



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 31. marts 2010 i sag nr. BS 24A-1980/2009:

A

mod
Patientskadeankenævnet
Vimmelskftet 43
1161 København K

Denne sag drejer sig om, hvorvidt Patientskadeankenævnet i en sag, hvor skadelidtes årsløn skal fastsættes efter et skøn efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, har fastsat personskadeerstatningen for lavt.

Påstande

A har påstået, at hun er berettiget til en yderligere personskadeerstatning på kr. 157.500,00 som følge af patientskaden den 23. marts 2000, set i forhold til Patientskadeankenævnets afgørelse 16. september 2008 i sagsnr. 2007-0-1492.

Patientskadeankenævnet har påstået frifindelse.

Kravet på erhvervsevnetabserstatning er beregnet på grundlag af en årsindkomst på 100.000,- kr. x 6. Erhvervsevnetabet udgør 35 % heraf = kr. 210.000 kr. med fradrag af allerede udbetalt 52.500 kr., i alt 157.500 kr.

Sagens nærmere omstændigheder

Sagen er anlagt den 18. marts 2009.

Patientskadeankenævnet genoptog den 22. maj 2007 sagsbehandlingen vedrørende en at A anmeldt skade.

Det fremgår bl.a. af denne afgørelse:

Patientskadeankenævnets afgørelse af 27. marts 2003 ændres således, at A som følge af den anerkendte patientskade, læsion af en nerve i venstre hånd (nervus radialis sensoriske gren) anses for at være påført et varigt mén svarende til en inengrad på 10 %, svarende til en yderligere godtgørelse på 6.650 kr. med tillæg af renter

A anses endvidere for at være påført et erhvervsevnetab på 35 % som følge af patientskaden.

Patientskadeankenævnet sender sagen til Patientforsikringen til opgørelse af erhvervsevnetabserstatningens størrelse"

Den 14. september 2007 traf Patientforsikringen følgende afgørelse:

"Patientskadeankenævnet ændrede ved afgørelse af 22. maj 2007 Patientforsikringens afgørelser af 19. februar 2002 og 23. august 2002. Patientskadeankenævnet fandt, at

A's varige mén som følge af patientskaden udgjorde i alt 10 %, ligesom man fandt at hun var blevet påført et tab af erhvervsevne på 35 % som følge af patientskaden, og har tilbagesendt sagen til Patientforsikringen til opgørelse af erhvervsevnetabserstatningens størrelse.

Patientskadeankenævnet har i afgørelsen lagt vægt på, at **A** hvis patientskaden ikke var sket, ville have været selvstændig med en blomsterforretning eller at hun ville have været ansat i en blomsterforretning, og at hun ville have haft en lønindtægt som før operationen i marts 2000, dvs. som i årene 1996 til 1999.

...

Afgørelse

Patientforsikringen har fundet, at **A** er berettiget til 52.500 kr. i erstatning efter lov om patientforsikring. Hertil kommer renter fra skadedatoen den 23. marts 2000.

...

Erstatningsberegning

Patientforsikringen har på baggrund af Patientskadeankenævnets afgørelse vurderet, at **A's** erhvervsevne er varigt nedsat med 35 % som følge af behandlingsskaden.

Af skattevæsenets oplysninger fremgår, at **A's** lønindkomst i 1996 udgjorde 12.000 kr. og i 1997 28.125 kr. Herudover oppebar hun kontanthjælp.

Pr. 1. januar 1998 overtog hun driften af blomsterbutikken. Kommunen bevilgede iværksættetrydelse. Virksomhedens resultat før renter og afskrivninger var i 1998 på 84.298 kr. i dette resultat er indeholdt iværksættetrydelse fra kommunen med 40.0000 kr.

I 1999 udgjorde virksomhedens resultat før renter og afskrivninger 21.801 kr., Dette resultat indeholder kommunens ydelse på ca. 32.000 kr. Virksomheden blev lukket pr. 1. september 1999.

Erstatningen for tab af erhvervsevne fastsættes som et engangsbetrag (kapitalbeløb), der beregnes på grundlag af **A's** årsløn ganget med 6 og herefter ganget med 35%.

