



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 19. marts 2018 i sag nr. BS 1-1377/2013:

A

mod
Ankenævnet for Patienterstatningen
Finsensvej 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen vedrører, om A har ret til tabt arbejdsfortjeneste i perioden fra den 1. marts 2009 til den 13. juli 2012 som følge af en patientskade, der blev anerkendt af Ankenævnet for Patienterstatningen (tidligere Patientskadeankenævnet) ved afgørelse af den 18. november 2010.

Prøvelsesgrundlaget er Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse af den 18. april 2013.

A har fremsat påstand om, at Ankenævnet for Patienterstatningen tilpligtes at ændre sin afgørelse af den 18. april 2013 og anerkende, at A har ret til tabt arbejdsfortjeneste i perioden fra den 1. marts 2009 til den 13. juli 2012.

A har subsidiært fremsat påstand om, at Ankenævnet for Patienterstatningen tilpligtes at genoptage sagens behandling.

Ankenævnet for Patienterstatningen har fremsat påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 2.

A fik udført en knæproteseoperation på B Regionshospital den 23. oktober 2008. Hun blev efterfølgende reopereret i knæet den 19. november 2009 og den 26. maj 2010.

A har efter operationerne søgt erstatning efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet.

Ankenævnet for Patienterstatningen har ved afgørelse af den 18. april 2013 tiltrådt Patientforsikringens afgørelse af den 13. juli 2012, hvorefter A

bl.a. ikke fandtes berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste. Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse af 18. april 2013 har bl.a. følgende ordlyd:

"Ved Patientforsikringens afgørelse af 28. juni 2010 (j. nr. 10-0795) fik A afslag på erstatning efter klage- og erstatningsloven. Patientforsikringen vurderede, at hun med overvejende sandsynlighed ikke er blevet påført en erstatningsberettigende skade i forbindelse med operationen den 23. oktober 2008, og betingelserne for at yde erstatning efter klage og erstatningsloven var dermed ikke opfyldt, jf. lovens § 19, stk. 1, og § 20, stk. 1.

Ved Patientskadeankenævnets afgørelse af 18. november 2010 blev Patientforsikringens afgørelse ændret således, at A blev anset for påført en skade i form af forlænget sygeforløb og varige følger efter ikke optimal operation og ikke optimale efterfølgende kontrollerundersøgelser, jf. KEL § 20, stk. 1, nr. 1.

Ved Patientforsikringens afgørelse af 20. december 2010 blev A tilkendt 65.500 kr. i godtgørelse for svie og smerte. Der blev ved samme afgørelse ikke fundet grundlag for erstatning for helbredelsesudgifter.

Ved Patientforsikringens afgørelse af 13. juli 2012 blev A tilkendt 32.555 kr. i godtgørelse for varigt mén, svarende til 5 procent. Der blev ved samme afgørelse ikke fundet grundlag for erstatning for tabt arbejdsfortjeneste samt erstatning for tab af erhvervsevne.

De har som advokat for A ved brev af 21. september, 8. november 2012 og 22. januar 2013 påklaget Patientforsikringens afgørelse af 13. juli 2012. De har blandt andet anført, at A inden patientskaden havde en fast tilknytning til arbejdsmarkedet alene afbrudt af kortere ledighedsperioder, at hun ville have haft let ved at finde et nyt arbejde som køkkenassistent efter operationen, hvis det ikke havde været for patientskaden, samt at A ved operationen har fået et forværret knæ og ikke et bedre knæ som lovet.

...

Det kan vedrørende A erhvervsmæssige forhold bemærkes, at hun er uddannet køkkenassistent i 1983. Hun arbejdede i køkken på C fra 1986-1988. Herefter i køkken i D fra 1988-1992. Fra 1992- 1995 var hun ledig. I perioden tog hun diverse kurser inden for køkkenbranchen.

Herefter arbejdede hun i køkken hos E fra 1995-2003. Fra 2003 - 2008 arbejdede hun i jobtræning på B Sygehus, i jobtræning i F kantine i ca. 1 ½ år, hos G i 7 måneder samt som afløser i F kantine i ca. 2 år. Fra 27. juli 2008 og frem til 12. september 2008 var hun fast afløser i H men hun blev sagt op, da en tidligere medarbejder vendte tilbage.

A fik foretaget knæoperationen den 23. oktober 2008, hvor hun blev påført patientskaden. Hun har været sygemeldt siden den 17. oktober 2008. Hun er nu indstillet til førtidspension.

...

Tabt arbejdsfortjeneste og erhvervsevnetab.

Af de grunde, der er anført af Patientforsikringen, kan Patientskadeankenævnet tiltræde afgørelsen af 13. juli 2012.

Nævnet finder det således ikke overvejende sandsynligt, at A efter en knæoperation selv med et velfungerende knæ kunne have varetaget et fysisk krævende (stående, gående) erhverv som køkkenassistent. Nævnet har ved afgørelsen lagt vægt på, at A manglende evne til at vende tilbage til arbejdsfunktionen som køkkenassistent med overvejende sandsynlighed skyldes følger efter hendes grundsygdom og ikke følger efter den suboptimale primære knæoperation".

Patientforsikringens afgørelse af den 13. juli 2012 har bl.a. følgende ordlyd:

"Du er ikke berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og erhvervsevnetab.

