



VESTRE LANDSRET

DOM

afsagt den 3. december 2020

Sag BS-16049/2019-VLR
(5. afdeling)

Fagligt Fælles Forbund som mandatar for
D
(advokat Claus Hanghøj)

mod

Ankestyrelsen
(advokat Inge Houe
v/ advokatfuldmægtig Amelie Brofeldt)

Retten i Esbjerg har den 22. marts 2019 afsagt dom i 1. instans (sag BS-15586/2018-ESB).

Landsdommerne Henrik Estrup, Eva Staal og Annette Nørby (kst.) har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, D, har gentaget sin påstand for byretten om, at indstævnte, Ankestyrelsen, tilpligtes at anerkende, at Ds erhvervsevnetab som følge af tilskadekomst den 16. april 2007 er 45%, subsidiært et efter landsrettens skøn mindre erhvervsevnetab, dog højere end 30%.

Ankestyrelsen har påstået dommen stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

Arbejdsskadestyrelsen (nu Arbejdsmarkedets Erhvervssikring) traf den 20. oktober 2015 en endelig afgørelse om Ds erhvervsevnetab. Ved afgørelsen blev

erhvervsevnetabet skønsmæssigt fastsat til 30 %. Af begrundelsen for afgørelsen fremgår blandt andet følgende:

”Du er nu i arbejde, og din erhvervsmæssige situation er dermed afklaret. Vi har derfor truffet en endelig afgørelse om erhvervsevnetab.”

...

” Det fremgår af din besvarelse af spørgeskemaet, at du i dag arbejder som værkstedsleder hos T-skolen. Du arbejder 37 timer om ugen. Dine arbejdsopgaver består i pædagogisk arbejdet. Du tjener 21.626,66 kroner om måneden. Hertil kommer arbejdsgivers månedlige ATP-bidrag på 270 kroner. Du er ikke omfattet af en pensionsordning.”

...

” Som følge af arbejdsskaden har du varige gener i dine arme. Du har følger efter dobbeltsidigt kronisk compartmentsyndrom i form af smerter i begge hænder og underarme. Smerterne forværres ved belastning. Du kan ikke udføre finmotoriske arbejdsopgaver. Derfor har du et betydeligt skånebehov i forhold til arm- og håndbelastende arbejde.

Vi vurderer, at arbejdsskaden udgør en erhvervsmæssig hindring for dig både i et job som maskinfører og generelt på arbejdsmarkedet i jobs, hvor du belaster dine arme og hænder.

Du er efter endt revalidering blevet uddannet til ungdoms-/klubpædagog. Det er netop inden for dette område, at du arbejder i dag på fuld tid.

Vi vurderer dog, at du i et job som klubpædagog på fuld tid burde kunne tjene cirka 325.000 kroner om året. Vi har lagt vægt på, at det af UddannelsesGuiden fremgår, at en nyuddannet klubpædagog i 2013 kunne tjene cirka 26.110 kroner om måneden inklusiv pension, tillæg og værdien af andre personalegoder. I 2015-niveau svarer det til 26.977 kroner måneden eller 323.724 kroner om året. I dit nuværende job tjener du kun cirka 263.000 kroner.

Vi mener derfor, at du på trods af arbejdsskaden godt kan varetage et andet arbejde inden for samme branche til en højere løn end den løn du tjener i dag.

Med en indtjening på cirka 325.000 kroner om året vil du have en løn nedgang på 143.000 kr., svarende til 30,5 procent.

Vi har derfor skønsmæssigt fastsat dit erhvervsevnetab til 30 procent.”

Ved afgørelse af 24. oktober 2016 kom Ankestyrelsen ligeledes frem til, at D har ret til 30 procent i erstatning for tab af erhvervsevne. Ankestyrelsen henviser til

Arbejdsskadestyrelsens afgørelse af 20. oktober 2015 og anfører herefter supplerende:

” Du er revalideret til og nu færdiguddannet som klubpædagog. Du arbejder aktuelt til en indtægt, der ligger væsentligt under det, som en nyuddannet klubpædagog ifølge UddannelsesGuiden skulle kunne tjene. Dette skyldes blandt andet, at du ikke er omfattet af en pensionsordning. Der er heller ikke oplysninger om, at du skulle have forsøgt at finde et andet arbejde til en bedre løn, og du har således ikke dokumenteret et tab af erhvervsevne på 45 procent.

