



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 18. november 2015 i sag nr. BS 1-966/2014:

A

mod
Ankenævnet for Patienterstatningen
Finsensvej 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstand

Sagsøgeren har påstået, at sagsøgte tilpligtes at anerkende, at sagsøger er berettiget til at få genoptaget sin skadesag vedrørende behandlingsforløb på **B** afsluttende d. 18. februar 2009, for så vidt angår tabt arbejdsfortjeneste og erhvervsevnetabserstatning.

Sagsøgte har nedlagte påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

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

Det fremgår af sagen, at **A** i februar 2005 fik en knæskade som følge af en skiulykke. Hun blev opereret flere gange på **B** afsluttende med en komplet knæprotese den 18. februar 2009.

Den 26. juni 2010 anmeldte **A** en patientskade som følge af operationen den 18. februar 2009 til Patientforsikringen. Stort set samtidig anmeldte **B** i tillige skaden.

Patientforsikringen traf den 5. november 2010 følgende afgørelse i sagen:

"Patientforsikringen har fundet, at din skade i form af følger efter indsættelse af knæprotese er omfattet af loven. Der henvises til vedlagte hændelsesforløb og begrundelse.

Du er berettiget til 90.918 kr. i godtgørelse for svie og smerte samt varigt mén. Patientforsikringens afgørelse kan ankes til Patientskadeankenævnet, jf. nedenfor under Ankevejledning.

De vil muligvis kunne ydes yderligere erstatning, jf. vedlagte vejledning.

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

..."

Sagsøgeren indbragte denne afgørelse for Patientskadeankenævnet, der den 27. juni 2011 tiltrådte Patientforsikringens afgørelse af 5. november 2010 med følgende begrundelse:

"...

Patientskadeankenævnet kan tiltræde, at De er påført en erstatningsberettigende skade i form af følge efter indsættelse af højresidig knæprotese, og at der er grundlag for at yde erstatning efter klage- og erstatningsloven, jf. § 20, stk. 1, nr. 1.

...

Nævnet kan endvidere tiltræde, at De ved patientskaden er påført et varigt mén på 10 procent, jf. erstatningsansvarslovens § 4.

Ved vurderingen har nævnet lagt vægt på, at der forud for indsættelsen af knæprotesen i februar 2009 er beskrevet smerter, skurren og tiltagende kalveknæthed samt at røntgenbillede viste slidgigt mellem knæskal og lårben, samt slidgigt i det udvendige ledkammer. Endvidere er der lagt vægt på, at det fremgår af patientskadeerklæringen fra juli 2010, at der var smerter og halten, 10 graders sideløshed samt løshed fortil og bagtil af knæet.

Det bemærkes, at der er méngraden alene som følge af patientskaden og ikke som følge af grundlidelsen eller andre forhold hos patienten, hvilken er afgørende for erstatning efter klage- og erstatningsloven. De er således ikke berettiget til godtgørelse for den del af Deres varige mén, der må antages at hidrøre fra bruskridelsen i højre knæ og følgerne deraf.

Ud fra en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger er det nævnets vurdering, at De selv ved et~

ukompliceret behandlingsforløb ville have haft væsentlige gener som følge af Deres bruskridelse (grundlidelse). Nævnet finder således, at De som følge af patientskaden er påført et varigt mén på 10 procent.

Med disse bemærkninger kan Patientskadeankenævnet tiltræde resultatet og begrundelsen i Patientforsikringens afgørelse af 5. november 2010.

..."

Sideløbende med denne afgørelse traf Patientforsikringen den 28. marts 2011 afgørelse om udbetaling af erstatning på 2.926 kr. vedrørende medicin og kørsel. I samme afgørelse vurderede Patientforsikringen, at A ikke var berettiget til tabt arbejdsfortjeneste eller erhvervsevnetab.

Patientskadeankenævnets afgørelse af 27. juni 2011 blev ikke indbragt for domstolen, ligesom Patientforsikringens afgørelse af 28. marts 2011 heller ikke blev indbragt for Patientskadeankenævnet.

Ved brev af 13. august 2012 anmodede ^A advokat om genoptagelse af sagen og gjorde gældende, at ^A havde krav på tabt arbejdsfortjeneste.

^A er blevet undersøgt på ^C, der i erklæring af 17. januar 2013 anførte følgende:

"...

