



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 26. april 2017 i sag nr. BS 17-1855/2015:

A

mod
Ankenævnet for Patienterstatningen
Finsensvej 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag, der er anlagt den 22. december 2015, drejer sig om størrelsen af en erhvervsevnetabserstatning for en anerkendt patientskade, herunder hvorvidt årslønnen for sagsøgeren, A, i henhold til erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, skønsmæssigt skal fastsættes til et højere beløb end fastsat ved en afgørelse truffet af sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, den 29. juni 2015.

Sagsøgeren har påstået sagsøgte tilpligtet at anerkende, at indtægtsgrundlaget for beregning af sagsøgerens erhvervsevnetab i anledning af patientskaden sket i perioden fra ultimo 2011 til maj 2012 på B og C, skal fastsættes til 477.232,93 kr.

Sagsøgte har påstået frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Der er mellem parterne enighed om, at sagen angår fastsættelse af sagsøgerens årsløn i henhold til erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2.

Patientforsikringen (nu Patienterstatningen) anerkendte ved afgørelse af 14. januar 2013, at sagsøgeren var påført en erstatningsberettigende skade i forbindelse med behandling på B og C, i form af amputation af underbenet.

Ved afgørelse af 29. juni 2013 tilkendte Patientforsikringen sagsøgeren, blandt andet 384.300 kr. i midlertidig erstatning for et erhvervsevnetab på 15 procent på grundlag af en skønsmæssig fastsat årsløn på 300.000 kr.

Sagsøgeren blev ved Patienterstatningens afgørelse af 29. august 2014 tilkendt yderligere 462.000 kr. i erstatning for erhvervsevnetab, svarende til et

samlet erhvervsevnetab på 65 procent. Ved denne afgørelse beregnede Patienterstatningen det samlede erhvervsevnetab på grundlag af en skønnet årsløn på 150.000 kr.

Af Patienterstatningens afgørelse af 29. august 2014, fremgår blandt andet følgende:

" ...

Det fremgår af det opdaterede, at **A** i 2013 igen har været fængslet. Da vi tidligere fastsatte vores årsløn til 300.000 kr., var det ud fra den forudsætning, at han forventeligt ville være i fast arbejde som chauffør. Han havde i årene forud for behandlingsskaden haft varierende tilknytning til arbejdsmarkedet og derfor også varierende indtægter. Det er beskrevet, at **A** ad flere omgange havde haft ophold i **H**.

Med de oplysninger vurderer vi, at hans årsløn skal fastsættes som forud for behandlingsskaden.

A's indtjening fra arbejde var:

År	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Indtægt	318.000	300.000	122.000	0	200.000	16.000	0	0	110.000	28.000

Han havde tilbage i i 2003 og 2004 stabil indtægt fra lønnet arbejde. I de efterfølgende år har indtægten ikke været på samme niveau. Der var i 2005 en mindre lønindtægt. I 2006 var der ingen indtægter. Der var i 2007 og 2008 indtægter fra **A's** egen virksomhed. I 2009 og 2010 var der udelukkende indtægter i form af sociale ydelser. Indtægterne for chaufførjobbet startede i september 2011. Indtil han nødt til at stoppe grundet smerter.

Ud fra disse oplysninger har vi skønsmæssigt fastsat årslønnen til 150.000 kr.

..."

Sagsøgeren påklagede denne afgørelse til sagsøgte. Af sagsøgerens klage af 26. november 2014, fremgår blandt andet følgende:

" ...

Der klages over 1: erhvervsevnetabsprocenten 2: Årslønnen er fastsat for lavt og 3: Perioden for tabt arbejdsfortjeneste er fastsat forkert

...

A er uddannet tømrer og har arbejdet som ansat eller selvstændig siden han som ung blev udlært. Det fremgår af sagen at

han i årene op til 2005 havde en årlig indkomst i størrelsesordenen kr. 300.000,00. I 2005 fik **A** personlige problemer og gik konkurs hvilket blandt andet skyldtes ubearbejdede traumer fra hans tid som udstationeret soldat i **K**. For første gang i hans liv modtog han kontanthjælp. Han havde siden sin læretid altid haft arbejde enten som ansat eller som selvstændig. Han forsøgte flere gange i perioden 2008 til 2011 at opstarte igen som selvstændig men uden held. I begyndelsen af 2011 tog **A** initiativ til omskoling og påbegyndte undervisning til stort kørekort for derved at skifte fag og igen komme ud på arbejdsmarkedet. Han bestod i sommeren 2011 og fik vikararbejde hos vognmand **D** 1. september 2011. Den 31. oktober 2011 fik han fast ansættelse hos **E**. Han var rigtig glad for sit arbejde indtil problemerne med foden opstod og han blev fyret januar 2012 på grund af for mange sygedage.
..."

