

14 11 2013 8:55:55 I-986304

## Københavns Byret



## Udskrift af dombogen

## DOM

Afsagt den 12. november 2013 i sag nr. BS 3A-2239/2008:

A

mod  
Patientskadeankenævnet

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retspleje-lovens § 218 a, stk. 2.

## Parternes påstande

Påstand 1: Sagsøger har nedlagt påstand om, at Patientskadeankenævnet til-pligtes at anerkende, at A's ,erhvervsevnetab som følge af patientskaden den 28. juni 2005 udgør 75 %, subsidiært en med 5 delelig procentsats over 50 %.

Påstand 2: Sagsøger har nedlagt påstand om, at Patientskadeankenævnet til-pligtes at anerkende, at A's årsløn, jf. erstatnings-ansvarslovens § 7, på tidspunktet for patientskadens indtræden den 28. juni 2005 udgør 531.356 kr., subsidiært et mindre beløb, dog højere end 475.000 kr.

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, har over for påstand 1 principalt nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært hjemvisning.

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, har over for påstand 2 principalt påstået afvisning, subsidiært frifindelse og mest subsidiært hjemvisning.

## Sagstema

Sagen angår en prøvelse af Patientskadeankenævnets afgørelse af 22. oktober 2009 om erhvervsevnetab for en anerkendt patientskade. Endvidere om retten - uanset sagsøger ikke har udnyttet den administrative rekurs for så vidt angår årslønnens størrelse - kan tage stilling til størrelsen af den årsløn, der skal lægges til grund ved beregning af erstatning. Operation for rygli-delse blev foretaget den 28. juni 2005, reoperation i november 2005.

**Bevisførelsen**Dokumenter

Patientskadeankenævnet traf den 22. oktober 2009 afgørelse, jf. sagens bilag 18, hvorefter Patientforsikringens afgørelser af 29. maj 2008 og 5. september 2008 blev tiltrådt i det omfang, de var påklaget, herunder begrundelser. Vedrørende erhvervsevnetab er i afgørelsen blandt andet anført, at 'A selv uden patientskaden ville have haft ryggener som følge af grundsygdommen og dermed nedsat erhvervsevne. Det påførte erhvervsevnetab blev fastsat til 50 %. Erstatningsbeløbet forrentes fra 17. juli 2008.

Patientforsikringen traf den 5. september 2008 afgørelse, jf. sagens bilag 17, hvorefter A blev tilkendt en erstatning på 2.671.389 kr. Det fremgår blandt andet af afgørelsen, at den årsløn, der er taget udgangspunkt i, er fastsat til 475.000 kr. Det fremgår endvidere, at A ikke har en arbejdssevne, der kan anvendes på det almindelige arbejdsmarked, men hun er dog fortsat i stand til at arbejde i hjemmet i mindre omfang, samt at A ikke med overvejende sandsynlighed havde været symptomfri, men fortsat ville være præget af de ryggener, der havde forhindret hende i at arbejde i ca. 9 måneder før operationen. Det må dog forventes, at hvis patientskaden ikke var indtrådt, kunne hun være vendt tilbage til arbejdsmarkedet i et vist omfang, på deltid eller eventuelt i fleksjob. Erhvervsevnen er således betydelig nedsat, og patientskaden findes i sig selv at have reduceret A erhvervsevne med 50 %.

Patientforsikringen traf endvidere afgørelse i relation til sagen den 29. maj 2007, jf. sagens bilag 7, hvoraf det blandt andet fremgår, at man har fundet, at A skader er omfattet af lov om patientforsikring, idet skaden skyldes fejl eller svigt i teknisk apparatur, redskaber eller andet udstyr, der anvendes i forbindelse med undersøgelse, behandling eller lignende. En forkert funktion i apparaturet har med overvejende sandsynlighed medført skade. Protesen havde forskubbet sig og indholdet af protesens havde skubbet sig ud af holderne og frem i bughulen. Afgørelsen er tiltrådt af Patientskadeankenævnet, jf. sagens bilag 11. Det fremgår blandt andet af denne afgørelse, at patientskaden i form af forværring af forudbestående gener passende kan fastsættes til et varigt mermén på 15 %, og at mén herudover må tilskrives A grundlidelse.

Det fremgår af sagens bilag 13, at A af pensionsnævnet i B er tilkendt førtidspension fra den 1. december 2007.

Løn mv.

Af A ansættelsesaftale af 24. juni 2004 med I, jf. sagens bilag 4, fremgår blandt andet, at hun

var på 34 timer, men fra 15. august 2005 skulle på fuld tid. Månedsløn på 34 timer var 33.330,24 kr., fuld tid på 36.271,27 kr.

