

Ankenævnet *for* Forsikring

Den 2. december 2020 blev i sag nr. 95852:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

mod

LB Forsikring A/S
Farvergade 17
1463 København K

afsagt

k e n d e l s e :

Forsikringstageren har retshjælpsforsikring. I brev af 27/9 2020 til nævnet har klagerens advokat bl.a. anført:

"I anledning af forsikringsselskabets afslag på at yde retshjælpsdækning i en påtænkt retssag mod Ankenævnet for Patienterstatningen.

Nærværende sag bedes venligst hastebehandlet under hensyn til, at søgsmålsfristen i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 58 d medfører, at der skal være anlagt søgsmål senest den 25. december 2020. I det omfang søgsmålsfristen overskrides, og Ankenævnet for Forsikring endnu ikke har truffet afgørelse om spørgsmålet, bedes Ankenævnet alligevel træffe afgørelse, idet spørgsmålet er af interesse for [klagerens] retsstilling.

PÅSTAND

Ankenævnet for Forsikring anmodes at træffe afgørelse om, at forsikringsselskabet er forpligtet til at yde retshjælpsdækning til et søgsmål mod Ankenævnet for Patienterstatningen, i anledning af den afgørelse som Ankenævnet for Patienterstatningen traf den 19. juni 2020, j.nr.

SAGSFREMSTILLING

Nærværende tvist udspringer af, det forhold, at [klageren] den 25. juni 2020 modtog en afgørelse fra Ankenævnet for Patienterstatningen, som afviste retten til erstatning i medfør af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet. [Klageren] rettede i den forbindelse kontakt til undertegnede, som vurderede at der var grundlag for et søgsmål og som derfor udarbejdede et udkast til en stævning, med hvilken der blev ansøgt om retshjælpsdækning hos forsikringsselskabet.

Vedlagt som **BILAG 1** er ansøgning om retshjælpsdækning til sagen, afsendt den 8. september 2020.

Som **BILAG 2** fremlægges det fremsendte udkast af stævningen i sagen, mens de tilhørende bilag vedlægges som **BILAG 3** – for sidstnævnte er de oprindelige, maskinelt påtrykte (rød farve), bilagsnummereringer bibeholdt.

Ved e-mail af 16. september 2020 afviste forsikringsselskabet dækning for søgsmålet, jf. **BILAG 4**. Summarisk kan afslaget sammenfattes til, at dækningen afvises under henvisning til, at såvel Patienterstatning som Ankenævnet for Patienterstatningen er kommet til samme konklusion, ligesom man ikke finder, at der foreligger nyt sagsmateriale, som ikke har [været] forelagt for Ankenævnet for Patienterstatningen.

Ved e-mail af samme dag protesterede undertegnede imod forsikringsselskabets afslag, jf. **BILAG 5**.

Ved e-mail af 25. september 2020 fastholdt forsikringsselskabet deres afslag, jf. **BILAG 6**. Afslaget fastholdtes med en række nye grunde, hvoraf kan fremhæves;

>>Jeg finder således på det foreliggende grundlag, at din klient ikke med tilstrækkelig sikkerhed under en byretssag, herunder efter forelæggelse af sagen for Retslægerådet, har udsigt til at kunne overbevise retten om, at din klient med overvejende sandsynlig som følge af behandlingsforløbet er påført en skade i lovens forstand (...)<<

>>Det bemærkes i den forbindelse i øvrigt, at Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen, jf. afgørelser og lægemark, alene har fundet grundlag for en stillingtagen i forhold til lovens § 19, stk. 1, og § 20, stk. 1, uanset om du måtte finde, at stk. 3 og 4 også skal finde anvendelse.<<

Der foreligger ingen oplysninger om, at ansøgningen har været forelagt interne lægekonsulenter eller andre som har haft mulighed for at udøve et medicinsk skøn, hvorved ansøgningen således udelukkende har været behandlet af juridiske fuldmægtige.

BEGRUNDELSE FOR KLAGEN

Som **BILAG 7** vedlægges de almindelige retshjælpsforsikringsvilkår (vilkårene). Mellem parterne er der enige om, at [klageren] er omfattet af en forsikring indeholdende retshjælpsdækning, ligesom der er enighed om, at søgsmålsgrunden er opstået i forsikringstiden og derved dækningsmæssigt er omfattet af forsikringspligten, ligesom der ikke er tvist om hvorvidt der foreligger en tvist i forsikringsvilkårenes forstand. Nærværende problemstilling omhandler således alene forståelse af vilkårenes pkt. 3.2 om rimelig grund til at føre retssag, herunder i hvilket omfang forsikringsselskabet kan udøve dette skøn.

Af vilkårenes pkt. 3.2 følger det, at;

...

Vilkårene udspecificerer således ikke, hvornår der henholdsvis er rimelig grund til at indbringe en tvist for domstolene, ligesom vilkårene ej heller udspecificerer hvornår der ikke er rimelig grund til at indbringe en tvist for domstolene. [Klageren] skal i sammenhængen anses som forbruger. Vilkårene er ensidigt konciperet af forsikringsselskabet, har ikke været til genstand individuel forhand-

ling mellem forsikringsselskab og [klageren], og enhver uklarhed, og heraf kommende tvivl, skal derfor fortolkes til fordel for [klageren], jf. aftalelovens § 38 b, stk. 1, samt den almindelige aftaleretlige koncipistgrundsætning.

[Klageren] er omfattet af en retshjælpsforsikring, som i sammenhængen må betragtes som en kontraktuel debitor- og kreditorforpligtelse mellem parterne. [Klageren], eller den i hvis navn forsikringen måtte være tegnet i, har forpligtet sig til i aftalte intervaller at erlægge et pengemæssigt vederlag, mens forsikringsselskabet som modydelse har forpligtet sig til at yde forsikringsdækning i en række sammenhænge. Forsikringsselskabets pligt til at yde retshjælpsdækning til en retssag skal således ansues som en kontraktuel forpligtelse for selskabet og ikke en option for selskabet.

Af vilkårenes pkt. 3.0 og 3.1 beskrives forsikringsselskabets kontraktuelle forpligtelse som;

...

Det fremstår som uanfægtet fra forsikringsselskabets side af, at ansøgningen om retshjælpsdækning baserer sig på en konkret, aktuelt konflikt, som parterne ikke selv har kunnet løse, og som kan behandles af en domstol. Forsikringsselskabet er allerede derfor forpligtet til at yde retshjælpsdækning, medmindre en undtagelse i forsikringsbetingelserne gør sig gældende.

Det er ikke udspecificeret i forsikringsvilkårene, hvornår der er rimelig grund til at anlægge retssag. 'Rimelig grund' må forstås ud fra en ordlydsfortolkning og underkastes en lødighedsvurdering på baggrund af en formålsfortolkning; formålet med vilkåret må være at afskære åbenlyst urimelig, uholdbare eller på anden vis urimelige søgsmål, som forsikringsselskabet med rimelighed ikke skal dække. I ankenævnets afgørelse nr. 89300 blev der konkret lagt vægt på de faktiske og juridiske omstændigheder i sagen, herunder om disse med rimelighed gav anledning til et søgsmål, og man forkastede således forsikringsselskabets begrundelse om, at der ikke var grundlag for at yde dækningstilsagn idet Erstatningsnævnet havde afvist erstatningspligten.