Hvis patienten, som i dit tilfælde, var ledig på det tidspunkt, hvor behandlingsskaden skete, ydes der kun erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, hvis det anses for tilstrækkeligt sandsynliggjort, at patienten ville være kommet i arbejde, hvis skaden ikke var sket. Vi anser det ikke for tilstrækkeligt sandsynliggjort, at du ville være kommet i arbejde på et tidligere tidspunkt, hvis behandlingsskaden ikke var sket.

Ved vores vurdering har vi lagt vægt på omfanget af din grundsygdom - slidgigt i dit venstre knæ med indsættelse af knæprotese - sammenholdt med omfanget af behandlingsskaden og på dine muligheder på arbejdsmarkedet.

Som det fremgår ovenfor under Varigt mén, har vi vurderet, at du nu har et varigt mén svarende til en ikke velfungerende knæprotese. Du ville i bedste fald, selvom behandlingsskaden ikke var sket, have haft en

velfungerende knæprotese. En velfungerende knæprotese medfører i sig selv et varigt mén på 10 % ifølge Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel. Dit mén som følge af din grundsygdom er således større end det mén du har fået som følge af behandlingsskaden. Vi vurderer derfor, at det mest sandsynligt er din grundsygdom, der er årsagen til dine funktionsmæssige, herunder arbejdsmæssige, begrænsninger. Vi har også lagt vægt på, at du kun har arbejds erfaring som køkkenassistent, En knæprotese, selvom den er velfungerende, vanskeliggør arbejdet som køkkenassistent, og vi finder det ikke sandsynliggjort, at du ville have været omplaceret til en anden slags arbejde, hvis behandlingsskaden ikke var sket.

Af de samme grunde vurderer vi også, at det er din grundsygdom, der er årsag til, at din erhvervsevne er så væsentligt og varigt nedsat, at du ikke kan arbejdsprøves yderligere, og at du forventer at blive tilkendt førtidspension i nærmeste fremtid."

Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse af den 18. november 2010 har bl.a. følgende ordlyd:

"...

Afgørelse

Patientforsikringens afgørelse af 28. juni 2010 ændres. Det anerkendes herved, at De er påført en erstatningsberettigende skade i form af forlænget sygeforløb og varige følger efter ikke optimal operation og ikke optimale efterfølgende kontrolundersøgelser på Regionshospitalet ^B

den 23. oktober 2008 og frem, jf. klage- og erstatningsloven § 20, stk. 1, nr. 1.

...

Det er Patientskadeankenævnets vurdering, at en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ville have handlet anderledes, end man gjorde ved operationen på Regionenshospitalet

^B den 23. oktober 2008, jf. klage- og erstatningsloven § 20, stk. 1, nr. 1.

Nævnet har herved lagt vægt på, at der efter operationsbeskrivelsen ikke blev foretaget en sikring af knæskallens placering, og at efterfølgende røntgenundersøgelse viste et øget afstand mellem den proteseforsyede lår- og skinnebenskogle. Der er også lagt vægt på, at De er blevet reopereret to gange for dårlig sporing af knæskallen, hvor der ved den seneste operation måtte foretages seneforstærkning.

Nævnet finder, at det havde været i overensstemmelse med anerkendte

retningslinjer på det pågældende område at foretage kontrol af og dokumentation af knæskallens sporing under bevægelse fra strakt til fuld bøjet stilling i forbindelse med operationen den 23. oktober 2008. Det havde ligeledes været i overensstemmelse med de anerkendte retningslinjer på det pågældende område at foretage undersøgelser og dokumentation af knæskallens sporing i forbindelse med de postoperative kontroller henholdsvis 3 måneder og 10 måneder efter operationen, hvilket ikke ses at være udført til trods for, at De ifølge journaloplysningerne gav udtryk for problemer med knæet i form af fornemmelse af rotation af underbenet. Således er det nævnets vurdering, at De med overvejende sandsynlighed er påført en erstatningsberettigende skade i form af bl. a. forlænget sygeforløb samt varige følger efter en ikke optimal operation og ikke optimale efterfølgende kontrolundersøgelser på Regionshospitalet ^B den 23. oktober 2008 og frem, jf. klage- og erstatningsloven § 20, stk. 1, nr. 1.

Med henvisning til ovenstående er det således nævnets vurdering, at betingelserne for at yde erstatning efter klage- og erstatningsloven er opfyldt, jf. § 20, stk. 1, nr. 1".

Der foreligger journaloplysninger fra ortopædkirurgisk overafdeling, Regionshospitalet ^B Det fremgår af journaloplysningerne, at overlæge ^I den 6. februar 2009 vurderede, at ^A kunne starte deltidsarbejde i nuværende arbejdsfunktioner i et køkken indenfor den næste måned. Den 3. februar 2010 vurderede overlæge ^J der havde forestået operationen den 23. oktober 2008, at ^A kunne komme i arbejde igen i løbet af 1-2 måneder, hvis udviklingen de sidste måneder fortsatte. Den 27. januar 2011 vurderede overlæge ^J at ^A på daværende tidspunkt kunne klare 4 timers arbejde dagligt, og at hun nok ikke skulle have det mest knæbelastende arbejde.