Nuværende smertetilstand

Patienten har haft slidgigt i det ene knæ og i perioden 2005-2012 er hun opereret 8 gange i knæet. I første omgang er der lavet fenestrering, dernæst transplantation af brusk, så har det været nødvendigt at bryde knæet op i flere omgang, senere fik hun indsat en halv ny protese. I 2009 en helprotese som i 2010 blev korrigeret og endelig i 2012 udskiftet med en hel ny protese som går hele vejen ned igennem tibia. Hun har været til kontroller med den seneste protese, og tingene er fundet teknisk i orden. Hun har været langvarig sygemeldt og jobcentret har talt om at raskmelde hende, og man har foreslået at hun visiteres til smerteklinik. Patienten oplyser samtidig, at parallelt med denne henvisning, er hun også henvist til Arbejdsmedicinsk klinik.

Nuværende smerteklager

Smertene omfatter højre knæ og strækker sig op på oversiden af knæet og ned langs skinnebenet til lige over fodleddet. Smertene er konstante hvad enten hun sidder, ligger eller står, men de forværres ved belastning. Nattesøvnen er elendig, hun er oppe ganske mange gange hver nat.

Nuværende behandling

Norspan 5 mikrogram, skiftes ugentlig.

Funktionsniveau

Patienten er plaget af belastnings relaterede smerter, massiv funktions indskrænkning for knæet. Hendes arbejdstempo er ændret og hun kan ikke varetage tungere opgaver eller opgaver, som kræver længerevarende stående, gående funktioner. Hun kan ej heller være knæ siddende eller hug siddende. Hendes gangdistance er på under 50 m uden sin albuestok og med albuestokken kan hun gå mellem 100 og 200 m. Har anbefalet ansøgning til handicapskilt. Trapper klarer hun med nød til 1. sal, det er vanskeligere for hende, at komme op end ned. Den siddende og den stående stilling kan hun varetage over kortere tid, her angiver hun 5-10 min. Og har derefter behov for stillingsskift. Hun har daglige hævelser omkring knæet og har derfor behov for elevation af benene. Træningsmæssigt cykler hun dagligt....Hun har en gangdistance på få hundrede meter med krykke.

...

Objektiv undersøgelse

Højre knæ betydelig tykkere end venstre, en anelse varmere. Der er strækkedefekt med ca 10 grader og hun flekterer til ca 70 grader.

Ved sensibilitetsundersøgelse findes der svære neuropatiske forandringer med ændring af pensel til ubehagelig sensation, og applikation af stik er voldsomt smerteopvækkende og giver summation og eftersensationer.

Konklusion og behandlingsplan

48-årig kvinde med kroniske neuropatiske smerter i højre knæ efter gentagen kirurgi.
..."

Patientforsikringen traf den 20. juni 2013 afgørelse om, at sagen ikke kunne genoptages med følgende begrundelse:

"...
Afgørelse

Sagen kan ikke genoptages. Vi har lagt vægt på, at sagens faktiske omstændigheder ikke har ændret sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning.

Afgørelsen er truffet efter § 11 i lov om erstatningsansvar.

Begrundelse

...
Vi har vurderet, at der ikke er sket en væsentlig ændring af sagens faktiske omstændigheder.

Der er herved lagt vægt på, at méngraden fortsat ikke vurderes til mere end 10%.

Herudover har vi lagt vægt på, at vi fortsat vurderer, at smerterne ikke er en følge efter behandlingsskaden.

Det fremgår af sagens nye akter, at det er smerterne, der er hovedårsagen til, at din klient må sygemelde sig i 2011 og frem.

Vi har på den baggrund vurderet, at din klients sygemeldinger i 2011 og frem ikke skyldes behandlingsskaden, men med overvejende sandsynlighed den sygdom (brusklidelsen) din klient blev behandlet for.

På den baggrund er der ikke grundlag for at genoptage sagen.
..."

Denne afgørelse er den 3. marts 2014 tiltrådt af Patientskadeankenævnet med følgende begrundelse:

"...
Efter erstatningsansvarslovens § 11 kan en afsluttet sag om godtgørelse eller erstatning genoptages, hvis sagens faktiske omstændigheder ændrer sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning.

Nævnet finder, at der ikke er grundlag for at genoptage sagens behandling efter erstatningsansvarslovens § 11.