Sagsøgte traf afgørelse den 29. juni 2015. Af afgørelsen fremgår blandt andet følgende:

"...

Ankenævnet for Patienterstatningen har på møde den 26. juni 2015 truffet følgende

Afgørelse:

...

Det tiltrædes, at **A** er berettiget til 462.000 kr. i erstatning for et erhvervsevnetab på 65 procent beregnet på grundlag af en årsløn på 150.000 kr.

...

Begrundelse og resultat

...

For så vidt angår erstatningen for tab af erhvervsevne, kan ankenævnet tiltræde, at **A** er berettiget til 462.000 kr. i erstatning for et erhvervsevnetab på 65 procent beregnet på grundlag af en årsløn på 150.000 kr. Der er herved lagt vægt på sagens samlede omstændigheder, herunder **A's** tilknytning til arbejdsmarkedet i årene forud for patientskaden.

..."

Forklaringer

Sagsøgeren har forklaret, at han har mistet sit ben på grund af lægefejl. På tidspunktet, hvor benet blev amputeret havde han mistet sit arbejde hos

vognmandsfirmaet **E**. Han var blevet fyret på grund af for mange sygedage. Hvis han var blevet behandlet korrekt kunne han have beholdt benet og fortsat sit arbejde. Den nuværende protese er ikke korrekt tilpasset. Han vil gerne fortsætte på arbejdsmarkedet, hvis det kan lade sig gøre. Han blev udlært som tømrer i 1984 og arbejdede som ansat tømrer indtil han i 1987 begyndte som selvstændig. Han har endvidere arbejdet i Norge og Grønland. I 1992 blev han ansat som kontorbetjent i **F**. Derefter var han i 1993-1994 udsendt som soldat i **L**. Han ophørte med dette arbejde af hensyn til sin familie. Som selvstændig udførte han forskellige opgaver. I en periode havde firmaet op til 18 ansatte. Virksomhedens regnskab blev ført af sagsøgerens hustru. Senere var der tilknyttet en revisor. Indtægtsoplysningerne i sagen er alene de officielle indtægter. Der har været andre indtægter, men han har ikke haft styr på økonomien og derfor er ikke alle indtægter registreret. Det er imidlertid et faktum, at han har været den primære forsørger for sin familie. Han har endvidere på et tidspunkt drevet et mindre landbrug ved siden af tømrervirksomheden. Han har endvidere handlet med brugte biler, men ikke indberettet fortjenesten ved denne virksomhed. Indtil juni 2011 afsonede han en længere fængselsdom. Han fik kontakt til **G**, der sagde at hvis sagsøgeren fik hængerkort kunne han blive ansat i **D**. Sagsøgeren tog derefter hængerkortet under afsoningen. Efter løsladelsen fik han ansættelse hos **D**. Ikke alle de penge han tjente hos **D** blev opgivet til skattemyndighederne. Derefter fik han arbejde hos **E**. Han var meget glad for at arbejde hos **E**, men blev fyret fra jobbet på grund af for meget sygefravær. Sygefraværet skyldtes de problemer, der senere førte til amputation. Hvis ikke lægerne havde begået fejl, kunne han have genoptaget arbejdet hos **E**. Han afsonede vistnok 30 dage i **H** i 2009. I 2010 afsonede han en dom på 1 år og 3 måneder. I 2013 var han varetægtsfængslet. I de perioder, hvor han var fængslet kørte virksomheden videre. De ansatte drev virksomheden i disse perioder. I 2013 blev han idømt fængsel i 1 år og 3 måneder fordi han var i besiddelse af en pistol. Sagsøgeren er medlem af **I**. Han har været medlem af denne klub i 12 - 15 år. Han er fortsat medlem. Sagsøgeren kunne mærke, at straks Patientforsikringen fik dette oplyst, var hans sag tabt. Han er meget vred over dette. Han har arbejdet hele sit liv og det er ikke retfærdigt, at han ikke kan få erstatning fordi han er medlem af en bestemt klub.

