

Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 12. juni 2017 i sag nr. BS 3-1403/2016:

A

mod
Ankenævnet for Patienterstatningen
Finsensvej 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag vedrører en prøvelse af Ankenævnet for Patienterstatningens afgørelse af 5. februar 2016.

Ved afgørelsen traf Ankenævnet afgørelse om, at Patienterstatningens afgørelse af 4. maj 2015 blev ændret, således, at A var berettiget til 176.700 kr. i erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, svarende til 79.200 kr. mere, end hun allerede havde fået udbetalt.

Ankenævnet ændrede desuden Patienterstatningens afgørelse således, at erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste blev forrentet fra den 2. juli 2014.

Ankenævnets afgørelse indebar i øvrigt, at A ikke fik tilkendt erstatning for afholdte advokatudgifter.

Sagsøger har nedlagt følgende påstande:

Principalt af årsløn/beregningsgrundlag:

Sagen hjemvises til fortsat behandling ved sagsøgte med henblik på anvendelse af højere beregningsgrundlag i forbindelse med fastsættelse af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, hvor den årlige indtægt i den erstatningsberettigende periode fra 2. april 2009 til 6. marts 2015 vil skulle indgå med 120.000 kr., subsidiært et af retten skønsmæssigt fastsat beregningsgrundlag ikke mindre end 100.000 kr.

Mere subsidiært:

Sagsøgtes afgørelse af 5. februar 2016 ændres således, sagsøgers årlige indtægt i den samlede erstatningsberettigende periode udgør 120.000 kr. svarende til krav om betaling af 118.333,32 kr. i yderligere erstatning for tabt ar-

bejdsfortjeneste, endnu mere subsidiært et af retten skønsmæssigt fastsat mindre beløb.

Ad forrentning:

Sagsøgte skal anerkende, at sagsøger er berettiget til renter principalt af 197.533,32 kr. fra den 8. december 2010 til den 22. maj 2015, og af 118.333,32 kr. fra den 22. maj 2015 og til betaling sker, subsidiært fra et tidspunkt efter 8. december 2010 men før 22. maj 2015 for så vidt angår 118.333,32 kr., mere subsidiært forretning af 118.333,32 kr. fra den 22. maj 2015 til betaling sker og endnu mere subsidiært fra sagens anlæg.

Ad rådgiverudgift:

Sagsøgte skal anerkende, at sagsøger er berettiget til erstatning for rådgiverudgift med 50.000 kr., subsidiært et af retten fastsat mindre beløb.

Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejeloovens § 218 a, stk. 2, idet gengivelse af sagen bilag udelades.

Forklaringer

A har forklaret, at hun i 2005-6 arbejdede på fuld skrue som eneleverandør til B som oversætter. Hun havde mange projekter.

B fandt på et tidspunkt en leverandør mere i Danmark og siden til flere leverandører. Derfor fik hun færre projekter. I 2007 mistede hun B som kunde efter en omstrukturering hos B. Hun havde sit eget firma, som hun startede i 2001. I 2005 fik hun tilknyttet folk, som senere gled ud igen. De projekter, hun får, kommer fra forskellige kunder til store bureauer, som hun er tilknyttet. Hun havde svært ved at skaffe nye kunder og projekter efter at have mistet meget af B fordi hun ikke havde kræfter, da hun sad med at brækket ben.

Hun laver oversættelsesopgaver inden for hardware og software. Hun har oversat manualer, teknisk dokumentation, mm. for C. Det var både hjælpetekster og programmeringsstrenger. Hun har oversat til tekstbehandling. Størstedelen af hendes kunder er fra udlandet. Hun har også oversat spil, bl.a. fra D og E. Der er mere og mere arbejde henset til, at branchen i det hele taget vokser.

Hun brækkede sit ben i 2007. Hun valgte at sige sit kontor op, hvor hun havde en husleje på 7.000 kr. månedligt, foruden udgift til parkering, og arbejde hjemmefra. Derved minimerede hun udgifterne. Hun skulle have været opereret i april 2008. Det blev udskudt til oktober 2008 pga.

sygeplejekonflikt. Hun fik at vide, hun skulle forvente en sygemelding på 3 måneder indtil 1. januar 2009. Det meldte hun ud til sine kunder og leverandører. Hun havde lavet aftaler med nogle kolleger og samarbejdspartnere, som ville træde til og hjælpe, bl.a. F der er vidne i sagen. Det kom ikke til at holde.

