



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 2. december 2008 i sag nr. BS 25-1220/2007:

K

mod
Patientskadeankenævnet
Vimmelskiftet 43, 2.
1161 København K

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen vedrører erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og erhvervsevnetab efter en patientskade.

Oplysningerne i sagen

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 2.

Sagsøgeren K blev påført en erstatningsberettigende skade ved en operation den 5. februar 2002 i forbindelse med efterfølgende behandling på Sygehus. Ved afgørelse af 31. oktober 2006 tiltrådte sagsøgte, Patientskadeankenævnet, at Patientforsikringen ved afgørelse af 29. september 2005 havde afslået et krav fra sagsøgeren om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i form af driftstab fra Malerfirma A/S, hvori sagsøgeren var eneaktionær, og for yderligere erhvervsevnetab.

Under denne sag, der er anlagt den 30. april 2007, har sagsøgeren påstået Patientskadeankenævnet dømt til at anerkende, at han er berettiget til erstatning for tabt af arbejdsfortjeneste med i alt kr. 980.632,34 kr. med tillæg af den officielle diskonto med tillæg på 6 % fra 5. februar 2002 og erstatning for tabt erhvervsevne med yderligere kr. 768.000 med tillæg af den officielle diskonto med tillæg på 6 % fra 5. februar 2002.

Sagsøgte Patientskadeankenævnet har påstået irrefindelse, idet man har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 31. oktober 2006, og at den ved afgørelsen udmålte erstatning dækker sagsøgerens erstatningsberettigede tab, hvorfor sagsøgeren ikke har krav på yderligere erstatning.

Sagsøgeren har opgjort kravet vedrørende **tabt arbejdsfortjeneste** således, idet der er enighed om, at der er tale om perioden fra den 5. februar 2002 til den 19. marts 2004, i alt 25 ½ måned:

Månedsløn kr. 25.000,00 x 25,5 måned	kr. 637.500,00
Modtaget løn	<u>kr. 637.500,00</u>
	<u>kr. 0,00</u>

Værdien af sagsøgers arbejde i selskabet, jfr. bilag 12:

Gennemsnitlig driftsresultat 1999-2001	kr. 571.420,33
Gennemsnitlig driftsresultat 2002-2004	<u>kr. 109.946,33</u>
	<u>kr. 461.474,00</u>

I alt pr. måned $\frac{461.474,00}{12} =$ kr. 38.456,17

Samlet tabt arbejdsfortjeneste (kr. 38.456,17 x 25,5 mdr.)	<u>kr. 980.632,34</u>
---	------------------------------

Sagsøgeren har opgjort kravet vedrørende **erhvervsevnetab** således:

Løn for ansættelse i eget selskab	kr. 300.000,00
Andel af årsresultat for renter i eget selskab, der opspares	<u>kr. 971.318,00</u>
Samlet erhvervsindtægt i 2001	<u>kr. 1.271.318,00</u>

Sagsøgers erhvervsevnetab kan herefter beregnes til

kr. 1.271.318,00 x 6 x 40%	kr. 3.051.163,20
----------------------------	------------------

Årslønnen skal opgøres på baggrund af hovedreglen i Erstatningsansvarslovens § 7, stk. 1, idet sagsøgers årsindtægt i regnskabsåret 2001 var retvisende for den virksomhed, som sagsøger på tidspunktet for skadens indtræden havde skabt.

Såfremt det opnåede resultat i eget selskab skal opgøres som et gennemsnit af de seneste års resultater forud for fejloperationen, skal erstatningen opgøres som følger:

Løn for ansættelse i eget selskab	kr. 300.000,00
Andel af årsresultat for renter i eget selskab, der opspares (gennemsnit 99-01)	<u>kr. 571.420,33</u>
Samlet erhvervsindtægt i 2001	<u>kr. 871.420,33</u>

Sagsøgers erhvervsevnetab kan herefter beregnes til

$$\text{kr. } 871.420,33 \times 6 \times 40\% \qquad \text{kr. } 2.091.408,79$$

Da den dagældende Erstatningsansvarslovs § 7, stk. 3 foreskrev, at årslønnen højst kunne udgøre kr. 620.000,00 (i 2002), medfører dette følgende lovmæssig reduktion i beregning af tabt erhvervsevne:

Maksimum kr. 620.000,00 x 6 x 40%	kr. 1.488.000,00
Udbetalt	<u>kr. 720.000,00</u>
Sagsøger har krav på yderligere	<u>kr. 768.000,00</u>

Sagens omstændigheder:

K brækkede i 1981 sit højre håndled og pådrog sig en Colles-fraktur. Bruddet skred og medførte en betydelig fejlstilling. Sagsøgeren havde herefter smerter ved den mindste belastning. Den 5. februar 2002 forlængede man spolebenet med knoglemasse fra hoftebenskammen og fikserede stillingen med en T-skinne. Sagsøgeren blev reopereret den 9. august 2002 og 17. december 2002.