Den 25. oktober 2011 skrev overlæge ^J bl.a. til Jobcenter ^B at ^A funktionsniveau langt fra var som forventet inden operationen, og at det var rimelig realistisk, at hun ville kunne klare et flex-job omkring 15 timer ugentligt.

Der foreligger en informationsfolder fra ^K Hospital om slidgigt i knæet og knæprotese.

Af en arbejdsevnevurderingsjournal fra ^B Kommune udskrevet den 22. november 2010 fremgår bl.a., at ^A modtog sygedagpenge fra den 17. oktober 2008 til den 30. august 2010, og at hun modtog kontanthjælp fra den 1. august 2011. Det fremgår tillige bl.a., at ^A den 1. oktober 2009 selv vurderede, at hun kunne arbejde 30 timer ugentligt, og at hun den 5. oktober 2010 vurderede, at hun på sigt kunne arbejde 37 timer ugentligt.

Der foreligger en række af A lønsedler for perioden januar 1995 til september 2008.

I juni 2012 fik A konstateret tarmkræft, og hun blev opereret og behandlet med kemoterapi.

A blev tilkendt førtidspension i oktober 2013.

Denne sag blev anlagt den 14. oktober 2013.

Ortopædkirurg L har den 28. april 2015 udfærdiget en speciallægeerklæring vedrørende A

Retslægerådet har den 24. oktober 2014 bl.a. besvaret følgende spørgsmål således:

"Spørgsmål 3:

Hvilke følger/gener er sagsøgeren påført som følge af den anerkendte patientskade i form af ikke optimal operation og ikke optimale efterfølgende kontrolundersøgelser (som nærmere beskrevet i Patientskadeankenævnets afgørelse af 18. november 2010, bilag A) ?

Såfremt der er tvivl om, hvorvidt en følge/gene hidrører fra grundlidelsen og den nødvendige behandling heraf eller fra patientskaden, bedes graden af sandsynlighed for de mulige årsager om muligt angivet.

Spørgsmålet har en præmis, som Retslægerådet ikke finder korrekt, og spørgsmålet kan derfor principielt ikke besvares. Retslægerådet finder, at den primære operation er udført efter alment anerkendte lægelige procedurer, da der ved lægekontroller efter operationen den 06.02.09 og den 19.08.09 (bilag 7) fandtes god bevægelighed og stabilitet. Dog kan udtales, at Retslægerådet ikke finder, at reoperationerne har influeret på slutresultatet, da knæet nu er stabilt og dermed må slutresultatet alene tilskrives grundlidelsen.

Spørgsmål 4:

Hvis operationen den 22. oktober 2008 havde levet op til retningslinierne for gennemførsel af den pågældende type knæalloplastik operation, hvad havde da prognosen for skadelidte ud fra en generel betragtning været. Dette set i forhold til sygeperiode, smerter, bevægelighed og udholdenhed i knæet. Retslægerådet bedes samtidig oplyse, hvilken holdbarhed man kan forvente af den pågældende type knæalloplastiske operation.

Spørgsmålet er hypotetisk og forudsætter, at operationen ikke har levet

op til retningslinierne for gennemførelse af aktuelle operation. Retslægerådet udtaler sig ikke om sygeperioder.

Spørgsmål 5:

Det er konstateret i forbindelse med arbejdsprøvningen på M (bilag 11), at sagsøger maksimalt kan stå i 15-30 minutter af gangen. Retslægerådet bedes oplyse, om det er overvejende sandsynligt en følge af grundlidelsen.

Den manglende udholdenhed i stående stilling må tilskrives grundlidelsen og den manglende effekt af operationen. Den nedsatte standfunktion skønnes ikke at kunne tilskrives knæskalsproblematikken i forbindelse med operationen, da protesedelene og knæskal efter sidste operation sidder korrekt.

Spørgsmål 6:

Sagsøgers knæ hæver og bliver ustabilt. Retslægerådet bedes oplyse, om det er overvejende sandsynligt en følge af grundlidelsen.

En velgennemført alloplastik (kunstigt led) kan give kronisk hævelse af knæet. Der er lægeligt efter sidste operation ikke beskrevet instabilitet.

Spørgsmål 7:

Det er konstateret i forbindelse med arbejdsprøvningen på M (bilag 11), at sagsøger maksimalt kun kan gå en km. Retslægerådet bedes oplyse, om det er overvejende sandsynligt en følge af grundlidelsen.

Den anførte nedsatte gangdistance må skyldes grundlidelsen og dens behandling. Nærmere kan Retslægerådet ikke specificere svaret.

...

Spørgsmål 10:

Er der forhold i det beskrevne, som tyder på at operationen den 23. oktober 2008 måtte forventes at give anledning til særlige komplikationer? Hvis ja, bedes disse forhold beskrevet.

Der er beskrevet instabilitet af knæet før operationen med sideløshed af manglende korsbånd. Dette kan gøre det vanskeligt at stabilisere knæet peroperativt".

Retslægerådet har den 18. august 2015 bl.a. besvaret følgende supplerende spørgsmål således:

"Spørgsmål 12:

Retslægerådet har i sin besvarelse af spørgsmål 1 oplyst, hvilke gener

sagsøger havde den 9. november 2007. Dette tidspunkt var inden sagsøger gennemgik kikkertoperation den 18. februar 2008, hvor knæet blev oprenset.