Hun har fået fastslået 80 % erhvervsevnetab. Hun har fået en anden siddestilling og ødelagt sit knæ. Hun kan nu ikke holde til at sidde så mange timer, som hun gjorde før. Hun er nødt til at bevæge sig mere. Hun kan ikke holde til så koncentrerede mængder.

Hun har lavet en liste over de projekter, som hun ville have været en del af, hvis ikke han var blevet skadet, fremlagt som sagens bilag 2. Projekterne er rent faktisk blevet gennemført. Hun har fulgt med på sin mail, men har været nødt til at melde fra, fordi hun ikke kunne holde til det

I 2008 have hun en lav omsætning, fordi hun sad med et brækket ben og havde ondt. Hun kunne ikke holde til at tage de samme projekter ind. Aftalerne med kollegerne skulle være startet i begyndelsen af 2008 og ikke i slutningen. Selve grundlidelsen ville have holdt hende ude i 3 måneder, og ikke yderligere 6 måneder pga. konflikten. Hun ville ikke have mistet kunder pga sin sygemelding. Hun havde meldt det ud, og alle var med på det.

Hendes erfaring er, at omsætningen går op og ned. Efter 11. september 2001 havde hun og andre et år uden ret meget at lave. Der er en blanding store og små projekter, som har bevirket, at omsætningen er gået op og ned. Arbejdsopgaverne med oversættelse er ikke automatiseret så meget, at der ikke er brug for oversættere. Der er stadig brug for dem. Ved at trække arbejdspladsen hjem og ved ikke at have ansatte, kunne hun have opretholdt den samme løn.

G har som vidne forklaret, at han har været revisor i 30 år. Han har kendt A gennem en længere årrække, fra omkring 2000. Det var umiddelbart efter, hun havde oprettet sit selskab. A virksomhed var solid med et stabilt overskud. Opgaverne varierede fra år til år, som den gør i mange virksomheder. Der var grundlag for at trække en løn på 120.000 kr. ud årligt. I denne type af virksomhed er det meget normalt, at overskud varierer fra år til år. I år med overskud er normalt at lade overskuddet blive i virksomheden.

Han kan godt huske, at der var et voldsomt udsving i overskud fra 2005 til 2008. Det har han set i mange andre virksomheder. Han opfattede det ikke som alarmerende, men det kan være et tegn på, at man skal ud og sælge opgaver i stedet for primært at afvikle. Det er ikke unormalt, at man mister en stor kunde for så at skulle finde andre kunder, Det er der en vis respit på. Han er ikke blevet præsenteret for kunder, som A kunne have haft fremover.

Det, at trække virksomheden hjem og ikke have folk tilknyttet, giver ikke flere opgaver, men giver bedre styring. Der var i de år meget fokus på udgiftsstyring. Der skal hele tiden ske tilpasninger i en virksomhed. Efter hans vurdering var det ikke urealistisk at A fortsat kunne have tjent 120.000 kr. Lønnen til ejeren afhænger af virksomhedens resultat.

Hans vurdering af, at virksomheden er stabil, er en gennemsnitsbetragtning. Virksomheden var inde i en krise. I 2008 havde selskabet tabt mere end 50 % af sin kapital. Det skal han som revisor bemærke i regnskabet. Det er en advarsel til udenforstående kreditorer og andre. Han har ikke taget forbehold for fortsat drift.

F har forklaret, at han kender A som kollega. De er selvfølgelig konkurrenter, men opfatter hinanden som kolleger. I branchen har de kontakt til hinanden i mindre cirkler og netværk. Inderkredsen, dvs. de, der har været med i lang tid, er ret stabil. Han er uddannet og har arbejdet som oversætter siden 1984 og som selvstændig siden 1996. Han har kendt A fra hun startede.

