

D O M

afsagt den 8. juni 2015 af Vestre Landsrets 11. afdeling (dommerne Poul Hansen, Linda Hangaard og Helle Krogager Rasmussen (kst.)) i 1. instanssag

V.L. B-2669-12

A

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen
(tidl. Patientskadeankenævnet)

Sagen drejer sig om, hvorvidt sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen (tidl. Patient-skadeankenævnet), var berettiget til at ændre Patientforsikringens afgørelse af 11. marts 2009 om erstatningspligt og erstatningsfastsættelse og ophæve Patientforsikringens efterfølgende afgørelser om erstatningsfastsættelse til skade for sagsøgeren,

A, i forbindelse med, at A klagede over Patientforsikringens afslag af 7. marts 2011 på at yde yderligere erstatning.

Sagen er anlagt ved Retten i Århus den 8. marts 2012. Ved kendelse af 13. juli 2012 har Vestre Landsret bestemt, at sagen skal henvises til fortsat behandling ved landsretten, jf. retsplejelovens § 226, stk. 1.

Påstande

A

har nedlagt følgende påstande:

1. Ankenævnet for Patienterstatningen dømmes til at anerkende, at nævnets afgørelse af 30. januar 2012 skal ophæves, og at sagen herefter hjemvises til fornyet behandling i An-

kenævnet for Patienterstatningen.

2. Ankenævnet for Patienterstatningen dommes til at anerkende, at Patientforsikringens afgørelser af 11. marts 2009 og 19. juli 2010 er endelige.

Ankenævnet for Patienterstatningen har overfor påstand 1 nedlagt påstand om frifindelse og overfor påstand 2 nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

A har fri proces og retshjælpsdækning.

Sagsfremstilling

Den 21. juni 2007 blev A opereret på H for højresidige knæ smerter. Ved operationen blev en løs del af knæskallen (patella bipartita) delvist fjernet. På grund af fortsatte gener blev A opereret igen den 17. september 2007. Ved denne operation blev den resterende løse del af knæskallen fjernet.

Den 28. december 2007 underskrev overlæge B på vegne af H en anmeldelse til Patientforsikringen. I anmeldelsen var anført, at A var blevet påført en skade ved operationen den 21. juni 2007.

Ved afgørelse af 11. marts 2009 fandt Patientforsikringen A berettiget til erstatning efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet og tilkendte hende erstatning for varigt mén med 50.321 kr., svarende til en méngrad på 8 %. I afgørelsen var anført:

”...

Afgørelse

Patientforsikringen har fundet, at Deres skade i form af øgede gener i højre knæ efter operation er omfattet af loven. Der henvises til vedlagte hændelsesforløb og begrundelse.

Patientforsikringen har endvidere fundet Dem berettiget til 50.321 kr. i erstatning.

Afgørelserne er truffet i henhold til KEL § 20, stk. 1, nr. 1, og § 24, stk. 1.

...

Sagens videre forløb

De har oplyst, at De har mistet Deres arbejde som følge af skaden. De bedes derfor udfylde og returnere vedlagte oplysningsskema og erhvervsevnetabsskema.

De bedes vedlægge dokumentation for Deres indtægt i form af lønsedler fra 2006 og frem til tidspunktet, hvor De blev opsagt. Endvidere bedes De fremsende dokumentation for Deres indtægt fra tidspunktet, hvor De blev opsagt frem til i dag.

De bedes desuden indsende skatteoplysninger fra årene 2005, 2006 og 2007.

Endelig bedes De foranledige, at den arbejdsgiver De havde på skadestidspunktet udfylder vedlagte arbejdsgivererklæring.

Når Patientforsikringen har haft lejlighed til at vurdere de indkomne oplysninger, vil vi vende tilbage til Deres sag.

Ankevejledning

Hvis De ikke har fået fuldt medhold, kan De anke afgørelsen.

Afgørelsen kan også ankes af sygehusmyndighederne eller regionen.

