

Ankenævnet *for* Forsikring

Den 7. juni 2023 blev i sag nr. 99508:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt

k e n d e l s e :

Forsikringstageren har retshjælpsforsikring. I brev af 13/3 2023 til nævnet har klagerens advokat bl.a. anført:

"Topdanmark har ved den indklagede afgørelse af 3. marts 2023 oplyst, at de fastholder afgørelsen af 1. februar 2023 og vurderer, at der ikke kan meddeles retshjælpsdækning til at gøre en sag mod Ankenævnet for Patienterstatningen.

Topdanmark har begrundet afvisning med, at der efter deres opfattelse ikke er rimelig grund til at gøre sagen mod Ankenævnet for Patienterstatning, idet afgørelsen fra Ankenævnet for Patienterstatningen af 5. september 2022 ifølge Topdanmark er grundet i, at der er foretaget en selvstændigt til afgørelse fra Patienterstatningen af 28. oktober 2021. Afgørelsen fra Topdanmark af 1. februar 2023 vedlægges som **bilag 1**, og Afgørelsen fra Topdanmark af 3. marts 2023 vedlægges som **bilag 2**.

Påstand: Topdanmark skal yde retshjælpsdækning til at føre retssag mod Ankenævnet for Patienterstatningen.

Sagens omstændigheder:

Klager har søgt erstatning ved Patienterstatningen fordi hun mener, at hun er påført en skade på 5. nakkehvirvel i forbindelse med en operation for diskusprolaps i nakken. Operationen blev foretaget den 13. september 2019.

Ankenævnet for Patienterstatningen har ved afgørelse af den 5. september 2022 afvist, at klager er påført en patientskade og henviser til Patienterstatningens afgørelse af den 28. oktober 2021, som stadfæstes.

Ankenævnet for Forsikring

2.

99508

Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse af 5. september 2022 vedlægges som **bilag 3** og Patienterstatningens afgørelse af 28. oktober 2021 vedlægges som **bilag 4**.

Klager sendte den 30. januar 2023 en afsøgning om retshjælpsdækning og udkast til stævning til Topdanmark. Retshjælpsansøgningen vedlægges som **bilag 5**, og udkast til stævning vedlægges som **bilag 6**.

Topdanmark afviste at yde retshjælpsdækning i brev af 1. februar 2023 jf. bilag 1, med henvisning til, at der ifølge Topdanmark ikke er rimelig grund til at føre sagen. Topdanmark angiver blandt andet, at det i lægekonsulentens notat af 2. juni 2020 er vurderet, at der er tale om en nervepåvirkning efter et veludført indgreb og at nervepåvirkningen ses i over 2 % af alle indgreb.

Klager påklagede afvisningen, og Topdanmark fastholdt i mail af 3. marts 2023 sin vurdering af 1. februar 2023 jf. bilag 2.

Klager er ikke enig i, at der ikke er rimelig grund til at føre proces, hvorfor nærværende klage er nødvendiggjort.

Anbringender

Det gøres gældende, at der er sikkert grundlag for at tilsidesætte Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse.

Til støtte herfor skal det bemærkes, at Ankenævnet for Patienterstatningen ikke har taget stilling til om man burde have afstået fra operationen, også i lyset af, at det viser sig, at der ikke er en prolaps, men opererer for noget andet, jf. operationsnotatet, som er medsendt som bilag 3.

Ifølge kel § 20, stk. 1, nr. 4 skal der foretages en bedømmelse af den konkret skade og hvorvidt den er sjælden, hvilket fremgår af Erstatning indenfor sundhedsvæsenet af Kristina Sprove Askær, Peter Jakobsen og Niels Hjortnæs, 2. udgave, side 245 ff.

I den forbindelse skal det fremhæves, at der er mangel operationer, hvor der indtræder infektioner med en hyppighed på mere end 2 %, men hvor infektionen normalt ikke medfører væsentlige øgede gener. I de tilfælde hvor infektionen medfører omfattende varige gener vil infektion konkret kunne være sjælden.

Ankenævnet for Patienterstatningen har alene forholdt sig til, om der generelt er risiko for nervepåvirkning ved pågældende operation og ikke til, om den konkrete komplikation er sjælden. [Klageren] har efter operationen udviklet en kronisk smertetilstand og hun har oplyst, at mistænker, at hun har udviklet CRPS.