Det gøres endvidere gældende, at forsikringsselskabet ikke er berettiget til på forhånd tak udøve et rimelighedsskøn i forhold til hvorvidt [klageren] kan løfte bevisbyrden. Dette er tiltrådt i ankenævnets afgørelse nr. 82.431, hvor ankenævnet specifikt vægtede, at det ikke på forhånd var muligt for det pågældende forsikringsselskab på forhånd at konkludere, at søgsmålet ville være grundløst. Særligt den sidstnævnte formulering må være udslagsgivende for rimelighedsvurderingen, idet spørgsmålet derefter må være om et søgsmål kan betegnes som decideret grundløst.

Det bemærkes, at forsikringsselskabet i første afslag vægtede, at der ved et søgsmål ikke ville blive fremført nye oplysninger til sagen, jf. BILAG 4. Ved protesten, jf. BILAG 5, blev det påpeget, at der netop vil blive tilføjet nye oplysninger til sagen i form af en forelæggelse for Retslægerådet – og samtidigt foreslået den pragmatiske løsning, at dækningstilsagnet foreløbigt blev begrænset til forløbet frem til Retslægerådets endelige udtalelse – idet denne udtalelse dels ville kunne tilføje væsentlige nye oplysninger til sagen og dels ikke ville kunne indhentes af anden vej end via en retssag, sml. retslægerådslovens § 1. Ligeledes ville der i sagen ske fremlæggelse af nye bilag (BILAG 3 – stævningens bilag 15-18), som ikke havde været inddraget i behandlingen ved Ankenævnet for Patienterstatningen. Det blev ligeledes påpeget, at Ankenævnet for Patienterstatningens retsanvendelse måtte anses som væsentlig forkert, baseret på en konkret Højesteretsdom og under hensyn til den manglende inddragelse af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 20, stk. 1, nr. 3 og 4 (omtalt som *stk. 3 og 4* i **BILAG 6**).

Ved anden afslag, **BILAG 6**, begrundedes afslaget med, at [klageren] ikke med >>(…) *tilstrækkelig sikkerhed under en byretssag, herunder også forelæggelsen af sagen for Retslægerådet, har udsigt til at kunne overbevise retten om, at din klient med overvejende sandsynlighed som følge af behandlingsforløbet er påført en skade i lovens forstand (...)<< og >>Det bemærkes i den forbindelse i øvrigt, at [begge instanser] alene har fundet grundlag for en stillingtagen i forhold til lovens § 19, stk. 1, og § 20, stk. 1 [hvorved altså menes § 20, stk. 1, nr. 1], uanset om du måtte finde, at stk. 3 og 4 [hvorved altså menes § 20, stk. 1, nr. 3 og 4] også skal finde anvendelse.<<.*

Essen af en tvist, og en retssag, er, at to parter ikke kan nå til enighed om et givent faktisk eller juridisk forhold. I forhold til rimelighedsvurderingen tæller det således absolut til [klagerens] sag, at Ankenævnet for Patienterstatningen netop har undladt at forholde sig til 2 ganske relevante ansvarsregler i lovgivningen, som med rimelighed kan påberåbes af [klageren] under en retssag.

Det må betegnes som en voldsom diskurs, såfremt et forsikringsselskab legitimeres til at foretage en så selvstændig og vidtgående vurdering, som den forsikringsselskabet tillader sig i nærværende sammenhæng. Forsikringsselskabet skal ikke foretage en egentlig realitetsprøvelse af retssagen, men derimod blot forholde sig til om der på et grundlæggende niveau er *rimelig grund* til at føre retssag. Faktum er ligeledes, at forsikringsselskabet ikke har den fjerneste chance for at konkludere hvad Retslægerådet vil nå frem til i en udtalelse, da der er tale om en lægefaglig udtalelse, ligesom det i øvrigt er afhængigt af spørgetemaet. Spørgsmålene for Retslægerådet vil således ikke udelukkende vedrøre medicinsk årsagssammenhæng, men ligeledes også behandlingsmetodernes ligebyrdighed, hvorvidt der er handlet i overensstemmelse med almindelig specialiststandard og lignende forhold af betydning for påbedømmelsen. Forsikringsselskabet **opfordres** til at redegøre for det udøvede skøn, herunder konkret begrunde og redegøre for hvordan dette skøn er blevet foretaget. Forsikringsselskabet bedes i samme omfang redegøre for, hvem der konkret (navn, stillingsbetegnelse og uddannelsesbaggrund) der har udøvet dette skøn.

Som det endvidere anføres af Wiisbye i Retshjælpsforsikringen, 1. udgave, 1994, Forsikringshøjskolens Forlag, s. 91 >>(…) *bør man udvise en vis tilbageholdenhed med hensyn til at afslå at give forhåndstilsagn under henvisning til tvivl om sagens rimelighed, for ikke at gøre den forsikringsmæssige dækning af sikredes økonomiske procesrisiko illusorisk<<.*

Samlet set gøres det altså gældende, at [klageren] har rimelig grund til at føre retssag og på det fremlagte grundlag er det for forsikringsselskabet ikke muligt på forhånd at sige, at søgsmålet skal være grundløst. Forsikringsselskabet har påtaget sig en kontraktuel forpligtelse, som forsikringsselskabet er forpligtet til at honorere over for [klageren]."

Selskabet har i brev af 5/10 2020 til nævnet bl.a. anført:

"Vi har modtaget ankenævnsklagen fra [klageren] (herefter benævnt vores medlem), der har indboforsikring med retshjælpsforsikring i LB Forsikring. Medlemmet klager ved en advokatfuldmægtig over, at vi har afvist at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til en retssag mod Ankenævnet for Patienterstatningen.

Vi har afvist dækning med henvisning til, at der ikke er rimelig grund til at føre sagen.

Sagens faktiske omstændigheder

Vores medlem fik den 15. august 2017 foretaget en operation på [sygehus 1] med indsættelse af en venstresidig hofteprotese. Baggrunden for operationen var, at medlemmet havde udtalt hofte dysplasi med kraftige smerter gennem lang tid.

13 dage efter operationen fik medlemmet pludselige smerter og hævelser af venstre ben. Hun blev udredt for en blodprop, hvilket man dog vurderede, at der ikke var tale om.

Medlemmet havde fortsat smerter og gener fra låret, og hun blev udredt for, om generne kunne stamme fra ryggen. Der blev ved røntgenundersøgelse og MR-skanning påvist lette degenerative forandring og mindre diskusforsnævninger, men man vurderede, at dette ikke kunne forklare smerterne i benet.

Der fulgte herefter et længere forløb, hvor medlemmet blev opereret den 12. februar 2019, hvor cuppen blev udskiftet. Medlemmet fik herefter konstateret en infektion, hvorfor hun den 27. august 2019 fik fjernet hofteprotesen, og der blev påbegyndt antibiotisk behandling. Den 21. januar 2020 fik hun indsat en ny hofteprotese.

Medlemmet klagede over operationen den 15. august 2017 til Patienterstatningen, idet hun var af den opfattelse, at hun var påført en patientskade i forbindelse med behandlingen.

Patienterstatningen traf den 18. oktober 2018 afgørelse om, at medlemmet ikke var påført en patientskade i forbindelse med behandlingen. Patienterstatningen vurderede, at hofteprotesen sad korrekt, og at protesens placering således ikke kunne forklare smerterne. Endvidere lagde Patienterstatningen bl.a. vægt på, at smerterne i hoften først kom pludseligt 13 dage efter operationen, og at der således ikke var klar tidsmæssig sammenhæng mellem operationen og smerterne.

