

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS-RETSBOG

Den 29. oktober 2002 holdt Østre Landsret offentligt retsmøde i retsbygningen, Bredgade 59, 1260 København K.

Som dommer fungerede landsdommer Benedikte Tegldal.

Som protokolfører fungerede sektionsleder Jannie Mogenstrup.

Der foretoges

14. afd. nr. B-2881-00:

E [REDACTED]

mod

Patientskadeankenævnet.

Ingen var tilsagt eller mødt.

Retten berigtigede dommen af 11. oktober 2002, jf. retsplejelovens § 221, stk. 1, således, at konklusionen er sålydende:

"Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, tilpligtes at anerkende, at der til sagsøgeren, E [REDACTED] inden 14 dage skal udbetales 137.250 kr. med tillæg af renter i medfør af erstatningsansvarslovens § 16 fra den 26. marts 1995 til betaling sker."

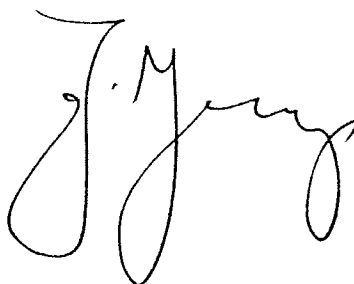
Den berigtigede dombog vil være at tilsende sagens parter.

Retten hævet.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den 31 OKT. 2002

P.j.v.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. M. Jørgensen' or similar, written in a cursive style.

**UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG**

D O M

Afsagt den 11. oktober 2002 af Østre Landsrets 14. afdeling
(landsdommerne Benedikte Tegldal, B. O. Jespersen og Tine
Hammershøj Madsen (kst.)).

14. afd. nr. B-2881-00:

E. [REDACTED]

(Advokat Lars Ulrich)

mod

Patientskadeankenævnet

(Kammeradvokaten

v/advokatfuldmægtig Mikkel Holm Nielsen)

Under denne sag, der er anlagt den 21. oktober 2000, har sagsøgeren, E. [REDACTED] nedlagt påstand om, at sagsøgte, Patientskadeankenævnet, tilpligtes at anerkende, at der skal udbetales principalt 983.230,24 kr., subsidiært et mindre beløb efter landsrettens skøn, i skadeserstatning til sagsøgeren, med tillæg af renter i medfør af erstatningsansvarslovens § 16 fra skadestidspunktet den 26. marts 1995 til betaling sker.

Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagsfremstilling.

Sagsøgeren blev den 26. marts 1995 opereret for discusprolaps på R [REDACTED]. Umiddelbart efter operationen var sagsøgeren velbefindende uden væsentlige smerter, men efter ca. 14 dage fik han tiltagende lændesmerter og udstråling til benene. Den 20. juli 1995 konstateredes det, at sagsøgeren havde fået en stafylokokinfektion.

Sagsøgeren har ikke været i arbejde siden operationen den 26. marts 1995, og siden 1997 har han modtaget mellemste førtidspension.

Den 28. oktober 1998 afgjorde Patientforsikringen, at stafylokokinfektionen udgjorde en behandlingsskade, der berettigede sagsøgeren til erstatning efter patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 4. Sagsøgerens méngrad blev fastsat til 15 % og erhvervsevnetabet til 50 % som følge af behandlingsskaden.

Afgørelsen blev påklaget, og ved skrivelse af 10. maj 2000 til "Fuld Valuta" på vegne sagsøgeren tiltrådte sagsøgte afgørelsen. Af skrivelsen fremgår blandt andet:

"....."

Patientskadeankenævnet kan tiltræde, at Deres kunde er erstatningsberettiget efter patientforsikringsloven, jf. lovens § 2, stk. 1, nr. 4, idet skaden i form af følger efter muskel og discus infektion er mere omfattende end Deres kunde med rimelighed må tåle set i forhold til grundsygdommen, discusprolaps, og set i forhold til komplikationens sjældne forekomst.

.....

Patientskadeankenævnet finder, at det varige mén som følge af behandlingsskaden er 15 procent. Patientskadeankenævnet har lagt vægt på, at Deres kunde har daglige svære lænderygsmerter med udstråling til højre ben og fod, føleforstyrrelser og moderat til svær bevægeindskrænkning svarende til lænden. Tilstanden vurderes samlet til et mén på ca. 25 procent. Patientskadeankenævnet har samtidig lagt vægt på, at man selv efter en vellykket operation for discusprolaps måtte forvente

ubetydelige til lette smerter og/eller let bevægeindskränkning svarende til en méngrad på 10 procent, hvorfor følgerne efter patientskaden vurderes til 15 procent. De findes således berettiget til en godtgørelse for varigt mén på 43.800 kr. ekskl. renter svarende til 2.920 kr. pr. méngrad.

