840/10

Den 29. marts 2010 blev i sag nr. 76.466:

xxxxx xxxxxxx
xxxxxxxx xx
xxxx xxxxxxxxxx

mod

Danske Forsikring
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der i tilknytning til en indboforsikring har retshjælpsforsikring i Danske Forsikring, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til en påtænkt retssag mod Patientskadeankenævnet.
Klagerens tvist med Patientskadeankenævnet vedrører, om hun er berettiget til erstatning for tab af erhvervsevne efter en patientskade.

Det indklagede selskab har afvist at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til det påtænkte søgsmål med henvisning til, at der ikke er rimelig grund til at føre proces.

Klageren, der er født i 1949, pådrog sig den 27/2 2003 en skade i form af vedvarende rygsmerter efter lumbalpunktur i to forsøg.

Skaden blev anmeldt til Patientforsikringen, som ved afgørelse af 27/9 2006 anerkendte denne som en erstatningsberettigende patientskade. Samtidig hermed fik klageren tilkendt godtgørelse for et varigt mén på 8 %.

Ved afgørelse af 20/6 2007 tilkendte Patientforsikringen tillige klageren godtgørelse for svie og smerte. Ved samme afgørelse fandt Patientforsikringen derimod, at klageren ik-

ke var berettiget til erhvervsevnetabserstatning. Af Patientforsikringens begrundelse for sidstnævnte fremgår bl.a.:

> "Der er ved afgørelsen særligt lagt vagt på, at De på skadetidspunktet den 27.. februar 2003 havde drevet … Antik siden 1999 uden i den mellemliggende periode at have opnået et årligt overskud.
>
> De har ved skrivelse af 14. januar 2007 oplyst, at De i 2003 inden skadens indtræden havde udvidet forretningens areal med det formål at importere gamle brugsting, og at De havde til hensigt at genoptage Deres tidligere arbejde som lærer, såfremt denne satsning ikke over det næste års tid gav overskud.
>
> Patientforsikringen finder det på baggrund af de, foreliggende regnskaber ikke tilstrækkelig sandsynliggjort, at De uden skadens indtræden ville have oparbejdet et overskud i ... Antik, ligesom det heller ikke ses tilstrækkelig sandsynliggjort, at De ville være vendt tilbage til Deres tidligere job som lærer, såfremt Deres forretning, fortsat gav underskud. Således har De øjensynligt accepteret, at Deres butik gennem en årrække blev drevet med et underskud, ligesom De besluttede at udvide butikken på trods af den manglende indtjening. Endvidere fremgår det af de sociale akter i sagen, at De var træt af Deres arbejde i skolevæsenet, og at realiseringen af at være selvstændig erhvervsdrivende var et livslangt ønske for Dem."

Afgørelsen blev ved skrivelse af 18/9 2007 af klagerens advokat påklaget til Patientskadeankenævnet. Af advokatens skrivelse fremgår bl.a.:

> "Skaden vurderes … mest sandsynligt at være en udposning fra nerven, som ikke kan behandles, og som vil give smerter resten af livet
> [Klageren] er som følge deraf endelig med virkning fra den 01.09.2006 [01.12.2006] tildelt førtidspension af … Kommune.
>
> Vejen til afgørelsen om førtidspension har imidlertid været lang og drøj for [klageren]. I denne sag, særligt kompliceret af, at [klageren] på skadestidspunktet drev egen virksomhed i form af antikvitetsforretning. Sammenfattet mellem det forhold, at sygehusvæsnet var meget langsommelig med at komme frem til en endelig diagnose og derfor ikke undervejs kunne komme med et endeligt bud på [klagerens] erhvervsevne og det forhold, at kommunen i første sygeperiode overhovedet ikke interesserede sig for, at udrede [klagerens] eventuelle erhvervsevneproblemer gjorde, at [klageren] blev tvunget ud i, efter sygedagpengeforløbs ophør, at raskmelde sig og foretage nogle få timer i aktivitetsforretningen for at holde den i drift i 1/2 år, for på ny at kunne melde sig syg og modtage sygedagpenge.
>
> Først langt hen i 2. sygdomsperiode og efter henvendelse direkte fra overlæge ved … Sygehus L.B., har kommunen egentligt vist interesse for at afklare [klagerens] erhvervsevne, der, som hun selv hele tiden har vidst det, er nul, og hvorfor da også er tilkendt førtidspension nu,
>
> Det forhold at [klageren] har været tvunget ud i at holde antikvitetsforretningen åben i perioden efter den 27.02.2003 bør således ikke tillægges betydning.
>
> Vedrørende [klagerens] erhvervsaktive karriere er det således, at hun i årene forud for opstarten af antikvitetsforretningen som skete i 1999, var lærervikar på … Det har hele tiden, under [klagerens] forsøg på at opstarte og drive antikvitetsforretningen, været meningen, at hun skulle vende tilbage til ansættelsesforhold enten på ny som lærervikar eller ved andet

job, hvis ikke antikvitetsforretningen med tiden blev i stand til at skabe et overskud svarende til en indtægt.