Dertil kommer, at du er blevet revalideret til klubpædagog, idet det er blevet vurderet, at pædagogisk arbejde med større børn og unge tilgodeser dine skånebehov for hånd- og armbelastende arbejde, hvormed det kompenserer for det funktionstab, som du har lidt som følge af arbejdsskaden. Din arbejdsevne må derfor anses for fuldt reetableret i forhold til dette arbejdsområde.”

Fagligt Fælles Forbund ved advokat Claus Hanghøj anmodede den 5. maj 2017 på vegne af D Ankestyrelsen om at genoptage behandlingen af sagen. Anmodningen var vedlagt et brev fra Ds arbejdsgiver, hvori der er redegjort for de skånehensyn, der er taget i forbindelse med ansættelse af D. Det fremgår desuden af brevet, at der i forhold til D er udstedt en § 56-erklæring, ligesom det anføres, at de pågældende skånehensyn afspejler sig i den løn, der blev fastsat i forbindelse med hans ansættelse.

Ankestyrelsen afslog den 11. januar 2018 at genoptage behandlingen af sagen. Afslaget er blandt andet begrundet med følgende:

” Vi har efterfølgende spurgt jer ind til den nævnte § 56-aftale samt sekretærhjælpen. Det fremgår af jeres svar af 12. oktober 2017, at der ikke foreligger nogen skriftlig aftale om sekretærhjælp, og at arbejdsgiver ikke har søgt om bevilling af personlig assistance. I forklarer, at der i stedet blot er tale om en rummelig arbejdsplads. Derudover har I vedhæftet en kopi af Ds § 56-aftale.

Vi vurderer herefter, at der ikke er kommet nye oplysninger frem, som ændrer ved vores tidligere vurdering af sagen. Vi henviser i øvrigt til begrundelsen i afgørelsen. Årsagen er, at D er ansat på fuld tid til 37 timer om ugen. At der foreligger en § 56-aftale er ikke i sig selv ensbetydende med et yderligere erhvervsevnetab, og aftalen forklarer i øvrigt ikke, hvorfor D modtager en lavere løn, herunder uden pension, end den gennemsnitlige løn, som fremgår af Uddannelsesguiden.

Dertil kommer, at det er uden betydning for vurderingen af erhvervsevnetabet, at arbejdspladsen er rummelig. Havde der derimod været søgt om og bevilliget personlig assistance, kunne dette inddrages som et moment i vurderingen. Personer med en personlig assistent skal som hovedregel have fastsat deres erhvervsevnetab ud fra en skønsmæssig

vurdering af, hvad personen ville eller burde kunne tjene, hvis muligheden for personlig assistance ikke forelå. Det skyldes, at en personlig assistent betragtes som en social ydelse, som efter lovens udgangspunkt ikke kan indgå i skønnet over erhvervsevnetabets størrelse.

Vi vurderer desuden, at der ikke er sket væsentlige sagsbehandlingsfejl eller ændring af de retlige forhold.”

Der er for landsretten fremlagt et udskrift af 8. september 2015 fra ”UddannelsesGuiden”, udgivet af Undervisningsministeriet, hvoraf det fremgår, at den gennemsnitlige indtægt pr. måned, inklusive pension, tillæg, værdi af personalegoder mv. i 2013 for en nyuddannet klubpædagog var henholdsvis 26.110 kr. for privatansatte og 27.117 kr. for ansatte i en kommune. Danmarks Statistik er angivet som kilde.

Der er desuden fremlagt en række bilag, hvoraf det fremgår, at Fagligt Fælles Forbund ved advokat Claus Hanghøj har haft en længere korrespondance med både Danmarks Statistik og Styrelsen for It og Læring med henblik på at fremskaffe det datamateriale, der ligger til grund for de lønoplysninger vedrørende klubpædagoger i UddannelsesGuiden, der er henvist til i Ankestyrelsens afgørelse.

