

MODTAGET,

06 JUNI 2002

Kammeradvokaten
v/adv. Anders Martin Jensen
Vimmelskaftet 47
1161 København K

J. nr. 44-0705 AJE

Administrativ rekurs ikke
udnyttet vedr. erhvervsrettab
→ sagen afvist.
(officielt)

UDSKRIFT

af

DOMBOGEN FOR VESTRE LANDSRET

D O M

afsagt den 4. juni 2002 af Vestre Landsrets 3. afdeling
(landsdommerne C. Haubek, Ole Græsbøll Olesen og Laila Øster-
gaard (kst.))
i 1. instanssag B-0627-01

O [REDACTED]
(advokat Birgitte Pedersen, Frederikshavn)
mod
Patientskadeankenævnet
(Kammeradvokaten ved advokat Anders Martin Jensen.)

Denne sag er anlagt den 14. marts 2001.

Sagsøgeren, O [REDACTED], har under domsforhandlingen nedlagt føl-
gende endelige påstand:

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, tilpligtes at anerkende, at
sagsøgeren efter lov om patientforsikring § 2, stk. 1, nr. 1,
er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne i forbin-
delse med behandling på A [REDACTED] november - december
1998.

Sagsøgte har nedlagt følgende påstande:

Principalt: Afvisning.
Subsidiært: Frifindelse.
Mere subsidiært: Hjemvisning.
Mest subsidiært: Frifindelse.

Sagsøgeren har overfor afvisningspåstanden nedlagt påstand om,
at sagen realitetsbehandles.

Sagsøgeren blev den 29. november 1998 opereret på A [REDACTED]
[REDACTED]. Ved operationen blev blæren fjernet. I forbindelse med
operationen indtrådte der indre blødninger i bughulen. Disse
blødninger blev stoppet ved en operation den 1. december 1998.

Patientforsikringsforeningen traf den 25. oktober 1999 afgørelse vedrørende sagsøgerens krav på erstatning efter patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 1. Det hedder i afgørelsen bl.a.:

"Sagsfremstilling

Patientforsikringen har på baggrund af oplysningerne i Deres anmeldelse, anmeldelsen fra Å [redacted] samt de indhentede lægelige akter lagt følgende hændelsesforløb til grund for sin afgørelse:

På grund af vandladningsgener gik De regelmæssigt til kontrolundersøgelser af blæren. Undersøgelser den 8. december 1997 tydede på, at der var kræft i urinlederen...

...Da der var risiko for at det kunne udvikle sig til invasiv blærekræft, der spredte sig til det omkringliggende væv, besluttede man i samråd med Dem at fjerne blæren.

Ved operation den 29. november 1998 på Å [redacted] fjernede man blæren...Operationen var umiddelbart uden komplikationer.

Deres tilstand efter operationen var dårlig. De manglede blodvolumen, blodprocenten faldt, lige som blodtrykket og der kom blod i drænene. Man indgav ialt 20 portioner blod. Den 1. december 1998 opererede man for at fjerne 5-6 liter blod fra maven. Stomien fungerede godt, og man fandt ikke nogen blødningskilde, men konkluderede at problemet skyldtes siveblødninger kombineret med tilstoppede dræn. Efter operationen kom De i respirator.

Deres almene tilstand var fortsat meget dårlig med vejrtrækningsbesvær og infektion. Nyrefunktionen blev dårligere og De kom i dialyse.

Den 7. januar 1999 er det noteret, at der var rimelig fremgang. De var ved bevidsthed og kunne orienteres om de problemer der havde været.

Den 22. april 1999 blev De flyttet til B [redacted] til genoptræning...De kunne udskrives til hjemmet den 25. juni 1999...

Begrundelse

Ifølge patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 1,

kan der ydes erstatning, hvis det må antages, at en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling eller lignende, og at skaden derved med overvejende sandsynlighed ville være undgået. Det er derimod ikke en betingelse, at der er begået fejl af lægen eller andre i forbindelse med undersøgelsen eller behandlingen.

