

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

DOM

Afsagt den 13. december 1999 af Østre Landsrets 13. afdeling
(landsdommerne Hedegaard Madsen, Bloch Andersen (kst.) og
Birgitte Lund (kst.)).

13. afd. nr. B-1718-97:

S [REDACTED]
(Advokat Jens Bent Bjørst e.o.)

mod

Patientskadeankenævnet

(Kammeradvokaten

v/advokat Henrik Nedergaard Thomsen).

Denne sag, der er anlagt den 14. juni 1997, vedrører fastsættelsen af erhvervsevnetabsprocenten og årslønnen og dermed den erhvervsevnetabserstatning, der efter lov om patientforsikring og lov om erstatningsansvar tilkommer sagsøgeren, S [REDACTED], som følge af en operation den 21. oktober 1992.

Sagsøgeren, S [REDACTED], har påstået sagsøgte, Patientskadeankenævnet, tilpligtet at anerkende, at han er berettiget til principalt yderligere 877.500 kr. i erstatning for erhvervsevnetab i anledning af patientskaden den 21. oktober 1992, subsidiært et yderligere beløb, dog mindre end 877.500 kr., efter rettens skøn. Mere subsidiært har sagsøge-

ren nedlagt påstand om, at sagsøgte afgørelse af 25. februar 1997 annulleres, og at sagen hjemvises til fornyet behandling hos sagsøgte.

Den principale påstand er opgjort i forhold til en skønnet årsindtægt på 225.000 og en erhvervsevnetabsprocent på 100. Erhvervsevnetabserstatningen udgør herefter 1.350.000 kr., hvoraf sagsøgte alene har betalt 472.500 kr.

Den subsidiære påstand er opgjort i forhold til en skønnet årsindtægt på 292.434,67 kr. og en erhvervsevnetabsprocent på 35. Erhvervsevnetabserstatningen udgør herefter 614.112,80 kr., hvoraf sagsøgte alene har betalt 472.500 kr. Den subsidiære påstand omfatter dog ethvert beløb mindre end 877.500 kr. fastsat efter rettens skøn.

Sagsøgte har påstået frifindelse.

Ved skrivelse af 16. august 1994 anerkendte Patientforsikringen, at sagsøgeren var erstatningsberettiget efter patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 4, som følge af den skade, der opstod i forbindelse med operationen den 21. oktober 1992.

Det hedder herom i skrivelsen blandt andet:

"Den 21. oktober 1992 blev De, som siden 1970 havde haft lænde- og rygsmerter, opereret for spinal stenose (forsnævring af rygmarvskanalen) med fjernelse af hvirvelbuen på 4. lændehvirvel og fjernelse af halvdelen af 3. og 5. lændehvirvels hvirvelbue. Ved operationen fandt man udtalt slidgigt mellem hvirvlerne og endvidere tryk på 2 nerverødder.

Postoperativt konstaterede man infektion i såret og senere discitis (betændelse i lændebåndsskive). Der fulgte et langvarigt og kompliceret forløb med flere operationer med i alt 8 anæstesier (bedøvelser) under indlæggelse. Deres tilstand var længe svingende.

Den 17. oktober 1993 noterer overlæge O. [redacted] på baggrund af en speciallægeundersøgelse den 13. oktober 1993, hvor De

fortsat var betydelig forpint af rygsmerter, at udsigten til yderligere bedring kun var marginal.

Sideløbende med behandlingen for discitis tilstødte der en komplicerende pericarditis (betændelse i hjertesækken), som blev behandlet på R [REDACTED].

.....

Det er herefter lægeligt skønnet, at den indtrådte komplikation i form af discitis er mere omfattende, end De med rimelighed må tåle. Ved denne vurdering har Patientforsikringen lagt vægt på, at disciten medførte et langvarigt forløb med flere operationer, at disciten har medført varigt mén, og at hyppigheden for infektion i forbindelse med operationen den 21. oktober 1992, som i øvrigt er udført i overensstemmelse med bedste specialiststandard, må anses for at være mindre end 1-2%.