Anken skal inden 3 måneder efter modtagelsen af afgørelsen sendes til:

Patientskadeankenævnet
Vimmelskiftet 43, 2. sal
1161 København K

Patientskadeankenævnet kan stadfæste eller ændre afgørelsen. Hvis ankenævnet beslutter at ændre afgørelsen, kan det ske til fordel for Dem, således at De får yderligere erstatning. Ankenævnet kan også træffe afgørelse til skade for Dem og nedsætte erstatningen eller ændre selve afgørelsen om at tilkende Dem erstatning med den virkning, at De ikke er berettiget til erstatning.

...

Begrundelse

...

Patientforsikringen har vurderet, at behandlingen på  har afvejet fra, hvad der efter lægevidenskab og erfaring havde været det bedst mulige i den givne situation.

Der er i den forbindelse lagt vægt på, at optimal behandling havde tilsagt, at man ved første operation den 21. juni 2007 havde fjernet hele den løse patella bipartita. Hvis dette var sket, finder Patientforsikringen det overvejende sandsynligt, at man havde opnået et bedre behandlingsresultat.

De er derfor berettiget til erstatning efter reglerne i KEL.
..."

Ved afgørelse af 19. juli 2010 tilkendte Patientforsikringen A erstatning for udgifter til medicin, gaze/knæbind og transport med 6.325 kr., erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for perioden 21. august 2007 til 31. maj 2009 med 239.500 kr. og godtgørelse for svie og smerte med 63.000 kr., i alt 308.825 kr. Godtgørelsen for svie og smerte var fastsat til den maksimale godtgørelse, der kunne tilkendes på det omhandlede tidspunkt. Om sagens videre forløb var anført, at Patientforsikringen havde anmodet C Kommune om at fremsende yderligere akter til brug for den videre behandling af sagen.

A blev samtidig bedt om at fremsende dokumentation for de medicinudgifter, hun havde afholdt siden maj 2009. Hvis udgifterne var livsvarige, skulle hun endvidere fremsende en lægeerklæring med oplysning om det nuværende og fremtidige medicinbehov. Endelig skulle hun fremsende dokumentation for sin indkomst i perioden 1. juni 2009 til dato. Når Patientforsikringen havde modtaget det udbedte materiale, ville der blive taget stilling til, om A var berettiget til yderligere erstatning for udgifter og tabt arbejdsfortjeneste samt erstatning for erhvervsevnetab. Ankevejledningen havde samme indhold som vejledningen i afgørelsen af 11. marts 2009.

I januar 2010 fik A indsat en knæprotese.

Ved afgørelse af 8. december 2010 tilkendte Patientforsikringen A erstatning for midlertidige og fremtidige medicinudgifter med i alt 4.850 kr. Patientforsikringen afslog samtidig at tilkende yderligere erstatning for tabt arbejdsfortjeneste. Begrundelsen for afslaget var, at det ikke med overvejede sandsynlighed var patientskadens følger, der var årsag til, at A havde fået indsat en knæprotese, og at hun fortsat var i behandling. Forløbet fra juni 2009, hvor A var blevet skrevet op til proteseoperationen, skulle derimod tilskrives den oprindelige knælidelse. I afsnittet om sagens videre forløb var anført, at A efter det oplyste fortsat gik til genoptræning efter operationen i 2010, og at hun var indstillet til fleksjob og skulle i virksomhedspraktik, når hun var færdigbehandlet. Patientforsikringen kunne ikke tage stilling til en eventuel erstatning for erhvervsevnetab, før hendes forhold var endeligt afklaret, og der ville derfor blive indhentet yderligere materiale i sagen i begyndelsen af marts 2011. Ankevejledning havde samme indhold som de tidligere vejledninger.

Ved afgørelse af 7. marts 2011 meddelte Patientforsikringen, at A ikke på nuværende tidspunkt var berettiget til yderligere erstatning. Om baggrunden for afgørelsen var anført, at A den 10. januar 2011 telefonisk havde oplyst til Patientforsikringen, at hun ikke var tilfreds med, at Patientforsikringen havde afslået at yde erstatning for forløbet i forbindelse med proteseoperationen. Patientforsikringen havde indhentet det seneste journalmateriale og fastholdt på baggrund heraf, at det ikke med overvejende sandsynlighed var patientskadens følger, der var årsag til, at A havde fået indsat en knæprotese. A var derfor ikke berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for perioden juni 2009 og i hvert fald frem til den seneste kontrol den 21. januar 2011. Der kunne endnu ikke tages stilling til, om hun var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for tiden efter den 21. januar 2011. Af samme grund fandt Patientforsikringen heller ikke, at A var berettiget til yderligere godtgørelse for varigt mén. Om sagens videre forløb var anført, at Patientforsikringen ville indhente yderligere materiale fra kommunen i maj 2011 til brug for vurderingen af, om A var berettiget til yderligere erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og eventuel erstatning for erhvervsevnetab. Når materialet var indhentet, ville Patientforsikringen vende tilbage til sagen. Ankevejledningen havde samme indhold som de tidligere vejledninger.

