

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

DOM

Afsagt den 10. oktober 2008 af Østre Landsrets 22. afdeling
(landsdommerne Taber Rasmussen, Ulla Langholz og Sanne Bager (kst.)).

22. afd. nr. B-750-06;

A

(advokat Erik Bo Rasmussen, besk.)

mod

Patientskadeankenævnet

(Kammeradvokaten v/advokat Kim Holst)

Under denne sag, der er anlagt den 3. marts 2006, har sagsøgeren, A

nedlagt endelig påstand om principalt, at sagsøgte, Patientskadeankenævnet, tilpligtes at anerkende, at den årløn, der skal anvendes under fastsættelsen af erstatning for erhvervsevnetab efter erstatningsansvarsloven § 7, stk. 2, udgør 330.000,00 kr., og at sagsøgte afgørelse af 13. september 2005 ændres i overensstemmelse hermed, subsidiært at sagsøgte tilpligtes at anerkende, at den årløn, der skal anvendes under fastsættelsen af erstatning for erhvervsevnetab efter erstatningsansvarsloven § 7, stk. 2, udgør et efter retens skøn mindre fastsat beløb end 330.000,00 kr., dog ikke under 250.000,00 kr., og at sagsøgte afgørelse af 13. september 2005 ændres i overensstemmelse hermed.

Patientskadeankenævnet bar påstået frifindelse.

Sagsfremstilling:

Ved brev af 13. september 2005 til A' S

advokat meddelte Pati-

entskadeankenævnet bl.a.:

” ...

Ved Patientforsikringens afgørelse af 27. juni 2001 (...) blev A anset for at være påført en efter patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 4, erstatningsberettigende skade i form af tarmlæsion i forbindelse med behandlingen på hospital den 2. juli 2000. Hun blev tilkendt en foreløbig godtgørelse på 60.000 kr.

Ved Patientforsikringens afgørelse af 21. februar 2002 blev Deres klient tilkendt en foreløbig godtgørelse på 53.125 kr. svarende til en méngrad på 25 %.

Ved Patientskadeankenævnets afgørelse af 22. august 2002 afviste nævnet at behandle en klage over verserende godtgørelses- og erstatningsposter.

Ved Patientforsikringens afgørelse af 22. december 2003 blev Deres klient tilkendt en foreløbig erstatning for tab af erhvervsevne på 300.000 kr.

Ved Patientforsikringens afgørelse af 17. marts 2005 blev stationærtidspunktet fastsat til den 7. august 2002. Erstatningsposten vedrørende helbredelsesudgifter og andet tab blev udskudt til senere behandling. A:

fik afslag på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste. Hun blev tilkendt en yderligere godtgørelse for svie og smerte på 20.000 kr. svarende til en godtgørelse på i alt 50.000 kr. Endvidere blev hun tilkendt en yderligere godtgørelse for varigt mén på 133.000 kr. svarende til en samlet méngrad på i alt 65 % og en godtgørelse på i alt 216.125 kr. Endelig blev Deres klient tilkendt en yderligere erstatning for tab af erhvervsevne på 900.000 kr. svarende til 100 % erhvervsevnetab og en skønsmæssigt fastsat årløn på 200.000 kr. og en samlet erstatning på 1.200.000 kr.

I et brev af 31. marts 2005 har De som advokat for A

påklaget Patientforsikringens afgørelse af 17. marts 2005. De har klaget specifikt over ... Endvidere har De klaget over den skønsmæssigt fastsatte årløn, der efter Deres vurdering bør fastsættes til 238.558 kr.

...

A F G Ø R E L S E:

Patientforsikringens afgørelse af 17. marts 2005 ændres, således at A' S årløn fastsættes til 225.000 kr. svarende til en yderligere erstatning for tab af erhvervsevne på 150.000 kr. med tillæg af renter.

...

Begrundelse for afgørelsen:

Efter patientforsikringslovens § 5, stk. 1, fastsættes erstatning og godtgørelse efter reglerne i erstatningsansvarsloven. Da A's skade er indtrådt den 2. juli 2000, anvendes erstatningsansvarsloven fra 1984.