..... "

I skrivelse af 5. maj 1995 til sagsøgeren anførte Patientforsikringen blandt andet følgende:

".....

Patientforsikringen meddelte Dem den 9. marts 1995, at De var berettiget til erhvervsevnetabserstatning, idet Patientforsikringen har vurderet, at Deres erhvervsevne som følge af den indtrådte patientskade er varigt nedsat med 35%.

Erstatning herfor fastsættes i henhold til erstatningsansvarsloven som et kapitalbeløb, der udgør Deres årsløn ganget med 6 og herefter ganget med erhvervsevnetabsprocenten.

Som meddelt ved Patientforsikringens tidligere skrivelse må Deres årsløn fastsættes efter et skøn. Patientforsikringen har herefter på baggrund af de indsendte regnskaber for Deres virksomhed samt på baggrund af de indsendte årsopgørelser fra skattevæsenet skønsmæssigt fastsat Deres årsløn til 225.000 kr.

Deres erstatning udgør herefter

225.000 kr. x 6 x 35% = 472.500 kr.

samt renter heraf fra skadedatoen.

..."

Denne afgørelse påklagede sagsøgeren til Patientskadeankenævnet, der bl.a. indhentede en udtalelse af 8. oktober 1996 fra Arbejdsskadestyrelsen. I udtalelsen anførte Arbejdsskadestyrelsen bl.a. følgende:

"...

Vi er blevet bedt om en udtalelse om erhvervsevnetabet efter erstatningsansvarslovens § 10.

...

På grundlag af de foreliggende oplysninger vurderer vi erhvervsevnetabet til 35 procent, jf. erstatningsansvarslovens § 5. Vi har lagt vægt på, at skadens art og omfang har reduceret skadelidtes erhvervsevne med ca. 1/3.

Vi har bemærket, at skadelidte er blevet tilkendt førtidspension svarende til en nedsættelse af erhvervsevnen på 100 procent. Vi har imidlertid ikke vurderet, at skadefølgerne udelukkende har været årsag til pensionstilkendelsen. Vi skal i den sammenhæng henvise til, at skadelidte ved skadens indtræden havde søgt pension på grund af vejrtrækningsbesvær samt smerter i skulder, lænd og ben.

..."

I skrivelse af 25. februar 1997 til sagsøgeren anførte Patientskadeankenævnet bl.a. følgende:

"...

Patientenskadeankenævnet har indhentet en udtalelse og sagsakter fra Patientforsikringen samt udtalelse af 8. oktober 1996 fra Arbejdsskadestyrelsen. Patientenskadeankenævnet har tilsendt Dem kopi af nævnte udtalelser, og i breve af 24. november 1995 og 28. oktober 1996 er De fremkommet med yderligere bemærkninger til sagen. Klagen har herefter været behandlet på et møde i Patientenskadeankenævnet den 8. januar 1997, hvor nævnet traf følgende

A F G Ø R E L S E:

Patientforsikringens afgørelse af 5. maj 1995 tiltrædes.

Denne afgørelse kan indbringes for landsretten inden seks måneder efter, at afgørelsen er meddelt, Landsretten kan stadfæste, ophæve eller ændre afgørelsen.

Begrundelse for afgørelsen:

Efter lov om patientforsikring § 5, stk. 1, fastsættes erstatning og godtgørelse efter reglerne i lov om erstatningsansvar.

For så vidt angår den beløbsmæssige opgørelse af S [REDACTED] [REDACTED] krav på erstatning for erhvervsevnetab bemærkes følgende:

Har en personskade, efter at skadelidtes helbredstilstand er blevet stationær, medført varig nedsættelse af skadelidtes evne til at skaffe sig indtægt ved arbejde, tilkommer der skadelidte erstatning for tab af erhvervsevne, jf. erstatningsansvarslovens § 5. - Patientenskadeankenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte Arbejdsskadestyrelsens vurdering, hvorefter S [REDACTED] varige mén som følge af patienteskaden kan fastsættes til 35%.

