

RETEN I ESBJERG



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 12. marts 2015 i sag nr. BS 29-1003/2013:

A

mod
Ankenævnet for Patienterstatningen
Finsensvej 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande.

Denne sag, der er anlagt den 9. september 2013, angår spørgsmålet om, hvornår A, der kom til skade ved en trafikulykke den 26. august 2008 og en efterfølgende patientskade, ophørte med at have krav på tabt arbejdsfortjeneste efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1. Sagen drejer sig endvidere om, hvilken årsløn, erstatningen skal beregnes efter, hvis retten finder, at A har krav på tabt arbejdsfortjeneste for perioden efter den 1. juli 2010.

Sagsøgeren, i A har nedlagt følgende endelige påstande:

Principal at sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen (tidligere Patient-skadeankenævnet), skal anerkende, at han er berettiget til yderligere tabt arbejdsfortjeneste med 654.731,07 kr. med tillæg af procesrenter af 471.529 kr. fra den 7. december 2011 og af 183.202,07 kr. fra sagens anlæg.

Subsidiært at Ankenævnet for Patienterstatningen skal anerkende, at sagsøgeren er berettiget til yderligere tabt arbejdsfortjeneste med 452.989,18 kr. med tillæg af procesrenter fra den 7. december 2011.

Den principale påstand er opgjort således:

Mistet indtjening for perioden 1. juli 2010 – 11. juli 2012:
24,33 mdr. á 50.000 kr.

1.215.500,00 kr.

Optjent i henhold til lønsedler:

B juli-november 2010, 5 mdr. á 22.018 kr.	110.090,00 kr.
Ledighedsydelse ml. fleksjob december 2010	14.819,89 kr.
Do. januar-marts 2011, 3 mdr. á 15.101,55 kr.	45.304,65 kr.
B april-okt., 2010, 7 mdr. á 23.228,99 kr.	162.602,93 kr.

Ledighedsydelse ml. fleksjob 1.11-14.11.2011	<u>6.970,00 kr.</u>	-339.787,47 kr.
C, delvis lønperiode uge 45-46/2011	3.919,35 kr.	
C, uge 47/2011 – 44/2012:		
33,4 uger á 37 timer á 135,15 kr.	<u>167.018,37 kr.</u>	
	170.937,72 kr.	
+ 12,5% feriegodtgørelse	21.367,22 kr.	
+ 7,2% SH-godtgørelse	<u>12.307,52 kr.</u>	
Pensionsgrundlag	204.612,46 kr.	
+ 8% arbejdsgiverbetalt pension	<u>16.369,00 kr.</u>	-220.981,46 kr.
I alt		654.731,07 kr.

Den subsidiære påstand er opgjort efter samme princip, men ud fra en mistet indtjening med udgangspunkt i en årsløn på 500.000 kr.

Ankenævnet for Patienterstatningen har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagen er behandlet under medvirken af 3 dommere.

Oplysningerne i sagen.

A var den 26. august 2008 passager i en bil, der forulykkede. Ved ulykken brækkede han højre overarm, og spolebensnerven blev påvirket. A blev opereret to dage senere, hvor der bl.a. blev indsat en rekonstruktionsskinne. Det fremgår af journalnotat af 18. november 2008 fra den opererende læge, at A havde udviklet en komplet nerverelammelse af højre hånd og ikke havde nogen løstefunktion hen over håndleddet. Specielt tommelfingeren var meget dårlig. A fik primo december 2008 foretaget en nerveledningsundersøgelse på Privathospitalet I. Undersøgelsen viste svær læsion af højre spolebensnerve formentlig svarende til frakturstedet. Lægen vurderede, at yderligere bedring var mulig.

A der på ulykkestidspunktet var selvstændig tømrermester, blev sygemeldt efter ulykken og modtog sygedagpenge fra kommunen. Det fremgår af journalnotat fra opfølgningssamtale af 23. december 2008, at han var i færd med at afvikle sin virksomhed, og af notat af 26. januar 2009 at han havde fundet en arbejdsgiver, B i Varde, som gerne ville ansætte ham fuldtid i en stilling med administrative opgaver. A

begyndte den 4. februar 2009 i virksomhedspraktik det pågældende sted. Af journalnotater jobcentret fra henholdsvis marts og april samt maj og juni 2009 fremgår, at han arbejdede gennemsnitlig henholdsvis 20 timer og 20 – 25 timer ugentligt. A blev primo juli 2009 indstillet til fleksjob. Af det kommunale indstillingsnotat fremgår bl.a., at kommunens lægekonsulent vurderede, at A håndfunktion over tid eventuelt kunne forbedres, men aldrig ville blive normal. Arbejdsevnen var nedsat indenfor ethvert erhverv, og der var ikke yderligere hjælpemidler, der kunne

gøre ham i stand til at varetage et fuldtidsarbejde. **A** blev bevilliget fleksjob som kontor- og lagermedhjælper hos **B** med virkning fra 1. august 2009. Det fremgår af bevillingen, at arbejdstiden var på 20 – 25 timer ugentlig, at **A** blev aflønnet for 37 timer med en månedsløn på 21.800 kr., og at kommunen ydede refusion med 50 %.