J har forklaret, at hun har kendt sagsøgeren siden 1983. De blev gift i 1987. De har boet sammen "on og off". De har 4 børn sammen. De har blev senest skilt i 2010 eller 2011. Sagsøgeren er udlært tømrer. Sagsøgeren har arbejdet i udlandet, været i militæret, ansat i **F** og kørt lastbil. Sagsøgeren har endvidere drevet egen virksomhed. Vidnet stod for lønregnskab og fakturaer i sagsøgerens firma. Der har været forskellige revisorer, der har ført regnskab. I 2005 gik firmaet konkurs. Efterfølgende har sagsøgeren taget kørekort til påhæng. Sagsøgeren har altid forsørget familien, også de perioder, hvor han har været fængslet.

G har forklaret, at for tiden afsoner en fængselsdom. Han kender ikke sagsøgeren privat, men alene arbejdsmæssigt. Vidnet har været direktør i **D**. Firmaet lukkede vist i 2013 eller 2014. Forud for dette var der 10 - 12 biler i selskabet. Vidnet ansatte sagsøgeren som chauffør i selskabet. Firmaet var meget tilfreds med sagsøgerens arbejde. Så vidt vidnet husker stoppede sagsøgeren fordi han havde fået andet arbejde.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har gjort gældende, at sagsøgtes afgørelse af 29. juni 2015 bør tilsidesættes. Sagsøgerens årsløn skal fastsættes efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, under hensyn til sagsøgerens seneste ansættelse, sagsøgerens ansættelsesforhold hos **D**, sagsøgerens indtægter i tidligere indtægtsår og sagsøgerens generelle tilknytning til arbejdsmarkedet. Der bør endvidere lægges vægt på sagsøgerens uddannelse, og den indtægt han ville kunne oppebære i henhold til Transport- og Logistikoverenskomsten mellem DI og 3F. Subsidiært gøres det gældende, at Patienterstatningens afgørelse af 29. maj 2013, hvorefter årslønnen var fastsat til 300.000 kr., ikke kan ændres til ugunst for sagsøgeren.

Sagsøgerens beskæftigelse umiddelbart forinden skaden bør indgå i vurderingen med betydelig vægt. Endvidere bør indgå sagsøgerens uddannelse og tidligere ansættelses- og indkomstforhold. Såfremt skaden ikke var indtrådt ville sagsøgeren have fortsat inden for det samme erhverv, som under ansættelsen hos **D** og transportfirmaet **E**. Sagsøgeren er uddannet til at bestride en chaufføropgaven. Sagsøgeren har bred erhvervsmæssig erfaring, herunder som selvstændig tømmer i mange år, og som tilknyttet arbejdsmarkedet i flere årtier. Det af sagsøgte anførte angående varetægtsfængsling og afsoning af domme, skal ikke tillægges vægt. Disse forhold er opstået efter skadestidspunktet. Sagsøgerens arbejdskraft skal vurderes med udgangspunkt i skadestidspunktet og tiden forud for skaden. Sagsøgeren ville have haft fuldtidsbeskæftigelse, såfremt patientskaden ikke var indtrådt. Afsoning af fængselsstraffe og varetægtsfængsling har ikke har hindret, at sagsøgeren i flere årtier har været på arbejdsmarkedet. Sagsøgeren har senest været ansat i transportfirmaet **E**. Det bestrides, at retten er begrænset i prøvelsen af sagsøgtes afgørelsen. Ved indbringelse for domstolene prøves afgørelsen fuldt ud. Sagsøgeren har bevisbyrden for kravet, men beviskravet er ikke skærpet. Sagsøgeren har løftet bevisbyrden for de nedlagte påstande. Sagsøgerens årsløn skal fastsættes med udgangspunkt i ansættelsen hos **E** og den herfor gældende overenskomst. Sagsøgerens forventede årsløn er korrekt opgjort til 477.232,93 kr.