For så vidt angår den beløbsmæssige opgørelse af Deres krav bemærkes følgende:

Godtgørelse for varigt mén fastsættes efter erstatningsansvarslovens § 4 under hensyn til skadens medicinske art og omfang og de forvoldte ulemper i skadelidtes personlige livsførelse. Méngraden fastsættes efter forholdene på det tidspunkt, hvor skadelidtes helbredstilstand bliver stationær, med 3325 kr. pr. méngrad.

Nævnet kan enstemmigt tiltræde, at Deres klients varige mén som følge af patientskaden er 65 % som fastsat af Patientforsikringen.

Der er herved lagt vægt på, at A har varige gener bestående af korttarmssyndrom og tyndtarmsfistel samt medioinkrævende smerter, således som vurderet af Arbejdsskadestyrelsen i udtalelse af 27. november 2003. Under henvisning til speciallægeerklæring af 13. januar 2005 fra speciallæge i intern medicin og medicinsk gastroenterologi A, kan der efter nævnets vurdering ikke ydes godtgørelse for huddefekten, som ellers anført af Arbejdsskadestyrelsen. Det må således lægges til grund, at denne generelt set er udbedret, hvorfor der ikke er tale om en varig gene, der kan begrunde et varigt mén.

Det bemærkes, at når en patientskade medfører skader på flere af de områder, der er fastlagt satser for i méntabellen, sker der ikke automatisk fuld sammenlægning af de forskellige satser. Den samlede méngrad vil blive fastsat efter et skøn, hvor det samlede funktionsniveau vurderes.

Det tiltrædes herefter, at A er berettiget til en godtgørelse for en méngrad på 65 % med 216.125 kr. med tillæg af renter.

Har en personskade, efter at skadelidtes helbredstilstand er blevet stationær, medført varig nedsættelse af skadelidtes evne til at skaffe sig indtægt ved arbejde, tilkommer der skadelidte erstatning for tab af erhvervsevne, idet der dog ikke ydes erstatning, såfremt erhvervsevnetabet er mindre end 15 %, jf. erstatningsansvarslovens § 5.

Nævnet finder, at Deres klients erhvervsevne som følge af patientskaden er nedsat med 100 % som fastsat af Patientforsikringen.

Der er herved lagt vægt på speciallægeerklæring af 8. april 2002 fra speciallæge i intern medicin og medicinsk gastroenterologi A, Arbejdsskadestyrelsens udtalelse af 27. november 2003 samt de sociale akter fra Odense Kommune. Det må således lægges til grund, at den anerkendte patientskade har forårsaget, at Deres klients erhvervsevne er nedsat til det ubetydelige, og at der ikke er forudbestående lidelser, der i væsentligt omfang har bidraget til førtidspensioneringen, hvorved Deres klient med virkning fra den 1.

marts 2002 er blevet tilkendt højeste førtidspension. Dertil kommer, at A indtil medio 1999 har været fuldtidsbeskæftiget som grafiker, og at det ikke skønnes realistisk, at hun vil kunne varetage en funktion inden for hverken dette eller andre hverv, henset til patientskadens betydelige varige følger.

Årslønnen fastsættes på grundlag af skadelidtes samlede erhvervsindtægt i det år, der går forud for skadens indtræden. I de tilfælde, hvor skadelidtes erhvervsindtægt i året forud for skaden har været atypisk fastsættes årslønnen på grundlag af et skøn.

Et flertal bestående af 6 nævnsmedlemmer stemmer for følgende afgørelse:

Nævnet finder, at Deres klients årsløn fastsættes skønsmæssigt til 225.000 kr. Nævnet har lagt vægt på, at det fremgår af oplysningerne fra skattevæsenet fra 1997 til 1999 at indkomsten var henholdsvis 205.301 kr., 228.805 kr. og 231.590, hvoraf dog kun en del af indtægten ses at hidrøre fra egentligt lønnet arbejde. Endvidere har nævnet lagt vægt på, at hun før graviditet og efterfølgende skade havde tilknytning til arbejdsmarkedet. Det er indgået i nævnets vurdering, at Arbejdsskadestyrelsen ved udtalelse af 27. november 2003 skønsmæssigt har fastsat Deres klients årsløn til mellem 200.000 og 250.000 kr.

Deres klient er derfor berettiget til erstatning for erhvervsevnetab beregnet på grundlag af en årsløn på 225.000 kr. og den ovennævnte erhvervsevnetabsprocent, og denne udgør 1.350.000 kr. Fra dette beløb skal fratrækkes 1.200.000 kr., som hun er tilkendt af Patientforsikringen.