.....
Patientskadeankenævnet finder, at Deres kundes erhvervsevne er nedsat til 50 procent som følge af patientskaden svarende til ca. 2/3 af Deres kundes samlede erhvervsevnetab. Patientskadeankenævnet har lagt vægt på, at Deres kunde er ophørt med at arbejde og er tilkendt mellemste førtidspension på grundlag af den samlede helbredsmæssige og sociale situation svarende til en erhvervsevnenedsættelse på ca. 65 procent. Patientskadeankenævnet har endvidere lagt vægt på, at en del af erhvervsevnetabet ikke skyldes patientskaden, men må tilskrives grundlidelsen, følger efter operation for discusprolaps.

Erstatning for tab af erhvervsevne fastsættes som et engangsbetrag, der beregnes på grundlag af Deres kundes årsløn 12 måneder før skaden ganget med 6 ganget med 50 procent. Når der som her er tale om særlige indkomstforhold fastsættes årslønnen dog på grundlag af et skøn. Det fremgår af sagen, at Deres kunde fra 1988 til 1995 var selvstændig erhvervsdrivende og blev beskattet af virksomhedens overskud og ikke modtog nogen egentlig løn. Det fremgår endvidere, at omsætningen i 1993, 1994 og 1995 var henholdsvis 134.802 kr., 59.968 kr. og 92.113 kr. Overskuddet var beskedent (13.684 kr.) i 1993, og der var underskud i 1994 og 1995. Patientskadeankenævnet har til brug for sagens behandling indhentet pensionssagen fra Kalundborg Kommune. Det fremgår heraf, at Deres kunde i forbindelse med sin selvstændige virksomhed i en længere periode kørte til Holland to gange ugentligt for opkøb af dæk. Det er uoplyst, hvor mange timer Deres kunde arbejdede i virksomheden, men det fremgår, at Deres kunde var berettiget til 1.745 kr. pr. uge i sygedagpenge fra ASE. Patientskadeankenævnet har på baggrund heraf fastsat Deres kundes årsløn til 10.000 kr. Patientskadeankenævnet har lagt vægt på niveauet for virksomhedens omsætning og overskud i årene 1993 til 1995, og at virksomheden på skadestidspunktet havde eksisteret så længe, at årslønnen ikke var urealistisk lav på grund af udgifter til opstart af virksomheden. Deres kunde findes således berettiget til en erstatning for tab af erhvervsevne på 30.000 kr. med en aldersreduktion på 8½ procent, idet Deres kunde på skadestidspunktet var fyldt 56 år., eller i alt 27.450 kr. ekskl. renter.

Det bemærkes, at sagen kan genoptages, såfremt der fremkommer dokumentation for en højere indtægt.

.....

Patientforsikringen har til sagens behandling indhentet speciallægeerklæring ved speciallæge i neurokirurgi, overlæge J. [redacted] af 22. oktober 1997. Der foreligger endvidere speciallægeerklæring ved afdelingslæge T. [redacted] af 11. marts 1998.
....."

Retslægerådet har i en erklæring den 19. december 2001 udtalt følgende:

"Spørgsmål A:

Retslægerådet anmodes om at oplyse, i hvilket omfang sagsøgerens gener må tilskrives den anerkendte patientskade i form af betændelsestilstand i 4. lændebåndsskiverum (discitis) samt i muskulaturen på højre side af lændehvirvelrygsøjlen (myocitis/abscessus musculus psoas), henholdsvis sagsøgers grundsygdom.

E. [redacted] gener er sidst lægeligt vurderede ifølge sagsakterne ved speciallæge i neurokirurgi J. [redacted] den 22.10.97. E. [redacted] klagede da over svære tværgående lændesmerter, mest udtalt på højre side med udstråling til højre ben.

Ved objektiv neurologisk undersøgelse fandtes indskrænket bevægelighed og ømhed af lænderyggen samt kraftnedsættelse af højre ben samt følenedsættelse på ud- og bagsiden af benet. Gangen var langsom med aflastning af højre ben.