Det kunne lade sig gøre for [klageren] i en periode at køre med ingen eller kun lille indtægt, fordi [klagerens] mand, som var læge, havde en god indtægt. [Klagerens] mand er imidlertid ældre end [klageren], og var allerede ved antikvitetsforretningens opstart nær pensionsalderen. Det har på intet tidspunkt været meningen, at [klageren] skulle fortsætte antikvitetsforretningen uden indtægt efter at [klagerens] mand gik på pension, og derved gik væsentligt ned i indtægt.

Reelt set var året 2003 sidste mulighed for [klageren] til at få forretningen til at skabe overskud. Dels fik [klageren] her ekstra gratis lokaler stillet til rådighed af sin udlejer med henblik på at forsøge salg af møbler i antikvitetsforretningen, og dels ville [klageren] efter 2003 fra Skats side blive forhindret i at modregne underskud fra virksomheden i anden indtægt, idet Skat efter praksis ville have statueret forretningen som hobbyvirksomhed, fordi indtjeningen var for lille. At skat først langt senere stoppede forretningen, finder naturligvis sin baggrund i, at [klageren] efterfølgende kom på sygedagpenge og derfor rent faktisk ikke foretog fradrag i forbindelse med aktivitetsforretningen i sygeperioden, og hvorved Skat ikke interesserede sig for forretningen.

Det har således på intet tidspunkt været meningen, at [klageren] i længden skulle drive antikvitetsforretningen uden indtægt modsvarende den løn, hun kunne oppebære som ansat.

Af ovennævnte grunde finder jeg Patientforsikringens afgørelse vedrørende afvisning af erstatning af erhvervsevnetab som både urimelig og forkert. Det må lægges til grund, at [klageren] ville være returneret til en erhvervskarriere som ansat med et lønniveau svarende til en vikar i folkeskolen efter indkomståret 2003, hvis ikke antikvitetsforretningen havde givet et tilsvarende overskud.

Derfor er det også min opfattelse, at [klageren] naturligvis skal have erhvervsevnetabserstatning svarende til en sådan indkomst, idet [klageren] jo nu er kommet på førtidspension."

Patientskadeankenævnet behandlede sagen på et møde den 21/1 2009. Patientskadeankenævnet tiltrådte på dette møde Patientforsikringens afgørelse af 20/6 2007. I Patientskadeankenævnets begrundelse for afgørelsen hedder det:

"Nævnet finder ikke, at [klageren] ved patientskaden er påført et erhvervsevnetab på 15 procent eller derover, jf. Erstatningsansvarslovens §§ 5-7.

Det fremgår af sagen, at [klageren] på skadestidspunktet havde drevet sin antikvitetsbutik i 3½ år uden på noget tidspunkt at have opnået et overskud derved, og det fremgår af ressourceprofilen i de sociale akter, at [klageren] havde indrettet sig på en indtægtsnedgang. Det er i Deres skrivelse af 18. september 2007 endvidere oplyst, at [klagerens] mand allerede ved antikvitetsforretningens opstart var nær pensionsalderen.

Nævnet finder på den baggrund, at det ikke er sandsynligt, at [klageren] ville have opgivet sin butik ved sin mands pension, såfremt denne fortsat gav underskud, og ville være vendt tilbage til lærergerningen. Nævnet kan herefter tiltræde, at patientskaden ikke med overvejende sandsynlighed har medført et fremtidigt indtægtstab."

Ved skrivelse af 26/6 2009 til selskabet ansøgte klagerens advokat om forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til anlæggelse af en retssag mod Patientskadeankenævnet. Vedlagt skrivelsen fremsendte advokaten stævningsudkast med bilag. Af stævningsudkastet fremgår bl.a.:

"**PÅSTAND 1:**
Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at sagsøgeren ved lumbalpunktur af 27.02.2003 er blevet påført en patientskade, som har resulteret i 100% erhvervsevnetab.

PÅSTAND 2:
Indtægtstabet som følge af erhvervsevnetabet skal beregnes efter indtjeningsniveauet for en ikke uddannet lærer med en beskæftigelsesgrad på 37 timer på skadestidspunktet.

