

RETTEEN I HOLSTEBRO



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 27. august 2013 i sag nr. BS 7-218/2013:

A

mod
 Patientskadeankenævnet
 Finsensvej 15
 2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag er anlagt den 13. marts 2013 og vedrører spørgsmålet, om sagsøgeren, A, er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste som følge af en patientskade efter en prostataoperation. Parterne er uenige om, hvorvidt A har dokumenteret, at der er lidt et tab, således at der er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes, Patientskadeankenævnets, afgørelse af 27. september 2012, hvorefter A ikke er tilkendt erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

A's påstand er, at Patientskadeankenævnet tilpligtes at anerkende, at A er berettiget til tabt arbejdsfortjeneste som følge af patientskade efter prostataoperation.

Patientskadeankenævnets påstand er frifindelse.

Oplysningerne i sagen

A fik i foråret 2009 konstateret prostatakræft og blev den 10. september 2010 opereret på B Sygehus. Efterfølgende fik han smerter og andre gener fra ben og fødder og var sygemeldt i perioden 10. september 2009 til 30. november 2009 samt deltidssygemeldt i perioden 1. december 2009 til 15. januar 2010.

Patientforsikringen anerkendte den 10. marts 2010 A's skade som en patientskade og tilkendte ham erstatning for men på 15 %.

Der blev herefter fremskaffet bilag vedrørende tabt arbejdsfortjeneste, og den 26. oktober 2011 traf Patientforsikringen afgørelse om, at A ikke var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste. Af begrundelsen fremgår blandt andet følgende:

"...

Ved beregningen af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til selvstæn-

digst erhvervsdrivende foretager Patientforsikringen en vurdering af de faktiske indtægter i perioden efter patientskadens indtræden set i forhold til virksomhedens udvikling de sidste 3-4 år før patientskaden. Patientforsikringen lægger ved vurderingen særlig vægt på, om det primære driftsresultat efter patientskaden f.eks. på grund af omsætningspåvirkning eller forøgede lønudgifter er væsentligt anderledes end det forventede driftsresultat, set i forhold til det primære driftsresultat i årene umiddelbart forud for den anerkendte patientskade. Ved det primære driftsresultat forstås virksomhedens driftsoverskud før renter, men efter driftsmæssige afskrivninger.

Det fremgår af regnskaberne, at der i 2009 og 2010 var en stigning i lønomkostningerne i forhold til i 2008. Stigningen svarer til ca. 45.000 kr. og ca. 26.000 kr. for henholdsvis 2009 og 2010. Det fremgår imidlertid tillige, at lønudgifterne i årene forud for patientskaden steg med ca. 50.000 kr. pr. år. Der sker en samfundsmæssig lønregulering hvert år, der kan have betydning for en årlig stigning af lønudgifterne. Endvidere kan det ikke afvises, at stigende lønudgifter har været medvirkende til, at omsætningen også er steget. Endeligt kan det i relation til de stigende lønudgifter bemærkes, at udgifterne i årene forud for skaden (2006-2008) var på mellem 11,5 % og 12,7 % af nettoomsætningen. For 2009 og 2010 svarede udgifterne til 12,2 % af nettoomsætningen, og således ikke væsentligt forskelligt i forhold til årene forud for. Når der ses særskilt på virksomhedens årlige resultat, ses det, at

A havde et gennemsnitligt årligt resultat på 540.800 kr. (2006-2008). Resultatet var både 2009 og 2010 væsentligt højere på ca. 753.000 kr. (resultat + udbetalte sygedagpenge)

Det er en forudsætning for at yde erstatning til selvstændigt erhvervsdrivende, at der foreligger et dokumenteret økonomisk tab, hvilket på baggrund af ovenstående ikke ses at være tilfældet, hverken midlertidigt eller varigt.

..."

Afgørelsen blev påklaget til Patientskadeankenævnet, som den 27. september 2012 stadfæstede afgørelsen med følgende begrundelse:

"...

Af de grunde, der er anført af Patientforsikringen, kan nævnet tiltræde, at A ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. erstatningsansvarslovens § 2.

Uanset, at A som følge af patientskaden har haft en sygeperiode fra ultimo september i 2009 til ultimo november 2009, og derefter været delvist syg frem til 1. februar 2010, findes det ikke tilstrækkeligt godtgjort, at han som følge heraf har haft et indtægtstab.

Nævnet har særligt lagt vægt på, at driftsresultatet efter afskrivning før finansielle poster er større efter patientskaden, end i årene forud herfor.

Oplysningerne om lønudgifter kan heller ikke føre til en anden vurdering. Nævnet finder det ikke tilstrækkeligt godtgjort, at der har været tale om øgede lønudgifter som følge af patientskaden, som har ført til et indtægtsstab.

..."

