

RETTEEN I ESBJERG



DOM

Afsagt den 27. marts 2013 i sag nr. BS 10-131/2011:

A

mod
Patientskadeankenævnet
Vimmelskiftet 43, 2.
1161 København K

Sagens baggrund og parternes påstande

Under denne sag, der er anlagt den 26. januar 2011, har sagsøgeren A, efter sin endelige påstand, over for sagsøgte, Patientskadeankenævnet, nedlagt påstand om, at sagsøgte tilpligtes at genoptage behandlingen af sagsøgerens sag vedrørende hendes erhvervsevnetab.

Sagsøgte har efter sin endelige påstand påstået frifindelse.

Dommen er affattet uden fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 2.

Kort sagsfremstilling:

A blev den 21. februar 2005 opereret i sin venstre hofte. Hun er yderligere 3 gange - den 7. marts 2005, den 6. december 2005 og den 25. januar 2008 - blevet opereret i den pågældende hofte, ligesom hun i 2006 er blevet opereret i højre hofte.

Ved afgørelse af 31. maj 2006 traf Patientforsikringen bestemmelse om, at der kunne ydes erstatning til sagsøgeren efter, den nu daværende, patientforsikringsloven som følge af en indtrådt skade i forbindelse med operationen i venstre hofte i februar 2005.

I januar 2008 anmodede A Patientforsikringen om at genoptage sagen, efter at hun på ny havde oplevet hofteskred. Patientforsikringen traf den 2. december 2008 afgørelse om ikke at genoptage sagen vedrørende méngrad. A påklagede afgørelsen til Patientskadeankenævnet, der ved afgørelse af 12. juni 2009 tiltrådte Patientforsikringens afgørelse.

Ved afgørelse af 21. januar 2010 traf Patientforsikringen afgørelse om heller ikke at genoptage sagen for så vidt angår erhvervsevnetabserstatning. A påklagede også denne afgørelse til Patientskadenævnet, der den 8. oktober 2010 stadfæstede, at sagen ikke blev genoptaget.

I forbindelse med sagens retslige forberedelse har den været forelagt Arbejdsskadestyrelsen, der har afgivet udtalelse i sagen, henholdsvis den 31. maj 2012 og supplerende udtalelser henholdsvis den 31. januar 2013, 11. februar 2013 og 21. februar 2013.

Arbejdsskadestyrelsen har i udtalelsen af 31. maj 2012 anført, at det er deres vurdering, at det samlede funktionstab har medført en reduktion af arbejdstiden med omkring 60 %. De har vurderet, at lidt mere end halvdelen af det samlede funktionstab skal tilskrives patientskaden, hvorefter styrelsen har skønnet, at patientskaden har medført en varig nedsættelse af erhvervsevnen med omkring 35 %, svarende til et erhvervsevnetab på skønsmæssigt denne procentsats.

I udtalelsen af 11. februar 2013 har Arbejdsskadestyrelsen anført, at de har lagt til grund, at venstre hofte ikke er velfungerende på grund af patientskaden. Hvis skaden ikke var indtruffet ville de have lagt til grund, at hoften havde været velfungerende. De anfører endvidere, at højre hofte af ukendte årsager ikke er velfungerende, hvorfor der også er et erhvervsevnetab som følge af den ikke velfungerende højre hofte. De vurderede det samlede erhvervsevnetab til 65 % fordelt med 35 % som følge af ikke velfungerende venstre hofte og 30 % som følge af ikke velfungerende højre hofte. Forudsat at patientskaden ikke var sket, ville de lægge til grund, at venstre hofte ville have været velfungerende og dermed ikke ville have påvirket erhvervsevnen som lærer i et sådant omfang, at det i sig selv kunne begrunde et selvstændigt varigt erhvervsevnetab på 15 % eller derover. I så fald ville de vurdere, at der som følge af en ikke velfungerende højre hofte ville være et erhvervsevnetab, som de i den aktuelle sag har fastsat til skønsmæssigt 30 %.

Forklaring:

Sagsøgeren har forklaret, at hun blev uddannet som lærer i 1981, og at hun herefter arbejdede som sådan. Hun underviste i dansk, matematik, hjemkundskab og håndarbejde. Frem til hun kom på fleksjob, i 2008, fungerede hun som klasselærer. Hun blev i 1996 skolebibliotekar og brugte ca. 1/3 af arbejdstiden på denne funktion.