Medlemmet indbragte sagen for Ankenævnet for Patienterstatningen, der ved afgørelse af 18. februar 2019 stadfæstede afgørelsen.

Ankenævnet for Patienterstatningen traf den 11. april 2019 afgørelse om at genoptage sagen og hjemvise den til Patienterstatningen, da der nu forelå oplysninger om reoperationen, der havde fundet sted den 12. februar 2019.

På baggrund af de nye oplysninger i sagen traf Patienterstatningen afgørelse af 14. februar 2020, hvor det igen blev vurderet, at medlemmet ikke var påført en patientskade i forbindelse med behandlingen, der efter Patienterstatningens opfattelse var udført i overensstemmelse med erfaren specialiststandard.

...

Ankenævnet for Patienterstatningen stadfæstede den 25. juni 2020 Patienterstatningens afgørelse. Ankenævnet lagde bl.a. vægt på, at medlemmets smerter tiltagende kom tilbage efter reoperationen den 12. februar 2019, hvor cuppen var blevet udskiftet. Der var således intet, der understøttede, at smerterne skulle hidrøre fra cuppens placering eller en indeklemt psoassene, men derimod mere sandsynligt skyldtes neurogene smerter af anden årsag. Ankenævnet udtalte også, at det forhold, at operationen den 15. august 2017 ikke kunne helbrede medlemmet for hendes smerter, ikke var ensbetydende med, at behandlingen ikke blev udført, som en erfaren specialist ville have gjort. Endvidere udtalte ankenævnet, at valget af en ucementeret fiksationsmetode fulgte de faglige retningslinjer og vanlig procedure.

Den advokatfuldmægtige, der nu fører ankenævnsagen, anmodede ved mail af 8. september 2020 om forhåndstilsagn om retshjælpsdækning med henblik på at indbringe sagen for domstolene.

Vi afviste anmodningen den 16. september 2020 med henvisning til, at der henset til afgørelserne fra Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen ikke var rimelig udsigt til, at medlemmet ville få medhold i en retssag. Vi fastholdt vores afgørelse ved mail af 25. september 2020.

Da vi samme dag modtog svar fra den advokatfuldmægtige om, at han fortsat var uenig i vores afgørelse, meddelte vi – ligeledes samme dag – at vi ville behandle sagen som en klage til LB Forsikrings klageansvarlige. Den advokatfuldmægtige valgte imidlertid den næste hverdag at indbringe sagen for Ankenævnet for Forsikring.

Vores vurdering af sagen

Det fremgår af forsikringsbetingelsernes punkt 3.2, at det er en betingelse for retshjælpsdækning, at der er rimelig grund til at indbringe tvisten for domstolene eller voldgift. Endvidere fremgår det af forsikringsbetingelsernes punkt 7a, at forsikringen ikke dækker omkostninger, der ikke er afholdt med rimelig grund, f.eks. hvis sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen.

Det er vores opfattelse, at der ikke er rimelig udsigt til, at vores medlem ved domstolene får medhold i, at hun er berettiget til erstatning i henhold til klage- og erstatningsloven som følge af operationen den 15. august 2017 på [sygehus 1]. Der er derfor efter vores opfattelse ikke rimelig grund til at føre sagen.

Vi har ved afgørelsen lagt vægt på, at såvel Patienterstatningen som Ankenævnet for Patienterstatningen – begge ad to omgange – har vurderet, at vores medlem ikke blev påført en behandlingsskade i forbindelse med operationen. Vi lægger i den forbindelse vægt på, at afgørelserne fra begge instanser forekommer grundige og velargumenterede og i overensstemmelse med vurderingerne indhentet fra lægekonsulenterne, der er ortopædkirurger med speciale i hoftekirurgi, jf. stævningsudkastets bilag 19-22. Endvidere har der i Ankenævnet for Patienterstatningens behandling af sagen som nævnsmedlemmer deltaget to speciallæger, hvoraf den ene er ortopædkirurg med speciale i netop hoftekirurgi. Det er således vores opfattelse, at afgørelserne fra begge instanser bygger på et særdeles kvalificeret medicinsk grundlag.

Vi har ved afgørelsen endvidere lagt vægt på, at der ikke – efter at Ankenævnet for Patienterstatningen traf afgørelse – er fremkommet nye lægelige oplysninger eller vurderinger, der giver grundlag for at antage, at Patienterstatningens og Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelser skulle være forkerte. Der er således ikke fremkommet nyt materiale, der giver grund til at tro, at sagen vil få et andet udfald ved domstolene. Vi bemærker i den forbindelse, at speciallægeerklæringen af 16. november 2018, såvel som de øvrige lægelige akter, den advokatfuldmægtige gengiver i stævningsudkastet, er indgået i behandlingen ved Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen. For så vidt angår attesterne fremlagt som stævningsudkastets bilag 15-18 med en beskrivelse af medlemmets *daværende funktionsniveau* er det vores opfattelse, at disse er ganske uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt vores medlem kan sandsynliggøre at være påført en erstatningsberettigende patientskade ved operationen den 15. august 2017.

I en sådan situation, hvor der siden en nævnsafgørelse ikke er fremkommet nye faktuelle oplysninger eller juridiske synspunkter, er der som udgangspunkt ikke tale om en sag, der er rimelig at føre, jf. retshjælpsforsikringsbetingelsernes punkt 3.2 og 7a. Vi henviser i den forbindelse til Michael Wiisbye 'Retshjælpsforsikringen' s. 228, hvoraf fremgår:

'For tvister, som før det påtænkte sagsanlæg har været behandlet ved et nævn, jf. § 5, stk. 5, og stk. 7, synes der efter ankenævnspraksis at gælde en 'omvendt bevisbyrde', således at det i tilfælde af, at sikrede har tabt sagen ved det pågældende nævn, påhviler sikrede at godtgøre, at der – nævnsafgørelsen til trods – er rimelig grund til domstolsprøvelse af spørgsmålet.'

Den advokatfuldmægtige har tidligere over for os gjort gældende, at Retslægerådet må anses som højeste myndighed i relation til vurdering af spørgsmålet om årsagssammenhæng, og at Retslægerådets vurdering kun kan ske i forbindelse med en retssag. Dette ændrer imidlertid ikke på, at der i henhold til forsikringsbetingelserne skal være rimelig grund til at føre sagen, før der kan opnås forhåndstilsagn om retshjælpsdækning. Som redegjort for finder vi, at der ikke er en sådan rimelig udsigt til, at vores medlem får medhold i sit søgsmål.

Den advokatfuldmægtige har endvidere over for os gjort gældende, at Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen ikke har taget stilling til, hvorvidt kravet om årsagssammenhæng er mindsket under hensyn til 'den udviste culpa' i forbindelse med operationen. Vi går ud fra, at han henviser til praksis vedrørende de lempede krav til dokumentation for årsagssammenhæng, hvor det er konstateret, at der foreligger en klar lægelig fejl. Vi tillader os endvidere at gå ud fra, at det er det samme, han henviser til, når han i klagen til ankenævnet anfører, at 'Ankenævnet for Patienterstatningens retsanvendelse måtte anses som væsentlig forkert, baseret på en konkret Højesteretsdom'. Vi har meget vanskeligt ved at følge dette synspunkt, da såvel Patienterstatningen som Ankenævnet for Patienterstatningen har vurderet, at operationen blev udført i overensstemmelse med den erfarne specialists standard. Denne standard er som bekendt højere end en culpa-vurdering. Når begge instanser har vurderet, at behandlingen har levet op til den erfarne specialists standard, ligger heri således, at der ikke er handlet culpøst i forbindelse med behandlingen.