Hans pulje af projekter har været rimeligt stabil hele tiden, herunder i perioden frem til 2007. Der var et lille dyk omkring krisen i 2007, men ikke meget. Han havde en lille nedgang fra 2007 til 2008 og siden op til normalen igen. Normalen har været stigende siden 2008

Han og A har delt af den samme pulje med de samme kunder. Han har en enkeltmandsvirksomhed, som han driver hjemmefra. Hans omsætning p.t. er ca. 600.000. Dengang var den ca. 500.000 kr.

A beskrivelse af de projekter, som hun kunne have været en del af, lyder troværdig.

De arbejder for store internationale bureauer. Kunderne leverer til bureauerne, som leverer ud til tilknyttede oversættere. A havde – som han selv – kontakt til de rigtige personer hos bureauerne.

Det at være uarbejdsdygtig i 3 måneder, gør, at man falder ud af cirkulation og skal ind igen. I Op til 3 måneder vil man kunne få opgaverne tilbage igen, hvis man har givet besked. Man vil være udfordret i en periode. I yderligere 3-4 måneder har A skulle kæmpe sig tilbage. Herefter er det forventeligt at være oppe i niveau ugen.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har sit påstandsdokument gjort gældende:

"...

Sagen drejer sig om angår anerkendt krav på patienterstatning efter fejloperation og således opgørelse relateret til årsløn, forrentningstids-

punkt og rådgiverudgift.

Der opleves ikke relevant tvivl/usikkerhed om, hvad der forfølges med påstanden. Sagsøgte har i duplik af 7. april 2017 - mere end 2 måneder efter replik og dermed modtaget umiddelbart før afslutning af sagens forberedelse - efterlyst ændring af påstand således, at der heri indgår påstand om hjemvisning, hvilket er blevet søgt imødekommet ved processkrift af 12. april 2017. Påstand ad konkret beløb findes at svare til påstand ad fastsættelse af f.eks. konkret erhvervsevnetabsprocent.

Der findes ikke noget til hinder for hjemvisning, hvor sagsøgte vil skulle træffe afgørelse med afsæt i en årlig indtægt på mindst 120.000 kr. eller i hvert fald mere end 100.000 kr. for den relevante periode.

I forhold til at fastsætte den årlige indtægt skal fremhæves, at redegørelse samt erklæring fra revisor, jf. sagens bilag 2, med fornøden vægt taler for en mindst uændret årlig indtægt på 120.000 kr. for den erstatningsberettigende periode og dermed fra den 2. april 2009 til 6. marts 2015.

Det skal fremhæves, at sygdom/skade allerede indfinder sig i 2007, hvilket kan ses som årsag til nedsat indtjening fra om med primo 2008. Sagsøger har således efter afslutning af 2007 haft anledning til og mange muligheder for at rekonstruere, men sagsøger er blevet forhindret heri som følge af skade, hvilket vil indgå i den samlede vurdering af skadesvirkning.

Det kan således lægges til grund, at sagsøger i de 3 reelle år forud for skaden havde en solid indtjening i gennemsnit, og at sagsøger som også beskrevet i bl.a. bilag 2 havde flere muligheder for at retablere indtjening - alene relevant skade har forhindret hende heri.

I forhold til opgørelse i forhold til dækningsbidrag kan også her fremhæves og gøres gældende, at sagsøger i alle årene frem til medio 2007 havde kontor ude og havde udgifter til bl.a. husleje, telefon, internet, parkering, diverse fællesudgifter som væsentlige udgiftsposter og dermed påvirkende underskuddet. Dette ses ikke bestridt efter tidligere oplysning herom. Sagsøger havde imidlertid opsagt kontoret og flyttede firmaet hjem på privatadresse, da problemer med benene indfandt sig. Sagsøger var således som anført ved at rekonstruere/omorganisere med hensyn til indtjening og overskud, men effekten heraf har som følge af skaden ikke haft mulighed for at vise sig. Det anførte vil blive yderligere understøttet ved forklaring fra kollegaer/samarbejdspartnere samt revisor.