Codan Forsikring A/S, som havde ansvarsforsikret den bil, **A** var passager i, udbetalte ad flere gange á conto erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Speciallæge i ortopædkirurgi, overlæge **D**, afgav efter anmodning fra forsikringsselskabet erklæring den 27. januar 2010, hvorefter bl.a. fremgår, at der i december 2008 var blevet foretaget en operation med frilægning af spolebensnerven. Der var ingen effekt af indgrebet, og efter at bruddet var endelig helet, var den indsatte skinne blevet fjernet i marts 2009. Ved denne operation fandt man, at nerven var i klemme under skinnen. **A** anvendte ved speciallægeundersøgelsen drophåndsskinne, kunne ikke strække fingrene aktivt og havde stærk nedsat kraft i højre hånd. Speciallægen konkluderede, at bruddet i overarmsknoglen var helet uden fejlstilling, men at **A** havde pådraget sig en læsion af spolebensnerven, som formentlig havde været let påvirket i forbindelse med selve uheldet. Efterfølgende, hvor nerven var kommet i klemme under den indsatte skinne, var læsionen blevet total. I konklusionen står herefter:

”Det kan ikke udelukkes, at generne vil aftage en smule, men i det store hele må nerveskaden betragtes som permanent. Sagen kan afgøres”.

På baggrund af speciallægeerklæringen anmeldte **A** efter aftale med Codan Forsikring nerveskaden til Patientforsikringen som en patientskade.

Codan Forsikring oplyste ved brev af 1. juli 2010, at selskabets lægekonsulent vurderede, at der umiddelbart var uoverensstemmelse mellem vurderingen fra henholdsvis Privathospitalet **I** og overlæge **D** sen, hvorfor selskabet ønskede ny speciallægeundersøgelse. I brevet står endvidere:

”Midlertidig vurdering af erhvervsevnetabet

Ud fra de foreliggende akter og særligt grundlaget for vurderingen af erhvervsevnetabet, har vi skønnet jeres klient har pådraget sig midlertidigt erhvervsevnetab svarende til 35 %.

Ved vurderingen har vi lagt vægt på følgende faktum i forhold til jeres klients erhvervsmæssige situation før og efter skaden 26. august 2008:

Jeres klient var – på skadetidspunktet – selvstændig tømrermester, jvf. de tidligere fremsendte økonomiske oplysninger/regnskaber.

Ifølge de lægelige oplysninger havde jeres klient således ingen forudbestående gener, som havde betydning for erhvervsevnen. Jeres klient var derfor fuld arbejdsdygtig på tidspunktet for skaden.

At jeres klient kom alvorligt til skade ved uheldet 26. august 2008 og derfor har varige følger af dette.

At jeres klient – efter uheldet – trods arbejdsprøvning ikke har formået at arbejde mere end 20 til 25 timer om ugen.

Jeres klient de facto har måttet opgive arbejdet som selvstændig og derfor har måtte afhænde sin virksomhed.

Efter uheldet er jeres klient således tilkendt fleksjob med ugentlig arbejdstid på 20-25 timer.

Trods tilkendt fleksjob ses det dog uafklaret om jeres klients erhvervsevne kan forbedres eventuelt via hjælpemidler.

At det derfor fortsat må anses uafklaret omkring skadelidtes endelige erhvervsevnetab, men dog skønnes at skadelidte har pådraget sig et varigt og ikke ubetydeligt erhvervsevnetab.

Trods jeres klient fortsat ikke er endelig afklaret – jvf. anmodningen om ny speciallægeerklæring – finder vi fornødent grundlag for at vurdere midlertidigt erhvervsevnetab.

Med udgangspunkt i de anførte faktorer herunder jeres klients alder, helbred og uddannelse skønner vi derfor midlertidigt erhvervsevnetab til 35 %.

Vi afregner erstatning for tab af erhvervsevne.

...”.

I brevet redegør selskabet herefter for, hvorledes man har beregnet årslønnen, og oplyser at erstatning for midlertidig tab af erhvervsevne, beregnet til 1.637.239,60 kr. på baggrund af en årsløn på 500.000 kr., vil blive udbetalt.

A's advokat protesterede ved brev af 7. juli 2010 mod, at den midlertidige vurdering af erhvervsevnetabet kunne afbryde kravet på tabt arbejdsfortjeneste.

Codan Forsikring fastholdt ved brev af 22. juli 2010 selskabets afgørelse ved-

rørende procentfastsættelsen, årslønnen og den afbrydende virkning.

Speciallæge i ortopædkirurgi, overlæge. E ; afgav erklæring den 7. december 2010. I erklæringen konkluderes bl.a., at A , tilstand var stationær med et varigt mén svarende til totalt udfald af nervus radialis.

Patientforsikringen anerkendte ved brev af 9. august 2011 nerveskaden som en patientskade og opgjorde sagen for så vidt angår godtgørelse for svie- og smerte samt varigt mén.

A' S advokat opgjorde ved brev af 7. november 2011 et foreløbigt krav på tabt arbejdsfortjeneste for tiden efter 1. juli 2010.