Den advokatfuldmægtige gør endvidere gældende, at hverken Patienterstatningen eller Ankenævnet for Patienterstatningen har vurderet, om der er grundlag for ansvar efter klage- og erstatningslovens § 20, stk. 1, nr. 3 (om en alternativ ligeværdig behandlingsmetode/behandlingsteknik) og nr. 4 ('tålereglen' ved alvorlige, sjældne komplikationer). Hertil skal vi bemærke, at begge instanser er offentlige myndigheder, der *altid og af egen drift* prøver, hvorvidt der er grundlag for erstatning efter klage- og erstatningsloven *i sin helhed*. Det vil sige, at begge instanser af altid egen drift også prøver, om der er grundlag for erstatning efter § 20, stk. 1, nr. 1-4. Vi bemærker i den forbindelse, at det fremgår af udtalelsen fra den lægekonsulent, der har udarbejdet vurderingen til Ankenævnet for Patienterstatningen, at denne prøvelse er foregået, jf. stævningsudkastets bilag 20. Således fremgår det af udtalelsen:

'Er §2, stk. 1, no.3; 'ligeværdighedsreglen' opfyldt: Ja, ingen alternative ligeværdige behandlinger.'

Er §2, stk.1, no.4; 'rimelighedsreglen' opfyldt: Ja, forløbet har ikke afvejet væsentligt fra hvad skadelidte måtte kunne forvente at tåle.'

Det forhold, at Patienterstatningen eller Ankenævnet for Patienterstatningen ikke omtaler § 20, stk. 1, nr. 2-4, i afgørelserne, skyldes, at begge instanser slet ikke har fundet dem relevante at omtale i afgørelserne, der ellers ville blive meget omfattende, allerede fordi begge instanser har vurderet, at medlemmet slet ikke er påført en skade som følge af operationen. Det er således praksis hos Patienterstatningen eller Ankenævnet for Patienterstatningen, at de forskellige erstatningsbestemmelser i § 20, stk. 1, nr. 1-4, kun omtales direkte i afgørelserne, når de er relevante for sagen.

Det skal endvidere bemærkes, at anvendelsesområdet for § 20, stk. 1, nr. 3, er ganske snævert. Den advokatfuldmægtige har over for os gjort gældende, at en ucementeret protese er en ligeværdig behandlingsform, der muligt ikke ville have medført gener. Han har til støtte herfor påberåbt sig en 24 år gammel sag om en anderledes hofteproblematik fra den daværende Patientforsikringen. Vi har forelagt spørgsmålet for vores cheflægekonsulent ..., der også er speciallæge i ortopædkirurgi, og som udtaler følgende:

'Der er inden for de sidste 20 til 25 år sket en betydelig udvikling af såvel proteser til lårbensdelen (Stem) som til hofteskålen (Cup).

Så speciallægefagligt kan en afgørelse fra Patienterstatningen fra 1996 ikke tages til indtægt for de nuværende operationsteknikker eller protesekomponenter.

Der anvendes nu i allerstørste udstrækning ucementeret stem og cup

Specielt hos unge (under ca. 70 år) og i særdeleshed hos patienter med dysplasi (manglende udvikling) i hofteleddet er første valg ucementeret protesekomponenter.

Hos en patient med dysplasi i hofteleddet, er det min lægefaglige vurdering, at en ucementeret cup vil være første valg og dermed erfaren specialiststandard.

At cuppen skulle vende noget bagud (retroverteret eller ikke nok anteverteret) burde med en fastskruet og fastsiddende cup ikke give smerter.

En ikke korrekt placeret cup kan øge tendensen til skred mellem lårdeles kuglehoved og cuppen, men det er ikke tilfældet i den aktuelle sag.

Forekomst af eventuelt indeklemningsfænomen er uafhængigt af valget af cup.

Man kan ikke sammenligne smerter i et lårben efter et ucementeret protese stem, med en ucementeret cup der vender bagud.

Det er min lægefaglige vurdering, at man ikke kan skønne, at de omhandlede gener ikke ville være forekommet, hvis man primært havde anvendt en cementeret cup.

En cementeret cup er ikke et ligeværdigt alternativ til den ucementerede version. Specielt ikke hos unge og i særdeleshed ikke hos patienter med dysplasi i hofteleddet.'

Også for så vidt angår den advokatfuldmægtigens bemærkninger om § 20, stk. 1, nr. 4, er vi ikke enige. Allerede fordi der – ifølge alle de speciallæger, der har vurderet sagen i såvel Patienterstatningen som Ankenævnet for Patienterstatningen (og som her i LB Forsikring) – ikke er årsags-

sammenhæng mellem operationen den 15. august 2017 og medlemmets gener, er der ikke grundlag for at vurdere, om erstatningsbetingelserne i § 20, stk. 1, nr. 4, er opfyldte. Selv *hvis* der var en sådan årsagssammenhæng, er det dog vores opfattelse, at betingelserne for erstatning ikke var opfyldt.

For så vidt angår kriteriet om *alvorlighed* bemærker vi, at medlemmet havde udtalt hoftedysplasi, der var forsøgt behandlet med binyrebarkblokada uden effekt. Hun havde haft smerter gennem mange år, men smerterne havde fået en sådan karakter, at situationen var blevet 'uholdbar'. Det skal understreges, at man ikke 'bare' udfører hoftealloplastik – slet ikke på en patient så forholdsvis ung som medlemmet. Vi er således ikke enige med den advokatfuldmægtige, når han i stævningsudkastet angiver, at medlemmet blev opereret for 'en forholdsmæssig bagatelagtig diagnose'.

For så vidt angår kriteriet om *sjældenhed*, gælder der en grænse på ca. 2 %. Forekommer en komplikation ved den pågældende type udredning/behandling hyppigere end i ca. 2 % af tilfældene, er sjældenhedskriteriet ikke opfyldt, og erstatning er allerede af den årsag afskåret. Vi henviser herved til oplysningerne i den vurdering, som lægekonsulenten har udarbejdet i forbindelse med Ankenævnet for Patienterstatnings behandling af sagen (stævningsudkastets bilag 20), hvor det fremgår, at 7-23 % af patienter med hoftealloplastik har smerter tre måneder til fem år efter operationen. Lægekonsulenten anfører i forlængelse heraf: *'Tilsk har således ikke opnået et usædvanligt (hverken uventet endsige urimeligt at tåle) dårligt resultat set i lyset af ovenstående, hvor op mod 1/4 af THA patienter har smerter efter 5 år — der er ikke påført skade og der er således ikke tålt mere end man med rimelighed må forventes at tåle, grundsygdommens alvor taget i betragtning. Endelig kan den degenerative ryggsygdom også have negativ indvirkning på smerterne. Konklusivt kan jeg ikke se skade, fejl eller urimelig tålen og er enig i afvisning. Man har udredt en smerteproblematik korrekt og det drejer sig således om uindfrie forventninger.'*

Endelig skal det bemærkes, at det er vores opfattelse, at den advokatfuldmægtige forsøger at 'puste' spørgsmålet om rimelig grund i forsikringsbetingelsernes forstand op til noget, der slet ikke er grundlag for. Således anføres det i ankenævnsklagen, at 'Det må betegnes som en voldsom diskurs, såfremt et forsikringsselskab legitimeres til at foretage en så selvstændig og vidtgående vurdering' som at vove at forholde sig til forsikringsbetingelsernes betingelse om rimelig grund.