Årslønnen fastsættes efter et skøn, når særlige indtægts- eller ansættelsesforhold eller andre særlige forhold har gjort sig gældende.

Patientforsikringen har på baggrund af ovennævnte indkomstoplysninger skønnet, at **A's** årsløn kan fastsættes til 25.000 kr. Der er lagt vægt på, at **A's** i tilknytning til arbejdsmarkedet har været begrænset, men at hun i 1996 og 1997 havde en mindre lønindkomst, hvorefter hun pr. 1. januar 1998 startede egen virksomhed. Der er videre lagt vægt på, at virksomhedens resultat i 1998 efter fradrag for

iværksætterydelsen fra kommunen var på godt 44.000 kr., mens resultatet i 1999 efter at iværksætterydelsen var fratrasket var 0 kr.

...

Denne afgørelse blev påanket til Patientskadeankenævnet, der traf afgørelse den 16. september 2008:

"...

Afgørelse:

Patientforsikringens afgørelse af 14. september 2007 tiltrædes.

...

Sagsfremstilling

Der henvises til sagsfremstillingen i Patientskadeankenævnets afgørelse af 22. maj 2007.

Begrundelse og resultat

Årsløn:

Nævnet lægger til grund, at De i mange år har haft en sporadisk tilknytning til arbejdsmarkedet. I et par år forud for patientskaden var De indehaver af en blomsterforretning, der i 1998 og 1999 gav et overskud på 85.000 kr. og 19.000 kr. og efter fradrag for iværksætterydelse gav et resultat på godt 44.000 kr. i 1998 og 0 kr. i 1999. På den baggrund og da det ikke er sandsynliggjort, at Deres årsløn skal fastsættes som anført i klageskrivelsen fra advokat tiltræder nævnet, at årslønnen skal fastsættes som gjort af Patientforsikringen.

Efter det anførte tiltrædes Patientforsikringens afgørelse.

..."

Af Patientskadeankenævnets afgørelse af 22. maj 2007 fremgår bl.a.

Begrundelse for Patientskadeankenævnets afgørelse:

...

Patientskadeankenævnet finder, at der er påført **A** et erhvervsevnetab på 35 % som følge af patientskaden.

Nævnet har herved lagt vægt på Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse af 15. marts 2007, hvoraf følgende fremgår:

Vi har lagt vægt på sagens sociale og økonomiske oplysninger, herunder især oplysninger fra:

- Skat
- Københavns Kommune

Det samlede erhvervsevnetab:

Vi har ved vurderingen af det samlede erhvervsevnetab lagt vægt på, at **A** har haft en los tilknytning til arbejdsmarkedet gennem mange år.

Endvidere har vi lagt vægt på, at hun fra 1996 til 1999 har arbejdet i og været indehaver af en blomsterforretning, som hun lukkede på grund af sygdom. Det fremgår, at overskuddet fra forretningen i 1998 var på ca. 85.000 kr. og i 1999 på ca. 21.000 kr.

Derudover har vi lagt vægt på, at hun har været forsøgt arbejdsprøvet på et it-værksted, men på grund af manglende fremmode og en meget beskeden interesse for de stillede opgaver, og da de fysiske gener syntes at fylde så meget i hverdagen, at det gjorde hende ude af stand til at medvirke i arbejdsprøvningen, måtte arbejdsprøvningen stoppe.

Yderligere har vi lagt vægt på, at **A** har gener efter operationen i venstre hånd, og at hun derudover har psykiske gener i form af personlighedsforstyrrelse, affektlabil, impulsstyret, ukritisk, selvcentreret, dramatiserende, hukommelses- og indprætningsbesværet, og med påvirket koncentration.

Endelig har vi lagt vægt på, at hun ved afgørelse af 20. november 2003 blev tilkendt fortidspension med virkning fra den 1. december 2003.

På baggrund heraf vurderer vi, at **A's** erhvervsevne samlet er nedsat med ca. 2/3 svarende til skønsmæssigt 65 procent.

Mererhvervsevnetabet (erhvervsevnetabet som følge af patientskaden):

Vi har ved vurderingen af mererhvervsevnetabet lagt vægt på, at **A** før patientskaden var indehaver af en blomsterforretning, som hun i september 1999 måtte lukke på grund af sygdom (grundlidelsen).