Det er derfor relevant at spørge Retslægerådet til hyppigheden af det skadesbillede, som det [klageren] udviser efter operationen, hvor der er sket nervepåvirkning.

Det er ikke nervepåvirkningen i sig selv, der skal være sjældent, det er skadesbilledet, der er sjældent. Det, at der er sket en nervepåvirkning er ikke ensbetydende med en kronisk smertetilstand, som den [klageren] har udviklet.

På baggrund heraf, er det min opfattelse, at min klient har rimelig grund til at føre proces."

Selskabet har i brev af 27/3 2023 til nævnet bl.a. anført:

"[Klageren] er omfattet af indboforsikring i Topdanmark Forsikring med virkning fra den 1. marts 2019.

For retshjælpsforsikringen tilknyttet indboforsikringen gælder vilkår **6306-7** fra december 2015 (**bilag A**)

Sagen er indbragt for Ankenævnet for Forsikring af klagers advokat ... den 13. marts 2023 med påstand om, at Topdanmark Forsikring skal give retshjælpstilsagn til anlæggelse af retssag mod Ankenævnet for Patienterstatningen.

Sagsfremstilling

Vi kan tilslutte os advokatens sagsfremstilling (Sagens omstændigheder) jf. klagen til Ankenævnet for Forsikring dateret den 13. marts 2023

Vores begrundelse

Sagen for Ankenævnet for Forsikring er et spørgsmål om, hvorvidt klager har krav på forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til førelse af retssag mod Ankenævnet for Patienterstatningen.

Vi har afvist at give retshjælpsdækning til retssagen mod Ankenævnet for Patienterstatningen, da vi ikke mener, at klager har rimelig grund til at føre sagen.

Efter gennemgang af klagen til Ankenævnet for Forsikring fastholder vi, at sagen desværre ikke opfylder betingelsen om rimelig grund jf. vilkårenes punkt 3.2, og vi kan således ikke yde retshjælpsdækning til sagen.

Vi har lagt vægt på, at Patienterstatningen den 28. oktober 2021 traf afgørelse om, at klager ikke havde ret til erstatning efter lov om klage og erstatningsadgang indenfor sundhedsvæsenet (KEL) § 20, stk. 1, nr. 1 og 4.

Til brug for afgørelsen fra Patienterstatningen blev der indhentet udtalelser fra Patienterstatningens lægekonsulent hhv. den 2. juni 2020 (**bilag C**) og den 24. august 2021 (**bilag D**).

Lægekonsulenten udtalte den 2. juni 2020, at nerverodspåvirkningen ved et veludført indgreb er kendt og ses i over 2% af alle indgreb på nakkerøgsøjlen. Svære lammelser er sjældne (under 2%) men sparsomt nedsat kraft (grad 4 eller bedre) er mere hyppigt og ses ved over 2% af alle indgreb på nakkerøgsøjlen.

I vurderingen fra lægekonsulenten den 24. august 2021 fremgår det bl.a., at ved operationen som udføres ESS opstår en hædelig ikke sjælden komplikation i form af påvirkning af 5. nerverod i nakkerøgsøjlen. (5. th palsy). Denne komplikation ses i over 2% af alle indgreb ved forreste adgang. I dette tilfælde er følgerne lette med diskret nedsat styrke over skulderled – diffus nedsat styrke i hele armen, kognitive gener og hovedpine stammer ikke fra patientskaden men forklares ved forhold ved patienten selv.

Det skal bemærkes, at de lægelige oplysninger, herunder speciallægeerklæring af 15. januar 2021 og 9. maj 2021 tillige er indgået i grundlaget for afgørelsen fra Patienterstatningen.

Det kan herefter lægges til grund, at klagers aktuelle funktionsniveau efter den påførte skade den 13. september 2019 er beskrevet og dokumenteret i de lægelige oplysninger.

På baggrund af de lægelige oplysninger om klagers funktionsniveau efter skaden den 13. september 2019, konkluderede Patienterstatningen i afgørelsen den 28. oktober 2021, at nerveskaden på baggrund af karakteren og omfanget heraf, er en relativ hyppig komplikation til behandlingen.

