

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 31. marts 2015 af Østre Landsrets 22. afdeling
(landsdommerne Lene Jensen, Steen Mejer og Rune Wold (kst.)).

22. afd. nr. B-4060-13:

Boet efter **A** v/
 B
(advokat **C** , besk.)
mod

Ankenævnet for Patienterstatningen

tidl. Patientskadeankenævnet

(Kammeradvokaten v/advokat **D**)

Denne sag, der er anlagt ved Retten i Hillerød den 30. september 2013, blev ved kendelse af 20. december 2013 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Spørgsmålet i sagen er, om der skal ydes erstatning for tab af erhvervsevne efter erstatningsansvarslovens § 5, når skadelidte er afgået ved døden efter, at et varigt erhvervsevnetab er indtrådt, men inden at Patientforsikringen har truffet afgørelse om erhvervsevnetabet.

Boet efter **A** v/ **B** (herefter benævnt boet) har nedlagt påstand om, at Ankenævnet for Patienterstatningen (herefter benævnt ankenævnet) skal anerkende, at boet er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne, og at erhvervsevnetabet skal fastsættes til 100 %, hvorfor sagen skal hjemvises til ankenævnet til beregning af erstatningsbeløbet, subsidiært at boet er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne, hvorfor sagens skal hjemvises til fornyet afgørelse med henblik på udmåling af erstatning

for erhvervsevnetab og mest subsidiært, at sagen skal hjemvises til ankenævnet til fornyet afgørelse.

Ankenævnet har påstået frifindelse, subsidiært hjemvisning.

Procesbevillingsnævnet har ved afgørelse af 11. november 2013 meddelt boet fri proces efter retsplejelovens § 329. Boet har retshjælpsdækning.

Sagsfremstilling

A blev i perioden april 2004 til marts 2008 behandlet på en række hospitaler med henblik på udredning for anfald med ubehag, lav puls, bleghed, kvalme og hjertebanken. Udredningsforløbet blev afsluttet uden korrekt diagnose.

Efter sygemelding den 26. november 2008 på grund af kraftige rygsmerter blev

A indlagt på E, hvor han den 16. december 2008 blev informeret om, at han led af ondartet fæokromocytom (binyremarvssvulst).

I brev af 17. februar 2009 til A skrev overlæge, dr.med. F, E, bl.a. følgende:

»...

Jeg skriver til dig idet vi har konstateret, at der i forbindelse med din undersøgelse i afdelingens ambulatorium tilbage i 2004 er sket en fejl. Ved gennemgang af prøvesvarene fra 2004 har det vist sig, at udskillelsen af adrenalin og noradrenalin allerede den gang var forhøjet. Det vil sige, at der på daværende tidspunkt var mistanke om fæokromocytom (svulst i binyre med overproduktion af adrenalin og noradrenalin)

...

Det er med stor beklagelse, at du nu er i en situation, hvor du er blevet svært syg med fæokromocytom, der har bredt sig til andre organer end binyrerne. Min vurdering er, at der vil være mulighed for erstatning fra patientforsikringen.

Til orientering er der vedlagt information vedr. klagemuligheder, patientforsikring og patientvejledning. I den forbindelse vil jeg meget gerne tilbyde dig og din familie en samtale til uddybning af ovenstående og fremvisning af dokumentation. ...«

A døde den 26. april 2009.

A s enke, *B*, indgav på boets vegne anmeldelse om patientskade, som Patientforsikringen modtog den 23. juni 2009.

Til brug for sagens behandling indhentede Patientforsikringen speciallægeerklæring af 22. februar 2010 fra overlæge, dr.med. *G*, hvori det bl.a. hedder:

»...

Sygdommen har ubehandlet en alvorlig prognose og i dette tilfælde forårsaget patientens tidlige død. Tumoren var malign og prognosen forværres betydelig, når der kommer spredning til andre organer. Der går mere end 4 år fra første henvisning til sygdommen diagnosticeres, og svulsten spredtes til knogler, rygmarv og hjerne i denne periode. Denne ventetid har betydet, at tumoren med overvejende sandsynlighed har udviklet sig fra en lokal tumor med god prognosen til en dissemineret sygdom uden mulighed for kurativ behandling, og patienten har mistet ca. 25 leveår ved forsinkelsen i værste tilfælde. Alternativt, dvs. at tumoren allerede ved henvisning var spredt lokalt, havde patienten også haft særdeles gode muligheder for overlevelse ved efterfølgende stråleterapi og kemobehandling.

...«

Patientforsikringen anerkendte ved afgørelse af 13. juli 2010, at *A* var blevet påført en patientskade, idet rette diagnose efter den erfarne specialists standard skulle være stillet i 2004, og idet *A* med overvejende sandsynlighed afgik ved døden som følge af den forsinkede diagnose. Patientforsikringen fandt ved samme afgørelse, at *A* var berettiget til 757.340 kr. i godtgørelse for varigt mén samt svie og smerte, som skulle udbetales til boet. Med henblik på beregning af eventuel erstatning for indkomsttab blev boet bedt om at fremsende yderligere dokumentation i form af *A* virksomheds årsregnskaber for årene 2001-2009.

Ved afgørelse af 23. juni 2011 tilkendte Patientforsikringen yderligere 2.732.728 kr. i erstatning svarende til 485.000 kr. for tabt arbejdsfortjeneste udbetalt til boet, 1.846.728 kr. i forsørgertabserstatning og 141.500 kr. i overgangsbetrag udbetalt til *B* samt 259.500 kr. i forsørgertabserstatning udbetalt til *A* s søn, *H*. Patientforsikringen afviste at yde erstatning for tab af erhvervs-evne, idet erstatning for tabt arbejdsfortjeneste blev tilkendt frem til dødstidspunktet. I afgørelsens begrundelse hedder det bl.a.:

»...

TABT ARBEJDSFORTJENESTE (se vejledningens pkt. 2)

Vi har fundet boet efter A berettiget til en skønmæssigt fastsat erstatning for tabt arbejdsfortjeneste på 485.000,- kr. Erstatningen forrentes fra den 5. december 2010 svarende til en måned efter modtagelsen af det nødvendige regnskabsmateriale til opgørelse af erstatningen.

Det er ved fastsættelsen af den skønmæssige erstatning lagt til grund, at A frem til han afgik ved døden den 26. april 2009 drev selvstændig virksomhed (IPR v/ A), og at virksomheden lukkede i 2009 som følge af dødsfaldet uden, at der havde været omsætning i dette år.

På baggrund af de indsendte driftsregnskaber for perioden 2001 til og med 2008 og med støtte i de skattemæssige oplysninger (R75) udgjorde driftsresultaterne i disse år:

2001: 1.116.176,- kr.
2002: 88.914,- kr.
2003: 981.370,- kr.
2004: 799.842,- kr.
2005: 1.161.772,- kr.
2006: 1.285.983,- kr.
2007: 1.369.211,- kr.
2008: 649.269,- kr.