Retslægerådet bedes derfor beskrive, hvilke gener sagsøger havde umiddelbart forud for operationen den 22. oktober 2008, hvilket er beskrevet i september og oktober 2008. Retslægerådet bedes særligt præcisere, om der forefandtes:

- a) hævelse af knæ og i givet fald i hvilket omfang?
- b) smerter og placering heraf?
- c) natlig pine etc.?
- d) fejlstilling af knæ og graden heraf?
- e) bevægelsesomfang ekstension og fleksion? Aktivt og passivt?
- f) ledskedsfornemmelse?
- g) Instabilitet, subluxation, luxation?
- h) gangdistance?

Den 16.09.08 finder den opererende overlæge:

- a) Ikke anført, dog beskrives en Bakercyste, som er udtryk for hævelse af knæet bagtil.
- b) Konstante smerter, der forværres i hvile. Lokalisation ikke anført.
- c) -
- d) Ikke anført.
- e) Strækker fuldt, bøjer 120 grader.
- f) Moderat øget kalveknæstilling.
- g) 10 grader indvendig løshed, forreste løshed
- h) Ikke anført.

...

Spørgsmål 14:

Patientskadeankenævnet har i deres afgørelse af 18. november 2010 (bilag A) anerkendt, at der foreligger en patientskade.

Det fremgår af Patientskadeankenævnets afgørelse, at man burde have reageret på den forøgede afstand mellem det proteseforsynede lår- og skinneknogle samt have undersøgt knæskallens sporing både i forbindelse med operationen den 22. oktober 2008 og i forbindelse med efterfølgende kontroller.

Er det overvejende sandsynligt, at operationerne den 19. november 2009 og/eller 26. maj 2010 herved kunne være undgået herved?

For det tilfælde, at Retslægerådet måtte komme til det resultat, at operationerne den 19. november 2009 og/eller 26. maj 2010 ikke kunne

være undgået, ville operationerne da med overvejende sandsynlighed kunne være foretaget på et tidligere tidspunkt?

Retslægerådet vurderer, at operationen 22.10.08 er foregået efter almindelig anerkendte lægelige retningslinier. Der henvises i øvrigt til besvarelsen af spørgsmål 3.

Spørgsmål 15:

Efter 1. og 2. operation oplevede skadelidte en væsentlig forværring i hendes knægener, som følge af knæledsskred. Retslægerådet bedes oplyse, om man kan bekræfte, at skadelidtes tilstand i perioden mellem 1. og 3. operation var forværret i forhold situationen henholdsvis før operation nr. 1 22. oktober 2008 og efter 3. operation 26. maj 2010.

I perioderne, hvor sagsøger har oplevet instabilitet af knæskallen efter operationen 22.10.08, har generne været forværret i forhold til et kunstigt knæled med stabil knæskal".

Arbejdsmarkeds Erhvervssikring har den 2. oktober 2017 afgivet en vejledende udtalelse om A varige mén og erhvervsevnetab som følge af patientskaden. Arbejdsmarkedets Erhvervssikring har vurderet det varige mén til 5 % og erhvervsevnetabet til mindre end 15 %. Af begrundelsen for den vejledende udtalelse fremgår bl.a.:

"...

- A blev sygemeldt efter patientskaden.
- Fra den 9. marts 2009 og frem til den 27. marts 2009 var A på N (ressourcecenter i B 15 timer ugentligt i forbindelse med afklaring og opkvalificering af arbejdssevnen. Fra den 30. marts 2009 til den 22. maj 2009 var A i erhvervsrettet afklaring 18 timer om ugen.
- A var i et afklaringsforløb på M fra januar 2011 til den 20. april 2011, hvor der blev taget skånehensyn i forhold til knæ- og rygbelastende arbejde. Time-tallet blev vurderet til cirka 5 timer dagligt, men det effektive timetal blev vurderet til at ligge på maksimalt 20 timer ugentligt, hvor hun således havde færre gener og mere overskud. A var meget mødestabil, men havde dog en sygedag, hvor hun havde ondt i ryggen og har ligeledes været til undersøgelse vedrørende denne.
- Fra november 2011 til januar 2012 var A i virksomhedspraktik på O hvor hun arbejdede

de cirka 5-10 timer ugentligt. Der var imidlertid ikke nok arbejdsopgaver, der tilgodeså hendes skånehensyn.

- Fra januar 2012 til februar 2012 var A i virksomhedspraktik hos P som delikatesseassistent, hvor hun formåede at arbejde op til cirka 26 timer i de to sidste uger af praktikken. Det blev vurderet, at hendes hverdag skønnes at have større sammenhæng ved en arbejdsuge på cirka 20 timer, idet A har oplyst, at hendes ryggener var tiltaget væsentligt de sidste dage i praktikken og at hendes knægener var blevet mere udtalte om natten.
- A fik konstateret kræft i endetarmen i juni 2012 og afsluttede kemobehandlingen i januar 2013.
- Det fremgår af rehabiliteringsteamets indstilling af 5. september 2013, at A havde forstyrret nattesøvn og slidgigt i nakken. Det fremgår derudover, at hun havde store knæproblemer og problemer med følger efter kræftoperationen. Det fremgår endeligt, at det var rehabiliteringsteamets vurdering, at de ovennævnte forhold ansås som værende veldokumenteret og at A ikke ville kunne blive selvforsørgende ved indtægtsgivende arbejde, henset til hendes fysiske helbred på grund af venstre knæ, følger efter kræftoperationen og hendes alder.
- A fik tilkendt førtidspension i oktober 2013.