Advokaten har som anbringende i stævningen og i klagen til Ankenævnet for Forsikring bl.a. gjort gældende, at Ankenævnet for Patienterstatningen har alene forholdt sig til, om der generelt er risiko for nervepåvirkning ved pågældende operation og ikke til, om den konkrete komplikation er sjælden. Klager har efter operationen udviklet en kronisk smertetilstand og hun har oplyst, at mistænker, at hun har udviklet CRPS. Det er derfor relevant at spørge Retslægerådet til hyppigheden af det skadesbillede, som det klager udviser efter operationen, hvor der er sket nervepåvirkning.

Med afsæt i begrundelsen fra Patienterstatningen, er det vores opfattelse, at der helt konkret er taget stilling til den skete skades alvorlighed og om hvorvidt den konkrete skade er tilstrækkelig sjælden.

Vi mener derfor, at der er taget stilling til, om den konkrete skade opfylder alvorligheds- og sjældenhedskriteriet.

Vi har også lagt vægt på, at Ankenævnet for Patienterstatningen med en udførlig begrundelse den 5. september 2022 har stadfæstet Patienterstatningens afgørelse.

Ankenævnet for Patienterstatningen traf afgørelse om, at skaden hverken var tilstrækkelig alvorlig eller sjælden til anerkendelse som patientskade.

Herudover har Ankenævnet for Patienterstatningen udtalt, at en forværring af armsmerter ved langvarig smertetilstand er forventeligt, selvom der foretages operativ behandling, særligt set i lyset af symptomernes varighed på operationstidspunktet. Hertil bemærkes det, at smertefrihed ikke kan forventes efter så mange års smertehistorik.

Endeligt vurderede Ankenævnet for Patienterstatningen ikke, at kognitive gener med hovedpine kunne tilskrives skaden den 13. september 2019.

Vi har endeligt lagt vægt på, at der ikke efter sagens behandling ved Ankenævnet for Patienterstatningen er fremkommet nye lægelige oplysninger til støtte og dokumentation for klagers synspunkter jf. bilagsoversigten fra stævningen.

Endeligt skal vi gentage indholdet i vores skrivelse fra den 9. februar 2023 (**bilag B**), at vi gerne vil genvurdere retshjælpsansøgningen, når Retslægerådet har besvaret parternes spørgsmål."

Nævnet har fået forelagt bilag fra sagen, hvoraf nogle gengives nedenfor. Af afgørelse af 28/10 2021 fra Patienterstatningen fremgår bl.a.:

"[Klageren] er ikke berettiget til erstatning efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet.

Betingelserne for at yde erstatning efter lovens § 20, stk. 1, nr. 1 og 4, er ikke opfyldt.

...

Begrundelse

Efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, ydes der erstatning, hvis behandlingen har afvejet fra, hvad en erfaren specialist ville have gjort i den givne situation. Det er en betingelse, at patienten er påført en skade, der med overvejende sandsynlighed ville være undgået ved en bedre behandling.

Denne regel betyder, at patienten er berettiget til erstatning i de tilfælde, hvor en erfaren specialist ville have handlet anderledes, og skaden på den måde med overvejende sandsynlighed ville være undgået.

Efter KEL § 20, stk. 1, nr. 4, ydes der erstatning, hvis der ved undersøgelse eller behandling sker en skade i form af en infektion eller en anden komplikation, der er mere omfattende, end hvad patienten med rimelighed må tåle. Der skal tages hensyn til skadens alvor, patientens sygdom og helbredstilstand samt til skadens sjældenhed og mulighederne for at tage risikoen for dens indtræden i betragtning.

Denne regel betyder, at patienten er berettiget til erstatning for en skade, som skyldes behandlingen, hvis skaden er meget sjælden og meget alvorlig i forhold til den sygdom, patienten blev behandlet for. Men reglen betyder også, at patienten ved behandling af en alvorlig sygdom må acceptere større skader end ved mindre alvorlige sygdomme.

Det er vores vurdering, at [klageren] er blevet påført en skade som følge af en utilsigtet og hændelig komplikation til operationen i nakken på [hospital], og at behandlingen i øvrigt var i overensstemmelse med den behandling, som en erfaren specialist ville have foretaget.

Vi har ved afgørelsen lagt vægt på, at det er kendt, at der kan ske en nerveskade i forbindelse med en operation for diskusprolaps. Pladsforholdene er meget små, og selv om alle retningslinjer og procedurer er blevet overholdt for bedst muligt at sikre sig mod nerveskader, kan der alligevel ske skader på det omkringliggende væv. Dette kan således også ske for den erfarne specialist.