Pr. 15. november 2011 blev A bevilliget nyt flexjob som servicemedarbejder hos en elinstallator. Ifølge kommunens bevilling var arbejdstiden aftalt til 20 timer ugentligt, aflønning svarende til 37 timer og kommunal refusion med 2/3.

Patientforsikringen oplyste ved brev af 9. marts 2012 bl.a., at I A efter Patientforsikringens vurdering alene var berettiget til tabt arbejdsfortjeneste frem til den 1. juli 2010, hvor Codan udbetalte erstatning for foreløbigt erhvervsevnetab på 35 %.

A påklagede afgørelsen til Patientsskadeankenævnet.

Arbejdsskadestyrelsen vurderede ved brev af 11. juli 2012 erhvervsevnetabet til 65 %. Af brevet fremgår bl.a.:

"Begrundelse for erhvervsevnetab

Vi har lagt vægt på sagens lægelige, sociale og økonomiske oplysninger, herunder især:

- Sociale oplysninger fra K Kommune
- Svar på spørgeskema om helbred og arbejde
- Svar på spørgsmål om selvstændig virksomhed
- Regnskaber fra den selvstændige virksomhed
- Oplysninger fra SKAT
- Lægelige oplysninger

Erstatning for tab af erhvervsevne efter erstatningsansvarsloven skal kompensere for den indtægtsnedgang som skyldes skadens følger.

Vi skal vurdere, hvad A i ville kunne tjene hvis skaden ikke var sket og sammenholde det med hans indtægtsmuligheder med skaden.

Der ydes kun erstatning for tab af erhvervsevne, hvis indtægtstab er 15 procent eller derover.

Vi har lagt til grund, at A siden 2003 havde arbejdet på fuld tid i eget tømrerfirma.

Hvis skaden ikke var sket, er det vores vurdering, at det er sandsynligt, at A kunne have fortsat sin selvstændige virksomhed. A havde et resultat før renter forud for ulykken på aktuelt omkring 600.000 kr.

Vi vurderer dog, at det er usikkert om, A's indkomst uden skaden aktuelt ville have været lige så høj som forud for ulykken, da de generelle konjunkturforskel på grund af blandt andet finanskrisen har ændret sig siden 2008.

Vi har ved vurderingen af erhvervsevnen lagt vægt på, at A efter ulykken blev sygemeldt, og han ophørte med eget firma i 2009.

Vi har også lagt vægt på, at A aktuelt arbejder i et fleksjob med skånehensyn 20 timer om ugen som servicemedarbejder. Vi finder dette foreneligt med A's nedsatte funktionsniveau som følge af det højresidige overarmstraume.

Vi vurderer på baggrund af sagens lægelige og sociale oplysninger, at A's erhvervsevne er påvirket af følgerne efter ulykken, herunder de efterfølgende gener som følge af operationen i overarmen.

Vi finder, at A har haft et større økonomisk tab end nedgangen i arbejdstid, som udgangspunkt viser. Årsagen til dette er efter vores vurdering, at han aktuelt arbejder som ufaglært, hvor han tidligere havde en relativ høj indtægt som selvstændig tømrer.

Vi vurderer på baggrund af ovenstående, at de varige følger efter ulykken kan begrunde en erhvervsevnenedsættelse på skønsmæssigt omkring 2/3.

Vi vurderer i forlængelse heraf erhvervsevnetabet som følge af ulykken den 26. august 2008 til skønsmæssigt 65 procent.

..."

Patientforsikringen traf ved brev af 25. januar 2013 og under henvisning til Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse afgørelse om, at A

var berettiget til erstatning for yderligere erhvervsevnetab svarende til et samlet tab på 65 %.

Ved brev af 14. juni 2013 meddelte Patientskadeankenævnet, at nævnet den 13. juni 2013 havde stadfæstet Patientforsikringens afgørelse af 9. marts 2012. Af brevet fremgår:

”...

Begrundelse og resultat

Patientskadeankenævnet kan tiltræde, at der er grundlag for at yde erstatning efter klage- og erstatningslovens § 20, stk. 1, nr. 4, og at A er påført en patientskade i form af nerveskade i højre arm medførende partiel lammelse af radialis nerven på højre side.

Efter klage- og erstatningslovens § 24, stk. 1, fastsættes erstatning og godtgørelse efter reglerne i erstatningsansvarsloven. Nævnet kan til den påankede erstatningspost - tabt arbejdsfortjeneste - bemærke følgende:

Nævnet tiltræder, at A som følge af patientskaden er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for perioden 1. januar 2009 til den 1. juli 2010, jf. erstatningsansvarslovens § 2.

Nævnet har herved lagt vægt på, at sygeperioden frem til den 1. januar 2009 må tilskrives grundsygdommen, idet det normale forløb efter operation for et brud i den nederste tredjedel af overarmen er fire måneder.

For så vidt angår sluttidspunktet for udbetaling af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, henviser nævnet til erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, 2. pkt., hvor det fremgår, at der ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne, såfremt det må antages, at skadelidte vil lide et erhvervsevnetab på 15 % eller mere. Afgørende er, om grundlaget for vurderingen af det midlertidige erhvervsevnetab er forsvarligt.