Den advokatfuldmægtige synes således ikke at være bekendt med, at det er helt sædvanlig praksis – også i patientskadesager – at retshjælpsforsikringsselskabet foretager en vurdering af, om der er rimelig grund til at føre sagen. Udgangspunktet er, at Ankenævnet for Patienterstatning, der består af 10 nævnsmedlemmet og herunder to overlæger, hvoraf den ene repræsenterer det relevante speciale, har truffet en korrekt afgørelse, således at der ikke er rimelig udsigt til at få medhold i en retssag. Dette følger også af ankenævnspraksis, jf. f.eks. AK 93.241, AK 92.936, AK 92.878, AK 90.799, AK 89.719, AK 89.544, AK 88.875, AK 87.939, AK 84.269, AK 79.112, AK 77.657, AK 76.466, AK 75.264, AK 74.437 og AK 72.279. Der må naturligvis foretages en konkret vurdering i hver enkelt sag, hvilket vi også har foretaget i denne, og vi har som anført som led i vores behandling af sagen forelagt den for vores cheflægekonsulent. Som redegjort for er det dog vores opfattelse, at medlemmet ikke har løftet bevisbyrden for, at hun – trods afgørelserne fra Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen – har rimelig udsigt til at få medhold i søgsmålet.

På denne baggrund må vi fastholde vores afgørelse.

Afslutningsvis skal vi i relation til den advokatfuldmægtiges spørgsmål til den uddannelsesmæssige baggrund for de ansatte i LB Forsikring, der har truffet afgørelserne af 16. og 25. september 2020, oplyse, at afgørelserne er truffet af to jurister ansat i vores retshjælpsafdeling. De pågældendes navne og stillingsbetegnelser fremgår af afgørelserne, den advokatfuldmægtige selv har fremlagt som bilag i ankenævns sagen."

Klagerens advokat har i brev af 6/10 2020 til nævnet bl.a. anført:

"PÅSTAND

Påstanden fastholdes uændret.

SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING

Det af LB Forsikring fremlagte **BILAG A** er dateret den 30. september 2020, dvs. indhentet efter indgivelsen af nærværende klage. Bilaget har således ikke indgået i LB Forsikrings indledende vurdering af sagens grundlag, ligesom der er tale om en ensidigt indhentet erklæring, som undertegnede hverken er blevet informeret om eller har haft mulighed for at deltage i udarbejdelsen af, ligesom det ikke fremgår i det fremlagte materiale hvordan spørgsmålene til den pågældende lægekonsulent er blevet stillet.

Det er i øvrigt korrekt når LB Forsikring anfører, at sagen ikke har været forbi forsikringsselskabets interne klageafdeling. Det bemærkes i den forbindelse, at der gælder en tidsfrist i sagen, at forsikringsselskabet forventes at have styr på egen compliance, at der allerede foreligger 2 afslag og, at indbringelsen af nærværende sag ikke har ændret forsikringsselskabets stillingtagen, hvorved der altså fortsat foreligger en tvist.

SUPPLERENDE ANBRINGENDER

BILAG A skal, efter princippet i retsplejelovens § 341 a, ikke tillægges værdi, idet det er indhentet ensidigt efter klagens indgivelse. Bilaget skal ligeledes ikke tillægges værdi, idet forsikringsselskabet ikke har været i besiddelse af bilaget da det oprindelige afslag blev truffet, idet der er tale om en ensidig erklæring og idet forsikringsselskabet, uden inddragelse eller information til undertegnede, har ladet erklæringen udarbejde. Ligeledes fremstår det ikke, hvilke spørgsmål, eller hvordan disse er blevet stillet, der er blevet stillet til lægekonsulenten, herunder hvilke bilag denne har haft til rådighed.

Det bemærkes, at forsikringsselskabet kontinuerligt igennem forløbet har ændret standpunkt i forhold til afslagsbegrundelsen, jf. **BILAG 4** og **5**, ligesom i henhold til de nye oplysninger i høringsvaret.

Den fremlagte lægekonsulent udtalelse er ikke vejvisende for resultatet af en retssag. I personskadesager nyder udtalelser fra Retslægerådets forrang for andre udtalelser, jf. UfR 2012.263 H, ligesom forsikringsselskabet ikke har forholdet sig til anbringenderne i forskellen mellem medicinsk og juridisk kausalitetsvurdering. Det må være op til Retslægerådet at afgive en lægefaglig udtalelse, herunder både i forhold til om der tale om en fysiologisk tilstand eller en funktionel

komponent, samt om årsagssammenhængen, hvorefter domstolene tager stilling til den juridiske kausalitetsvurdering.

Af forsikringsselskabet er det gjort gældende, at man mener, at operationen lever op til specialiststandard. UfR 2019.3916 H henviser navnlig ikke til specialistreglen, men derimod den almindelige culpapregel – såfremt det var Højesterets synspunkt, at bevisbyrdereglen kun gjaldt ved overtrædelser af specialistreglen, havde Højesteret næppe udtalt følgende;

*>> Kravene til bevis kan efter forarbejderne i tvivlsomme tilfælde lempes, hvis der klart er begået en fejl, der er ansvarspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som kan have forårsaget skaden. I sådanne tilfælde kan **tvivl om årsagsforholdene således komme skadelidte til gode.**<<*

Højesteret henviser altså specifikt til en almindelige erstatningsretlig vurdering. Det bemærkes i øvrigt, at Højesteret specifikt valgte at undlade at forholde sig til specialiststandard, trods det var påberåbt som anbringende. Forsikringsselskabet må anses at have misforstået retstilstanden, ligesom forsikringsselskabet ikke bestrider, at der foreligger ansvarspådragende adfærd efter en almindelig erstatningsretlig vurdering.

Begge instanser har således udelukkende forholdt sig til specialiststandard efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, hvilket i øvrigt bestrides som en korrekt vurdering, ikke forholdt sig til om der er handlet ansvarspådragende efter en almindelig culpastandard og endvidere ikke forholdt sig til ansvarsreglen (hvortil culpavurderingen ligeledes er af stør betydning i forhold til årsagssammenhængen) i KEL § 20, stk. 1, nr. 3.

At det af forsikringsselskabet anføres, at begge instanser også skulle have prøvet ansvarsgrundlagene i KEL § 20, stk. 1, nr. 3 (og de øvrige), er uforståeligt – forsikringsselskabet er meget velkommen til at udpege hvor dette er sket. Den pågældende lægekonsulent er ikke en del af Ankenævnet for Forsikring og skal ikke træffe juridiske vurdering, ligesom det ikke i øvrigt ses, at nogen af instanserne har beskæftiget sig retsreglen.

Afslutningsvist kan bemærkes, at det nok næppe kan betegnes som at 'puste' til spørgsmålet om rimelig grund. Retshjælpsforsikringen har forpligtet sig til en kontraktuel forpligtelse, der er fremført rimelige faktiske og juridiske grunde til at føre sagen, forsikringsselskabet har ikke mulighed for at forudse hverken Retslægerådets eller domstolenes kvalifikation af sagen og det påhviler i øvrigt ikke retshjælpsforsikringsselskabet at foretage nogen materiel prøvelse af sagen, idet dette i sidste ende påhviler domstolene. Forsikringsselskabet skal udelukkende forholde sig til om søgsmålet kan betegnes som urimeligt og i benægtende fald yde sin kontraktuelle forpligtelse."