Ved afgørelse den 30. maj 2003 anerkendte Patientforsikringen, at sagsøgeren ved operationen den 5. februar 2002 og den efterfølgende behandling var blevet påført en erstatningsberettigende skade, jf. patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 1.

Ved afgørelse af 28. oktober 2004 vurderede Patientforsikringen, at sagsøgerens tilstand var stationær den 19. marts 2004.

Ved afgørelse af 29. september 2005 tilkendte Patientforsikringen sagsøgeren 720.000 kr. med renter fra den 5. februar 2002 for 40 % tab af erhvervsevne, men afslog at yde sagsøgeren erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Ved Patientskadeankenævnets afgørelse af 31. oktober 2006 stadfæstedes Patientforsikringens afgørelse. I ankenævnets afgørelse hedder det blandt andet:

"Vedr. erstatning for tabt arbejdsfortjeneste bemærkes følgende:

Ifølge erstatningsansvarslovens § 2 fastsættes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for tiden fra skadens indtræden, indtil skadelidte kan begynde at arbejde igen, eller helbredstilstanden er blevet stationær. I erstatning fradrages

løn under sygdom og dagpenge. Nævnet kan tiltræde, at K ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste. Nævnet har herved lagt vægt på, at K i hele sygeperioden har modtaget fuld løn fra Malerfirma A/S svarende til den løn, han har modtaget fra selskabet. Det tab, som Malerfirma A/S måtte have haft ved at udbetale fuld løn i sygeperioden til K, der er eneaktionær og således eneindehaver af selskabet, kan ikke erstattes efter lov om patientforsikring, idet der efter lovens § 5, stk. 4 ikke ydes erstatning til et sådant afledet krav (regreskrav), og idet erstatning efter lovens § 1, stk. 1 kun ydes til patienter, således at tabet heller ikke vil kunne gores gældende som et direkte krav.

Vedr. erstatning for erhvervsevnetab bemærkes følgende:

Erstatning for tab af erhvervsevne ydes efter erstatningsansvarslovens §§ 5-7, hvor en personskade, efter at skadelidtes helbredstilstand er blevet stationær, har medført varig nedsættelse af skadelidtes evne til at skaffe sig indtægt ved arbejde. Erstatningen fastsættes til det kapitalbeløb, der udgør skadelidtes årsløn ganget med 6 gange med erhvervsevnetabsprocenten. Årslønnen regnes som skadelidtes samlede erhvervsindtægt i det år, der gik forud for datoen for skadens indtræden. Patientskadeankenævnet finder, at K's erhvervsevne som følge af patientskaden er nedsat med 40 %.

Nævnet har lagt vægt på, at Deres klient er overgået til flexjob fra 15. november 2004 således, at han stadig er ansat i Malerfirma A/S, men at det offentlige betaler 2/3 af den mindste overenskomstmæssige løn indenfor ansættelsesområdet. Det fremgår endvidere af de sociale akter, at årsagen til, at Deres klient er fundet berettiget til et flexjob, er, at han har nedsat arbejdssevne på grund af smerter i højre håndled med nedsat kraft og stærkt indskrænket bevægelighed, smerter i nakke og venstre arm med oplevelse af følelsesløshed ud i hånd/fingre på grund af overbelastning samt gener fra venstre ben, som bevirker knæsvigt en gang imellem. Arbejdsprøvning skulle angiveligt have vist, at K alene kan klare 15 timers arbejde om ugen. Det fremgår endvidere, at K forud for sygdommeldingen kunne foretage almindelige arbejdsopgaver ude ved kunderne, ligesom han selv passede forretningen, hvor der sælges malerartikler m.v. De nuværende arbejdsfunktioner består i at tage imod bestillinger fra kunder, besigtige arbejde, sætte svende i gang og deltagelse i byggemøder. Han skriver tilbud i hånden, som så renskrives af kontordame. Det fremgår herudover, at K efter et spolebensbrud i 1981 ikke længere kunne male med højre hånd på grund af store smerter. Han måtte derfor lære at bruge venstre hånd til at male og skrive med. Det oplyses endvidere, at K gennem 24 år har overbelastet venstre side, og at han har skænehensyn over for begge arme. Endelig er K's muligheder for revalidering nedsatte på grund af ordblindhed påvirket samsyn.

