

# **HØJESTERETS DOM**

## **afsagt tirsdag den 20. november 2012**

**Sag 35/2011**

(2. afdeling)

A

(advokat Søren Kjær Jensen, beskikket)

mod

Patientskadeankenævnet

(kammeradvokaten ved advokat Henrik Nedergaard Thomsen)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 19. afdeling den 16. december 2010.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Lene Pagter Kristensen, Jytte Scharling, Marianne Højgaard Pedersen, Jens Peter Christensen og Lars Hjortnæs.

### **Påstande**

Appellanten, A, har gentaget sine påstande.

Indstævnte, Patientskadeankenævnet, har påstået frifindelse, subsidiært stadfæstelse.

### **Supplerende sagsfremstilling**

Efter landsrettens dom hjemviste Patientskadeankenævnet den 31. januar 2011 sagen til Patientforsikringen til fornyet vurdering af, om der er grundlag for at tilkende A erstatning for tab af erhvervsevne og tabt arbejdsfortjeneste. Patientforsikringen meddelte den 14. marts 2011 afslag på erstatning. A påklagede denne afgørelse til Patientskadeankenævnet, der ved afgørelse af 21. november 2011 tiltrådte Patientforsikringens afgørelse. I Patientskadeankenævnets afgørelse hedder det bl.a.:

”Erhvervsevnetab:

Nævnet skal indledningsvis bemærke, at man i overensstemmelse med Ankestyrelsens afgørelse af 18. juni 2010 lægger til grund, at A efter arbejdsskadesikringslovens regler

ikke er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne som følge af den anerkendte arbejdsskade, og at det ikke findes godtgjort, at As erhvervsevne samlet set er påvirket i en sådan grad, at hun opfylder betingelserne for at få tilkendt førtidspension. Det fremgår af Ankestyrelsens afgørelse af 18. juni 2010, at arbejdsprøvningen primært har fundet sted inden for fysiske opgaver, hvor det på forhånd måtte forventes, at A ikke ville kunne klare opgaverne. Videre fremgår det, at Ankestyrelsen ikke er enig i tilkendelsen af pension på det foreliggende grundlag, ligesom styrelsen ikke finder det muligt at vurdere det samlede erhvervsevnetab.

Nævnet kan tiltræde, at A ikke er blevet påført et erhvervsevnetab på minimum 15 % som følge af den anerkendte patientskade. Hun er derfor ikke berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne, jf. erstatningsansvarslovens § 5, stk. 3. Nævnet har ved vurderingen lagt vægt på karakteren af patientskaden, der består i abdominalsmerter, der fremprovokeres af foroverbøjet arbejde og løft. Endvidere er der lagt vægt på socialmedicinsk speciallægeattest af 30. marts 2007 fra overlæge Kenneth Kibsgård, der bl.a. konkluderer, at det er realistisk at satse på lettere administrativt arbejde, f.eks. telefon, siddende ekspedition, kvalitetskontrol, billetsalg, information etc., eller opgaver som f.eks. indtastning, ajourføring eller bilagskontrol, hvor A selv kan tilrettelægge arbejdsindsatsen. Det skal hertil bemærkes, at A ifølge attesten selv har erklæret sig enig i konklusionerne og forslagene, men at hun aldrig er blevet arbejdsprøvet i et af de nævnte erhverv. Videre fremgår det af Ringkøbing Skjern Kommunes afgørelse af 22. november 2007, at tilkendelsen af førtidspension ikke kun var begrundet i patientskadens følger, nemlig følger efter galdestenoperation, men også i smerter i højre fod og tendens til smerter i højre skulder. Det kan derfor ikke på det foreliggende grundlag anses for godtgjort, at hendes indtjeningsmuligheder er nedsat i et omfang svarende til et erhvervsevnetab på 15 % eller derover som følge af patientskaden. Det er nævnets vurdering, at hun ved varetagelse af et af de ovenfor nævnte erhverv vil kunne oppebære en indtægt svarende til det niveau, som hun oppebar som sygehjælper inden patientskaden.