Endvidere har vi lagt vægt på, at **A** siden september 1993 har arbejdet målrettet via arbejde og kurser for at opnå sin egen blomsterbutik, at kommunen vurderede, at det er sandsynligt, at hun ville have været selvforsørgende som selvstændig, såfremt hun ikke var blevet syg.

På den baggrund vurderer vi, at det er sandsynligt, at **A** hvis patientskaden ikke var sket, ville have været selvstændig med en blomsterforretning, eller at hun ville have været ansat i en blomsterforretning, og at hun ville have haft en lønindtægt som for operationen i marts 2000, dvs. som i årene 1996 til 1999.

Vi har yderligere lagt vægt på, at hun med virkning fra den 1. december 2003 er blevet tilkendt fortidspension.

Det er vores vurdering, at **A** arbejdsophør og overgang til fortidspension delvist kan henføres til følgerne efter patientskaden.

Vi finder imidlertid også, at det forhold, at hun ikke så sig i stand til at medvirke i arbejdsprøvningen, betyder, at der ikke foreligger en tilstrækkelig beskrivelse af hendes aktuelle funktionsniveau efter skaden. Ud fra en lægefaglig vurdering finder vi, at hun med patientskaden burde kunne varetage visse funktioner på arbejdsmarkedet.

Yderligere finder vi, at der er psykiske gener, som har været en medvirkende årsag til, at hun er udtrådt af arbejdsmarkedet og er overgået til førtidspension.

På baggrund heraf vurderer vi, at patientskaden den 23. marts 2000 har påvirket **A's** erhvervsmæssige situation i en grad, der kan begrunde et erhvervsevnetab på 35 procent svarende til 1/2 af det samlede erhvervsevnetab på 65 procent...."

Den 8. juni 2002 skrev Københavns Kommune til Patientforsikringen.

"...

Som svar på skrivelse af 27.3.2002 kan jeg oplyse at **A** arbejdede i blomsterbutik fra den 1.5.96 sideløbende med forskellige kurser indenfor området med supplerende kontanthjælp. Forinden havde **A** deltaget i adskillige relevante og opkvalificerende kurser.

Den 1.1.98 overtog hun blomsterbutikken **B**. **A** blev bevillet iværksætterydelse i de første 2 ½ år med 3.499,- brutto. Forretningen blev afhændet den 1.9.99 pga sygdom

Pia har siden september 1993 arbejdet målrettet via arbejde og kurser for at nå sit mål egen blomsterbutik, der er intet der tyder på at **A** ikke fortsat ville have været selvforsørgende som selvstændig så fremt hun ikke var blevet syg.

Jeg vedlægger indstilling der blev godkendt af Erhvervsfremmestyrelsen.

..."

Af brev af 23. december 1997 fra Erhvervsfremmestyrelsen, s. 1, stilet til **A** fremgår bl.a.:

"Erhvervsfremmestyrelsen har i dag godkendt Deres forretningsplan med følgende begrundelse fra Deres etableringsvejleder, **C**

A vil overtage blomsterbutikken **B**.
***A** har gennem de sidste 5 år målrettet uddannet sig som blomsterbinder og har for ca. 10 år siden arbejdet med selvstændig virksomhed på et andet forretningsområde. **A** vil modernisere og forandre butikkens koncept med større fokus på kvalitet og kreativitet.*

Blomsterbutikken overtages på lempelige vilkår og startinvesteringen udgør som sådan en beskeden risiko. Butikkens placering er god med kun en enkelt kvalificeret konkurrent i samme kvarter...

***A** har en åbenlys fornemmelse for blomsterdesign, materialevalg og – anvendelse samt kundernes efterspørgsel, som vil kunne hjælpe hende langt på vej med realiseringen af forretningsplanen. Hun er målrettet og sikker i sit valg og i at lykkes med forretningen. Et "drive" der kan bringe hende langt.*

*Det er sandsynligt, at **A** kan få succes med at forny butikkens koncept.*

*Det udarbejdede budget synes realistisk og indikerer, at butikken kan blive **A**'s eksistensgrundlag inden så længe. **A**'s ideer til hvordan forretningsgrundlaget senere kan udvides er seriøse og alsidige."*

I 1996 havde **A** ifølge årsopgørelsen en lønindkomst på 12.000 kr., og "pension dagpenge stipend" med 104.849 kr.

