

HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 27. november 2018

Sag 50/2018

(2. afdeling)

A

(advokat Marianne Fruensgaard, beskikket)

mod

Ankestyrelsen

(advokat Inge Houe)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Odense den 22. februar 2016 og af Østre Landsrets 21. afdeling den 15. september 2017.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Marianne Højgaard Pedersen, Poul Dahl Jensen, Michael Rekling, Jens Kruse Mikkelsen og Anne Louise Bormann.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Anbringender

A har supplerende anført navnlig, at Ankestyrelsen i afgørelsen af 10. september 2015 har foretaget en urimelig sammenligning af indtjening før og efter skaden, idet der er foretaget sammenligning af aftalt opstartsløn i et ganske kort ansættelsesforhold uden hensyn til overarbejde over for en udvalgt periode efter skaden, hvor han har haft mange overarbejdstimer og ingen ferie, og hvor Ankestyrelsen endvidere har tillagt en fiktiv pensionsindbetaling.

Hans årsløn *før* skaden bør fastsættes på en af følgende måder i prioriteret rækkefølge:

- a) Med en skønsmæssig vurdering af indtjeningsevnen på skadestidspunktet, herunder under hensyn til tidligere indtjening, som Arbejdsskadestyrelsen har lagt til grund i sin afgørelse af 9. marts 2009. Årsløn opreguleret til 2012-niveau: 419.000 kr.
- b) Med udgangspunkt i den faktiske indtjening hos X A/S i en ordinær lønuge ud fra Ankestyrelsens metode til beregning. Beregningen inkluderer overarbejde i den pågældende periode. Årsløn opreguleret til 2012-niveau: 418.272 kr.
- c) Med udgangspunkt i aftalt lønstigning til 155 kr. i timen under hensyn til dokumenterede kvalifikationer som smed eller svejser. Årsløn opreguleret til 2012-niveau: 391.245 kr.
- d) Med udgangspunkt i aftalt timeløn ved X, 145 kr., uden overarbejde, som Ankestyrelsen har lagt til grund i sin afgørelse af 10. september 2015. Årsløn opreguleret til 2012-niveau: 366.168 kr.

Hans årsløn *efter* skaden bør fastsættes på en af følgende måder i prioriteret rækkefølge:

- a) Med udgangspunkt i hans arbejde som ufaglært vikar ved firmaet Y. Årsløn opreguleret til 2012-niveau: 274.820 kr.
- b) Med udgangspunkt i aflønning som pædagogmedhjælper, opreguleret til fuld tid, 37 timer ugentligt, med tillæg af 13 % i pension. Årsløn opreguleret til 2012-niveau: 289.123 kr.
- c) Med udgangspunkt i perioden fra den 1. juli 2011 til den 30. juni 2012, dvs. i den periode, som Ankestyrelsen har lagt vægt på i afgørelsen af 10. september 2015, med tillæg af ferie og den faktiske indbetaling til pension, inklusive overarbejde. Årsløn opreguleret til 2012-niveau: 344.609 kr.

Løntabet skal beregnes enten inklusive overarbejde både før og efter skaden eller eksklusivt overarbejde både før og efter skaden, idet en beregning baseret på indtjening uden overarbejde

de før skaden og en indtjening med overarbejde efter skaden ikke giver et rimeligt billede af hans indtjeningsevne og erhvervsevnetab i varigt perspektiv.

Ankestyrelsen har supplerende anført navnlig, at A tiltrådte hos X den 7. januar 2008 og pådrog sig eksem efter mindre end en måned. Frem til sygemeldingen den 20. februar 2008 arbejdede han kun 175,68 timer. Ankestyrelsen har derfor fastsat hans indtjening i ansættelsesforholdet skønsmæssigt på baggrund af oplysningerne om ansættelsesforholdet i ansættelsesaftalen og supplerende oplysninger fra arbejdsgiveren. Indtjeningen er herefter med rette fastsat til 323.680 kr. i 2008-niveau, svarende til 366.168 kr. i 2012-niveau. Denne indtjening giver et retvisende billede af hans indtjeningsevne før skaden.

For så vidt angår indtægten efter skaden bestrides det, at der er tale om en ”tilfældigt” udvalgt periode. Perioden dækker 12 måneder og er retvisende for indtjeningsevnen. I perioden udgjorde lønnen 327.949 kr. og inklusive ATP 329.029 kr.

Der blev ikke indbetalt pension i hele perioden, men fra den 1. april 2012 blev A omfattet af en pensionsordning, der berettigede til 13 % i pension. Der skal beregnes pension af den fulde indtjening, henset til at han havde opnået ret hertil, og 13 % af det fulde beløb vil dermed udtrykke hans indtjeningsevne.