--

Ad renter gøres gældende, at alle relevante fornødne oplysninger er modtaget pr. 8. december 2010, der således kan indgå i beregning som forrentningstidspunkt, hvor sagsøger har anført en måned efter modtagelsen af indkomstoplysninger fra ¹ men hvor en måned efter 8.

december 2010 findes berettiget – alternativt 23. juni 2014, der er anvendt ved beregning af erhvervsevnetab.

For så vidt angår rådgiverudgift gøres det gældende, at der henset til de konkrete omstændigheder/sagens forløb er grundlag for at anerkende dækning for udgift til rådgiver – dette med et konkret beløb eller via hjemvisning til fastsættelse.

..."

Sagsøgte har i sit påstandsdokument gjort gældende:

"...

Det gøres overordnet gældende, at A ikke har tilvejebragt grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse af 5. februar 2016 (bilag 1). Det er A der bærer bevisbyrden for, at ankenævnets afgørelse kan tilsidesættes, og det er ikke – som anført af A – ankenævnet, der skal godtgøre, at det af A opgjorte beregningsgrundlag – herunder den ensidigt indhentede revisorerklæring - kan fraviges.

Ad A første påstand (tabt arbejdsfortjeneste)

Principal

Den af ankenævnet fremsatte opfordring D om ændring af A påstand 1 til en hjemvisningspåstand anses alene for efterkommet delvist. Ankenævnet fastholder derfor afvisningspåstanden.

Til støtte herfor henvises til, at A principale og subsidiære del af påstand 1, som de er formuleret nu, udgør en sammenblanding af påstand og anbringender.

Vedrørende A nye mere subsidiære påstand 1 bemærkes, at heller ikke denne del af påstanden egner sig til at blive taget under påkendelse.

Påstanden er ikke tilstrækkelig præcist formuleret, idet ankenævnet ikke kan tilpligtes at anerkende, at A indtægt i perioden "udgør" kr. 120.000.

Subsidiært

Til støtte for frifindelsespåstanden henvises i det hele til de grunde, der er anført i ankenævnets afgørelse (bilag 1, s. 3-5).

Erstatning for tabt arbejdsfortjeneste fastsættes på baggrund af den indtægt, som den skadelidte forventeligt kunne have opnået uden patienteskaden.

A oplevede et betydeligt fald i sin omsætning og omsatte i 2008 kun for kr. 83.500. Efter ankenævnets vurdering – som der

ikke er grundlag for at betvivle – var ^A grundlidelse i væsentligt omfang årsag til det betydelige fald i omsætningen.

Der var dog også forud for 2008 fald i omsætningen, som ikke kunne henføres til ^A grundlidelse, og allerede fra 2006 var der et gradvist fald i omsætningen, som redegjort for i ankenævnets afgørelse (bilag 1, s. 4, 4. afsnit).

På den baggrund har ankenævnet med rette vurderet, at ^A ikke kunne have opretholdt en indtægt på kr. 120.000 om året i den erstatningsberettigende periode, selv hvis patientskaden ikke var sket.

I den sammenhæng har ankenævnet også taget højde for, at ^A – alene som følge af sin grundlidelse – ville have mistet noget af sin kundekreds, da hun også uden patientskaden ville have været uarbejdsdygtig i væsentligt samme omfang fra marts 2008 og frem til april 2009.

Ad ^A anden påstand – forrentningstidspunkt af erstatning

Ankenævnet forstår ^A påstand om forrentning som en påstand om forrentningstidspunkt af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, både for så vidt angår det yderligere beløb, som blev tilkendt af ankenævnet ved afgørelsen af 5. februar 2016 (bilag 1), svarende til renter af kr. 79.200, og samt af det yderligere beløb, som ^A påstår sig tilkendt under påstand 1 (kr. 118.333,32).

Det er dog uklart, om påstanden skal forstås som en betalingspåstand. Er det tilfældet, kan påstanden ikke tages til følge, da ankenævnet ikke er udbetalende myndighed. Såfremt påstanden ændres, således at den udtrykkeligt angives som en anerkendelsespåstand, anses opfordring A om præcisering af ^A påstand 2 for efterkommet.

