



ØSTRE LANDSRET DOM

afsagt den 14. december 2021

Sag BS-39505/2020

(5. afdeling)

A

(advokat Majken Maegaard Albrechtsen)

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen

(advokat Sigrid Majlund Kjærulff)

Retten i Næstved har den 30. september 2020 afsagt dom i 1. instans (sag BS-25332/2019).

Landsdommerne Birgitte Grønborg Juul, Alex Puggaard og Uffe B. Rasmussen (kst.) har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, A, har nedlagt påstand om, at indstævnte, Ankenævnet for Patienterstatningen, tilpligtes at anerkende, at appellanten, A, er blevet påført et erhvervsevnetab som følge af den anerkendte behandlingsskade i perioden fra 23. januar 2012 og frem hos læge X og fra den 14. februar 2012 på Ortopædkirurgisk Klinik v/ Y. Ankenævnet for Patienterstatningen skal tillige anerkende, at der var grundlag for at fastsætte et erhvervsevnetab for A den 15. juli 2014. Subsidiært skal Ankenævnet for Patienterstatningen anerkende, at der var grundlag for at fastsætte et erhvervsevnetab på tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse den 28. maj 2018.

Indstævnte, Ankenævnet for Patienterstatningen, har nedlagt påstand om stadfæstelse, dog således at A i sagsomkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen skal betale 107.500 kr. inkl. moms, subsidiært et af landsretten fastsat mindre beløb, dog ikke under 93.125 kr. inkl. moms, med rente efter rentelovens § 8 a.

Supplerende sagsfremstilling

Patientforsikringen anerkendte ved afgørelser af 2. juli 2013 og 29. august 2013, at A's skade i form af følger efter forsinket diagnosticering af quadricepsruptur (lårmuskelskade) var dækningsberettiget i henhold til lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 20, stk. 1, nr. 1.

A var i virksomhedspraktik fra den 14. januar til den 31. marts 2014 med henblik på afklaring og udvikling af erhvervsevne. Rapporten af 2. april 2014 fra virksomhedspraktikken konkluderede:

”Det er vurderingen, at A har så varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen, at det skønnes vanskeligt at han vil kunne opnå beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet.

Det er vurderingen, at A vil have mulighed for at fastholde tilknytningen til arbejdsmarkedet såfremt han kan ansættes med hensynstagen til hans skånebehov, som er nedsat arbejdstid, ikke fysisk krævende funktioner, mulighed for variation af at kunne stå, gå, sidde. Hertil er det vurderingen, at A kan have et fremmøde på ca. 4 timer om ugen, hvor den samlede arbejdsintensitet er tilsvarende fremmødetiden.

Ovenstående vurdering er på baggrund af indeværende praktikforløb. Hvorvidt der kan forekomme behandlingsmæssige tiltag, som kan have en væsentlig indflydelse på den samlede arbejdsevne, må bero på en lægelig udtalelse.”

Af lægeskøn, dateret den 5. april 2014, udarbejdet af lægekonsulent fremgår bl.a.:

”Lægekonsulentens samlede vurdering:

Ud fra de forelagte oplysninger, vurderes A at lide af 2 konkurrerende bevægeapparatsproblemer, hhv. knæ- og rygproblem, der samlet medfører det aktuelt nedsatte funktionsniveau.

...

Knæ-problematikken vurderes primært at nedsætte funktionsevnen i gående og stående funktioner, men næppe i stillesiddende funktioner i afgørende omfang.

Hvad angår ryg-problematikken, så har egen læge netop fået udredt denne med røntgenundersøgelse, der har vist udtalt slidgigt i nedre del af brystdelen og især i nederste del af lænden med mistanke om en diskusprolaps. Det er angivet, at A har behov for jævnlige indtag af mor-

fin under arbejdsprøvning og aflastning på madras. Det kan anbefales, at der foretages en vurdering af ryglidelsen ved speciallæge i reumatologi mhp. at klarlægge diagnose/sværhedsgrad, herunder om der er indikation for MR-scanning, skånehensyn, yderligere behandlingsmulighed, genoptræningspotentiale og evt. om den aktuelle smertebehandling kan optimeres/ændres.

