805/08

Den 20. oktober 2008 blev i sag nr. 73.339:

xxx xxxx xxxxxx
xxxxxxxxx xxx
xxxx xxxxxxxxxx

mod

Vestjylland Forsikring gs.
Bredgade 17-21
6920 Videbæk

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har retshjælpsforsikring i Vestjylland Forsikring gs., klager ved sin advokat over selskabets afslag på retshjælpsdækning til en retssag mod Patientskadeankenævnet.

Klagerens advokat har anlagt sag mod Patientskadenævnet med påstand om forhøjelse af méngrad og erhvervsevnetab, efter at klageren i 1998 og 1999 blev fejlbehandlet på H. Centralsygehus. Ved stævning af 20/9 2007 har advokaten nedlagt følgende påstande:

"1. Sagsøgte tilpligtes at anerkende at sagsøger ved skaden, omfattet af sagsøgtes afgørelse af 20. juni 2005 under journalnummer … har pådraget sig et varigt mén på 80 %.
Subsidiært en lavere méngrad efter Rettens skøn, dog over 25 %.

2. Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at sagsøger ved skaden har pådraget sig et erhvervsevnetab på 1/3.
Subsidiært et mindre erhvervsevnetab ved Rettens skøn, dog over 15 %."

Klagerens advokat har over for nævnet bl.a. bemærket, at klagerens erhvervsevnetab skal opgøres i henhold til den dagældende § 8 i erstatningsansvarsloven.

Selskabet har afvist at yde dækning med henvisning til retshjælpsforsikringsbetingelsernes § 2, stk. 3, og § 5, stk. 1., hvorefter omkostninger, der ikke er afholdt med rimelig grund, ikke er dækningsberettigende.

Ved afgørelse af 21/3 2007 traf Patientskadenævnet afgørelse i sagen. I afgørelsen hedder det bl.a.:

"Begrundelse for Patientskadeankenævnets afgørelse:
Da sagen vedrører spørgsmål om skader indtruffet før den 1. januar 2007 finder den dagældende lov om patientforsikring anvendelse, jf. § 63, stk. 2, nr. 2, i sundhedsvæsenets klage- og erstatningslov.

Efter patientforsikringslovens § 5, stk. 1, fastsættes erstatning og godtgørelse efter reglerne i erstatningsansvarsloven. Da patientskaden er indtrådt før den 1. juli 2002, finder erstatningsansvarsloven anvendelse i den dagældende affattelse.

Varigt mén
Godtgørelse for varigt mén fastsættes efter erstatningsansvarslovens § 4 under hensyn til skadens medicinske art og omfang og de forvoldte ulemper i skadelidtes personlige livsførelse, idet méngraden fastsættes efter forholdene på det tidspunkt, hvor skadelidtes helbredstilstand blev stationær. Ved en méngrad på under 5 procent ydes der dog ingen godtgørelse, og der ydes alene godtgørelse for den del af det varige mén, der skyldes patientskaden.

Patientskadeankenævnet finder, at der som følge af patientskaden er påført P.V.T.J. et varigt mén på 25 procent som fastsat af Patientforsikringen. Nævnet har herved lagt vægt på oplysningerne i speciallægeerklæringen af 4. november 2005, hvoraf det fremgår, at P.V.T.J.'s forcerede ekspirationsvolumen er reduceret til 57 %. Endvidere er der lagt vægt på, at han er begrænset i fysisk aktivitet, og at han i det daglige let kommer til at lide af åndenød.

Der ydes en godtgørelse på 3.210 kr. pr. méngrad. Patientskadeankenævnet kan således tiltræde, at Deres klient er berettiget til en godtgørelse for varigt mén på 80.250 kr. med tillæg af renter.

