



Udskrift af dombogen

DOM

afsagt den 10. november 2017 i sag nr. BS 150-1043/2015:

P

(advokat Klaus Therkildsen)

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen

(Kammeradvokaten ved advokat Henrik Nedergaard Thomsen ved
advokatfuldmægtig Felix Holten Fröhlich)

Parternes påstande og sagens baggrund

Sagen er anlagt den 14. oktober 2015.

Sagsøger. P har nedlagt påstand om, at Ankenævnet for Patienterstatningen skal anerkende, at han ved patientskade den 30. august 2011 og frem er påført et varigt mén på 35 %.

Sagsøgte. Ankenævnet for Patienterstatningen (herefter "ankenævnet"), har påstået frifindelse, subsidiært hjemvisning.

Sagen angår, om der er det fornødne grundlag for at tilsidesætte ankenævnets vurdering i afgørelsen af 17. april 2015, hvorefter den åndenødsfornemmelse, som P er påført ved en anerkendt behandlingsskade, svarer til et varigt mén på 3 %.

Sagens økonomiske værdi er 115.704 kr.

Oplysningerne i sagen

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejeloovens § 218 a, stk. 2, idet dog de afgivne forklaringer er gengivet neden for.

P

har retshjælpsforsikring.

Der er under sagens forberedelse rettet spørgsmål til Retslægerådet, der har svaret ved udtalelse af 19. december 2016 (j.nr. 50E/E3-02231-2016).

Der er endvidere indhentet en vejledende udtalelse af 16. juni 2017 fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring. P har betalt gebyr herfor med 6.710 kr.

Forklaringer

P har under hovedforhandlingen den 7. november 2017 forklaret, at diskusprolapsen, som han blev opereret for, opstod i forbindelse med hans arbejde som tømrer, hvor han flyttede nogle møbler. Han gik på efterløn kort efter prolapsen, idet han ikke kunne passe sit arbejde. I fritiden cyklede han og var medlem af svømmeklubben, bordtennisklubben osv. Operationen hjalp på diskusprolapsen, og han blev derfor frarådet af fagforeningen at føre en arbejdsskadesag. Det skete dog alligevel, men sagen blev senere opgivet.

Han brugte endvidere mere end et år på at få et normalt stemmeleje igen, men han har lidt hæshed stadigvæk. Han har stadig en stærkt irriterende slimdannelse, der ikke har kunnet afhjælpes af præparater.

Han kan godt puste ud, men kan ikke trække vejret ind på normal vis i dag; han bor på 2. sal, og hvis han begynder at gå op ad trapperne for hurtigt, går han i stå. Han kan dog godt følges med sin kone op, men hun går heller ikke hurtigt. Han går derfor langsomt op ad trapperne og tager hellere en elevator. Han er også mere påvirkelig i koldt vejr. Han ved godt, hvor langt han kan presse sig. Han er ikke besvimet i disse situationer, men det har været tæt på én gang. Han kan ikke længere svømme, da han ikke kan trække vejret ordentligt i den forbindelse. Også cykling har han opgivet. Han har fået et mere stillesiddende liv. Speciallægen har først for nylig sagt, at den lammede stemmelæbe blokerer for halvdelen af luftindtaget. Det er rent vrøvl, at det skulle være subjektivt eller noget, man bare forestiller sig; der kommer rent faktisk mindre luft ind end normalt. Han kan ikke sige, om det er blevet forværret gennem tiden - det har hele tiden været slemt. Han har aldrig røget, så han vidste sådan set godt, at hans lungefunktion var normal. Ved en operation på nuværende skulle det ene stemmebånd skubbes til side, men det ville kunne gå ud over stemmen. Han overvejer derfor spørgsmålet for tiden.

Parternes synspunkter

P har i sit påstandsdokument anført bl.a. følgende:

"Det gøres gældende, at sagsøgers problemer med åndenød ikke er tilstrækkeligt kompenseret ved et tillæg på 3 % for "subjektiv følelse af åndenød" til et varige mén på 12 % som følge af stemmebåndslammelse.

Sagsøgers åndenød er således en reel åndenød med symptomer svarende til nedsat lungefunktion, blot afsløres symptomerne ikke ved en lungefunktionsundersøgelse.

Sagsøger gør gældende, at sagsøgers varige mén svarer til en mengradsprocent på 35.

Menprocenten er med udgangspunkt i grænsefladen mellem pkt. E.2.2. og E.2.3. i Arbejdsskadestyrelsens méntabel, idet sagsøger har nogen begræns-

ning i funktionskapaciteten også ved ikke kraftig aktivitet. (...)

Ad forelæggelse for Retslægerådet

Retslægerådet har bekræftet, at den anerkendte patientskade bl.a. har medført *subjektiv åndenød* hos sagsøger.