SUBSIDIÆR PÅSTAND I FORHOLD TIL PÅSTAND 2:
Sagsøgte tilpligtes til sagsøger at erstatte erhvervsevnetabet med indtægtstab efter rettens skøn.
…
ANBRINGENDER:
Til støtte for den nedlagte påstand gøres det gældende,

at sagsøgeren forud for den af både Patientforsikringen og Patientskadeankenævnet accepterede patientskade den 27.02.2003 havde sin fulde erhvervsevne i behold,

at sagsøgeren efter patientskaden forsøgte at vende tilbage til arbejdsmarkedet, hvilket ikke kunne lade sig gøre,

at sagsøgeren i erkendelse af, at hun ikke har erhvervsevne den 01.12.2006 er tillagt førtidspension,

at sagsøgeren således har mistet sin erhvervsevne 100 % ved patientskaden,

at sagsøgeren, til trods for at have drevet egen virksomhed med underskud en årrække forud for patientskaden, ville være vendt tilbage til lønnet arbejde som forud for patientskaden, såfremt hun ikke have formået at få virksomheden til at skabe et tilsvarende overskud indenfor en ganske kort årrække,

at sagsøgeren indtægtstab derfor, jfr. Erstatningsansvarslovens § 7 stk. 2, må fastsættes svarende til indtægten for uuddannet læreransat med en beskæftigelsesgrad på 37 timer ugentligt på skadestidspunktet,

at sagsøgeren, hvis hun havde været nødsaget til det, kunne have kommet tilbage til sin gamle arbejdsplads, jfr. **bilag 9,**

at sagsøgerens løn beregningsmæssigt pr. den 01.01.2007 ville udgøre ca. 276.000,00 kr., jfr. **bilag 8,**

at sagsøgerens indtjeningsevne subsidiært må fastsættes skønsmæssigt men ikke kan fastsættes til kr. 0,

at det er sædvanligt, at der for erhvervsdrivende, som forsøger at starte ny virksomhed op, fastsættes en skønnet indtægt og indtjeningsevne til trods for at virksomheden de første år ikke giver overskud,

at sagsøgte således er sagsøgeren erstatningsansvarlig for et indtægtstab i forbindelse med den anerkendte patientskade."

Selskabet afviste at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til sagen, hvilket blev meddelt klagerens advokat ved skrivelse af 2/7 2009.

Umiddelbart herefter blev sagen indbragt for nævnet.

Klagerens advokat har i klageskrivelse af 3/7 2009 anført:

"Som det fremgår af stævningsudkastet og de vedlagte bilag har min klient ubestridt pådraget sig 100 % erhvervsevnetab ved en patientskade.

Problemstillingen består herefter i, at hun i gennem en årrække, forud for patientskaden, har forsøgt at opstarte selvstændig virksomhed uden overskud, hvorved såvel patientskadeforsikringen og patientskadeankenævnet såvel åbenbart Danske Forsikring er af den opfattelse, at man så ikke skal have erstattet sit erhvervsevnetab.

Jeg må bemærke, at det er ganske usædvanligt, at en indtægt sættes til 0 også for selvstændige erhvervsdrivende der forsøger at starte virksomhed op. Enten skal indtægten i sådant et tilfælde fastsættes skønsmæssigt ud fra en brancheoplysning om almindelig indtægt inden for faget, når den selvstændige virksomhed er kommet op af køre, eller også må man falde tilbage på det lønjob, som patienten havde inden skaden.

Jeg bemærker også at det forhold, at der i ressourceprofilen er anført, at min klient fandt møderne kedelige i sin lærergerning naturligvis ikke betyder, at hun ikke igen vil være parat til at bestride lærergerningen. I lærergerningen er det således, som i de fleste andre job, at nogle opgaver er mere spændende end andre."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse og har til støtte herfor i skrivelse af 21/7 2009 bl.a. anført:

"**Vores vurdering af retshjælpsdækning til sagen**
Erstatning for tab af erhvervsevne forudsætter, at der er en varig indtægtsnedgang, som alene skyldes skaden. Det er den skadelidte, der skal godtgøre/dokumentere, at skaden har medført eller vil medføre en varig indtægtsnedgang.

Ud fra en vurdering af vores kundes muligheder for at kunne godtgøre, at der er en varig indtægtsnedgang som følge af patientskaden, har vi ikke fundet at sagen vil være rimelig at føre.

Og det er dette forhold og ikke selve, årslønsfastsættelsen, der er begrundelsen for vores afvisning af forhåndstilsagn om retshjælpsdækning.

