

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 22. febrúar 2019 í máli nr. E-2460/2017:

A

(Guðni Á. Haraldsson lögmaður)

gegn

Vátryggingafélagi Íslands hf.

(Einar Baldvin Axelsson lögmaður)

Mál þetta, sem var dómtekið 23. janúar 2019, er höfðað 21. júlí 2017 af A, skráðum til heimilis í [...] Danmörku, gegn B, [...], C, [...], D, [...], Vátryggingafélagi Íslands hf., Ármúla 3 í Reykjavík, E, [...] og Tryggingamiðstöðinni hf., Síðumúla 24 í Reykjavík.

Endanlegur dómkröfur stefnanda er þær að stefndi Vátryggingafélag Íslands hf. greiði honum „kr. 22.792.720 með 4,5% vöxtum af kr. 1.055.210 frá 31. október 2007 til 1. maí 2010 og frá þeim degi af kr. 1.395.805 til 15. janúar 2017, en með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu, frá þeim degi til greiðsludags, og með vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 af kr. 4.139.678 frá 1. maí 2010 til 1. júní 2016, og af kr. 21.396.915 frá þeim degi til þingfestingardags, en með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags“. Stefndi krefst einnig málskostnaðar úr hendi stefnda eins og mál þetta væri eigi gjafsóknarmál.

Stefndi krefst aðallega sýknu, en til vara að krafan verði lækkuð. Þá krefst hann málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Með úrskurði 13. apríl 2018 var fyrstu aðalkröfu, annarri aðalkröfu og annarri varakröfu stefnanda vísað frá dómi. Stendur því eftir fyrsta varakrafa stefnanda sem beinist eingöngu gegn stefnda Vátryggingafélagi Íslands hf.

Við fyrirtöku málsins 4. október 2018 var sakarefni þess skipt samkvæmt 1. mgr. 31. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála þannig að fyrst yrði dæmt um þann ágreining aðila hvort krafa stefnanda í málinu væri fyrnd. Málið var flutt um þetta atriði og dómtekið 23. janúar sl., eins og áður er getið.

Gætt var ákvæða 115. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, áður en dómur var kveðinn upp.

I

Málsatvik

Helstu málavextir eru þeir að stefndi slasaðist á vinstra hné sumarið 2003 þegar hann var að spila fótbolta. Í september það ár leitaði hann til B bæklunarlæknis vegna meiðsla sinna. Framkvæmd var segulómun 6. október og

speglun á hné 29. sama mánaðar, sem sýndi að fremra krossbandið var rifið og að rifa var í ytri liðþófa. Stefnandi leitaði á ný til B í nóvember 2003 og júlí 2004 og fann enn fyrir óþægindum. Segulómun var endurtekin 8. júlí 2004 og var stefnanda gerð grein fyrir niðurstöðum. Stefnandi leitaði á ný til læknisins í ágúst 2007 og mun hafa verið ákveðið að framkvæma krossbandsaðgerð. Aðgerðin fór fram 31. október 2007 og var hún framkvæmd af B og læknum E. C sjúkraþjálfari hitti stefnanda fjórum klukkustundum eftir aðgerðina og ráðlagði honum um æfingar. Stefnandi kom næst í tíma hjá sjúkraþjálfaranum 5. og 8. nóvember 2007. Æfingar fóru meðal annars fram í tækjasal og var honum leiðbeint um hvernig þeim skyldi hagað. Stefnandi mætti jafnframt til sjúkraþjálfarans 20. og 27. nóvember, 5. og 19. desember 2007, sem og 9. og 23. janúar og 6. febrúar 2008. Stefnandi kveðst hafa hætt sjúkraþjálfun í febrúar 2008 þar sem árangur lét á sér standa. Með tölvubrési 13. maí 2008 óskaði stefnandi þó eftir nýjum tíma hjá sjúkraþjálfaranum sem fyrst og tók fram að illa hefði gengið að ná bata, heyrst hefði smellur í hnénu á meðan hann gerði hnéæfingar og hefði hnéð verið bólgið síðan. Af þessu tilefni hitti stefnandi sjúkraþjálfarann 15. maí 2008 og var það í síðasta skipti sem hann mætti til hennar. Hann hafði samband við sjúkraþjálfarann með tölvubrési 28. maí 2008 og óskaði ráðlegginga. Hún svaraði með tölvubrífum 29. maí og 3. júní sama ár og ráðlagði stefnanda meðal annars að hafa samband við lækni.

Stefnandi fór í skoðun hjá B 19. júní og 11. júlí 2008 og kvartaði undan óþægindum við hné. Teknar voru röntgenmyndir og gerð segulómun. Í stefnu er því lýst að stefnandi hafi flust til Danmerkur haustið 2008 og mun hann hafa leitað til lækna þar. Vorið 2009 leitaði stefnandi til F, sérfræðings í bæklunarskurðlækningum, sem starfar í Danmörku. Við skoðun hjá læknum kom meðal annars í ljós að krossband í hné stefnanda var slitið og fór hann í aðgerðir 6. maí og 23. júní 2009. Þá fór stefnandi í aðgerð vegna slitins semitendinosus vöðva 5. nóvember 2009. Nokkru eftir aðgerðina slitnaði gracialis vöðvi og leitaði stefnandi til finnska bæklunarskurðlæknisins G sem framkvæmdi samtals tíu aðgerðir á stefnanda á þremur árum. Jafnframt liggur fyrir að stefnandi leitaði nokkrum sinnum til F frá apríl 2010 til júní 2012. Þá hefur hann gengist undir frekari aðgerðir, svo sem í Þýskalandi í september 2014 og síðar í Englandi.