Undertegnede er opmærksom på, at egen læge angiver i statusattest af 30.3.2014, at der aktuelt ikke findes yderligere behandlingstiltag, der kan bedre A's funktionsniveau. Det vurderes dog rimeligt, at lidelsen bliver vurderet af speciallægelæge, særligt i betragtning af, at den er nydiagnosticeret, og det primært er ryglidelsen, der betinger det meget lave fremmøde og behov for stærk smertestillende medicin af morfikatypen. Da der er tale om slidgigtsforandringer, kan der ikke forventes angivet helbredende behandlingsmulighed, men det vurderes ikke udelukket, at reumatolog kan angive tiltag, der kan medføre en bedring af funktionsevnen fx graderet styrketræning og Mckenzie øvelser.

...

Samlet kan det anbefales, at ryglidelsen yderligere udredes ved reumatolog og evt. med MR-scanning, inden det med sikkerhed kan vurderes, at lidelsen er tilstrækkeligt udredt og sikkert maksimalt behandlet og optrænet.

Det vurderes dog ikke sandsynligt, at A vil kunne vende tilbage til det ordinære arbejdsmarked. Ved denne vurdering er der primært lagt vægt på det foreliggende resultat af praktikken, samt det dilemma, at knælidelsen medfører en dårlig gangfunktion og nedsat strækkeeffekt i benet, og ryglidelsen lindres ved variation mellem stående, gående og siddende stilling."

A blev efter indstilling fra rehabiliteringsteamet bevilget fleksjob den 10. juni 2014. Vedrørende møde i rehabiliteringsteamet den 4. juni 2014 fremgår af journal fra egen læge:

"...

Sagen tilstrækkeligt oplyst helbredsmæssigt?

Ja.

Borgeren visiteres til fleksjob.

Undertegnede er ikke enig i indstillingen med begrundelsen: Speciallæge finder arbejdssevnevurdering uforståelig og udredning (MR) afventes. Desuden kan der henvises til smertebehandling i tværfaglig regi.

..."

I fleksjobbevillingen af 10. juni 2014 anføres bl.a.:

"På baggrund af ovenstående vurderes det, at din arbejdssevne er væsentligt og varigt nedsat i forhold til ethvert erhverv. Det vurderes, at betingelserne for fleksjob jfr. lab § 69 – 70 er opfyldte. Jfr. lab § 70 A vurderes det ikke muligt, at du kan vende tilbage til det ordinære ar-

bejdsmarked på ordinære vilkår, heller ikke med støtte fra anden lovgivning.

Det vurderes, at eventuel behandling efter MR-scanning vil kunne bedre dit funktionsniveau i et vist omfang, men ikke i en sådan grad, at du vil kunne opnå tilknytning til det ordinære arbejdsmarked. Din arbejdssevne er ikke nedsat i et sådant omfang, at du er berettiget til førtidspension. Det vurderes, at du vil kunne bestride et fleksjob, f.eks. i en administrativ funktion i lighed med virksomhedspraktikken.”

Af journalnotat fra egen læge fremgår endvidere, at A henvendte sig til egen læge den 8. august 2013 med anmodning om en henvisning til fysioterapeut, da hans ben, ryg og hofte gav problemer. Af journalen for den 9. august 2013 fremgår, at han har symptomer/klage fra knæ, og af den tilhørende tekst fremgår, at han gerne vil prøve lidt fysioterapi igen, da han jo går forkert på knæet, og så også får ondt over lænden og højre hofte.

A henvendte sig igen den 30. oktober 2013 til sin læge. I journalen er anført, at han lå med benet oppe hele tiden, men så fik ondt i ryggen. Han henvendte sig atter vedrørende smerter i ryggen den 15. januar 2014, hvor det er anført, at han efter sin quadricepsruptur havde fået ondt i ryggen, fordi han gik forkert. Desuden fremgår, at A skulle MR-scannes den 4. juli 2014, og at A den 18. august 2014 rykkede for svar herpå.

Retslægerådet udtalte den 3. januar 2017, at den grundlæggende årsag til A's debut af smerter i ryggen var en kombination af hans forudbestående lidelser og den skæve gang, som følge af lårmuskelskaden og andre forhold (fedme).

