



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 15. januar 2016 i sag nr. BS 2C-217/2015:

A

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen (tidl. Patientskadeankenævnet)

Finsensvej 15

2000 Frederiksberg

Påstande

Under denne sag, der er anlagt den 9. februar 2015, og hvor dommen i medfør af retsplejelovens § 218 a, stk. 2, affattes uden fuldstændig sagsfremstilling, har sagsøgeren, A, endeligt nedlagt påstand om, at sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, tilpligtes at meddele den udbetalende myndighed, jf. klage- og erstatningslovens § 33, stk. 3, at der til sagsøger skal udbetales kr. 1.508.882,00 med renter efter rentelovens sats fra 4. februar 2012, til betaling sker.

Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse.

Procedure

Sagsøgeren har gjort følgende gældende:

"Hovedspørgsmål:

Parterne er enige om, at sagen drejer sig om 2 hovedspørgsmål, dels den periode for hvilken der skal betales erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, dels til hvilket beløb den mistede arbejdsfortjeneste skal opgøres.

Perioden for tabt arbejdsfortjeneste:

Sagsøgte har anerkendt at sagsøger har været udsat for en erstatningsberettiget patientskade ved en operation på B den 15. september 2007. B samt andre behandlingssteder i Danmark mente ikke de kunne gøre noget ved den situation sagsøger var bragt i med konstante kraftige smerter. Sagsøger blev således alene tilbudt smertebehandling, hvilket viste sig ganske ineffektivt. Først langt senere lykkedes det ham at finde frem til C -Klinik i Sydtyskland, hvor han var undergivet en meget omfattende og belastende operation, hvor man dels skulle fjerne de

utilstrækkelige afstivninger af hans ryg, som var udført på B. og dels skulle stabilisere hans ryg på en tilstrækkelig og faglig korrekt måde. Disse operationer startede den 19. juni 2009 og fortsatte 10 dage senere den 29. juni 2009. Operationen var således meget mere omfattende og også fysisk belastende, end den fejlagtige operation B havde foretaget den 15. september 2007. Behandlingsforløbet på C-Klinikken afsluttedes først i oktober 2009 med undersøgelser, kontrol og udskiftning af stabiliserende korset samt et længere instruktions- og træningsforløb. Han blev herefter udskrevet den 29. oktober 2009. På dette tidspunkt var han ikke i stand til fuldt ud at genoptage sit hidtidige arbejde, idet han fortsat var fysisk svækket og hæmmet af det omfattende og belastende behandlingsforløb, han havde været igennem. Han var til den sidst kontrol den 9. april 2010 og først på dette tidspunkt endelig udskrevet.

Efter Erstatningsansvarslovens § 2 skal der ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indtil skadelidte kan begynde at arbejde igen. Dette fortolkes i retspraksis således, at man skal være i stand til i væsentlig samme omfang som før skaden at genoptage sit arbejde. Sagsøgte har anerkendt, at perioden, der skal ydes erstatning for, går fra 15. september 2007. Sagsøgte har kun villet betale erstatning frem til operationen den 19. juni 2009, hvilket efter ovennævnte oplysninger selvsagt ikke har noget at gøre med det tidspunkt, hvor han kunne begynde at arbejde. Der er ikke grundlag for at begrænse perioden med henvisning til, at der også ville have været et efterforløb efter den første operation. Dette bestrides, og er alene et postulat og en hypotese, som sagsøgte har fremført, og som ikke er nærmere underbygget endsige dokumenteret. I betragtning af at sagsøgte ikke har forholdt sig til det faktum, at den egentlige operation først var afsluttet den 29. juni 2009 og ikke har forholdt sig til det faktum, at sagsøger først var færdig med behandlingen på C-Klinik med udgangen af oktober 2009 og endelig udskrevet efter kontrol den 9. april 2010 synes henvisningen til efterfølget og dermed en tilsidesættelse af Erstatningslovens bestemmelse at være irrelevant. Jeg gør gældende, at sagsøger har krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste som minimum til udgangen af oktober 2009, men også i tiden derefter, idet han ikke umiddelbart var i stand til fuldt ud at genoptage sit arbejde på dette tidspunkt.