Et gennemsnit af denne årrækkes driftsresultater viser et middelresultat på 971.895,- kr. A modtog efter vores oplysninger ikke dagpenge eller lignende ydelser på noget tidspunkt i perioden

Vi har herefter lagt vægt på, at den gennemsnitlige månedlige indtjening på baggrund af ovenstående udgjorde ca. 80.995,- kr., idet vi også har lagt vægt på, at indtjeningen i årene inden symptomernes opståen var stigende. Endvidere har vi lagt vægt på, at A alene som følge af behandlingsskaden oplevede kraftige symptomer som følge af spredning af kræft i november 2008, at han herefter ikke arbejdede frem til han afgik ved døden i april 2009, og at han ikke modtog dagpenge eller lignende ydelser i denne periode.

For 6 måneders manglende indtægt med udgangspunkt i ovennævnte gennemsnitlige månedlige indtjening har vi skønmæssigt fastsat erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste til 485.000,- kr.

Bemærk, at vores betragtninger vedrørende A's indtægter frem til hans dødsfald også danner grundlag for vores skøn over hans årsløn ved beregningen af forsørgertabserstatningerne.

ERHVERVSEVNETAB (se vejledningens pkt. 5)

Boet efter A er ikke berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne efter erstatningsansvarslovens § 5.

Patientforsikringen har tidligere ydet erstatning for erhvervsevnetab i tilsvarende sager. Vi har i oktober 2010 besluttet at ændre denne praksis, således at der herefter ikke længere ydes erstatning for erhvervsevnetab i sager, hvor ska-

delidte er afgået ved døden, inden vi har truffet afgørelse om erhvervsevnetabet.

Vores praksisændring er begrundet i højesteretspraksis. Efter seneste højesteretspraksis skal der være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører, og det tidspunkt, hvor retten til erhvervsevnetabserstatning indtræder. Der må således hverken opstå ”overlapning” eller ”huller” mellem de to erstatningsposter ved erstatningsdækningen. Vi henviser til Højesterets dom af 6. oktober 2008 (Ugeskrift for Retsvæsen 2009 s. 138) og domme af 18. november 2009 (Ugeskrift for Retsvæsen 2010 s. 436 og s. 451). Det betyder, at erstatning for erhvervsevnetab skal træde i stedet for erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, når erstatningen for den tabte arbejdsfortjeneste ophører, og der er et fremtidigt økonomisk tab for skadelidte.

I denne sag er der ydet erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til ^A s død. Hans økonomiske tab som følge af patientskaden er således fuldt kompenseret ved erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste. Hvis der også blev ydet erstatning for tab af erhvervsevne, ville dette medføre ”overlap” mellem de to erstatningsposter.

Det betyder, at boet efter ^A ikke har et krav på erhvervsevnetabserstatning at indtræde i. Boet er derfor ikke berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne.

...«

Ved brev af 21. september 2011 klagede boet til ankenævnet over Patientforsikringens afgørelse af 23. juni 2011 vedrørende spørgsmålet om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og erhvervsevnetab.

Ved ankenævnets afgørelse af 4. april 2013 blev Patientforsikringens afgørelse opretholdt med den ændring, at erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste skønsmæssigt blev fastsat til 700.000 kr. I begrundelsen for ankenævnets afgørelse hedder det bl.a.:

»...

Tabt arbejdsfortjeneste:

...

Nævnet kan herefter tiltræde, at der ikke er grundlag for tilkendelse af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for perioden forud for november 2008.

Da Patientforsikringen ikke inden ^A s død kunne foretage et rimeligt skøn over erhvervsevnetabet, har boet efter ^A krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til det tidspunkt, hvor han afgik ved døden. Opgørelsen af erstatningen skal ske med udgangspunkt i den indtægt, som han forventeligt kunne have oppebåret, hvis patientskaden ikke var indtrådt.

...

Erhvervsevnetab:

Patientskadeankenævnet kan med den af Patientforsikringen anførte begrundelse tiltræde, at der ikke er grundlag for tilkendelse af erstatning for tab af erhvervsevne, jf. erstatningsansvarslovens § 5. Det er således nævnets vurdering, at **A** som følge af sin død ikke havde et fremtidigt indtægtstab, der skal kompenseres ved erstatning for tab af erhvervsevne, og at det faktiske indtægtstab er fuldt kompenseret ved tilkendelsen af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til hans dødstidspunkt. Da der endvidere ikke forud for dødsfaldet blev foretaget en bedømmelse af erhvervsevnetabet, som bragte retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til ophør, er der ikke noget erstatningskrav, der kan falde i arv.
...«

Under retssagen er der indhentet vejledende udtalelser af 28. oktober 2014 og 16. december 2014 fra Arbejdsskadestyrelsen efter erstatningsansvarslovens § 10 vedrørende

A's erhvervsevnetab forud for dødsfaldet.

I udtalelse af 28. oktober 2014 hedder det bl.a.:

»...

Vurdering af erhvervsevnetabet

Erhvervsevnetabet er 100 procent

...

Vi har lagt vægt på, at det er sandsynliggjort, at **A** havde en fuld erhvervsevne forud for skaden, fordi han arbejdede fuld tid uden begrænsninger.

Vi vurderer, at **A** i et fremtidigt perspektiv uden sygdom og dødsfald ville have haft et resultat før renter på omkring 1.8 million i aktuelt niveau.

Grundlaget for vores vurdering af erhvervsevnen efter skaden er at:

- **A** havde binyrecancer med metastaser til columna, cerebrum og lever
- **A** fra medio november 2008 havde stærke smerter fra columna
- **A** udviklede medullært tværsnitsyndrom 13. december 2008
- **A** afgik ved døden i september [april] 2009

Det er Arbejdsskadestyrelsens opfattelse, at kravet på et erhvervsevnetab opstår, når det er muligt midlertidigt eller endeligt at foretage et skøn over erhvervsevnetabet på mindst 15 procent.

Det er herunder vores opfattelse, at såfremt der kunne været foretaget en vurdering af erhvervsevnetabet på et tidspunkt, hvor selskabet i stedet for vælger fortsat at udbetale tabt arbejdsfortjeneste, fører dette ikke til, at der ikke skal fastsættes et erhvervsevnetab.

Vi finder herefter, at der - på trods af, at vores udtalelse først er afgivet efter As død - skal fastsættes et erhvervsevnetab, såfremt det forud for tidspunktet 1 september 2009, hvor A afgik ved døden var muligt midlertidigt eller endeligt at vurdere erhvervsevnetabet.

Ved disse vurderinger anses oplysningerne i sagen for at have foreligget på det tidspunkt de er dateret selvom at de først er tilgået sagen/ Arbejdsskadestyrelsen på et senere tidspunkt.

Det er på baggrund af de lægelige oplysninger den 13. december 2008 vores vurdering, at A fra dette tidspunkt, hvor han udviklede medullært tværsnitsyndrom, var fuldt uarbejdsdygtig. Herunder vurderer vi, at han allerede grundet de stærke smerter fra columna havde et svært nedsat arbejdsmæssigt funktionsniveau i november 2008.