Til støtte for det subsidiære anbringende gøres gældende, at det fremgår af Patienterstatningens afgørelse af 29. maj 2013, at denne afgørelse er endelig og kan ankes til sagsøgte. Det fremgår, at erhvervsevnetabsprocenten er midlertidigt udmålt til 15%. Vedrørende beregningsgrundlaget fremgår, at man har fastsat sagsøgerens årsløn på skadestidspunktet til 300.000 kr. Det

fremgår ikke at denne del af afgørelsen, at fastsættelsen af årslønnen er midlertidig. Det må derfor lægges til grund, at afgørelsen på dette punkt er endelig. En for sagsøgeren begunstigede afgørelse, kan alene ændres til ugunst, såfremt betingelserne for tilbagekaldelse er opfyldt, hvilket ikke er tilfældet. Der foreligger heller ikke nye relevante oplysninger i forhold til den oprindelige afgørelse. Begrundelsen for den ændrede vurdering støttes alene på oplysningen om varetægtsfængsling i 2013. Ændringen støttes således på forhold, som ikke bør indgå i vurderingen. Sagsøgeren har endvidere haft en berettiget forventning om, at denne del af afgørelsen var endelig, hvorfor adgangen til at ændre denne til ugunst for sagsøgeren er yderligere begrænset.

Sagsøgte har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 29. juni 2015. Sagsøgeren har bevisbyrden for, at der er grundlag for at tilsidesætte afgørelsen. Sagsøgeren har ikke ført bevis herfor. Sagsøgeren har således ikke dokumenteret, at der er grundlag for at fastsætte sagsøgerens årsløn til et højere beløb end 150.000 kr. Det må ved bedømmelsen tages i betragtning, at sagsøgte har en særlig erfaring i at bedømme sager af den pågældende karakter, herunder om udmåling af erstatning. Der skal derfor være et sikkert grundlag for at tilsidesætte afgørelsen. Det gøres gældende, at sagsøgeren ikke har løftet denne bevisbyrde. Derudover er der ikke under denne sag fremkommet nye væsentlige oplysninger eller dokumentation i øvrigt i forhold til grundlaget for sagsøgtes afgørelse. Der er således ikke grundlag for at rejse tvivl om rigtigheden af afgørelsen. Parterne er enige om, at sagsøgerens årsløn skal fastsættes skønsmæssigt efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2. Den skønsmæssige årsløn fastsættes således, at skønnet er udtryk for værdien af skadelidtes arbejdskraft på skadestidspunktet. Vurderingen af skadelidtes arbejdskraft foretages, som det helt klare udgangspunkt på baggrund af skadelidtes indtægtsforhold forud for skaden. Dette følger af retspraksis og fremgår endvidere udtrykkeligt af forarbejderne til erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2. Det anføres således i forarbejderne til bestemmelsen, at for selvstændige og andre med svingende indtægter bør årslønnen snarere fastsættes til gennemsnitsindtægten ved eget arbejde i de sidste år inden skadens indtræden. Ved afgørelsen af 29. juni 2015 tiltrådte sagsøgte Patienterstatningens afgørelse af 29. august 2014, hvorefter årslønnen blev fastsat skønsmæssigt til 150.000 kr. Sagsøgte lagde ved afgørelsen vægt på sagens samlede omstændigheder, herunder på sagsøgerens tilknytning til arbejdsmarkedet i årene forud for skaden. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte denne vurdering. Den skade, der medførte amputation af underbenet, indtraf i maj 2012. Sagsøgeren var ledig og på kontanthjælp på tidspunktet for skaden. Sagsøgeren var blevet opsagt på grund af for højt sygefravær. I årene op til patientskaden havde sagsøgeren arbejdsrelateret indtægt i 2003 på 318.000 kr., i 2004 på 300.000 kr., i 2005 på 122.000 kr. I årene 2006, 2009 og 2010 havde sagsøgeren ingen arbejdsrelaterede indtægter. I 2007 var sagsøgerens indtægt 200.000 kr. I 2008 havde sagsøgeren en indtægt på 16.000 kr., i 2011 på 110.000 kr., og i 2012 på 28.000 kr. På baggrund af de foreliggende omstændigheder, herunder

navnlig sagsøgerens indtægter i årene forud for skaden, og sammenholdt med, at han end ikke på skadestidspunktet var i beskæftigelse, er der ikke grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes skønsmæssige vurdering af årslønnens størrelse. For så vidt angår antagelserne om, hvad sagsøgeren fremtidigt kunne have tjent bemærkes, at sagsøgeren netop ikke var i beskæftigelse på skadestidspunktet. Sagsøgeren var flere måneder forud blevet opsagt på grund af sygefravær. Det forudgående ansættelsesforhold var af meget kort varighed og med højt sygefravær. Ansættelsesforholdet kan allerede derfor ikke anvendes som udgangspunkt for beregningen af en skønsmæssig årsløn efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2. Sagsøgeren har i det hele taget perioden 2003-2012 haft en maksimal arbejdsrelateret årlig indtjening på 318.000 kr., og gennemsnitsindtægten for årene 2003-2012 er 109.400 kr. Sagsøgeren var arbejdsløs i ca. 4 måneder inden patientskadens indtræden, og forud herfor havde han arbejdet som chauffør i ca. 4 måneder. I årene forud for patientskaden havde sagsøgeren en særdeles varierende tilknytning til arbejdsmarkedet, og deraf følgende varierende indtægter. En årsløn fastsat skønsmæssigt til 477.232,93 kr., således som sagsøgeren påstår, vil svare til en årsløn der er mere end fire gange højere end gennemsnittet i årene forud for patientskaden.