Den mistede indtjening:

Der er ikke uenighed om, at denne må fastsættes efter et skøn jfr Erstatningsansvarslovens § 7 stk 2. Årslønnen bør dog ikke sættes lavere end seneste års indtægt jfr § 7 stk 1. Skønnet bør ifølge retspraksis fastsættes på basis af de forudgående 3 års indtægt. Gennemsnittet af sagsøgers indtægter for årene 2004, 2005 og 2006 udgør kr 491.092. Årsindtægten i

2006 udgjorde kr. 401.194. Sagsøgte skøn er ikke baseret på faktuelle oplysninger endsige dokumentation for forhold, som kunne få indflydelse på erstatningsopgørelsen, og det i retspraksis fastlagte udgangspunkt, hvorefter de forudgående 3 kalenderårs indtægter lægges til grund. Sagsøgte har fastsat erstatningen for perioden 15.9.2007 til 19.6.2009 til kr 400.000. Dette svarer til en årsindtægt på kr. 250.000 og er således mindre end indtægten i det forudgående år 2006. For samme periode udregnet på basis af en gennemsnitlig årsindtægt på kr. 491.092 kan erstatningsbeløbet opgøres til kr. 783.000. For perioden frem til 29.6.2009 kan beløbet opgøres til kr. 796.660. For perioden frem til 29.10.2009 kan beløbet opgøres til kr. 961.721. For perioden frem til 9.4.2010 kan beløbet opgøres til kr. 1.178.620. Sagsøger har først langt senere været i stand til at genoptage sit arbejde i væsentlig samme omfang som før operationerne og bør derfor i overensstemmelse med påstanden have tilkendt erstatning for tabt indtjening også i årene 2010 og 2011. Eftersom sagsøger også dengang var selvstændig arbejdende konsulent har dels det lange behandlingsforløb, som man anerkender er erstatningsberettiget, dels den meget omfattende og fysisk krævende operation, selvsagt haft til konsekvens, at han ikke umiddelbart kunne gå ud og sikre sig nye konsulentopgaver. Dette bør for vurderingen af beviser for den tabte arbejdsfortjeneste i perioden fra september 2007 og frem ikke komme ham til skade. Sagsøger arbejder trods sin alder stadig som konsulent og har formået at erhverve sig og gennemføre opgaver, der de senere år har givet ham følgende omsætning:

2013 kr. 399.850,00
 2014 kr. 347.000,00
 2015 - forventet kr. 465.000,00

Rentepåstanden:

er i overensstemmelse med Patientforsikringens afgørelse af 26.6.2013 (bilag 3)."

Sagsøgte har gjort følgende gældende:

"**Forudsætningerne for at tage** A's **påstand til følge**
 Ankenævnet for Patienterstatningen fandt ved afgørelse af 20. november 2014 (bilag 5) som nærmere begrundet i denne, at A var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i perioden mellem operationen den 15. september 2007 og operationen den 19. juni 2009, men ikke efter den 19. juni 2009. Ankenævnet fandt endvidere, at tabet i perioden skønsmæssigt burde fastsættes til 400.000 kr. Der er to forudsætninger for at tage A's påstand til følge. Den første er, at der er sikkert grundlag for at tilsidesætte den vurdering, at sygdomsmeldingen i perioden efter 19. juni 2009 ikke skyldtes den anerkendte patientskade. Den anden er, at A's har

godtgjort, at han i perioden 15. september 2007 til 19. juni 2009 ville have oppebåret en indtjening på 1.508.882 kr. Ingen af betingelserne er opfyldte.

Perioden for tabt arbejdsfortjeneste

Det følger af lov om klage- og patienterstatning inden for sundhedsvæsenet § 19, at der kan ydes erstatning til patienter, der påføres skade i forbindelse med undersøgelse, behandling eller lignende. Erstatning efter loven er således begrænset til det tab, der kan henføres til den fejlagtige behandling, men ikke til behandlingen i sig selv. Der ydes derfor ikke erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til skadelidte kan begynde at arbejde igen, hvis årsagen til uarbejdsdygtigheden eksempelvis er grundlidelsen og den nødvendige behandling herfor.

Ved afgørelse af 20. november 2014 (bilag 5) fandt Ankenævnet for Patienterstatningen, at **A** var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i perioden mellem operationen den 15. september 2007 og operationen den 19. juni 2009. Han var imidlertid ikke berettiget til tabt arbejdsfortjeneste i perioden efter den 19. juni 2009, da forløbet efter den 19. juni 2009 med overvejende sandsynlighed var en følge af grundlidelsen i form af omfattende degenerative forandringer i ryggen og behandlingen herfor. Selve det forhold, at **A** skulle gennemgå operationen den 19. juni 2009 og et efterfølgende genoptræningsforløb, der gjorde ham uarbejdsdygtig, var derimod ikke en erstatningsberettigende hændelse; men en følge af hans grundsygdom, som der ikke ydes erstatning for.