#### Tabt arbejdsfortjeneste:

Nævnet har vurderet, at A ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. erstatningsansvarslovens § 2. Nævnet har ved vurderingen lagt vægt på, at patientskaden indtraf den 30. juli 2002, og at A modtog fuld løn frem til sin fratræden den 30. april 2003. Uanset at hun blev sygemeldt fra arbejdet som sygehjælper pga. galdestenoperationen, anser nævnet det ikke for sandsynliggjort, at det skyldes patientskaden, at hun ikke efter udløbet af perioden med fuld løn kunne varetage et arbejde med en indtægt svarende til hendes tidligere lønniveau. Der henvises herved til begrundelsen ovenfor under erhvervsevnetab.”

Arbejdsskadestyrelsen afgav den 13. april 2012 en vejledende udtalelse, hvorefter A vurderes at have lidt et varigt tab af erhvervsevne på 25 % som følge af patientskaden.

I udtalelsen hedder det bl.a.:

”Vi er herved blevet bedt om, at vurdere As samlede erhvervsevnetab i forhold til den erhvervsmæssige status inden den 6. juli 2001. Herved bedes det angivet, hvorledes erhvervsevnetabet fordeler sig på skaden den 6. juli 2001, skaden den 30. juli 2002 og eventuelt andre forhold.

Alternativt er vi anmodet om en vurdering af det samlede erhvervsevnetab i forhold til umiddelbart før Patientskaden den 30. juli 2002.

...

Ved Østre Landsrets dom af 16. december 2010 er erhvervsevnetabet som følge af arbejdsskaden i 2001 fastsat til mindre end 15 procent.

...

### *Sagsfremstilling*

Vi er vedrørende As helbredsmæssige tilstand opmærksomme på alle de lægelige akter i sagen.

Herunder fremgår det således af de lægelige akter også med speciallægeerklæringen af 9. august 2008, at A har forskellige symptomer og følger efter forskellige skader.

Der er herved beskrevet skuldersmerter med belastning, mens bevægeligheden er fundet normal. Generne er ikke tilskrevet noget traume. I 2004 er skuldersmerter fra højre beskrevet med debut 10 år forinden.

Det er også beskrevet smerter fra achillessenen på højre side, mens bevægeligheden er fundet normal. Generne er tilskrevet skaden i 2001.

Dertil er der følger efter galdevejsskade med tendens til kvalme og madlede foruden smerter under højre ribbenskant. Generne er tilskrevet følger efter operation i 2002.

Desuden klages over migræneanfald 2-3 gange om måneden.

Vedrørende den erhvervsmæssige og sociale situation fremgår det, at A efter 10 års skolegang har arbejdet inden for dels industrien som ufaglært og dels som sygehjælper.

Det er herved oplyst, at hun den 1. februar 2000 var blevet ansat som sygehjælper i aftenvagte.

Arbejdsgiver oplyste i juni 2006, at A havde haft småsygemeldinger i perioden fra 9. juli 2001 til 18. juli 2002. Herefter havde hun været fuldtidssygemeldt frem til 30. april 2003, hvor hun blev afskediget. Hendes månedsløn er herved oplyst at udgøre 14.278 kr.

Det fremgår af de sociale akter, at der blev initieret flere arbejdsprøvningsforløb.

Det fremgår i ressourceprofilen fra 8. juni 2005 og 25. juni 2007, at det efter arbejde på værksted og en butik blev vurderet, at hun ville kunne klare at arbejde med varierende arbejdsopgaver og samme med arbejdsstillinger.

A ytrede efter forløb med Jobkursen ønske om en læreruddannelse.

Kommunen gav afslag på revalideringsstøtte til læreruddannelsen med henvisning til, at der var behov for yderligere afklaring. I begrundelsen for afslaget henvistes til, at det ikke

var afklaret, om hun ville kunne klare arbejdsfunktioner som lærer, eller om hun ville kunne arbejde på fuld tid uden særlige skånehensyn.

Ved statusrapport i oktober 2007 efter yderligere afprøvning vurderedes det, at As arbejdsevne var nedsat i udtalt grad på grund af helbredsmæssige forhold af fysisk karakter. Det er vedrørende den arbejdsmæssige del anført, at hun igennem forløbet var blevet søgt arbejdsprøvet så optimalt som muligt. Det er herved beskrevet, at hun blev arbejdsprøvet i lette arbejdsopgaver i et køkken, i montagen samt med forefaldende kontorarbejde og forefaldende øvrige opgaver.