Arbejdsmarkedets Erhvervssikring afgav herefter den 30. marts 2017 en vejledende udtalelse, hvorunder erhvervsevnetabet som følge af patientskaden blev vurderet til 60 pct.

I en supplerende udtalelse af 14. november 2017 præciserede Retslægerådet, at den tidligere besvarelse skulle forstås således, at ryggene med overvejende sandsynlighed ville være opstået, selv om lårmuskelskaden var blevet diagnosticeret rettidigt, men at ryggene ville have været mindre alvorlige, hvis lårmuskelskaden var blevet diagnosticeret rettidigt. Efter Retslægerådets skøn var A's ryggene som følge af den forsinkede diagnose blevet moderat forværret. Af Retslægerådets besvarelse fremgik endvidere, at der var tale om en række skøn, som kun vanskeligt kunne præciseres, og at de hypotetiske forhold var vanskeligt besvarede ud fra evidens og aktuelt forløb.

Forklaringer

B har afgivet supplerende forklaring. C har endvidere afgivet forklaring.

B har forklaret, at hun var ikke til stede, da arbejdsgiveren afleverede opsigelsen, men hendes mand fortalte hende om det, da hun kom hjem. Det var et stort nederlag for ham. Han ville selvfølgelig i gang med at arbejde igen. Det var hårdt for A at gå med en knæskinne, og han gik dårligt. Ryggerne opstod først efter patientskaden. De var uforstående over for, at Patienterstatningen ikke ville anerkende, at erhvervsevnetabet var en følge af skaden. De ville følges ad med hensyn til pensionstidspunktet, men i hendes branche er der en del freelance arbejde, som hun kunne sagtens fortsætte. Det ville hun også have gjort, selvom hun har sagt noget andet til A.

A kunne også sagtens have fortsat med at arbejde. Hun overgik til folkepension den 1. september 2017. A havde inden patientskaden fast tilknytning til arbejdsmarkedet, selv om han havde et forhøjet blodtryk. Den 8. juli 2016 fik A en hjerneblødning, der gav ham mén i form af højresidig lammelse. Lammelsen forsvandt gradvist. Det gik også lidt ud over hukommelsen, hvor A havde periodiske udsving. Det ville have været svært for A at afgive forklaring i retten, da han bliver træt og usikker. Han går skævt, fordi lårmusklen hænger skævt. Ryggerne er de samme på grund af skaden i lår-musklen.

C har forklaret, at han arbejder med salg indenfor . Han arbejdede hos Virksomhed 1 indtil omkring 2011 og kender A godt. A var vellidt, meget pålidelig og aldrig syg. Efter at A og han stoppede med at arbejde sammen i 2011, har de holdt kontakten privat. A levede for at sælge, så han er sikker på, at A var fortsat med at arbejde, hvis A havde været rask. Han havde gerne ansat A i dag, hvis A havde været rask. Han har også snakket med A da A var ansat hos Virksomhed 2 . De har ikke talt om, hvorfor A stoppede hos Virksomhed 2 .

Anbringender

A har procederet i overensstemmelse med anbringenderne i sit påstandsdokument af 12. oktober 2021, hvoraf fremgår blandt andet:

”Til støtte for den nedlagte påstand gøres det overordnet gældende, at appellanten har krav på erstatning for tab af erhvervsevne.

Det gøres gældende, at Patientforsikringen ved sin afgørelse af 15/7 2014 ... og indstævnte ved sin afgørelse af 14/8 2015 har lagt en forkert medicinsk vurdering til grund.

Dette bekræftes af Retslægerrådet, som endog meget klart udtaler, at ryggen er en følge af patientskaden og på den baggrund ændrer indstævnte sin afgørelse.

Det gøres i den forbindelse gældende, at indstævnte havde alle de samme oplysninger som Retslægerrådet - og således i henhold til officialmaksimen med patientskader – burde have anlagt den samme lægefaglige vurdering som Retslægerrådet og fundet, at ryggen var en følge af patientskaden.

Det forhold, at Patienterstatningen og indstævnte til at begynde med lægger en forkert medicinsk vurdering til grund – som appellanten indbringer for retten og får medhold i – skal ikke komme appellanten til skade og det ændrer ikke ved, at appellanten allerede i 2014 havde et erhvervsevnetab som følge af patientskaden.