Ankenævnet for Patienterstatningen er et af lovgiver udpeget kollegialt organ, hvor der blandt andet medvirker to sagkyndige inden for lægevidenskab. Der skal derfor være sikkert grundlag for at tilsidesætte Ankenavnets afgørelse og bevisbyrden herfor er **A**. Denne bevisbyrde har han ikke løftet.

A har således ikke redegjort for de lægefaglige omstændigheder, der godtgør, at uarbejdsdygtighedsperioden efter operationen den 19. juni 2009 ville have været kortere, hvis operationen var blevet foretaget den 15. september 2007. Det forhold, at **A** ved operationerne i Tyskland først skulle have fjernet **B's** afstivninger, påvirkede således ikke uarbejdsdygtighedsperioden. Det påvirkede heller ikke uarbejdsdygtighedsperioden, at **A** skulle transporteres med ambulance hjem fra operationen i Tyskland. Det er korrekt, at operationen i Tyskland den 19. juni 2009 og det efterfølgende genoptræningsforløb var mere omfattende end operationen den 15. september 2007 på Hamlet; men det kan ikke føre til en tilsidesættelse af Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse, da det netop var den mere omfattende operation, **A** skulle have haft allerede den 15. september 2007. Den mere omfattende operation var dermed en følge af **A's** grundlidelse og ikke en erstatningsberettigende skade. Perioden, der skal ydes erstatning for, er derfor korrekt perioden fra 15. september 2007 og indtil den 19. juni 2009, hvor den rigtige operation blev foretaget.

Den mistede indtjening i perioden 15. september 2007 til 19. juni 2009

Idet A's uarbejdsdygtighedsperiode som følge af behandlingen blev forlænget fra den 15. september 2007 til den 19. juni 2009, er han berettiget til tabt arbejdsfortjeneste i denne periode, jf. erstatningsansvarslovens § 2, jf. klage og erstatningslovens § 24, stk. 1. Grundlaget for beregning af den tabte arbejdsfortjeneste er hele den indtægt før skat, A kan påvise, at han ville have haft i uarbejdsdygtighedsperioden. Kan intet sikkert påvises, må der foretages et skøn.

Ved afgørelse af 20. november 2014 (bilag 5) fandt Ankenævnet for Patienterstatningen, at A var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i perioden mellem operationen den 15. september 2007 og operationen den 19. juni 2009 med skønsmæssigt 400.000 kr. A har ikke påvist, at han i perioden 15. september 2007 til 19. juni 2009 ville have haft en arbejdsfortjeneste på 1.908.882 kr., endsige mere end de skønsmæssigt 400.000 kr., som Ankenævnet for Patienterstatningen tilkendte ham. Ankenævnet for Patienterstatningen lagde berettiget vægt på indtjeningen i indkomstårene 2005 og 2006, som var de nærmeste forud for skadesåret 2007. Det kan ikke føre til en tilsidesættelse af skønnet, at A selv er af den opfattelse, at indkomståret 2004 også skulle have indgået i skønnet. Ankenævnet fandt således korrekt, at indkomståret 2004 ikke var i en tilstrækkelig tidsmæssig nærhed med skadesåret, og at indtjeningen i 2004 var af ekstraordinær karakter set i forhold til de senere år. A har ikke redegjort for de forhold, der berettiger, at indtjeningen i 2004 alligevel skal indgå i skønnet. Ankenævnet for Patienterstatningen lagde endvidere vægt på, at A's indtjening i uarbejdsdygtighedsperioden fra 15. september 2007 til 19. juni 2009 med overvejende sandsynlighed ville have været påvirket negativt af konjunkturerne. Det kan ikke føre til en tilsidesættelse af dette skøn, at A selv er af den opfattelse, at det ikke ville have været tilfældet. A har således hverken fremlagt ordrebøger eller erklæringer fra faste kunder, som godtgør, at hans indtjening i uarbejdsdygtighedsperioden ville have været upåvirket af konjunkturer. Den eneste erklæring, som er fremlagt i sagen, er fra konsulentfirmaet D (bilag C). Af denne fremgår netop, at firmaet på grund af den økonomiske krise ikke var i stand til at benytte A da han meldte sig klar i 2010. Erklæringen afkræfter ikke formodningen for, at indtjeningen også i 2007, 2008 og 2009 ville have været påvirket af den økonomiske krise.