Vi vurderer dog, at [klagerens] skade ikke går ud over, hvad hun med rimelighed må tåle som led i behandlingen af hendes sygdom.

Det fremgår således af journalmaterialet og speciallægeerklæringen af 15. januar 2021, at [klageren] har nedsat muskelmasse i højre skulder og højre overarm. Derudover har [klageren] nedsat bevægelighed i højre arm, som hun ikke kan føre frem og tilbage i mere end 10 grader, ligesom hun ikke kan trække armen ud til siden. Der er yderligere beskrevet diffus nedsat styrke over albue- hånd- og fingerled. På trods af dette kan alle bevægelser udføres mod modstand. Endelig er der beskrevet føleforstyrrelser ved berøring af højre arm/hånd. I speciallægeerklæringen af 9. maj 2021 er kraftgraden beskrevet til niveau 4, hvilket er i overensstemmelse med den funktionstilstand, som blev beskrevet i journalmaterialet efter operationen. Uanset dine bemærkninger omkring indhentelsen af speciallægeerklæringen fra 9. maj 2021, må det lægges til grund, at speciallægen har foretaget en objektiv undersøgelse med korrekt beskrivelse af kraftgrad.

Det er herefter vores vurdering, at nerveskaden på baggrund af karakteren og omfanget heraf, er en relativ hyppig komplikation til behandlingen.

Det er yderligere vores vurdering, at operationen er foretaget efter gældende retningslinjer og standarder og med anvendelse af anerkendte metoder og teknikker.

[Klageren] har derfor ikke krav på erstatning."

Af afgørelse af 5/9 2022 fra Ankenævnet for Patienterstatningen fremgår bl.a.:

"Ankenævnet for Patienterstatningen er enig i, at [klageren] ikke har ret til erstatning efter § 20, stk. 1, nr. 1 og 4, i klage- og erstatningsloven.

Skaden i form af nervepåvirkning (postoperativ højresidig C5-palsy) er ikke mere omfattende, end hvad [klageren] med rimelighed må tåle.

Ankenævnet bemærker følgende til afgørelsen:

Det bemærkes indledningsvist, at ankenævnet vurderer sagen på baggrund af alle sagens oplysninger. Ankenævnet lægger som udgangspunkt vægt på oplysningerne i journalen, medmindre det efter omstændighederne kan dokumenteres eller tilstrækkeligt sandsynliggøres, at journalerne er mangelfulde. Årsagen er blandt andet, at oplysningerne i journalen er noteret på det tidspunkt, hvor behandlingen fandt sted. Derudover er oplysningerne skrevet af en sundhedsperson på vegne af en offentlig sundhedsmyndighed på et tidspunkt, hvor der endnu ikke verserede en erstatningssag.

Der ydes erstatning, hvis behandlingen har afvejet fra, hvad en erfaren specialist ville have gjort i den givne situation. Det er en betingelse, at patienten er påført en skade ved behandlingen, som med overvejende sandsynlighed ville være undgået ved korrekt behandling. Det følger af lovens § 20, stk. 1, nr. 1.

[Klageren] er med overvejende sandsynlighed blevet påført en skade i form af en C5-palsy som følge af operationen den 13. september 2019.

Operationen blev udført, som en erfaren specialist på det pågældende område ville have gjort under de givne forhold.

Der var lægeligt grundlag for at foretage operation, idet MR-skanning udført den 21. maj 2019 viser diskusprolaps svarende til 5. og 6. nakkehvirvel. [Klageren] havde betydelige nakkesmerter med udstrålende smerter til højre arm, diffus nedsat kraft i armen og nedsat følesans. Der havde ikke været effekt af konservativ terapi. Ved operationen foretog man standard procedure med diskektomi og indsættelse af cage (CeSpace XP cage).

Efter operationen er der tilkommet let nedsat kraft ved skulder abduction, og der findes uændret let nedsat diffus kraft i armen. Der angives ligeledes fortsat nakkesmerter og forværring af smerter i armen.

På trods af at operationen blev udført, som en erfaren specialist ville have gjort under de givne forhold, opstod der en skade i form af en C5-palsy. Dette er en hændelig komplikation til operationen.