Det bestrides, at der er grundlag for et tidligere forrentningstidspunkt end fastsat af ankenævnet.

En eventuel yderligere erstatning for tabt arbejdsfortjeneste skal forrentes i overensstemmelse med EAL § 16, stk. 2, jf. stk. 1.

Der er ikke grundlag for et tidligere forrentningstidspunkt for den yderligere tabte arbejdsfortjeneste end fra den 22. maj 2015 svarende til månedsdagen efter det tidspunkt, hvor Patienterstatningen modtog indkomstoplysningerne fra ¹. Der forelå således først på dette tidspunkt det fornødne grundlag for at bedømme erstatningens størrelse, jf. EAL § 16, stk. 2, jf. stk. 1.

Det gælder hverken som et generelt forvaltningsretligt princip eller som en konkret administrativ praksis i forhold til patientforsikringsordningen, at den part, der efterfølgende får omgjort en eller flere tidligere

trufne afgørelser, skal stilles, som om der oprindeligt var truffet den rigtige afgørelse.

Henset til det forudgående afgørelsesforløb havde Patienterstatningen ikke på et tidligere tidspunkt anledning til at indhente supplerende indkomstoplysninger fra ¹

Det var dermed også først herefter muligt endeligt at vurdere ^A nedgang i indtægten og hendes krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste på baggrund af de indkomstoplysninger fra ¹ som Patienterstatningen modtog den 22. april 2015.

Selv hvis retten måtte finde det godtgjort, at det på et tidligere tidspunkt havde været muligt at indhente de supplerende indkomstoplysninger, har et sådant synspunkt reelt karakter af anbringender til støtte for, at Patientforsikringen på et erstatningsretligt grundlag skal kompensere ^A for det økonomiske tab, der skyldes, at Patientforsikringen ikke på et tidligere tidspunkt har fundet anledning til at indhente de fornødne oplysninger til, at der var grundlag for at træffe afgørelse.

Sådanne synspunkter kunne ^A muligvis anføre under en erstatningssag mod Patienterstatningen om langsommelig og/eller uforkuseret sagsbehandling (ankenævnet har ikke herved erklæret sig enig i, at en sådan retssag overhovedet kan gennemføres), men synspunkterne kan ikke føre til noget resultat under den verserende retssag om prøvelse af ankenævnets afgørelse.

Kravet på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste vedrører tilmed perioden for den 2. april 2009 og frem til den 6. marts 2015, og allerede af den grund giver en forrentning allerede fra den 8. december 2010 ikke mening. Erstatningsbeløbet baseret på bl.a. oplysninger fra 2015 kan i sagens natur ikke opgøres og dermed forrentes allerede fra 2010.

^A har i sit processkrift 1 gjort gældende, at det fremlagte bilag 4 støtter hendes påstand om forrentningstidspunktet. Af de ovenfor anførte grunde bestrides det, at bilag 4 udgør dokumentation for, at der allerede tilbage i 2010 bestod tilstrækkelige oplysninger til brug for beregningsgrundlaget, således at forrentningstidspunktet skulle løbe fra 2010, jf. EAL § 16, stk. 2, jf. stk. 1.

Det bemærkes i øvrigt hertil, at det af bilaget alene fremgår, at ^A i 2013 fremsendte sine årsopgørelser for årene 2005-2009 samt regnskaber for disse år.

For det tilfælde at ^A påstand angående forrentningen tillige skal forstås således, at ^A ønsker dom for, at forrentningen af erstatningen for erhvervsevnetabserstatningen skal ske fra et tidligere tidspunkt, end det allerede tilkendte, påstår ankenævnet frifindelse.

Ankenævnet modtog den 2. juni 2014 speciallægeerklæring fra overlæge H (bilag C). Først på det grundlag var det muligt at vurdere A varige erhvervsevnetab, og kravet på erhvervsevnetabserstatning skal derfor tidligst forrentes fra månedsdagen efter den 2. juni 2014, jf. erstatningsansvarslovens § 16.