Retslægerådet har også bekræftet, at lungefunktionsundersøgelse ikke er relevant ift. bedømmelse af funktionsnedsættelsen hos sagsøger, jfr. svar på spm. B: "Lungefunktionsundersøgelse ... vil kun i mindre grad kunne bedømme funktionsnedsættelse på grund af stemmebåndsparese."

Retslægerådet konkluderer endeligt også, at "En stemmebåndsparese som hos sagsøger vil derfor hos de fleste patienter medføre nedsat maksimal fysisk arbejdsevne og åndenød ved anstrengelse og dette er i overensstemmelse med symptomer hos patienter efterundersøgt for denne lidelse.", jfr. svar på spm. A.

Dette ses så ikke helt i overensstemmelse med svar på spm. 3, hvor Retslægerådet finder at den subjektive åndenød ikke vurderes at kunne give anledning til objektiv påviselig luftmangle og deraf følgende gener. Dette må dog læses og forstås som netop baggrunden for at man diagnosticerer symptomerne som subjektive men ikke objektiv mål- og eller kvantificerbare.

Følelsen af at mangle luft må dog i denne sammenhæng i det hele sammenlignes med reelt at mangle luft med tilhørende funktionsnedsættelse, ganske som sagsøger angiver.

Ad forelæggelse for Arbejdsmarkedets Erhvervssikring (AES)

Denne bevisførelse har ubestridt ikke ført til noget brugbart resultat for sagsøger i og med forelæggelsen skule udmønte sig i et tillæg til mengradsprocenten.

Vurderingen er dog oplagt fejlbehæftet, når AES konkluderer at "når lungefunktionen ikke er påvirket, er der ikke belæg for varigt mén efter tabellens angivelser".

Lungefunktionen er jo netop påvirket, jfr. Retslægerådet vurdering, om end det ikke kan påvises på objektivt grundlag, men alene evidensbaseret, jfr. svar på spm. A in fine. (...)"

Ankenævnet har i sit påstandsdokument anført bl.a. følgende:

"(...) Den subsidiære hjemvisningspåstand er nedlagt for det tilfælde, at retten måtte finde, at bevisførelsen i sagen har rejst tvivl om rigtigheden af ankenævnets vurdering af mermén som følge af åndenødsformemmelse.

Navnlig henset til uklarheden i P's påstand, bør sagen i så fald hjemvises til fornyet behandling på baggrund af de vurderinger, der er frem-

kommet under retssagen, således at ankenævnet indrømmes mulighed for at justere sit skøn, fremfor at dette skøn på baggrund af de yderligere vurderinger foretages af retten som førsteinstans.

Anbringender til støtte for frifindelsespåstanden

Tilsidesættelse af ankenævnets afgørelse kræver et sikkert grundlag.

Det gøres overordnet gældende, at P ikke har dokumenteret et grundlag for at tilsidesætte Ankenævnet for Patienterstatningens vurdering i afgørelsen af 17. april 2015 (Bilag 4), hvorefter den åndenødsfornemmelse, som han er påført ved en anerkendt behandlingsskade, svarer til et varigt mén på 3 %.

Ankenævnet for Patienterstatningen har fastsat P_s méngrad i overensstemmelse med klage- og erstatningslovens § 24 og erstatningsansvarslovens § 4 og ud fra Arbejdsskadestyrelsens méntabel, hvilket er det klare udgangspunkt for udmåling af méngrad. Der er ikke grundlag for at fravige dette udgangspunkt i denne sag.

P har bevisbyrden for, at han er blevet påført et større mén end det af Ankenævnet for Patienterstatningen fastsatte. P har ikke løftet denne bevisbyrde.

Ved bevisbedømmelsen må der tages højde for Ankenævnet for Patienterstatningens sammensætning og erfaring med at behandle sager som denne. På grund af sin sammensætning, der bl.a. omfatter medlemmer med lægevidenskabelig baggrund, brugen af speciallægekonsulenter ved afgørelserne og gennem behandling af et stort antal sager har ankenævnet en særlig erfaring i at bedømme sager efter klage- og erstatningsloven.

Derfor kan ankenævnets afgørelse efter fast højesteretspraksis kun tilsidesættes, hvis der et sikkert grundlag herfor, jf. *Diagnoseforsinkelse-sagen* (U.2017.569H [582]).

Ankenævnet har med rette vurderet, at P s åndenød er en subjektiv fornemmelse.

Ved sin vurdering af méngraden for åndenødsfornemmelsen har ankenævnet bl.a. lagt vægt på oplysningerne i en lungefunktionstest af 17. september 2014 (bilag C). Denne test viste ikke nogen funktionsindskrænkning af P_s lunger.