Det er vurderingen, at K's samlede erhvervsevnetab er omkring 60-65 procent. Der er samtidig lagt vægt på, at K også ved optimal behandling ville have haft betydelig nedsat funktion af højre hånd, og at han derfor fortsat måtte bruge venstre hånd til at male og skrive. Han ville derfor under alle omstændigheder have oplevet de skånebehov vedrørende venstre arm og nakke, som han oplever i dag, og som er medvirkende til overgangen til flexjob. Endvidere ville han fortsat have et vist skånebehov for arbejde med højre hånd, og den nedsatte arbejdssevne vedrørende højre hånd kan derfor ikke udelukkende henføres til forværring

gen af generne som følge af den anerkendte behandlingsskade. Det er også nævnets vurdering, at den væsentligste årsag til den nedsatte erhvervsevne er patientskaden, men at denne ikke alene er ansvarlig for, at K i nu ikke længere kan arbejde i samme omfang og er fundet berettiget til et flexjob.

Vedrørende årslønfastsættelsen bemærkes indledningsvis, at skadestidspunktet i denne sag er den 5. februar 2002, hvorfor erstatning skal beregnes efter reglerne i 1984-erstatningsansvarsloven.

Årslønnen for selvstændigt erhvervsdrivende skal fastsættes på baggrund af en vurdering af værdien af pågældendes arbejdskraft i virksomheden. Dette betyder, at årslønnen som udgangspunkt skal fastsættes til, hvad det ville koste at få en anden til at udføre samme arbejde (vikarprincippet). Det gælder i særlig grad, når der som i den aktuelle situation er tale om en større virksomhed med flere ansatte, og hvor driftsresultatet således ikke udelukkende er afhængig af driftsherrens arbejdsindsats.

Ved fastsættelse af årlig indtjening skal udbytteindkomst fra et A/S eller ApS kun medtages, i det omfang den er udtryk for skadelidtes egen arbejdsindsats. Udbytte, som er resultatet af konjunkturudviklinger og de ansattes arbejdsindsats må i denne sammenhæng anses for kapitalafkast, og skal derfor ikke medregnes ved fastsættelsen af årslønnen. Ved fastsættelsen af årslønnen kan man således ikke uden videre lægge driftsresultatet i selskabet sammen med den udbetalte løn. Efter nævnets opfattelse kan driftsresultatet i en virksomhed med omkring 15 ansatte ikke alene relateres til driftsherrens arbejdsindsats.

For så vidt angår opgørelsen af det driftsmæssige overskud i selskabet bemærkes vedrørende regnskaberne for 2000 og 2001, at resultatopgørelsen i 1999 for Malertinna A/S (1999-regnskabs side 8) også indeholder resultatet af sekundær drift på knap 90.000 kr., der vedrører lejeindtægter. Efter nævnets opfattelse er der tale om et kapitalafkast, som derfor ikke skal medregnes ved vurderingen af værdien af arbejdsevnen. De samme oplysninger foreligger imidlertid ikke for indkomstårene 2000 og 2001. Samtidig fremgår det af årsregnskabet 2001, at man dette år ikke har foretaget afskrivninger, selvom man de to forudgående år har haft afskrivninger på gennemsnitligt 244.000,00 kr.

Lager man højde for disse usikkerheder og foretager samme afskrivninger i 2001 som i 1999 og 2000 og samtidig fratrækker indtægter fra udlejningsvirksomhed på ca. 90.000,00 kr. i driftsresultatet for 1999, 2000 og 2001, udgør et gennemsnitligt driftsresultat i årene 1999-2001 400.000,00 kr. eller et driftsresultat i 2001 på ca. 640.000,00 kr. Dette giver en samlet indtægt (løn og driftsoverskud) på enten kr. 700.000,00 kr. eller 940.000,00 kr.

Henset til det gennemsnitlige driftsresultat findes K's

reelle indtjening ved selvstændigt arbejde i året for patientskaden ikke i nævneværdigt omfang at adskille sig fra den til ham udbetalte løn på 300.000 kr.

Erstatningen for erhvervsevnetab udgør således: $300.000 \times 6 \times 40 \% =$
720.000,00 kr.

Nævnet finder ikke, at der i Deres klage er anført noget, der kan føre til en anden vurdering.

4 medlemmer, herunder formanden, fandt, at årslønnen skulle fastsættes 300.000 kr. som fastsat af Patientforsikringen. 2 dissenterende medlemmer fandt, at årslønnen skulle fastsættes til 500.000 kr. 2 dissenterende medlemmer fandt, at årslønnen skulle fastsættes til 400.000 kr. Afgørelsen er truffet i overensstemmelse med flertallets opfattelse....."