Selvom der ikke forud for tidspunktet for As død havde været erhvervsrettede tiltag eller afprøvninger, er det vores vurdering, at hans helbredsmæssige tilstand og de deraf afledte funktionsbegrænsninger forud for det tidspunkt, hvor han afgik ved døden var afklaret og beskrevet i en sådan omfang, at det var muligt at foretage en varig vurdering af erhvervsevnetabet.

Vi har lagt vægt på, at A ud fra en lægefaglig vurdering er varigt fuldt uarbejdsdygtig grundet smerter og svækkelse den 13. december 2008.

Vores medicinske lægekonsulent har deltaget i ovennævnte vurderingen af funktionsniveauet.

Vi vurderer derfor, at A erhvervsevne efter den 13. december 2008 var nedsat med 100 procent.
...«

Arbejdsskadestyrelsen har ved udtalelse af 16. december 2014 bekræftet, at styrelsens vurdering af 28. oktober 2014 er den samme, såfremt den korrekte dødsdato, dvs. den 26. april 2009 og ikke september 2009, lægges til grund.

På baggrund af Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse af 28. oktober 2014 tog ankenævnet stilling til, om behandlingen af sagen skulle genoptages. Ved brev af 9. januar 2015 meddelte ankenævnet, at sagen ikke genoptages. I begrundelsen for afgørelsen hedder det bl.a.:

»...

Arbejdsskadestyrelsen har i sin vejledende udtalelse fastslået, at A på baggrund af de lægelige oplysninger den 13. december 2008 var fuldt uarbejdsdygtig, og at han allerede i november 2008 havde svært nedsat arbejdsmæssigt funktionsniveau.

Denne vurdering findes at være overensstemmende med Patientskadeankenævnets vurdering i afgørelsen af 4. april 2013, idet nævnet ved periodiseringen af retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste fastslog, at A var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste fra november 2008.

Nævnet vurderede i sin afgørelse af 4. april 2013 endvidere, at boet efter A havde krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til det tidspunkt, hvor han afgik ved døden, idet Patientforsikringen ikke inden A's død kunne foretage et rimeligt skøn over erhvervsevnetabet, som bragte retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til ophør. Der er således ikke - som Arbejdsskadestyrelsen har forudsat i sin vejledende udtalelse - tale om, at Patientforsikringen har valgt at udbetale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i stedet for at foretage en vurdering af erhvervsevnetabet.

Efter ankenævnets vurdering var A som følge af den anerkendte behandlingsskade fuldstændig uarbejdsdygtig frem til sin død, og der foreligger ikke oplysninger om, at han havde konkurrerende erhvervshindrende lidelser. Endvidere må det på baggrund af journalnotat af 13. december 2008 vurderes, at han på dette tidspunkt ikke havde nogen resterhvervsevne i behold. Nævnet bestrider derfor ikke den af Arbejdsskadestyrelsen foretagne vurdering, hvorefter A på baggrund af en retroperspektiv vurdering af journalmaterialet fra E den 13. december 2008 havde et erhvervsevnetab på 100 %.

Nævnet finder dog fortsat, at A - og dermed boet - ikke har noget krav på erstatning for tab af erhvervsevne, da der består en retlig forpligtelse til at yde erstatning for tabt arbejdsfortjeneste helt frem til dødstidspunktet. På tidspunktet, hvor erhvervsevnetabet kunne og blev vurderet, var der ikke et fremtidigt indtægtstab. Om behandlingsskaden måtte være årsag til, at vurderingen af erhvervsevnetabet først blev foretaget efter dødstidspunktet, er i denne sammenhæng uden betydning, og kan efter nævnets opfattelse ikke ændre på den af Højesteret fastslåede retsstilling om periodiseringen mellem erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og tab af erhvervsevne.

Erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og tab af erhvervsevne skal dække den skadelidtes indtægtstab i levende live, og A er kompenseret for sit fulde indtægtstab frem til sin død. Endvidere er der ydet erstatning for tab af forsørger til A's efterladte med i alt 2.106.228 kr. Den omstændighed, at Arbejdsskadestyrelsen finder, at der efter den skadelidtes død skal fastsættes et erhvervsevnetab på grundlag af oplysninger, som først forelå til vurdering efter skadelidtes død, og at boet dermed er berettiget til en væsentlig overkompensation for det faktisk lidte tab, præjudicerer ikke Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse.

...«

Der er enighed mellem parterne om, at erhvervsevnetabet ville have været 100 % den 13. december 2008, såfremt ankenævnet på afgørelsestidspunktet skulle have vurderet, om

A havde et varigt erhvervsevnetab inden sin død, og at ankenævnet i givet

fald ved udmåling af erhvervsevnetabserstatning kan modregne udbetalt erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for perioden efter den 13. december 2008.

Procedure

Boet har i det væsentligste procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 26. januar 2015, hvori det bl.a. anføres:

»...

Til støtte for den nedlagte påstand, gøres det gældende,

at boet efter *A* er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne, jf. Erstatningsansvarslovens § 5,

at erhvervsevnetabet udgør 100 %, jf. parternes enighed om udmålingen,

at erhvervsevnetabserstatning falder i arv, jf. ulovbestemte principper herom samt retspraksis,

at der ikke er hjemmel til at træffe afgørelse om fuldstændig bortfald af de efterladtes krav på erstatning for tab af erhvervsevne,

at den omstændighed at Patientskadeankenævnet har udbetalt erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. Erstatningsansvarslovens § 2, frem til det tidspunkt, hvor *A* afgik ved døden, ikke fratager boet efter *A* retten til erstatning for tab af erhvervsevne, jf. Erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, 2. pkt. og § 5 samt retspraksis og fast administrativ praksis,

at Patientskadeankenævnets afgørelse af 4. april 2013 er i strid med gældende ret,

at Patientskadeankenævnets praksisændring, således at der nu ikke længere ydes erstatning for tab af erhvervsevne, jf. Erstatningsansvarslovens § 5, hvis skadelidte er afgået ved døden, inden der var truffet afgørelse om erhvervsevnetabet, er ulovlig, idet denne praksisændring er uden fornøden hjemmel og i strid med gældende ret,

at Patientskadeankenævnet ikke med henvisning til Højesterets domme i Ugeskrift for Retsvæsen 2009, side 138 og Ugeskrift for Retsvæsen 2010, side 436 og side 451, har hjemmel til at fratage boet efter *A* retten til erstatning for tab af erhvervsevne, idet de nævnte Højesteretsdomme alene omhandler spørgsmålet om, at retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. Erstatningsansvarslovens § 2, består frem til det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tab af erhvervsevne indtræder, og ikke omhandler problemstillingen som i nærværende sag, nemlig erstatning for erhvervsevnetab ved mellemkommende død. Der er således tale om 2 forskellige erstatningsposter, nemlig tabt arbejdsfortjeneste (Erstatningsansvarslovens § 2) og erhvervsevnetab (Erstatningsansvarslovens § 5).