Det er i lovbemærkningerne til bestemmelsen anført, at nye oplysninger ikke i sig selv medfører, at en sag kan genoptages. Det følger heraf, at relevante

forhold, der kunne eller burde have været medtaget under sagens vurdering første gang, ikke efterfølgende kan gøres gældende som grundlag for genoptagelse. Det skal hertil bemærkes, at det i erstatningssager er skadelidte, der bærer bevisbyrden for, at der er lidt et tab.

Patientskadeankenævnet vurderer, at oplysningerne om, at *A* i 2012 blev afskediget på grund af sit høje sygefravær, og der er stor risiko for, at hun har fået et erhvervsevnetab, idet kommunen er ved at afklare hendes fremtidige tilknytning til arbejdsmarkedet, ikke er at betragte som sådanne nye og faktiske oplysninger, der kan begrunde en ændret vurdering af sagen, jf. erstatningsansvarslovens § 11. Nævnet finder at afskedigelserne ikke med overvejende sandsynlighed skyldes følgerne af patientskaden. Derimod finder nævnet, at afskedigelserne skyldes en udvikling af *A* grundsygdom (brusklidelse i højre knæ).

Der er lagt vægt på, at der i fastsættelsen af det varige mén allerede er lagt vægt på, at *A* havde smerter og halten, 10 graders sideløshed fortil og bagtil af knæet, samt at *A* selv ved et ukompliceret behandlingsforløb, ville have haft væsentlige gener som følge af grundlidelsen,

Der findes herefter ikke grundlag for at genoptage sagen til fornyet behandling.

..."

Denne afgørelse blev ved stævning modtaget i retten den 23. september 2014 indbragt for retten.

A i var ved afgørelsen i marts 2011 i arbejde på fuld tid, men blev afskediget efter en sygdomsmelding. Hun har efterfølgende været i arbejdsprøvning og blev i februar 2014 visiteret til flexjob.

Forklaringer

A -har forklaret bl.a., at hun er 51 år, gift og har 3 voksne børn. Hun har indtil for 10 år siden spillet en del håndbold og badminton. Hun har aldrig tidligere haft problemer med knæet, før en skiulykke i 2005.

Umiddelbart efter skiulykken gik hun tilbage på hotellet og så tiden an. Hun var ikke på ski efterfølgende i ferien. Det gjorde ondt, og hun kunne godt mærke, at der var noget galt. Hun gik dog ikke til læge lige med det samme, da hun kom hjem. Der var smerter i knæet og en lidt mærkelig følelse. På et tidspunkt kom hun på *B* da hun havde en ordning på sit arbejde. De aftalte en operation, idet noget brusk i knæet var gået i stykker. Hun fik i alt 6 operationer, indtil hun i 2007 fik en halvprotese og i februar 2009 en komplet knæprotese. Derefter var der problemer med stabilitet.

Det var kortvarigt blevet bedre, og derefter værre både med smerterne og destabiliteten. Hun passede fortsat sit arbejde i F indtil hun blev afskediget i 2010 som følge af omstruktureringer. Hendes fysioterapeut mente, at der var noget galt, og hun blev henvist til en ny operation på

D Det blev ikke rigtig bedre, men hun passede sit arbejde så godt, hun kunne. Efter afskedigelsen fra F gik hun på dagpenge, indtil hun i sommeren 2011 fik arbejde i G På grund af smerter og destabilitet i knæet var hun nødt til at sygemelde sig fra den 1. december 2011. Hun blev derfor afskediget den 30. januar 2012. Grunden til, at hun var nødt til at sygemelde sig, var, at hun ikke længere kunne klare transporten til

Den 31. marts 2012 var hun på E hvor hun fik et helt nyt knæ igen. Der var tale om større protese. Hun havde fortsat smerter i knæet og følelsen af, at knæet ikke sad ordentlig fast. Hun kom i arbejdsprøvning vedrørende kontor, og det gik meget godt, men hun måtte holde mange pauser. Hun var i arbejdsprøvning på 9 timer pr. uge. De prøvede at øge tallet, men uden held. Hun er dårlig til at bøje knæet. Da hun første gang kom til B havde hun ingen problemer med dette. Hendes knæ hæver meget i løbet af et par timer. Hun har smerter, og det er som om, knæet ikke sidder fast. Hun bruger to krykstocke og er nu blevet visiteret til flexjob. Hun har ikke fået noget flexjob endnu.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har gjort gældende,