For så vidt angår Deres anbringende i klagen af 5. september 2006 om, at mén-graden bør fastsættes til de maksimale 120 procent fratrukket 40 procent for grundlidelsen, svarende til et mér-mén på 80 procent som følge af patientskaden, bemærkes, at Deres klient havde en nedsat lungefunktion ved lungefunktionsundersøgelsen i 1998. Noget af nedsættelsen skyldtes uden tvivl skade, der ikke kunne gøres god igen selv med optimal medicinering. Lungebilledet viste emfysem, der er en lungesygdom, som ikke står til at helbrede. En del af påvirkningen kunne være bedret på medicinsk behandling i form af binyrebarkhormon. I forhold til Arbejdsskadestyrelsens mén-tabel ligger den sidste objektivt foretagne måling (2002) i funktionsgruppe 2, svarende til en mén-grad på 20 procent. I udgangspunktet i 1998 var Deres klient ligeledes i funktionsgruppe 2; men det kan ikke afvises, at han ville have været bedre end 69 procent funktion med korrekt medicinering, og derfor måske i gruppe 1 svarende til en méngrad på mindre end 5 procent. På den baggrund finder nævnet, at en méngrad på 25 procent som følge af patientskaden er yderst rimelig.

Tabt arbejdsfortjeneste
Ifølge erstatningsansvarslovens § 2 fastsættes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for tiden fra skadens indtræden, indtil skadelidte kan begynde at arbejde igen, eller helbredstilstanden er blevet stationær. I erstatningen fradrages løn under sygdom, dagpenge fra arbejds-

giver eller kommunalbestyrelsen og forsikringsydelse, der har karakter af en virkelig skadeserstatning, samt lignende ydelser til den skadelidte.

Patientskadeankenævnet kan tiltræde, at P.V.T.J. ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste. Nævnet har lagt til grund, at Deres klient har modtaget førtidspension siden 1980'erne, og at det må antages, at førtidspension i henhold til lov om social pension skal fradrages i kravet på tabt arbejdsfortjeneste.

Erhvervsevnetab
Nævnet har lagt til grund, at det er en betingelse for at yde erstatning i henhold til erstatningsansvarslovens § 8, at skadelidte forud for skaden i det væsentlige udnyttede sin erhvervsevne på en måde, som ikke eller kun i begrænset omfang medførte erhvervsindtægt. Nævnet har lagt vægt på, at Deres klient gik hjemme, siden han fik tilkendt førtidspension i midten af 1980'erne. Endvidere er der lagt vægt på oplysningerne om Deres klients arbejde i hjemmet og hans lejlighedsvise, ulønnede assistance på en højskole. På den baggrund finder nævnet det ikke dokumenteret, at P.V.T.J. opfylder betingelsen for at yde erstatning efter erstatningsansvarslovens § 8."

Klagerens advokat har i sin klage til nævnet af 31/1 2008 bl.a. anført:

"Det bemærkes særligt at der bør gives retshjælpsforsikringsdækning til sagen, idet patientskadeankenævnet i bilag … anfører 'nævnet har lagt til grund, at det er en betingelse for at yde erstatning i henhold til erstatningsansvarslovens § 8, at skadelidte forud for skaden i det væsentlige udnyttede sin erhvervsevne på en måde, der ikke eller kun i begrænset omfang medførte erhvervsindtægt. Nævnet har lagt vægt på, at Deres klient gik hjemme siden han fik tilkendt førtidspension i midten af 1980-erne. Endvidere er der lagt vægt på oplysninger om Deres klients arbejde i hjemmet og hans lejlighedsvis ulønnede assistance på en højskole.'

Der er således enighed om at min klient forud for skaden havde en resterhvervsevne samt at han udnyttede denne, dog ikke til lønnet beskæftigelse. Og det gøres på denne baggrund gældende, at min klient netop er omfattet af erstatningsansvarslovens § 8, da han forud for skaden havde en erhvervsevne som han nu udnyttede på en måde som ikke medførte erhvervsindtægt.

Modparten konkluderer imidlertid på samme baggrund at det ikke skulle være dokumenteret at min klient opfylder betingelsen for at modtage erstatning efter erstatningsansvarslovens § 8. Modpartens argumentation ses således at være modstridende, idet modparten indledningsvis helt korrekt ligger de forhold til grund som gør at min klient netop er omfattet af erstatningsansvarslovens § 8, men efterfølgende konkluderer, at det ikke skulle være tilfældet.

Dette spørgsmål er helt nødvendigt at få afprøvet i retten, hvorfor min klient allerede på nuværende tidspunkt har anlagt sagen i retten og jeg beder Dem afgøre nærværende klage til min klients fordel, således at retshjælpsforsikringstilsagnet gives til sagen.

Af Kammeradvokatens svarskrift af 3/1 2008 fremgår bl.a.:

"**Påstande**

Principalt: Afvisning.
Subsidiært: Frifindelse.