Sammenfattende gøres det således gældende,

at Patientskadeankenævnet ikke kan vælge alene at kompensere boet efter ^A med den midlertidige ydelse, nemlig erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i henhold til Erstatningsansvarslovens § 2, når der foreligger fyldestgørende oplysninger om, at patientskaden har medført et livsvarigt tab af evnen til at tjene penge ved eget arbejde, således et erhvervsevnetab, jfr. Erstatningsansvarslovens § 5.

Herefter skal jeg fremkomme med følgende supplerende bemærkninger og anbringender:

Erstatnings- og godtgørelseskrav falder i arv efter ulovbestemte principper. Sådanne krav falder i arv uden videre, også selvom skadelidte ikke selv havde gjort kravet gældende inden dødsfaldet. Dette fremgår af forarbejderne til Erstatningsansvarsloven samt af retspraksis.

Det gøres gældende, at gældende ret er uændret i forhold til gældende ret forud for ændringen af Erstatningsansvarsloven i 2002, hvorefter erstatningsposter falder i arv uden videre, jf. forarbejderne til lovændringen i 2002. Det vil sige, at posterne – blot deres eksistens påvises – falder i arv uden begrænsninger. Dette gælder, uagtet at postens eksistens ikke var fastslået på tidspunktet for dødsfaldet, herunder krav om erstatning for tab af erhvervsevne, hvor der er tale om situationen ”mellemkommende død”, jf. bl.a. 2005.2390H.

Det gøres således gældende, at Patientskadeankenævnet ved afgørelsen af 4. april 2013 foretager en ulovlig ændring af den ovenfor nævnte gældende praksis. Der er ikke tale om en ændring af en praksis vedrørende en skønsmæssig vurdering, men derimod tale om en ændring af praksis vedrørende en ren retlig vurdering. Det gøres derfor gældende, at en sådan praksisændring kræver klar hjemmel.

Det gøres videre gældende, at ^A havde et fremtidigt dokumenteret indtægtstab, der skal kompenseres ved erstatning for tab af erhvervsevne, jf. erstatningsansvarslovens § 5, og Patientskadeankenævnet kan ikke vælge alene at kompensere tabet med erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. erstatningsansvarslovens § 2, idet det gøres gældende, at det forud for dødsfaldet den 26. april 2009 var muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over det varige erhvervsevnetab, jf. Erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, pkt. 2.

I nærværende sag har det igennem længere tid frem til ^A s død i april 2009 stået klart, at patientskaden ville medføre et varigt erhvervsevnetab, og dette kunne forud for tidspunktet for ^A s død i april 2009 fastsættes til 100 %. Den omstændighed, at Patientskademyndighederne først træffer afgørelse efter dødsfaldet ændrer ikke på den omstændighed, at patientskaden inden da har medført et sikkert erhvervsevnetab, og ændrer derfor ikke på den omstændighed, at boet efter ^A har krav på erstatning for tab af erhvervsevne.

De af Patientskadeankenævnet påberåbte domme til støtte for Patientskadeankenævnets synspunkter – U.2008.2601H, U.2009.138H, U.2010.436H og

U.2010.451H – kan ikke påberåbes som hjemmel til at fratage boet efter
A retten til erstatning for tab af erhvervsevne. Sagsøgte anven-
der/fortolker således de nævnte Højesteretsdomme forkert. De nævnte Højeste-
retsdomme omhandler således alene spørgsmålet om periodisering af kravet på
erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i henhold til erstatningsansvarslovens § 2.

Der er således ikke i nogen af de nævnte domme tale om en blot tilnærmelses-
vis lignende problemstilling som i nærværende sag. Dommene handler således
om krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, som er en ganske anden er-
statningspost end i nærværende sag, der drejer sig om krav på erstatning for er-
hvervsevnetab ved mellemkommende død.

Der ses således hverken i lovens forarbejder, i retspraksis, i litteraturen eller i
andre anerkendte retskilder at være støtte for det synspunkt, som Patientskade-
ankenævnet således uden hjemmel har omsat til en praksisændring med meget
betydelig retsvirkning for de efterladte i en situation som i nærværende sag.

Højesteret har i dom gengivet i U.2012.2922H udtrykkeligt anført, at: ”Det
fremgår af forarbejderne til erstatningsansvarsloven, at det som hidtil er over-
ladt til retspraksis, hvordan godtgørelse og erstatning skal beregnes i tilfælde
af, at skaden skyldes flere samvirkende skadesårsager, eller at skadelidte afgår
ved døden, efter at erstatningskravet er gjort gældende, men inden der er truffet
afgørelse om skadelidtes erstatningskrav (»mellemkommende død«). Det er
således i forarbejderne til erstatningsansvarsloven forudsat, at der som i hidti-
dig retspraksis i visse tilfælde af samvirkende skadesårsager og mellemkom-
mende død kan ske en reduktion af krav på godtgørelse og erstatning.” I den
forbindelse henvises bl.a. til U.2005.2390H.

Erstatningsansvarsloven indeholder ikke regler om bortfald af krav på erstat-
ning for tab af erhvervsevne, hvis en skadelidt afgår ved døden forud for det
tilfældige tidspunkt, hvor det måtte passe Patientforsikringen at træffe afgø-
relse i sagen. Fejlen/patientskaden (fejl nr. 1) burde selvsagt ikke være sket, og
selvsagt burde der ikke gå 4 år, før man opdager patientskaden (fejl nr. 2), og
som følge deraf umuliggør en tidligere anmeldelse og dermed en tidligere afgø-
relse. Det bliver således tilfældigheder, som afgør, om erstatning for erhverv-
sevnetab falder i arv, hvis Patientskadeankenævnets afgørelse stadfæstes. Dette
vil stride imod den ulovbestemte lighedsgrundsætning.

Hvis sagsøgte praksisændring findes lovlig af landsretten, indebærer dette, at
det bliver det til enhver tid tilfældige tidspunkt for myndighedens afgørelse, der
bestemmer retsvirkningerne af en regel (her en mangeårig retspraksis). Tids-
punktet for anvendelse af en regel (retspraksis) bør naturligvis ikke være afgø-
rende for retsvirkningerne af reglen (retspraksis).

Hvis sagsøgte får medhold, vil dette derudover medføre en retsstilling, som er
egnet til at skabe mistanke om, hvorvidt patientskademyndighederne spekule-
rer i at trække tiden, så de skadelidte ikke opnår erstatning for tab af erhvervs-
evne. En sådan retstilstand har næppe været lovgivers intention.