Af sagens bilag 31 fremgår A årsopgørelser for perioden 2002 til og med 2006. Af sagens bilag 33 fremgår lønsedler for relevante periode. Årslønnen i påstanden på 531.356 kr. er udregnet ud fra lønsedlerne.

Helbredsoplysninger.

Som bilag 1C er fremlagt journaludskrift fra C fra 2. marts 2005 til 22. juni 2006. Det fremgår blandt andet, at overlæge D i vidt omfang har været med i behandlingen af A. I tilknytning til journalen er fremlagt A egne notater om den arbejdstid, hun har været på sit arbejde i perioden, jf. sagens bilag 16 og 34.

Endvidere er fremlagt erklæring af 3. maj 2006 fra E, jf. sagens bilag 1, erklæring af 7. august 2006 fra D, jf. sagens bilag 4, erklæring af 17. november 2006 (Patientforsikringen), jf. sagens bilag 9, erklæring af 28. marts 2007 fra F, jf. sagens bilag 5 samt erklæring af 1. maj 2007 (Patientforsikringen), jf. sagens bilag 10.

Endelig er fremlagt skrivelse af 6. november 2008 fra overlæge D, jf. sagens bilag 27, hvoraf det blandt andet fremgår, at det er hans erfaring, at langt de fleste patienter kan vende tilbage til et normalt arbejde efter et indgreb som foretaget på A.

Der er afgivet erklæringer af 17. december 2009 og 7. september 2011 fra Retslægerådet. Det fremgår heraf blandt andet (spørgsmål A), at A siden 1996 havde rygsmærter med forværring af symptomer i 2004. Endvidere blandt andet (Spørgsmål C), at det er Retslægerådets opfattelse, at forskydningen af diskusprotesen og den fornyede operation kan være medvirkende til forværringen af symptomerne forud for operationen, og at det derimod er højst usikkert, om den manglende effekt af operationen også kan tilskrives forskydning af diskusprotesen og reoperationen. Videre fremgår af spørgsmål 7 blandt andet, at en prognose for bedring efter en operation ligger mellem 65 og 90 %, og at prognosen for uændret tilstand eller forværring udgøres af de resterende 10 - 35 %. Af svaret til spørgsmål 11 fremgår, at Retslægerådet ikke kan udtale sig om, hvor mange patienter, der i de forskellige resultatgrupper, vil kunne vende tilbage til ikke rygbelastende arbejde i fuldt omfang. Videre blandt andet (spørgsmål 9), at problemet i dette tilfælde var dislokation, det vil sige forskubning af protesens kunststofindsats. Diskolationen medfører, at protesen ikke længere er opbygget med henblik på det planlagte formål, nemlig bevægelighed mellem to lændehviler. I hvilken udstrækning dette har klinisk betydning med hensyn til eventuel forværring af gener er ikke kendt.

Forklaringer

A har blandt andet forklaret, at hun blev uddannet i G, og hun er desuden uddannet statsautoriseret ejendomsmægler. Hun kom til H 1996/1997, hvor hun startede som konsulent med at vurdere fast ejendom, primært privat ejendom. Efter ca. 1 år startede hun i H, der havde de store koncernkunder, derefter blev hun ansat som erhvervspantebrevschef, og derfra kom hun i forbindelse med en fusion til I der var ejet af J og H. Selve arbejdet gik ud på at sætte en pris på pantebrevet, herunder undersøge ejendommen, og hvis låntager ville acceptere dette, finde en investor. Arbejdet foregik skriftligt og telefonisk. Hun udførte sit arbejde selvstændigt, og hun plejede sit netværk af investorer og andre, der havde behov for lån til låntagere. Der var store beløb, mio. kr., involveret.

I efteråret 2004 fik hun et alvorligt lændehold, og derefter havde hun dårlig ryg. Forud for operationen den 28. juni 2005 kunne hun varetage arbejdet, selv om hun havde ondt i ryggen - fx kunne hun ligge under sit skrivebord og tale i telefonen, hvis hun havde behov for det. Hun var til egen læge, men måtte skifte. Den nye læge sendte hende til skanning i C.

A har udarbejdet timesedlerne, fordi hun skulle aflevere dette til arbejdsgiveren.

Hun tog imod tilbud om operation, fordi hun skønnede, at hun ville få det bedre - og der var alene 5 % risiko for, at hun ville få det dårligere.

Da hun vågnede fra operationen den 28. juni 2005 havde hun det bedre end forud. Det var blandt andet holdt op med at dunke. Hun var overrasket over, hvor hurtigt hun var oppe og i bedring. De næste 4 uger skete der forbedringer, og de følgende 4 uger var hun på rygscole, hvilket også gik godt. Blandt andet fik hun almindelig holdning i kroppen tilbage, og hun tog ikke smertestillende piller, måske dog panodiler.