I 1997 havde **A** ifølge årsopgørelsen en lønindkomst på 28.125 kr. og "pension dagpenge stipend" med 81.456 kr.

Af årsregnskab 1998 for **B** fremgår bl.a., at omsætningen var 319.893, hvortil kom iværksætterydelse på 48.803,00 kr., i alt 368.696,00 kr.. Indkomsten var efter fradrag af

omkostninger, herunder renter og afskrivninger, 88.079 kr.

Afi årsregnskab 1999 for **B** fremgår, at omsætningen var 190.881, hvorefter iværksætterydelsen udgjorde 32.588 kr. Indkomsten var efter fradrag af omkostninger, herunder renter og afskrivninger, 21.447 kr. Afi årsopgørelsen fra Skat vedrørende 1999 fremgår, at **A** yderligere havde indkomst fra "uddelinger fra foreninger, fonde mv." på 58.136 kr.

Forklaringer

A har forklaret, at hun gik ud af folkeskolen i 9. eller 10. klasse uden afgangseksamen. Hun ville have været dekoratør, men kom ikke i gang. Hun var i bagerforretning og arbejdede senere i ISS i en del år. Hun har endvidere gjort rent på Rigshospitalet. Hun var som ung pige ansat som medhjælp i en blomsterforretning. I starten af 1980'erne startede hun et solcenter i kompagniskab med sin eksmands kone, men måtte høre op, fordi hun og kompagnonen ikke kunne sammen. De tjente heller ikke noget videre på det. Derefter kom hun på kontanthjælp. Hun fik interesse for at arbejde med blomster i 1990'erne. Hun blev mere og mere målrettet og gik på masser af kurser med henblik på at få en selvstændig blomsterforretning. I 1995/96 arbejdede hun i forretningen **B**. Forretningen havde da eksisteret i et par år. Hun arbejdede i hvert fald 20 timer om ugen, men blev der længere, da det også var en hobby. Hun overtog blomsterforretningen fra ejeren. Hun kan ikke huske, hvad prisen var. Men hun skulle afdrage, det hun kunne afse. Det var der mulighed for. Hun kunne se muligheder i forretningen og havde et større sortiment end den tidligere ejer. Hun mener, at omsætningen var stigende. Hun var selvstændig i et par år. I begyndelsen havde hun ikke smerter i hænderne. Senere gik hun til behandling med hænderne på grund af smerter. Men hun var glad for arbejdet og brugte fortsat mange timer i forretningen. Hun blev nødt til at lukke forretningen, da hun blev klar over, at hun skulle opereres. Hun opsagde lejemålet. Hun forudsatte, at hun kunne genoptage sit arbejde, når hun var helet efter operationen. Hun regnede helt sikkert med at komme til at tjene rigtig godt på forretningen. Hun var en dygtig blomsterbinder. Hun ville helt sikkert have tjent et par hundrede tusinde om året. Da operationen mislykkedes, var det en livsdrøm, der gik i stykker.

Parternes argumenter

A har anført, at der ved Arbejdsskadestyrelsens fastsættelse af erhvervsevnen er gjort op med hendes tidligere tilknytning til arbejdsmarkedet. Arbejdsskadestyrelsen har lagt til grund, at hun, hvis hun ikke var blevet påført patientskaden, ville have været selvforsørgende som selvstændig med blomsterforretning, hvilket Patientskadeankenævnet også har lagt til grund. Ikke desto mindre har Patientskadeankenævnet anført, at