De påviste gener kan både skyldes grundsygdommen og den komplicerende betændelsestilstand i fjerde lændediscus og lændehvirvelmusklen. E. [redacted] havde i årene forud for rygsygdommens indtræden af og til haft lænderyggener. Ved røntgenundersøgelse på K. [redacted] 16.02.95 blev der således påvist slidgigtforandringer i nederste del af brysthvirvelsøjlen (discusdegeneration Th 11-12 med randosteofytdannelse) og i lændehvirvelsøjlen (spondylose). Yderligere blev der ved CT-scanning 23.02.95 på H. [redacted] af den nederste del af lænderygsøjlen påvist fortykkelse af ledbånd samt slidgigtforandringer i de små led (facetledsartrose). E. [redacted] havde således en i forvejen bestående slidgigtlidelse i nederste del af brysthvirvelsøjlen og lændehvirvelsøjlen. En røntgenologisk påvisning af slidgigtforandringer svarende til 4. lændehvirvelmelletrum med forstørrelse

af facetleddet blev bekræftet ved operationen den 06.03.95 på R [REDACTED].

Retslægerådet anser det for overvejende sandsynligt, at de påviste slidgigtforandringer sammen med følgerne efter discusprolaps/protrusion er medvirkende årsag til E [REDACTED] gener. Ligeledes finder rådet, at følgerne efter betændelsestilstanden i form af yderligere sammenfald af 4. lændediscusrum og arvæv er medvirkende årsag til sagsøgerens aktuelle gener. Det er ikke muligt at angive nogen eksakt fordeling af betydningen af henholdsvis grundsygdom og komplikationer til operationen, men Retslægerådet anser det for overvejende sandsynligt, at betændelsestilstanden er mere betydningsfuld for følgetilstanden end grundsygdommen.

Spørgsmål B:

Er der videnskabeligt belæg for, at en operation for diskusprolaps kan efterlade patienten fuldstændig uden fysiske mén?

Det er generelt anerkendt, at operation for discusprolaps hos ca. 75% af patienterne bedrer tilstanden. Hos en mindre procentdel (mindre end 5%) oplever patienten en forværring af tilstanden, mens resten på længere sigt ikke oplever nogen væsentlig ændring i tilstanden. En række faktorer har indflydelse på operationsresultatet. Af de væsentligste kan nævnes varighed af symptomerne, sværhedsgrad af symptomerne, forudbestående slidgigtforandringer, anden forudbestående ryglidelse samt komplikationer til operationen. Der foreligger ikke videnskabelige opgørelser, som specifikt belyser, hvorvidt en patient efterlades fuldstændigt uden fysiske mén efter en discusprolapsoperation.
....."

Sagsøgeren drev fra 1988 til 1995 selvstændig virksomhed med køb og salg samt renovering af dæk. Virksomheden ejedes af ægtefællen, men det var alene sagsøgeren, som arbejdede i virksomheden, og sagsøgeren modtog ikke løn. Det fremgår af virksomhedens regnskaber, at omsætningen i 1993, 1994 og 1995 var henholdsvis 134.802 kr., 59.968 kr. og 92.113 kr. Overskuddet var i 1993 13.684 kr., mens der var underskud i 1994 og 1995 på henholdsvis 5.780 kr. og 17.969 kr.

Skatteankenævnet i Kalundborg har den 1. maj 1995 for indkomstårene 1988, 1989, 1990, 1991 og 1992 skønsmæssigt ansat

sagsøgerens indkomst/overskuddet ved selvstændig virksomhed til henholdsvis 60.000 kr., 70.000 kr., 40.000 kr., 32.010 kr. og 26.470 kr. Det fremgår af afgørelsen, at ankenævnet ikke fandt, at sagsøgeren og hans hustrus samlede selvangivne indkomster i de pågældende indkomstår levnede plads til et antageligt privatforbrug.

Sagsøgerens revisor, registreret revisor H [REDACTED], har i en skrivelse af 28. februar 2002 til sagsøgerens advokat udtalt:

"Jeg skal herved for en god ordens skyld bekræfte, at E [REDACTED] indtil 31.12.1995 var fuldtidsbeskæftiget som medhjælpende ægtefælle i sin ægtefælles virksomhed. I 1995 blev E [REDACTED] ramt af sygdom og oppebar kr. 81.495,00 i sygedagpenge indtil lukningen af virksomheden ultimo 1995."

Organisationen "Danske Sælgere" har i en skrivelse af 26. september 2000 oplyst, at gennemsnitslønnen for en salgskon-sulent indenfor engroshandel i 1995 var 22.920 kr./måned.

Sagsøgerens principale påstand fremkommer herefter således:

Erhvervsevnetabserstatning:

Årsløn kr. 275.040 x 6 x 65%	kr. 1.072.656,00
Aldersreduktion på 8,5%	kr. 91.175,76
	Kr. 981.480,24

Méngradserstatning:

25% x kr. 2.920,00	kr. 73.000,00
	kr. 1.054.480,24
Tidligere udbetalt méngradserstatning	kr. 43.800,00
Tidligere udbetalt erhvervsevnetab	kr. 27.450,00
I alt	kr. 983.230,24

Forklaringer.