Det er nævnets vurdering, at Patientforsikringen ved afgørelsen af 9. marts 2012 med rette har lagt vægt på Codans afgørelse af 1. juli 2010, hvor Codan har skønnet og betalt skadelidte erstatning for midlertidigt tab af erhvervsevne svarende til 35 %.

Nævnet har ved vurderingen lagt særlig vægt på, at skaden var næsten 2 år gammel, og at A var ophørt med eget firma i 2009. Derudover har nævnet lagt vægt på, at A fra den 2. juli 2009 blev bevilliget fleksjob, og at han siden 1. august 2009 har været i fleksjob med skånehensyn med en ugentlig arbejdstid på 20-25 timer.

Under henvisning til patientskadens omfang og A gener samt det forhold, at I A i havde været i fleksjob 20-25 timer ugentlig siden den 1. august 2009 finder nævnet, at Patientforsikringen ved afgørelsen den 9. marts 2012 har haft et tilstrækkeligt grundlag for at antage, at A som følge af patientskaden vil lide et varigt erhvervsevnetab på over 15 %.

På denne baggrund finder nævnet også, at Patientforsikringen ved afgørelsen den 9. marts 2012 med rette lagde vægt på, at Codan har udbetalt erstatning for midlertidig erhvervsevnetab, hvorved udbetalingen af tabt arbejdsfortjeneste stopper den 1. juli 2010. Således vurderer nævnet, at der var et forsvarligt grundlag på det tidspunkt til at skønne midlertidigt over erhvervsevnetabet.

...”.

I brevet redegøres herefter for beregning af årslønnen for erstatningsperioden frem til 1. juli 2010.

Arbejdskadestyrelsen har i forbindelse med sagen ved brev af 6. juni 2014 afgivet vejledende udtalelse om erhvervsevnetabet, som det forelå ud fra sagens oplysninger pr. 1. juli 2010. Det fremgår af udtalelsen, at erhvervsevnetabet på dette tidspunkt og grundlag vurderes til 50 %. I brevet står bl.a:

” Begrundelse for erhvervsevnetab

Vi har lagt vægt på de sociale, erhvervsmæssige og økonomiske oplysninger i sagen frem til datoen den 1. juli 2010, herunder især oplysninger fra:

- Årsopgørelser for 2005, 2006, 2007, 2008 og 2009 fra SKAT,
- sagsakter fra Jobcenter K Kommune,
- funktionsbeskrivelser ud fra sagens lægelige oplysninger,
- årsregnskab for indkomståret 2005, 2006, 2007 og 2008,
- oplysninger fra A og sagens parter.

Vi har ved vores vurdering lagt til grund, at A ifølge de foreliggende lægelige oplysninger, ikke havde nogen forudbestående gener, som havde betydning for hans erhvervsevne. A var således fuld arbejdsdygtig på tidspunktet for skadens indtræden den 26. august 2008.

Vi har ved vores vurdering taget udgangspunkt i virksomhedens resultat efter afskrivninger, og herefter lagt disse til grund ved indkomsten i .

A virksomhed. Det er vores vurdering på baggrund af sagens oplysninger i form af regnskaber for årene 2005-2008, at her er tale om en mindre virksomhed med en vis grad af vekslende indkomst, men at indkomsten dog generelt set ser stabil ud.

Vi har lagt til grund, at A i sin virksomhed i året forud for skaden (2007) havde en indtægt på omkring 467.000 kr. (resultat før renter), og en gennemsnitlig indtægt i virksomheden for årene 2005-2007 på omkring 519.000 kr.

Vi skønner, at A i under hensyn til de generelle konjunkturforskel, herunder navnlig finanskrisen, som udgangspunkt ville haft et forventet lønniveau på mellem 400.000-500.000 kr. såfremt skaden ikke var indtruffet.

Vi har endvidere ved vores vurdering lagt til grund, at A sen ved skaden den 26. august 2006 pådrog sig et brud på den højre overarm med efterfølgende nerveskade og funktionsindskrænkninger i form af en højresidig drophånd med næsten ophævet følesans.

Vi har ved vores vurdering lagt vægt på, at A efter skaden har måtte opgive sit arbejdet som selvstændig tømrer som følge af skadens gener med nerveskade og funktions-indskrænkninger i den højre arm og hånd.

Resultatet af det kommunale arbejdsprøvningsforløb fra februar 2009 til maj 2009 har vist, at A i denne periode ikke har formået et arbejdsmæssigt funktionsniveau på mere end omkring 20 - 25 timer om ugen grundet skadens følger, og han er med virkning fra 2. juli 2009 er bevilliget fleksjob med 1/2 tilskud.

Vi skønner, at A erhvervsmæssige situation på det pr. 1. juli 2010 foreliggende oplysningsgrundlag er behæftet med en vis usikkerhed i forhold til den fortsatte prognose over hans fremtidige erhvervsmæssige situation. Vi har her lagt vægt på, at der alene er foretaget arbejdsprøvning i en forholdsvis begrænset periode fra den 4. februar 2009 til den 29. maj 2009, svarende til omkring 3 mdr., inden for et enkelt arbejdsområde med mulighed for relevante skånehensyn.