Stefnandi sendi tjónstilkynningu í sjúklingatryggingu D hjá stefnda vegna ætlaðra mistaka við sjúkraþjálfun 30. apríl 2009. Sjúkdómslýsing var svohljóðandi: „Slitinn Semitendinosus vöðvi (Bólga, vöðvarýrnun, mikill óstöðugleiki í hné, dofi í il og tám.“ Þá kom fram að stefnandi hefði leitað til danska læknisins F og var sjúkdómsgreiningu lýst með eftirfarandi hætti: „Slitinn Semitendinosus vöðvi, laust krossband (þarf að fá nýtt krossband).“ Með bréfi 14. september 2009 óskaði stefndi eftir frekari gögnum og upplýsingum frá lögmanni stefnanda til þess að unnt

væri að taka afstöðu til bótaskyldu. Lögmaður stefnanda sendi stefnda 21. september 2009 gögn frá læknum F og tók fram að stefnandi hefði gengist undir aðgerð hjá honum um sumarið. Með tölvubréfi 18. nóvember 2009 tilkynnti stefndi lögmanni stefnanda að váttryggingafélagið teldi bótaskyldu ekki vera fyrir hendi úr sjúklingatryggingu D. Tveimur dögum síðar tilkynnti lögmaðurinn að stefnandi hefði afturkallað umboð hennar.

Stefndi sendi stefnanda tölvubréf 2. desember sama ár og tók fram að félagið teldi fyrirbyggjandi gögn ekki sýna fram á bótaskyldu í málinu. Aftur á móti var lagt til að málinu yrði vísað til landlæknis eða að aðilar stæðu sameiginlega að því að fá álit óháðs sérfræðings á því hvort meðferð hefði verið hagað með faglega réttum hætti. Stefnandi svaraði með tölvubréfi 9. desember 2009 og tók fram að þörf væri á óháðum sérfræðingi til að meta endurhæfingu hjá D og væri nauðsynlegt að leita til sérfræðings sem hefði reynslu af vöðvaslitum í aftara læri. Vildi hann leita til finnsks sérfræðings og tók fram að vöðvaslit í aftara læri orsakaðist af „agressívri endurhæfingu“ eins og hann hefði sætt hjá D. Í tölvubréfi stefnda sem sent var samdægurs kom fram að félagið gæti ekki fallist á að standa straum af kostnaði við að afla álits erlends sérfræðings. Upplýst var að þegar fyrir liggja að máli sem varði sjúklingatryggingu verði beint til landlæknis sé „venjulega beðið með að taka afstöðu til bótaskyldu þar til það álit liggur fyrir. Er það vegna vægis slíks álits fyrir mat á bótaskyldu.“

Það liggur fyrir að stefnandi hafði þegar á þessu stigi beint kvörtun til embættis landlæknis. Hann sendi 10. febrúar 2009 bréf til embættisins vegna meintra mistaka sem hann taldi hafa orðið við krossbandsaðgerðina 31. október 2007 og við sjúkraþjálfun C. Þar var meðal annars gerð athugasemd við að sjúkraþjálfarinn hefði sagt honum að gera ýmsar styrktaræfingar og tekið fram að samkvæmt álit annars sjúkraþjálfara eigi alls ekki að nota lóð í styrktaræfingum á aftara læri fyrstu sex vikurnar eftir aðgerð þar sem sinin sé þá enn í endurgræðsluferli. Því var nánar lýst að ítrekuð mistök hefðu verið gerð í greiningu og meðhöndlun vandans af hálfu sjúkraþjálfarans. Nánari skýringar bárust í bréfum stefnanda til embættisins frá 15. júní 2009 og 8. júní 2010. Kom meðal annars fram í síðargreindu bréfi að danski læknirinn F, sem hafi mikla þekkingu á krossbandsaðgerðum og endurhæfingu, hafi hvorki talið endurhæfingu sjúkraþjálfarans vera viðurkennda né viðeigandi. Hafi alvarlegustu mistök falist í of miklu álagi á aftari hluta læris of snemma og væri danski læknirinn ekki í nokkrum vafa um að endurhæfingin væri skaðleg og gæti hafa átt þátt í að vöðvinn slitnaði. Jafnframt vísaði stefnandi til þess að hann hefði talað við fjölda bæklunarlækna og sjúkraþjálfara í Evrópu og Bandaríkjunum sem hafi sammælt um að virka endurhæfingu á aftari hluta læris eigi ekki að hefja fyrr en í fyrsta lagi sex til tíu vikum eftir aðgerð. Þá var tekið fram að stefnandi hefði