Det konkluderedes vedrørende revalidering, at dette synes urealistisk på grund af væsentligt nedsat kapacitet til blot en enkelt dags indsats, hvor almindelige daglige opgaver for A synes tunge og svært overskuelige.

Ved kommunens afgørelse af 22. november 2007 er A tilkendt førtidspension. Det fremgår af begrundelsen, at tilkendelsen sker på helbredsmæssig indikation, således med følger efter galdestensoperation, smerter i højre fod og smerter i højre skulder.

#### *Begrundelse for erhvervsevnetab*

Vi har i vores vurdering af erhvervsevnetabet lagt vægt på oplysningerne fra A samt de sociale, de indtægtsmæssige og de lægelige oplysninger.

Det bemærkes, at erstatning efter erstatningsansvarsloven gives efter en vurdering af, om en personskade medfører en varig nedsættelse af skadelidtes evne til at skaffe sig indtægt ved eget arbejde.

Der ydes kun erstatning for tab af erhvervsevne, såfremt indtægtstab er på 15 procent eller derover.

Vi har ved vurderingen lagt til grund, at der ifølge de lægelige oplysninger er helbredsmæssige gener med betydning for belastende arbejdsstillinger.

Vi er ved vurderingen opmærksomme på forløbet før og efter skaden i 2002, herunder forudgående og efterfølgende sygemeldingsforløb.

Vi har hertil noteret os, at A efter afklaring, afslag på revalidering og siden yderligere afklaring ikke fandtes at kunne reetableres på arbejdsmarkedet - heller ikke i mindre omfang.

Efter at have drøftet omfanget af de fysiske lidelser og helbredsmæssige forhold med vores speciallægekonsulent findes det sandsynligt, at hun har et funktionsniveau, der vil kunne omsættes og forenes med lettere arbejdsfunktioner under iagttagelse af relevante skånehensyn.

Henset til As arbejds- og uddannelsesmæssige baggrund er vi opmærksomme på, at de arbejdsfunktioner, der umiddelbart ville være relevante for hende i et vist omfang ville have fysisk karakter, som hun ville have vanskeligere ved at kunne udføre på grund af sine helbredsgener.

Vi finder herved, at de helbredsmæssige gener efter galdevejsskade i et ikke uvæsentlig omfang har påvirket og reduceret hendes arbejdskapacitet i et for hende relevant erhverv med ikke belastende opgaver.

Vi finder således, at As gener som følge af galdevejsskade med utilpashed/kvalme og smerter vurderes at have medført nødvendige skånehensyn.

Vi vurderer, at der til disse skånehensyn knytter sig et mindre men ikke uvæsentligt tab af arbejdsindkomst.

Vi har på denne baggrund vurderet, at skaden har medført en erhvervsevnenedsættelse på skønsmæssigt 1/4.

I overensstemmelse hermed har vi fastsat erhvervsevnetabet til 25 procent.

Det falder i øvrigt uden for rammerne af denne vurdering med en stillingtagen til øvrige myndigheders vurdering i denne sag. ”

Patientskadeankenævnet har ved afgørelse af 2. november 2012 afvist at genoptage sagen om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og varigt erhvervsevnetab på baggrund af Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse om erhvervsevnetabet. I afgørelsen hedder det bl.a.:

”Begrundelse:

”Efter § 15 i bekendtgørelse om forretningsorden for Patientskadeankenævnet har nævnet mulighed for at genoptage en afgjort sag til fornyet behandling og afgørelse, hvis der fremkommer nye og for sagens afgørelse væsentlige oplysninger. Det drejer sig navnlig om oplysninger, der kan begrunde en ændret vurdering af sagen.

Patientskadeankenævnet finder ikke, at der på baggrund af Arbejdsskadestyrelsens udtalelse af 13. april 2012 er grundlag for at genoptage sagens behandling. Nævnet har herved lagt vægt på, at udtalelsen ikke indeholder væsentlige nye oplysninger, der giver anledning til en ændret vurdering af As erhvervsevnetab. Nævnet finder det således fortsat ikke godtgjort, at A er blevet påført et erhvervsevnetab på 15 % eller derover som følge af den anerkendte patientskade.”