Ad A tredje påstand - rådgiverudgifter

Principal

Påstanden vedrørende rådgiverudgifter er senest revideret i processkrift 1 og er nu formuleret som en betalingspåstand

Ankenævnet er ikke den udbetalende myndighed, og derfor kan ankenævnet ikke dømmes i overensstemmelse med den nedlagte påstand, som derfor må afvises.

Subsidiært

For det tilfælde, at påstanden omformuleres, således at den i stedet formuleres som en anerkendelsespåstand påstår ankenævnet frifindelse heroverfor.

Til støtte herfor gøres det gældende, at det altovervejende udgangspunkt i sager som den foreliggende er, at der ikke ydes erstatning for udgifter til advokat i forbindelse med den administrative behandling af sagen. Dette gælder også sager, hvor antagelse af advokat har været afgørende for, at der efterfølgende er udbetalt erstatning i henhold til loven, jf. f.eks. U.2012.2922H.

Der er ikke i denne sag grundlag for at fravige dette udgangspunkt.

A har ikke godtgjort, at der foreligger sådanne helt særlige omstændigheder for, at der er grundlag for at tilkende A erstatning for advokatudgifter i forbindelse med sagens administrative behandling.
..."

Rettens begrundelse og afgørelse

Årsløn/beregningsgrundlag

Ankenævnet for Patienterstatningen har i sin afgørelse lagt til grund, sat A i årene 2006-2008 havde en indtægt på ca. 120.000 kr. og at hun i årene 2005 – 2008 oplevede et fald i omsætningen i sin virksomhed fra 647.000 kr. i 2006 til ca. 83.500 kr. i 2008. Hun havde i 2005 et overskud i virksomheden på 250.000 kr. og i de følgende år underskud, i 2008 på 43.600 kr.

Efter vidnet G forklaring var A virksomhed inde i en krise. Virksomheden havde tabt mere end 50 % af sin egenkapital. Han opfattede det dog ikke som alarmerende, ligesom han ikke

anså det for urealistisk, at A fortsat kunne have tjent omkring 120.000 kr. årligt.

A har forklaret, at hun havde informeret kunder om sin sygemelding og lavet aftaler med kolleger om at overtage opgaver under sygemeldingen. Vidnet F har i relation hertil forklaret, at det at være uarbejdsdygtig i 3 måneder, gør, at man falder ud af cirkulation og skal ind igen. Man vil være udfordret i en periode og må i yderligere 3-4 måneder skulle kæmpe sig tilbage, inden man kan forvente at være oppe i niveau ugen.

Selv om vidnernes forklaringer støtter A vurdering af, at hun fortsat kunne have haft en indtægt på 120.000 kr. årligt, finder retten efter oplysningerne om selskabets økonomi, således som det også er beskrevet i afgørelsen fra Ankenævnet for Patienterstatningen, at A ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at det kan lægges til grund, at hun fortsat ville have haft en indtægt på 120.000 kr. årligt.

Sagsøgte frifindes derfor for denne del af A påstand.

Forrentning

Af de grunde, der er anført i afgørelsen fra Ankenævnet for Patienterstatningen om renter, tiltræder retten, at der ikke er grundlag for at forrente erstatningen for erhvervsevnetab fra et tidligere tidspunkt en månedsdagen efter ankenævnet modtog speciallægeerklæringen fra overlæge H

Sagsøgte frifindes derfor for denne del af A påstand.

Rådgiveromkostninger

Der kan tilkendes erstatning for advokatbistand, hvis der undtagelsesvis foreligger særlige omstændigheder.

Højesteret har ved afgørelsen, trykt i UfR 2012.2922H slået fast, at den omstændighed, at en sag er principiel, ikke er tilstrækkeligt til at der foreligger særlige omstændigheder.

Den omstændighed, at A i nærværende sag har opnået bedre resultater ved at påklage trufne afgørelser medfører heller ikke, at der foreligger sådanne særlige omstændigheder.

Sagsøgte frifindes derfor også for denne del af A påstand.

Thi kendes for ret:

Ankenævnet for Patienterstatningen frifindes

A skal inden 14 dage betale sagsomkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen med 25.000 kr. med tillæg af moms.

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Kolding, den 12. juni 2017.