Sagsøgeren har fremlagt følgende regnskabsoplysninger vedrørende virksomhedens driftsoverskud før renter, men efter afskrivning:

	år 1999	år 2000	år 2001	år 2002	år 2003	år 2004
Malerfirma A/S	268.065	474.878	971.318	196.515	168.722	-37.624
Maler- og farvehandel A/S	0	0	0	0	-158.981	-250.167
Ejendoms-Selskab ApS	0	0	0	0	199.305	212.069
Samlet driftsoverskud	268.065	474.878	971.318	196.515	209.046	- 75.722

Sagsøgeren K har forklaret, at han er uddannet maler og nu malermester. I 1981 brækkede han højre håndled. Hånden blev sat forkert sammen. Han lærte at bruge venstre hånd, og det fungerede udmærket. Han har været selvstændig malermester siden 1987. Virksomheden har udviklet sig meget siden 1990. Oprindelig beskæftigede virksomheden sig alene med malerarbejde ved nybygninger og ombygninger, men fra 1990 etableredes endvidere en farvehandel. I 1990 var der 5 ansatte. Han ønskede at oparbejde et overskud og har stort set fået den samme løn siden 1990. I 1993 omdannede han virksomheden til et aktieselskab efter et større tab på en privatkunde, og idet han ønskede, at indtjeningen skulle blive i virksomheden. Indtil da havde der været overskud i virksomheden hvert år. I perioden 1993-2001 har han kun arbejdet for arkitekter, ingeniører og offentlige virksomheder og har kun haft bagatelagtige tab. Han har investeret overskuddet i virksomheden og etableret nye arbejdspladser. Arbejdsstyrken voksede efterhånden til 20 ansatte. Indtil 2002 bestod hans arbejde i at afgive tilbud og lede de ansatte. Endvidere malede han selv så meget som muligt. Han kunne male frem til operationen i februar 2002. Mellem jul og nytår 2001 udførte han således alene en maleropgave på et skib i Hamborg, hvor han arbejdede 24-26 timer i træk. Han har altid arbejdet ca. 3.000 timer om året. Hans arbejdsdag starter kl. 6.30 og fortsætter til kl. 18-19, om sommeren til kl. 20-21. Han valgte at blive opereret efter opfordring fra sin svigerinde, der er overlæge, og som oplyste, at man kunne meget mere end i 1981, og idet selskabet var velkonsolideret. Operationen fandt således ikke sted, fordi han ikke kunne holde til at arbejde.

Ved forundersøgelsen tilkendegav lægen, at han ville være arbejdsdygtig 10 uger efter operationen. Efter operationen hævdede hans arm, og han forsøgte sig med akupunktur. Det viste sig, at spoleknoglen var drejet. Den 9. august 2002 oplyste lægen, at han havde lavet en fejl. Den pågældende læge kunne

ikke gøre mere for ham, og han blev heretter opereret i Aalborg. Der blev taget knogle fra hoften. I forbindelse hermed kappedes følelser til venstre ben. En kom til at fungere igen, men ikke en anden. Han faldt på grund af at han ikke kunne tåle medicinen, og brækkede armen højere oppe. Han skulle have gips på i 10 uger. Da lægen tog gipsen af, faldt hånden ned. Han fik sat en stålskrue ind, og hånden er gjort stiv.

Han har nu fire svende. Efter fejloperationen har han betalt knap en halv million kroner ekstra til lønninger. Han valgte at trappe ned og afskedige gode folk, som han bagefter ikke kunne få fat på igen. Han afgav stadig tilbud, mens han var syg. Han var til stede i virksomheden, men arbejdede ikke. Det var ikke muligt at ansætte en vikar, da kunderne ønskede at tale med ham selv, og da han ikke kunne overlade tilbudsgivningen til andre. Ansættelse af en konstruktor (til at afgive tilbud) ville koste ca. 500.000 kr. Ingen større virksomheder oplevede nedgang i 2002.

I dag har han ikke større nybyggerier, da det kræver mange folk, og da han ikke kan holde til at have mange ansatte. Der har ikke været fejlslagne dispositioner efter 2002, ordrebogen har været fyldt op, virksomheden har ikke været involveret i retssager, og har ikke mistet andet end smabeløb. Den negative udvikling ville ikke være kommet, hvis han ikke var blevet fejlopereret. Han turde ikke ansætte dyre folk og valgte at trappe ned. Han har efter operationen behov for en særlig stol og for at rejse sig og gå rundt, når han har siddet stille. Det værste er hans ben. Han har ingen smerter fra hånden. Årslønnen til en svend ligger på 400-500.000 kr. Han ville ikke som ansat acceptere en årsløn på 300.000 kr. I 1986 havde han en årsindkomst på 250.000 kr.