Vi vurderer dog, at det i sagen foreliggende resultatet af det kommunale arbejdsprøvningsforløb med 20-25 timer om ugen og skånehensyn, samlet set udgør et retvisende billede af A arbejdsmæssige funktionsniveau med skadens omfang og følger som det forelå på tidspunktet den 1. juli 2010 med de i sagen akter.

Det er vores vurdering, at A på baggrund af hans alder, uddannelse, skadens helbredsmæssige følger og resultatet af det kom-

munale arbejdsprøvningsforløb, har pådraget sig et ikke ubetydeligt erhvervsevnetab på skønsmæssigt omkring 1/3 af hans erhvervsevne forud for skadens indtræden.

Vi finder det usikkert, om I A med skadens følger, set i et varigt og fremtidigt perspektiv, vil kunne udnytte sin arbejdsmæssige funktion inden for hans hidtidige fagområde som tømrer, under hensyn områdets fysiske belastninger og funktioner. Vi har her lagt vægt på, at det i kommunalt regi er vurderet, at anden uddannelse ikke er relevant, at arbejdsvejen er betydeligt og varigt nedsat indenfor ethvert erhverv, at bestridelse af et job på ordinær vilkår ikke er muligt og, at der fra kommunens side ikke kan peges på behandlings- eller revalideringstiltag med henblik på at bedre arbejdsvejen.

Vi har desuden ved vores vurdering af erhvervsevnetabet lagt vægt på den omstændighed, at I A på tidspunktet for skadens indtræden havde et årligt indtægtsniveau som selvstændig erhvervsdrivende på omkring 500.000 kr., og at han efter skadens følger er tilkendt fleksjob på omkring 20-25 timer om ugen med en lønindtægt på det ordinære arbejdsmarked, som efter vores vurdering med en vis sandsynlighed må forventes, at ligge betydelig lavere end A ; indtægtsniveau forud for skadens indtræden.

På baggrund af ovenstående og sagens foreliggende oplysninger pr. 1. juli 2010, er det vores vurdering, at A som følge af skaden den 26. august 2008 har mistet skønsmæssigt omkring 1/2 af sin erhvervsevne forud for skadens indtræden.

I forlængelse heraf har vi under forudsætning af sagens oplysninger på tidspunktet den 1. juli 2010, fastsat erhvervsevnetabet som følge af skaden den 26. august 2008 til skønsmæssigt 50 procent.

Det bemærkes, at Arbejdsskadestyrelsen på et senere tidspunkt i sagen har truffet en anden vurdering af erhvervsevnetabet end ovenstående på baggrund af andre oplysninger.

..."

A's advokat anmodede Arbejdsskadestyrelsen om at revurdere udtalelsen og præcisere, hvorfor der var forskel på de to vurderinger.

Arbejdsskadestyrelsen svarede ved brev af 18. juni 2014, hvori der bl.a. står:

"Vedrørende erhvervsevnetabet

Vi er i aktuelle sag (06-sagen) anmodet om ikke at orientere os i den

forudgående sag (03-sagen), da spørgsmålet angår et tidspunkt, der ligger før styrelsens udtalelse i tid, hvorfor vi ved vores aktuelle vejledende udtalelse af 6. juni 2014 alene har lagt vægt på de af sagens parter fremsendte akter i 06-sagen, hvilket er nærmere angivet ved anmodningsbrevet af 13. november 2013. Vi har således ikke ved aktuelle vurdering orientere os i andre forudgående sager.

Hvad angår vores vurdering af erhvervsevnetabet, har sagen været forelagt et fagligt forum, hvor sagen og dine bemærkninger er blevet drøftet af flere sagsbehandlere.

Vi har ved vores vurdering af erhvervsevnetabet lagt vægt på, at **A** som følge af aktuelle skade har gener med nerveskade i højre arm og funktionsbegrænsninger i form af en højresidig drophånd med nærmest ophævet følesans, samt han i perioden forud for skaden oppebar et indtægtsniveau på omkring 519.000 kr. og han ved de i sagen foreliggende arbejdsprøvnings har været i stand til at arbejde omkring 20-25 timer om ugen med skånehensyn og nedsat tid.

Vi skønner, at **A** på det ordinære arbejdsmarked med skadens omfang og følger, og resultatet af det i sagen foreliggende arbejdsmæssige funktionsniveau, burde kunne tjene skønsmæssigt omkring halvdelen af hvad han kunne forud for skadens indtræden.

Der er herefter forsat vores vurdering, at erhvervsevnetabet under forudsætning af de foreliggende fremsendte oplysninger i sagen er skønsmæssigt 50 procent.

Vi fastholder på den baggrund vores vejledende udtalelse af 6. juni 2014 med et erhvervsevnetab på skønsmæssigt 50 procent.

..."

Forklaringer.