...

Vi vurderer, at A havde en fuld erhvervsevne før patientskaden, idet hun havde formået at arbejde på fuld tid uden skånehensyn.

Det er dog ligeledes vores vurdering, at det er usikkert om A i et fremtidigt perspektiv uden patientskaden ville have fortsat med, at arbejde som køkkenassistent eller lignende i et omfang og med et indtægtsniveau i det væsentligste svarende til omfanget og indtægtsniveauet i årene forud for skaden. Vi har i den forbindelse lagt vægt på, at knægenerne efter vores lægefaglige vurdering, også uden patientskaden ville blive symptomgivende i et sådant omfang, at hun ikke ville kunne arbejde på fuld tid som køkkenassistent. Vi har derudover lagt vægt på, at der er tilstødt andre helbredsmæssige gener, der ikke kan tilskrives patientskaden den 22. oktober 2008.

Vi har ved vurderingen af erhvervsevnetabet med patientskaden lagt vægt på, at A har følger efter patientskaden svarende

til et mérmén på 5 procent for gener i venstre knæ. Det er således vores vurdering, at A aktuelt har helbredsmæssige funktionsbegrænsninger i forhold til knæbelastende arbejdsopgaver, der til dels kan tilskrives patientskaden.

Vi er i den forbindelse opmærksomme på, at A altid har haft fysisk hårdt benbelastende arbejde. Henset til A aktuelle samlede knægener er det vores vurdering, at hun ikke ville kunne vende tilbage til sit hidtidige arbejde som køkkenassistent i samme omfang som før skaden, idet jobbet indebærer mange funktioner, der er belastende for knæet.

Vi har lagt vægt på, at A har været i arbejdsprøvning som viste, at hun foruden knægenerne også havde rygggener. Vi er i den forbindelse opmærksom på, at A har formået at arbejde cirka 20 timer ugentligt med gener i henholdsvis knæ og ryg, hvilket efter vores vurdering er retvisende for, hvad hun burde kunne med generne i ryggen og venstre knæ. Vi har i den forbindelse lagt vægt på, at patientskaden alene udgør en mindre del af det samlede mén i venstre knæ.

Vi er opmærksomme på, at A har fået tildelt førtidspension i oktober 2013 og at rehabiliteringsteamet har lagt vægt på, at A har gener i venstre knæ, men derudover også har andre helbredsmæssige følger, som efter vores vurdering ikke kan tilskrives skaden den 22. oktober 2008".

Der er enighed om, at sagens værdi, i perioden fra sagens anlæg den 14. oktober 2013 og indtil A den 8. januar 2018 nedlagde sin endelige påstand i forbindelse med indlevering af et sammenfattende proceskrift, var 1.694.699,30 kr. Der er videre enighed om, at sagens værdi herefter er 373.102,30 kr.

A har forklaret, at hun blev uddannet køkkenassistent i 1983, og at hun senere videreuddannede sig til smørrebrødsjomfru. Hun har udført køkkenarbejde i ca. 31 år, og det har hun været rigtig glad for. Hun rejste til Danmark fra X i 1992, fordi hun havde mødt en dansk mand. Efter at hun var kommet til Danmark, gjorde hun alt, hvad hun kunne, for at komme i arbejde. Hun blev først ansat i praktik og senere fastansat på R hvor hun herefter arbejdede i alt 9 år. Ansættelsen ophørte, da hun i 2003 flyttede fra Q til B efter en samlivsophævelse, der nødvendiggjorde en flytning. Fra november 2003 til februar 2005 var hun arbejdsløs. Fra februar 2005 til august 2005 var hun ansat på B Sygehus. Hun ophørte med at arbejde på sygehuset, fordi hun var ked af jobbet. Fra november 2005 til november 2006 arbejdede hun som fast vikar i B Amts kantine. Herefter havde hun kortvarigt en fast stilling hos G