Revisor Ø var forklaret, at han har været revisor for sagsøgeren siden 2000. Han udarbejder regnskaber, drøfter virksomhedens udvikling med sagsøgeren og yder økonomisk rådgivning. Der har været en positiv udvikling i regnskabet. Sagsøgeren har tilkendegivet, at han er blevet bedre til at afgive tilbud, og at han har gode medarbejdere, hvilket er årsagen til den positive udvikling. Resultatet bygger på den almindelige drift. Der har ikke været nogen ekstraordinære begivenheder. Der blev ikke afskrevet på goodwill i 2001, da goodwill var færdigafskrevet ved udgangen af 2000. Der var større kapacitetsudgifter i 2002, da sagsøgeren var nødt til at ansætte en ekstra person i butikken. Derudover blev der ikke ansat flere personer. Bruttofortjenesten faldt fra 2001 til 2002. Der har ikke været den samme aktivitet. De faste lønudgifter er steget fra 2001 til 2002. Lønudgiften til malere "i marken" er faldet, medens den faste udgift til lønninger i butikken er steget. Lønudgiften i marken er en variabel lønudgift og i butikken en fast lønudgift. De faste lønudgifter er steget, de variable er faldet. Samlet set medfører det et fald.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har anført, at Patientforsikringen i forbindelse med sin afgørelse af 29. september 2005 ikke har beregnet sagsogers krav på tabt arbejdsfortjeneste og tab af erhvervsevne med udgangspunkt i sagsogers faktiske erhvervsindtægt forud for fejloperationen den 5. februar 2002.

Sagen drejer sig derfor om at få fastlagt, hvorledes sagsogers faktiske samlede erhvervsindkomst skal opgøres for perioden forud for skadens indtræden den 5. februar 2002.

For så vidt angår selve erstatningsudmålingen følger det af Lov om patientforsikring § 5, at erstatning og godtgørelse fastsættes efter reglerne i Lov om erstatningsansvar, jf. den den 5. februar 2002 gældende erstatningsansvarslov, lovbekendtgørelse nr. 750 af 4. september 2002.

Sagsogers krav på tabt arbejdsfortjeneste vedrører perioden fra den 5. februar 2002 og indtil sagsogers helbredstilstand er fundet stationær, nemlig den 19. marts 2004. Der er således tale om en periode på 25 ½ måned.

Til støtte for den i sagen nedlagte påstand om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste goes det overordnet gældende,

- at der i Patientforsikringens afgørelse ikke ved udmålingen af sagsogers krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste er lagt vægt på hverken nedgangen i indtjeningen fra virksomheden eller den reelle værdi af sagsogers funktioner og faktiske arbejde i selskabet Malerfirma A/S,
- at Patientforsikringen i sin afgørelse af 29. september 2005 har vurderet sagsogers erstatningskrav ud fra den urigtige forudsætning, at sagsøger er almindelig lønmodtager. Denne forudsætning er imidlertid ikke korrekt, idet sagsøger driver selvstændig erhvervsvirksomhed indenfor malerbranchen,
- at sagsøger har valgt at organisere sin virksomhed i selskabstform, og har som eneaktionær/eneandpartshaver dominerende indflydelse på virksomheden,
- at en selvstændig erhvervsdrivende, som påføres en patientskade, skal stilles på samme måde, som hvis skaden var sket på anden måde, f.eks. ved en bilulykke,
- at kravet på tabt arbejdsfortjeneste skal for højes med et beløb svarende til værdien af sagsogers funktioner og faktiske arbejde i virksomheden. Denne værdi skal opgøres som forskellen mellem det driftsresultat, som har kunnet opnås forud for skaden, og det driftsresultat som har kunnet konstateres efter skaden,

at da det er værdien af sagsogers arbejde i virksomheden, der i henhold til retspraksis er afgørende for fastsættelsen af erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste, kan det ikke tillægges betydning, hvorledes

vederlaget for det udførte arbejde er anvendt, det være sig som løn, udbytte eller konsolidering af den af sagsøger ejede virksomhed,

at det følger af fast praksis, at en skadelidt, der er ansat i et aktieselskab, som den pågældende selv ejer, kan kræve erstatning for tabt arbejdsfortjeneste svarende til nedgangen i indtjeningen fra virksomheden, i det omfang det kan dokumenteres, at nedgangen skyldes den pågældende indehavers fravær,

at på baggrund af de foreliggende regnskabstal kan konstateres, at sagsøger som eneaktionær i selskabet i Møllerfirma A/S har lidt et ikke ubetydeligt tab som følge af at han efter den 5. februar 2002 ikke har

kunnet varetage sine sædvanlige opgaver i selskabet i Møllerfirma A/S,

at tabet skønsmæssigt kan opgøres som forskellen mellem det primære driftsresultat i årene forud for skaden og det primære driftsresultat i årene efter skaden,

at sagsogers erstatning for tabt arbejdsfortjeneste skal opgøres som anført under påstanden.