Det er nu ubestridt, at erhvervsevnetabet forud for dødsfaldet kunne fastsættes
til 100 %. Sagsøgte har således i afgørelse af 9. januar 2015, jf. ekstrakten side
194ff anført følgende: ”Efter ankenævnets vurdering var
A

som følge af den anerkendte behandlingsskade fuldstændig uarbejdsdygtig frem til sin død, og der foreligger ikke oplysninger om, at han havde konkurrerende erhvervshindrende lidelser. Endvidere må det på baggrund af journalnotat af 13. december 2008 vurderes, at han på dette tidspunkt ikke havde nogen resterhvervsevne i behold. Nævnet bestrider derfor ikke den af Arbejdsskadestyrelsen foretagne vurdering, hvorefter A på baggrund af en retrospektiv vurdering af journalmaterialet fra E den 13. december 2008 havde et erhvervsevnetab på 100 %", jf. ekstrakten side 197, 7. afsnit.

Twisten er herefter koncentreret til, om A var berettiget til at få fastsat et erhvervsevnetab pr. den 13. december 2008. Således anfører sagsøgte videre i afgørelsen, jf. ekstrakten side 197n og 198o: "Nævnet finder dog fortsat, at A – og dermed boet – ikke har noget krav på erstatning for tab af erhvervsevne, da der består en retlig forpligtelse til at yde erstatning for tabt arbejdsfortjeneste helt frem til dødstidspunktet. På tidspunktet, hvor erhvervsevnetabet kunne og blev vurderet, var der ikke et fremtidigt indtægtstab. Om behandlingsskaden måtte være årsag til, at vurderingen af erhvervsevnetabet først blev foretaget efter dødstidspunktet, er i denne sammenhæng uden betydning, og kan efter nævnets opfattelse ikke ændre på den af Højesteret fastslåede retsstilling om periodisering mellem erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og tab af erhvervsevne."

Sagsøgtes ovenstående synspunkter bestrides. Det gøres gældende, at kravet på erhvervsevnetab opstår, når det er muligt midlertidigt eller endeligt at foretage et skøn over erhvervsevnetabet på mindst 15 %. Dette skøn kunne foretages forud for dødsfaldet, og erhvervsevnetabet kunne således fastsættes til 100 % den 13. december 2008. Hertil bemærkes, at Arbejdsskadestyrelsen er enig med sagsøger i: "at såfremt der kunne være foretaget en vurdering af erhvervsevnetabet på et tidspunkt, hvor selskabet (her Patienterstatningen/Patient-skadeankenævnet) i stedet vælger fortsat at udbetale tabt arbejdsfortjeneste, fører dette ikke til, at der ikke skal fastsættes et erhvervsevnetab (min fremhævning)", jf. udtalelsen side 3 (ekstrakten side 184, afsnit 5). Arbejdsskadestyrelsen er således i lighed med sagsøger uenig i sagsøgtes ovennævnte synspunkter.

A blev forud for dødsfaldet pådraget et varigt indtægtstab, der skal kompenseres ved erstatning for tab af erhvervsevne, jf. erstatningsansvarslovens § 5, og den omstændighed, at erhvervsevnetabet først udmåles efter, at A er afgået ved døden, ændrer ikke på, at erhvervsevnetabet er opstået forud for dødsfaldet, og dermed falder i arv uden videre.

Når der skal træffes den materielle rigtige afgørelse, må oplysningerne i sagen anses for at have foreligget på det tidspunkt, hvor de er dateret, selvom de først er tilgået sagen på et senere tidspunkt.

Den omstændighed, at der de facto ikke blev skønnet den forud for dødsfaldet, herunder den 13. december 2008, hvor erhvervsevnetabet ifølge parterne kunne fastsættes til 100 %, ændrer ikke på den omstændighed, at der kunne skønnes den 13. december 2008, hvilket er det afgørende for, at erhvervsevnetabet opstod senest den 13. december 2008 eller i hvert fald forud for dødsfaldet den 26. april 2009, og dermed falder i arv. De retsstiftende kendsgerninger var så-

ledes indtrådt forud for det tidspunkt, hvor A afgik ved døden.

Skadelidte og de efterladte bliver på grund af den meget sene opdagelse af fejlen – ca. 5 år efter skadestidspunktet i 2004 – først bekendt med selve patientskaden kort tid inden døden indtræder den 26. april 2009, jf. brev af 17. februar 2009 fra E til A, jf. ekstrakten side 133. Der er således tale om 2 fejl. Først selve patientskaden (fejl nr. 1), og dernæst den alt for sene opdagelse af fejlen/patientskaden (fejl nr. 2). Det kan imidlertid ikke være skadelidtes / de efterladtes risiko, at patientskaden først opdages kort tid inden, at A afgår ved døden, ligesom det ej heller kan være skadelidtes / de efterladtes risiko, at sagsbehandlingstiden er lang. Det vil være ganske urimeligt, om de efterladte skulle bære risikoen for sådanne forhold, som de efterladte på ingen måde har indflydelse på, ligesom det vil være i strid med gældende ret, hvis disse tilfældigheder bliver afgørende for, om ret til erstatning for tab af erhvervsevne falder i arv.

Derfor er det netop korrekt, som også anført af Arbejdsskadestyrelsen, at kravet på erhvervsevnetab opstår, når det er muligt midlertidigt eller endeligt at foretage et skøn over erhvervsevnetabet på mindst 15 %, og at dette skøn skal foretages på baggrund af sagens oplysninger, der må anses for at have foreligget på det tidspunkt, hvor de er dateret, selvom de først er tilgået sagen på et senere tidspunkt.

Det bestrides, at den nu foreliggende retspraksis vedrørende sammenspillet mellem erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og erstatning for tab af erhvervsevnetab medfører, at sagsøger ikke er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne. Det bestrides således, at denne retspraksis om periodisering af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, medfører hjemmel til at ændre den mangeårig klare praksis om erstatning for tab af erhvervsevne ved såkaldt mellemkommende død. Den nu foreliggende højesteretspraksis handler om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. Erstatningsansvarslovens § 2, som er en ganske anden erstatningspost end erstatning for tab af erhvervsevne, jf. Erstatningsansvarslovens § 5, som denne sag handler om.

De foreliggende domme om periodisering af tabt arbejdsfortjeneste støtter derimod sagsøgers synspunkt om, at retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører, når der kan foretages et kvalificeret skøn over det faktiske varige erhvervsevnetab, idet retten til erstatning for tab af erhvervsevne hér indtræder. Der må ikke være ”huller” eller ”overlap” mellem disse 2 poster. Denne retspraksis følger af de efterhånden mange domme, og jeg er derfor helt enig i sagsøges synspunkt desangående. Sagsøger havde ret til erstatning for tab af erhvervsevne den 13. december 2008, hvor sagsøgers ret til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophørte, og det bestrides derfor, at sagsøger er fuldt ud kompenseret ved den tilkendte erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Det bemærkes derfor også, at sagsøger er af den opfattelse, at der i en kommende udmålingsafgørelse fra Patienterstatningen / Patientskadeankenævnet, skal ske fradrag for den erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, som sagsøgte fejlagtigt har udbetalt efter den 13. december 2008, idet retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste her ophører, jf. erstatningsansvarslovens § 2, stk.1, 2. pkt., og skal afløses af erstatning for tab af erhvervsevne, jf. erstatningsan-

svarslovens § 5. Der skal således ikke ske ”overlapning” mellem disse erstatningsposter, og dette medfører, at det for meget udbetalte beløb i erstatning for tabt arbejdsfortjeneste skal fradrages.