Der er for landsretten afgivet partsforklaring af sagsøgeren og vidneforklaring af reg. revisor H [REDACTED].

Sagsøgeren har forklaret blandt andet, at han har haft en fabrik i Holland fra 1980 til 1988, hvor han flyttede tilbage til Danmark og startede forretning i Kalundborg med køb og salg samt renovering af dæk. Forretningen blev startet fra bar bund, og der har ikke været ansatte. Han vil antage, at han arbejdede dobbelt så meget som en normal fuldtidsstilling. Han kunne godt have smerter i hoften, men ikke mere end at han kunne arbejde. Han foretog en del rejser til blandt andet Holland, Baltikum og Rusland, og i perioden op til operationen rejste han op til 2 gange ugentligt. Han kan ikke give nogen forklaring på, hvorfor overskuddet i forretningen var så beskedent. Efter operationen har han slet ikke kunnet arbejde, og forretningen blev lukket i 1995.

Registreret revisor H [REDACTED] har forklaret blandt andet, at han har været revisor for sagsøgeren, mens denne drev selvstændig virksomhed. Sagsøgeren er en god handelsmand. Sagsøgeren arbejdede kolossalt meget i virksomheden, og han vil betegne ham som en iværksætter-/opfindertype, der var mindre god til de økonomiske og administrative opgaver.

Procedure.

Sagsøgeren har til støtte for den nedlagte påstand gjort gældende, at der ikke ved fastsættelsen af méngraden og erhvervsevnetabet skal ske fradrag som følge af grundsygdommen. Sagsøgeren er enig i, at méngraden er 25 % og erhvervsevnetabet 65 %. Hvis operationen var lykkedes, var sagsøgeren imidlertid blevet fuldstændig - eller i hvert fald nogenlunde - rask, og han måtte derfor ikke forvente ubetyde-

lige til lette smerter og/eller let bevægeindskrænkning, som anført i sagsøgtes afgørelse.

Det er overvejende sandsynligt, at betændelsestilstanden er mere betydningsfuld for følgetilstanden end grundsygdommen, jf. også Retslægerådets besvarelse af spørgsmål A. Sagsøgte har således ikke godtgjort, at behandlingsskaden alene har medført en méngrad på 15 %, hvorfor der ved opgørelsen af erstatningen må tages udgangspunkt i en méngrad på 25 %. Vedrørende erhvervsevnetabet har sagsøgeren endvidere henvist til, at han arbejdede mere end fuld tid i tiden helt op til operationen og således havde sin fulde erhvervsevne, hvorfor der ikke ved fastsættelsen af erhvervsevnetabet skal ske fradrag som følge af grundsygdommen. Da sagsøgerens årsløn/overskud som selvstændig forud for skaden var særdeles begrænset, skal årslønnen fastsættes skønsmæssigt i medfør af erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2. Det følger af Arbejdsskadestyrelsens vejledning om fastsættelse af årsløn, at det er styrelsens praksis, at årslønnen for selvstændige, der arbejder fuld normal arbejdstid i virksomheden, men som kun har et lille overskud, fastsættes til et beløb der ikke ligger væsentligt under, hvad pågældende ville kunne tjene som lønmodtager indenfor det pågældende erhverv. Denne årsløn udgør 275.040 kr., jf. skrivelsen fra Danske Sælgere.

Den af sagsøgte skønnede årsløn på 10.000 kr. er helt urimelig når henses til den betydelige arbejdsindsats, sagsøgeren har ydet frem til operationen, ligesom den ligger betydeligt under niveauet for kontanthjælp og mindstelønninger.

Sagsøgte har til støtte for den nedlagte påstand gjort gældende, at den af sagsøgte udmålte erstatning er korrekt og dækker sagsøgerens erstatningsberettigede tab som følge af den anerkendte patientskade. Der har ved afgørelsen deltaget speciallægekonsulent, ligesom der har deltaget medlemmer med lægevidenskabelig baggrund og særlig erfaring indenfor området. Forsikringsdækningen efter patientforsikringsloven dæk-