Ii støtte for den i sagen nedlagte påstand om erstatning for tabt erhvervsevne gores det overordnet gældende:

at Patientforsikringen i sin afgørelse af 29. september 2005 har beregnet sagsø-

gers erhvervsevnetab på baggrund af sagsogers årsløn på skadetidspunktet med kr. 300.000,00,

at det følger af den dagældende Erstatningsansvarslovs § 7, stk. 1, at årslønnen i forbindelse med beregning af tabt erhvervsevne skal opgøres som skadelidtes samlede erhvervsindtægt i det år, der går forud for datoen for skadens indtræden,

at Arbejdsskadestyrelsen har udarbejdet "Vejledning om vurdering af erhvervsevnetab for selvstændige erhvervsdrivende efter Erstatningsansvarsloven" af 17. marts 2005, jf. bilag 8.

Der anføres i vejledningens pkt. 3.1:

"Ved vurderingen af erhvervsevnetab er formålet at opgøre værdien af skadelidtes erhvervsevne før og efter skaden. Arbejdsevnen kan bruges på lønarbejde,

selvstændig erhvervsvirksomhed og virksomhed i selskabsform, og der er intet til hinder for, at den samme person har indkomst fra alle tre kilder på en gang. Er dette tilfældet, kan vedkommendes indtægtskilder specificeres således:

<i>Indtægtskilder</i>	<i>Skattemæssig behandling</i>
<i>Løn for ansættelse hos uafhængig arbejdsgiver</i>	<i>Personlig indkomst</i>
<i>Løn for ansættelse i eget selskab</i>	<i>Personlig indkomst</i>
<i>Resultat for renter i selvstændig erhvervsvirksomhed</i>	<i>Personlig indkomst</i>
<i>Udbytte fra eget selskab (A/S, ApS)</i>	<i>Udbytteindkomst</i>
<i>Andel af drets resultat for renter i eget selskab (A/S, ApS), der opspares (kan udbetales som udbytte senere)</i>	<i>Udbytteindkomst</i>

Personens samlede indtægter opgøres med udgangspunkt i alle ovennævnte indtægtskilder, hvis arbejdsvejen er anvendt til frembringelse af indtægterne "

- at det fremgår af Arbejdsskadestyrelsens vejledning vedr. vurdering af erhvervsevnetab for selvstændige erhvervsdrivende, hvorledes dette skal opgøres. Vejledningen følger således Erstatningsansvarslovens § 7, hvoraf det fremgår, at skadelidtes årsløn skal beregnes som dennes samlede erhvervsindtægt i det år, der går forud for datoen for skadens indtræden.
- at det kan konstateres, at Patientforsikringen i sin afgørelse af 9.09.2005 ikke har fulgt de retningslinier, der følger dels af Erstatningsansvarsloven og dels af vejledning udarbejdet af Arbejdsskadestyrelsen. Opgørelsen er derfor ikke korrekt, og skal derfor korrigeres efter nedenstående retningslinier,
- at det fremgår af vejledningen fra Arbejdsskadestyrelsen (bilag 8) pkt. 6.2 (side 9/19):

"6.2 Lønmodtager i eget selskab

Sam omtalt i afsnittet om totalindkomst-princippet (pkt. 3.1) var lejer erhvervsevnetahet for lønmodtager i eget selskab ud fra løn og selskabets resultat for renter. Lønindkomst fra eget selskab fremgår af årsopgørelsen fra skattemyndighederne. Resultatet for skat kan aflæses i selskabets loypligtige årsregnskab.

- at Arbejdsskadestyrelsens vejledning af 17. marts 2005 i øvrigt er i overensstemmelse med indholdet af bekendtgørelse nr. 812 af 29. september 2003 om fastsættelse af årsløn for selvstændige erhvervsdrivende,
- at Bekendtgørelse nr. 812 vedrører fastsættelse af årsløn for selvstændige erhvervsdrivende i henhold til lov om arbejdsskadesikring. Da årsløns-

begrebet er det samme i lov om arbejdsskadesikring og i Erstatningsansvarsloven kan det i modstrid med det af Patientforsikringen anførte lægges til grund, at der ved fastsættelse af årsløn for en selvstændig erhvervsdrivende tillige skal lægges vægt på udbytte fra eget selskab samt andel af årets resultat for renter i eget selskab, der opspares.

at med udgangspunkt i Arbejdsskadestyrelsens vejledning samt Erstatningsansvarslovens § 7, stk. 1 kan erhvervsevnetabet opgøres som opgjort i forbindelse med påstanden.