Ved brev af 10. maj 2011 klagede A's advokat over Patientforsikringens afgørelse af 7. marts 2011. I klagen var anført, at patientskaden var den mest tungtvejende grund til, at A havde fået indsat en knæprotese og været sygemeldt med tabt arbejdsfortjeneste til følge i perioden fra juni 2009 og frem til dato. A havde frem til den første operation varetaget sit arbejde som cyklende postbud, og det måtte derfor antages, at hun ikke havde forudbestående gener i knæet, som kunne begrunde et fradrag i erstatningen.

Den 30. januar 2012 traf Patientskadeankenævnet afgørelse i sagen. Af afgørelsen fremgår:

”...

Patientskadeankenævnet har behandlet sagen på møde den 16. december 2011. Patientskadeankenævnet har ved skrivelse af 19. december 2011 fremsendt udkast til afgørelse, hvor det fremgik, at nævnet havde til sinde at ændre Patientforsikringens afgørelse af 11. marts 2009 således, at A ikke findes at være påført en efter klage- og erstatningsloven erstatningsberettigende skade, samt at de efterfølgende afgørelser truffet

af Patientforsikringen ville blive ophævet.

De har ved skrivelse af 22. december 2011 anført, at Patientforsikringens afgørelse af 11. marts 2009 ikke er påklaget til Patientskadeankenævnet, og at det udelukkende er afgørelsen af 7. marts 2011, som vedrører erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i perioden den 21. januar 2011 og fortløbende, som er indbragt for Patientskadeankenævnet. Endvidere har De anført, at anerkendelsen er sket for næsten 3 år siden, og at det vil være særdeles indgribende for A, såfremt Patientskadeankenævnet træffer afgørelse om, at der ikke er indtruffet en erstatningsberettigende patientskade efter klage- og erstatningslovens § 20, stk. 1, nr. 1.

...

Region D har ved skrivelse af 22. december 2012 meddelt, at regionen ikke har nogen indsigelse mod udkastet til afgørelsen.

Patientskadeankenævnet har på møde den 27. januar 2012 truffet følgende

Afgørelse:

Patientforsikringens afgørelse af 11. marts 2009 ændres, således at A ikke findes at være påført en efter klage- og erstatningsloven erstatningsberettigende skade.

Patientforsikringens efterfølgende afgørelser ophæves hermed.

Patientskadeankenævnets afgørelse kan indbringes for domstolene inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt. Retten kan stadfæste, ophæve eller ændre afgørelsen.

...

Begrundelse og resultat

Det er Patientskadeankenævnets vurdering, at A ikke med overvejende sandsynlighed er påført en erstatningsberettigende skade, jf. klage- og erstatningslovens § 19, stk. 1, og § 20, stk. 1.

...

I tilknytning til Deres bemærkning om, at Patientforsikringens afgørelse af 11. marts 2009 ikke er påklaget til Patientskadeankenævnet, og at det udelukkende er afgørelsen af 7. marts 2011, som vedrører erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, som er påklaget, skal nævnet afslutningsvist bemærke, at Højesteret ved dommen U2005.1520 H har fastslået, at nævnet er berettiget til at træffe den afgørelse, som nævnet anser for at være materiel rigtig, uanset at de tidligere afgørelser ikke har været påklaget til nævnet.

..."

A har under sagen oprindeligt nedlagt en principal påstand om, at Ankenævnet for Patienterstatningen skulle dømmes til at anerkende, at hun var påført en erstatningsberettigende skade. Sagen har derfor været forelagt to gange for Retslægerådet. På grundlag af Retslægerådets erklæringer har A frafaldet den oprindeligt nedlagte principale påstand og anerkendt, at hun ikke med overvejende sand-

synlighed er påført en skade, som kan berettigge til erstatning.