i B men der var hun ikke glad for at være. Hun blev på ny ansat på B Amt som fast vikar. Hun arbejdede på amtet til den 12. september 2008. Hun blev første gang opereret i knæet den 23. oktober 2008. Før operationen var hun ude at rejse ca. 2 gange om året, hun dansede folkedans 1 gang om ugen, og hun gik lange ture og fiskede. Efter operationen har hun ikke kunne danse folkedans eller fiske. Hun kan heller ikke gå ture, bl.a. fordi hun ikke kan gå på ujævnt terræn. Inden operationen sagde overlæge J til hende, at det var hans forventning, at hun kunne genoptage sit arbejde efter ca. 3 måneder. De talte ikke om, hvorvidt hun også kunne genoptage sine fritidsinteresser. Efter operationen hævdede knæet, så hun ikke kunne genoptræne, og hun måtte stoppe med fysioterapibehandling. Når hun gik op ad trapper, knækkede knæet. Det blev senere konstateret, at knæskallen var skubbet til venstre side. Hun blev reeopereret første gang i november 2009. Efter denne operation blev hun på ny søgt genoptrænet, men knæskallen skred igen. Hun blev reeopereret anden gang i maj 2010. Hun har deltaget i flere jobafklaringsforløb arrangeret af B Kommune. Hun var først på S Dernæst har hun været på M på O og i P Hun har således afprøvet mange forskellige arbejdsfunktioner. Hun var på M efter anden reeoperation. M udfører pakkeopgaver for forskellige butikker. Arbejdsprøvningen hos M viste, at hun kunne arbejde ca. 20 timer ugentligt. På O havde de ikke nok arbejdsopgaver til hende. Der var også for mange trapper på centeret. Hun var til sidst i virksomhedspraktik hos P men det gik ikke godt. Hun var ikke i stand til at gå særlig langt. I juni 2012 fik hun konstateret kræft, og hun blev først opereret og fik siden kemobehandling, hvilket tog hårdt på hende. Efter knæoperationerne ville hun meget gerne tilbage på arbejdsmarkedet. Overlæge J opfordrede hende på et tidspunkt til at søge pension, men det ønskede hun ikke på daværende tidspunkt. Fra oktober 2008 til august 2010 modtog hun sygedagpenge. Fra august 2010 kunne hun ikke længere få sygedagpenge, og hun søgte derfor kontanthjælp. I første omgang fik hun afslag på kontanthjælp, fordi hun havde en mindre opsparing i form af aktier. Efter 11 måneder uden indtægt var aktieopsparingen brugt, hvorefter hun modtog kontanthjælp. Det var meningen, at aktierne først skulle have været solgt, når hun blev pensionist, og at hun skulle have brugt pengene til at rejse for. I november 2013 blev hun tilkendt førtidspension.

Parternes synspunkter

A har i sit påstandsdokument gjort gældende:

"

At sagsøger har ret til tabt arbejdsfortjeneste i medfør af Erstatningsansvarslovens § 2 jf. Lov om Klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 24. Det fremgår af den dagældende § 2, at Erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ydes, indtil skadelidte kan begynde at arbejde igen. Må det antages, at

skadelidte vil lide et varigt erhvervsevnetab, ydes erstatning indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne.

At det er overvejende sandsynligt, at årsagen til, at sagsøger ikke kan genoptage sit arbejde, er den anerkendte patientskade jf. Patientskadeankenævnets afgørelse af 18. november 2010 (bilag A), idet

Patientskadeankenævnet ved sin afgørelse af 18. november 2010 (bilag A) har lagt til grund, at

”Således er det nævnets vurdering, at De med overvejende sandsynlighed er påført en erstatningsberettigende skade i form af bl.a. forlænget sygeforløb samt varige følger efter en ikke optimal operation og ikke optimale efterfølgende kontrolundersøgelser den 23. oktober 2008 og frem”.

Sagsøgers sygeperiode forlænges uomtvisteligt af re-operationerne den 19. november 2009 og igen den 26. maj 2010, hvilket også ligger til grund af Patientankenævnet jf. bilag A. Og er også anført i besvarelsen af Retslægerådets besvarelse af spr. 15 *”I perioderne, hvor sagsøger har oplevet instabilitet af knæskallen efter operationen 22.10.08, har generne været forværret i forhold til et kunstigt knæled med stabil knæskal”.*

Overlæge ¹ vurderede konkret i journalnotat af 06.02.2009 (bilag 5 s. 8), at sagsøger som følge af grundlidelsen burde kunne genoptage sin hidtidige funktion.

Sagsøger havde forud for operationen en fast og varig tilknytning til arbejdsmarkedet, hvilket bl.a. fremgår af bilag 10, hvor der er fremlagt lønsedler 13 år forud for operationen i 2008, som dokumenterer, at sagsøger kontinuerligt har været i arbejde og kun med enkelte arbejdsløshedsperioder.

At sagsøger på operationstidspunktet var ophørt i sin hidtidige ansættelse kan ikke føre til andet resultat, idet operationen den 22/10-08 havde sagsøger planlagt således, at hun kunne opereres ved udløb af ansættelse den 12/9-08, og havde planlagt efter genoptræning at genoptage sit hidtidige arbejde. Henset til den faste tilknytning til arbejdsmarkedet er der intet som dokumentere, at sagsøger ikke ville kunne have fundet andet job inden den 13. juli 2012.

Sagsøgte har gjort gældende, at sagsøgers knælidelse/ grundlidelse generelt var til hinder for arbejde som køkkenassistent, dette bestrides som værende udokumenteret, og i øvrigt i strid med hvad sagsøger blev oplyst forud for operationen. Det er også i strid med generel brochure om knæoperationer (bilag 9) og i strid med konkret vurdering af overlæge ¹ jf. journalnotat af 06.02.2009 (bilag 5 s. 8), og kan derfor ikke lægges til grund.

Sagsøgte har også gjort gældende, at Retslægerådet ikke mener, at der er tale om en behandlingsskade. Hertil bemærkes, at Retslægerådet IKKE tager stilling til bedste specialiststandard, som er den retlige standard, som lægges til grund i loven. Retslægerådet udtaler sig alene om, hvorvidt operationen er udført efter anerkendte lægelige standarder.