leitað til finnska læknisins G sem hefði mikla reynslu af vöðvaslitum í aftari hluta læris. Síni svar hans að endurhæfing hefði verið „kolröng“ og að þetta geti leitt til vandamála í aftari hluta læris með tíðni vöðvaslits upp á 1-2 af 100 krossbandsaðgerðum. Með bréfi stefnanda til embættisins 16. mars 2010 áréttaði hann meðal annars athugasemdir við fyrirkomulag sjúkraþjálfunar og vísaði til þess að núverandi sjúkraþjálfari hans teldi endurhæfingu á borð við þá sem hann fékk vera bannaða í Danmörku. Þá tók hann fram í bréfi til embættisins 25. apríl sama ár að það væri mat finnska læknisins G að æfingar hefðu verið hafnar of snemma og geti ofþjálfun leitt til veikingar vöðva um alla tíð þó ekki komi til vöðvaslit. Þá lýsti hann ýmsum frekari athugasemdum vegna sjúkraþjálfunarinnar og greinargerðar sjúkraþjálfarans til landlæknis. Meðal gagna málsins er tölvubréf finnska læknisins frá 7. desember 2009 þar sem fram kom að ástæða slita af því tagi sem stefnandi lýsi hafi í þeim tilvikum sem læknirinn þekki verið of miklar teygjur og of kröftug sjúkraþjálfun á aftanverðu læri. Megi að jafnaði ekki þjálfra aftanvert lærið af krafti í tvo mánuði eftir skurðaðgerð. Jafnframt liggur fyrir yfirlýsing sama læknis frá 14. maí 2011 þar sem meðal annars kom fram að nánar tilgreindir kvillar eftir skurðaðgerð á fremra krossbandi gætu komið fram eftir of kröftuga endurhæfingu, sjúkraþjálfun og teygjur.

Með álitum landlæknis 22. mars 2011 var komist að þeirri niðurstöðu að ekki yrði séð að um vanrækslu eða mistök við veitingu heilbrigðisþjónustu hefði verið að ræða. Því til stuðnings var meðal annars vísað til umsagnar H, sérfræðings í bæklunarskurðlækningum, á sjúkraþjálfuninni. Í kjölfar kæru stefnanda var málið endurupptekið og komst landlæknisembættið að sömu niðurstöðu með álitum frá 22. nóvember 2011. Stefnandi kærði málsmeðferðina á ný til velferðarráðuneytisins og með úrskurði 30. ágúst 2012 vísaði ráðuneytið málinu aftur til landlæknis til útgáfu rökstudds álits. Við vinnslu nýs álits leitaði embættið umsagnar I, yfirlæknis við [...], og J, sérfræðings í bæklunarsjúkraþjálfun. Umsögn J lá fyrir 2. febrúar 2013 og var send stefnanda 22. sama mánaðar. Þar kom meðal annars fram að hann teldi að of geyst hefði verið farið í mótstöðuæfingar eftir aðgerðina, en að sú aðferð sem var beitt hefði ekki beinlínis verið byggð á mistökum eða vanrækslu. Hins vegar mætti gagnrýna sambandsleysi meðferðaraðila og takmarkaðar upplýsingar frá lækni um hugsanlega fylgikvilla eftir aðgerð. Að öllu virtu hafi verið staðið rétt og fagmannlega að sjúkraþjálfuninni og hafi endurhæfingaráætlun verið í samræmi við það sem almennt tíðkaðist. Umsögn I frá 30. júní 2013 var send stefnanda með bréfi 22. júlí 2013 og var þar meðal annars fjallað um sjúkraþjálfun eftir aðgerð. Þar kom fram að æfingar virtust talsvert hefðbundnar og þó að talsverður þungi hefði verið lagður á æfingar á aftanverðu læri væri það tæplega meira en tíðkaðist. Þar sem árangur hefði látið á sér standa hefðu sjúkraþjálfari og læknir átt að halda

fund, en það hafi ekki verið gert og virðist sjúkraþjálfun einfaldlega hafa verið hætt sem sé ámælisvert. Þá sagði meðal annars: „Hvað varðar möguleika til sjúkraþjálfunar tel ég að hún hafi eiginlega aldrei verið til staðar, þar sem „mekaníkin“ (bio-mekanik) gaf aldrei slíka möguleika, vegna staðsetningar krossbandsins eftir aðgerð. Ég get þar með ekki sagt að æfingakerfið hafi verið rangt, eða rangt að því farið.“ Með álitni landlæknis 30. september 2014 var komist að þeirri niðurstöðu að ekki hefðu orðið mistök eða vanræksla við veitingu heilbrigðisþjónustu í aðgerð stefnanda eða sjúkraþjálfun í kjölfarið. Tekið skal fram að málið var endurupptekið í kjölfar kæru stefnanda til velferðarráðuneytisins. Með álitni sem sent var stefnanda 16. ágúst 2017 var enn á ný komist að þeirri niðurstöðu að ekki hefðu orðið mistök eða vanræksla við sjúkraþjálfun í kjölfar aðgerðarinnar.