Erhvervsevnetabserstatningen fastsættes til et kapitalbeløb, der udgør skadelidtes årsløn ganget med 6 ganget med erhvervs-

evnetabsprocenten, jf. erstatningsansvarsloven § 6. Årslønnen der regnes som skadelidtes samlede erhvervsindtægt i det år, der går forud for datoen for skadens indtræden, fastsættes dog efter et skøn, når særlige indtægts- eller ansættelsesforhold eller andre særlige forhold har gjort sig gældende, jf. erstatningsansvarslovens § 7. - På baggrund af S [REDACTED] årsopgørelser fra 1988 til 1992 udvisende personlig indkomst på henholdsvis 226.675 kr., 398.286 kr., 252.343 kr., 86.521 kr. og 136.356 kr., finder Patientskadeankenævnet ikke grundlag for at forhøje den af Patientforsikringen skønsmæssigt fastsatte årsløn for S [REDACTED] på 225.000 kr., og erstatning for erhvervsevnetab som følge af patientskaden udgør derfor i S [REDACTED] tilfælde $225.000 \text{ kr.} \times 6 \times 35\% = 472.500 \text{ kr.}$ ekskl. renter.

...

Om S [REDACTED] erhvervsmæssige forhold fremgår bl.a., at han i en række år var indehaver af trykkerivirksomheden A [REDACTED], som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 2. august 1990 anmodede Sø- og Handelsretten, skifteafdelingen, om at opløse i medfør af anpartsselskabslovens § 86 og § 87. S [REDACTED] tilmeldte sig Arbejdsformidlingen den 2. oktober 1991, og fra den 8. december 1991 modtog han herefter arbejdsløshedsdagpenge, indtil han den 20. oktober 1992 sygemeldte sig og samme dag fremsatte begæring om førtidspension.

Ved Københavns Statsamts afgørelse af 22. december 1993 blev S [REDACTED] tilkendt mellemste førtidspension, og ved Den Sociale Ankestyrelses afgørelse af 6. juli 1994 blev han tilkendt højeste førtidspension fra den 1. november 1993."

Det er under sagen oplyst, at sagsøgerens virksomhed blev tvangsopløst i 1990, fordi selskabet hverken havde lovlig ledelse eller havde anmeldt likvidation.

Det fremgår af sagen, at Københavns Statsamts afgørelse af 22. december 1993 om tilkendelse af mellemste førtidspension var

med virkning fra den 1. november 1992 til den 31. oktober 1993. Den Sociale Ankestyrelses afgørelse af 6. juli 1994 om tilkendelse af højeste førtidspension var med virkning fra den 1. november 1993.

Sagsøgeren har gjort gældende, at sagsøgte har krævet en forkert afgørelse om erhvervsevnetabserstatningen som følge af patientskaden den 21. oktober 1992.

Sagsøgeren har om de faktiske omstændigheder gjort gældende, at han i slutningen af 1990 var i besiddelse af 100% erhvervsevne, og at værdien af hans arbejdskraft i 1990 således udgjorde en årsløn på i hvert fald 292.343,67 kr. svarende til gennemsnittet af den personlige indkomst i årene 1988-90. Efter 1990 begrænsede hans ryglidelse erhvervsevnen, således at han umiddelbart inden patientskaden den 21. oktober 1992 alene var i besiddelse af en resterhvervsevne på 35% svarende til en årsløn på 225.000 kr.

Sagsøgeren har om den retlige bedømmelse gjort gældende, at erstatningen efter erstatningsansvarslovens §§ 5-7 skal beregnes på baggrund af en erhvervsevnetabsprocent og en årsløn, der er fastsat med udgangspunkt i samme situation. Sagsøgte kan derfor ikke vælge at beregne erstatningen på baggrund af den lave årsløn, sagsøgeren indtjente, efter at ryglidelsen efter 1990 havde nedsat hans indtægt, og samtidig vælge at nedsætte erhvervsevnetabsprocenten med en procentsats på 65 svarende til ryglidelsens andel af det fulde erhvervsevnetab. Denne beregningsmetode strider mod såvel erstatningsansvarslovens ordlyd som dens generelle princip om erstatning af det fulde tab, idet sagsøgeren ved denne beregningsmetode ikke har fået fuld erstatning for det tab, patientskaden har udløst. Ved patientskaden den 21. oktober 1992 mistede sagsøgeren hele den erhvervsevne, der udløste en årsindtægt på 225.000 kr. Han er derfor berettiget til en erstatning på yderligere 877.500 kr. svarende til den principale påstand, hvorefter erhvervsevnetabsprocenten er opgjort til 100. Såfremt sagsøgeren ikke kan få medhold i dette synspunkt, gøres det gældende, at han ved patientskaden mistede 35 % af den erhvervsevne, der udløste en årsindtægt på 292.434,67 kr., beregnet efter gennem-