At sagsøger har ret til tabt arbejdsfortjeneste fra den 1. marts 2009 (hvor sagsøger burde kunne seneste have genoptaget sit arbejde, efter 4 måneder), indtil den 13. juli 2012, hvor Patientforsikringen ved sin afgørelse kunne vurdere tabet.

I første omgang bliver hun stillet i udsigt, at da hun har knæbelastende arbejde vil hun være klar til at arbejde igen efter ca. 3 mdr. Dette understøttes også af bilag 7 journalnotat af 06.02.09 (s.10) *"Vurderingen er, at hun indenfor den næste mdr. vil kunne starte deltidsarbejde i nuværende arbejdsfunktioner i et køkken"*

Brochure "information om slidgigt i knæet og knæprotese" (**bilag 9**), fremgår det, at ved knæbelastende arbejde vil dette kunne genoptages efter 3 mdr., jfr. s. 7 og 26.

Da det er overvejende sandsynligt at sagsøger ville have kunne komme tilbage i arbejde i perioden 1. marts 2009 til 13. juli 2002, og det samtidig ikke er godtgjort fra sagsøgte side, at den forudbestående lidelse/grundlidelsen alene ville have medført, at sagsøger ikke kom tilbage på arbejdsmarkedet i perioden 1. marts 2009 til den 13. juli 2012, da skal sagsøger tillægges tabt arbejdsfortjeneste for perioden, og sagen hjemvises med henblik på nærmere beregning af tabet.

Til støtte for den subsidiære om genoptagelse af sagens behandling, anføres

At Ankenævnet for forsikring ikke har foretaget en nærmere vurdering af hvilken indtægt sagsøger kunne have opnået, hvis det ikke havde været for patientskaden.

Det er sagsøgers opfattelse at ved en korrekt operation ville sagsøger være kommet tilbage på arbejdsmarkedet i al frem til, at sagsøger påbegyndte behandling for tarmkræft sommeren 2012.

Ankenævnet har ved sin afgørelse ej heller vurderet, om sagsøger ved en korrekt behandling i en periode fra 1/9-2010 til 31/7-2011 ville have stået uden nogen form for indkomst, da sygedagpengene standses som følge af langvarig sygemelding og hun overgår til kontanthjælp, hvor hun får kr. 0 pga. opsparing.

Det er sagsøgers opfattelse, at uden Patientskaden ville sagsøger i værste fald have været i løntilskudsjob e.lign. eller fleksjob, men under alle omstændigheder have haft en indkomst. Det langvarige operationsforløb har konkret medført, at sagsøger røg ud af sygedagpengesystemet og var henvist til at søge om kontanthjælp, hvor hun ikke har kunnet modtage ydelser på grund af formue."

Ankenævnet for Patienterstatningen har i sit påstandsdokument gjort gældende:

"Til støtte for frifindelsespåstanden gøres det gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 18. april 2013 (bilag 1). Sagsøgeren, der har bevisbyrden, er ikke fremkommet med noget, der kan føre til en ændret vurdering.

Det kan lægges til grund, at den udførte knæalloplastik var velindiceret, hvilket i øvrigt understøttes af de foreliggende lægelige oplysninger om sagsøgerens svære knægener forud for operationen og de betydelige gigtforandringer i knæet.

Sagsøgeren var ledig på tidspunktet for operationen. Det fremgår af sagen, at sagsøgeren ophørte arbejde den 12. september 2008, jf. lønseddel for september 2008 fra Regionshuset T (bilag 10). Sagsøgeren kan derfor kun få erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, hvis det er tilstrækkeligt sandsynliggjort, at hun ville være kommet i arbejde på et tidligere tidspunkt, hvis behandlingsskaden ikke var sket.

Retslægerådets besvarelse af 20. december 2017 støtter i det hele sagsøgtes afgørelse af 18. april 2013 (bilag 1), dog med den præmis, at Retslægerådet slet ikke mener, at der er sket en fejlbehandling, jf. spørgsmål 3 og 4 samt 14, og sagsøgeren har dermed ikke ved besvarelsen tilvejebragt et

sikkert grundlag for at tilsidesætte afgørelsen.

Sagsøgeren har ikke godtgjort, at hun uden patientskaden ville være kommet i beskæftigelse efter sin knæalloplastik. En knæalloplastik indebærer, selv når den gennemføres uden fejl, ingen garanti for smertefrihed eller fravær af øvrige gener, og selv med en velfungerende knæprotese taler overvejende sandsynlighed imod, at sagsøgeren ville være i stand til at varetage et fysisk krævende (gående, stående) arbejde som køkkenassistent.

Dette støttes af Retslægerådets svar på spørgsmål 5 og 7, hvor Retslægerådet vurderer, at sagsøgerens manglende udholdenhed i stående stilling og den nedsatte gangdistance må tilskrives grundlidelsen og den manglende effekt af operationen. I samme retning fremgår det af svaret på spørgsmål 6, at *"En velgennemført alloplastik (kunstigt led) kan give kronisk hævelse af knæet."*

Det er mere sandsynligt, at det er forudbestående forhold ved sagsøgeren selv, som kunne forventes at give anledning til særlige komplikationer efter operationen den 23. oktober 2008, jf. svaret på spørgsmål 10, hvor Retslægerådet udtaler, at den beskrevne instabilitet af knæet før operationen med sideløshed af manglende korsbånd, kunne gøre det vanskeligt at stabilisere knæet peroperativt. Retslægerådets vurdering af, at der slet ikke er tale om en behandlingsskade, medfører i sagens natur, at det heller ikke er behandlingen, som er årsag til sagsøgerens manglende beskæftigelse i den omhandlede periode.