Da hun var til 3 måneders kontrol regnede hun med, at hun skulle på arbejde igen. I forbindelse med kontrollen bemærkede hun, at lægen D

, kiggede meget på de røntgenbilleder, der var taget - han svarede hende nærmest ikke, da hun gav udtryk for, at hun syntes, hun havde nogle underlige smerter i ryggen.

A blev ringet op dagen efter 3 måneders kontrollen og fik at vide, at de kunne se på billedet, at protesen var gået løs. Herefter fik hun meget ondt i ryggen, og det blev hurtigt dårligere. Derfor kunne hun ikke genoptage arbejdet. Reoperationen blev fremskyndet. Hun fik oplyst fra D, at den type uheld aldrig var sket før samt, at han havde kontaktet producenten, der heller ikke havde set lignende. Hun havde ondt på en underlig måde - det var nærmet tilbage på tidligere niveau forud for første operation, og der var udstråling ned i venstre ben og fod. Efter reoperationen den 17. november 2005 havde hun det dårligt, og hun havde mere ondt. Hun fik på et tidspunkt at vide, at reoperationen havde været vanskeligere end den første, dels fordi der var arvæv, dels fordi man havde haft svært ved at åbne den protese, der var sat ind. Hun skulle selv optræ-

ne efter den operation, idet hun nu kendte forløbet.

A har fravalgt en 3. operation, idet hun ikke kan overskue måske at få det dårligere. Hun får endvidere forskellige råd fra forskellige læger.

A har ikke været i arbejde efter 2. operation.  
A vurderer, at hun ville have været 100 % tilbage på arbejdsmarkedet, hvis der ikke var sket fejl med den første operation. Hun havde en fleksibel arbejdsplads, og det ville ikke være noget problem. Baggrunden for, at hun var på 34 timer i en periode, var alene hensynet til familien og børnene. Politikken på arbejdspladsen var, at man var på fuld tid, og derfor var kontrakten udformet således, at hun skulle på fuld tid.

K har blandt andet forklaret, at han er udlært i en sparekasse og, at han nu er selvstændig. Han har arbejdet med pantebrevshandler i mange år. Han har været nærmeste chef for A under hendes ansættelse i I i en række år fra 2003. Arbejdet går ud på at formidle pantebrevslån, dvs. ens kunder er dels låntagerne, dels investorerne. Arbejdet varetages fra kontor i form af telefoniske og skriftlige kontakter. Man skal besidde kompetencer inden for bankområdet og have evne til at opbygge og bevare et netværk blandt andet af investorer. A havde disse kompetencer. Hun var en værdsat medarbejder og kunne arbejde selvstændigt. Det er K vurdering, at A havde gode karrieremuligheder.

Det er rigtigt, at A havde problemer med ryggen. Han var selv hjemme hos hende for at fortælle, at der blev sat en afskedigelsesproces i gang. Det skete først efter lang tids sygemelding. H - der havde lagt personalepolitikken - var meget fleksible med håndtering af sygdom og ville gerne have medarbejderne tilbage.

K har ikke været involveret i A arbejde på 34 timer.

D har vedstået den af ham afgivne skrivelse af 6. november 2008. D har blandt andet forklaret, at han er uddannet med speciale i rykirurgi, hvilket han har arbejdet med siden 1996. Han er nu overlæge på L, afdelingen for rygsygdomme. Han foretager ca. 200 operationer om året vedrørende forskellige arter af ryglidelser.

D stiftede første gang bekendtskab med patienten A i maj 2005, hvor D og kollegaen kunne konstatere, at den konservative/smertelindrende behandling ikke virkede, hvorfor man måtte overveje operation. Baggrunden for operation var, at patienten havde degenereret discus/stødpuder. Forventningen generelt til en sådan operation er den, at ca. 80 % vil blive særdeles tilfredse, dvs. have færre smerter og måske endog blive smertefri. Konkret vedrørende den enkelte patient kan man ikke udtale sig. Der er større sandsynlighed for, at man ved et mindre rygkrævende arbejde med mulighed for stillingsskift kan vende helt tilbage på arbejdsmarkedet efter en operation. Det var D der var ansvarlig for den første operation foretaget i 28. juni 2005, og opera-

tionen forløb problemfrit. Generelt forbliver man indlagt 4-5 dage - indtil maven fungerer -, og man vil kunne starte genoptræning efter 6-12 uger, idet det indopererede skal sidde fast før, genoptræning påbegyndes. Alt så ud til at forløbe planmæssigt, men i forbindelse med et røntgenbillede kunne ses, at "låsemekanismen havde svigtet" i implantatet. I dette tilfælde var det sket lige der, hvor store, men tynde blodkar går til hjertet, hvorfor det kunne være farligt for patienten, hvis der skete yderligere erosion. Man foretog en scanning og besluttede at reoperere. Det var altså en forebyggende operation. Reoperationen skete den 17. november 2005, og D udførte operationen, der var ren rutine. Det kan ikke udelukkes, at når A beskriver en anden form for smerter efter reoperationen, kommer disse smerter på grund af, at der er sket en nervepåvirkning.

