751/06

Den 26. juni 2006 blev i sag nr. 67.306:

xxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxx xxx xx
xxxx xxxxxxx

mod

Codan Forsikring A/S
Gl. Kongevej 60
1790 København V

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har sygedriftstabsforsikring i Codan Forsikring A/S, klager ved sin advokat over selskabets opgørelse af driftstab i forbindelse med anmeldt sygdom.

Tvisten vedrører, hvilken forudgående omsætning der skal lægges til grund for erstatningsopgørelsen. Selskabet har endvidere nedlagt påstand om, at sagen afvises med henvisning til, at der er tale om et forsikringsforhold af erhvervsmæssig karakter.

Det fremgår af sagen, at klageren, der er læge, den 16/5 2004 udfyldte og underskrev anmeldelse af sygdom. Af anmeldelsen fremgår, at han på grund af et bristet ledbånd og slidgigt i venstre ankelled måtte sygemelde sig fra den 26/5 2004, og at han forventede at genoptage arbejdet delvist 7/6 2004, og at genoptage arbejdet fuldstændigt den 1/8 2004.

Selskabet anerkendte ved skrivelse af 26/5 2004 erstatningspligten og tilkendegav samtidig, at endelig opgørelse af erstatningen måtte afvente klagerens raskmelding.

Klageren blev raskmeldt 2/8 2004. Klageren revisor udfyldte herefter den 15/9 2004 et skema til opgørelse af driftstab, hvor tabet var opgjort til 115.000 kr. Tabet var opgjort som differencen mellem en forventet omsætning på 172.000 kr. i perioden 27/5 - 2/8

2004 og en faktisk indtjening på 57.000 kr. Dertil kom honorar til revisoren på 1.250 kr. for at udarbejde opgørelsen.

Ved skrivelse af 29/10 2004 opgjorde det indklagede selskab tabet således:

"Af regnskabet fremgår det, at vareforbruget er på 10.991 x 100 / 896.981 kr. = 1,22 % af omsætningen.

Desuden bemærker vi, at der har været vigende indtjening igennem flere år, hvorfor vi sætter samme periode sidste år, som forventet omsætning.

Når vi gennemgår oplysningerne får vi følgende opgørelse af driftstabet:

Omsætning:	2003	2004	
27. maj - 1. juni	9.000	179	= 8.821 kr.
1. juni - 31. juli	111.281	64.216	= 47.065 kr.
1. august	0	350	= 350 kr.
Nedgang i omsætn.	120.281	64.745	= 55.536 kr.

Sparede omk. til vareforbrug 1.22 % af 55.536 kr.	678 kr.
	54.858 kr.
Revisor honorar	1.250 kr.
Driftstabsbeløb	56.108 kr."

Klagerens revisor svarede selskabet ved skrivelse af 3/11 2004:

"Vi har modtaget jeres tilbud på erstatning for min ovennævnte kunde. Jeres opgørelse er baseret på en periode for 2003, hvor SH har haft 3 ugers ferie.

Vi mener ikke, det er korrekt, idet han ikke har kunnet holde ferie i samme periode i 2004. Min opgørelse er baseret på en periode i 2003, hvor der er normal omsætning. Vi må derfor fastholde, at vores første opgørelse er korrekt."

Klagerens revisor henledte ved skrivelse ad 21/12 2004 selskabets opmærksomhed på Højesterets dom af 3/6 2004. Klageren anførte ved skrivelse af 1/12 2004, at der for selvstændigt erhvervsdrivende ikke kan tales om "typiske sommerferieperioder".

Selskabet fastholdt i forbindelse med yderligere korrespondance sin stilling, idet selskabet bl.a. i skrivelse af 13/1 2005 anførte:

> "Denne forsikring dækker den **forventede** omsætning i sygeperioden. Det er fast praksis at basere forventet omsætning på den konstaterede omsætning i samme periode året før, uanset om der er afviklet ferie i perioden.
>
> Denne praksis bygger på den antagelse, at skadelidte ville have afholdt ferie, såfremt han ikke var blevet syg.
>
> Vi er naturligvis enige i, at man ikke kan afvikle ferie, medens man er syg.
>
> Hvis H.H.-S. kan dokumentere, at han havde planlagt ferie uden for sygeperioden, vil vi naturligvis korrigere for det."