Stefnandi óskaði í október 2013 eftir afstöðu stefnda og Tryggingamiðstöðvarinnar hf. til bótaskyldu vegna aðgerðarinnar og eftirfarandi sjúkraþjálfunar. Með tölvubréfi stefnda 19. desember 2013 var bótaskylda úr sjúklingatryggingu læknisins B hjá stefnda viðurkennd. Fram kom að viðurkenningin væri byggð á fyrrgreindu álitni I. Þá sagði orðrétt: „Með vísan til álits I er hafnað bótaskyldu úr sjúklingatryggingu K og sjúklingatryggingu D.“ Fram kom að félagið teldi tímabært að meta afleiðingar sjúklingatryggingaratburðarins og vænti þess að samráð yrði haft um matsmenn. Í bréfi Tryggingamiðstöðvarinnar hf. frá 18. desember 2013 kom fram að félagið teldi líkur á að krafa í sjúklingatryggingu E læknis vegna aðgerðarinnar væri fyrnd, en að félagið væri samt sem áður tilbúið til að standa að mati á því tjóni sem um ræðir.

Af hálfu stefnanda, stefnda og Tryggingamiðstöðvarinnar hf. var 19. maí 2014 óskað eftir sérfræðimati, sbr. 10. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993, vegna krossbandsaðgerðarinnar og eftirfarandi sjúkraþjálfunar. Í matsgerð læknanna, L, M og lögmansins N frá 14. desember 2015 var talið að stefnandi hefði orðið fyrir tjóni vegna aðgerðarinnar, en að eftirfarandi sjúkraþjálfun ætti ekki þátt í þeim afleiðingum sem hann glími við. Þá var talið að stöðugleikapunntur væri 23. desember 2009 þar sem þá hefði verið fullreynt af hálfu stefnanda að ná bata. Þessu til nánari stuðnings var vísað til þess að slit á hálfsinungsvöðva (semitendinosus) og aðgerðir, sem voru framkvæmdar eftir krossbandsaðgerð 23. júní 2009 væru ekki bein afleiðing sjúklingatryggingaratburðarins. Hefðu aðgerðir vegna þessa ekki breytt neinu um gang mála eða niðurstöðu um varanlegar afleiðingar tjónsatburðarins. Væri rétt að ákveða stöðugleikapunnt hálfu ári eftir krossbandsaðgerðina, en þá megi telja eðlilegt og raunhæft að endurhæfing hefði skilað stefnanda í eins gott horf og vera gat. Talið var að varanleg örorka stefnanda væri 10% og varanlegur miski 15 stig.

Tjónið var talið bótaskyld úr sjúklingatryggingum læknanna B og E, sem framkvæmt höfðu krossbandsaðgerðina, og fór fullnaðaruppgjör á bótum fram 22. janúar 2016. Af hálfu stefnanda var gerður fyrirvari sem laut að útreikningi bóta, greiðslum vegna útlagðs kostnaðar og upphæð lögmannsþóknunar. Stefnandi óskaði 8. júlí 2016 eftir álitni örorkunefndar á miskastigi og stöðugleikapunkti. Samkvæmt álitargerð nefndarinnar frá 16. nóvember 2016 var varanlegur miski metinn 25 stig. Stöðugleikapunktur var ákveðinn 1. maí 2010 og tekið fram að á þeim tíma hafi stefnandi jafnað sig á slitum gracialis vöðva og hafi ekki getað vænst frekari bata vegna tjónsatburðar. Af hálfu stefnanda var krafist frekari bóta á þessum grundvelli, en því var hafnað 20. janúar 2016 með vísan til þess að tryggingafélögin hefðu þegar greitt hámarksfjárhæð bóta úr sjúklingatryggingum læknanna B og E. Þá hefðu ekki verið færð rök fyrir því að sjúklingatryggingaratburðurinn væri bótaskyldur samkvæmt reglum skaðabótaréttar, sbr. 7. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu. Mál þetta var höfðað af stefnanda 21. júlí 2017.

II

Helstu málsástæður og lagarök stefnanda

Krafa stefnanda er á því reist að mistök sem falli undir 1. og 3. tölulið 1. mgr. 2. gr. laga nr. 111/2000 hafi verið gerð við sjúkraþjálfun hans eftir krossbandsaðgerðina 31. október 2007. Hafi mistökin falist í röngum leiðbeiningum og rangri meðferð sem hafi leitt til varanlegs líkamstjóns stefnanda. Hafi æfingar sem stefnanda var gert að gera reynt óeðlilega mikið á aftanvert læri of skömmu eftir aðgerð. Þá hafi skortur á skriflegum upplýsingum um æfingar og æfingaálag haft í för með sér aukna hættu á of miklu álagi á vöðva á meðan sínar væru að gróa. Til stuðnings þessu vísar stefnandi meðal annars til skráningar í sjúkraskrá danska læknisins F frá 9. maí 2011 um að endurhæfing hafi verð of harkaleg sem skýrt geti skort á bata og tjón stefnanda, sem og fyrrgreinds tölvubréfs finnska læknisins G frá 7. desember 2009 og yfirlýsingar frá 14. maí 2011. Þá er vísað til umsagnar J sjúkraþjálfara, sem unnin var vegna meðferðar kvörtunar hjá embætti landlæknis, frá 2. febrúar 2013. Jafnframt er vísað til ýmissa fræðiskrifa sem stefnandi telur styðja málalíbúnað sinn. Jafnframt er vísað til þess að sjúkraþjálfari og læknir hafi ekki brugðist við sem skyldi þegar ljóst var að árangur lét á sér standa.