Sagsøgte har til støtte for den nedlagte påstand om fritindelse gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 31. oktober 2006, og at den ved afgørelsen udmalte erstatning dækker sagsogers erstatningsberettigede tab som følge af den anerkendte patientskade, hvorfor sagsøgeren ikke har krav på yderligere erstatning m.v.

Det må ved bevisbedømmelsen tages i betragtning, at sagsøgte på grund af sin sammensætning, der bl.a. omfatter medlemmer med lægevidenskabelig baggrund, brugen af speciallægekonsulenter ved afgørelserne, og gennem behandling af et stort antal sager har en særlig erfaring i at bedømme sager - herunder om udmåling af erstatning - efter patientforsikringsloven, og at der derfor skal være et sikkert grundlag for at tilsidesætte afgørelsen. Det gøres overordnet gældende, at sagsøgeren ikke har ført bevis herfor.

Erstatning og godtgørelse skal efter den dagældende patientforsikringslovs § 5, stk. 1, fastsættes efter reglerne i dagældende erstatningsansvarslov.

For så vidt angår afgørelsen om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. dagældende erstatningsansvarslovs § 2, gøres det gældende, at sagsøgte med rette har fundet, at sagsøgeren ikke er berettiget til erstatning herfor.

Sagsøgeren har således i hele sygeperioden modtaget fuld løn fra selskabet, og han har derfor ikke haft tabt arbejdsfortjeneste.

Det tab, som selskabet måtte have haft ved at udbetale fuld løn i sygeperioden, kan ikke erstattes efter den dagældende patientforsikringslov, idet erstatning i medfør af lovens § 1, stk. 1, kun ydes til patienter, således at tabet allerede af den årsag heller ikke vil kunne gøres gældende af selskabet som et direkte krav. Selskabet er i øvrigt heller ikke part under nærværende retssag.

Såfremt sagsøgeren skal kunne få erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i en situation som den foreliggende, kræver det i overensstemmelse med dommen optrykt i **FED 2003.1 (75 Ø)**, at sagsøgeren kan dokumentere:

at der foreligger omstændigheder, som gør, at vurderingen af, om han kan kræve erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, skal foretages under

hensyntagen til den måde, hvorpå han blev vederlagt for sit arbejde i selskabet,

- at hans vederlæggelse gennem selskabets overskud i det pågældende regnskabsår er blevet mindre, og
- at dette - med overvejende sandsynlighed - er direkte forårsaget af patientskaden, og således ikke forårsaget af grundlidelsen, almindelige markedskonjunkturer, uheldige forretningsdispositioner eller andre tænkkelige (og utænkkelige) uvedkommende årsager.

Sagsøgeren har imidlertid på ingen måde dokumenteret, at disse betingelser er opfyldt, herunder hverken ved det fremlagte regnskabsmateriale m.v. (bilag 7 og 9-12) eller ved de som bilag 13 (sagsøgerens processkrift I af 31. juli 2008) og bilag 14-16 (sagsøgerens processkrift II af 24. september 2008) fremlagte udskrifter m.v.

Sagsøgerens beregninger af den ønskede erstatning bestrides derfor også.

Det er sagsøgeren, som har bevisbyrden, og den har han ikke løftet. Bevisbyrden i disse situationer er tung og kan f.eks. ikke løftes ved blot at fremlægge regnskaber, jf. bl.a. dommene optrykt i FED 1999.1578 V, FED 2000.1065 V, den nævnte dom i FED 2003.1175 Ø samt dommen optrykt i iFED 2003.2652 V (for så vidt angår byrettens dom).

Det er f.eks. således ikke tilstrækkeligt til at løfte bevisbyrden, at sagsøgeren ved fremlæggelse af regnskaber eventuelt kan vise, at der er sket en indtægtsnedgang i selskabet; som ovenfor anført skal det med overvejende sandsynlighed dokumenteres, at denne i det hele er forårsaget af patientskaden.

Dertil kommer, at sagsøgeren samtidig har haft en almindelig tabsbegrænsningspligt. Sagsøgeren har ikke dokumenteret, at han har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt.

Den af sagsøgeren i stævningen og replikken nævnte dom optrykt i FED 1995.481 V er ikke relevant, idet den vedrørte en ganske anden situation. Dommen vedrørte således en situation, hvor selskabet ikke havde udbetalt løn under sygeperioden til skadelidte, hvor skadelidte således ubestridt havde krav på tabt arbejdsfortjeneste som følge heraf og hvor det omstridte spørgsmål alene var, hvorvidt den af den skadelidte oplyste, men helt udkomputerede, størrelse af lønnen eventuelt skulle nedsættes under hensyn til "personsammenfaldet"/de manglende modstående interesser (idet skadelidtes ægtefælle ejede selskabet, i øvrigt fordi skadelidte selv var erklæret konkurs). Det var i en sådan situation, at landsretten i den pågældende sag fandt, at man skulle bedømme "værdien af skadelidtes arbejde".