Klageren svarede ved skrivelse af 25/1 2005 til selskabet bl.a.:

> "Det siger da sig selv, at jeg venter med at planlægge ferie, indtil forløbet har vist om jeg er i stand til at afholde den. Faktisk havde jeg reserveret hotel i Alsace i efterårsferien, men valgte at aflyse, da jeg på grund af smerter ikke ville være i stand til at klare bilturen. Det er muligt at man med stort besvær kan fremskaffe papirer på reservationen, men med det ovenfor beskrevne sygdomsforløb i erindring, finder jeg det absolut irrelevant."

Ved skrivelse af 28/1 2005 svarede selskabet klageren således:

> "Af dit brev fremgår det, at du bestilte ferie, efter det viste sig du skulle opereres/sygemeldes.
>
> Dette mener vi stadigvæk bryder med princippet om, at du skal stilles som om, du ikke har været sygemeldt.
>
> Vi er dog villige til at give dig et tilbud om et kompromis, hvor opgørelsen ikke er baseret på året inden, hvor du har ferie, men på perioden op til din sygemelding, 1. januar 2004 til 31. maj 2004.

4. 67.306

Omsætningen i perioden 1. januar 2004 til 31. maj 2004 udgør 342.834 kr.
Dette giver en månedsomsætning på 68.567 kr.
Du er sygemeldt svarende til 2 måneder, hvilket giver 68.567 kr. x 2 = 137.134 kr.
Herfra skal trækkes den konstaterede omsætning på 64.745 kr.
Dette giver en nedgang i omsætningen på 72.389 kr.
Herfra skal trækkes sparede omkostninger til vareforbrug, 1,22 % af 72.389 kr. = 883 kr.
Med ovenstående opgørelsesmetode giver det et driftstab på 71.506 kr.
Inklusive revisorhonorar på 1.250 kr. giver det 72.726 kr.
Da der tidligere er blevet udbetalt 56.108 kr., lyder vores tilbud på yderligere 16.648 kr.
Tilbudet er til fuld og endelig afgørelse af sagen.
Pengene vil blive udbetalt når du accepterer vores tilbud.
Tilbudet bortfalder ved udgangen af februar 2005."

Klageren antog herefter advokat, som ved skrivelse af 4/4 2005 bl.a. anførte:

"I Deres tilbud af den 28. januar 2005 anfører De, at De er indstillet på at give tilbud om et kompromis, hvor opgørelsen ikke er baseret på året inden, hvor min klient har ferie, men i perioden op til min klients sygemelding den 1. januar 2004 til den 31. maj 2004.

Netop i perioden januar-februar måned, har min klient ikke haft så meget at lave, da patienterne har brugt pengene på udsalg.

…

Jeg skal på vegne af min klient i stedet for foreslå, at omsætningen i måneden umiddelbart før min klients afholdelse af ferie 2003 og efter min klients afholdelse af ferie 2003, anvendes som udgangspunkt for beregning for driftstabet."

Selskabet svarede ved skrivelse af 30/5 2005 til klagerens advokat:

"Af dit brev fremgår det, at du ikke accepterer vores tilbud af 28. januar 2005.

Derfor bortfalder det, og vi fastholder vores afgørelse af 29. oktober 2004."

Klageren har over for nævnet gjort gældende, at selskabet skal anerkende den erstatningsopgørelse, som klagerens revisor har udarbejdet. Advokaten har i skrivelse af 4/7 2005 anført:

"Min klient gør gældende, at Codan ikke er berettiget til at antage, at min klient ville have afholdt ferie i år 2004 inden for den periode, han nu var sygemeldt i. Til støtte herfor vil jeg anføre, at det fremgår af materialet, at min klient grundet stærke gener efter operationen på ingen måde kunne holde ferie i perioden og således ikke have haft nogen mulighed for at begrænse sit tab."