### Parternes synspunkter

Sagsøger har gjort følgende gældende.

#### Erhvervsevnetabsprocent:

Sagsøger er veluddannet først som bankrådgiver og senere som statsaut. ejendomsmægler. Hun arbejdede fra 1988 til 1995 i G og derefter og frem til afskedigelse på grund af sygdom i H. Det var aftalt, at den ugentlige arbejdstid med virkning fra 15. august 2005 skulle forhøjes fra tidligere 34 timer til 37 timer. Det blev ikke realiseret på grund af patientskaden. Inkl. pension var hendes indtægt over 500.000 kr.

Første rygoperation fandt sted den 28. juni 2005. Den 28. september 2005 blev det konstateret, at plastikindsatsen i den indsatte protese havde forskubbet sig. Sagsøger blev herefter reopereret den 17. november 2005 uden nogen bedring. Derefter blev sagsøger sygemeldt og genoptog aldrig arbejdet igen. Hun blev opsagt og fratrådte den 30. april 2007 og blev af kommunen tilkendt førtidspension den 1. december 2007. Sagsøger har ikke siden været i arbejde.

Det fremgår af det fremlagte journalmateriale, bilag 1c, under datoen den 29. juni 2005 (dagen efter operationen), at operationen var veloverstået, og at der var "færre sm. i ryggen end præoperativt". Der blev konstateret normal sensibilitet og styrke i benene. Efterfølgende er der anført i journalen, at sagsøger havde det bedre, og at hun formentligt kunne udskrives i weekenden til sædvanlig kontrol.

Under den 1. juli 2005 anføres det, at sagsøger kunne gå frit rundt på trapper, og at hun skulle henvises til rygscole her i huset med start om 3 - 4 uger.

Under journalnotat den 8. september 2005 fremgår det: "Hovedparten af de præoperative smerter er svundet. Der kunne opstå lette smerter ved vridbevægelser. Tager intet fast smertestillende. Ingen udstrålende smerter"

På daværende tidspunkt blev der ordineret kontrol igen 1 år efter med røntgen.

Herefter viste patientskaden sig i form af proteseforskubningen.

Operationen ville, hvis den anerkendte patientskade ikke var indtruffet, have

medført en ikke uvæsentlig forbedring af sagsøgers tilstand. Det er der både statistisk og konkret belæg for. Retslægerådet har svaret på spørgsmål 7, at "prognosen for bedring (er) mellem ca. 65 % og 90 %". I svar på spørgsmål 8 oplyser Rådet, at sagsøgers prognose svarede til den generelle.

Den behandlende overlæge D har vurderet, at sagsøger med vellykket operation ville være kommet tilbage til arbejde på normale vilkår, bilag 27. Det samme fremgår af statusattester til kommune, jf. bilag 25 og 26.

Operationen var umiddelbart vellykket, jf. Retslægerådets svar på spørgsmål 10, hvorefter "hovedparten af præoperative smerter er svundet, samt af sagsøger ikke længere tager fast smertestillende, og der er ingen udstrålende smerte. Sammenholdt med tilstanden forud for operationen, må dette opfattes som en forbedring". Det understøtter, at sagsøger uden den indtrådte patientskade varigt ville have haft færre smerter og funktionsindskrænkninger end forud for operationen. Det er samtidig sammenfaldende med den generelle prognose for bedring.

Der ville således uden patientskaden alene have været tale om en lettere tilstand med smerte og muligvis bevægeindskrænkning. Sagsøger skulle selv sagt have været skånet for rygbelastende arbejdsfunktioner, men med en méngrad på 10 %, og arbejde, der netop ikke er rygbelastende, og hvor de nødvendige hensyn kunne være klaret med varierede arbejdsstillinger, hæve-/sænkebord og ingen tunge løft, er der intet grundlag for at antage, at sagsøger ikke havde kunnet passe et fuldtidsarbejde svarende til det, hun havde på skadestidspunktet.

Det samlede erhvervsevnetab på ca. 75 %, som vurderet af Arbejdsskadestyrelsen, jf. bilag 32 (side 7).