Sagsøgte har været berettiget til at ændre årslønnen til 150.000 kr. i afgørelsen af 29. juni 2015. Sagsøgte ikke tidligere end afgørelsen den 29. juni 2015 har taget stilling til spørgsmålet om årslønnens størrelse. Det fremgår af anken til sagsøgte, at sagsøgeren påklagede årslønnens fastsættelse. Allerede af den grund var sagsøgte berettiget til at vurdere årslønnens størrelse. Sagsøgte er endvidere berettiget til at træffe den afgørelse, som sagsøgte anser for at være materielt rigtig. Sagsøgte var derfor berettiget til at vurdere, at årslønnen skønsmæssigt skulle fastsættes til 150.000 kr.

Rettens begrundelse og afgørelse

Det fremgår af Højesterets domme af 10. februar 2005 (UfR 2005 s. 1520) og 13. juni 2016 (UfR 2016 s. 3276), at sagsøgte ikke var forpligtet til at lægge en upåklaget afgørelse om erstatningspligt uprøvet til grund, og at sagsøgte var berettiget til at træffe den afgørelse, som sagsøgte anså for materielt rigtig. Henset hertil, og da det fremgår af sagsøgerens klage til sagsøgte af 26. november 2014, at spørgsmålet om fastsættelse af årslønnen ønskes indbragt for sagsøgte, finder retten ikke at sagsøgte har været afskåret fra skønsmæssigt, at fastsætte sagsøgerens årsløn.

Sagsøgerens årsløn efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, skal fastsættes således, at den er udtryk for værdien af sagsøgerens arbejdskraft på tidspunktet for skaden.

Sagsøgeren var arbejdsløs på skadestidspunktet, og det fremgår af Højesterets dom af 8. marts 2010 (UfR 2010 s. 1537), at årslønnen efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, også i tilfælde, hvor skadelidte er arbejdsløs,

som udgangspunkt skal fastsættes til den indtægt, som skadelidte ville have haft, hvis han havde haft arbejde hele året. Det er dog endvidere ved dommen fastslået, at dette udgangspunkt fraviges, såfremt skadelidte ikke har haft fast tilknytning til arbejdsmarkedet.

Ved denne sags afgørelse lægger retten til grund, at sagsøgeren har haft mange forskellige ansættelser som tømrer, og at han i perioder har drevet selvstændig virksomhed. Det lægges endvidere til grund, at sagsøgeren har haft ansættelse i udlandet, og at han har gjort tjeneste som soldat. Sagsøgerens registrerede indtægtsforhold har været særdeles svingende, og i længere perioder har sagsøgeren været uden arbejdsrelateret indtægt. Sagsøgeren har endvidere afsonet flere fængselsdomme og været varetægtsfængslet. I en kort periode forud for skadestidspunktet har sagsøgeren været ansat i forskellige transportfirmaer. Retten finder det ikke godtgjort, at sagsøgeren herved har haft en sådan fast tilknytning til arbejdsmarkedet, at hans årsløn skønsmæssigt i medfør af erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, skal fastsættes svarende til fast fuldtidsbeskæftigelse inden for transporterhvervet.

På denne baggrund, og da der ikke i øvrigt er anført omstændigheder der giver grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 29. juni 2015, tager retten sagsøgtes påstand om frifindelse til følge.

Sagsøgeren skal betale sagsomkostninger til sagsøgte med 100.000 kr. Beløbet omfatter udgifter til advokatbistand ekskl. moms. Ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens karakter og omfang.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, frifindes.

Inden 14 dage skal sagsøgeren, **A**, betale 100.000 kr. i sagsomkostninger til sagsøgte.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Bo Rasmussen
dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Næstved, den 26. april 2017.

Gitte Lene Pedersen, kontorfuldmægtig