Det fremgår af Arbejdsskadestyrelsens udtalelse, at Arbejdsskadestyrelsen vurderer, at afdøde *A* i et fremtidigt perspektiv uden sygdom og dødsfald ville have haft et resultat i sin virksomhed før renter på ca. 1,8 million i aktuelt niveau. Som det fremgår af ekstrakten side 137ff. vurderer speciallæge *G*, at *A* i værste tilfælde har mistet ca. 25 leveår grundet torskelsen af diagnosen, dvs. anslået 15 arbejdsdygtige år, da *A* var 52 år, da han døde som følge af skaden. Ved en årlig indkomst på 1,8 mio. betyder dette et erhvervsevnetab, der reelt kan opgøres til ca. kr. 21 mio. efter aldersfradrag, jf. erstatningsansvarslovens § 9. Også af denne grund er sagsøger ikke kompenseret ved hverken erstatning for tabt arbejdsfortjeneste eller forsørgertabserstatning, der i alt samlet udgør mindre end kr. 3 mio.

Sammenfattende gøres det derfor gældende, at der er grundlag for at tilside-sætte Patientskadeankenævnets afgørelse af 4. april 2013 om afslag på erstatning for tab af erhvervsevne, idet der ikke er hjemmel til ændre denne praksis, hvilket den nu foreliggende udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen også støtter. Der er således tale om en ulovlig praksis ændring. Det bestrides således, at der er hjemmel til at omgøre den mangeårige retspraksis for tilkendelse af erstatning for tab af erhvervsevne ved mellemkommende død.
...«

Ankenævnet har i det væsentligste procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 27. januar 2015 (korrigeret den 30. januar 2015), hvori det bl.a. anføres:

»...

Der er ikke grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse af 4. april 2013 (bilag I) om afslag på erstatning for tab af erhvervsevne, jf. erstatningsansvarslovens § 5.

Erstatning for tab af erhvervsevne efter erstatningsansvarslovens § 5 vedrører den skadelidtes varige nedsættelse af evnen til at skaffe sig indtægt ved arbejde og træder altså i stedet for den skadelidtes mistede erhvervsindtægt gennem resten af livet, dog med de aldersbestemte begrænsninger i erstatningsansvarslovens § 9.

Afgår den skadelidte ved døden, har den efterlevende ægtefælle ret til erstatning for tab af forsørger og et overgangsbetrag efter erstatningsansvarslovens §§ 13 og § 14a, ligesom efterlevende børn ret til erstatning for tab af forsørger efter erstatningsansvarslovens § 13.

De nedenfor anførte højesteretsdomme afklarede en retlig tvivl om den indbyrdes sammenhæng mellem erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste efter erstatningsansvarslovens § 2 og erstatningen for tab af erhvervsevne efter erstatningsansvarslovens § 5.

Det følger af disse domme, at kravet på erstatning for tab af erhvervsevne først opstår på det tidspunkt, hvor kravet på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører, altså det tidspunkt, hvor det er muligt at skønne midlertidigt eller endeligt over det varige erhvervsevnetab.

Højesteret tog i U 2008.1386H stilling til ophørstidspunktet for erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste efter erstatningsansvarslovens § 2 og anførte bl.a.:

"Efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, skal der, når det må antages, at skadelidte vil lide et varigt erhvervsevnetab, ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne. Dette indebærer, at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt for at bringe forpligtelsen til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til ophør, at skadelidte må antages at lide et varigt erhvervsevnetab, der berettiger til erstatning herfor, dvs. på mindst 15 %. Det er tillige en forudsætning, at det er muligt - bl.a. under inddragelse af de hensyn, der er nævnt i lovens § 5, stk. 2 - at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne. Der skal således foreligge et forsvarligt grundlag for det konkrete skøn, også når skønnet er midlertidigt, fordi den skadelidtes erhvervsmæssige situation ikke er afklaret.

Det følger endvidere af erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, § 5, stk. 2, § 10, stk. 1, og § 16, stk. 1, at en skadevolder eller dennes forsikringsselskab, der er af den opfattelse, at der er skabt grundlag for - eventuelt midlertidigt - at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevnetab, og derfor ikke længere mener sig forpligtet til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, enten selv må udøve et rimeligt skøn og udbetale erstatning for erhvervsevnetab i forhold hertil eller anmode Arbejdsskadestyrelsen om en udtalelse om erhvervsevnetabsprocenten. Forpligtelsen til at udbetale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste vedvarer, indtil Arbejdsskadestyrelsens udtalelse foreligger, medmindre skadevolder eller forsikringsselskabet forinden på forsvarligt grundlag har foretaget et rimeligt skøn over erhvervsevnetabet og udbetalt erstatning for erhvervsevnetabet i forhold hertil."

Højesteret udtalte i U 2008.260IH, at pligten til at yde erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ikke ophører, blot fordi skadelidte bevilges et fleksjob, så længe skadevolderen ikke har fulgt principperne i U 2008.1386H.

Højesteret anførte i U 2009.138H, at virkningstidspunktet for erstatningen for tab af erhvervsevne efter arbejdsskadesikringsloven var afgørende for ophørstidspunktet for erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste efter erstatningsansvarsloven. Af præmisserne fremgår:

"Efter ordlyden af erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, 2. pkt., og dens forarbejder må bestemmelsen forstås således, 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 ved erstatningsdækningen hverken opstår »overlapning« eller »huller« mellem de to erstatningsposter.

På denne baggrund må skæringstidspunktet mellem A's erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og hans erstatning for mistet erhvervsevne fastsættes til den 1. februar 2005."

Højesteret vægtede dermed princippet om, at der ikke må opstå "overlapning" mellem de to erstatningsposter, altså ingen overkompensation, over princippet i U 2008.1386H om den tidsmæssige udstrækning af erstatningen for tab af arbejdsfortjeneste.

Højesteret udtalte i U 2010.436H og U 2010.451H, at erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste også kun løber indtil virkningstidspunktet for erhvervsevnetabserstatning ifølge en midlertidig afgørelse og ikke indtil den endelige afgørelse. I førstnævnte dom hedder det bl.a.:

"Det kan således konstateres, at den forudsætning om tidsperspektivet for bedømmelsen af erhvervsevnetabet ved midlertidige afgørelser, der er lagt til grund ved affattelsen af erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, 2. pkt., har vist sig ikke at kunne opretholdes for så vidt angår afgørelser efter arbejdsskadesikringslovens § 31, stk. 4. Dette kan imidlertid efter vores opfattelse ikke føre til, at midlertidige afgørelser efter § 31, stk. 4, herefter "ikke længere skulle være omfattet af erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, 2. pkt. Hvis dette var tilfældet, ville det nævnte formål med samordningen mellem erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og erstatning for erhvervsevnetab - at sikre, at der ved erstatningsdækningen hverken opstår overlapning eller huller mellem de to erstatningsposter - ikke kunne opnås for så vidt angår sådanne midlertidige afgørelser.