Ud fra en erstatningsretlig årsagsvurdering er det en følge af den anerkendte patientskade, medmindre det er overvejende sandsynligt, at sagsøger uden den indtrådte patientskade vil have haft et erhvervsevnetab på 25 %. Det bestrides ikke, at sagsøgers grundlidelse uden den indtrådte patientskade fortsat ville have givet gener, men disse ville ikke have været arbejdshindrende. Også selvom grundlidelsen ud fra en medicinsk vurdering medvirker til det samlede erhvervsevnetab på ca. 75 %, er der ikke erstatningsretligt grundlag for at foretage fradrag med 1/3, således som Arbejdsskadestyrelsen har gjort i deres vejledende udtalelse, bilag 32.

Det gøres således sammenfattende gældende, at det ikke er godtgjort, at sagsøgers erhvervsevne uden den indtrådte patientskade ville have været nedsat med 25 % subsidiært med 15 %.

#### Årslønsfastsættelse:

Patientforsikringen og Patientskadeankenævnet har fastsat en for lav årsløn. Som det fremgår af den som bilag 6 fremlagte ansættelsesaftale, var sagsøger ansat 34 timer om ugen men således, at det var aftalt, at hendes ansættelse ville blive ændret til en 37 timers stilling pr. 15. august 2008; altså umid-

delbart efter operationen den 28. juni 2005.

Som bilag 28 fremlægges lønseddel for september måned 2005, der er den første hele måned efter regulering af løn til fuldtidsløn.

Som det fremgår, kan årslønnen herefter fastsættes som følger:

Fast løn kr. 32.701,75

Løntillæg kr. 1.635,09

Tillæg 1 kr. 3.029,80

Pension kr. 5.791,83

I alt kr. 43.158,67

Det svarer til den lønoplysning, som sagsøger allerede har givet til Patientforsikringen, jf. udfyldt skema af 3. marts 2008, bilag 29.

Af lønseddel for maj måned 2005, bilag 30, fremgår det, at sagsøger havde krav på ferietillæg og ekstra ferietillæg, men tillæg af disse 1 % tillæg kr.

4.483,90. Ekstra tillæg 2 % kr. 8.967,80.

Årslønnen kan herefter opgøres som følger:

Årsløn = Kr. 43.158,67 x 12                      kr 517.904,04

1 % tillæg                                              kr. 4.483,90

Ekstra tillæg 2 %                                      kr. 8.967,80

I alt                                                          kr. 531.355,74

Hvilket afrundet giver det en samlet årsløn på skadetidspunktet på kr.

531.356,00

Årslønnen skal afspejle den skadelidtes værdi på arbejdsmarkedet på tidspunktet for skadens indtræden, jf. forarbejderne til erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, og i en situation, hvor der har været aftalt fuld tid, ligger det fast, at årslønnen skal fastsættes til det, den ville have været på fuld tid. Hertil kommer, at den aftalte deltid på 34 timer var begrundet i mindre børn og familiemæssige forhold og derfor skulle årslønnen i alle tilfælde have været fastsat til det, den ville have været på fuld tid, jf. i den forbindelse med erstatningsansvarslovens § 1, stk. 3.

Hvis Retten finder det godtgjort, at sagsøger også efter en vellykket operation og uden den indtrådte patientskade havde haft en nedsat erhvervsevne på minimum 15 %, gøres det gældende, at der ikke også skal ske reduktion af årslønnen til mindre end, hvad sagsøgers indtægtsevne på fuld tid var. Det synes Nævnet at gøre gældende. Sker det, bliver der reduceret for grundlidelens betydning to gange. Det er selvsagt ikke korrekt.

Sagsøgte har gjort følgende gældende:

Sagen angår det spørgsmål, om der er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelser af 22. oktober 2009 om erhvervsevnetab (bilag 18b).

En patient er berettiget til erstatning efter dagældende patientforsikringslov, hvis vedkommende ved behandling, undersøgelse med videre med overvejende sandsynlighed er blevet påført en skade, jf. lovens § 1, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, og skaden med overvejende sandsynlighed er forvoldt på en af de i § 2, stk. 1, nr. 1-4, anførte måder.

Det er kun følger af patientskaden, der er omfattet af forsikringsdækningen. Der ydes således ikke erstatning for følger af grundsygdommen eller for følger af andre forudbestående og efterfølgende lidelser.

Det påhviler sagsøger at godtgøre, at den anerkendte patientskade - som hævdet af hende - har medført et erhvervsevnetab på 75 %, og at der dermed skulle være et grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 22. oktober 2009 (bilag 18b), jf. eksempelvis U.2012.2273H, FED 2006.70 og FED2004.1751V.

Det bemærkes ex tuto, at der i det foreliggende tilfælde ikke er noget grundlag for at lempe endsige vende bevisbyrden, idet sagen angår materialesvigt og ikke lægelige fejl.