Advokaten har i skrivelse af 28/9 2005 endvidere anført:

"Igen vil jeg pointere, at der inden for min klients arbejdsområde ikke foreligger nogen praksis for, hvornår man 'typisk' afholder sommerferie. Der foreligger således ingen årelang praksis. Man kan således ikke blot lægge til grund, at min klient ville have afholdt ferie i 2004 på samme tidspunkt, som han gjorde i 2003. Dette også henset til, at min klient i år 2003 og tidligere havde en kompagnon, hvorfor de naturligvis skulle dele arbejdet gennem hele året imellem sig og således ikke afhold ferie samtidig.

Supplerende skal det oplyses, at min klients kompagnon gik på pension fra den 1. april 2004, hvorfor min klient derefter har været selv. Dette er yderligere indikation for, at min klient ikke bare ville eller kunne lukke ned i nogen periode så kort tid efter, at han blev alene om arbejdet.

Codan lægger meget vægt på, at man skal se på virksomhedens indtægtsnedgang og ikke kun min klients indtægtsnedgang. Til det skal jeg igen anføre, at min klient fra den 1. april 2004 altså var selv i virksomheden, hvorfor virksomhedens nedgang i indtægt er det samme som min klients indtægtsnedgang.

På den baggrund mener jeg fortsat, at tabet skal opgøres som tidligere anført - nemlig ved at man lægger indtægten året før til grund for perioden, der ikke var feriebe-

lastet, idet min klient altså ikke havde mulighed for at afholde ferie på samme tidspunkt i år 2004 som i år 2003.

Jeg finder det klart dokumenteret, idet han var sygemeldt gennem længere tid, skulle påregne smerter og gå med gips, hvorfor man naturligvis ikke afholder ferie i den periode. Han havde endvidere ingen indflydelse på hvornår operationsdatoen var, idet operationen foregik på et offentligt hospital (F. Hospital), hvor han måtte tage den anviste tid. Pointen i sagen er derfor,

at min klient økonomisk skal stilles som hvis sygdommen ikke havde fundet sted,

at der ikke foreligger nogen typisk periode for afholdelse af sommerferie for min klient,

at andet ikke er dokumenteret af Codan,

at der ikke er nogen formodningsregel for, at alle afholder ferie indenfor den af Codan omtalte periode,

at man således ikke berettiget kan lægge til grund, at han som mange andre - men ikke alle - ville have afholdt ferie inden for den 9 ugers periode, hvor han gik med gips,

at idet min klient var selv i virksomheden fra den 1. april 2004, er virksomhedens indtægtsnedgang det samme som min klients indtægtsnedgang.

For så vidt angår Codans bemærkning om, at sagen bør afvises vil jeg oplyse, at selv om den har en erhvervsmæssig karakter ligger det indenfor Ankenævnets muligheder at afgøre sagen - simpelthen fordi det er en almindelig tegnet ordning og, at sagen kan afgøres på det nu foreliggende grundlag og uden yderligere dokumentation - herunder for eksempel forklaring eller lignende."

Det indklagede selskab har principalt påstået sagen afvist til nævnsbehandling. Selskabet har i skrivelse af 10/8 2005 anført:

> "Det er imidlertid vores opfattelse, at nærværende sag ikke kan behandles ved Ankenævnet for Forsikring, idet der er tale om erhvervsforsikring, jf. vedtægternes § 3, stk. 3. Vi forbeholder os imidlertid retten til at fremkomme med yderligere bemærkninger, såfremt I mod forventning måtte lægge til grund at sagen kan behandles af Ankenævnet."

I forhold til sagens realitet har selskabet i skrivelse af 12/9 2005 til nævnet anført:

"- at vi har beregnet det af forsikringstager lidte driftstab i overensstemmelse med ovennævnte bestemmelse, idet forsikringstager alene skal stilles som om sygdommen ikke havde fundet sted,

- at driftstabet skal beregnes med udgangspunkt i det foregående år, idet forsikringstager ikke har påvist ændrede forhold i det nye år,

- at det forhold, at forsikringstager på grund af sygdomsforløbet ikke er i stand til at afvikle ferie i den typiske ferieperiode, er uden betydning, idet han alene skal have dækket den omsætning, han ville have haft, såfremt sygdommen ikke havde været til stede, og ikke tabt arbejdsfortjeneste efter EAL,