Det gøres således gældende, at appellanten har løftet bevisbyrden for at han som følge af behandlingen hos læge ^X og på Ortopædkirurgisk Klinik v/ ^Y er blevet påført et erhvervsevnetab.

Det gøres gældende, at appellanten har løftet bevisbyrden for, at hans erhvervsevnetab, som følge af patientskaden, udgør 60%, jf. den vejledende udtalelse fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring Der er således ikke konkurrerende skadesårsager til appellantens påviste erhvervsevnetab.

Det gøres i den forbindelse gældende, at appellanten har løftet bevisbyrden for, at han på tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse af 15/7 2014 ... ville have været erhvervsaktiv, hvis han ikke havde været udsat for patientskaden, jf. bilag 25.

Derudover gøres det gældende, at der på tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse ... var gået mere end 2½ år fra selve patientskaden, og at der derfor måtte antages at foreligge et forsvarligt grundlag for at skønne over erhvervsevnetabet i form af de lægelige oplysninger om appellantens helbredsmaessige forhold og resultatet af hans arbejdsprøvning, som havde ført til fleksjob med virkning pr. 10/6 2014.

Det gøres i den forbindelse gældende, at patientskademyndighederne ved resultatet af arbejdsprøvningen kunne have skønnet på et forsvarligt grundlag, jf. bilag 10, s. 5, hvoraf det fremgår, at skadelidte ”har så varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen, at det skønnes vanskeligt at han vil kunne opnå beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet.” samt lægeskønnet i bilag 14, hvoraf det blandt andet fremgår;

”Det vurderes dog ikke sandsynligt, at [skadelidte] vil kunne vende tilbage til det ordinære arbejdsmarked. Ved denne vurdering er der primært lagt vægt på det foreliggende resultat af praktikken, samt det dilemma, at knælidelsen medfører en dårlig gangfunktion og nedsat strækkeeffekt i benet, og ryglidelsen lindres ved variation mellem stående, gående og siddende stilling.”

Det gøres således gældende, at patientskademyndighederne i 2014 havde muligheden for at foretage et rimeligt skøn over skadelidtes erhvervsevnetab

og således havde muligheden for at træffe den materielt korrekte afgørelse og dermed fastsætte et erhvervsevnetab.

Det gøres således gældende, at patientskademmyndighederne i 2014 havde mulighed for at træffe en korrekt afgørelse, idet appellanten blev tilkendt fleksjob.

Det gøres gældende, at Patienterstatningen og indstævnte under hensyn til KEL's officialprincip i § 33 og Forretningsorden for Ankenævnet for Patienterstatningen § 4, stk. 3 og i overensstemmelse med Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings vurdering på afgørelsestidspunktet, burde have fundet det godtgjort, at appellanten har lidt et varigt erhvervsevnetab som følge af patientskaden, og at størrelsen heraf kunne fastsættes til 60%.

Derudover gøres gældende, at Patienterstatningen, med udgangspunkt i den tidligere verserende retssag og ikke mindst udtalelsen fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring, har et tilstrækkeligt og sikkert grundlag for at træffe en korrekt afgørelse om erhvervsevnetabet som gjort gældende af appellanten.

Det gøres i den forbindelse gældende, at appellanten har løftet bevisbyrden for, at han er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne, også i overensstemmelse med UfR.2016.2138.H.

Byretten i har præmisserne blandt andet anført, at nærværende sag adskiller sig fra UfR.2016.2138.H, idet indstævnte var overgået til pension, da Patienterstatning traf den relevante afgørelse. Det forhold, at patientskademyndighederne indledningsvist har truffet en forkert afgørelse og fejlagtigt ikke har vurderet, at appellanten var påført varige gener, skal ikke komme appellanten til skade i erstatningsmæssig henseende og der er således påvist sådanne konkrete forhold, der medfører, at Patienterstatning skal pålægges kritik og der skal således foretages en retrospektiv vurdering af erhvervsevnetabet, som Højesteret også gjorde i UfR.2016.2138.H.