#### **Ad erhvervsevnetab (sagsøgers påstand 1)**

Sagsøgte vurderede ved afgørelse af 22. oktober 2009 (bilag 18b), at følgerne af den anerkendte patientskade havde medført et erhvervsevnetab på 50 %. Sagsøger har ikke godtgjort et grundlag for en tilsidesættelse af denne vurdering.

Det kan lægges til grund som ubestridt, at sagsøger selv ved et helt ukompliceret forløb ville have haft gener fra sin grundlidelse, jf. det i sagsøgers processkrift af 8. november anerkendte og den omstændighed, at sagsøger har frafaldet sin påstand om anerkendelse af et varigt mén som følge af den anerkendte patientskade på mere end 15 %.

Sagsøger har ikke med henvisning til Retslægerådets udtalelser eller nogen af sagens øvrige akter godtgjort, at generne fra grundlidelse ikke ville have medført et erhvervsevnetab.

Den generelle statistiske prognose for forbedring eller den omstændighed, at sagsøgerens tilstand nogle måneder efter operationen sammenholdt med tilstanden forud for operationen måtte opfattes som en forbedring, kan ikke tages til udtryk for, at sagsøgeren i et varigt perspektiv kunne vende tilbage til arbejdsmarkedet i samme omfang som før sin sygemelding.

Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 11, hvorefter Retslægerådet ikke er i stand til at udtale sig om hvor mange patienter, der i forskellige resultatgrupper vil kunne vende tilbage til ikke rygbelastende arbejde i fuldt omfang, giver ikke grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes vurdering.

Retslægerådets gengivelse af de ikke veloplyste generelle procentsatser for forbedring og tilbagevenden til arbejdsmarkedet skal derudover læses i sammenhæng med rådets besvarelse af spørgsmål C angående, om sagsøgerens gener konkret skyldtes forskydningen af diskusprotesen.

I henhold til besvarelse af spørgsmål C kan det lægges til grund om den konkrete sag, at forskydningen af diskusprotesen og den fornyede operation kan have været medvirkende til en forværring af smerterne, men at det "... der imod [er] højest usikkert, om den manglende effekt af operationen også kan tilskrives forskydning af diskusprotesen og reoperation." (min understregning).

Samlet giver Retslægerådets udtalelse ikke grundlag for at antage, at sagsøgeren selv uden den anerkendte patientskade ville være vendt tilbage til arbejdsmarkedet i samme omfang som før sin sygemelding.

Sagsøger har heller ikke godtgjort, at der er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes skønsmæssige vurdering af størrelsen af erhvervsevnetabet som følge af den anerkendte patientskade til 50 %.

Sagsøgtes vurdering støttes fuldt ud af Arbejdsskadestyrelsens vejledende vurdering af 1. oktober 2012 (bilag 32), indhentet til brug for retssagen i henhold til erstatningsansvarslovens § 10, stk. 1.

Som det fremgår af Arbejdsskadestyrelsen, har sagsøgers samlede ryggener medført et betydeligt erhvervsevnetab, hvoraf mere end halvdelen er forårsaget af patientskaden. I lighed med sagsøgte har Arbejdsskadestyrelsen vurderet denne betydelige del til et erhvervsevnetab på 50 %.

Både sagsøgtes afgørelse og Arbejdsskadestyrelsens vejledende vurdering er udarbejdet med udgangspunkt i erstatningsansvarslovens § 1, stk. 1, hvorefter det i overensstemmelse med dansk rets almindelige "erstatningsretlige årsagsvurdering" er følgerne af den anerkendte (patient)skade, som godtgøres og erstattes.

Såfremt retten måtte finde, at der er fremkommet nye oplysninger, der kan føre til en tilsidesættelse af sagsøgtes afgørelse, bør resultatet blive, at sagen hjemvises til fornyet administrativ behandling, således at oplysningerne kan inddrages i grundlaget for en fornyet vurdering af erhvervsevnetabet.

#### **Ad årsløn (sagsøgers påstand 2)**

##### **Ad afvisning**

Til støtte for den principale påstand om afvisning gøres det gældende, at sagsøger ikke har udnyttet sin administrative rekurs og klaget til sagsøgte over årslønsfastsættelsen, hvilket efter dagældende § 16, stk. 1, er en betingelse for at indbringe spørgsmålet for retten. Sagsøgte har ikke ex officio taget eller haft pligt til at tage stilling til spørgsmålet. Påstanden skal derfor afvises, jf. Østre Landsrets dom af 28. marts 2012 i sagen B-180-10.

U.2006.3370H kan ikke, som anført af sagsøger, tages til indtægt for, at spørgsmålet godt kan prøves.