Som følge af det anførte finder vi, at det ved midlertidige afgørelser efter dagældende § 31, stk. 4, i arbejdsskadesikringsloven - på samme måde som ved endelige afgørelser efter § 31, stk. 1 - er virkningstidspunktet for tilkendelsen af erhvervsevnetabserstatning, der må lægges til grund som det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører, medmindre der er grundlag for at tilsidesætte virkningstidspunktet.

På denne baggrund må skæringstidspunktet mellem A's erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og hans erstatning for mistet erhvervsevne fastsættes til den 10. august 2004, således at erstatningen for mistet erhvervsevne fra denne dato træder i stedet for erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste."

Højesteret modificerede også her principperne i U 2008.1386H og betonedes på ny, at der ikke må ske overkompensation.

Der skal altså være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor retten til erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste ophører, og det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tab af erhvervsevne indtræder. Der må hverken være "overlap" eller "hul" i erstatningen.

Efter denne afklaring af reglernes indbyrdes sammenhæng ændrede Patientforsikringen oktober 2010 praksis for tilkendelse af erstatningen for tab af erhvervsevne i en sag som den foreliggende, jf. nærmere herom i Patientforsikringens afgørelse af 23. juni 2011 (bilag 12).

Der er ikke grundlag for det anbringende, som boet efter **A** har fremført i stævningen, nemlig at ankenævnet med urette har ændret praksis. Ankenævnet havde ikke inden Patientforsikringens beskrevne praksisændring haft sager til bedømmelse af erstatningen for tab af erhvervsevne i en sag som den foreliggende. Ankenævnet har kun haft Patientforsikringens nye praksis til bedømmelse og har i den foreliggende sag tiltrådt Patientforsikringens afgørelse.

Ankenævnet gør gældende, at **A** ikke havde et fremtidigt indtægtstab, der kan kompenseres ved erstatning for tab af erhvervsevne. Hans faktiske indtægtstab blev erstattet fuldt ud ved tilkendelsen af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til dødsfaldet, og dødsfaldet indebar, at der ikke opstod et krav om erstatning for tab af erhvervsevne, som kunne falde i arv.

Ankenævnet gør endvidere gældende, at der ikke før dødsfaldet var mulighed for at foretage en bedømmelse af erhvervsevnetabet, som bragte retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til ophør, og der burde allerede derfor heller ikke være noget krav om erstatning for tab af erhvervsevne, der kunne falde i arv.

A død indebar til gengæld, at hans efterladte ægtefælle og efterlevende børn fik forsørgertabserstatning efter erstatningsansvarslovens §§ 13-14, ligesom hans efterladte ægtefælle fik et overgangsbeløb efter erstatningsansvarslovens § 14a.

Det gøres herefter gældende, at boet ikke havde et krav på erstatning for tab af erhvervsevne, fordi **A** afgik ved døden, inden Patientforsikringen havde adgang til at træffe afgørelse om erhvervsevnetabet, og at ankenævnet derfor med rette afviste boets krav herom.

Arbejdsskadestyrelsen har i den vejledende udtalelse af 28. oktober 2014 (bilag 34) ganske vist anført, at **A**'s erhvervsevnetab kunne opgøres alene på grundlag af de lægelige oplysninger til 100 % pr. den 13. december 2008.

Ankenævnet gør imidlertid gældende, at Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse ikke præjudicerer afgørelsen af denne sag, og at der altså ikke er grundlag for at fastsætte **A**'s erhvervsevnetab som følge af den anerkendte patientskade til 100 %.

A tabte arbejdsfortjeneste som følge af patientskaden skal opgøres som sket i ankenævnets afgørelse af 4. april 2013 (bilag I), dvs. til et skønsmæssigt tab på kr. 700.000,- vedrørende perioden fra den 26. november 2008, hvor han blev sygemeldt, til den 29. april 2009, hvor han afgik ved døden.

Selv om det ideelt set havde været muligt at skønne over det fremtidige erhvervsevnetab den 13. december 2008, var det altså ikke muligt for Patientforsikringen eller ankenævnet at foretage dette skøn på det pågældende tidspunkt, allerede fordi patientskaden først blev anmeldt den 23. juni 2009, og det skete derfor heller ikke.

Der er to overordnede grunde til, at Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse ikke præjudicerer afgørelsen af denne sag.

For det første har Arbejdsskadestyrelsen på side 3 i den vejledende udtalelse med urette anset grundlaget for skønnet for at foreligge allerede den 13. december 2008:

"Ved disse vurderinger anses oplysningerne i sagen for at have foreligget på det tidspunkt de er dateret selvom at de først er tilgået sagen/Arbejdsskadestyrelsen på et senere tidspunkt."

For det andet har Arbejdsskadestyrelsen på side 3 i den vejledende udtalelse med urette inddraget følgende element i vurderingen:

"Det er herunder vores opfattelse, at såfremt der kunne være foretaget en vurdering af erhvervsevnetabet på et tidspunkt, hvor selskabet i stedet for vælger fortsat at udbetale tabt arbejdsfortjeneste, fører dette ikke til, at der ikke skal fastsættes et erhvervsevnetab."

Disse forhold kan muligvis være relevante ved vurderingen af, om det var berettiget, at skadevolderen eller forsikringsselskabet på et givent tidspunkt valgte at udbetale erstatning for erhvervsevnetabet for at bringe erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste til ophør, eller om udbetalingen af denne erstatningspost skulle fortsætte, jf. U 2007.3088H og U 2007.3095H.

Disse forhold har derimod ikke betydning for vurderingen af ankenævnets fastsættelse af erhvervsevnetabet som følge af patientskaden.

Patienterstatningen og ankenævnet kan nemlig ikke fastsætte erhvervsevnetabet, før patientskaden er anmeldt, og der vil tillige altid gå noget tid med den nødvendige sagsbehandling, før der foreligger et forsvarligt grundlag, som gør det muligt at foretage et rimeligt skøn over det fremtidige erhvervsevnetab.

Højesteret fastslog i U 2008.1386H som anført, at erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste efter erstatningsansvarslovens § 2 løber, indtil Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse om det fremtidige erhvervsevnetab foreligger, medmindre skadevolderen eller forsikringsselskabet forinden (1) på forsvarligt grundlag (2) har foretaget et rimeligt skøn over erhvervsevnetabet og (3) udbetalt erstatning for erhvervsevnetabet i forhold hertil.