Det forhold, at indstævnte først i februar 2019 lægger den korrekte lægefaglige vurdering om omfanget af følgerne af patientskaden til grund for en afgørelse, skyldes alene indstævntes forhold.

Det gøres i den forbindelse gældende, at appellanten ikke skal straffes økonomisk for indstævntes forkerte behandling af sagen.

Det gøres gældende, at sagsøgeren med tilkendelse af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ikke er blevet tilstrækkeligt godtgjort i medfør af Erstatningsansvarsloven.

Det gøres gældende, at det retssikkerhedsmæssigt forekommer betænkeligt, at en myndighed, der skal træffe en afgørelse ud fra officialmaksimen, har muligheden for at trække en afgørelse i langdrag og derved kan undgå at betale den skadelidte en korrekt erstatning.

Det gøres således gældende, at der med udgangspunkt i Retslægerådets besvarelse og Arbejdsmarkedets Erhvervssikring vejledende udtalelse er til-

strækkeligt sikkert grundlag for at tilsidesætte indstævntes afgørelse og dermed tilkende ham erstatning for tab af erhvervsevne svarende til 60 %.”

Uanset det i påstandsdokumentet anførte, er parterne dog enige om, at patientskademyndighederne ikke har taget stilling til størrelsen af et eventuelt erhvervsevnetab eller forrentningen af en eventuel erstatning for tab af erhvervsevne. Hvis A derfor får medhold i sin påstand, skal sagen hjemvises til patientskademyndighederne med henblik på udmåling af hans erhvervsevnetab som følge af patientskaderne.

Ankenævnet for Patienterstatningen har i det væsentlige gentaget sine anbringender for byretten.

Ankenævnet for Patienterstatningen har yderligere anført, at A blev opsagt fra sin stilling den 31. januar 2013 som følge af virksomhedens økonomiske situation. Det af A anførte om, at han blev opsagt, fordi han ikke kunne mestre sin stilling, bestrides. A har i arbejdssevnevurderingsjournalen den 11. december 2012 anført, at han var besluttet på at ville fortsætte i jobbet, og at der kun var 3 år, til han fyldte 65 år. A havde desuden ud over de anerkendte patientskader en række helbredsmæssige gener, herunder en blodprop den 8. juli 2016. På tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse af 28. maj 2018 havde A dermed ikke et fremtidigt indtægtstab, som kunne danne grundlag for tilkendelse af erstatning for tab af erhvervsevne.

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagens hovedspørgsmål er, om A er berettiget til erhvervsevnetaberstatning efter en patientskade, han blev påført i januar og februar 2012, og landsretten forstår A's påstande således, at der ønskes en prøvelse af, om der på tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse af 15. juli 2014, subsidiært Patienterstatningens afgørelse af 28. maj 2018, forelå et forsvarligt grundlag for at skønne over erhvervsevnetabet som følge af patientskaden.

Patientskaden blev anmeldt til Patienterstatningen, der efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 24 fastsætter erstatning og godtgørelse efter reglerne i erstatningsansvarsloven. Det fremgår af erstatningsansvarslovens § 5, at erstatning for erhvervsevnetab tilkommer den skadelidte, når personskaden har medført varig nedsættelse af hans evne til at skaffe sig indtægt ved arbejde. Højesteret har fastslået, at det følger af erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, 2. pkt., at den pågældende har krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indtil det tidspunkt, hvor det er muligt på et forsvarligt grundlag at skønne over størrelsen af det erhvervsevnetab, som skaden har medført, når erhvervsevnetabet overstiger 15 procent. Det følger endvidere af Højesterets praksis, at der skal være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor

retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører, og det tidspunkt, hvor retten til erstatning for erhvervsevnetab indtræder, således at der hverken opstår overlap eller hul mellem de to erstatningsposter.

Landsdommerne Alex Puggaard og Uffe B. Rasmussen udtaler:

Efter bevisførelsen lægger vi til grund, at A på skadestidspunktet var i fuldtidsbeskæftigelse. Efter ulykken var han sygemeldt, og han blev efter det oplyste under sygemeldingen headhuntet til en anden stilling, hvilken han bestred i en periode. Han blev sygemeldt på ny i september 2012, og den 30. oktober 2012 blev han afskediget med fratræden den 31. januar 2013 under henvisning til virksomhedens økonomiske situation. Han var i virksomhedspraktik fra den 14. januar til den 31. marts 2014 med henblik på afklaring og udvikling af erhvervsevne, og han blev bevilget fleksjob den 10. juni 2014.