Til det i klagen anførte bemærker ankenævnet, at man under en operation på C5/6 ikke er i nærheden af C5 roden, hvorfor det ikke er sandsynligt, at C5 roden er direkte beskadiget under indgrebet. Tilstanden efter operationen dækker derimod over en C5-palsy, som medfører påvirket kraft over skulderen og en grad af smerter/ følepåvirkning i samme område. Den præcise årsag til C5-palsy efter kirurgi på nakken kendes ikke, men det er klassisk, at tilstanden ses efter kirurgi på andre niveauer end C4/5.

Der ydes erstatning, hvis der ved undersøgelsen eller behandlingen sker skade i form af en infektion eller en anden komplikation, der er mere omfattende, end patienten med rimelighed må tåle. Der skal tages hensyn til, hvor alvorlig skaden er set i forhold til patientens sygdom og helbredstilstand, skadens sjældenhed og mulighederne for at tage risikoen for skadens indtræden i betragtning. Det følger af klage- og erstatningslovens § 20, stk. 1, nr. 4.

Skaden er ikke tilstrækkelig sjælden til at den giver ret til erstatning efter loven. Det skyldes, at skaden sker i mere end to procent af de tilfælde, hvor man foretager forreste cervikal kirurgi på 1 niveau.

Skaden er heller ikke tilstrækkelig alvorlig til, at den giver ret til erstatning efter loven.

Operationen medførte, at [klageren] fik en postoperativ højresidig C5-palsy, som har medført let nedsat kraft ved skulderabduktion.

Det er ankenævnets vurdering, at [klageren] kognitive gener med hovedpine med overvejende sandsynlighed ikke kan henføres til behandlingsskaden.

Hertil bemærker ankenævnet, at en forværring af armsmerter ved langvarig smertetilstand er forventeligt, selvom der foretages operativ behandling, særligt set i lyset af symptomernes varighed på operationstidspunktet. Hertil bemærkes det, at smertefrihed ikke kan forventes efter så mange års smertehistorik.

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 en operation ikke har den ønskede effekt, giver ikke i sig selv ret til erstatning efter loven.

Heroverfor skal det tages i betragtning, at [klageren] inden operationen havde betydelige nakkesmerter med udstrålende smerter til højre arm samt diffust nedsat kraft i armen og nedsat følesans. Formålet med operationen var at lindre og bremse videreudvikling af [klagerens] nakke- og armsmerter. Uden operationen ville [klageren] fortsat have gener i nakke og arm med nærliggende risiko for forværring med øgede smerter i armen.

Ankenævnet vurderer, at de gener [klageren] fik som følge af skaden, ikke står i misforhold til de gener hun ville have haft, hvis hun ikke var blevet opereret.

Skaden er dermed ikke mere omfattende, end hvad [klageren] med rimelighed må tåle under de givne omstændigheder og klage- og erstatningslovens betingelser for at yde erstatning er dermed ikke opfyldt, jf. § 20, stk. 1, nr. 1 og 4.

Ankenævnet stadfæster derfor Patienterstatningens afgørelse af 28. oktober 2021."

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 selskabets opfattelse ikke er rimelig grund, skal selskabet begrunde det.

...

7. Hvilke omkostninger er ikke dækket

Følgende omkostninger er ikke omfattet af retshjælpsdækningen:

- a) Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, fx 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 ønsker retshjælpsdækning til en retssag mod Ankenævnet for Patienterstatningen, idet hun fik skade på 5. nakkehvirvel i forbindelse med en operation for diskusprolaps i nakken. Klageren har anført, at Ankenævnet for Patienterstatningen alene har forholdt sig til, om der generelt er risiko for nervepåvirkning ved operationen, ikke om den konkrete komplikation er sjælden. Klageren har efter operationen udviklet en kronisk smertetilstand og hun mistænker, at hun har udviklet CRPS. Det er derfor relevant at spørge Retslægerådet til hyppigheden af det skadesbillede, som det klageren udviser efter operationen, hvor der er sket nervepåvirkning.

Selskabet har afvist retshjælpsdækning under henvisning til, at der ikke er rimelig grund til at føre sagen.

Ankenævnet for Forsikring

9.

99508

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

Nævnet har blandt andet lagt vægt på, at Patienterstatningen og Ankenævnet for Patienterstatningen har vurderet, at klageren ikke er berettiget til erstatning efter § 20, stk. 1, nr. 1 og 4, i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet, og at afgørelserne er udførligt begrundede.

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 mere gunstigt resultat ved domstolene.

Det, som klageren i øvrigt har anført, kan ikke føre til andet resultat.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klageren får ikke medhold.



Peter Thønnings