- ankenævnets afslag på, at anerkende en skade, berettiger til afslag på retshjælpsdækning, svarer det til, at der i princippet aldrig vil kunne opnås retshjælpsdækning til sager mod Patientskadeankenævnet.

Dette forholder sig næppe sådan. Et afslag bør være konkret begrundet ud fra en juridisk vurdering af sagen / rimelighedsvurdering af sagen. Var der ikke givet afslag på erstatning fra to instanser, var der intet grundlag for at anlægge en sag. Bemærkningen om at selskabet er indstillet på at yde retshjælp, såfremt klageren i det væsentlige får medhold hos domstolene er selvfølgelig heller ikke noget argument for afslag. Det er en følge af de forsikringsvilkår, forsikringen er tegnet på, og kan i realiteten ikke bruges til noget, når en person står i en situation, hvor der skal vurderes om en sag bør anlægges eller ej.

Med hensyn til Patientforsikringens begrundelse for afslaget bygger denne på, at regionshospitalet i samarbejde med [klager] besluttede, at foretage en radikal operation i overensstemmelse med bedste lægelig standard. Det var ikke i samarbejde med [klager]. Det var den mulighed han fik tilbudt. Det var ikke et valg fra [klagers] side truffet på baggrund af en grundig information, således at der var tale om et 'informeret samtykke', hvilket er den sædvanlige standard, der anvendes indenfor sundhedsområdet i relationen mellem sundhedsvæsenet og patienter. Det yderligere anførte om, at det i øvrigt er sjældent, at man kan bi-

beholde potensen i tilfælde, hvor patienten forud for indgrebet har oplevet potensproblemer - underforstået ved den alternative nervebesparende operationsmetode - er aldeles udokumenteret. Der er ikke hverken i forbindelse med diskussion med forsikringsselskabet eller i forbindelse med den nu anlagte sag, fremlagt nogen som helst lægelige dokumentation for, at det forholdes sig således.

Afslutningsvis skal jeg bemærke, at det ikke i afgørelsen afvises, at der har været en utilstrækkelig information forud for indgrebet. Det kan selvfølgelig undre, at det på denne måde indirekte erkendes, at der ikke har været tale om et 'informeret samtykke' samtidig med at det som argument for afslaget oplyses, at operationen er gennemført i samarbejde med [klager]."

Efterfølgende har selskabet i skrivelse af 19/4 2010 til nævnet anført:

"Som besvarelse på det anførte, henviser vi endnu engang til vores brev af 1.9.2009 hvor det fremgår, at selskabet har foretaget en selvstændig juridisk vurdering af sagen og har vurderet, at chancerne for at vinde sagen anses at være dårlig, idet vi ikke finder der ved en retssag kan tilføres nye oplysninger som ikke allerede har været fremlagt gennem klageforløbet.

Som følge af det anførte, fastholder vi vores afgørelse."

Klagerens advokat er fremkommet med afsluttende kommentarer i skrivelse af 27/4 2010 til nævnet.

Nævnet har fået forelagt de bilag, som parterne har fremlagt.

Af retshjælpsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**2 Hvilke tvister er dækket af retshjælpsforsikringen**

…

2.3 Selskabet skal - på det foreliggende grundlag - afgive udtalelse om, hvorvidt tvisten er dækket af forsikringen eller ikke. Selskabet har både ret og pligt til at give udtryk for tvivl om sagens rimelighed. Dækningstilsagn er begrænset til omkostninger, der står i rimeligt forhold til sagens genstand.

…

**5 Hvilke omkostninger er ikke dækket af retshjælpsforsikringen**

5.1 Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, f.eks. fordi sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen, eller fordi omkostningerne ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand."

8. 77.657

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet, at klagerens advokat ikke har anført forhold, der efter nævnets opfattelse indebærer, at der er en sådan udsigt til, at retssagen mod Patientskadeankenævnet vil føre til et for klageren gunstigt resultat, at nævnet kan pålægge selskabet at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

---

Klagen kan ikke tages til følge.

Marianne Højgaard Pedersen
formand