A opnåede ikke beskæftigelse i fleksjob, inden han overgik til folkepension den 1. maj 2016, da han var fyldt 65 år.

Den 17. december 2013 tilkendte Patientforsikringen A godtgørelse for varigt mén svarende til 8 procent. Afgørelsen blev påklaget til Patientskadeankenævnet, der ved afgørelse af 7. november 2014 tiltrådte Patientforsikringens afgørelse. Patientskadeankenævnet vurderede, at A's ryggener ikke med overvejende sandsynlighed var en følge af patientskaden. Afgørelserne er ikke fremlagt under sagen. Patienterstatningens afgørelse af 21. marts 2014, hvor A blev tilkendt erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, er heller ikke fremlagt under sagen.

Den 15. juli 2014 traf Patienterstatningen afgørelse om, at A var berettiget til yderligere erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til og med den 8. maj 2014, men at han ikke var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste fra den 9. maj 2014 eller erhvervsevnetaberstatning. Afgørelsen blev indbragt for Ankenævnet for Patienterstatningen, der den 14. august 2015 tiltrådte Patienterstatningens afgørelse. Alene dele af grundlaget for Patienterstatningens og ankenævnets afgørelser er fremlagt under sagen.

Under den efterfølgende retssag mod Ankenævnet for Patienterstatningen blev der indhentet to udtalelser af 3. januar 2017 henholdsvis 14. november 2017 fra Retslægerådet samt en udtalelse af 30. marts 2017 fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring. Der foreligger ikke oplysninger om grundlaget for Retslægerådets udtalelser, herunder om udtalelserne er baseret på oplysninger, der forelå efter den 15. juli 2014, hvor Patienterstatningen traf afgørelse. Der foreligger ikke oplysninger om grundlaget for Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings udtalelse, men af udtalelsen fremgår, at der ved vurderingen er lagt vægt på oplysninger før den 15. august 2016, dvs. indtil to år efter Patienterstatningens afgørelse af 15. juli 2014.

Ankenævnet for Patienterstatningen traf herefter afgørelse om at genoptage sagen den 19. december 2017, idet ankenævnet på baggrund af Retslægerådets udtalelser nu vurderede, at en moderat forværring af ryggenerne med overvejende sandsynlighed skyldtes behandlingsskaden. Sagen blev hjemvist til Patienterstatningen, der den 28. maj 2018 traf afgørelse om, at A var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til den 30. april 2016, hvor han overgik til folkepension, men at han ikke var berettiget til erhvervsevnetabserstatning. Afgørelsen om erhvervsevnetabserstatningen blev indbragt for Ankenævnet for Patienterstatningen, der den 20. februar 2019 tiltrådte Patienterstatningens afgørelse.

A har for landsretten nedlagt påstand om, at Ankenævnet for Patienterstatningen skal anerkende, at der var grundlag for at fastsætte et erhvervsevnetab for A den 15. juli 2014, subsidært den 28. maj 2018.

Første led i denne påstand forudsætter, at der på tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse af 15. juli 2014 forelå et forsvarligt grundlag for at skønne over erhvervsevnetabet som følge af patientskaden.

Selvom der på tidspunktet for denne afgørelse var der gået to og et halvt år siden patientskaden, finder vi – som sagen er forelagt – ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der på daværende tidspunkt forelå et forsvarligt grundlag for at skønne over erhvervsevnetabet som følge af ryggenerne i form af de lægelige oplysninger om hans helbredsforhold og resultatet af hans arbejdsprøvning.

Vi lægger herved vægt på, at ryggenerne første gang optræder i de lægelige akter i august 2013, at røntgen den 24. marts 2014 afviser sammenhæng med forkert gang, at rapporten om arbejdsprøvningen af 2. april 2014 tager forbehold for behandlingsmæssige tiltag, at lægeskønnet af 5. april 2014 anbefaler yderligere udredning af ryglidelsen, særligt fordi ryglidelsen var nydiagnosticeret, og at den deltagende speciallæge i forbindelse med visiteringen til fleksjob ikke var enig i indstillingen til fleksjob.