Denne regel betyder, at De er berettiget til erstatning, hvis undersøgelse eller behandling har afvejet fra, hvad der efter lægevidenskab og erfaring ville have været den bedst mulige i den givne situation.

At der kan opstå blødninger efter operationen er en håndelig komplikation. Patientforsikringen har imidlertid vurderet, at der gik for lang tid før man opererede Dem for indre blødninger. Dette er vurderet i forhold til, at De havde flere typiske tegn på pågående blødning.

Patientforsikringen har endvidere lagt til grund, at den forlængede periode med lavt blodtryk forårsagede organsvigt og dermed en væsentlig forlænget sygeperiode og dårlig almentilstand.

Sagens videre forløb

Patientforsikringen kan ikke på det foreliggende grundlag tage stilling til fastsættelsen af en eventuel erstatning. Vi vil derfor i midten af november 1999 indhente akterne i Deres pensionssag fra Aabybro Kommune."

Patientforsikringsforeningen traf herefter den 22. december 1999 afgørelse vedrørende erstatningens størrelse. Det hedder i afgørelsen bl.a.:

"Erstatningsberegning

Stationærtidspunkt

På grundlag af de lægelige oplysninger i sagen, har Patientforsikringen vurderet, at Deres tilstand var stationær den 25. juni 1999.

Tabt arbejdsfortjeneste

Det er oplyst i sagen, at De fra 1997 har modtaget overgangsydelse. De har således ikke haft arbejde umiddelbart før behandlingsskaden. Det betyder, at De ikke har mistet nogen arbejdsindtægt på grund af

skaden, og derfor ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Godtgørelse for svie og smerte

Patientforsikringen har vurderet, at De har været sengeliggende syg i 209 dage i sygeperioden fra den 29. november 1998 til stationærdatoen den 25. juni 1999.

Der ydes kun godtgørelse for svie og smerte for den del af sygeperioden, der skyldes behandlingsskaden.

Patientforsikringens lægelige konsulenter har vurderet, at Deres sygdomsforløb, såfremt behandlingen var forløbet normalt, ville have medført 22 senge-
liggende sygedage og 121 ikke-sengeliggende sygedage.

.....

De er herefter berettiget til kr. 21.450,00 samt renter heraf fra skadedatoen den 29. november 1998.

Godtgørelse for varigt mén

Patientforsikringen har fastsat Deres varige mén som følge af behandlingsskaden til en méngrad på 50%.

Der er ved fastsættelsen af méngraden lagt vægt på, at De har følger efter behandlingsskaden i form af dropfod på begge fødder, muskelsvind i højre ben samt føleforstyrrelser i fingerspidserne og omkring munden. De kan gå korte strækninger med rollator eller stokke, men er i det daglige kørestolsbruger. Der er oplyst, at De måske ved genoptræning kan klare lidt flere personlige fornødenheder, men at tilstanden i det væsentligste er stationær.

Der ydes en godtgørelse for varigt mén på kr. 3.120,00 pr. méngrad.

Deres mén godtgørelse udgør herefter kr. 156.000,00 samt renter heraf fra skadedatoen den 29. november 1998.

Erhvervsevnetab

Patientforsikringen har vurderet, at Deres erhvervsevne ikke er nedsat som følge af Deres behandlingsskade.

Der er i den forbindelse lagt vægt på, at De efter det oplyste blev tilkendt overgangsydelse i april 1997. De har ikke i den følgende periode haft lønnet

beskæftigelse, og det må derfor konkluderes, at De allerede før behandlingsskaden havde forladt arbejdsmarkedet.

Det betyder, at Deres forventede fremtidige erhvervsindtægt ikke er blevet mindre på grund af behandlingsskaden. De er derfor ikke berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne."

Sagsøgerens daværende advokat påklagede for sagsøgeren ved en skrivelse af 24. januar 2000 afgørelsen af 22. december 1999 til Patientskadeankenævnet. I advokatens skrivelse hedder det bl.a.:

"Min klient er af den opfattelse, at hans méngrad er væsentlig større end de 50 Patientforsikringen har fastsat den til, og sagen indbringes for Dem, idet min klient er af den opfattelse, at méngraden bør sættes væsentlig højere. Min klient går fortsat til undersøgelse vedrørende problemer med nyrerne og lungerne.