**Anbringender**

A har supplerende anført, at patientskaden er en klar og grov fejl, idet skaden består i lædering af den dybe galdegang, og derfor skal beviskravene vedrørende årsagsforbindelse i givet fald lempes.

Da Patientskadeankenævnet i afgørelsen af 21. november 2011 ikke længere begrundet sit afslag på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og varigt erhvervsevnetab med arbejdsskaden

fra 2001, er det nu klart, at der ikke er nogen forudbestående lidelser, som skal tillægges betydning.

As tendens til belastningsudløste skuldersmerter, som kunne være en mulig konkurrerende skadesårsag, har først vist symptomer længe efter, at hun ophørte med at arbejde, og er i speciallægeattesten af 30. marts 2007 ikke tillagt nogen funktionsbegrænsende betydning i forhold til arbejdet.

Det er uden betydning for bedømmelsen af årsagsforbindelse og adækvans, at hun på grund af bl.a. arbejdsskadens følger var særligt sårbar.

På denne baggrund må hele den tabte arbejdsfortjeneste og hele det samlede varige erhvervsevnetab henføres til patientskaden.

Den samlede erhvervsevnetabsprocent må fastsættes ud fra de faktiske forhold, når hverken Patientskadeankenævnet, Ankestyrelsen eller Arbejdsskadestyrelsen har forholdt sig hertil. Ud fra hendes evner, uddannelse, alder og de forsøg på afklaring, der har været gennemført, må det antages, at erhvervsevnetabet er på mere end 50 %, subsidiært mere end de 25 %, som Arbejdsskadestyrelsen har henført til patientskaden alene.

Patientskadeankenævnet er ikke berettiget til at afvise erstatning for tab af erhvervsevne alene på grundlag af en rent lægefaglig vurdering af, hvad den pågældende patientskade ”normalt” bør medføre, eller fordi man mener, at kommunen har begået en fejl ved at tildele A førtidspension uden tilstrækkelig arbejdsprøvning. Eventuelt manglende relevant arbejdsprøvning kan ikke lægges hende til last. Hun har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt ved at medvirke aktivt i alle kommunens forsøg på afklaring af hendes erhvervsevne.

Patientskadeankenævnet har supplerende anført, at A ikke har løftet sin bevisbyrde for, at der er grundlag for at tilsidesætte Patientskadeankenævnets afgørelse af 21. november 2011 om afslag på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og varigt tab af erhvervsevne.

Med hensyn til spørgsmålet om erhvervsevnetabserstatning udgør Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse af 13. april 2012 om erhvervsevnetabsprocenten i det foreliggende tilfælde ikke det fornødne sikre grundlag for at ændre ankenævnets afgørelse. Arbejdsskadesty-

relsen har ved sin vurdering tilsyneladende lagt stor vægt på kommunens beslutning om at tilkende A førtidspension. Patientskadeankenævnet har derimod med rette lagt vægt på, at Ankestyrelsen som øverste administrative myndighed i sager om førtidspension i sin afgørelse af 18. juni 2010 har tilkendegivet, at arbejdsprøvningen ikke som anbefalet i den socialmedicinske statusrapport af 22. oktober 2007 var tilpasset As ressourcer og begrænsninger, og fundet, at der ikke var grundlag for at tilkende A førtidspension som sket.

Patientskadeankenævnet er ikke bundet af kommunens pensionsafgørelse. Patientskadeankenævnet har ved sin afgørelse også med rette lagt vægt på, at patientskaden alene medførte gener i form af mavesmerter, der blev fremprovokeret af foroverbøjede arbejder og løft, og at pensionsafgørelsen heller ikke kun var begrundet i følgerne af patientskaden, men også i generne fra arbejdsskaden og fra tendensen til smerter i skuldrene.