Indtægterne i perioden viser på denne baggrund, at A med arbejdsskaden havde en indtjeningsevne på 371.803 kr. i 2012. Hertil skal lægges ferietillæg med 1,5 % af lønnen, hvorved indtjeningen bliver 376.722 kr.

Subsidiært må i hvert fald den faktisk oppebårne pension, 10.660 kr., tillægges. Herved fremkommer en indtjeningsevne inklusive ferietillæg med 1,5 % på 344.609 kr.

Ankestyrelsen har med rette også lagt vægt på indtjeningen oppebåret ved overarbejde. Al arbejdsindkomst, der oppebæres i den relevante periode, skal medregnes efter et totalindkomstprincip.

Hvis Højesteret finder, at A har dokumenteret at have lidt et erhvervsevnetab på mindst 15 %, må sagen hjemvises med henblik på den nærmere udmåling af tabet og stillingtagen til, fra hvilket tidspunkt der skal tilkendes erstatning.

Højesterets begrundelse og resultat

A, der er født i 1976, pådrog sig i begyndelsen af 2008 en erhvervssygdom i form af toksisk eksem, som medførte, at han måtte ophøre med sit daværende arbejde hos X A/S, hvor han arbejdede som svejseoperatør. Efter at have været sygemeldt i en periode var han arbejdsløs, bortset fra to kortvarige ansættelser i vikarbureauer. I 2011 blev han ansat som pædagogmedhjælper, og dette arbejde fortsatte han med, indtil han i august 2013 blev sygemeldt på grund af en høreskade.

Den 10. september 2015 traf Ankestyrelsen afgørelse om, at A ikke har ret til erstatning for erhvervsevnetab som følge af sin erhvervssygdom. Ankestyrelsens begrundelse var, at arbejdsskaden alene havde medført yderst begrænsede skånehensyn som følge af, at han ikke kan arbejde med olie-, køle- og smøremidler, og at han ikke havde dokumenteret en lønnedgang. Ved vurderingen af, om skaden havde medført en lønnedgang, lagde Ankestyrelsen vægt på, at han i perioden fra den 1. juli 2011 til den 30. juni 2012, som Ankestyrelsen vurderede var repræsentativ for hans indtjeningsevne, tjente mere som pædagogmedhjælper, end han ville have tjent i samme periode, hvis han havde fortsat sit arbejde hos X.

Denne sag angår, om der er grundlag for at tilsidesætte Ankestyrelsens afgørelse. Hovedspørgsmålet under sagen er i den forbindelse, om der ved vurderingen af, om skaden medførte en indtægtsnedgang, skal ses bort fra det overarbejde, som A havde som pædagogmedhjælper i perioden fra den 1. juli 2011 til den 30. juni 2012.

Som det fremgår af Højesterets dom af 18. november 2009 (UfR 2010.467), skal afgørelsen om erhvervsevnetab træffes på grundlag af en prognose for, hvad skadelidte ville have tjent, hvis skaden ikke var sket, sat i forhold til prognosen for, hvad skadelidte må antages at ville kunne tjene med skaden.

Af de grunde, som landsretten har anført, tiltræder Højesteret, at der ikke er et sikkert grundlag for at tilsidesætte Ankestyrelsens prognose for, hvad A ville have tjent, hvis skaden ikke var sket. Det kan således lægges til grund ved fastsættelse af erhvervsevnetab, at han i 2012 ville have haft en indtægt på ca. 366.000 kr., hvis skaden ikke var sket.

For så vidt angår prognosen for, hvad A må antages at ville kunne tjene med skaden, udtaler tre dommere – Marianne Højgaard Pedersen, Poul Dahl Jensen og Michael Rekling – følgende:

Efter arbejdsskadesikringslovens § 17, stk. 2, skal der ved bedømmelsen af tabet af erhvervsevne tages hensyn til skadelidtes muligheder for at skaffe sig indtægt ved sådant arbejde, som med rimelighed kan forlanges af den pågældende efter dennes evner, uddannelse, alder og muligheder for erhvervsmæssig omskoling og optræning. I tilfælde, hvor den skadelidte har udført arbejde efter arbejdsskaden, må indtjeningen ved dette arbejde som udgangspunkt anses som udtryk for, hvad skadelidte (som minimum) har mulighed for at tjene med skaden. Der må således tages udgangspunkt i den faktiske indtjening, når skadelidtes indtjeningsevne med skaden skal fastlægges. Dette udgangspunkt må dog fraviges, hvis f.eks. funktionsnedsættelsen og dens betydning for de mulige arbejdsfunktioner indebærer en særlig risiko for, at skadens følger på sigt vil forringe skadelidtes indtjeningsmuligheder.