Stefnandi byggir á því að honum hafi ekki mátt vera kunnugt um tjón sitt vegna ófullnægjandi sjúkraþjálfunar fyrr en í fyrsta lagi þegar álit landlæknis 30. september 2013 lá fyrir. Hafi umsögn I þar sem bent var á ófullnægjandi samstarf sjúkraþjálfara og annarra meðferðaraðila verið sent stefnanda 22. júlí 2013. Þá hafi fyrst verið staðfest ábyrgð sjúkraþjálfarans og hafi öflun umsagnarinnar verið liður

í meðferð málsins hjá embætti landlæknis. Geti fyrningarfrestur í fyrsta lagi farið að líða við það tímamark sem umsögnin barst stefnanda, sbr. 19. gr. laga nr. 111/2000.

Jafnframt er byggt á því að miða verði við síðara tímamark þar sem stefndi hafi 19. desember 2013 hafnað bótaskyldu á þeim grunni að mistök hefðu orðið við sjúkraþjálfun. Þá hafi matsmenn hafnað því í matsgerð 14. desember 2015 að eftirfarandi sjúkraþjálfun ætti þátt í afleiðingum sjúklingatryggingaratburðarins. Hafi stefnandi engu að síður haft vitneskju um tjón sitt þegar ljóst var að matsmenn töldu sýnt fram á orsakatengsl á milli aðgerðarinnar og tiltekinna áverka stefnanda. Við munnlegan málflutning skýrði stefnandi nánar að hann teldi að fyrningu hefði verið slitið með kvörtun til landlæknis á árinu 2009, sbr. 16. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda. Hafi málið þá verið lagt til ákvörðunar fyrir stjórnvald sem hafi sérstakt ákvörðunarvald til að ljúka deilu um ágreininginn. Niðurstaða í málinu hafi aftur á móti ekki legið endanlega fyrir fyrr en á árinu 2017 og geti því ekki komið til greina að telja kröfuna fyrnda.

Helstu málsástæður og lagarök stefnda

Stefndi mótmælir því að mistök hafi verið gerð við sjúkraþjálfun stefnanda og telur að ekki séu uppfyllt skilyrði til greiðslu bóta samkvæmt 2. gr. laga nr. 111/2000. Byggt er á því að krafa stefnanda hafi verið fyrnd þegar málið var höfðað 21. júlí 2017, sbr. 19. gr. laga nr. 111/2000. Ráðið verði af dómaframkvæmd að fyrningarfrestur byrji að líða þegar tjónþoli viti eða megi vita að mistök hafi verið gerð og að þau geti leitt til tjóns. Hafi fyrningarfrestur byrjað að líða þegar á árinu 2009, en stefnandi hafi á þeim tíma vitað um hin meintu mistök við sjúkraþjálfun og afleiðingar þeirra. Hafi hann á þeim tíma kvartað til landlæknis vegna meintra mistaka við sjúkraþjálfun og sent tölvubréf til sjúkraþjálfarans þar sem henni var kennt um ástand hans. Þá hafi hann sent tjónstilkynningu í sjúklingatryggingu D hjá stefnda í september 2009 og síðar á því ári fengið upplýsingar um þá afstöðu félagsins að bótaskylda væri ekki fyrir hendi. Beri að beita hlutlægum mælikvarða og hafi í dómaframkvæmd til að mynda verið litið þess hvenær tjónþoli hafi sótt um bætur á grundvelli laga nr. 111/2000, hvenær heilsufar tjónþola hafi orðið stöðugt, hvenær tjónþoli hafa leitað til sérfræðings og upplýsinga um einkenni í læknisvottorðum. Því er mótmælt að fyrning hafi verið rofin með því að leita til embættis landlæknis, enda sé ekki um að ræða aðila sem hafi ákvörðunarvald til að ljúka deilu um ágreininginn í skilningi 16. gr. laga nr. 150/2007. Jafnframt er því mótmælt að umsögn I geti markað upphaf fyrningarfrests.

III

Niðurstaða

1.

Stefnandi byggir dómkröfu sína á ákvæðum laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingar. Hann telur að hann hafi orðið fyrir tjóni sem megi rekja til óforsvaranlegrar meðferðar hjá sjúkraþjálfara í kjölfar krossbandsaðgerðar sem hann gekkst undir 31. október 2007. Krafan er byggð á 1. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 111/2000 og niðurstöðu örorkumats frá 16. nóvember 2016. Byggt er á því að bæta beri tjónið úr sjúklingatryggingu D, sbr. 10. og 12. gr. laga nr. 111/2000.