Ankenævnet har derfor lagt til grund, at P_s gener skyldes en subjektiv åndenødsfornemmelse – og ikke en funktionsindskrænkning i lungerne, jf. ankenævnets afgørelse af 17. april 2015, (Bilag 4, s. 2), samt Patienterstatningens afgørelse af 14. november 2014 (Bilag 3, s. 3f.).

Bevisførelsen i denne sag støtter ankenævnets vurdering i den henseende:

Af Retslægerådets udtalelse af 19. december 2016 fremgår, at stemmebåndslammelse i almindelighed ofte vil medføre objektivi nedsat maksimal fysisk

arbejdsevne og åndenød ved anstrengelse (Spørgsmål A).

Retslægerådet udtalte, at en lungefunktionstest som den, der gennemført d. 17. september 2014 (Bilag C), kun i mindre grad vil kunne bedømme, om en funktionsnedsættelse skyldes en stemmebåndslammelse eller andre forhold (spørgsmål B). Dette skal ikke forstås sådan, at en lungetest ikke kan belyse, om der foreligger en objektiv konstaterbar funktionsindskrænkning af lungerne, men skal forstås således, at en eventuel funktionsindskrænkning, som vil blive påvist ved en sådan test, ikke vil kunne henføres til hhv. en stemmebåndslammelse eller andre forhold. Dette følger allerede af, at Retslægerådet har foretaget en konkret vurdering af, om P har en funktionsindskrænkning i lungerne:

I P's tilfælde vurderede Retslægerådet nemlig konkret, at hans lunger ikke fejler noget (spørgsmål 2), samt at hans stemmebåndslammelse har medført gener i form af en "subjektiv fornemmelse af åndenød", men ikke i form af "objektiv påviselig luftmangel og deraf følgende" (spørgsmål 3).

Arbejdsmarkedets Erhvervssikring har i sin vejledende udtalelse af 16. juni 2017 (ulitreret, fremsendt ved e-mail af 28. juni 2017) ved sin vurdering af merménét udtrykkeligt lagt Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 2, 3 og A til grund.

Både Retslægerådets og Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings vurderinger viser således, at ankenævnet med rette har lagt til grund, at P's gener skyldes en subjektiv åndenødsfornemmelse – og ikke en objektiv funktionsindskrænkning i lungerne.

Heller ikke af journaludskrift af 17. juli 2017 fra øre-næse-hals læge A. (Bilag 11) fremgår, at P som følge af stemmebåndslammelsen skulle have en objektiv funktionsindskrænkning i lungerne med deraf følgende åndenød.

Der er ikke dokumenteret et grundlag for at tilsidesætte ankenævnets fastsættelse af merménét til 3 %.

P lider af subjektiv åndenødsfornemmelse – og ikke af objektiv påviselig luftmangel. Hans gener svarer derfor ikke til Arbejdsskadestyrelsens méntabels pkt. E.2.2 ("Let begrænsning af den fysiske aktivitet") eller E.2.3 ("Betydelig begrænsning af den fysiske aktivitet"), men til méntabellens pkt. E.2.1 ("Ingen begrænsning af den fysiske aktivitet").

Pkt. E.2.1 foreskriver en méngrad på under 5 %. Ankenævnet har korrekt skønnet ménét som følge af åndenødsfornemmelsen til 3 %.

Hvor en myndighed på baggrund af lægefaglig bistand har foretaget et skøn i henhold til méntabellen, forudsætter en tilsidesættelse af skønnet klare holdpunkter i lægefaglige vurderinger, navnlig i en udtalelse fra Retslægerådet, jf. *Nakkegener-sagen* (U.2011.1985H [2001]).

Patientens subjektive oplevelse af generne kan derimod ikke danne grundlag

for en tilsidesættelse af myndighedens lægefagligt funderede skøn, jf. *Mavesmerter-sagen* (U.2005.701/2H [709f.]).

Holdepunkter for tilsidesættelse af ankenævnets skøn fremgår hverken af Retslægerådets udtalelse, af Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings udtalelse eller af journaludskrift af 17. juli 2017 fra øre-næse-hals læge A1 (Bilag 11).

Af Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings vejledende udtalelse af 16. juni 2017 fremgår tværtimod, "at når lungefunktionen ikke er påvirket, er der ikke belæg for varigt mén efter tabellens angivelser", jf. s. 3.

P har ikke dokumenteret holdepunkter for en tilsidesættelse af ankenævnets fastsættelse af merménet som følge af åndenødsførmelse til 3 %.

Der foreligger således ikke det fornødne sikre grundlag, der skal til, hvis en afgørelse fra Ankenævnet for Patienterstatningen skal tilsidesættes, og ankenævnet skal derfor frifindes. (...)"

Parterne har under hovedforhandlingen uddybet disse synspunkter. Ankenævnet har herunder på rettens forespørgsel præciseret, at nævnets afgørelse anses for truffet i overensstemmelse med méntabellens pkt. E.2.1.