Vi bemærker desuden, at der alene er fremlagt et uddrag af de lægelige akter, der er indgået i myndighedernes behandling af sagen, og at der ikke foreligger oplysninger om grundlaget for Retslægerådets udtalelser, herunder om udtalelserne også er baseret på oplysninger, der er fremkommet efter den 15. juli 2014. Endvidere er Retslægerådets besvarelse af spørgsmål F og G afgivet med væsentlige forbehold.

Endelig lægger vi vægt på, at Arbejdsmarkedets Erhvervssikring i udtalelsen af 30. marts 2017 – i modsætning til situationen i U2016.2138H – ikke har udtalt sig om muligheden for at skønne over erhvervsevnetab på et nærmere angivet tidspunkt og grundlag. Derudover foreligger der ikke oplysninger om grundlaget for Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings udtalelse, men af udtalelsen fremgår, at der ved vurderingen er lagt vægt på oplysninger før den 15. august 2016, dvs. indtil to år efter Patienterstatningens afgørelse af 15. juli 2014.

På denne baggrund finder vi, at A ikke kan få medhold i påstanden om, at der var grundlag for at fastsætte et erhvervsevnetab for A den 15. juli 2014.

A har subsidiært nedlagt påstand om, at der var grundlag for at fastsætte et erhvervsevnetab for A den 28. maj 2018, hvor Patienterstatningen traf afgørelse. En forudsætning for at få medhold i denne påstand er, at det skal kunne lægges til grund, at A ville have været erhvervsaktiv på dette tidspunkt.

Efter bevisførelsen finder vi, at A ikke har dokumenteret eller sandsynliggjort, at han ville have været erhvervsaktiv efter det fyldte 65. år. Vi har herved lagt vægt på A's oplysninger i arbejdsevnevurderingsjournalen sammenholdt med omfanget af helbredsmæssige gener, som A – udover patientskaden – havde. Desuden har vi lagt vægt på opsigelsen af A af 30. oktober 2012, der var begrundet i virksomhedens økonomiske forhold, og at han på daværende tidspunkt havde tre og et halvt år til pensionsalderen i april 2016. De afgivne forklaringer kan ikke føre til en ændret vurdering.

Allerede af denne grund kan A ikke kan få medhold i påstanden om, at der var grundlag for at fastsætte et erhvervsevnetab for A den 28. maj 2018.

Samlet voterer vi således for, at Ankenævnet for Patienterstatningen frifindes for påstanden om, at der var grundlag for at fastsætte et erhvervsevnetab for A den 15. juli 2014, subsidiært den 28. maj 2018.

Landsdommer Uffe B. Rasmussen udtaler videre:

Henset til det grundlag, der forelå da Patienterstatningen traf afgørelse den 15. juli 2014, herunder fleksjobstilkendelsen af 10. juni 2014 og lægekonsulentens lægeskøn af 5. april 2014, finder jeg, at Patienterstatningen i medfør af undersøgelsesprincippet i stedet for at træffe afgørelse burde have oplyst sagen yderligere og indhentet yderligere lægelige oplysninger og en udtalelse fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring til belysning af ryglidelsen, jf. § 33 i lov om klage og

erstatningsadgang. Dette kan dog ikke føre til, at A kan få medhold i den nedlagte påstand, da det ville forudsætte, at der den 15. juli 2014 forelå et forsvarligt grundlag for at skønne over erhvervsevnetabet som følge af patientskaden, hvilket jeg ikke finder var tilfældet.

Landsdommer Birgitte Grønborg Juul udtaler:

Skæringstidspunktet mellem retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og retten til erhvervsevnetab er som nævnt det tidspunkt, hvor det er forsvarligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne. Hvis der er foretaget et forsvarligt skøn over erhvervsevnetabet, er det uden betydning, at sagen efterfølgende er genoptaget, og der træffes en ny afgørelse om erhvervsevnetabets størrelse, jf. U.2016.802H.