Um upphaf og lengd fyrningarfrests bótakrafna samkvæmt lögum nr. 111/2000 gilda ákvæði 19. gr. laganna. Þar kemur fram að upphaf frestsins miðast við það tímamark þegar tjónþoli fékk eða mátti fá vitneskju um tjón sitt og er fresturinn fjögur ár frá því tímamarki. Þessi afmörkun á fyrningarfresti tekur mið af vitneskju um tjón af völdum atvika sem varðað geta bótaskyldu samkvæmt lögnum. Gat fyrningartími kröfu stefnanda því ekki byrjað að líða fyrr en honum var eða mátti vera ljóst að mistök hefðu verið gerð við meðferð hans og að þau hefðu leitt til heilsutjóns, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar frá 1. desember 2016 í máli nr. 17/2016.

2.

Sé litið til gagna málsins er ljóst að stefnandi taldi þegar á árinu 2009 að mistök hefðu verið gerð við sjúkraþjálfun hans í kjölfar aðgerðarinnar. Þannig kom fram í bréfi stefnanda frá 10. febrúar 2009, sem var meðal annars sent sjúkraþjálfaranum, að honum hefði verið gert að stunda styrktaræfingar sem eigi alls ekki að gera fyrr en sex vikum eftir aðgerð. Þá var því lýst að gerð hefðu verið ítrekuð mistök í greiningu og meðhöndlun vandans af hálfu þess læknis sem framkvæmdi aðgerðina og sjúkraþjálfarans. Þá beindi stefnandi tjónstilkynningu til stefnda 30. apríl 2009 og krafðist bóta úr þeirri sjúklingatryggingu sem reynir á í málinu. Hann hafði þá daginn áður hitt danska bæklunarlækninn F sem taldi þörf á nýrri krossbandsaðgerð og gekkst stefnandi undir aðgerðir hjá læknum í maí og júní 2009. Hinn 2. desember sama ár var stefnanda kynnt að félagið teldi bótaskyldu ekki vera fyrir hendi. Líkt og rakið hefur verið áttu aðilar í kjölfarið í samskiptum þar sem fjallað var um þann möguleika að fá álit óháðs sérfræðings á meðferð stefnanda, en stefnandi lagði áherslu á að leitað yrði til finnsks sérfræðings sem hefði reynslu af vöðvaslitum í aftara læri. Hann tók fram í tölvubréfi 9. desember að slík vöðvaslit væru ekki einsdæmi og „orsakast af aggressívri endurhæfingu eins og ég fékk hjá D“. Ráðið verður af gögnum málsins að stefnandi hafi á sama tíma átt í samskiptum við finnska bæklunarskurðlækninn G og kom fram í tölvubréfi læknisins frá 7. desember 2009 að slit af þessu tagi séu sjaldgæf en að hann hafi gert nokkrar aðgerðir vegna slíkra tilvika. Þá sagði: „Í öllum

tilvikum er ástæðan of miklar óvirkar teygjur og of kröftug sjúkraþjálfun á aftanverðu læri. Að jafnaði má ekki þjálfra aftanvert læri af krafti í tvo mánuði eftir skurðaðgerð.“ Með bréfi stefnanda til landlæknis 8. janúar 2010, sem áður hefur verið gerð grein fyrir, voru gerðar alvarlegar athugasemdir við endurhæfingu sjúkraþjálfarans og því lýst að alvarlegustu mistökin hefðu falist í of miklu álagi á aftari hluta læris of snemma. Þessu til stuðnings var vísað til þess að danski læknirinn F teldi vafalaust að endurhæfingin hefði verið skaðleg og til fyrrgreinds tölvubréfs finnska læknisins G. Stefnandi taldi þetta sýna að endurhæfing sjúkraþjálfarans hefði verið „kolröng“ og geti leitt til vandamála í aftari hluta læris. Með bréfum til landlæknis 16. mars og 25. apríl 2010 skýrði stefnandi nánar ástand sitt og að fyrrgreindir læknar væru meðal annars þeirrar skoðunar að röng endurhæfing hefði valdið honum tjóni.

Til þess er að líta að í stefnu er einkum byggt á því að meðferð sjúkraþjálfarans hafi verið óforsvaranleg þar sem æfingar sem stefnanda var ráðlagt að gera hafi reynt óeðlilega mikið á aftanvert læri of skömmu eftir aðgerð. Verður samkvæmt framangreindu að miða við að stefnanda hafi verið ljóst eða mátt vera ljóst um þau mistök, sem krafa hans er byggð á, þegar á árinu 2010. Á þeim tíma hafði stefnandi krafist bóta úr sjúklingatryggingu sjúkraþjálfarans hjá stefnda, leitað til sérfræðinga og fengið álit þeirra á því hvort meðferð sjúkraþjálfarans í kjölfar aðgerðarinnar hefði verið forsvaranleg. Hafði hann jafnframt beint kvörtun til embættis landlæknis á þessum grunni og var þar rakið ítarlega í hverju hin meintu mistök hefðu falist. Þá er dómkrafa stefnanda að umtalsverðu leyti reist á fyrrgreindri afstöðu og upplýsingum frá hinum finnska og danska bæklunarlækni. Ekki verður séð að umsögn læknisins I, sem var send stefnanda með bréfi embættis landlæknis 22. júlí 2013, hafi haft sérstaka þýðingu fyrir vitneskju hans um hin meintu mistök. Þar var skortur á samskiptum læknis og sjúkraþjálfara gagnrýndur og tekið fram að ámælisvert hafi verið að hætta sjúkraþjálfun. Aftur á móti kom fram að læknirinn teldi æfingar á aftanverðu læri tæplega hafa verið meiri en tíðkaðist og að læknirinn gæti ekki sagt að „æfingakerfið hafi verið rangt, eða rangt að því farið“. Með hliðsjón af þessu verður ekki fallist á með stefnanda að unnt sé að miða upphaf fyrningarfrests við þann dag sem hann fékk umsögnina.