Den relevante dom er således som ovenfor anført rettelig dommen optrykt i

FED 2003.1175 O.

Det bemærkes endvidere for god ordens skyld, at det i stævningen, side 7, sidste afsnit, anførte om dommen optrykt i FED 2000.1065 V ikke er ganske korrekt. Det skønsmæssigt fastsatte beløb, som der blev "tillagt", vedrørte alene fastsættelse af årslønnen i relation til beregningen af erstatningen for erhvervsevnetab. Det vedrørte således ikke erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste.

I øvrigt bestrides det som udokumenteret, at sagsøgerens arbejdsindsats i selskabet forud for patientskaden gennemsnitligt var ca. 3.000 timer pr. år.

Såfremt retten måtte finde, at sagsøgeren skulle være berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, skal der ved den eventuelle udmåling heraf tages hensyn til, at sagsøgeren som anført i sagsøgtes afgørelse også ved optimal behandling ville have haft betydelig nedsat funktion af højre hånd.

For så vidt angår erstatning for erhvervsevnetab, jf. den dagældende erstatningsansvarslovs §§ 5-7 gøres det gældende, at sagsogte med rette har fastsat sagsøgerens årsløn til 300.000 kr., idet sagsøgerens reelle indtjening ved selvstændigt arbejde i året for patientskaden henset til det gennemsnitlige driftsresultat ikke i nævneværdigt omfang adskilte sig fra den til ham udbetalte løn på 300.000 kr.

Det bemærkes dog for god ordens skyld supplerende for så vidt angår det i stævningen anførte vedrørende Arbejdsskadestyrelsens vejledning af 17. marts 2005 om vurdering af erhvervsevnetab for selvstændige erhvervsdrivende efter erstatningsansvarsloven, at denne vejledning (principielt) alene vedrører vurderingen af erhvervsevnetabet, og ikke fastsættelsen af årslønnen, hvilket er det, som nærværende sag alene omhandler.

Rettens begrundelse og afgørelse

Sagsøger var eneaktionær i og leder af Malertfirma A/S og udførte tillige i et vist omfang almindeligt malerarbejde. I hm lagde herved en betydelig arbejdsindsats i virksomheden, der var afhængig af hans arbejdskraft. Sagsøgeren findes ikke som følge af patientforsikringslovens § 1, stk. 1 afskåret fra at kunne kræve erstatning.

Sagsøgeren fik før og efter skaden udbetalt ca. 300.000 kr. i løn om året. Overskuddet i øvrigt forblev indestående i selskabet.

Det samlede driftsoverskud i 1998-2001 var henholdsvis 175.000 kr., 268.065 kr., 474.878 kr. og 971.318 kr., og i 2002-2004 henholdsvis 196.515 kr., 209.046 kr. og - 75.722 kr. Der har i 1998 og 1999 været 5-12 ansatte, i 2000 10 ansatte, i 2001 13 ansatte, i 2002 10 ansatte, i 2003 8 an-

satte og i 2004 7 ansatte i virksomheden.

Henset til karakteren og størrelsen af den af sagsøgeren drevne virksomhed sammenholdt med sagsøgerens forklaring og den vidneforklaring, som selskabets revisor har afgivet, samt driftsresultaterne i følge de fremlagte årsregnskaber før og efter patientskaden findes det dokumenteret, at sagsogers vederlæggelse gennem selskabets overskud er blevet mindre som følge af patientskaden. Sagsøgeren har herefter ved sit fravær fra virksomheden under sygeperioden lidt et større indtægtstab, end den arbejds løn, han fik udbetalt, og dette skyldes patientskaden. Erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste fastsættes herefter skønsmæssigt til 320.000 kr., og det beløb, som sagsøgeren yderligere findes at skulle have udbetalt i erhvervsevnetab, fastsættes til 360.000 kr.

Sagens omkostninger ophæves.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte Patientskadeankenævnet skal anerkende, at sagsøger K er berettiget til erstatning for tab af arbejdsfortjeneste med i alt kr. 320.000 kr. med tillæg af den officielle diskonto med tillæg på 5 % fra 5. februar 2002 og yderligere erstatning for tabt erhvervsevne med kr. 360.000 med tillæg af den officielle diskonto med tillæg på 5 % fra 5. februar 2002.

Sagens omkostninger ophæves.

A. Harsberg.

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Aalborg, den 3. december 2008.

Inger Christensen, kt.fm. tlf. 96 307175