A tilknytning til arbejdsmarkedet var sporadisk, hvilket ikke har

støtte i Arbejdsskadestyrelsens afgørelse eller Patientskadeankenævnets egen afgørelse. Der er ikke belæg for at trække en linje tilbage til den periode, hvor A fik kontanthjælp ved fastsættelsen af erstatningen. Dette mønster var brudt, og A gik i de senere år målrettet efter et erhverv som blomsterbinder. Grundsygdommen blev forværret i 1998 og 1999, og hun måtte opereres og derfor lukke sin forretning. Årslønnen skal vurderes ud fra, at A ubestridt havde fået en fast tilknytning til arbejdsmarkedet, da hun startede som blomsterbinder i 1996, og at hendes fysiske situation blev forværret, mens hun havde forretningen. Indtægterne de sidste to år afspejler derfor ikke den indtægt, som hun kunne have oppebåret, hvis hun ikke havde haft smerter. Dette skal sammenholdes med Arbejdsskadestyrelsens vurdering af, at hun ville have været selvforsørgende, hvis hun ikke var blevet fejlopereret. Efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, skal årsindtægten ansættes efter et skøn. Det er ikke matematik, som alene kan baseres på oplysningerne om tidligere opnåede indtægter. Patientklageankenævnet har med sin afgørelse accepteret Arbejdsskade-styrelsens antagelse af, at hun ville have været selv-forsørgende, hvis hun ikke var fejlopereret. Denne forudsætning skal indgå i fastsættelsen af den skønnede årsindtægt. Ingen kan leve af en årsindtægt på 25.000 kr., og Patientklageankenævnet kan ikke blot benytte en matematisk fremgangsmåde, hvorefter der alene er set på, hvad der kom i kassen. Dette har fundet udtryk i bemærkningerne til erstatnings-ansvarsloven, hvorefter det for deltidsansatte skal indgå, hvad den pågældende kunne have tjent på fuld tid. Tilsvarende overvejelser skal indgå, når skadelidte får arbejdsløshedsunderstøttelse eller kontanthjælp, fordi pågældende ikke er dagpengeberettiget. Erhvervsfremme Styrelsens godkendelse af hendes forretningsplan viser ikke en person med sporadisk tilknytning til arbejdsmarkedet, men en person der er i gang med at realisere sin livsdrøm. Hendes skønnede årsindtægt skal forhøjes i forhold til årene 1998-1999, idet der skal tages hensyn til, at hun var i en opstartsfase, og fordi hun ikke havde sin fulde arbejdskraft på grund af smerter. Endvidere skal det beløb, hun modtog i iværksættelse indgå, idet der er klar sammenhæng mellem det, man får i iværksættelse og anden overførselsindkomst. I U2008.2141H fandt Højesteret sygedagpengesatsen relevant for årslønnen. Tilsvarende tog FED 2009.10 udgangspunkt i højeste dagpengesats ved fastsættelse af årslønnen. En årsindtægt på 25.000 kr. er helt urealistisk også set ud fra retspraksis i tilsvarende sager. Således fastsattes årsindtægten til 50.000 kr. for en person, som havde en klart dårligere prognose end hun i FED 2007.54. Ved vurderingen af, hvilken vægt begrundelsen for hendes pension, skal indgå i sagen med, må der tages hensyn til, at man bliver slået ud, når man ikke kan fortsætte sin virksomhed på grund af en tilføjet skade. Ved fastsættelsen af sagsomkostninger skal lægges vægt på, at der har været et betydeligt tidsforbrug i forbindelse med sagen.

Patientklageankenævnet har anført, at der ved fastsættelsen af erhvervsevnetabet indgår to faktorer, dels erhvervsevnetabsprocenten og dels årslønnen. Disse to faktorer er helt uafhængige af hinanden. Arbejdsskadestyrelsen har ikke udtalt, at A kunne være blevet