Til þess að fyrningarfrestur geti byrjað að líða þarf stefnanda jafnframt að vera ljóst að heilsutjón hafi leitt af mistökunum. Fyrirliggjandi gögn bera með sér að stefnandi hafi stuttu eftir aðgerðina, og þá sjúkraþjálfun sem fylgdi í kjölfarið, talið sig hafa orðið fyrir heilsutjóni vegna aðgerðarinnar og rangrar meðferðar hjá sjúkraþjálfara. Eins og rakið hefur verið leitaði hann af þessum sökum til danska læknisins F vorið 2009 og gekkst undir aðgerðir í maí og júní það ár. Þá var

líkamlegum einkennum og tjóni stefnanda, sem hann taldi að rekja mætti til aðgerðarinnar og sjúkraþjálfunar, lýst í bréfi hans til landlæknis frá 8. janúar 2010. Jafnframt er til þess að líta að fram kom í matsgerð, sem var aflað samkvæmt 10. gr. skaðabótalaga, að stefnandi hefði sjálfur lýst því að ástand sitt væri í mars 2014 það sama og frá árinu 2010 eftir að gracilis vöðvi slitnaði. Meðal annars að teknu tilliti til þessa töldu matsmenn að miða bæri batahvörf við 23. desember 2009, en í örorkumati var talið að stefnandi hefði ekki getað vænst frekari bata þegar hann hafði jafnað sig á slitum á gracilis vöðva í byrjun maí 2010. Þó að ráðið verði af málatilbúnaði stefnanda og gögnum málsins að hann hafi fundið fyrir þeim einkennum sem krafa hans er byggð á þegar á árinu 2010 er ljóst að hann leitaði áfram lækni meðferðar í þeirri von að árangur næðist. Hann hitti til að mynda lækinn F nokkrum sinnum frá apríl 2010 til júní 2012. Þá gekkst hann undir fjölda skurðaðgerða hjá finnska læknum G, þar með talið aðgerð á gracilis vöðva 9. apríl 2010, líkt og gerð er grein fyrir í sjúkraskrá læknisins sem er meðal gagna málsins. Af sjúkraskránni verður ráðið að síðasta aðgerðin hafi farið fram 26. mars 2013 og var þar meðal annars skráð að ekki yrði unnt að ná frekari árangri með skurðaðgerð. Fram kemur í stefnu að stefnandi hafi í framhaldi af þessu leitað til fjölmargra lækna og undirgengist fjölda aðgerða, en að árangur hafi oft verið lítill. Að teknu tilliti til alls framangreinds verður að mati dómsins að miða við að stefnandi hafi fengið eða mátt fá vitneskju um tjón sem stafaði af hinum meintu mistökum sjúkraþjálfarans í skilningi 19. gr. laga nr. 111/2000 í síðasta lagi í mars 2013 og að fyrningarfrestur hafi þá byrjað að líða.

3.

Um slit fyrningar fer samkvæmt lögskýringargögnum með lögum nr. 111/2000 eftir almennum reglum um fyrningu. Samkvæmt 28. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda taka þau eingöngu til krafna sem stofnast eftir gildistöku laganna 1. janúar 2008. Krafa stefnanda er byggð á því að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna meðferðar hjá sjúkraþjálfara sem fór fram á tímabilinu nóvember 2007 til febrúar 2008. Sú háttsemi sem stefnandi telur bótaskyldu stafa af stóð þannig yfir fram til ársins 2008, en ekki er unnt að sundurgreina tjón vegna einstakra meðferðartíma hjá sjúkraþjálfaranum. Verður því að líta svo á að krafan hafi stofnast í febrúar 2008 og verður lagt til grundvallar að ákvæði laga nr. 150/2007 gildi um slit fyrningar. Af hálfu stefnanda er byggt á því að fyrningu hafi verið slitið með kvörtun til landlæknis á árinu 2009, sbr. 16. gr. laga nr. 150/2007, og að niðurstaða embættisins hafi ekki legið endanlega fyrir fyrr en á árinu 2017. Samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins er fyrningu slitið þegar kröfuhafi leggur málið til ákvörðunar fyrir stjórnvald sem hefur sérstakt ákvörðunarvald til þess að ljúka