Hun er derfor berettiget til en yderligere erstatning på 150.000 kr. med tillæg af renter.

Et mindretal bestående af 2 nævnsmedlemmer stemmer for følgende afgørelse:

Det må lægges til grund, at patienten som følge af patientskaden nu er uden erhvervsevne, at hun uden patientskaden ikke ville have haft erhvervsmæssige begrænsninger, og at hendes erhvervsevnetab derfor skal kompenseres uden fradrag. Selvom patienten i en årrække ikke havde haft fuldtidsarbejde, men erhvervsarbejde kombineret med dagpenge, skal årslønnen i medfør af erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2, jf. særligt forarbejdene til loven, fastsættes til en normalløn på fuld tid. Når den dokumenterede indtægt i 1998 og 1999 tages i betragtning, findes årslønnen passende at kunne fastsættes til 250.000 kr.

Afgørelsen træffes i overensstemmelse med flertallets afgørelse.

De øvrige godtgørelses- og erstatningsposter tiltrædes enstemmigt med den begrundelse, der er anført af Patientforsikringen.

Sagsfremstilling:

A led oprindeligt af sygdommen Morbus Crohn, hvorfor hun tidligere havde fået fjernet en del af tarmen, men denne sygdom var i ro på behandlingstidspunktet i juli 2000, og hun var velbefindende.

I forbindelse med forløsning af tvillinger ved kejsersnit den 2. juli 2000 opstod tyndtarmsperforation, der medførte en langvarigt og kompliceret behandlingsforløb, der endte ud i blandt andet korttarmsyndrom, fistel og stor abdominal huddefekt.

På skadestidspunktet var A ikke i beskæftigelse, hvorfor hun modtog sociale ydelser. Hun havde tidligere været beskæftiget som grafiker.

Hun blev tilkendt højeste førtidspension med virkning fra den 1. marts 2002, hvilket fortsat er gældende, og sagens sociale akter er nævnet bekendt.

Der foreligger speciallægeerklæring af 8. april 2002 fra speciallæge i intern medicin og medicinsk gastroenterologi A. Af denne fremgår det blandt andet, at hendes nuværende tilstand ikke skyldes Morbus Crohn-lidelsen, og at hendes erhvervsevne er ubetydelig.

Arbejdsskadestyrelsen har den 27. november 2003 afgivet en vejledende udtalelse i medfør af erstatningsansvarslovens § 10. Mængden er vurderet til 75 %, mens erhvervsevnetabet er vurderet til 100 %. Endelig er stationærtidspunktet vurderet til 1. januar 2002.

Ovennævnte speciallæge har den 13. januar 2005 afgivet supplerende speciallægeerklæring. Af denne fremgår det blandt andet, at A er afhængig af daglig væsketilførsel via kateter, og at dette i sig selv medfører risiko for komplikationer."

A havde i årene forud for patientskaden ansættelse i den grafiske virksomhed A/S med kortere perioder med arbejdsløshed og sygdom. Hendes ansættelse ophørte i juli 1999 som følge af, at den funktion, som hun og hendes ca. 14 kollegaer havde udført, blev automatiseret, og de derfor ikke længere kunne beskæftiges i virksomheden. Umiddelbart inden patientskaden var hun på barselsorlov.

Det fremgår af A's årsopgørelser for indkomstårene 1997 - 1999, at hendes personlige indkomst før AM-bidrag for 1997 omfattede lønindkomst med 154.873 kr. og dagpenge med 50.428 kr., for 1998 lønindkomst med 184.404 kr. og dagpenge med 44.401 kr. og for 1999 lønindkomst med 167.517 kr. og dagpenge med 64.073 kr.

Af hendes lønsedler for perioden fra uge 28 i 1998 til uge 28 i 1999 fremgår, at hun i perioden havde en samlet lønindtægt på 280.762,35 kr. Det fremgår endvidere, at hendes

grundløn for 2 uger i størstedelen af perioden androg ca. 10.000 kr., hvortil kom løntillæg af vekslende størrelse op til ca. 4.000 kr.

For ugerne 27 og 28 i 1999 udgjorde lønindtægten for 74 arbejdstimer inkl. tillæg 11.916,95 kr. og inkl. gruppeliv, arbejdsgiverens pensionsbidrag og ATP i alt 12.537,30 kr.