A har forklaret blandt andet, at han den 26. august 2008 kørte med en kollega. De kørte galt og endte i grøften. De skulle hurtigt ud af bilen, og han kunne mærke, at det var som om armen ikke hang fast. Han troede, at der var tale om en almindelig brækket arm. Efter operationen var hans højre hånd en drophånd. Hånden hang, og han kunne ikke bevæge fingrene. Lægen sagde, at det var på grund af operationen, men at det ville fortage sig, så han efter 12 uger ville slå søm i igen. Han meddelte sin bank, at han ikke ville have nogen indtægt de næste 3 måneder. Den 18. november 2008 var han til kontrol på **K** Sygehus, hvor han forlangte at få lavet en nerveledningstest. I starten af december 2008 fik han lavet en såkaldt emg-undersøgelse på **I**. Håndkirurgen dér gav ham den besked, at han aldrig ville komme til at slå søm i igen. Kirurgen sagde, at der kun var én chan-

ce for, at det blev bedre, hvilket krævede en operation. Han blev opereret på I den 22. december 2008. Efter operationen sagde lægen til ham, at nerven lå under skinnen, og at han skulle lukke sit firma.

I januar 2009 talte han med B som gerne ville tage ham i jobprøvning som værkfører. Han ringede til K Kommune og sagde, at han havde fundet et job. Hos B arbejdede han på kontoret med fordeling af arbejdsopgaver til medarbejderne og med forsikringssager, ligesom han sørgede for, at firmaet havde de fornødne reservedele på lager.

Han lærte sig at skrive med venstre hånd. Efter han fik skinnen af, begyndte der langsomt at ske noget med de fire fingre. Han begyndte at kunne bevæge dem. Han kan særligt som følge af tommelfingeren ikke holde fast i noget med højre hånd. Han har tabt utallige ting. Han skal se på hånden samtidigt med, at han holder noget med den. Han er ved at få problemer med venstre skulder, fordi han skal lave alting med venstre hånd og arm. Han har siden ulykken haft konstante smerter. Hvis han laver for meget, forværres smerterne.

Han har været rejsemontør og tømrer i 12 år. Han monterede butikker for F G og H. Han havde opgaver i hele Nordeuropa. Det var navnlig tøjbutikker, og han monterede gulv, lys, inventar osv. I november-december arbejdede han typisk med etablering af messer. Han havde en samarbejdspartner - ham, han kørte med, da de kørte galt - og de hjalp hinanden med arbejdsopgaverne. Han havde mindre tilbygningsopgaver ved siden af butiksopgaverne. Projektet på S var en tilbygning på et stort hus. Han havde en meget bred kontaktflade og et stort kundegrundlag og lavede forskellige opgaver for de samme kunder.

2008 var økonomisk et fornuftigt år. Resten af året var booket op med arbejdsopgaver, og det samme var foråret og sommeren 2009.

Han er ordblind. Da K Kommune testede ham, blev han erklæret svært ordblind. Efter ulykken var det derfor ikke en mulighed at læse videre. Han fik en ordbog lagt ind på sin computer hos B

Hos B arbejdede han 20-25 timer pr. uge. Han kunne godt tage en time ekstra én dag f.eks. for at blive færdig med en opgave. Så arbejdede han en time mindre en anden dag. Hvis det var fysisk arbejde, fik han smerter i armen. Hvis han arbejdede ekstra én dag, havde han smerter dagen efter. Han havde brug for en lift, der var plan med gulvet, således at han kunne køre en motorcykel, der skulle undersøges i forbindelse med en forsikringskasse, ind på liften. Den lift, som B havde, kunne ikke sænkes lavere end 10 cm over gulvet, og han kunne ikke med én hånd køre motorcyklen op på den. K Kommune har givet ham en hurtig og venlig behandling med hensyn til hjælpemidler. Han fik, hvad han bad om.

I november 2011 blev han ansat i fleksjob hos C. Han ved ikke, hvorfor kommunens løntilskud blev ændret til 2/3. Han arbejder på lageret blandt andet med at sørge for at lægge materialer, der ikke er blevet brugt til en arbejdsopgave, tilbage på plads. Derudover kører han bilerne til service og holder dem rene. Han har også noget kontorarbejde. Han tilrettelægger selv sin dag. Han har de hjælpemidler, som han skal bruge. Han kan på nuværende tidspunkt ikke klare mere end 20 timer pr. uge, og det kan endda knibe nogen dage.

Parternes synspunkter.

1. A har i korrigeret påstandsdokument af 12. januar 2015 anført følgende:

”Tvistpunktet i denne sag er periodiseringen af tabt arbejdsfortjeneste og navnlig spørgsmålet om, hvorvidt en midlertidig vurdering af sagsøgers erhvervsevnetab foretaget af Codan i juli 2010 beror på et korrekt skøn og dermed har afbrydende virkning for kravet på tabt arbejdsfortjeneste.

Til støtte for den nedlagte påstand gøres følgende gældende:

Efter erstatningsansvarslovens § 2 stk. 1 skal der - når det antages at skadelidte vil lide et varigt erhvervsevnetab - ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne.

Formålet med denne bestemmelse var blandt andet at sikre, at den skadelidte, hvor der var et varigt erhvervsevnetab, skulle have tabt arbejdsfortjeneste frem til det tidspunkt, hvor man havde det fornødne grundlag til at vurdere erhvervsevnetabet og udbetale erstatning i henhold hertil.

Det er afgørende, at der i forbindelse med den midlertidige vurdering foretages et korrekt skøn jævnfør U.2014.184H.