snittet i årene 1988-1990. Han er herefter berettiget til en erstatning på yderligere 141.612,81 kr. svarende til den subsidiære påstand.

Sagsøgeren har til støtte for den mere subsidiære påstand henvist til, at sagsøgte har begået fejl ved den valgte beregningsmetode herunder ved ikke nærmere at have redegjort for baggrunden for den trufne afgørelse.

Sagsøgte har gjort gældende, at sagsøgtes afgørelse er rigtig og har hjemmel i patientforsikringslovens § 5, stk. 1, samt erstatningsansvarslovens § 5 for så vidt angår erhvervsevnetabsprocenten og erstatningsansvarslovens § 7 for så vidt angår årslønnen.

Sagsøgte har vedrørende fastsættelsen af erhvervsevnetabsprocenten nærmere gjort gældende, at sagsøgte med rette har fastsat denne til 35 %, jf. erstatningsansvarslovens § 5. Efter bestemmelsen skal der ved skønnet over den varige erhvervsevnenedsættelse, som patientskaden har medført, tages hensyn til sagsøgerens muligheder for at skaffe sig indtægt ved arbejde, og der skal i overensstemmelse med kausalitets- og adækvanslæren ske fradrag for erhvervsevnetab, som forudbestående lidelser, herunder grundlidelsen, har medført. Sagsøgte har med rette taget hensyn til de foreliggende oplysninger om dels sagsøgerens forudbestående svære ryglidelse, omstændighederne omkring afviklingen af hans virksomhed, samt overgang til arbejdsløshedsunderstøttelse og førtidspension, dels karakteren af selve patientskaden. Umiddelbart før patientskaden var sagsøgeren kun i besiddelse af 35 % af sin erhvervsevne, og der var ikke udsigt til forbedring af erhvervsevnen. Erhvervsevnetabet som følge af patientskaden kan derfor ikke overstige 35 % svarende til det af sagsøgte skønnede, der er i overensstemmelse med Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse.

Sagsøgte har vedrørende beregningen af årslønnen gjort gældende, at sagsøgte med rette har skønnet denne til 225.000 kr., jf. erstatningsansvarslovens § 7, stk. 1 og stk. 2. Sagsøgte har med rette lagt vægt på, at sagsøgerens personlige indkomst i henhold til årsopgørelserne fra 1988 til 1992 androg hen-

holdsvis 226.675 kr., 398.286 kr., 252.343 kr., 66.521 kr., og 136.356 kr. Sagsøgte har bestridt, at årslønnen skal opreguleres til en 100 %'s udnyttelse af erhvervsevnen i året før skaden. Før patientskaden havde sagsøgeren ikke mulighed for og heller ikke udsigt til at udnytte mere end 35 % af sin erhvervsevne, og han havde tillige ved sin pensionsansøgning tilkendegivet, at han var varigt uden for arbejdsmarkedet. Hvis man fulgte sagsøgerens synspunkt, ville dette indebære, at sagsøgte i realiteten betalte erstatning for skader uden relation til patientskaden. Ved udøvelse af skønnet over årslønnen kan sagsøgeren ikke fravælge relevante lønperioder. Ved fastlæggelse af årslønnen ud fra en 5 års periode har sagsøgte ladet arbejdsløshedsperioden spille en mindre rolle og har dermed i videst muligt omfang tilgodeset sagsøgeren.