Min klient påklager samtidig den afgørelse der er truffet vedrørende svie- og smertebetalingen, idet han forud for operationen fik oplyst, at der var udsigt til at han 14 dage senere ville være i stand til at færdes "på gaden". Det gøres således gældende, at det fradrag, der er foretaget i svie- og smerteerstatningen er for stort, idet normaltiden for en tilsvarende operation efter min klients opfattelse er fastsat for højt."

Advokatens skrivelse af 24. januar 2000 indeholdt intet om Patientforsikringsforeningens afgørelse vedrørende erhvervsevnetab.

I Patientskadeankenævnets afgørelse af 13. september 2000 hedder det bl.a.:

"AFGØRELSE:

Patientforsikringens afgørelse af 22. december 1999 ændres, således at O. [redacted] méngrad fastsættes til 65%, således at der skal udbetales yderligere kr. 46.800 tillige med renter fra den 29. november 1998.

.....

Begrundelse for afgørelsen:

.....

Nævnet kan således tiltræde, at Ole Kjar er berettiget til kr. 21.450,- i godtgørelse for svie og smer-

te, med renter heraf fra skadedatoen den 29. november 1998.

.....

Patientskadeankenævnet finder, at O [redacted] méngrad som følge af behandlingsskaden skal fastsættes til 65%.

Patientskadeankenævnet har lagt vægt på, at O [redacted] som følge af den anerkendte behandlingsskade, har dropfod på begge fødder, muskelsvind i højre ben, føleforstyrrelser i fingerspidserne og omkring munden, har nedsat nyrefunktion til 50%, samt endelig har problemer med lungerne. Han kan gå korte strækninger med rolator eller stokke, men er i øvrigt afhængig af kørestol."

Patientskadeankenævnets afgørelse af 13. september 2000 indeholder intet om erhvervsevnetab.

Ved skrivelse af 6. april 2001 anmodede sagsøgerens advokat Patientforsikringsforeningen om at genoptage sagen for så vidt angår spørgsmålet om erstatning for erhvervsevnetab. Den 20. april 2001 besluttede Patientforsikringsforeningen, at der ikke var grundlag for at genoptage sagen. Begrundelse for afgørelsen var således:

"Der er mulighed for at genoptage en sag, hvis der fremkommer nye væsentlige oplysninger der, såfremt de havde været tilstede da den oprindelige afgørelse blev truffet, havde ført til at afgørelsen havde fået et andet resultat.

De har i brev af 6. april 2001 redegjort for, at O [redacted] gik på overgangsydelse i oktober 1995 (og ikke først i 1997 som tidligere antaget af Patientforsikringen). De har endvidere oplyst, at O [redacted] i 1995 tog et edb-kursus med daglig undervisning for at kunne få arbejde. Det er endvidere dokumenteret at O [redacted] i november 1995 og maj 1996 søgte arbejde.

Patientforsikringen har vurderet, at det fortsat ikke er dokumenteret, at O [redacted] på tidspunktet for behandlingsskaden havde aktuelle og gennemførlige planer om at begynde at arbejde igen.

Patientforsikringen har lagt vægt på, at O [redacted] ifølge oplysningerne fra pensionssagen ophørte med at arbejde i 1993. I oktober 1995 fik O [redacted] så overgangsydelse. På dette tidspunkt er det dokumenteret, at Ole Kjar gjorde forsøg på at vende tilbage

til arbejdsmarkedet. Imidlertid var O [redacted] fortsat ikke i arbejde i november 1998 da behandlingsskaden indtrådte. Det vil sige at O [redacted] i cirka 5 år forud for skaden ikke havde arbejdet, og at han cirka 3 år før skaden var overgået til anden forsørgelse.