ker alene følgerne af patientskaden, og ikke den del af følgerne, der hidrører fra grundlidelsen. Sagsøgte har skønnet, at følgerne af patientskaden har påført sagsøgeren et varigt mén på 15%, og at sagsøgeren selv efter en vellykket operation for diskusprolaps måtte forvente ubetydelige til lette smerter og/eller let bevægeindskrænkning. Hermed stemmer Retslægerådets svar på spørgsmål A. Det samme gør sig gældende vedrørende erstatningen for tab af erhvervsevne, som sagsøgte har skønnet til 50% vedrørende patientskaden. For så vidt angår det indtægtsgrundlag, som skal indgå ved beregningen af erhvervsevnetabserstatningen, har sagsøgte gjort gældende, at årslønnen med rette skønsmæssigt er ansat til 10.000 kr. i medfør af erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2. Sagsøgeren blev i årene 1988 til 1995 beskattet af virksomhedens overskud som selvstændig erhvervsdrivende og modtog ikke egentlig løn. Virksomhedens omsætning og resultat var i årene fra 1993 til 1995 beskedent, men da virksomheden på skadetidspunktet havde eksisteret længe, var årslønnen ikke urealistisk lav på grund af udgifter til opstart af virksomheden. Det kan ikke tillægges nogen betydning, hvilken indtægt sagsøgeren kunne have oppebåret som ansat sælger indenfor engroshandel. Såfremt den af sagsøgeren påståede lønindtægt lægges til grund, vil det medføre en erstatning, som overstiger hans tab.

Landsrettens bemærkninger.

Det fremgår af forarbejderne til lov om patientforsikring, at patientens situation efter patientskaden altid må sammenholdes med de sandsynlige følger af et normalt sygdomsforløb, herunder normale følger af nødvendig behandling. Skaden - og dermed erstatningen - omfatter kun forskellen herimellem (Folketingstidende 1990/91, tillæg A, spalte 3274 og 3298). Patientskadeankenævnet, der er i besiddelse af særlig sagskundskab, har i denne sag skønnet, at en nærmere angiven del

af den konstaterede mengrad og det konstaterede erhvervsevnetab skyldes grundsygdommen og har afslået at yde erstatning herfor. Retslægerådets erklæring i sagen støtter antagelsen om grundsygdommens indflydelse på sagsøgerens mengrad og erhvervsevnetab. Landsretten finder herefter ikke grundlag for at tilsidesætte patientskadeankenævntes afgørelse på dette punkt.

Ved fastsættelsen af årslønnen efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, skal sagsøgeren bedømmes som selvstændig erhvervsdrivende, der har drevet virksomhed siden 1988. Herefter er udgangspunktet, at årslønnen fastsættes på grundlag af de seneste årsregnskaber. Da disse imidlertid viser underskud i årene 1994 og 1995 og et beskedent overskud i 1993, og da det må lægges til grund, at sagsøgeren har lagt en betydelig arbejdsindsats i virksomheden, findes årslønnen ikke at kunne fastsættes alene på grundlag af disse regnskaber. Efter karakteren af den virksomhed sagsøgeren har drevet, findes der ikke at kunne lægges vægt på gennemsnitslønnen for en salgskonsulent indenfor engroshandel. Efter et samlet skøn hvori indgår, at skatteankenævnet vedrørende årene 1988 til 1992 ansatte sagsøgerens indkomst/ overskud ved selvstændig virksomhed til mellem 26.470 kr. og 70.000 kr. fastsættes årslønnen til 60.000 kr.

Som følge heraf opgøres sagsøgerens krav således:

Årsløn kr. 60.000 x 6 x 50%	kr. 180.000
Aldersreduktion 8,5%	<u>kr. 15.300</u>
	Kr. 164.700
- tidligere udbetalt	<u>kr. 27.450</u>
Sagsøgerens påstand tages derfor til følge med	<u>kr. 137.250</u>
hvortil kommer renter som påstået.	

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

*) Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, tilpligtes at anerkende, at der til sagsøgeren, E [REDACTED], inden 14 dage skal udbetales 137.250 kr. med tillæg af renter i medfør af erstatningsansvarslovens § 16 fra den 26. marts 1995 til betaling sker.

Sagsøgte skal inden samme frist betale 20.000 kr. i sagsomkostninger til sagsøgeren.

(Sign.)

— — —

*) Berigtiget i medfør af retsplejelovens § 221, stk. 1:
I konklusionen udgår "Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, skal til sagsøgeren, E [REDACTED], inden 14 dage betale 137.250 kr." og erstattes af "Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, tilpligtes at anerkende, at der til sagsøgeren, E [REDACTED], inden 14 dage skal udbetales 137.250 kr."

Østre Landsrets 14. afdeling den 29. oktober 2002.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den 31 OKT. 2002

P.j.v.