Det skøn, der foretages af Codan den 1. juli 2010 er ikke korrekt. Når man ser på de faktiske forhold i sagen er det helt åbentbart at sagsøgers erhvervsevnetab er højere end 35% og Arbejdsskadestyrelsen vurderer således også den 11. juli 2012 - at sagsøgers erhvervsevnetab udgør 65%.

Da Codan kommer med sin midlertidige vurdering af sagsøgers erhvervsevnetab, er sagsøger fuldt afklaret i det kommunale system og tilkendt fleksjob hos B fra den 1. august 2009.

Der skulle således ikke have været lavet en midlertidig vurdering i juli 2010 - men en endelig vurdering af sagsøgers erhvervsevnetab.

I fleksjobbet arbejdede sagsøger 20-25 timer om ugen som kontor— og lagermedhjælper med en løn på kr. 21.800 per måned svarende til en 37 timers stilling. Kommunen ydede arbejdsgiveren et tilskud på 50%.

Man skal ved fastsættelse af erhvervsevnetabet se bort fra det tilskud, der ydes fra det offentlige og vurdere, hvad den skadelidte kunne oppebære i løn på arbejdsmarkedet, hvis muligheden for fleksjob ikke forelå jævnfør U 2003.162H.

Den løn skal sammenholdes med lønnen forud for ulykken, hvor sagsøger var selvstændig tømrer og virksomhedens resultat før renter udgjorde i 2007 kr. 467.000 og i 2006 kr. 634.000.

Codans midlertidige vurdering af sagsøgers erhvervsevnetab bringer ikke retten til tabt arbejdsfortjeneste til ophør, idet Codan ikke har vurderet erhvervsevnetabet i overensstemmelse med reglerne i Erstatningsansvarslovens § 5, herunder lovens forarbejder.”

Ankenævnet for Patienterstatningen har i påstandsdokument af 19. december 2014 anført følgende:

”Til støtte for frifindelsespåstanden gøres det gældende, at sagsøger ikke har tilvejebragt grundlag for at tilsidesætte Patientskadeankenævnets afgørelse af 14. juni 2013. Patientskadeankenævnet tiltrådte i afgørelsen, at sagsøgeren ikke var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste efter den 1. juli 2010, som var den dato, hvor Codan foretog en midlertidig vurdering af sagsøgerens erhvervsevnetab. Nævnet tiltrådte endvidere, at den forventede årsindtægt skønsmæssigt ville have været kr. 500.000,-.

Perioden for tabt arbejdsfortjeneste

Erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ydes indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne, hvis det må antages, at skadelidte vil lide et erhvervsevnetab på 15 pct. eller derover, jf. erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1.

En skadevolder/ et forsikringsselskab el. lign., der er af den opfattelse, at der er skabt et grundlag for midlertidigt at skønne

over skadelidtes fremtidige erhvervsevnetab, og derfor ikke længere mener sig forpligtet til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, må enten selv udøve et rimeligt skøn og udbetale erstatning for erhvervsevnetab i forhold hertil, eller anmode Arbejdsskadestyrelsen om en udtalelse herom, jf. UfR 2008 side 1386 H.

Det gøres overordnet gældende, at sagsøgers ret til tabt arbejdsfortjeneste blev bragt til ophør ved Codans midlertidige vurdering den 1. juli 2010, hvorefter sagsøgerens erhvervsevnetab var 35 %.

Parterne er enige om, at der på tidspunktet for Codans midlertidige vurdering var et forsvarligt grundlag for midlertidigt at skønne over sagsøgers fremtidige erhvervsevne. Parterne er derimod uenige om, hvorvidt skønnet er rimeligt.

Arbejdsskadestyrelsen har den 6. juni 2014 afgivet en vejledende udtalelse (bilag 33) efter erstatningsansvarsloven § 10 om sagsøgerens erhvervsevnetab på baggrund af de akter, der forelå i sagen på tidspunktet for Codans midlertidige vurdering af erhvervsevnetabet. Arbejdsskadestyrelsen vurderede skønsmæssigt sagsøgerens erhvervsevnetab til 50 %.

Sagen angår derfor spørgsmålet om, hvorvidt det af Codan udøvede skøn var rimeligt, henset til at Arbejdsskadestyrelsen på det samme grundlag skønnede at sagsøgers erhvervsevnetab var 15 % højere, end det skøn Codan nåede frem til.

Det gøres gældende, at det af Codan udøvede skøn var rimeligt.

Det afgørende er, om sagsøgers øjeblikkelige tab af erhvervsevne på tidspunktet for den midlertidige vurdering må antages at have været højere end 35 %. Det afgørende er, hvad det måtte forventes, at den fremtidige erhvervsevne ville være. Der er overladt den betalende en skønsmargin, idet der ikke tilbagesøges beløb, der er betalt, hvis der er betalt for en for højt sat erhvervsevnetabsprocent, jfr. erstatningsansvarsloven § 16, stk. 1, sidste pkt.. Erstatningen skal anses for at være en á conto-udbetaling af den endelige erstatning og ikke en erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. punkt 4.1.1. i de generelle bemærkninger i forarbejderne til lov nr. 463 af 6. juli 2001.

...