På den baggrund kan det ikke anses for dokumenteret, at O [redacted] havde konkrete planer om at begynde at arbejde igen, hvis behandlingsskaden ikke var indtrådt i november 1998. Det skal endvidere bemærkes, at O [redacted] også bortset fra behandlingsskaden har fået mén af behandlingen i form af brickerblære og anlæggelse af stomi (méngrad på 30%). Dette må også antages at begrænse O [redacted] muligheder for at vende tilbage til arbejdsmarkedet."

Ved skrivelse af 31. juli 2001 anmodede sagsøgerens advokat på ny Patientforsikringsforeningen om at genoptage sagen for så vidt angår spørgsmålet om erstatning for tab af erhvervsevne. I Patientforsikringsforeningens afgørelse af 7. august 2001 hedder det bl.a.:

"Afgørelse

Patientforsikringen har fundet, at der ikke er grundlag for at genoptage sagen.

Begrundelse

Der er mulighed for at genoptage en sag, hvis der fremkommer nye væsentlige oplysninger, der såfremt de havde været tilstede da den oprindelige afgørelse blev truffet, havde ført til at afgørelsen havde fået et andet resultat.

Det fremgår af sagens oplysninger, at O [redacted] op-hørte med at arbejde i 1993. I oktober 1995 overgik han til overgangsydelse. O [redacted] tog et edb-kursus i 1995 og søgte arbejde i november 1995 og maj 1996. Det er nu endvidere oplyst, at O [redacted] i december 1997 blev tilbudt en stilling som sælger. Det pågældende firma lukkede imidlertid før O [redacted] kunne tiltræde."

Den 17. august 2001 påklagede sagsøgerens advokat Patientforsikringsforeningens afgørelse af 7. august 2001 til sagsøgte, der den 25. september 2001 traf følgende afgørelse:

"... I klageskrivelsen har De endvidere meddelt, at

De ophæver anke af 29. juni 2001 over en afgørelse truffet af Patientforsikringen den 20. april 2001, og endelig har De anmodet om, at der kan bortses fra overskridelse af klagefrist vedrørende Patientforsikringens afgørelse af 22. december 1999.

Der er truffet følgende

AFGØRELSE:

Patientforsikringens afgørelse af 7. august 2001 tiltrædes.

.....

Begrundelse:

Ifølge almindelige forvaltningsretlige principper kan Patientforsikringen tage en afgjort sag op til fornyet vurdering og afgørelse, hvis der fremkommer nye faktiske oplysninger, af væsentlig betydning for afgørelsen.

Ved sin afgørelse har Patientforsikringen lagt vægt på, at O [redacted] i ca. 5 år forud for skaden ikke havde arbejdet, ca. 3 år før skaden var overgået til anden forsørgelse, samt ca. 1 år før skaden ikke søgte arbejde på grund af sin kræftsygdom. Endvidere har Patientforsikringen lagt vægt på, at kræftoperationens følger, når bortses fra skaden, i sig selv medførte et betydeligt mén. Det kan tiltrædes, at den nu fremkomne erklæring fra I [redacted] ikke kan medføre nogen ændring i vurderingen af O [redacted] mulighed for at vende tilbage til arbejdsmarkedet i november 1998. Det er således ikke en oplysning af væsentlig betydning.

Patientforsikringens afgørelse af 22. december 1999 har været påklaget til og behandlet af Patientskadeankenævnet, jf. afgørelse herfra af 13. september 2000. Denne sag er indbragt for Vestre Landsret. Det ses derfor ikke at have nogen relevans, at De nu på ny anmoder om behandling af Patientforsikringens afgørelse af 22. december 1999. Den er behandlet."