A har dokumenteret følgende lønudgifter i de måneder, hvor han var sygemeldt helt eller delvist, sammenholdt med samme måneder året før:

Lønudgifter C

Bilag X

		Lønomkostninger	
Oktober 2008		Oktober 2009	
K	kr. 19.000,00	J	kr. 18.000,00
E	kr. 21.000,00	E	kr. 21.000,00
L	kr. 715,00	G	kr. 3.740,00
		H	kr. 2.890,00
I alt	kr. 40.715,00	I alt	kr. 45.630,00
November 2008		November 2009	
K	kr. 19.000,00	F	kr. 18.000,00
E	kr. 21.000,00	E	kr. 21.000,00
L	kr. 812,50	G	kr. 3.442,50
H	kr. 520,00	H	kr. 850,00
		J	kr. 18.000,00

I alt	kr. 41.332,50	I alt	kr. 61.292,50
-------	---------------	-------	---------------

December 2008

K	kr. 19.000,00
E	kr. 21.000,00
L	kr. 1.997,50
H	kr. 1.430,00

I alt	kr. 43.427,50
-------	---------------

Januar 2009

K	kr. 19.000,00
E	kr. 21.000,00
L	kr. 1.657,50
H	kr. 2.015,00

I alt	kr. 43.672,50
-------	---------------

Samlet 2008-2009	<u>kr. 169.147,50</u>
------------------	-----------------------

Ekstra Lønømkostning	kr. 91.352,00
----------------------	---------------

December 2009

F	kr. 18.000,00
I	kr. 21.000,00
E	kr. 21.000,00
J	kr. 18.000,00
H	kr. 3.995,00
G	kr. 3.697,00

I alt	kr. 85.692,00
-------	---------------

Januar 2010

J	kr. 19.000,00
E	kr. 21.000,00
I	kr. 21.000,00
G	kr. 4.972,50
H	kr. 1.912,50

I alt	kr. 67.885,00
-------	---------------

Samlet 2009-2010	<u>kr. 260.499,50</u>
------------------	-----------------------

E var på barselsorlov fra december 2009, og A modtog refusion af hendes løn.

C's

årsrapporter for årene 2006 til 2010 viser følgende tal:

	Nettoomsætning	Resultat før finansielle poster	Lønudgifter
2006	3.968.354,-	483.102,-	457.819,-
2007	4.483.520,-	581.380,-	513.885,-
2008	4.440.000,-	558.000,-	562.184,-
2009	4.976.895,-	705.000,-	607.504,-
2010	5.199.605,-	744.321,-	633.295,-

Forklaringer

A har forklaret, at han er indehaver af herretøjsforretningen
 C .. Han har været i branchen siden 1971 og har haft egen forretning siden 1988.

Da A fik konstateret prostatakræft, var han hos D på B Sygehus. A skulle have foretaget en robotoperation, og D var eksperten i dette. A besluttede derfor at vente på D. Det viste sig først, da A vågnede op efter operationen, at D ikke havde foretaget operationen. Det var en anden læge, som havde foretaget den i en oplæringssituation. Operationen tog derfor 6 timer og et kvarter i stedet for 4 timer. Musklerne i læggene var således ikke blevet iltet nok i ekstra 2½ time. Efter operationen var lægmusklerne hårde som træ. Det er de fortsat. A stadig masser af smertestillende medicin hver dag, for det er som at gå på ild. Han arbejder alligevel fuld tid.

Før operationen fik A at vide, at han skulle forvente være sygemeldt i 14 dage, men efter 14 dage kunne han fortsat ikke gå normalt. Han er normalt i butikken hver dag på fuld tid, så det var nødvendigt at ansætte en anden som vikar.

Omsætningen i butikken har de seneste år været i en positiv udvikling. Det skyldes blandt andet, at to andre konkurrerende butikker er lukket, og at A har 40 års erfaring i branchen. Udviklingen svarer ikke til branchen i øvrigt. Hvis A ikke havde været sygemeldt, ville overskuddet have været større dels på grund af sparet løn og dels på grund af hans erfaring som sælger. Tallene for 2008 og 2009 var generelt dårlige på grund af finanskrisen. 2010 gik hæderligt, og da var A tilbage i forretningen.

Omsætningen svinger over året, men personalet er det samme hele året. I 2007 og 2008 steg lønudgiften med cirka 50.000 kr. på grund af lønudviklingen og ikke på grund af nyansættelser. Der har løbende været personaleud-

skiftninger, og kun **E** har været ansat i en længere årrække.
F blev ansat som vikar for **A** i november 2009. I september og oktober 2009 var der ingen vikar, for da forventede han ikke så langt et forløb. Nogle ansatte var på timeløn. **G** og **H** var ungarbejdere og fik flere timer under **A's** fravær. De går på handelsskole og hjælper med alt forefaldende arbejde.

Efter januar 2010 fortsatte **I** som vikar for **E**, der var på barsel. **J** og ungarbejderne fortsatte ligeledes. **A** husker ikke ungarbejdernes timeantal over året.