Forklaringer:

A har blandt andet forklaret, at hun blev uddannet som typotekniker i 1990. Da der ikke var arbejde at få inden for faget, blev hun bogbinderassistent. I efteråret 1995 startede hun som afløser hos A/S. Hendes arbejdsopgave bestod i at stå ved en maskine, som lavede tryksager. Hun sorterede tryksagerne og lagde dem på en palle. Arbejdet havde intet med hendes uddannelse at gøre. Det var dog en fordel at have uddannelsen som typotekniker, idet hun hurtigt kunne se på tryksagerne, om farven var i orden. Fra efteråret 1996 blev hun fastansat. Hun arbejdede på treholdsskift i hele ansættelsesperioden. Af og til blev hun sendt hjem på grund af arbejdsmangel, hvilket er en af årsagerne til hendes vekslende timetal. I foråret 1999 blev hun sygemeldt på grund af en arbejdsskade. Da hun forlod virksomheden, var hun ikke gravid. Hun ville gerne tilbage til sit oprindelige arbejdsområde, og hun tog nogle kurser for at opgradere uddannelsen. Mens hun var gravid, fik hun flere gange jobtilbud som bogbinderassistent. Det var hendes tidligere arbejdsgiver, som ønskede hende tilbage, men de var ikke interesseret i at ansætte hende, da hun var gravid. Hun gik på barsel sidst i april 2000.

Procedure:

A har i overensstemmelse med påstandsdokument af 3. januar 2008 til støtte for sin påstand navnlig gjort gældende, at hun uden patientskaden ikke ville have haft erhvervsmæssige begrænsninger, at hun uden patientskaden ville have opnået fuldtidsbeskæftigelse som i 1998 og 1999, og at hendes erhvervsevnetab derfor skal kompenseres uden fradrag. Det er værdien af hendes erhvervsevne på skadestidspunktet, jf. U 2001.2298H, der er afgørende for erstatningsfastsættelsen. Da hendes indtægt på skadestidspunktet (dagpenge ved barsel) og i årene forud for skaden (perioder med dagpenge ved sygdom/ledighed) ikke giver et dækkende billede af værdien af hendes arbejdskraft på skadestidspunktet, skal værdien fastsættes skønsmæssigt efter erstatningsansvarslovens § 7 stk. 2.

Udgangspunktet for dette skøn skal være, at årslønnen fastsættes således, at den er udtryk for værdien af hendes arbejdskraft på skadestidspunktet. Selv om hun i en årrække ikke havde haft fuldtidsarbejde, men erhvervsarbejde kombineret med dagpenge, skal årslønnen - særligt efter forarbejderne til loven - som udgangspunkt fastsættes til en normalløn på fuld tid, da det i disse situationer altid bør være udgangspunktet, at skadelidte ville have opnået tilsvarende arbejde på et senere tidspunkt, hvis ikke skaden var indtrådt. Da hendes funktion imidlertid ophørte på grund af indførelse af ny teknologi, er det ikke muligt at fastsætte en sikker normalløn for det på skadestidspunktet ikke længere eksisterende arbejde. Det tætteste sammenligningsgrundlag i mangel af oplysninger om en sikker normalløn for det pågældende arbejde, er værdien af hendes erhvervsevne i det år, hvor hun senest havde fuldtidsbeskæftigelse i et helt år forud for skadestidspunktet. Det herved opgjorte beløb må lægges til grund som mindsteværdien af den årsløn, der skønsmæssigt skal lægges til grund ved opgørelsen af erhvervsevnetabserstatningen. Den herved opgjorte årsløn baserer sig på indtægtsforhold, der er 1-2 år tilbage i tid i forhold til patientskaden, som indtrådte den 2. juli 2000, og en normalårsløn for det arbejde, hun udførte - hvis det havde været muligt at opgøre en sådan normalårsløn på skadestidspunktet - ville alt andet lige være højere.