Sagsøgeren har forklaret, at han var selvstændig indtil 1993. Han fik derefter understøttelse og gik samtidig til en række undersøgelser vedrørende blæren. Han var oppe ca. 20 gange om natten for af tisse og besluttede i 1995 at gå på overgangsydelse, indtil problemerne med blæren var afklarede. Det var hans hensigt at vende tilbage til arbejdsmarkedet. Han gennemførte på et tidspunkt et et-årigt edb-kursus og søgte efter-

følgende arbejde bl.a. hos I [REDACTED]. Han aftalte mundtligt med I [REDACTED], at han skulle starte den 1. december 1997 som sælger af videobånd. De havde aftalt lønnen til ca. 20.000 kr. om måneden de første 3 måneder, hvorefter han skulle overgå til at være delvis provisionslønnert. I [REDACTED] lukkede imidlertid virksomheden, inden han skulle starte. Da genoptræningen efter operationen var overstået, havde han kontakt med en jobkonsulent, og han fik også tilbudt et skånejob, som imidlertid ikke blev til noget. Efter råd fra sin læge søgte han senere førtidspension og modtager i dag højeste førtidspension. Det var hans hustru, der anmeldte skaden til Patientforsikringsforeningen. Han fandt, at den erstatning, som han er blevet tilkendt, er alt for lille, da den kun svarer til $\frac{1}{2}$ årsløn. Han opsøgte derfor advokat Poul E. Kjeldgaard, og de talte om at anke méngraden til Patientskadeankenævnet. De talte ikke om erhvervsevnetabet, som han ikke ved, hvad er. Han så formentlig ikke klageskrivelsen til sagsøgte.

J [REDACTED] har forklaret, at hun er gift med sagsøgeren. Hun fik bistand af en socialrådgiver på A [REDACTED] til at anmelde patientskaden. Hun husker ikke, at der i den forbindelse blev talt om erhvervsevnetab. Da afgørelsen fra Patientforsikringsforeningen kom, talte hun og sagsøgeren om, at erstatningen var for lille. Hun mener, at sagsøgeren startede på edb-kurset, før han gik på overgangsydelse, og kan bekræfte, at det var hans hensigt at vende tilbage til arbejdsmarkedet. Hun har hørt I [REDACTED] bekræfte, at han havde ansat sagsøgeren.

Sagsøgte har til støtte for sin principale påstand om afvisning gjort gældende, at sagsøgeren er afskåret fra at få påkendt spørgsmålet om erstatning for tab af erhvervsevne ved domstolene, da han ikke har påklaget afgørelsen af 22. december 1999 fra Patientforsikringsforeningen for så vidt angår Patientforsikringsforeningens afgørelse vedrørende erstatning for tab af erhvervsevne til Patientskadeankenævnet, og da det følger af lov om patientforsikring § 16, stk. 1, at alene sagsøgtes afgørelse, men ikke Patientforsikringsforeningens afgørelse kan indbringes for domstolene. Sagsøgte har bestridt, at man under klagesagen ex officio havde pligt til at tage stilling til alle spørgsmål om erstatning.

Sagsøgeren har heroverfor gjort gældende, at han ikke efter lov om patientforsikring er afskåret fra at få påkendt spørgsmålet om erstatning tab af erhvervsevne ved domstolene. Sagsøgeren har nærmere i første række anført anført, at Patientforsikringsforeningens afgørelse af 22. december 1999 blev påklaget rettidigt til sagsøgte, at der ikke er en pligt for en klager til under rekursen at påklage ethvert spørgsmål, og at han således har overholdt kravet om, at afgørelsen truffet af Patientforsikringsforeningen først skal påklages til sagsøgte. Sagsøgeren har i anden række anført, at det i overensstemmelse med det officialprincip, der gælder for forvaltningen, påhviler sagsøgte under en klagesag ex officio at tage stilling til alle spørgsmål om erstatning, også selvom klageren ikke udtrykkeligt har påklaget det pågældende spørgsmål, og at sagsøgte undladelse af at overholde denne forpligtelse under behandlingen af sagsøgerens klage indebærer, at han under disse konkrete omstændigheder er berettiget til at få domstolenes stillingtagen til spørgsmålet om erstatning for tab af erhvervsevne.

Sagsøgeren har til støtte for sin realitetspåstand gjort gældende, at han, hvis skaden ikke var sket, ville være vendt tilbage til erhvervslivet og have udnyttet den erhvervsevne, der var intakt indtil behandlingsskaden, og at han derfor har krav på erstatning for tab af erhvervsevne. Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at sagsøgte er rette sagsøgte.