I denne sag har vores kunde i en længere periode (omkring 3½) år før patientskaden ikke haft indtægtsgivende arbejde, og virksomheden gav underskud. Kort tid før patientskaden havde vores kunde planer om at udvide butikken med salg af brugte møbler.

Det har således formodningen imod sig, at hun ville være gået tilbage til lønnet arbejde, hvis patientskaden ikke var sket.

Vi mener på den baggrund, at vores kunde vil få meget vanskeligt ved at påvise, at der er et dokumenteret varigt indtægtstab, som skyldes patientskaden.

Vi skal til sammenligning henvise til U2004.2386H, som vi vedlægger I denne sag havde sagsøger pådraget sig en patientskade den 5. juli 1993. Sagsøger havde forinden den 7. juni 1993 åbnet en butik med salg af brugte genstande, som i de efterfølgende år gav underskud.

Højesteret tiltrådte Østre Landsrets afgørelse, at sagsøger ikke havde godtgjort, at behandlingsskaden havde medført et varigt indtægtstab, der berettigede til erstatning for tab af erhvervsevne.

Sagen mod Patientskadeankenævnet opfylder ikke kravet om rimelighed
Vi har ikke på det foreliggende fundet, at en retssag med påstand om, at Patientskadeankenævnet tilpligtes at anerkende, at der er et erhvervsevnetab på 100 % som følge af patientskaden, opfylder retshjælpsforsikringens krav om rimelighed. Vi henviser til vilkårene for retshjælp punkt. 2, stk. 3 og punkt. 5, stk. 1."

Hertil har klagerens advokat i skrivelse af 22/7 2009 til nævnet bemærket:

"Danske Forsikring anfører i sit afslag blandt andet, at forsikringstager kort forud for skaden, vælger at investere i møbler og udvidelse af forretning. Det er ikke en korrekt antagelse. Det er rigtigt, at forretningen blev udvidet med henblik på et større møbelsalg, idet forsikringstager fik stillet yderligere et lokale til rådighed af udlejeren, uden at lejen blev ændret. Forsikringstager i besiddelse af nogle møbler, som hun i første omgang ville forsøge at sælge derfra, og efterfølgende var det tanken, eventuelt senere at forsøge at importere nogle møbler fra Polen, omkostningsfrit, idet hendes bror som handlede i Polen ville stille gratis containerplads til rådighed.

Der var på intet tidspunkt tale om, at forsikringstager har lavet, eller skulle lave større investeringer og således heller ikke på nogen måde tale om, at forsikringstager blev stærkere bundet af forsøget på at få forretningen til at give overskud.

Det bemærkes endvidere og pointeres på det kraftigste, at forsikringstager nok i en periode kunne leve med at forretningens drift gik i nul, men ikke i længden og derfor som tidligere anført, ville være nødsaget til at gå tilbage til arbejdsmarkedet som arbejdstager. Det er således heller ikke korrekt som anført, at forretningen decideret gav underskud. Den løb rundt.

Endelig bemærkes det, at forsikringstager efter skadens indtræden blev fanget i systemet, fordi forsikringstager kun kunne få sygedagpenge så længe hun var tilknyttet forretningen og derfor af omstændighederne var tvunget til, at fortsætte forretningsdriften efter skadens indtræden til trods for, at hun kun vanskeligt kunne have en funktion i forretningen og idet hun således på dette tidspunkt, ikke havde mulighed for at vende tilbage til det almindelige arbejdsmarked.

Endelig bemærkes det, at forsikringstager jo ikke nødvendigvis ved tilbagevenden til arbejdsmarkedet skulle have valgt lærergerningen, men at dette var nærliggende og at forsikringstager havde valgt denne løsning om nødvendigt."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**2 Hvilke tvister er dækket af forsikringen**
…
3 Selskabet skal - på det foreliggende grundlag - afgive udtalelse om, hvorvidt tvisten er dækket af forsikringen eller ikke. Selskabet har både ret og pligt til at give udtryk for tvivl om sagens rimelighed. Dækningstilsagn er begrænset til omkostninger, der står i et rimeligt forhold til sagens genstand.
…
5 Hvilke omkostninger er ikke dækket af forsikringen
1 Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, fx fordi sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen, eller fordi disse ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand."

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet, at der ikke er en sådan udsigt til at få ændret Patientskadeankenævnets afgørelse vedrørende klagerens ret til erhvervsevnetabserstatning, at nævnet efter de gældende forsikringsbetingelser kan pålægge selskabet at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning. På det foreliggende grundlag kan nævnet således ikke kritisere selskabets afgørelse.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Marianne Højgaard Pedersen
formand