Supplerende sagsfremstilling
Ved sagsøgtes afgørelse af 20. juni 2005 (bilag …) blev sagsøger anset for at være påført en erstatningsberettigende skade som følge af mangelfuld diagnose, jf. patientforsikringslovens § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 1. Den mangelfulde diagnose medførte, at sagsøgers ene lunge måtte fjernes. Lungen kunne, hvis diagnose havde været stillet rettidigt, have været behandlet medicinsk. Den medicinske behandling ville dog ikke have medført en fuldstændig helbredelse af lungen.

Ved Patientforsikringens afgørelse af 27. juni 2006 (bilag …) blev sagsøger tilkendt godtgørelse for 25 % varigt mén med 80.250 kr. og for svie og smerte med 33.320 kr., begge beløb med tillæg af renter. Samtidig blev der truffet afgørelse om, at sagsøger ikke var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste eller tab af erhvervsevne.

Det fremgår af speciallægekonsulent P.E.M.'s erklæring af 24. januar 2007 (bilag …), at sagsøger ved lungefunktionsundersøgelsen i 1998 havde en nedsat lungefunktion, og at noget af denne nedsættelse uden tvivl skyldes skade, der ikke kunne gøres godt igen selv med optimal medicinering. Lungebilledet viste emfysem, der er en lungesygdom, der giver nedsat lungefunktion, og som ikke står til at helbrede. En del af påvirkningen kunne være bedret på medicinsk behandling i form af binyrebarkhormon.

Sagsøgte tiltrådte ved afgørelse af 21. marts 2007 Patientforsikringens afgørelse af 27. juni 2006 (bilag …).

Sagsøgte lagde i relation til spørgsmålet om varigt mén bl.a. vægt på, at det i en speciallægeerklæring af 4. november 2005 (bilag …) fremgår, at sagsøgers forcerede ekspirationsvolumen er reduceret til 57 %, ligesom sagsøgte lagde vægt på, at sagsøger er begrænset i fysisk aktivitet, og at sagsøger i det daglige let kommer til at lide af åndenød.

Under henvisning til Arbejdsskadestyrelsens mén-tabel fastsatte sagsøgte herefter méngraden til 25 %.

Vedrørende spørgsmålet om erhvervsevnetab har sagsøgte lagt til grund, at det er en betingelse for at yde erstatning i henhold til erstatningsansvarslovens § 8, at skadelidte forud for skaden i det væsentlige udnyttede sin erhvervsevne på en måde, som ikke eller kun i begrænset omfang medførte erhvervsindtægt. Sagsøgte har i den forbindelse lagt vægt på, at sagsøger havde gået hjemme siden han i midten af 1980'erne blev tilkendt førtidspension. Sagsøgte har endvidere lagt vægt på sagsøgers arbejde i hjemmet og sagsøgers lejlighedsvise, ulønnede assistance på en højskole. Sagsøgte har herefter ikke fundet, at sagsøger opfylder betingelserne for at modtage erstatning efter erstatningsansvarslovens § 8.

Sagsøger har gjort gældende, at sagsøger har udnyttet sin resterhvervsevne, blot ikke til indtægtsgivende arbejde. Sagsøger opfordres (A) til at fremlægge dokumentation for det af sagsøger udførte ulønnede frivillige arbejde, som er beskrevet i sagsøgers skrivelse af 21. november 2006 (bilag …).

Anbringender
Det må ved bevisbedømmelsen tages i betragtning, at sagsøgte 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 en særlig erfaring i at bedømme sager - herunder om udmåling af erstatning - efter patientforsikringsloven, og at der derfor skal være et sikkert grundlag for at tilsidesætte afgørelsen. Det gøres overordnet gældende, at sagsøger ikke har ført bevis herfor.

Stævningen indeholder heller ikke nye oplysninger eller dokumentation i forhold til grundlaget for sagsøgtes afgørelse, og stævningen giver derfor ikke i sig selv grundlag for at rejse tvivl om rigtigheden af sagsøgtes afgørelse.

Erstatning og godtgørelse efter patientforsikringsloven skal fastsættes efter reglerne i erstatningsansvarsloven, jf. lovens § 5, stk. 1. Forsikringsdækningen efter patientforsikringsloven dækker alene følgerne af patientskaden og ikke den del af følgerne, der hidrører fra skadelidtes grundlidelse.