deilu um ágreininginn. Í lögskýringargögnum er tekið fram að ekki skipti máli þótt viðkomandi stjórnvald hafi ekki fullnaðarúrskurðarvald í málinu og unnt sé að kæra úrskurð til æðra stjórnvalds eða dómstóla. Þá segir um rök fyrir breytingunni að eðlilegt þyki að unnt sé að slíta fyrningu með því að leggja mál fyrir stjórnvald, jafnvel þó að það hafi ekki endanlegt úrskurðarvald, og þannig koma í veg fyrir að krafa fyrnist á meðan mál er til meðferðar hjá stjórnvöldum. Fjallað er um hlutverk landlæknis í lögum nr. 41/2007 um landlækni og lýðheilsu. Samkvæmt 12. gr. laganna er unnt að beina kvörtun til landlæknis vegna meintrar vanrækslu og mistaka við veitingu heilbrigðisþjónustu og veitir hann álit í málinu að undangenginni málsmeðferð. Unnt er að kæra málsmeðferð landlæknis til ráðherra. Þótt álit landlæknis sé úrlausn stjórnvalds í ákveðnu máli sem getur haft verulega þýðingu fyrir þann sem eftir því leitar er að mati dómsins ekki um að ræða stjórnvaldsákvörðun, enda er með álitinu ekki kveðið með bindandi hætti á um rétt og skyldur manna. Verður þegar af þeirri ástæðu ekki fallist á að embætti landlæknis hafi sérstakt ákvörðunarvald til að ljúka deilu um ágreining í skilningi 1. mgr. 16. gr. laga nr. 150/2007. Þá verður ekki heldur séð að um sé að ræða kæru- eða umkvörtunarnefnd í skilningi 2. málslíðar 2. mgr. 16. gr. laganna, en þar kemur fram að ákvæði 1. mgr. gildi jafnframt um kröfur sem lagðar eru fyrir kæru- eða umkvörtunarnefndir sem hafa verið settar á fót á grundvelli fyrirmæla í lögum. Tilvísun til þessa kom inn í frumvarp það sem varð að lögum nr. 150/2007 við meðferð málsins hjá viðskiptanefnd og verður hvorki ráðið af lögskýringargögnum né umræðum á Alþingi hvernig nánar beri að túlka þetta ákvæði. Að mati dómsins verður að skýra ákvæðið með þeim hætti að vísað sé til málskots til sérstakra nefnda sem settar eru á fót með lögum í því skyni að taka afstöðu til tiltekinna krafna. Fær sú skýring bæði stoð í orðalagi ákvæðisins og samhengi 2. mgr. 16. gr. laganna. Þetta á að mati dómsins ekki við um embætti landlæknis sem gegnir margvíslegu hlutverki samkvæmt lögum nr. 41/2007 og veitir meðal annars álit vegna meintrar vanrækslu og mistaka við veitingu heilbrigðisþjónustu, án þess að tekin sé afstaða til sérstakra krafna. Samkvæmt þessu verður ekki fallist á að fyrningu hafi verið slitið með því að stefnandi hafi beint kvörtun til embættis landlæknis. Þá var samkvæmt lögum nr. 150/2007 ekki unnt að slíta fyrningu með því að senda tjonstilkynningu til stefnda og leiddi tilkynning um afstöðu váttryggingafélagsins um bótaskyldu frá 19. desember 2013 heldur ekki til þess að fyrning væri rofin.

Samkvæmt þessu verður miðað við að fyrningarfrestur hafi byrjað að líða í mars 2013 og voru því meira en fjögur ár liðin þegar mál þetta var höfðað 21. júlí 2017. Var sú krafa sem stefnandi telur sig eiga á hendur stefnda því fallin niður

fyrir fyrning og verður stefndi því sýknaður af kröfu stefnanda.

Rétt þykir að málskostnaður á milli aðila falli niður. Stefnandi fékk gjafsókn sem er takmörkuð við rekstur málsins fyrir héraðsdómi með leyfi dómsmálaráðuneytisins 4. október 2017. Ber samkvæmt 2. mgr. 127. gr. laga nr. 91/1991 eingöngu að ákveða í dómi fjárhæð þóknunar lögmanns gjafsóknarhafa, en ekki verður að öðru leyti tekin afstaða til þess hvað gjafsóknarhafa skuli greitt af kostnaði sínum af máli, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar frá 22. apríl 2015 í máli nr. 634/2015. Stefnandi naut aðstoðar tveggja lögmanna við rekstur málsins fyrir héraðsdómi, en ekki verður fallist á að kostnaður vegna aðstoðar annarra lögmanna á árunum 2011 og 2012 falli undir gjafsóknarleyfið eins og það er afmarkað. Gjafsóknarkostnaður stefnanda greiðist úr ríkissjóði, þar með talin þóknun lögmanna hans, annars vegar Hróbjarts Jónatanssonar, 2.700.000 krónur, og hins vegar Guðna Á. Haraldssonar 750.000 krónur.

Dóminn kvað upp Ásgerður Ragnarsdóttir héraðsdómari.

D Ó M S O R Ð:

Stefndi, Vátryggingafélag Íslands hf., er sýkn af kröfum stefnanda, A.

Málskostnaður fellur niður.

Allur gjafsóknarkostnaður stefnanda greiðist úr ríkissjóði, þar með talin málflutningsþóknun lögmanna hans annars vegar Hróbjarts Jónatanssonar, 2.700.000 krónur, og hins vegar Guðna Á. Haraldssonar 750.000 krónur.