Ankenævnet for Forsikring

Den 20. maj 2015 blev i sag nr. 86758:

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxx

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren har indboforsikring med retshjælpsdækning i Topdanmark Forsikring A/S. Hun klager ved sin advokat over selskabets afslag på at yde retshjælpsdækning til en retssag mod Patientklageankenævnet om forhøjelse af klagerens erhvervsevnetab.

Selskabet har i sin afgørelse blandt andet henvist til, at klageren ikke har rimelig grund til at føre sagen.

I klageskema af 24/9 2014 til nævnet fremgår det bl.a.:

> "Der klages over afslag på retshjælpsdækning i retssag forventet anlagt mod Patientskadeankenævnet i tvist om størrelse af erhvervsevnetab. Der henvises til vedlagte udkast til stævning.
>
> Hvad vil De konkret opnå hos selskabet? (skal udfyldes)
> Retshjælpsdækning til anlæggelse af sag mod Patientskadeankenævnet i forbindelse med tvist om erhvervsevnetab."

I stævningsudkast af 28/7 2014 fra klageren, som er vedlagt klageskemaet til nævnet, er det bl.a. anført:

> "**PÅSTAND:**
> Sagsøgte dømmes til at anerkende, at sagsøger har pådraget sit et erhvervsevnetab på 80 % i forbindelse med en patientskade, der er påført sagsøger på … [hospital] den 10. august 2010 og frem.

SAGSFREMSTILLING:
Nærværende sag omhandler en anerkendt patientskade, hvor der er tvist om størrelsen af erhvervsevnetabet.

Den 15. maj 2012 fremkom første opgørelse af erhvervsevnetab og 27. februar 2013 blev sagsøgers tab af erhvervsevne fastsat af Patienterstatningen til 75 %, jf. **bilag 1 og 2**.

Sagsøger er på dette tidspunkt i fleksjob og er i stand til at oppebærer en løn på kr. 80.000,00. jf. bilag 2. Det er således lagt til grund, at sagsøger er i stand til at indtjene dette ved egen evne uden hensyntagen til offentlige tilskud o.l.

På nuværende tidspunkt kan skadelidte arbejde 10 timer om ugen og få løn for dette med i alt kr. 142,47, hvilket svarer til en ugeløn på kr. 1.[4]24,70. Det fremgår af ansættelseskontrakten, at skadelidte har ret til ferie efter Ferielovens regler, jf. **bilag 3**. Der skal derfor ydes løn i 52 uger, henset til at skadelidte må anses for at være funktionæransat.

Dermed er skadelidtes årsløn optjent ved egen kraft på nuværende tidspunkt kr. 74.084,40.

De faktiske forhold, der er lagt til grund ved sagens afslutning er således ændret og anlæggelse af retssag er nødvendiggjort, idet sagsøgte ikke vil genoptage behandlingen af sagen, jf. afgørelse af 20. juni 2014, jf. bilag 4.

ANBRINGENDER:
Til støtte for den nedlagte påstand gøres det gældende, at der er sket en væsentlig ændring i sagens faktiske omstændigheder i forhold til det, der blev lagt til grund ved sagens tidligere afslutning hos Patienterstatningen og sagen skal derfor genoptages efter Erstatningsansvarslovens § 11.

Sagsøger er påført et yderligere erhvervsevnetab i form af fleksjobreformen og hun er således ikke i stand til at oppebære den løn, som er lagt til grund ved sagens afslutning.

Det gøres gældende, at sagsøger har et samlet erhvervsevnetab på 80 %, idet at den skønnede årsløn forud for skaden på kr. 350.000 kan opreguleres med 8,77 % til 2014-takst til skønsmæssigt kr. 380.500, jf. bilag 2 og 3. Herfra skal fratrækkes kr. 74.084,40, hvilket giver et løntab på kr. 306.415,60 om året svarende til 80 %.

PROCESSUELT:
Sagsøger begærer sagen forelagt for Arbejdsskadestyrelsen til en vejledende udtalelse efter erstatningsansvarslovens § 10, for en vurdering af sagsøgers erhvervsevnetab.

Udkast til fremsendelsesskrivelse til Arbejdsskadestyrelsen vedlægges. Sagsøgte opfordres til at komme med bemærkninger til udkastet ved afgivelse af svarskrift."

Selskabet har i brev af 15/10 2014 til nævnet bl.a. anført:

"Vi har oplyst, at vi ikke kan yde retshjælp til en retssag som vores kunde påtænker at anlægge mod Patientskadeankenævnet, idet vi ikke finder, at der er udsigt til at sagen kan vindes.

Her er sagens fakta.

Vores kundes advokat har ansøgt om retshjælp til at udtage stævning mod Patientskadeankenævnet.

Stævningsudkast med bilag er fremsendt til Nævnet med klagen.

Det fremgår af stævningen, at vores kunde nedlægger påstand om, at erhvervsevnetabet fastsættes til 80 %.

Sagen drejer sig om en anerkendt patientskade. I henhold til bilag 1 og 2 til stævningen fremgår det, at Patienterstatningen ved endelig afgørelse af 27. februar 2013 har fastsat erhvervsevnetabet til 75 %.