De tilkendte erstatninger på i alt 363.996 kr. er efter det oplyste blevet udbetalt til A

Forklaringer

A har afgivet forklaring for landsretten.

A har forklaret, at hun er 60 år. Hun har tidligere arbejdet som cyklende postbud i 27 år. Cyklen var ofte læsset med 300 kg post. Indtil den første operation arbejdede hun 8 timer om dagen. Efter operationen blev hun opsagt. Efterfølgende fik hun tilkendt fortidspension. Erstatningerne er brugt til dækning af leveomkostninger og behandlinger af knæet. Hvis hun taber sagen, kan hun ikke betale pengene tilbage.

Procedure

A har til støtte for sine påstande gjort gældende, at Patientforsikringens afgørelser af 11. marts 2009, 19. juli 2010 og 8. december 2010 er endelige. Ved afgørelsen af 11. marts 2009 er det varige mén endeligt opgjort. De lønsedler og øvrige oplysninger, der ifølge afgørelsen skulle indhentes, skulle derfor ikke anvendes til brug for vurderingen af det varige mén. Ved afgørelsen af 19. juli 2010 og 8. december 2010 er erstatningsposterne for svie og smerte, tabt arbejdsfortjeneste for den pågældende periode og medicinudgifter også endeligt opgjort. Afgørelserne er derfor ikke delafgørelser, og sagen adskiller sig på dette punkt markant fra Højesterets dom af 10. februar 2005 (Ugeskrift for Retsvæsen 2005, side 1520). Sagen adskiller sig endvidere ved, at der i den sag, Højesteret behandlede, alene var taget stilling til erstatningsgrundlaget i den første upåklagede afgørelse, ligesom sagen ikke vedrørte en klage over et afslag på genoptagelse. Det er udelukkende Patientforsikringens afgørelse af 7. marts 2011, der er påklaget til Ankenævnet for Patienterstatningen. En anmodning om genoptagelse og en klage over en sådan afgørelse kan ikke berettigge Ankenævnet for Patienterstatningen til at omgøre 3 tidligere afgørelser i sagen. Ændringen af afgørelsen næsten 3 år efter den indledningsvise afgørelse er endvidere urimelig byrdefuld for A og gør klagefristen illusorisk, ligesom udbetaling af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste skal ligestilles med udbetaling af løn, hvorfor der ikke er tilbagesøgningsret. Sagen skal derfor hjem-

vises til Ankenævnet for Patienterstatningen til fornyet behandling af klagen over Patientforsikringens afgørelse af 7. marts 2011. A har en retlig interesse i, at det ved en hjemvisning af sagen kan lægges til grund, at afgørelserne af 11. marts 2009 og 19. juli 2010 er endelige. Påstand 2 skal derfor ikke afvises.

Ankenævnet for Patienterstatningen har til støtte for sine påstande gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse af 30. januar 2012. Ankenævnet skal træffe en materielt korrekt afgørelse, jf. f.eks. Højesterets dom af 10. februar 2005. Patientforsikringens afgørelser er delafgørelser, og denne sag adskiller sig ikke afgørende fra den sag, Højesteret behandlede. Ankenævnet var derfor berettiget til at se på hele sagen og ikke kun på det påklagede spørgsmål og var tillige berettiget til at ændre afgørelsen om anerkendelse til det materielt korrekte resultat, nemlig afslag på anerkendelse. I ankevejledningen var også anført, at Ankenævnet for Patienterstatningen kunne ændre afgørelsen til skade for A. Baggrunden for afgørelsen af 7. marts 2011 var ikke en genoptagelsesanmodning. Konsekvensen af ankenævnets ændring af Patientforsikringens afgørelse af 11. marts 2009 om anerkendelse er, at Patientforsikringens afgørelser af 19. juli 2010, 8. december 2010 og 7. marts 2011 om udmåling af erstatning er uden retsvirkning. Hvis A får medhold i, at afgørelsen af 30. januar 2012 skal ophæves, og at sagen skal hjemvises til Ankenævnet for Patienterstatningen, skal ankenævnet ikke bare se på den påklagede afgørelse af 7. marts 2011. Ankenævnet er tillige berettiget til at tage stilling til, om de øvrige udmålingsafgørelser er korrekte, jf. Højesterets dom af 10. februar 2005. A's påstand 2 er et anbringende til støtte for påstand 1. Denne påstand skal derfor afvises, jf. f.eks. Højesterets dom af 19. april 2005 (Ugeskrift for Retsvæsen 2005, side 2151), og A må i stedet for begrænse sig til at gøre indholdet af påstand 2 gældende som et anbringende til støtte for påstand 1. Subsidiært er der på grundlag af de i forhold til påstand 1 anførte anbringender ikke grundlag for at tage påstand 2 til følge.