Højesteret tilføjede i U 2014.184H, at det ikke kan bringe forpligtelsen til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til ophør, hvis Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse alene indeholder en minimumsvurdering og ikke en vurdering af det faktiske, varige erhvervsevnetab.

Højesteret udtalte også som anført i U 2009.138H og i U 2010.436H, at der skal være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor retten til erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste ophører, og det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tab af erhvervsevne indtræder, og at der altså hverken må være "overlap" eller "hul" i erstatningen.

Retsstillingen er med andre ord sådan, at Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse om det fremtidige erhvervsevnetab som hovedregel dels standser pligten til at udbetale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, dels etablerer pligten til at udbetale erstatning for erhvervsevnetab, og at undtagelserne her er restriktive.

Ankenævnet kan derfor ikke fastsætte erhvervsevnetabet retrospektivt pr. et tidspunkt, hvor de faktiske forhold måske nok opfyldte betingelserne for at fastsætte et erhvervsevnetab, men hvor grundlaget endnu ikke forelå, og hvor der altså heller ikke var grundlag for at bringe pligten til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til ophør.

Det samme resultat følger tillige af U 2014.814H, hvor Højesteret udtalte:

"... det ikke i sig selv er tilstrækkeligt for at bringe forpligtelsen til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til ophør, at skadelidte må antages at lide et varigt erhvervsevnetab, der berettiger til erstatning herfor, dvs. på mindst 15 %. Det er tillige en forudsætning, at det er muligt - bl.a. under inddragelse af de hensyn, der er nævnt i lovens § 5, stk. 2 - at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne, og der skal foreligge et forsvarligt grundlag for det konkrete skøn, også når skønnet er midlertidigt, fordi den skadelidtes erhvervsmæssige situation ikke er afklaret."

Ankenævnet henviser endvidere til det lovforberedende arbejde i forbindelse med ændringen af erstatningsansvarslovens § 2 ved lov nr. 610 af 14. juni 2011:

"Spørgsmål 52:

I en sag, hvor der ikke er udbetalt a conto erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, og hvor Arbejdsskadestyrelsen afgiver en vejledende udtalelse om tidspunktet (skæringstidspunkt) for hvornår det varige erhvervsevnetab indtrådte, og dette tidspunkt er tidligere end tidspunktet hvor Arbejdsskadestyrelsens udtalelse foreligger, i en sådan sag, hvor længe har en skadelidte da efter lovforslaget krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til skæringstidspunktet eller til arbejdsskadesstyrelsens udtalelse foreligger?

Svar:

Det er Justitsministeriets opfattelse, at skadelidte i den nævnte situation vil have krav på tabt arbejdsfortjeneste, indtil Arbejdsskadestyrelsens udtalelse foreligger. Det vil således fremover være sådan, at forpligtelsen til at udbetale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste vedvarer, indtil Arbejdsskadestyrelsen udtalelse foreligger, hvis en skadevolder eller dennes forsikringsselskab ikke selv foretager et rimeligt skøn på forsvarligt grundlag over erhvervsevnetabet og udbetaler erstatning i forhold hertil, jf. Justitsministeriets besvarelse af spørgsmål 51 vedrørende lovforslaget."

Ankenævnet fastholder herefter, at **A** og dermed også boet med den tilkendte erstatning for tabt arbejdsfortjeneste er kompenseret fuldt ud frem til dagen for dødsfaldet, og at der derfor ikke kan fastsættes et erhvervsevnetab.

...«

Landsrettens begrundelse og resultat

Der er mellem sagens parter enighed om, at **A** som følge af den anerkendte behandlingsskade var fuldstændig uarbejdsdygtig fra sygemeldingen den 26. november 2008 og frem til sin død den 26. april 2009. Ankenævnet har ikke bestridt, at **A** s erhvervsevnetab – således som det fremgår af Arbejdsskadestyrelsens udtalelse af 28. oktober 2014 – var 100 %, såfremt det skulle udmåles retrospektivt pr. 13. december 2008.

Det hedder i erstatningsansvarslovens § 5, at der tilkommer skadelidte erstatning for tab af erhvervsevne, såfremt en persons skade har medført varig nedsættelse af skadelidtes evne til at skaffe sig indtægt ved arbejde. Om den tidsmæssige afgrænsning mellem denne erstatningspost og erstatning for tabt arbejdsfortjeneste hedder det i lovens § 2, at sidstnævnte erstatning ydes indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne.

Det fremgår af sagen, at **A** ved brev af 17. februar 2009 fra overlæge **F** – kun et par måneder før sin død – modtog oplysning om, at der i forbindelse med en undersøgelse af ham tilbage i 2004 var sket en fejl, og at der derfor var mulighed for erstatning fra Patientforsikringen. Det fremgår endvidere, at **B** herefter den 22. juni 2009 – et par måneder efter **A** s død – anmeldte sagen til Patientforsikringen, der den 23. juni 2011 traf afgørelse vedrørende spørgsmålet om erhvervsevnetabserstatning.

Under disse omstændigheder og navnlig henset til, at såvel Arbejdsskadestyrelsen i sin udtalelse af 28. oktober 2014 som ankenævnet i sin afgørelse af 9. januar 2015 har vurderet, at **A** på baggrund af journalnotat af 13. december 2008 ikke havde nogen resterhvervsevne i behold på dette tidspunkt, finder landsretten, at det den 13. december 2008 var muligt at skønne over **A** s fremtidige erhvervsevne, jf. erstatningsansvarslovens § 2. Ankenævnet bør derfor anerkende, at boet efter **A** er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne.

Den af Højesteret i U.2008.1386H og flere følgende domme fastslåede praksis, hvorefter pligten til at yde erstatning for tabt arbejdsfortjeneste fortsætter, indtil Arbejdsskadestyrelsens udtalelse foreligger, eller der på forsvarligt grundlag er foretaget et rimeligt skøn over

erhvervsevnetabet og udbetalt erstatning herfor – hvilke domme vedrører spørgsmålet om den tidsmæssige rækkevidde af pligten til at yde erstatning for tabt arbejdsfortjeneste – findes i den foreliggende situation, hvor patientskaden som følge af myndighedernes fejl først blev anmeldt og sagen afgjort efter skadelidtes død, ikke at kunne føre til en ændret vurdering.

Boets principale påstand tages herefter til følge.

Efter de nedlagte påstande, sagens forløb og udfald skal ankenævnet i sagsomkostninger betale 300.000 kr. til boet til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms og 4.000 kr. til statskassen til dækning af retsafgift.

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

Ankenævnet for Patienterstatningen skal anerkende, at boet efter A
v/ B er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne, og at erhvervsevnetabet skal fastsættes til 100 %, hvorfor sagen hjemvises til Ankenævnet for Patienterstatningen til beregning af erstatningsbeløbet.

I sagsomkostninger skal Ankenævnet for Patienterstatningen betale 300.000 kr. til boet
efter A v/ B og 4.000 kr. til statskassen.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 31-03-2015

Rikke Christiansen
kontorfuldmægtig