I efteråret 2004 fik hun problemer med sin venstre hofte, og hun blev herefter røntgenfotograferet, hvor der blev konstateret slidgigt i hoften. Hun blev herefter i februar 2005 opereret, således at hun fik en kunstig hofte. Planen var, at hun efter 3 måneder skulle kunne begynde at arbejde igen. Indenfor 3 måneders perioden var der begrænsninger, for eksempel således at hun ikke måtte sidde med benene over kors. Efter 3 måneders-perioden skulle hun kunne lave de fleste ting. Hendes hofte gik imidlertid flere gange af led, og hun blev opereret i hoften yderligere 2 gange i løbet af 2005. Efter den tredje operation, i december 2005, fik hun at vide, at hun stedse skulle passe på, fordi hoften tilsyneladende havde let ved at gå af led. Hun havde ikke lavet nogen fysisk aktivitet, der normalt ville kunne begrunde, at hoften gik af led.

Efter at hoften i december 2007 atter var gået af led, blev hun i januar 2008 på ny opereret i den. Lægen, der denne gang opererede hende, fandt ud, at femurkomponenten var drejet, hvilket var årsagen til ledscredene. Det kunne ikke umiddelbart rettes op, da det var groet fast. Lægen skulle herefter brække lårbenet op, hvorefter han fik sat femurkomponenten fast. I tiden herefter kunne sagsøgeren også føle, at det nu sad fast. Hun havde i tiden mellem de første operationer og operationen i januar 2008 på sig selv følt, at det ikke sad fast, som det skulle. Hun havde sagt til lægerne, at hun ikke følte, at det sad rigtigt. Hun var i den anledning blevet røntgenfotograferet, men der kunne de ikke se noget.

Sagsøgeren kom i fleksjob i sit lærerjob med virkning fra den 27. juni 2008, således at hun havde et ugentligt timetal på 15. Hun kunne ikke klare at arbejde på fuld tid. De mange operationer havde gjort, at hun var konstant træt, og hun sov straks, når hun kom hjem fra arbejde. Hun havde på forskellig vis vanskeligt ved kunne varetage sit arbejde. Hun kunne blandt andet heller ikke tage på ture med skolen, ligesom hun kun kunne sidde ned i kort tid. Efterhånden kom hun ned i tid med flekjobbet til 7-10 timer pr. uge, men hun er nu blevet helt fyret. Hun fratrådte pr. 1. januar 2013.

Med hensyn til den højre hofte blev hun på grund af slidgigt opereret i denne i 2006. Da hun blev opereret i venstre hofte for første gang i februar 2005, var der ikke noget på tale med højre hofte, da hun ikke på dette tidspunkt følte slidgigt i denne hofte. Operationen i højre hofte foregik på tilsvarende vis som operationen i venstre hofte. Hun fik også ved operationen af højre hofte oplyst om restriktioner inden for de første 3 måneder efter operationen. Hendes højre hofte fungerer, dog således at der er begrænsninger i, hvad hun kan. Der har ikke været ledscred med højre hofte. Hoften er dog belastet. Hun ved ikke, hvorfor den ikke fungerer helt. Hun har måske kørt for hårdt på med sit arbejde, da hun havde det. Hoften kan eventuelt også være blevet overbelastet på grund af smerterne i venstre hofte, således at hun er kommet til at gå skævt. Hun har flere smerter i venstre hofte end i højre hofte.

Procedure

Sagsøgeren har til støtte for sin påstand gjort gældende, at betingelserne for genoptagelse i henhold til erstatningsansvarslovens § 11 er opfyldt. De faktiske forhold for sagsøgeren har ændret sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afgørelse. Sagsøgeren er blevet tilkendt fleksjob og har gennemgået endnu en operation, operationen, hvor det har vist sig, at ikke blot cuppen var fejlplaceret, men ligeledes femurkomponenten. Ved sagens oprindelige afslutning blev der lagt vægt på, at sagsøgeren ikke havde en indtægtsnedgang. Dette har ændret sig med tilkendegivelsen af flekjobbet. Der kan her henvises til afgørelsen i U 2004.867 H. De faktiske forhold, der blev lagt til grund ved Patientforsikringens afgørelse om, at sagsøgeren ikke havde et erhvervsevnetab, er herefter notorisk blevet ændret.

Ved den vejledende udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen har styrelsen vurderet, at sagsøgeren ikke ville have haft noget erhvervsevnetab med to velfungerende kunstige hofter. Hendes hofter er ikke velfungerende. Den højre ikke af ukendte årsager og den venstre ikke på grund af patientskaden. Bevægeligheden i den venstre hofte er på grund af patientskaden noget dårligere end bevægeligheden i den højre. Hendes samlede erhvervsevnetab skønnes nedsat med 65 %, hvoraf 35 % vurderes at skyldes patientskaden og 30 % den ikke velfungerende højre hofte. Med Arbejdsskadestyrelsens udtalelser i sagen har sagsøgeren godtgjort et fornødent sikkert grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes vurdering i sagen.