Landsrettens begrundelse og resultat

Efter den dagældende § 35 i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet skulle klage til Patientskadeankenævnet indgives inden 3 måneder efter, at klageren havde fået meddelelse om Patientforsikringens afgørelse.

Patientforsikringens afgørelse af 11. marts 2009, der vedrørte erstatningspligten og til-

kendelse af godtgørelse for varigt mén, blev ikke påklaget til ankenævnet. Afgørelserne af 19. juli 2010 og 8. december 2012, hvorved *A* fik tilkendt erstatning for udgifter og andet tab samt tabt arbejdsfortjeneste og godtgørelse for sive og smerte, blev heller ikke påklaget.

I afgørelserne var redegjort for sagens videre forløb og anført, hvilke oplysninger Patientforsikringen ville indhente, og hvilke oplysninger *A* skulle fremsende til brug for vurderingen af, om *A* var berettiget til yderligere erstatning. Når oplysningerne forelå, ville Patientforsikringen vende tilbage til sagen.

Landsretten finder, at afgørelserne efter deres indhold er delafgørelser, der er truffet løbende som led i den samlede afgørelse af *A's* erstatningssag. Ved behandlingen af *A's* klage over Patientforsikringens afgørelse af 7. marts 2011 var ankenævnet derfor ikke forpligtet til at lægge Patientforsikringens afgørelse af 11. marts 2009 uprøvet til grund, selvom ingen af Patientforsikringens tidligere afgørelser var påklaget til ankenævnet. Ankenævnet kunne derimod, som også antaget i Højesterets dom af 10. februar 2005 (Ugeskrift for Retsvæsen 2005, side 1520), træffe den afgørelse, som nævnet anså for materielt rigtig, også selvom dette indebar, at ankenævnet ændrede afgørelsen af 11. marts 2009 om bl.a. erstatningspligten til skade for *A*

Henset til den sammenhæng *A's* påstand 2 er fremsat i, er der ikke grundlag for at afvise denne.

Ankenævnet for Patienterstatningens påstande om frifindelse overfor *A's* påstand 1 såvel som påstand 2 tages herefter til følge.

Der er ikke herved taget stilling til, om de udbetalte erstatninger kan kræves tilbagebetalt.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal *A* betale sagsomkostninger for landsretten til Ankenævnet for Patienterstatningen med 80.000 kr. Da *A* har fri proces og retshjælpsdækning til sagen, betales sagsomkostningerne af statskassen i det omfang, *A's* retshjælpsforsikring ikke dækker. Beløbet omfatter udgifter til advokatbistand.

Beløbet til dækning af udgifter til advokatbistand er inkl. moms, da Ankenævnet for Patienterstatningen ikke er momsregistreret. Landsretten har ved fastsættelsen af beløbet lagt vægt på sagens økonomiske værdi og dens karakter, omfang og forløb, herunder at sagen, har været forelagt to gange for Retslægerådet.

Th i k e n d e s f o r r e t:

Sagsogte, Ankenævnet for Patienterstatningen, frifindes.

A skal betale sagens omkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen med 80.000 kr. I det omfang der ikke er retshjælpsdækning, betales beløbet af statskassen.

De idømte sagsomkostninger skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.

Poul Hansen

Linda Hangaard

Helle Krogager Rasmussen
(kst.)

Udskriften udstedes uden betaling.

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Vestre Landsret,

Viborg den 8. juni 2015.

B. Ørris

retssekretær