Den funktionsnedsættelse, som arbejdsskaden i form af toksisk eksem har påført A, indebærer alene, at han ikke kan tåle kontakt med køle- og smøremidler samt oliebaseerede produkter. Den hindrer ham ikke i at udføre andet ufaglært arbejde, og den indebærer heller ikke en særlig risiko for, at han ikke på sigt vil kunne opretholde indtjeningen ved arbejdet som pædagogmedhjælper.

Hvad særligt angår realiseret indtjening ved overarbejde finder vi, at sådan indtjening som udgangspunkt også må indgå i prognosen for, hvad skadelidte vil kunne tjene med skaden.

På den baggrund finder vi ligesom landsretten, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte, at Ankestyrelsen i sin prognose over As indtjeningsevne efter skaden har taget udgangspunkt i oplysningerne om, hvor meget han i en periode på et år faktisk har været i stand til at arbejde og tjene som pædagogmedhjælper, herunder ved overarbejde ud over fuld arbejdstid.

Overarbejdet er således efter vores opfattelse ikke af en sådan midlertidig eller ekstraordinær karakter, at der er grundlag for at se bort fra denne del af hans indtjening, når hans erhvervsevnetab som følge af skaden skal fastlægges.

A blev fra den 1. april 2012 omfattet af en pensionsordning, der berettigede til 13 % i pensionsbidrag. Som følge heraf skal der i prognosen over hans indtjeningsevne med skaden medregnes pension af den fulde indtjening, idet den del af lønnen, der udgøres af pensionsindbetalingen, også vil være udtryk for hans indtjeningsevne.

Herefter tiltræder vi, at der ikke foreligger et fornødent sikkert grundlag for at tilsidesætte Ankestyrelsens skøn, hvorefter A ikke er påført et erhvervsevnetab på 15 % eller derover.

Vi stemmer derfor for at stadfæste dommen.

Dommerne Jens Kruse Mikkelsen og Anne Louise Bormann udtaler:

Uanset at As erhvervssygdom kun medførte begrænsede skånehensyn, indebar sygdommen, at han måtte ophøre med at arbejde med svejsning og smedearbejde, og at han derfor ikke længere kunne udnytte de kompetencer, han havde udviklet inden for dette område, hvor han havde arbejdet i en årrække og havde opnået en væsentligt højere timeløn, end han efter skaden tjente ved ufaglært arbejde som henholdsvis vikar og pædagogmedhjælper.

I perioden fra den 1. juli 2011 til den 30. juni 2012, som Ankestyrelsen har lagt vægt på ved bedømmelsen af, hvad A kunne tjene med skaden, var han ansat med en ugentlig arbejdstid på 30 timer og havde derudover i alt 701 overarbejdstimer, og han holdt ikke ferie i denne periode. Han havde således en gennemsnitlig ugentlig arbejdstid i årets 52 uger på 43,5 timer. Hvis han skulle opnå den samme indtægt og afholde fem ugers ferie årligt, ville det indebære, at han skulle arbejde i gennemsnit 48,2 timer om ugen i de resterende 47 uger. Hans indtægt inklusive dette betydelige overarbejde var på omtrent samme niveau (ca. 2,9 % højere), som hans indtægt ville have været, hvis han fortsat havde arbejdet hos X, men uden overarbejde.

Vi finder, at det betydelige overarbejde uden afholdelse af ferie, som A var i stand til at udføre i den afgrænsede periode, som Ankestyrelsen har lagt vægt på, ikke er udtryk for hans

reelle, varige indtjeningsevne med den erhvervssygdom, han havde pådraget sig, og at han på den anførte baggrund har løftet bevisbyrden for, at hans erhvervssygdom har medført et erhvervsevnetab på mindst 15 %.

Vi finder derfor, at Ankestyrelsens afgørelse er truffet på et fejlagtigt grundlag, og ud fra de alternative metoder til beregning af As indtægtstab, som er blevet forelagt Højesteret, finder vi, at afgørelsen om erhvervsevnetab i stedet må træffes på grundlag af, hvad A ville kunne have tjent som pædagogmedhjælper med en 37-timers arbejdsuge. Vi er enige med flertallet i, at der ved beregningen skal medregnes 13 % i pensionsbidrag.

Vi stemmer derfor for at tage påstanden om hjemvisning til fornyet behandling ved Ankestyrelsen til følge, således at Ankestyrelsen på det anførte grundlag kan fastsætte As erhvervsevnetabsprocent.

Afgørelsen træffes efter stemmeflertallet.

Højesteret stadfæster herefter landsrettens dom.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal statskassen inden 14 dage fra denne højesteretsdoms afsigelse betale 100.000 kr. til Ankestyrelsen. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.