Patientskadeankenævnet har i overensstemmelse med påstandsdokument af 7. januar 2008 til støtte for sin påstand navnlig gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilside-sætte nævnets afgørelse af 13. september 2005, og at den ved afgørelsen udmålte erstatning dækker A's erstatningsberettigende tab som følge af den anerkendte patientskade. Hun har derfor ikke krav på yderligere erstatning m.v. Det må ved bevisbedømmelsen tages i betragtning, at nævnet - på grund af sin sammensætning med 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. Der skal derfor være et sikkert grundlag for at tilside-sætte afgørelsen. Det gøres overordnet gældende, at A ikke har ført bevis herfor.

Erstatning og godtgørelse efter patientforsikringsloven skal fastsættes efter reglerne i erstatningsansvarsloven, jf. lovens § 5, stk. 1, idet det bemærkes, at det er den på skadestidspunktet gældende erstatningsansvarslov, der finder anvendelse. Efter den dagældende erstatningsansvarslovs § 7, stk. 1, regnes årslønnen som skadelidtes samlede erhvervsind-

tægter i det år, der går forud for datoen for skadens indtræden. Når særlige indtægts- eller ansættelsesforhold eller andre særlige forhold har gjort sig gældende, fastsættes årslønnen imidlertid efter et skøn, jf. lovens § 7, stk. 2.

Nævnet har med rette skønsmæssigt fastsat A's årsløn til 225.000 kr. Nævnet lagde i den forbindelse vægt på, at hendes personlige indkomst før AM-bidrag og skat i årene 1997-99 var henholdsvis 205.301 kr., 228.805 kr. og 234.590 kr., hvoraf dog kun en del hidrørte fra egentlig lønnet arbejde, og at hun før graviditeten og skaden havde tilknytning til arbejdsmarkedet.

Landsrettens begrundelse og resultat:

Ar var på skadestidspunktet i juli 2000 ikke i beskæftigelse, idet hendes hidtidige ansættelse, som var på fuld tid, var ophørt i juli 1999. I det seneste år inden skadens indtræden var hun arbejdsløs, hvorpå hun blev gravid og gik på barselsorlov. Hendes indkomst dette år bestod derfor udelukkende af dagpenge.

Der er enighed om, at hendes årsløn herefter skal fastsættes skønsmæssigt efter erstatningsansvarslovens § 7, stk. 2.

I sådanne tilfælde, hvor særlige forhold har gjort sig gældende i det seneste år før skaden, som f. eks. arbejdsløshed eller sygdom, skal årslønnen efter forarbejdene til bestemmelsen som udgangspunkt fastsættes til den indtægt, som skadelidte ville have haft, såfremt skadelidte havde haft arbejde hele året. Der skal således ved fastsættelsen af den årsløn, der danner grundlag for opgørelsen af erstatningen for erhvervsevnetab, ses bort fra indtægtsnedgang som følge af arbejdsløsheds-, sygdoms- eller graviditetsperioder.

Ved bedømmelsen af, hvilken arbejdsindkomst hun ville have haft i det seneste år før skaden (1999/2000), hvis hun fortsat havde været i arbejde på fuld tid, må det være retningsgivende, at hun i det forudgående år (1998/99), hvor hun sidst var i beskæftigelse, havde en samlet lønindtægt ved ufaglært arbejde på 280.762,35 kr. - ud fra en grundløn for 2 uger på ca. 10.000 kr. med vekslende tillæg på op til 4.000 kr. for skiftende arbejdstider - foruden dagpenge for enkelte kortere arbejdsløshedsperioder.

På denne baggrund må værdien af A's arbejdskraft på skadetidspunktet skønsmæssigt fastsættes til en årløn, der ikke er lavere end 300.000 kr., og landsretten tager derfor i denne udstrækning A's påstand til følge.

Efter sagens karakter, omfang og forløb fastsættes sagens omkostninger til 40.000 kr., hvoraf udgifter til ekstrakt og materialesamling samt advokatens transportudgifter udgør 3.898,08 kr., mens resten er salær til sagsøgerens advokat.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, skal over for sagsøgeren, A:

anerkende, at den årløn, der skal anvendes ved fastsættelsen af erstatning til hende for erhvervsevnetab efter erstatningsansvarsloven § 7, stk. 2, udgør 300.000 kr., og at sagsøgtes afgørelse af 13. september 2005 ændres i overensstemmelse hermed.

I sagsomkostninger skal Patientskadeankenævnet inden 14 dage betale 40.000 kr. til A

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8a.

(Sign.)

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den 14. oktober 2008

P.j.v.


Louise Møes
overassistent