##### **Ad frifindelse**

Til støtte for frifindelsespåstanden gøres det samme gældende som til støtte for afvisningspåstanden. Sagsøgte har ikke udnyttet den administrative rekurs, og Patientforsikringens afgørelse har derfor retskraft i det omfang, den ikke er blevet påklaget og prøvet af sagsøgte. Sagsøgte skal derfor frifindes. Derudover gøres det gældende, at spørgsmålet om sagsøgers årsløn er inddraget i sagen efter udløbet af søgsmålsfristen i den dagældende patientforsikringslovs § 16, stk. 2.

Patientforsikringen udmålte ved afgørelse af 5. september 2008 (bilag A og 17) sagsøgers erhvervsevnetabserstatning til kr. 2.420.500,- på baggrund af en opreguleret årsløn på afgørelsestidspunktet på kr. 515.000,-.

Sagsøger klagede ved skrivelse af 26. november 2008 (ikke fremlagt) over erhvervsevnetabsprocenten og forrentningstidspunktet, men ikke over årslønsfastsættelsen.

Sagsøgte tiltrådte ved afgørelse af 22. oktober 2009 erhvervsevnetabsprocenten og forrentningstidspunktet som fastsat af Patientforsikringen. Afgørelsen angik ikke årslønsfastsættelsen, da der ikke var blevet klaget over denne del.

Sagsøger nedlagde først ved processkrift af den 9. november 2011 påstand om, at sagsøgte skal anerkende, at årslønnen på tidspunktet for skadens indtræden udgør kr. 531.356,-.

Konsekvensen af ovenstående er, at sagsøger ikke har påklaget årslønsfastsættelsen rettidigt, og at patientforsikringens afgørelse om fastsættelse af årsløn har retskraft og er bindende for sagsøger, jf. dagældende lovs § 16, stk. 2. Sagsøgte skal derfor frifindes.

Subsidiært bestrider sagsøgte, at sagsøger ville have skiftet fra deltidsansættelse 34 timer om ugen til fuldtidsansættelse 37 timer om ugen, hvis patient-skaden ikke var indtrådt. Det ville følgerne af grundsygdommen nemlig i sig selv have været en hindring for.

Aftalen om at skifte til 37 timer pr. 15. august 2005 blev indgået ved ansættelseskontrakt af 24. juni 2004 (bilag 6). Følgerne af grundsygdommen begyndte at vise sig i efteråret 2004 og førte herefter til sagsøgers sygemelding og det kendte forløb med nedsættelse af sagsøgers funktions- og indtjenings-evne til følge.

Aftalen om fuldtidsbeskæftigelse pr. 15. august 2005 ville derfor ikke med sandsynlighed have været gennemførlig, uanset om patientskaden var indtrådt eller ej. Der er derfor heller ikke grundlag for at fastsætte årslønnen skønsmæssigt, jf. erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2.

Det var tværtimod korrekt at fastsætte årslønnen i henhold til indtjeningen i året forud for skaden, jf. udgangspunktet i erstatningsansvarslovens § 7, stk. 1.

Årslønnen blev derudover fastsat på baggrund af oplysningerne i årsopgørelserne for 2005 og 2004, jf. det almindelige princip om anvendelse af oplysningerne fra Skat ved fastsættelse af årslønnen. Det bestrides, at årsopgørelserne ikke skulle indeholde oplysningerne om relevante ferietillæg.

Endelig bestrides sagsøgers beregning af årslønnen i processkrift af 9. november 2011, som er foretaget på baggrund af en enkelt lønseddel og uden anden dokumentation.

#### **Ad hjemvisning**

Såfremt retten måtte finde, at der er fremkommet nye oplysninger, der kan føre til en tilsidesættelse af sagsøgtens afgørelse, bør resultatet blive, at sagen hjemvises til fornyet administrativ behandling, således at oplysningerne kan inddrages i grundlaget for en fornyet vurdering af erhvervsevnetabet.

#### **Rettens begrundelse og afgørelse**

##### Erhvervsevnetab

Retten lægger til grund, at sagsøger, **A** selv ved en ukompliceret operation ville have haft gener fra sin grundlidelse, hvilket der også er enighed om mellem sagens parter.

Retten lægger videre til grund, at de lægelige udtalelser, såvel af vidnet **D** som af Retslægerådet samt øvrige dokumenterede læ-

gereklæringer vedrørende de generelle statistiske udsigter for en forbedring af **A** tilstand efter en vellykket operation, ikke bevismæssigt kan lægges til grund for, at der også konkret ville være opnået en forbedring for **A**. Det kan således ikke herudfra udledes, i hvilket omfang **A** ville kunne være vendt tilbage til arbejdsmarkedet, hvis patientskaden ikke var indtruffet.

Det fremgår af den dagældende patientforsikringslov, at det alene er følgerne af patientskaden, der er omfattet af forsikringsdækningen. Det fremgår af Retslægerådets besvarelse blandt andet, at forskydningen af diskusprotesen og den fornyede operation kan være medvirkende til forværringen af symptomerne forud for operationen, men at det er højst usikkert, om den manglende effekt af operationen også kan tilskrives forskydning af diskusprotesen og reoperation.