Rettens begrundelse og afgørelse

Ankenævnet har i sin afgørelse af 16. april 2015 henvist til Patienterstatningens begrundelse i afgørelse af 14. november 2014. Det fremgår af denne begrundelse for et mermén på 3 % for åndenødsproblemer bl.a., at der ved lungefunktionsundersøgelse den 17. september 2014 blev fundet normale forhold, og at en sådan undersøgelse også vil vise, hvis der er vejrtrækningsproblemer gennem halsen. Patienterstatningen kvalificerede i øvrigt ménet som en "subjektiv følelse af åndenød, der ikke kan verificeres af lungefunktionsundersøgelsen".

Ankenævnet har hertil endvidere bemærket, at lungefunktionsundersøgelsen ligeledes vil registrere, hvis der er nedsat vejrtrækningskapacitet forårsaget af forhold uden for lungerne, herunder bl.a. betydelig obstruktion af øvre luftveje, hvorefter man vurderede, at P med overvejende sandsynlighed ikke var påført en væsentlig funktionsindskrænkning som følge af åndenøden.

Ankenævnet har under hovedforhandlingen præciseret, at nævnets afgørelse anses for truffet i overensstemmelse med méntabellens pkt. E.2.1. (om begrænsning i funktionskapacitet ved lunge- og hjertekarsygdomme - Ingen begrænsning af den fysiske aktivitet).

Retslægerådet har i svar 3 anført, at stemmebåndsparese kan afstedkomme

subjektiv fornemmelse af åndenød, men den vurderes ikke at kunne give anledning til objektiv påviselig luftmangel og deraf følgende gener. Retten forstår svaret således, at luftmanglen næppe kan konstateres ved en lungefunktionsundersøgelse, hvilket synes at stemme med Retslægerådets svar B, hvorefter en sådan undersøgelse (som den, P gennemgik den 17. september 2014) kun i mindre grad vil kunne bedømme funktionsnedsættelse på grund af stemmebåndsparese.

På denne baggrund - og under henvisning til de symptomer og betydelige problemer med bl.a. lufthunger, der er beskrevet af P, i speciallægeerklæring af 22. juli 2015 og i journalnotat af 17. juli 2017 fra speciallæge - har P tilvejebragt et sikkert grundlag for at antage, at ankenævnet ved det udøvede skøn ikke har lagt tilstrækkelig vægt på og nærmere vurderet omfanget af de begrænsninger af P's fysiske aktivitet, der kan henføres til åndenød som følge af stemmebåndsparesen. Ankenævnet har således som grundlag for vurderingen alene henvist til resultatet af lungefunktionsundersøgelsen og herunder vurderet, at den også vil vise, hvis der er vejtrækningsproblemer gennem halsen, hvoroverfor Retslægerådets vurdering er, at undersøgelsen kun i mindre grad er egnet til bedømmelse af funktionsnedsættelsen, dvs. begrænsningerne af P's fysiske aktivitet.

Da det derfor ikke kan udelukkes, at en dækkende vurdering af begrænsningerne af den fysiske aktivitet ville kunne medføre et mermén højere end 3 %, og da retten ikke har lægefagligt grundlag for at fastsætte et bestemt mermén, tages ankenævnets subsidiære påstand til følge.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande fastsættes sagsomkostninger som anført nedenfor. Af beløbet, der skal betales til P, er 37.500 kr. inkl. moms til dækning af advokatbistand og 6.710 kr. til dækning af udlæg af gebyr til Arbejdsmarkedets Erhvervssikring. Beløbet til advokatbistand er inkl. moms, idet det er oplyst, at P ikke er momsregistreret. Retten har ved fastsættelsen af beløbet lagt vægt på sagens økonomiske værdi, dens forløb og dens omfang, herunder henvendelse til Retslægerådet.

Beløbet, der skal betales til statskassen, er til dækning af de retsafgifter, der skulle have været betalt, hvis sagen ikke havde været afgiftsfri i medfør af retsafgiftslovens § 13, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 2, jf. herved § 1, stk. 4, 2. pkt., og § 2, stk. 3, 2. pkt.

Thi kendes for ret:

Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse af 17. april 2015 ophæves, og sagen hjemvises til ankenævnet til fornyet behandling.

Ankenævnet for Patienterstatningen skal til P betale sagsom-

kostninger med 44.210 kr.

Ankenævnet for Patienterstatningen skal til statskassen betale sagsomkostninger med 4.000 kr.

Sagsomkostningsbeløbene forrentes efter rentelovens § 8 a.

Beløbene skal betales inden 14 dage.

Henrik Gjørup

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Horsens, den 10. november 2017.

Ditte Nørgaard, Retsassistent