Afgørelsen omkring erhvervsevnetabet er upåanket.

Sagsøger har fået nyt flexjob pr. 6. januar 2014, jf. bilag 3 til stævningen, og gør gældende at ændringerne i flexreformen har medført, at hendes indtægtsgrundlag fra arbejdsgiveren er blevet forringet fra 80.000 til 74.084,40 årligt, hvilket sagsøger mener skal udløse yderligere 5 % erhvervsevnetabserstatning.

Det er ikke gjort gældende, at der er sket væsentlige ændringer i sagsøgers faktiske erhvervsevne eller i hendes helbredstilstand. [Note 1: Det fremgår forudsætningsvis af stævningens bilag 4 side 2 afsnit 3 sammenholdt med stævningen side 2 afsnit 2 under anbringender, at sagsøgers advokat alene påberåber sig flexjobreformen som grundlag for genoptagelse.]

Sagen drejer sig således udelukkende om det forhold, at generelle lovændringer i forbindelse med flexjobreformen, der medfører en nedgang i ydelserne, kan bevirke, at der kan ske genoptagelse efter EAL § 11.

Patientskadeankenævnet afslog ved afgørelse af 20. juni 2014 endeligt at genoptage sagen, idet de ikke fandt, at betingelserne for genoptagelse efter EAL § 11 var opfyldt alene på grund af, at sagsøgers samlede indkomst er faldet på grund af ændrede tilskudsregler, jf. bilag 4 til stævningen.

Derfor dækker vi ikke sagen

Da der foreligger en upåanket afgørelse fra Patienterstatningen af [27]. februar 2013, hvorefter erhvervsevnetabet fastsættes til 75%, kan der alene ydes yderligere erhvervsevnetabserstatning, hvis betingelserne for genoptagelse i EAL § 11 er opfyldt.

Efter § 11 kan der ske genoptagelse, hvis de faktiske omstændigheder har ændret sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning.

Det fremgår af forarbejderne, jf. bilag A side 35, næstsidste afsnit:

'Til nr. 4:

'I de senere år er der tilvejebragt en række særlige jobordninger med offentlige løntilskud mv. med henblik på at bevare tilknytningen til arbejdsmarkedet for forskellige grupper. Hvis den skadelidte har et sådant job, må det ved fastsættelsen af

erhvervsevnetabsprocenten vurderes, om og i givet fald i hvilket omfang den skadelidte vil eller burde kunne bestride et almindeligt job på normale vilkår. Ansættelse som led i en sådan særlig jobordning indgår dermed ikke i sig selv i erhvervsevnetabsvurderingen. Begrundelsen herfor er, at denne vurdering i så fald ville afhænge af, hvilken social- og arbejdsmarkedslovgivning der er gældende på afgørelsestidspunktet. Endvidere ville ændringer eller ophævelse af de pågældende særlige jobordninger i givet fald kunne anses for en væsentlig ændring af sagens faktiske omstændigheder, der efter den foreslåede ændring af lovens § 11 (lovforslagets § 1, nr. 7) kunne begrunde en genoptagelse af erstatningssagen.'

Det fremgår videre af bemærkningerne til § 11, jf. bilag A side 39, 4. afsnit

'Erhvervsevnetabsprocenten skal fastsættes ud fra en vurdering af den skadelidtes faktiske evne til at arbejde. Bortfald af forskellige arbejdstilbuds- eller støtteordninger som følge af ændringer i social- og arbejdsmarkedslovgivningen eller ændringer i de samfundsmæssige konjunkturer eller af andre forhold, der ikke vedrører den konkrete skade, kan derfor ikke i sig selv medføre en fornyet behandling af sagen...'

Det er således klart beskrevet i forarbejderne, at der ikke kan ske genoptagelse alene på baggrund af ændringer i arbejdsmarkedslovgivningen.

Dette er tillige i overensstemmelse med byretspraksis jf. bilag B.

Endvidere kan vi henvise til eksempelvis u 2003.162H, hvoraf fremgår, at der ved fastsættelsen af erhvervsevnetab ikke skal tages hensyn til de flexjobydelser, der måtte tilkomme skadelidte i anledning af skaden, men at erhvervsevnen skal fastlægges uafhængigt af den løn, som opnås gennem flexjobbet. Heraf følger forudsætningsvis, at der så meget desto mere ikke kan lægges vægt på en indtægtsnedgang i flexjobydelsen alene på grund af lovmæssige ændringer.

Der er således efter vores opfattelse ikke grundlag for at antage, at vores kunde kan få ændret patientskadeankenævnets afgørelse ved en domstolsprøvelse.

For god ordens skyld bemærker vi, at vores kundes advokat ikke har gjort gældende, at den faktiske erhvervsevne eller helbredstilstanden har ændret sig væsentligt. Hvis dette anbringende skulle blive fremsat, må vi have nærmere dokumentation for, at dette skulle have været tilfældet.