selvforsørgende. Arbejdsskadestyrelsen henviser alene til Københavns Kommunes udtalelse herom og bemærker, at hun ville have haft en indtægt svarende til årene 1996-1999. Årslønnen skal fastsættes efter et skøn. Den skal fastsættes efter værdien af A's arbejdskraft på skadetidspunktet. Sager hvor indgår et skøn afviger typisk materielt væsentligt fra hinanden. Ingen af de domme, som A har påberåbt sig er sammenlignelige med denne sag. Sagens tema er, om der er grundlag for at skønne værdien af A's arbejdskraft til 100.000 kr. Det er A, der har bevisbyrden for dette. Den bevisbyrde har hun ikke løftet ved at henvise til en række konkrete domme. Patientskadeankenævnet har ved udmålingen lagt vægt på, at A i mange år havde haft en sporadisk tilknytning til arbejdsmarkedet, således som det også fremgår af Arbejdsskadestyrelsens afgørelse. A havde siden starten af 80'erne været på kontandhjælp, indtil hun overtog forretningen i 1998. I 1995-96 var hendes helt overvejende indtægt også kontanthjælp. Når det er tilfældet, må det skøn, der udøves, tage udgangspunkt i de foregående års indtægter, jf. U 2007.2453H, hvor årslønnen blev fastsat til de beløb, der blev opnået i årene forud for ulykken. Tilsvarende blev der i FED 1997.75 lagt afgørende vægt på de historiske oplysninger om skadelidtes indtægter. Det var således helt i overensstemmelse med retspraksis, at Patientklageankenævnet ved fastsættelsen af erstatningen tog udgangspunkt i de tidligere års indtægter, og at skønnet afspejlede disse. Der er ikke noget i A's historik, der støtter, at hun ville kunne opnå en ikke ubetydelig indtægt. Københavns Kommunes vurdering synes at lægge til grund, at A i en længere periode havde været selvforsørgende. Det kan udledes af Arbejdsmarkedsstyrelsens udtalelse, at de heller ikke har fundet, at A kunne have været selvforsørgende, da hun ikke kunne leve af den løn, som de har angivet. Begrundelsen for, at der blev tildelt A pension, må indgå med vægt i sagen. Det fremgår af denne, at der var mange faktorer, der spillede ind på værdien af hendes arbejdskraft. Iværksætterydelsen skal ikke indgå i ydelsen. De månedlige 3499 kr. i iværksætterydelse afspejler ikke på nogen måde værdien af hendes arbejdskraft. Hvis retten måtte tilsidesætte Patientklageankenævnets afgørelse, skal det tilkendte beløb være langt lavere end påstået og kan ikke overskride indkomsten for 1998 med fradrag af iværksætterydelsen.

Rettens bemærkninger

Den skønsmæssige fastsættelse af A's årsløn bør ske på grundlag af et skøn over værdien af hendes arbejdskraft på tidspunktet for skadens indtræden. A havde i en længere periode forud for 1998 været i begrænset beskæftigelse med deraf følgende begrænset arbejdsindkomst. Efter det oplyste må det lægges til grund, at A særligt havde interesse for at få egen blomsterbutik og, at det var dette, hun var målrettet imod. Skønnet må derfor i det væsentlige basere sig på årene 1998 og 1999, hvor hun drev selvstændig blomsterforretning, hvilket grundlag er særdeles spinkelt. Selv om der for året 1999 tages hensyn til, at årsregnskabet formentlig kun vedrører perioden i januar 1999 til 1. september 1999, og at

A lukkede forretningen på grund af sygdom, viser dette årsregnskab en omsætning og arbejdsindkomst, der var nedadgående. Retten finder derfor, at skønnet skal baseres på en indtægt mindre end for 1998. I den forbindelse skal ses bort fra iværksætterydelsen, som må anses for hjælp til finansiering af virksomheden, og derfor ikke kan sidestilles med lønindkomst, særligt ikke da omsætningen i 1999 ikke var stigende. Retten finder herefter, at A's skønmæssige årsløn efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, passende kan fastsættes til 40.000 kr.

A påstand tages herefter til følge med 31.500 kr.

Da A på den ene side har fået delvist medhold i sin påstand om, at hun havde krav på større erstatning, hvilket må antages at have krævet, at hun anlagde sag, og på den anden side har fået medhold for meget mindre, end hun har krævet, har retten fundet det rigtigst at bestemme, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

THI KENDES FOR RET:

A er berettiget til en yderligere personskadeerstatning på kr. 31.500,00 som følge af patientskaden den 23. marts 2000, set i forhold til Patientskadeankenævnets afgørelse 16. september 2008 i sagsnr. 2007-0-1492.

Ingen af parterne betaler sagsomkostninger til den anden part.

Pernille Kjærulff

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Københavns Byret, den 31. marts 2010.

Pernille Kjærulff, dommer