Selskabet har i brev af 20/10 2020 til nævnet bl.a. anført:

"Det skal blot bemærkes, at vi hele tiden har fastholdt vores afgørelse om, at der efter vores opfattelse ikke er rimelig udsigt til at få medhold i søgsmålet, hvorfor betingelsen om rimelig grund ikke er opfyldt.

For så vidt angår bemærkningerne om UfR 2019.3916H er disse ganske vanskelige at følge. Højesteret udtaler sig om bevislempelsen i relation til årsagssammenhæng, når der er konstaterede 'klare fejl'. I nærværende sag har Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen

vurderet, at behandlingen er i overensstemmelse med den erfarne specialists standard. Når den **højere** standard er overholdt, gælder det så meget desto mere, at der **ikke** er handlet ansvarspådragende efter den almindelige culparegel. Det giver derfor ikke mening at anføre, at Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen ikke har forholdt sig til, om der er handlet ansvarspådragende efter den almindelige culpastandard.

For så vidt angår bemærkningerne om KEL § 20, stk. 1, nr. 3, skal vi igen understrege, at det ligger fuldstændig fast, at såvel Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen **kun** omtaler de ansvarsregler i KEL § 20, stk. 1, nr. 1-4, der vurderes relevante i forhold til den konkrete sags afgørelse. Dette gælder helt fast, og det er således kun i et fåtal af afgørelserne, at KEL § 20, stk. 1, nr. 2-3, (som meget sjældent er relevante) omtales. Der er naturligvis ikke tale om, at Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen i langt hovedparten af sagerne glemmer, at disse paragraffer eksisterer. Dette er selvfølgelig heller ikke tilfældet her. Når begge instanser kun omtaler KEL § 20, stk. 1, nr. 1, om erfaren specialiststandard skyldes det således, at kun denne ansvarsregel er fundet relevant i forhold til sagens omstændigheder."

Nævnet har fået forelagt bilag fra sagen, hvoraf nogle gengives nedenfor. Af speciallægeerklæring af 16/11 2018 fra speciallæge i ortopædkirurgi fremgår bl.a.:

"Konklusion og plan

Jeg synes, at patienten har typisk impingementsymptomer, som er forårsaget af retroverteret cup, hvilket fylder alt for meget i lysken, og derfor har patienten nedsat fleksion og har stærke smertesymptomer i lysken. Som revisionshoftekirurg har jeg en del erfaring med, at retroverterede cup kan være årsagen til disse symptomer som patienten har, og som tit bliver vekslet med nerveskader, hvilket ikke er aktuelt. Pga. den har hun gået med en forkert stilling i hoften i form af fleksion og indadrotation og derfor har hun overbelastet sin baldemuskulatur og herunder piriformis og har udviklet typisk piriformissyndrom, som er en tilkommet overbelastningsskade.

Jeg synes, at der er rigtig god behandlingsmulighed for hende ved at revidere cup'en til at den sidder antiverteret eller sv.t. patientens anatomi selvom patienten har dysplasi, men det drejer sig om en stejl tabulum, og det har ikke noget med antiversion at gøre.

Jeg synes ikke, at der er behov for at behandle patienten med stærke antidepressiv medicin, som behandling mod nervesmerter. Hun kan i hvert fald ikke mærke forskel smertemæssigt med denne behandling, men til gengæld får hun nogle stærke bivirkninger af den og er deprimeret det meste af tiden, som hun angiver.

Inden man tager stilling til om patienten er arbejdsdygtig eller ej, så skal hun behandles færdigt, da behandlingsmulighederne ikke er udtømt endnu."

Af afgørelse af 18/10 2018 fra Patienterstatningen fremgår bl.a.:

"Begrundelse

Efter KEL § 19, stk. 1, og § 20, stk. 1, ydes der erstatning, hvis patienten er blevet påført en skade.

Det er også en betingelse, at skaden med overvejende sandsynlighed er en følge af den behandling eller undersøgelse, som patienten har fået, og ikke en følge af den sygdom, patienten blev behandlet for.

Vi har vurderet, at du ikke er blevet påført en skade som følge af indsættelsen af en hofteprotese.

Vi har ved afgørelsen lagt vægt på, at operationen var velbegrunderet på grund af dine gener inden operationen. Det er også vores vurdering, at hofteprotesen sidder korrekt og at protesens placering dermed ikke kan forklare dine smerter. Benet er efter operationen blevet forkortet ca. 1,5 cm. Denne forandring i benlængden er dog inden for det sædvanlige og acceptable efter indsættelse af en hofteprotese.

Det fremgår af journalen, at der ved operationen ikke opstod egentlige komplikationer som f.eks. svær infektion, knoglebrud, større blødninger, blodpropper eller nerveskade, der muligvis kunne forklare dine smerter.

Det er oplyst, at smerterne i hoften kom pludseligt ca. 13 dage efter operationen. Det vil sige, at der ikke er en klar tidsmæssig sammenhæng mellem operationen og dine smerter.

Du har oplyst, at lægerne måtte slide og vride meget for, at få hofteskålen på plads ved operationen. Dette er ikke beskrevet i journalen. Under alle omstændigheder er der som nævnt ikke opstået egentlige komplikationer eller synlige skader ved selve indsættelsen af protesen.

Vi er opmærksomme på, at du desværre har betydelige smerter i hoften. Trods omfattende undersøgelser er det ikke lykkedes, at finde en sikker forklaring på generne. Vi vurderer, at det ikke er overvejende sandsynligt, at smerterne skyldes en skade eller komplikation til operationen 15. august 2018. Vi har lagt vægt på, at der ikke er dokumenteret en sammenhæng mellem dine smerter og operationen."

Af afgørelse af 18/2 2019 fra Ankenævnet for Patienterstatningen fremgår bl.a.:

"Begrundelse for afgørelsen

Ankenævnet for Patienterstatningen er enig i, at [klageren] ikke har ret til erstatning efter § 19, stk. 1, og § 20, stk. 1, i klage- og erstatningsloven.

[Klageren] er ikke påført en skade ved behandlingen på [sygehus 1] fra den 15. august 2017 og frem.

Ankenævnet afgør sagen ud fra en selvstændig lægelig og juridisk vurdering af alle sagens oplysninger om [klagerens] behandlingsforløb og tilstand. De fremsendte speciallægeerklæringer af 17. januar 2018 og 19. november 2018 er indgået i grundlaget for ankenævnets afgørelse sammen med sagens øvrige lægelige oplysninger.

Ankenævnet bemærker følgende til afgørelsen:

Der ydes erstatning, hvis patienten er påført en skade ved behandlingen eller undersøgelsen eller undladelse heraf. Det er en betingelse, at skaden med overvejende sandsynlighed er en følge af behandlingen og undersøgelsen og ikke skyldes den sygdom, som patienten blev behandlet for, eller andre forhold. Det følger af klage- og erstatningslovens § 19, stk. 1, og § 20, stk. 1.

[Klagerens] sygdomsforløb og nuværende gener skyldes ikke med overvejende sandsynlighed den hofteoperation, som hun gennemgik.