Hvis retten måtte finde, at Ankenævnet for Patienterstatningen skulle have inddraget indkomståret 2004, og at A har afkræftet formodningen for, at indtjeningen i uarbejdsdygtighedsperioden ville have været påvirket negativt af konjunkturerne, er der fortsat ikke noget grundlag for at tage hans påstand til følge. Det af A fremlagte bilag 2 med en oversigt over hans indtægter kan nemlig ikke på det foreliggende lægges til grund. For det danske selskab har A nemlig alene fremlagt regnskaberne for 2004-2006 (bilag 10-12), men ikke specifikationer. For det

franske selskab har **A** fremlagt, hvad der tilsyneladende er regnskaber for årene 2004-2006 og en erklæring fra en fransk revisor (bilag 13-16). Dokumenterne, som er kommet med påstandsdokumentet den 23. december 2015, er imidlertid på fransk og kan ikke indgå i sagen, jf. retsplejelovens § 149, stk. 2."

Rettens begrundelse og resultat

Der er enighed om, at det i overensstemmelse med Patientforsikringens afgørelse af 28. marts 2011 skal lægges til grund, at sagsøgeren ved operationen den 15. september 2007 blev påført en erstatningsberettigende skade i form af forsinket behandling af gener i ryggen, der resulterede i forlængelse af sygeperioden. Operationen i 2007 burde således være udført på samme måde - og med samme resultat - som den operation, der fandt sted på **C**-klinikken i Tyskland den 19. juni 2009.

Retten lægger herefter til grund, at patientskaden er begrænset til forlængelsen af sygeperioden med et tidsrum svarende til perioden fra den 15. september 2007 til den 19. juni 2009 (ca. 1 år og 9 måneder). Erstatning for tabt arbejdsfortjeneste som følge af patientskaden må derfor også være begrænset til sagsøgerens indtægtstab i denne periode.

Oplysningerne om sagsøgerens erhvervsmæssige indtægter er begrænsede. Det er oplyst, at han udøvede selvstændig virksomhed som **B**, og at hans indtægter fra denne virksomhed var stærkt svingende. Det er bl.a. oplyst, at hans samlede indtægter fra virksomheden i årene 2002-2006 varierede mellem 94.230,00 kr. og 761.304,00 kr. om året. I årene 2004-2006 var indtægterne henholdsvis 742.620,00 kr. (2004), 329.461,00 kr. (2005) og 401.194,00 kr. (2006). Ifølge en erklæring af 18. april 2011 fra firmaet **D**, som sagsøgeren har udført konsulentopgaver for, har dette firma på grund af den økonomiske krise ikke haft mulighed for at benytte ham siden primo 2010, hvor han havde meldt sig klar på ny til at påtage sig konsulentopgaver. Om sagsøgerens indtægter fra konsulentvirksomheden er det i øvrigt oplyst, at der i 2008 var indtægter på 144.015,00 kr., og at der i første halvår af 2009 var indtægter på 17.205,00 kr. I andet halvår af 2009 og i 2010 var der ingen indtægter. I 2011 havde sagsøgeren indtægter på i alt 37.500,00 kr., og i årene 2012 til 2015 har der ifølge sagsøgeren været indtægter på 50.-60.000,00 kr. (2012), 399.850,00 kr. (2013), 347.000,00 kr. (2014) og 465.000,00 kr. (2015). Sagsøgeren er i dag knap 74 år gammel.

På baggrund af oplysningerne om sagsøgerens indtægtsforhold lægges det herefter til grund, at det ikke er muligt at opgøre størrelsen af hans tabte arbejdsfortjeneste på grundlag af nøjagtige, dokumenterede oplysninger, og at Ankenævnet for Patienterstatningen derfor med rette har foretaget tabsopgørelsen på grundlag af et skøn. De foreliggende oplysninger om sagsøgerens faktiske indtægter fra konsulentvirksomheden før og efter den

relevante periode fra den 15. september 2007 til den 19. juni 2009 giver ikke grundlag for tilsidesættelse af det udøvede skøn. Den tabte arbejdsfortjeneste i perioden er skønsmæssigt ansat til 400.000,00 kr., hvilket ikke forekommer åbenbart urimeligt, navnlig i lyset af konjunkturforholdene efter finanskrisen i 2008, oplysningerne om sagsøgerens faktiske indtægter i tiden efter uarbejdsdygtighedsperioden og hans alder, men også under hensyn til størrelsen af og de betydelige udsving i hans indtægter de foregående år.

Sagsøgtes frifindelsespåstand tages herefter til følge.

Efter sagens værdi, forløb og udfald betaler sagsøgeren sagsomkostninger til sagsøgte med 100.000,00 kr. til dækning af sagsøgtes udgift til advokatbistand.

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

Ankenævnet for Patienterstatningen frifindes.

Inden 14 dage betaler A sagsomkostninger til
Ankenævnet for Patienterstatningen med 100.000,00 kr.

Ida-Louise Apostoli
Dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Helsingør, den 15. januar 2016.

Fatma Cosar, Kontorfuldmægtig