For så vidt angår Patientskadeankenævnet fremgår det af afgørelsen af 14. juni 2013 (bilag 27), at Patientskadeankenævnet udtrykkeligt forholdt sig til de elementer, der indgik i Codans vurdering. Patientskadeankenævnet har derfor foretaget en selvstæn-

dig vurdering af, om der var grundlag for at stoppe udbetalingen af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

...

Den mistede indtjening

Det gøres gældende, at sagsøger ikke har dokumenteret, at han ville have tjent mere end de skønsmæssigt kr. 500.000,- om året, som Patientskadeankenævnet har lagt til grund ved sin opgørelse.

Sagsøger havde i året inden skaden et resultat på kr. 467.000,- før renter. Den gennemsnitlige indtægt for årene 2005-2007 var kr. 519.000,-. Henset til de generelle konjunkturforskel som følge af navnlig finanskrisen har sagsøger ikke godtgjort, at han ville have tjent kr. 600.000,- om året, hvis ikke skaden var sket.

Af Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse af 6. juni 2014 (bilag 33) fremgår tværtimod, at sagsøgeren under hensyn til de generelle konjunkturforskel, herunder navnlig finanskrisen, som udgangspunkt ville have haft et forventet lønniveau på mellem kr. 400.000-500.000 såfremt skaden ikke var indtruffet.

...

Sagsomkostninger

Der henvises til omfanget af skriftvekslingen, samt forelæggelsen for Arbejdsskadestyrelsen. Der henvises endvidere til, at sagen frembyder særligt vanskelige retlige og bevismæssige spørgsmål, og at den derfor behandles med deltagelse af 3 dommere, jf. retsplejelovens § 12, stk. 3. nr. 3."

Parterne har i det væsentligste procederet i overensstemmelse hermed.

Rettens begrundelse og afgørelse.

Efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, skal der, når det må antages, at skadelidte vil lide et varigt erhvervsevnetab, ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne.

Som anført i Højesterets dom gengivet i U2008.1386 følger det endvidere af erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, § 5, stk. 2, og § 10, stk. 1, og § 16, stk. 1, at en skadevolder eller dennes forsikringsselskab, der er af den opfattelse, at der er skabt grundlag for - eventuelt midlertidigt - at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevnetab, og derfor ikke længere mener sig forpligtet til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, enten selv må udøve et rimeligt skøn og udbetale erhvervsevnetabserstatning i forhold hertil eller anmode Arbejdsskadestyrelsen om en udtalelse om erhvervsevnetabsprocenten. Som videre anført i dommen vedvarer forpligtelsen til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, indtil Arbejdsskadestyrelsens udtalelse foreligger,

medmindre skadevolder eller forsikringsselskabet forinden på forsvarligt grundlag har foretaget et rimeligt skøn over erhvervsevnetabet og udbetalt erstatning for erhvervsevnetabet i forhold hertil.

Codan Forsikring foretog den 1. juli 2010 et midlertidigt skøn over erhvervsevnetabet og udbetalte erstatning for erhvervsevnetabet i forhold hertil. Det er ubestridt, at der på daværende tidspunkt forelå et forsvarligt grundlag for at skønne over A's fremtidige erhvervsevne. A har gjort gældende, at der ikke burde være foretaget et midlertidigt skøn, men et endeligt skøn, og at det udøvede skøn er urimeligt, hvorfor udbetalingen af midlertidig erhvervsevnetaberstatning ikke har afbrudt retten til tabt arbejdsfortjeneste. Arbejdsskadestyrelsen har i deres udtalelse af 6. juni 2014, hvilken udtalelse er baseret på de akter, der forelå i sagen den 1. juli 2010 vurderet, at A's erhvervsmæssige situation var behæftet med en vis usikkerhed. Arbejdsskadestyrelsen har lagt vægt på, at der alene var foretaget en arbejdsprøvning i en forholdsvis begrænset periode og inden for et enkelt arbejdsområde.

På baggrund af de foreliggende lægelige oplysninger og kommunale sagsakter på tidspunktet for Codan Forsikrings udøvelse af skønnet sammenholdt med, at der er overladt forsikringsselskabet en vis skønsmargin, finder retten efter en samlet vurdering, at forsikringsselskabet har været berettiget til alene at foretage et midlertidigt skøn, ligesom det foretagne skøn over erhvervsevnetabet var rimeligt.

Ankenævnet for Patienterstatningens påstand tages derfor til følge.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal A betale sagsomkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen med 75.000 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand.

Beløbet til dækning af advokatbistand er inkl. moms, da Ankenævnet for Patienterstatningen ikke er momsregistreret. Retten har ved fastsættelsen af beløbet lagt vægt på sagens økonomiske værdi og omfang. Retten har endvidere lagt vægt på, at A først ved hovedforhandlingens indledning nedsatte sin påstand.

Thi kendes for ret

Sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, frifindes.

Sagsøgeren, A skal betale sagens omkostninger til Ankenævnet for Patienterstatningen med 75.000 kr.

De idømte sagsomkostninger skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Henrik Tosti
dommer

Lisbeth Christensen
dommer

Aage Flebo
dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Esbjerg, den 13. marts 2015.

Karen Petersen, kontorfuldmægtig