Til støtte for påstanden om frifindelse over for sagsøgers påstand 1 gøres det gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 21. marts 2007 (bilag …), hvorefter sagsøgers varige mén som følge af patientskaden udgør 25 %, og at den ved afgørelsen udmålte godtgørelse dækker sagsøgers krav på méngodtgørelse som følge af den anerkendte patientskade.

Der lægges herved vægt på, at sagsøgte med rette har fastsat det varige mén under hensyntagen til, dels at sagsøger på skadetidspunktet havde en nedsat lungefunktion, som delvis skyldes skade, der ikke kunne gøres god igen selv med optimal medicinering, dels de lægelige oplysninger i sagen om sagsøgers ekspirationsvolumen. Det lægeligt konstaterede varige mén er herefter i overensstemmelse med Arbejdsskadestyrelsens mén-tabel fastsat til 25 %.

Til støtte for den principale påstand om afvisning over for sagsøgers påstand 2 gøres det gældende, at sagsøger ikke har retlig interesse i at få fastslået, hvorvidt erhvervsevnetabet på baggrund af skaden kan fastsættes til 1/3 eller et mindre erhvervsevnetab efter Rettens skøn, dog over 15 %.

Der lægges herved vægt på, at sagsøgte ikke har truffet afgørelse om størrelsen af sagsøgers erhvervsevnetab, og at der derfor ikke er nogen afgørelse, som kan gøres til genstand for prøvelse.

Der lægges videre vægt på, at sagsøger gør gældende, at sagsøger er omfattet af erstatningsansvarslovens § 8. Erstatning for erhvervsevnetab, som udmåles efter erstatningsansvarslovens § 8, fastsættes imidlertid på grundlag af ménprocenten. En bedømmelse af erhvervsevnetabets størrelse efter bestemmelserne i erstatningsansvarslovens §§ 5-7 er derfor uden relevans for sagens afgørelse.

Til støtte for den subsidiære påstand om frifindelse over for sagsøgers påstand 2 gøres det gældende, at der intet grundlag er for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse, hvorefter betingelserne for at yde erstatning efter erstatningsansvarslovens § 8 ikke er opfyldte.

Der lægges herved vægt på, at sagsøger ikke har dokumenteret, at sagsøger har udnyttet sin resterhvervsevne i et sådant omfang, at sagsøger derved er omfattet af erstatningsansvarslovens § 8."

Klagerens advokat har i replik af 18/3 2008 bl.a. anført:

"**SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING:**
Sagsøgte nævner i sit svarskrift P.E.M.'s erklæring i bilag … hvor P.E.M. i sin lægelige vurdering lægger til grund, at sagsøger skulle være i funktionsgruppe 2 i 1998 blot fordi han i 2002 var i funktionsgruppe 2. Af bilag … fremgår, at P.E.M. ikke har nogen aktuel måling der ligger forud i tid end 2002. Som bilag … vedlægges kopi af sammenfatning af oplysnin-

ger vedrørende sagsøger fra Embedslægeinstitutionen R. Amt, hvor det under punkt 2, hændelsesforløb, fremgår at sagsøger på henvendelsestidspunktet, 1998, kun udviste lette tegn på emfysem. Det gøres på denne baggrund gældende, at sagsøgers tilstand i 1998 var væsentlig bedre end forudsat af P.E.M. i bilag … hvorfor sagsøgers varige méngrad, grundet skaden, er større end forudsat af P.E.M. i bilag …

På sagsøgtes opfordring fremlægges som bilag … kopi af brev af 5. oktober 2007 fra Frikirken i B., hvoraf fremgår, at sagsøger har hjulpet med istandsættelse af en forstanderbolig samt udøvet andet forefaldende ulønnet arbejde i perioden 1990 - 1993. Som bilag ... vedlægges kopi af erklæring af 26. september 2007 fra Frikirken i B., hvoraf fremgår, at sagsøger i sommeren 1993 på ny udførte ulønnet arbejde, denne gang i form af medhjælp ved istandsættelse af hus. Som bilag … vedlægges bekræftelse udarbejdet af J.J., hvoraf fremgår, at sagsøger i 1992 på ny ulønnet har hjulpet med istandsættelse af en lejlighed. Det bemærkes, at det ulønnede udførte arbejde ikke er let, men fysisk hårdt arbejde, hvilket på grund af skaden nu er umuliggjort.