Sagsøgte har til støtte for sin subsidiære påstand om frifindelse gjort gældende, at sagsøgte ikke har truffet nogen afgørelse om det spørgsmål, som er indeholdt i sagsøgerens påstand, at sagsøgte derfor ikke er den forvaltningsmyndighed, der skal sagsøges, og at sagsøgte derfor skal frifindes som ikke rette sagsøgte.

Sagsøgte har til støtte for sin mere subsidiære påstand gjort gældende, at afgørelsen af, om sagsøgeren efter lov om patientforsikring § 2, stk. 1, nr. 1, yderligere er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne under de aktuelle omstændigheder, hvor sagsøgte ikke har taget stilling til dette spørgsmål, ikke skal afgøres af landsretten, men derimod af

sagsøgte.

Sagsøgte har til støtte for sin mest subsidiære påstand gjort gældende, at sagsøgeren ikke har krav på erstatning for tab af erhvervsevne.

Sagsøgeren har ikke under sagens behandling ved landsretten redegjort for, om størrelsen af erstatningen for tab af erhvervsevne - hvis landsretten tager sagsøgerens påstand til følge - skal fastsættes af landsretten under et nyt søgsmål i 1. instans, skal fastsættes af Patientforsikringsforeningen eller skal fastsættes af sagsøgte.

Landsrettens begrundelse og resultat:

Patientforsikringsforeningen tog ved afgørelsen af 22. december 1999 stilling til 4 poster vedrørende erstatning eller godtgørelse som følge af patientskaden. Blandt disse var spørgsmålet om erstatning for tab af erhvervsevne, som blev nægtet med den begrundelse, at sagsøgeren allerede før behandlingsskaden havde forladt arbejdsmarkedet.

Sagsøgerens daværende advokat påklagede ved skrivelse af 24. januar 2000 størrelsen af posterne vedrørende méngraden og vedrørende svie og smerte til sagsøgte, der ved afgørelsen af 13. september 2000 alene tog stilling til disse to poster.

Det forhold, at sagsøgte efter sagens anlæg i afgørelsen af 25. september 2001 vedrørende Patientforsikringsforeningens afslag på genoptagelse af spørgsmålet om erstatning for tab af erhvervsevne har bemærket, at Patientforsikringsforeningens afgørelse af 22. december 1999 er behandlet, kan under de ovenfor anførte omstændigheder ikke føre til, at spørgsmålet om erstatning for tab af erhvervsevne må anses for behandlet af sagsøgte.

Efter Patientforsikringsforeningens klare afgørelse vedrørende spørgsmålet om erstatning for tab af erhvervsevne og efter indholdet af klageskrivelsen af 24. januar 2000, der ikke indeholdt oplysninger af betydning herfor, har sagsøgte ikke ex officio haft pligt til at behandle dette spørgsmål.

Sagsøgeren har under sagen nedlagt påstand om sagsøgtes anerkendelse af, at han efter § 2, stk. 1, nr. 1, i lov om patientforsikring er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne. Efter det anførte har sagsøgeren ikke udnyttet den administrative rekurs vedrørende dette spørgsmål, hvilket er en betingelse for sagens indbringelse for landsretten, jf. lov om patientforsikring § 16, stk. 1. Landsretten tager derfor sagsøgtes principale påstand om afvisning til følge.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Denne sag afvises.

✓ Sagsøgeren, O [redacted], skal til sagsøgte, Patientskadeankenævnet, betale sagens omkostninger med 25.000 kr.

Det idømte skal betales inden 14 dage.

C. Haubek

Ole Græsbøll Olesen

Laila Østergaard
(kst.)

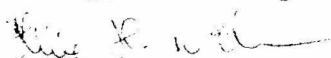
cfr.

Uden betaling.

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Vestre Landsret,

Viborg, den 4. juni 2002



Helle H. Nielsen

retssekretær