Om sagsøgeren blev stillet et bestemt resultat af operationen i udsigt kan ikke ændre ved denne vurdering og er ikke relevant for, om sagsøgeren er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Sagsøgeren anfører med henvisning til journalnotat af 6. februar 2009 fra overlæge ¹ (bilag 5, side 8), at lægen har vurderet konkret, at sagsøgeren burde kunne genoptage sit arbejde i et køkken. Det fremgår imidlertid af journalnotatet, at *"hun indenfor den næste mdr. vil kunne starte deltidsarbejde i nuværende arbejdsfunktioner i et køkken."* (min understregning).

Sagsøgeren har ikke med dette løftet bevisbyrden for, at der er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 18. april 2013 om, at sagsøgeren ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste (bilag 1).

Patientskaden har således ikke forringet sagsøgerens arbejdsevne ud over grundlidelsen, hvorfor sagsøgeren ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste."

Rettens begrundelse og afgørelse

Ved Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse af 18. november 2010

blev ^A anset for påført en erstatningsberettigende skade i form af forlænget sygeforløb og varige følger efter ikke optimal operation og ikke optimale efterfølgende kontrolundersøgelser på Regionshospitalet ^B den 23. oktober 2008 og frem.

Ankenævnet for Patienterstatningen tiltrådte ved afgørelse af den 18. april 2013 Patientforsikringens afgørelse af 13. juli 2012, hvorefter patientskaden blev vurderet til en méngrad på 5 % og ikke medførte ret til erstatning for erhvervsevnetab og tabt arbejdsfortjeneste.

Spørgsmålet i sagen er, om ^A som følge af patientskaden har ret til tabt arbejdsfortjeneste i perioden fra den 1. marts 2009 til den 13. juli 2012.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at ^A inden operationen den 23. oktober 2008 i mange år havde haft en stabil tilknytning til arbejdsmarkedet. Hun er køkkenuddannet og har efter det oplyste alene erhvervserfaring med køkkenarbejde. ^A var arbejdsledig på operationstidspunktet, efter at et vikariat var ophørt måneden forinden. ^A har ikke været i arbejde efter operationen den 23. oktober 2008, og således heller ikke i perioden efter den sidste reoperation den 26. maj 2010 og indtil hun fik konstateret kræft i juni 2012.

Det må efter bevisførelsen - herunder Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 15 - lægges til grund, at ^A efter operationen den 23. oktober 2008 og indtil reoperationen den 26. maj 2010 i hvert tilfælde i perioder har haft øgede gener, fordi knæledet ikke var stabilt. Det må videre - særligt efter Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 3, 5, 6 og 7 - lægges til grund, at slutresultatet efter behandlingsforløbet må tilskrives grundlidelsen og den manglende effekt af behandlingen, og at en velgennemført knæproteseoperation kan medføre kronisk hævelse af knæet.

^A havde i en længere periode forud for operationen den 23. oktober 2008 haft problemer med sit knæ, og det er ubestridt, at knæproteseoperationen var en relevant behandling. Det må lægges til grund, at det fysiske er forholdsvis belastende - herunder knæbelastende - at arbejde i et køkken.

Uanset at det lægges til grund, at ^A i hvert tilfælde i perioder efter operationen den 23. oktober 2008 og indtil reoperationen den 26. maj 2010 har haft øgede gener, fordi knæledet ikke var stabilt, finder retten ikke, at ^A på tilstrækkelig vis har sandsynliggjort, at det er patientskaden - og ikke grundlidelsen og normale følger af den nødvendige knæproteseoperation - der er årsagen til, at hun ikke kom i beskæftigelse i perioden fra den 1. marts 2009 til den 13. juli 2012.

Ankenævnet for Patienterstatningen frifindes derfor for ^{A's} principale påstand.

Retten finder ikke efter det foreliggende og efter det af A anførte grundlag for at træffe afgørelse om, at Ankenævnet for Patienterstatningen skal genoptage sagens behandling.

Ankenævnet for Patienterstatningen frifindes derfor også for A's subsidære påstand.

A skal betale sagsomkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen med 80.000 kr. Beløbet er til dækning af udgiften til advokatbi-stand, og det er inklusiv moms, da Ankenævnet for Patienterstatningen ikke er momsregistreret. Ved fastsættelsen af omkostningsbeløbet er der lagt vægt på sagens oprindelige og nuværende værdi, sagens forløb - herunder at der ad 2 omgange er stillet spørgsmål til Retslægerådet - samt sagens resultat.

Thi kendes for ret:

Ankenævnet for Patienterstatningen frifindes.

A skal inden 14 dage betale 80.000 kr. i sagsomkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Trine Riise

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Viborg, den 19. marts 2018.

Christina Andersen, Kontorelev