Patientklageankenævnet har skønsmæssigt vurderet størrelsen af erhvervsevnetabet som følge af den anerkendte patientskade til 50 %.

På den ovenfor anførte baggrund finder retten ikke, at sagsøger, **A**, der har bevisbyrden herfor, har godtgjort, at den anerkendte patientskade har medført et yderligere erhvervsevnetab, der overstiger de 50 %.

Retten har ved denne bevisvurdering også henset til de oplysninger, sagsøger, **A** selv har givet vedrørende sine arbejdstider fra november 2004 til maj 2005 og september 2005 til og med oktober 2005, jf. sagens bilag 16 og 34, samt udtalelsen fra Arbejdsskadestyrelsen, jf. bilag 32.

Herefter finder retten ikke grundlag for at tilsidesætte den af Patientskadeankenævnet foretagne vurdering af, at følgerne af den anerkendte patientskade har medført et erhvervsevnetab på 50 %. Derfor frifindes sagsøgte, Patient-skadeankenævnet.

### Årsløn

Det fremgår af sagen, at Patientforsikringen den 5. september 2008, jf. sagens bilag 17, traf afgørelse i sagen vedrørende **A** vedrørende tilkendt erstatning. Der blev tilkendt i alt 2.671.389 kr. Det fremgår af den vedlagte opgørelse, at i beregningsgrundlaget indgik årslønnen og erhvervsevnetabet på de 50 %.

Det fremgår af sagen, at Patientskadeankenævnet den 22. oktober 2009, jf. sagens bilag 18, har truffet afgørelse om, at blandt andet Patientforsikringens afgørelse af 5. september 2008 tiltrædes i det omfang, den er påklaget. Det fremgår af afgørelsen, at klagen omhandler "omkostningsopgørelser, som tidligere er fremsendt", "fysioterapi/basistræning bør erstattes fuldt ud", "tabt arbejdsfortjeneste ... forrentningstidspunktet" samt "erhvervsevnetabsprocenten og forrentningstidspunktet". Endvidere "at **A** alene kan forestå planlægningen af den daglige husførelse. Alt praktisk arbejde er overladt til en ansat au pair pige.

**A** arbejdede i perioden mellem den første og anden operation, og hun ville have genvundet sin fulde erhvervsevne, hvis patientskaden

ikke var indtrådt."

Retten lægger på denne baggrund til grund, at årsløn og beregningen heraf ikke af **A** selvstændigt er påklaget til Patientskadeankenævnet samt, at Patientskadeankenævnet ikke har behandlet spørgsmålet om årslønnens beregning, jf. den dagældene lov om patientforsikring § 15 og § 16.

Retten finder ikke, at beregning af årsløn er en så integreret del af en klage over erhvervsevnetab - eller at disse to dele hænger uløseligt sammen - at Patientskadeankenævnets afgørelse af 22. oktober 2009 også omfatter stillingtagen til beregning af årslønnen.

Da sagsøger, **A**, på den baggrund ikke har udnyttet den administrative rekurs vedrørende spørgsmålet om beregning af årsløn, hvilket efter den dagældende lov er en betingelse for at indbringe spørgsmålet for retten, da retten ikke finder, at Patientskadeankenævnet ex officio har taget eller have pligt til at tage stilling til spørgsmålet om beregning af årsløn, og da der ikke findes ganske særlige grunde i øvrigt til at fravige lovens princip om, at de administrative klagemuligheder skal være udtømte for at en sag kan indbringes for retten, afvises sagsøgers påstand vedrørende beregning af årsløn.

Retten har ved tilkendelse af sagsomkostninger taget udgangspunkt i de gældende salærtakster, der ikke ses grundlag for at fravige. Retten har endvidere henset til sagens omfang, forlæggelse for Retslægerådet samt, at sagens hovedforhandling har været over 2 dage. Patientskadeankenævnet er ikke momsregistreret.

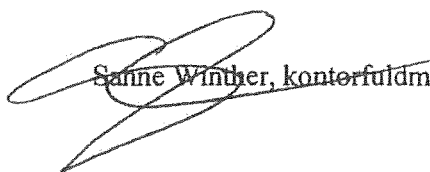
#### **Thi kendes for ret:**

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, frifindes.

Sagsøgte, **A**, skal inden 14 dage i sagsomkostninger til sagsøgte, Patientskadeankenævnet, betale 100.000,00 kr.

Marianne Madsen

Udskriftens rigtighed bekræftes.  
Københavns Byret, den 12. november 2013.

  
Sanne Winther, kontorfuldmægtig