Patientskadeankenævnet har endvidere med rette lagt vægt på, at det ifølge den socialmedicinske speciallægeattest af 30. marts 2007 var realistisk at satse på lettere administrativt arbejde, hvilket A ifølge attesten selv var enig i, og at hun aldrig er blevet afprøvet i sådant erhverv.

Patientskadeankenævnet har derfor med rette fundet, at patientskaden ikke i sig selv har medført så betydelige skånehensyn og begrænsninger i hendes erhvervsudøvelse, at hendes erhvervsevne er nedsat med 15 % eller mere som følge af patientskaden. Hun er derfor ikke berettiget til erstatning for erhvervsevnetab.

Med hensyn til spørgsmålet om tabt arbejdsfortjeneste har Patientskadeankenævnet med rette lagt vægt på det, som er anført vedrørende erhvervsevnetab, idet det på grund af de yderligere gener fra foden og fra skuldrene ikke er sandsynliggjort, at det var på grund af patientskaden, at A efter udløbet af perioden med fuld løn - der varede frem til den 30. april 2003 - ikke kunne varetage et arbejde med samme lønniveau som hendes hidtidige arbejde som sygehjælper. Hun er derfor ikke berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

### **Højesterets begrundelse og resultat**

A blev sygemeldt fra sit arbejde som sygehjælper den 19. juli 2002 i forbindelse med operationen for galdesten, som resulterede i patientskaden, og ud over kortere perioder med arbejdsprøvning har hun ikke siden været i arbejde.

Højesteret lægger efter de foreliggende lægelige oplysninger til grund, at A som følge af patientskaden har et skånebehov i relation til visse arbejdsfunktioner.

Arbejdsskadestyrelsen har i sin vejledende udtalelse af 13. april 2012 anført bl.a., at As arbejds- og uddannelsesmæssige baggrund medfører, at de arbejdsfunktioner, som umiddelbart ville være relevante for hende, i et vist omfang ville have fysisk karakter, som hun ville have vanskeligere ved at kunne udføre på grund af sine helbredsgener. Arbejdsskadestyrelsen har endvidere vurderet, at der til de skånebehov, som er en følge af patientskaden, knytter sig et mindre, men ikke uvæsentligt erhvervsevnetab.

På den anførte baggrund finder Højesteret, at det er godtgjort, at patientskaden har påført A et varigt erhvervsevnetab på over 15 %. Højesteret finder endvidere ikke grundlag for at tilside-sætte Arbejdsskadestyrelsens vurdering, hvorefter det skånehensyn, som er en følge af patientskaden, har medført et varigt erhvervsevnetab på 25 %. Højesteret finder derfor, at As erhvervsevnetab som følge af patientskaden skal fastsættes til 25 %.

Højesteret finder, at det må lægges til grund, at sygeforløbet efter operationen den 30. juli 2002 blev udløst af patientskaden, og at denne var medvirkende årsag til hele sygeforløbet frem til tilkendelsen af førtidspension fra den 1. december 2007. Der er ikke oplyst tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at det var muligt på et tidligere tidspunkt end den 1. december 2007 at skønne over størrelsen af As erhvervsevnetab som følge af patientskaden, jf. erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1. A har derfor krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste som påstået i perioden fra den 1. maj 2003, hvor hendes ansættelse med fuld løn ophørte, til den 1. december 2007.

Højesteret tager herefter As subsidiære påstand 1 samt påstand 2 til følge som nedenfor bestemt.

Under hensyn til sagens udfald og arbejdets omfang skal Patientskadeankenævnet betale 75.000 kr. i sagsomkostninger for Højesteret. Sagsomkostningsbeløbet skal indbetales til Højesteret, der efter dækning af udgifterne til fri proces afregner med retshjælpsforsikringen.

**Thi kendes for ret:**

Patientskadeankenævnet skal anerkende, at As varige erhvervsevnetab som følge af patientskaden opstået den 30. juli 2002 udgør 25 % med virkning fra den 1. december 2007.

Patientskadeankenævnet skal anerkende, at A er berettiget til tabt arbejdsfortjeneste fra den 1. maj 2003 til den 1. december 2007 i anledning af patientskaden opstået den 30. juli 2002.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Patientskadeankenævnet inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse betale 75.000 kr., som indbetales til Højesteret. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.