Vi bemærker i den forbindelse, at vores kunde fortsat rent faktisk arbejder 10 timer om ugen, hvilket er det samme som under det forrige fleksjob. Vi har ikke modtaget kopi af opsigelsen fra forrige fleksjob, og der foreligger heller ikke i øvrigt nogen form for dokumentation endsige sandsynliggørelse af, at sagsøgers faktiske erhvervsevne er blevet forringet yderligere end, hvad der er forudsat i Patienterstatningens afgørelse af 13. februar 2013.

På den baggrund fastholder vi, at sagens omkostninger til et evt. sagsanlæg ikke kan anses for afholdt med rimelig grund, jf. retshjælpsvilkårene punkt 5.

Oplysninger om fri proces.

Vi skal opfordre advokat … til at oplyse, om der er søgt fri proces og i givet fald fremsende civilstyrelsens afgørelse, idet vi bemærker, at der kan søges om fri proces, når retshjælpsforsikringen har afvist at dække sagen jf. retsplejelovens § 325."

Nævnet har fået forelagt sagens bilag, herunder Patientskadeforsikringens afgørelse af 27/2 2013, hvoraf det bl.a. fremgår:

"Vi har vurderet, at … [klageren] nu har et samlet erhvervsevnetab på 75 %. [Klageren] får derfor med denne afgørelse erstatning for yderligere 50 % i erhvervsevnetab, idet vi med vores afgørelse af 15. maj 2012 ydede hende erstatning for et erhvervsevnetab på 25 %.

Spørgsmålet om erhvervsevnetab er en økonomisk vurdering af, om skadens følger har medført en fremtidig, varig indtægtsnedgang. Der skal i den forbindelse kun tages hensyn til den indtægt, der modsvarer skadelidtes faktiske arbejdsevne og ikke den del af lønnen, der udgøres af kommunale tilskud i eksempelvis fleksjobordninger.

Ved fastsættelsen af den endelige erhvervsevnetabsprocent har vi derfor lagt vægt på, at … [klageren] fra 10. december 2012 er kommet i fleksjob med en faktisk arbejdstid på 10 timer om ugen. Hun modtager en månedsløn på 24.807 kr. inklusiv feriegodtgørelse på 1,5 % og arbejdsgiverbetalt pension fra 1. september 2013 på 7,1 % svarende tit en fuldtidsstilling på 37 timer, hvilket svarer tit en årsløn på 298.000 kr.

Værdien af … [klagerens] faktiske erhvervsevne svarer til en årsløn på 80.000 kr. (298.000 kr. / 37 timer x 10 timer). I vores afgørelse af 15. maj 2012 vurderede vi værdien af … [klagerens] erhvervsevne før behandlingsskaden svarede til en årsløn på 350.000 kr., hvilket opreguleret svarede tit 368.000 kr. i 2012. På baggrund af disse oplysninger om … [klagerens] indkomstforhold i 2012 har vi fastsat … [klagerens] erhvervsevnetab tit 75 %."

I forsikringsbetingelserne fremgår det bl.a.:

"2. Hvilke tvister er dækket af forsikringen?
1 Forsikringen dækker tvister, som er opstået i privatlivet, og som efter deres art vil kunne behandles af en domstol efter retsplejelovens regler om civile sager. Forsikringen dækker også tvister af denne art, som efter parternes aftale i stedet behandles ved voldgift.

2 Ved tvister forstås konkrete aktuelle konflikter, som med rimelighed kan danne grundlag for et civilretligt søgsmål.

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."

Nævnet udtaler:

Klageren har gjort gældende, at hun efter sagens afslutning ved Patienterstatningen er påført et yderligere erhvervsevnetab på 5% som følge af fleksjobreformen, hvorved hendes indtægtsgrundlag fra arbejdsgiveren blev forringet.

Ifølge erstatningsansvarslovens § 11 kan en afsluttet sag om erhvervsevnetab kun genoptages, hvis sagens faktiske omstændigheder ændrer sig væsentligt i forhold til dem, der blev lagt til grund ved sagens afslutning.

Efter en gennemgang af sagen finder nævnet ikke anledning til at kritisere selskabets afslag på at yde retshjælpsdækning til den påtænkte retssag med henvisning til, at der ikke udsigt til, at en retssag mod Patientskadeankenævnet vil kunne føre til et for klageren gunstigt resultat.

Nævnet har blandt andet lagt vægt på, at indtægtsnedgangen efter det oplyste er en følge af ændringer i social- og arbejdsmarkedslovgivningen, og at det herom af forarbejderne til erstatningsansvarlovens § 11 fremgår, at erhvervsevnetabsprocenten fastsættes ud fra en vurdering af den skadelidtes faktiske evne til arbejde, og at bortfald af forskellige arbejdstilbuds- eller støtteordninger som følge af ændringer i social- og arbejdsmarkedslovgivningen eller ændringer i de samfundsmæssige konjunkturer eller af andre forhold, der ikke vedrører den konkrete skade, ikke i sig selv medfører en fornyet behandling af sagen.

7. 86758

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klageren får ikke medhold.

Svend Bjerg Hansen
Udskriftens rigtighed bekræftes

Carsten Sennels