Parternes synspunkter

A har gjort gældende, at det er dokumenteret, at **A** er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste på grund af patient-skaden. Det er ubestridt, at **A** var sygemeldt som forklaret. **A** har desuden forklaret, at han måtte ansætte ekstra hjælp i butikken som erstatning for sin egen arbejdskraft, og **A** har faktisk haft en ekstra person ansat under sin sygemelding, ligesom ungarbejderne fik flere timer. Vikaren har været nødvendig på grund af sygdommen. I november og december 2008 blev der ikke ansat flere end ellers, så **F** var ikke kun julehjælp.

Lukningen af to konkurrenter har betydet en omsætningsfremgang trods sygdommen, men derfor har der alligevel været et tab i form af den ekstra lønudgift. En selvstændig har krav på fuld erstatning for tabt arbejdsfortjeneste uanset tabets størrelse. Udgifter til vikar erstattes efter forarbejderne til loven og praksis, hvis udgiften har været nødvendig. Det er uden betydning, at virksomheden opnår en omsætningsfremgang under sygdommen, hvis denne omsætningsfremgang, som tilfældet er her, var forventelig.

Tabets størrelse er i denne sag dokumenteret, så der er ikke grundlag for at fastsætte erstatningen skønsmæssigt.

Patientskadeankenævnet har gjort gældende, at der ikke er et sikkert grundlag for at tilsidesætte Patientskadeankenævnets afgørelse, hvorefter **A** ikke har krav på erstatning. **A** har ikke dokumenteret hverken en stigning i lønudgifter eller et dårligere resultat end ellers. Hvis der er dokumenteret merudgifter, er der ikke dokumenteret et tab i den anledning, når udgifterne sammenholdes med resultatet.

Der skal også efter vikarprincippet være lidt et tab. Der skal desuden være årsagssammenhæng mellem skade og tab. Begge dele er **A's** bevisbyrde.

Vikaromkostninger skal være dokumenteret. Det er ikke tilfældet i denne sag. Da der heller ikke er dokumenteret et forringet resultat som følge af skaden, er der heller ikke krav på erstatning på det grundlag.

Dokumentationen for lønudgifter i oktober, november og december 2008 og 2009 og i januar 2009 og 2010 samt årsrapporterne for 2007 til 2010 er A's dokumentation for sit tab. Det ses af disse bilag, at resultatet og lønudgiften har været jævnt stigende i hele perioden. Stigningen i lønudgifter i 2009 er ikke større end ellers. Der er ingen dokumentation for, at ansættelsen af F var begrundet i skaden. Ansættelsen er sket under juletravlheden, og lønudviklingen i året svarer til andre år. De ansatte i januar 2010 fortsatte desuden efter A's i raskmelding. Det er ikke dokumenteret, at der ikke kun var tale om julehjælp, da F gersen blev ansat. Det er udokumenteret, at andre butikker lukkede, og at dette har påvirket resultatet. Omsætningen steg meget i 2009, så det er sandsynligt, at de øgede udgifter til løn har resulteret i en øget indtjening.

Rettens begrundelse og afgørelse

Det kan lægges til grund, at operationen mod prostakræft den 10. september 2009 påførte A en patientskade med deraf følgende sygemelding i perioden 10. september 2009 til 30. november 2009 samt deltidssygemelding i perioden 1. december 2009 til 15. januar 2010. Det fremgår af de fremlagte lønoplysninger, at der i november og december 2009 var ansat en yderligere fuldtidsansat i forhold til samme periode året før. A har forklaret, at dette var en vikar for ham selv, som blev ansat, da det stod klart, at hans sygemelding i anledning af operationen blev længere end forventet. Der har således i november og december 2009 været ekstraudgifter til løn i forhold til samme måneder i 2008 cirka svarende til en månedsløn, idet bemærkes, at E var på barsel i december 2009, og at I var ansat som hendes barselsvikar.

Overfor disse oplysninger står det forhold, at der ikke er fuld overensstemmelse mellem F ansættelsesperiode og A's sygemelding, samt oplysningerne om, at lønudgifterne i virksomheden i 2009 og 2010 ikke steg mere end i de forudgående år og oplysningerne om virksomhedens støt stigende resultat før finansielle poster i hele perioden 2006 til 2010.

Efter en samlet vurdering af disse oplysninger har A ikke ført det fornødne bevis for, at han har haft tabt arbejdsfortjeneste som følge af patientskaden. Patientskadeankenævnet frifindes derfor.

Det følger af sagens udfald, at A skal betale sagsomkostninger til Patientskadeankenævnet. Disse fastsættes efter sagens værdi, omfang og problemstillinger til 30.000 kr. inklusive moms til dækning af udgifter til advokatbistand.

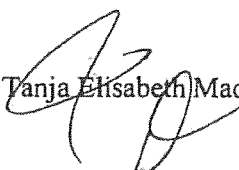
Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, frifindes.

Sagsøgeren, A, skal inden 14 dage betale sagsomkostninger til
Patientskadeankenævnet med 30.000 kr.

Lillian Lund Tinggaard
dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Holstebro, den 28. august 2013.


Tanja Elisabeth Madsen, Kontorfuldmægtig