Sagsøgte har til støtte for sin påstand gjort gældende, at det tiltrædes, at det må afgøres efter erstatningsansvarslovens § 11, stk. 1, om der er grundlag for genoptagelse af sagen.

Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt, at sagsøgeren godtgør, at sagens faktiske omstændigheder har ændret sig væsentligt. Det skal også godtgøres, at den væsentlige ændring vil medføre en tilkendelse af erstatning som følge af den anerkendte patientskade.

Det er sagsøgeren, som har bevisbyrden for, at betingelserne for genoptagelse er opfyldt, og denne bevisførelse er ikke løftet. Tilkendelsen af fleksjob skyldes ikke følgerne af patientskaden, men derimod i langt overvejende grad sagsøgerens grundlidelse i form af slidgigt i begge hofter og følger herfra. Isættelse af hofteproteser i begge i sagsøgerens hofter ville, uanset patientskaden, i sig selv have indebåret gener, som ville have medført betydelige skånehensyn i forhold til hoftebelastene arbejde. Tilkendelsen af fleksjob medfører ikke, at der er grundlag for at forhøje erhvervsevnetabsprocenten som følge af patientskaden, og fleksjobtilkendelsen giver herefter heller ikke grundlag for at genoptage sagen om sagsøgerens erhvervsevnetab.

Sagsøgeren har ikke med henvisning til Arbejdsskadestyrelsens udtalelser løftet sin bevisbyrde for, at betingelserne for genoptagelse er opfyldt. Den vejledende udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen er baseret på en fejlagtig antagelse om årsagssammenhæng mellem patientskaden og sagsøgerens ikke velfungerende venstre hofte. Det er ukorrekt, når Arbejdsskadestyrelsen har lagt til grund, at sagsøgerens venstre hofte ikke er velfungerende alene som følge af patientskaden. Sagsøgte henviser i den forbindelse blandt andet til lægeerklæringerne fra overlæge ^B og speciallægekonsulent ^C. Det må endvidere bemærkes, at den højre hofte heller ikke er velfungerende, og at fejlene ved operationen den 21. februar 2005 blev genoprettet ved reoperationen i 2008.

En udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen giver ikke grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes lægefaglige vurdering. Sagsøgeren har ikke haft indbragt sagen for Retslægerådet.

Rettens begrundelse og afgørelse

Ved afgørelse af 31. maj 2006 traf Patientforsikringen bestemmelse om, at der kunne ydes erstatning til sagsøgeren efter, den nu dagældende, patientforsikringsloven som følge af en indtrådt skade i forbindelse med operation i hendes venstre hofte i februar 2005. Hun fik i den forbindelse tilkendt, dels erstatning for medicin og transport, dels godtgørelse for henholdsvis et mer-mén på 5 % og for svie og smerte. Hun fik ikke tilkendt erstatning for erhvervsevnetab.

Ved afgørelse af 12. juni 2009 har sagsøgte stadfæstet en afgørelse af 2. december 2008 fra Patientforsikringen om ikke at genoptage sagen i forhold til méngraden og ved afgørelse af 8. oktober 2010 har sagsøgte stadfæstet en afgørelse af 21. januar 2010 fra Patientforsikringen om heller ikke at genoptage sagen for så vidt angår erhvervsevnetab. Det er sagsøgtes afgørelse ad erhvervsevnetabsdelen af sagen, som sagsøgeren har indbragt for retten.

Parterne er enige om, at grundlaget for en eventuel genoptagelse af sagen er erstatningsansvarslovens § 11, hvorefter en afsluttet sag kan genoptages, hvis sagens faktiske omstændigheder ændrer sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning. Efter forarbejderne til bestemmelsen må den forstås således, at en sag kun kan genoptages for så vidt angår erhvervsevnetabserstatning, hvis der er grundlag for mindst at forhøje erstatningen, forudsat at forhøjelsen er begrundet i ændrede forhold hos den skadelidte, enten helbredsmæssige ændringer eller ændringer i den pågældendes faktiske erhvervsevne. De faktiske omstændigheder, der er indgået i vurderingen af erhvervsevnetabsprocenten skal være væsentligt ændret i forhold til den vurdering, der blev lagt til grund ved sagens afslutning, og retten finder, at erhvervsevnetabsprocenten skal være steget til mindst 15 %, hvis der - som i denne sag - ikke tidligere er ydet erstatning.