Den 15. juli 2014 traf Patienterstatningen endelig afgørelse i sagen. På dette tidspunkt var der gået mere end 2 år siden patientskaden. A havde gennemført en virksomhedspraktik med henblik på afklaring af erhvervsevnen, der konkluderede, at han på grund af smerter i ryggen og benet havde varige og væsentlige begrænsninger i arbejdssevnen. Det vurderedes, at A kunne have et fremmøde på ca. 4 timer om ugen, og A var på den baggrund i juni 2014 bevilget fleksjob. Der forelå endvidere lægelige oplysninger til belysning af hans helbredsmæssige forhold efter skaden, hvoraf blandt andet fremgik, at han gik forkert på benet og havde rygsmerter.

Jeg finder ikke tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte Patienterstatningens vurdering, hvorefter der på tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse var et forsvarligt grundlag for at foretage et kvalificeret skøn over A's fremtidige erhvervsevne.

Patienterstatningen vurderede, at A's erhvervsevne var varigt og væsentligt begrænset, men tilkendte ikke A erstatning for erhvervsevnetab, da Patienterstatningen ikke fandt, at der forelå den fornødne årsagssammenhæng mellem behandlingsskaden og de gener, der begrænsede A's erhvervsevne. Det må dog efter udtalelserne fra Retslægerådet lægges til grund, at der til dels var årsagssammenhæng mellem patientskaden og de pågældende gener. Retslægerådet fandt således, at den grundlæggende årsag til A's debut af smerter i ryggen i sommeren 2013 til dels var patientskaden, og at hans ryggener var moderat forværret som følge af patientskaden.

Retslægerådets udtalelse er baseret på oplysninger, der forelå på tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse og kan indgå i domstolens prøvelse, jf. U. 2018.2011H. Patienterstatningen, der efter § 33 i lov om klage- og erstatnings-

adgang inden for sundhedsvæsenet havde pligt til at oplyse sagen, kunne forud for sin afgørelse have indhentet yderligere lægelige oplysninger og en udtalelse fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring til belysning af henholdsvis årsagssammenhængen og størrelsen af erhvervsevnetabet. I overensstemmelse med Retslægerådets og Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings udtalelser burde Patienterstatningen på den baggrund have fundet det godtgjort, at A havde lidt et varigt erhvervsevnetab som følge af patientskaden, som kunne kræves erstattet, jf. herved U.2016.2138H.

På tidspunktet for Patienterstatningens afgørelse den 15. juli 2014 var A 63 år. Patienterstatningen har i sin afgørelse af 28. maj 2018 vurderet, at A på daværende tidspunkt stadig ville have været erhvervsaktiv, hvis han ikke havde været udsat for skaden. Det forhold, at han som følge af sine konkurrerende lidelser muligt ville være gået på pension som 65-årig, kan ikke føre til en nedsættelse af erhvervsevnetabet i forhold til beregningen efter erstatningsansvarslovens §§ 5-9, jf. ligeledes U.2016.2138H.

Jeg finder herefter, at der bør gives A medhold i, at Ankenævnet for Patienterstatningen skal anerkende, at hans erhvervsevnetab som følge af patientskaden skal fastsættes pr. 15. juli 2014. Tilsvarende ophørte hans krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste fra samme tidspunkt. Parterne er enige om, at sagen herefter skal hjemvises med henblik på fastsættelse af størrelsen af erhvervsevnetabet, renter mv.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at byrettens dom stadfæstes.

Efter sagens udfald skal A betale sagsomkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen. Landsretten finder efter sagens karakter, værdi og omfang ikke grundlag for at tilsidesætte byrettens omkostningsfastsættelse som påstået af Ankenævnet for Patienterstatningen. Landsretten fastsætter endvidere sagsomkostningerne for landsretten til 78.750 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms. Beløbet er fastsat efter en samlet vurdering af sagens karakter, forløb og udfald, herunder at sagen er anlagt af en privatperson mod en offentlig myndighed.

THI KENDES FOR RET:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal A inden 14 dage betale 78.750 kr. til Ankenævnet for Patienterstatningen. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Publiceret til portalen d. 14-12-2021 kl. 10:00

Modtagere: Indstævnte Ankenævnet for Patienterstatningen, Appellant

A