Ankenævnet lægger ved afgørelsen vægt på, at det af operationsbeskrivelsen fremgår, at operationen den 15. august 2017 forløb ukompliceret, og at postoperativ røntgenkontrol viste god stilling af protesen uden anmærkning om, at [klageren] havde særlige smerter.

De degenerative forandringer og diskusprolaps, som man konstaterede i perioden efter operationen, skyldes med overvejende sandsynlighed forhold ved [klageren] selv. Der var ikke tidligere foretaget MR-skanning, som kunne påvise, at [klageren] havde diskusprolaps, og de kan enten allerede have eksisteret forud for operationen eller være opstået tilfældigt i månederne efter.

De svære bensmerter opstod først omkring 13 dage efter operationen, hvilket fremgår af journalmaterialet og af speciallægeerklæringen af 17. januar 2018. Smerterne kan efter ankenævnets vurdering ikke forklares lægeligt som en følge af operationen. Der er en vis tidsmæssig sammenhæng mellem operationen og smerternes opståen, men det er ikke i sig selv nok til, at smerterne med overvejende sandsynlighed kan anses som en følge af operationen.

Ankenævnet vurderer i øvrigt, at operationen blev udført i overensstemmelse med, hvad en erfaren specialist på området ville have gjort under de givne omstændigheder.

Der var indikation for at udføre operationen, da [klageren] havde kraftige smerter fra hofteregionen, og røntgen havde bekræftet, at hun havde udpræget hoftedysplasi. Selve operationen forløb uproblematisk, man opnåede god stabilitet, og røntgen viste acceptabel stilling af protesen. Ankenævnet bemærker hertil, at det ikke er usædvanligt, at man må 'skubbe og mase' for at få protesen på plads og ledhovedet ned i hofteskålen.

Da [klageren] efterfølgende fik stærke smerter, søgte man at afklare årsagen hertil ved undersøgelser, røntgen og skanninger. Det forhold, at man ikke herved kunne diagnosticere eller helbrede [klageren], betyder ikke, at behandlingen ikke blev udført, som en erfaren specialist ville have gjort.

På denne baggrund vurderer ankenævnet, at [klageren] ikke har ret til erstatning efter reglerne i klage- og erstatningsloven.

Ankenævnet stadfæster derfor Patienterstatningens afgørelse af 18. oktober 2018."

Ankenævnet for Patienterstatningen traf den 11/4 2019 afgørelse om at genoptage sagen til fornyet behandling. Ankenævnet hjemviste sagen til Patienterstatningen, således at Patienterstatningen skulle oplyse sagen yderligere for så vidt angik resultatet af reoperationen den 12/2 2019 og herefter træffe ny afgørelse.

Af afgørelse af 14/2 2020 fra Patienterstatningen fremgår bl.a.:

"Begrundelse

Efter KEL § 19, stk. 1, og § 20, stk. 1, ydes der erstatning, hvis patienten er blevet påført en skade.

Det er også en betingelse, at skaden med overvejende sandsynlighed er en følge af den behandling eller undersøgelse, som patienten har fået, og ikke en følge af den sygdom, patienten blev behandlet for.

Vi har vurderet, at du ikke er blevet påført en skade som følge af behandlingen på [sygehus 1].

Vi har ved afgørelsen lagt vægt på, at operationen 15. august 2017 blev udført i overensstemmelse med erfaren specialiststandard og uden, at der indtrådte komplikationer. Der er opstået en benlængdeforskel på ca. 1,5 cm., men dette er inden for det sædvanlige og acceptable efter indsættelse af en hofteprotese.

Vi er opmærksomme på, at cuppen som en del af hofteprotesen sad retroverteret (altså mere bagudvendt end det sædvanligvis tilstræbes). En sådan placering øger erfaringsmæssigt risikoen for at hoften går ud af led, men det problem har du ikke haft. Det vil sædvanligvis ikke i sig selv give særlige smerter og der er ikke dokumentation for, at cuppens placering eller andre forhold ved hofteprotesen har klemmt på en nerve eller en større sene ved hofteleddet og derved givet smerter. Vi er opmærksomme på, at operationen 12. februar 2019 blev udført på mistanke om, at det forholdt sig sådan, men vi vurderer, at operationsbeskrivelsen ikke dokumenterer, at der faktisk var indeklemning eller tryk på en nerve.

I forbindelse med det infektionsforløb du er blevet behandlet for i 2019 har du oplyst, at der kan være mistanke om, at infektionen opstod allerede ved operationen på [sygehus 1] 15. august 2017 og at det er denne infektion der har været årsagen til dine hoftegener siden operationen.

Vi vurderer, at det ikke er overvejende sandsynligt, at infektionen opstod allerede ved operationen i august 2017. Det er langt mere sandsynligt at den opstod i forbindelse med operationen i februar 2019.

Vi har lagt vægt på, at der i forløbet fra operationen august 2017 og frem til sommeren 2019 ikke har været sikre symptomer på en infektionstilstand. Det kan bl.a. nævnes, at operationsbeskrivelsen 12. februar 2019 ikke indeholder oplysninger, der tyder på tidligere eller igangværende infektion og knogleskintigrafi 16. januar 2019 tyder heller ikke på infektion."

Af afgørelse af 25/6 2020 fra Ankenævnet for Patienterstatningen fremgår bl.a.:

"[Klageren] er ikke påført en skade ved behandlingen på [sygehus 1] fra 15. august 2017 og frem.

Ankenævnet bemærker følgende til afgørelsen:

Der ydes erstatning, hvis patienten er påført en skade ved behandlingen eller undersøgelsen eller undladelse heraf. Det er en betingelse, at skaden med overvejende sandsynlighed er en følge af behandlingen og undersøgelsen og ikke skyldes den sygdom, som patienten blev behandlet for, eller andre forhold. Det følger af klage- og erstatningslovens § 19, stk. 1, og § 20, stk. 1.

[Klageren] har anført, at hun må være berettiget til godtgørelse for svie- og smerte, da hun blev tilbudt en reoperation med skift af cuppen, da der var mistanke om, at cuppens placering gav anledning til hendes smerter.

En operation er ikke en garanti for, at man bliver helbredt eller får det bedre. I nogle tilfælde kan en operation føre til, at symptomerne bliver værre, selv om behandlingen er udført korrekt og har været den bedst mulige i situationen. Den omstændighed, at operationen den 15. august 2017 ikke havde den ønskede effekt, giver ikke i sig selv ret til erstatning/godtgørelse efter loven.

Smerter efter hoftealloplastik er hyppigt forekommende og kan skyldes forskellige årsager. Indeklemning (impingement) af psoas-senen kan være én af årsagerne, hvorfor det kan være relevant at forsøge at ændre hofteskålens placering.

Ankenævnet har lagt vægt på, at [klagerens] smerter korn tiltagende tilbage efter reoperationen den 12. februar 2019. Der er således intet, der understøtter, at smerterne skulle hidrøre fra cup-pens placering eller en indeklemmt psoas-sene, men derimod mere sandsynligt neurogene smerter af anden årsag, herunder forhold ved [klageren] selv.

Det forhold, at operationen den 15. august 2017 på [sygehus 1] ikke kunne helbrede [klageren] for hendes smerter, betyder ikke, at behandlingen ikke blev udført, som en erfaren specialist ville have gjort. Ankenævnet tilføjer, at valget af en ucementeret fiksationsmetode følger de faglige retningslinjer og vanlig procedure.

På denne baggrund vurderer ankenævnet, at [klageren] ikke har ret til erstatning efter reglerne i klage- og erstatningsloven.