- at det har formodningen for sig, at forsikringstager ville have afviklet sin ferie indenfor sygdomsperioden, såfremt denne ikke var indtrådt, særligt henset til, at han havde gjort dette det foregående år, og at vi ikke har set nogen dokumentation for, at det modsatte skulle gøre sig gældende

- og at forsikringstager selv påpeger, at han ikke er tilmeldt Sygesikringen, og hans omsætninger derfor er påvirket af patienternes færden, og at det derfor forekommer sandsynligt, at såfremt sygemeldingen ikke havde fundet sted, ville vores kunde have afviklet sin ferie i ovennævnte typiske ferieperiode, hvor klinikkens omsætning vil lastes mindst muligt.

…

Ex tuto skal vi atter understrege, at det er vores opfattelse, at sagen bør afvises fra behandling i Ankenævnet på grund af sin erhvervsmæssige karakter. Sagen bør i stedet behandles i overensstemmelse med punkt 32 i forsikringsbetingelserne (s. 5), hvoraf det bl.a. følger, at såvel forsikringstager som Codan er berettiget til at forlange skade opgjort af upartiske vurderingsmænd, af hvilke forsikringstageren vælger den ene, mens Codan vælger den anden."

Selskabet har i skrivelse af 26/10 2005 supplerende anført:

"Af punkt 14 i forsikringsbetingelserne fremgår det, at forsikringen dækker forskellen mellem den konstaterede omsætning og den forventede omsætning, såfremt sygdommen ikke havde været til stede.

Det vil sige, at medmindre forsikringstager kan dokumentere, at han i de forudgående år før sygdommen ikke afviklede ferie i august måned, skal vi fastholde, at vores kunde også ville have afviklet ferie i august måned i 2004, og at den af os udarbejdede erstatningsopgørelse baseret på en periode i 2003, hvor vores kunde afviklede 3 ugers ferie, er berettiget.

For en god ordens skyld skal vi tilføje, at det er uden betydning for sagen, at forsikringstagers kompagnon blev pensioneret i april 2004. Den af forsikringstager tegnede syge- og driftstabsforsikring dækker kun S.H.-S.' virksomhed, og det indbyrdes forhold mellem vores kunde og dennes kollegaer, der ikke er omfattet af forsikringen, er uden betydning for dækningens omfang."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**14. Erstatningens beregning**

Det i dækningsperioden skete driftstab opgøres som den af erhvervsudygtigheden forårsagede forskel mellem:

- virksomhedens forventede omsætning (excl. merværdiafgift)
- og den konstaterede omsætning (excl. merværdiafgift)

Fra dette beløb trækkes sparede omkostninger og ydelser fra anden side (dagpenge fra det offentlige, dagpenge fra administrationsfond, hjælpefond, understøttelsesfond o.lign.)

…

Behandling af uoverensstemmelse vedr. skade

32. Vurdering

Såvel forsikringstageren som Codan er berettiget til at forlange skaden opgjort af upartiske vurderingsmænd, af hvilke forsikringstageren vælger den ene, mens Codan vælger den anden.

Vurderingsmændene vælger inden forretningens foretagelse en opmand, som i tilfælde af uoverensstemmelse mellem vurderingsmændene træder til og inden for grænserne af uoverensstemmelserne træffer afgørelse om de punkter, om hvilke der måtte være uenighed.

Kan vurderingsmændene ikke enes om valg af en opmand, udpeges denne af præsidenten for Sø- og Handelsretten.

Vurderingsmændene foretager opgørelsen i nøje overensstemmelse med policens bestemmelser og afgiver en skriftlig redegørelse for beregningen af tabet."

Nævnet udtaler:

Sagen angår et forsikringsforhold af erhvervsmæssig karakter og drejer sig om opgørelsen af et driftstab, for hvilken der i tilfælde af uoverensstemmelse er foreskrevet en særlig procedure, jf. de ovenfor citerede forsikringsbetingelser.

Det er nævnets opfattelse, at forholdet adskiller sig væsentligt fra private forsikringsforhold, og at nævnet derfor ikke har kompetence til at behandle sagen.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Sagen afvises.

J. Hermann