I forhold til afgørelsestidspunktet er der efter det oplyste sket væsentlige forandrede faktiske omstændigheder hos sagsøgeren, idet hun den 27. juni 2008 blev tilkendt fleksjob, oprindeligt med 15 timer pr. uge, senere nedsat i tid og nu således, at hun helt er blevet afskediget fra jobbet.

Spørgsmålet er imidlertid, om denne væsentlige faktuelle ændring vil medføre tilkendelse af erhvervsevnetabserstatning som følge af den anerkendte patientskade.

Udover de fire operationer i venstre hofte, som sagsøgeren har gennemgået, er hun i 2006 blevet opereret i også højre hofte, også for slidgigt. Hun har forklaret, at hendes højre hofte fungerer, dog således at der er begrænsninger i, hvad hun kan. Hoften er belastet, og hun ved ikke, hvorfor den ikke fungerer helt. Det er dog hendes formodning, at hun måske har været kørt for hårdt på med sit arbejde, da hun havde det, eller at hoften eventuelt kan være blevet overbelastet på grund af smerterne i venstre hofte, således at hun er

kommet til at gå skævt. Hun har flere smerter i venstre hofte end i højre hofte.

Overlæge, speciallæge i ortopædkirurgi **B** har i sin speciallægeerklæring af 27. maj 2008 anført, at sagsøgeren har diagnoser blandt andet i form af følger efter slidgigt i begge hofter og lettere slidgigt i højre knæ. Han har videre anført, at der fortsat er daglige smerter i begge hofteregioner og med udstråling ned mod knæene, mest udtalt på højre side, at der ved den objektive undersøgelse ses følger efter operation af begge hofter, og at der er fundet overensstemmelse mellem sagsøgerens klager og de objektive fund, der måtte tilskrives følger efter indsættelse af kunstige hofteled, som ikke er fuldt ud velfungerende på hverken højre eller venstre side.

Det er herefter overlægens opfattelse, at sagsøgeren ikke vil være i stand til at genoptage sit hidtidige erhverv som lærer og skolebibliotekar på normale arbejdsvilkår. Lægen vurderer ligeledes, at hun ikke vil kunne genindtræde i et fuldtidserhverv, idet der foreligger en varig og ikke helt ubetydelig begrænsning af den generelle erhvervsevne i ethvert for hende tilgængeligt erhverv, idet der skønnes at være et varigt skånebehov.

Sagsøgte har til brug for sin afgørelse af 8. oktober 2010 indhentet en speciallægeerklæring hos speciallægekonsulent i ortopædisk kirurgi, overlæge **C**. Han har i sin lægeerklæring anført, at grundlidelsen er slidgigt i begge hofter, og at sagsøgerens gener fra denne grundlidelse består af et mén på 20 % og ekstra 5 % på grund merménen. Lægen konkluderer, at merménen på de 5 % ikke er årsag til en nedsættelse/tab med erhvervsevne på mere end 15 %. Det er langt overvejende grundlidelsen med slidgigt i begge hofter - og øvrige sygdomme - der bevirker, at der er varig nedsættelse af erhvervsevnen som lærer til 50 %.

Som det er fastslået i retspraksis må tilsidesættelse af sagsøgtes afgørelse kræve et sikkert grundlag.

Efter det anførte finder retten ikke, at sagsøgeren - uagtet de faktisk væsentligt ændrede forhold - med en sådan sikkerhed, som der må kræves, har godtgjort, at der er grundlag for tilkendelse af erhvervsevnetabserstatning som følge af patientskaden, og sagsøgte kan herefter ikke tilpligtes at genoptage behandlingen af sagsøgerens sag.

Det bemærkes, at Arbejdsskadestyrelsens udtalelser i sagen ikke på tilstrækkelig vis findes at kunne føre til et andet resultat. Der bemærkes i den forbindelse, at sagen ikke har været forelagt Retslægerådet i relation til belysning af årsagssammenhæng mellem patientskaden og sagsøgerens ikke velfungerende venstre hofte.

Sagsøgtes frifindelsespåstand tages således efter det anførte til følge.

Side 7/7

Med hensyn til sagens omkostninger bemærkes, at parterne er enige om, at sagsværdien ligger i intervallet mellem $\frac{1}{2}$ og 1 mio. kroner. Sagsomkostningsbeløbet til sagsøgte jf. nedenfor, udgør et advokatudgiftsbeløb med tillæg af moms. Udover sagens værdi er der lagt vægt på sagens omfang, herunder forelæggelse for Arbejdsskadestyrelsen, samt dens varighed.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, frifindes.

Sagsøgeren, ^A
kostninger betale 65.000 kr.

skal inden 14 dage til sagsøgte i sagsom-


Ole Petersen
kst. dommer
lsn/kap