Hertil kommer, at sagsøger, før skaden, hjalp meget til med husarbejdet i hjemmet samt hold af haven, hvilket efter skaden ikke længere er muligt. Endvidere havde sagsøger et sommerhus, som han efter skaden blev nødt til at sælge, idet han ikke længere kunne passe det.

Med hensyn til sagsøgtes anbringender gøres det gældende, at retten er fuld kompetent til at træffe afgørelse i nærværende sag og at sagsøgtes afgørelse ikke umiddelbart skal lægges til grund, med mindre sagsøger kan føre bevis for andet, idet rettens behandling af sagen fordrer at retten selv træffer afgørelse i sagen. Det bemærkes, at de fremlagte bilag … eksempelvis ikke har været forelagt sagsøgte. Der er således grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse både f.s.v.a. méngrad og erhvervsevnetabserstatning."

Ved skrivelse af 21/11 2006 til Patientskadeankenævnet har klageren om udnyttelsen af sin resterhvervsevne bl.a. anført:

"Jeg vil hermed uddybe nærmere, hvorfor jeg har fravalgt at have fast erhvervsarbejde. Patientforsikringen er gået ud fra, at jeg som førtidspensionist, ikke har haft nogen erhvervsevne tilbage, og det er først nu at det er gået op for mig at det måske kan have en væsentlig betydning, derfor har jeg vedlagt dette brev.
Da jeg i 1985 fik tilkendt mellemste førtidspension og begyndte at gå hjemme, begyndte jeg at overtage stort set alt vedr. det huslige, samt havearbejde, pga. at min kone havde fuldtidsarbejde og at hendes ryg skulle skånes. I 1991 blev hendes ryg så dårlig, at hun blev tilkendt mellemste førtidspension pga. alvorlig slidgigt, og hun var ikke i stand til at arbejde længere. …
Da jeg mistede lungen i nov. 2001 var det slut med al fysik aktivitet, og hjælp til det mest nødvendige arbejde har vi betalt andre for, bortset fra enkelte venners hjælp, samt min datter og svigersøn, som har været særdeles hjælpsomme. Sommerhuset blev solgt, pga. at jeg ikke kunne passe udlejningen og vedligeholdelsen længere. Min sejljolle fik min svigersøn som tak for hjælp.
Udover de aktiviteter som jeg er stoppet med og som ikke er nævnt i Overlæge E.M.'s specieludtalelse på side 4 i afsnittet nuværende, er her nogle flere som jeg senere er kommet i tanke om: Vandreture, sejle, stavgang, hundetræning, trompetspil og frivilligt arbejde.
Når jeg vender mig i sengen, vågner jeg med spændinger i nakken pga. luftmangel og er som regel længe om at falde i søvn. Ligeledes er jeg stadig i behandling for en depression, som jeg fik efter operationen og som gjorde at jeg ikke turde være alene.

7. 73.339

Da jeg boede i B., var jeg medlem af en frikirke, hvortil der var tilknyttet en højskole. Der var udsendt mange missionærer fra kirken og når de vendte hjem, hjalp jeg med at gøre deres bolig i stand. Ligeledes hjalp jeg med istandsættelse af højskolen, samt andet. Alt sammen var ulønnet arbejde."

Nævnet udtaler:

Nævnet finder efter sin gennemgang af sagen, at der består en sådan tvivl om, hvorvidt klagerens erhvervsevnetab skal opgøres efter den dagældende erstatningsansvarslovs § 8, at selskabet er forpligtet til at yde retshjælpsdækning til dette spørgsmål.

Hvad angår fastsættelsen af klagerens méngrad finder nævnet ikke at kunne kritisere, at selskabet har afvist at yde retshjælpsdækning. Nævnet kan derfor ikke pålægge selskabet at yde retshjælpsdækning hertil.

Som følge af det anførte

b e s t e m m e s :

Selskabet, Vestjylland Forsikring gs., skal yde klageren retshjælpsdækning vedrørende spørgsmålet, om klagerens erhvervsevnetab skal henføres til den dagældende § 8 i erstatningsansvarsloven.

Klagen i øvrigt kan ikke tages til følge.

J. Hermann