Ankenævnet stadfæster derfor Patienterstatningens afgørelse af 14. februar 2020.

Ankenævnet kun træffer afgørelse om forhold, som Patienterstatningen som første instans har vurderet. Årsagen er, at sagens parter har ret til at få en vurdering af sagen ved to administrative klageinstanser. Behandlingen på [privathospital] og [sygehus 2] er ikke vurderet af Patienterstatningen endnu, og derfor træffer ankenævnet ikke afgørelse om disse to behandlingssteder."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"3. Hvad dækker retshjælpsforsikringen

Forsikringen dækker tvister, som er opstået i privatlivet.

3.1 TVIST

Ved tvist forstås en konkret, aktuel konflikt, som parterne ikke selv har kunnet løse, og som kan behandles af en domstol eller ved voldgift.

Forsikringen dækker ikke udgifter til almindelig advokatrådgivning.

3.2 RIMELIG GRUND

Det er en betingelse for dækning, at der er rimelig grund til at indbringe tvisten for domstolene eller voldgift. Hvis der efter LB Forsikrings opfattelse ikke er rimelig grund, skal LB Forsikring begrundes det.

...

7. Hvilke omkostninger er ikke dækket

Følgende omkostninger er ikke omfattet af retshjælpsdækningen:

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

Nævnet udtaler:

Klageren har anmodet selskabet om retshjælpsdækning til en retssag mod Ankenævnet for Patienterstatningen. Hun er utilfreds med, at Ankenævnet for Patienterstatningen har afvist retten til erstatning i medfør af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet, idet hun som følge af behandling har lidt en patientskade.

Klageren fik den 15/8 2017 foretaget en operation med det formål at indsætte en venstresidig hofteprotese på baggrund af hoftedysplasi. Efter operationen havde klageren gener. Hun blev den 12/2 2019 opereret, hvor cuppen blev udskiftet. Herefter fik hun en infektion, og hun fik som følge heraf fjernet hofteprotesen den 27/8 2019. Den 21/1 2020 fik hun indsat en ny hofteprotese.

Selskabet har afvist at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning under henvisning til, at der ikke er rimelig grund til at føre sagen. Selskabet har anført, at såvel Patienterstatningen som Ankenævnet for Patienterstatningen – begge ad to omgange – har vurderet, at klageren ikke blev påført en behandlingsskade i forbindelse med operationen, og at der ikke – efter at Ankenævnet for Patienterstatningen traf afgørelse – er fremkommet nye lægelige oplysninger eller vurderinger, der giver grundlag for at antage, at Patienterstatningens og Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelser skulle være forkerte.

Klageren har blandt andet anført, at der er rimelig grund til at føre retssag, at både Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen udelukkende har forholdt sig til specialiststandarden efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, hvilket bestrides som en korrekt vurdering, at begge instanser ikke har forholdt sig til, om der er handlet ansvarspådragende efter en almindelig culpastandard, at det i forhold til rimelighedsvurderingen tæller til hendes sag, at Ankenævnet for Patienterstatningen har undladt at forholde sig til § 20, stk. 1, nr. 3 og 4, i klage- og erstatnings-

loven, som med rimelighed kan påberåbes af klageren under en retssag, og at det må være op til Retslægerådet at afgive en lægefaglig udtalelse, herunder både i forhold til om der er tale om en fysiologisk tilstand eller en funktionel komponent samt om årsagssammenhængen, hvorefter domstolene tager stilling til den juridiske kausalitetsvurdering. Klageren har videre anført, at Højesteret i UfR 2019.3916 H ikke henviser til specialistreglen, men derimod den almindelige culparegel. Begge instanser har udelukkende forholdt sig til specialiststandard efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1 - hvilket klageren bestrider som en korrekt vurdering – og har således ikke forholdt sig til om der er handlet ansvarspådragende efter en almindelig culpastandard.

Hertil har selskabet anført, at Højesteret udtaler sig om bevislempelsen i relation til årsagssammenhæng, når der er konstaterede 'klare fejl'. I nærværende sag har Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen vurderet, at behandlingen er i overensstemmelse med den erfarne specialists standard. Når denne højere standard er overholdt, gælder det så meget desto mere, at der ikke er handlet ansvarspådragende efter den almindelige culparegel. Det giver derfor ikke mening at anføre, at Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen ikke har forholdt sig til, om der er handlet ansvarspådragende efter den almindelige culpastandard.

Patienterstatningen har i sin afgørelse af 18/10 2018 vurderet, at klageren ikke er blevet påført en skade som følge af indsættelsen af hofteprotesen den 15/8 2018, og at der ikke er dokumenteret en sammenhæng mellem hendes smerter og operationen. Ved afgørelse af 18/2 2019 stadfæstede Ankenævnet for Patienterstatningen afgørelsen.

Ankenævnet for Patienterstatningen traf den 11/4 2019 afgørelse om at genoptage sagen til fornyet behandling. Ankenævnet hjemviste sagen til Patienterstatningen, således at Patienterstatningen skulle oplyse sagen yderligere for så vidt angik resultatet af reoperationen den 12/2 2019 og herefter træffe ny afgørelse. Patienterstatningen har i sin afgørelse af 14/2 2020 vurderet, at klageren ikke er blevet påført en skade som følge af behandlingen den 15/8 2017. Ankenævnet for Patienterstatningen stadfæstede ved afgørelse af 25/6 2020 afgørelsen. Af afgø-

relsen fremgår det blandt andet, at "Ankenævnet har lagt vægt på, at [klagerens] smerter kom tiltagende tilbage efter re-operationen den 12. februar 2019. Der er således intet, der understøtter, at smerterne skulle hidrøre fra cuppens placering eller en indeklemt psoas-sene, men derimod mere sandsynligt neurogene smerter af anden årsag, herunder forhold ved [klageren] selv. Det forhold, at operationen den 15. august 2017 på [sygehus 1] ikke kunne helbrede [klageren] for hendes smerter, betyder ikke, at behandlingen ikke blev udført, som en erfaren specialist ville have gjort. Ankenævnet tilføjer, at valget af en ucenmenteret fiksationsmetode følger de faglige retningslinjer og vanlig procedure. På denne baggrund vurderer ankenævnet, at [klageren] ikke har ret til erstatning efter reglerne i klage- og erstatningsloven".

Efter en gennemgang af sagen finder nævnet, at der ikke er grundlag for kritisere selskabets afgørelse.

Nævnet har blandt andet lagt vægt på, at Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen har vurderet, at klageren ikke er blevet påført en skade som følge af behandlingen den 15/8 2017, og at afgørelserne er behørigt begrundet i forhold til, at klageren ikke er berettiget til erstatning efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet.

Nævnet har også lagt vægt på, at klageren ikke er fremkommet med nye lægelige oplysninger efter Ankenævnet for Patienterstatningens behandling af sagen, der giver anledning til at antage, at klageren vil kunne opnå et andet og mere gunstigt resultat ved at videreføre sagen ved domstolene.

Det, som klageren i øvrigt har anført – herunder, at Ankenævnet for Patienterstatningen ikke har forholdt sig til, om der er handlet ansvarspådragende efter den almindelige culpastandard, samt at klageren ønsker at forelægge sagen for Retslægerådet – kan ikke føre til andet resultat.

Ankenævnet *for* Forsikring

20.

95852

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klageren får ikke medhold.



Jens Kruse Mikkelsen

formand