- at det er behandlingsskaden på B afsluttende med knæalloplastik d. 18. februar 2009, der har forårsaget sagsøgers sygemelding/afskedigelse med overgang til fleksjob pr. 3. marts 2014,
- at der således er årsagssammenhæng mellem behandlingsskaden og sagsøgers massive knægener,
- at Patientforsikringen d. 28. marts 2011 afgjorde, at sagsøger ikke havde noget erhvervsevnetab,
- at sagsøger herefter opfylder genoptagelsesbetingelserne vedrørende såvel tabt arbejdsfortjeneste, jfr. EAL § 2, samt erhvervsevnetab, jfr. EAL §§ 5-7, jfr. EAL § 11, stk. 1 og 2.

Sagsøgte har til støtte for frifindelsespåstanden gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Patientskadeankenævnets (nu Ankenævnet for Patienterstatningen) afgørelse af 3. marts 2014 (bilag 20), hvorved ankenævnet fandt, at betingelserne for genoptagelse ikke var opfyldt.

Ved ankenævnets afgørelse af 27. juni 2011 (bilag 11), som ikke blev indbragt for domstolene inden for søgsmålsfristen og derfor er endelig, blev det fastslået, at den anerkendte patientskade medførte varige gener i form

af~*instabilitet*~i knæet, svarende til et varigt mén på 10 procent.

Ved samme afgørelse blev det slået fast, at sagsøgerens~*smerter*~i knæet ikke skyldtes patientskaden.

Det følger af erstatningsansvarslovens § 11, at en sag kan genoptages, hvis sagens faktiske omstændigheder ændrer sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning.

Heri ligger et krav om, at de ændrede faktiske omstændigheder skal være relevante for sagen.

Det er sagsøgerens smerter, der har forårsaget hendes afskedigelse og visitation til flexjob, jf. bl.a. kommunens rehabiliteringsteams indstilling (bilag 21).

Da smerterne ikke er en del af den anerkendte patientskade, er afskedigelsen fra *G* og den senere visitation til flexjob ikke ændringer af faktiske omstændigheder, der er relevante for sagen.

Afskedigelsen og den senere visitation til flexjob, udgør derfor ikke relevante faktiske omstændigheder, der kan begrunde en genoptagelse af sagen efter erstatningsansvarslovens § 11.

Det er sagsøgeren der bærer bevisbyrden for, at der er grundlag for genoptagelse efter erstatningsansvarslovens § 11, herunder for at eventuelt væsentligt ændrede faktiske omstændigheder skyldes patientskaden. Denne bevisbyrde har sagsøgeren ikke løftet.~

Rettens begrundelse og afgørelse

Det følger af erstatningsansvarslovens § 11, at en afsluttet sag kan genoptages, hvis sagens faktiske omstændigheder har ændret sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning. Det er en forudsætning, at de faktiske forhold er ændret på grund af patientskaden og ikke som følge af grundlidelsen, og det er skadelidte, der har bevisbyrden herfor.

Retten lægger efter den skete bevisførelse til grund, at *A* forhold har ændret sig væsentligt, da hun ikke, som ved afgørelsen, er i stand til at arbejde på fuld tid, men er visiteret til et flexjob. Retten lægger videre til grund, at dette dels skyldes smerter, som i henhold til patientskadeankenævnets afgørelse af 27. juni 2011 må tilskrives grundlidelsen, dels destabilitet som efter samme afgørelse må antages at skyldes patientskaden.

Retten finder ikke, at *A* ved den skete bevisførelse har løftet

bevisbyrden for, at den væsentlige ændring af sagens faktiske omstændigheder med overvejende sandsynlighed skyldes følgerne af patientskaden, destabilitet af knæet, hvorfor retten ikke finder at kunne tilsidesætte patientskadeankenævnets skøn. Sagsøgte frifindes derfor.

Ved fastsættelse af sagsomkostninger er der lagt vægt på den forholdesvis begrænsede skriftsveksling under sagens forberedelse samt varigheden af hovedforhandlingen.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, frifindes.

Sagsøgeren, *A*, skal inden 14 dage til sagsøgte i sagsomkostninger betale 40.000 kr.

Lone Andersen
Retsassessor

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Nykøbing Falster, den 18. november 2015.

Helle Richter From Hansen, Kontorfuldmægtig