Sagsøgte har over for sagsøgerens mere subsidiært nedlagte påstand sammenfattende anført, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse som urigtig, og der er heller ikke grundlag for at annullere denne og hjemvise til fornyet administrativ sagsbehandling.

Landsrettens bemærkninger.

I forbindelse med operationen den 21. oktober 1992 pådrog sagsøgeren sig en efter patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 4, erstatningsberettiget skade. Sagsøgeren har som følge heraf - som erkendt af sagsøgte - krav på blandt andet erstatning for erhvervsevnetab, jf. patientforsikringslovens § 5, stk. 1, sammenholdt med erstatningsansvarslovens §§ 5 og 7.

Det er ubestridt, at sagsøgeren dagen før operationen indgav ansøgning om førtidspension på grund af forudbestående lidelser, og at han efterfølgende blev tilkendt mellemste førtidspension fra den 1. november 1992 og højeste førtidspension fra den 1. november 1993.

Arbejdsskadestyrelsen har i sin udtalelse af 8. oktober 1996 om erhvervsevnetabet som følge af patientskaden henvist til pensionstilkendelsen svarende til en nedsættelse af erhvervsevnen på 100%. Arbejdsskadestyrelsen har imidlertid vurderet,

at skadefølgerne ikke udelukkende har været årsag til pensionstilkendelsen. Arbejdsskadestyrelsen ses på denne baggrund at have vurderet skadefølgerne fra operationen den 21. oktober 1992 til at have reduceret sagsøgerens erhvervsevne med ca. 1/3 således, at erhvervsevnetabet i medfør af erstatningsansvarslovens § 5 er vurderet til 35%.

Sagsøgte har ved udøvelsen af sit skøn over erhvervsevnetabet som følge af patientskaden henholdt sig til Arbejdsskadestyrelsens udtalelse herom.

Landsretten finder ikke grundlag for at anfægte dette skøn. Ved skønnet over den varige erhvervsevnenedsættelse, som patientskaden har forårsaget, skal der efter erstatningsansvarslovens § 5 tages hensyn til sagsøgerens muligheder for fremover at skaffe sig indtægt ved arbejde, og der skal ske fradrag for det erhvervsevnetab, som forudbestående lidelser, herunder grundlidelsen, allerede har medført. Da der efter de om sagsøgeren foreliggende oplysninger om blandt andet afvikling af virksomhed og overgang til førtidspension ikke var udsigt til en forbedring af erhvervsevnen, findes erhvervsevnetabet forårsaget af patientskaden ikke at overstige 35% svarende til det af sagsøgte skønnede. Landsretten kan derfor ikke give sagsøgeren medhold i den principale påstand.

Under hensyn til de særlige forhold, der har gjort sig gældende for sagsøgeren inden patientskaden den 21. oktober 1992, og som også har givet sig udtryk i indtægtsforholdene, finder landsretten, at sagsøgerens årsløn skal fastsættes efter et skøn i medfør af erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, således som parterne som udgangspunkt også har været enige om. Efter samtlige foreliggende oplysninger finder landsretten ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, hvorefter sagsøgte har fastsat årsindtægten til 225.000 kr. på baggrund af sagsøgerens personlige indkomst ifølge årsopgørelserne for 5 års perioden 1988-1992. Landsretten kan derfor heller ikke give sagsøgeren medhold i den subsidiære påstand svarende til, at årslønnen skulle fastsættes efter et gennemsnit af den personlige indkomst alene for årene 1988 til 1990.

Det bemærkes herved, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at hans erhvervsevne var nedsat med 65% i en sådan periode forud for patientskaden den 21. oktober 1992, at dette havde givet sig udslag i hans årsløn.

Herefter, og da der ikke kan gives sagsøgeren medhold i den mere subsidiære påstand, tager landsretten i det hele sagsøgtes frifindelsespåstand til følge.

Med sagsomkostningerne forholdes efter omstændighederne som nedenfor bestemt.

T H I K E N D E S F O R R E T :

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, frifindes.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part eller til statskassen.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den

13/12-99

P.j.y:

J. Holm