I brev af 30. april 2019 anmodes Danmarks Statistik om at oplyse, hvorvidt det vil være muligt at fremskaffe det pågældende datamateriale, og parterne har i forlængelse heraf en mailkorrespondance, hvor Danmarks Statistik blandt andet oplyser følgende:

”Eftersom vi ikke sender noget til uddannelsesguiden, der i vores levering specifikt hedder klubpædagog, så kan jeg ikke redegøre, for hvilke uddannelseskategorier der ligger til grund for den løn som bliver angivet i forbindelse med uddannelsesguiden, mht. en nyuddannet klubpædagog.”

Den 20. juni 2019 blev Undervisningsministeriet anmodet om aktindsigt i den dokumentation, ”der ligger til grund for UddannelsesGuidens indkomstoplysninger for nyuddannet klubpædagog i 2013, herunder bl.a. materiale tilvejebragt fra Danmarks Statistik til brug herfor”. Ved afgørelse af 26. juni 2019 meddelte Styrelsen for It og Læring afslag på aktindsigt med henvisning til, at det ikke er muligt at dokumentere de oplysninger, som lå på UddannelsesGuiden i 2013, idet indholdet opdateres løbende og ikke arkiveres. Det bliver i forlængelse heraf oplyst, at indkomstoplysningerne på UddannelsesGuiden stammer fra et årligt særtræk fra Danmarks Statistik.

På baggrund af en fornyet henvendelse fremsendte Styrelsen for It og Læring den 26. juni 2019 et særtræk, som er dateret den 2013, og som derfor ifølge sty-

relsen "må forventes at være den fil, som er uploadet på UddannelsesGuiden samme år". Af dette særtræk fremgår blandt andet under "Pædagogisk arbejde, fritidsgrupper/legepladser", at månedslønnen for aldersgruppen 19-24 år er henholdsvis 27.117 kr. (sektor "K") og 26.110 kr. (sektor "P").

Den 16. august 2019 meddelte Styrelsen for It og Læring afslag på aktindsigt i oplysninger om "kommune for arbejdsstedets beliggenhed for de enkelte løndata på UddannelsesGuiden". Afslaget er begrundet med, at det ikke er muligt at efterkomme anmodningen, da et sådant detailniveau ikke er tilgængeligt via det særtræk, som leveres af Danmarks Statistik.

Forklaringer

D og NC har afgivet supplerende forklaring.

D har forklaret, at han forud for skaden var uddannet chauffør. Efter skaden havde han mange drøftelser med kommunen om, hvordan han kunne forsørge sig selv. Kommunen havde svært ved at pege på et job, han kunne varetage. De drøftede pension, men aftalte, at han skulle prøve pædagog-området. Han begyndte på VUC, men droppede ud, da han ikke er bogligt stærk. Det var ikke hans eget forslag at blive klubpædagog. Kommunen foreslog arbejdsprøvning på T-skolen, og han var der i 3 måneder, inden han begyndte på uddannelsen til klubpædagog.

Optagelse på uddannelsen til klubpædagog kræver som udgangspunkt 2 års pædagogisk erhvervs erfaring, men han fik dispensation fra dette krav. De var ca. 15 studerende på holdet, og et par af dem var også på revalidering. Der var også nogle, der tidligere havde arbejdet med noget tilsvarende, eksempelvis som SSP-konsulent eller familiebehandler. Under uddannelsen var han ugentligt én dag i skole og fire dage i praktik på T-skolen.

Han har brug for, at der bliver taget særlige skånehensyn i alle sammenhænge, hvor arme og hænder skal bruges. Han kan ikke foretage dokumentationsarbejde, og der er meget fysisk arbejde, han ikke kan klare. Det administrative arbejde videregiver han til en kollega. Det sker ved mundtlig overlevering. De er to værkstedsledere til 10 unge, der skal aktiveres. Hans andel består i at snakke meget, den anden værkstedsleder tager sig af det fysiske.

Da han blev ansat på T-skolen, blev lønnen fastsat efter en snak frem og tilbage om, hvad han kan bidrage med og hvilket arbejde, han kan udføre. Det har været drøftet at søge støtte fra kommunen, men det er ikke sket, da virksomheden hellere vil klare det økonomiske selv.

Han har ikke søgt andre jobs som klubpædagog. Han har overvejet dette men opgav, da det ikke virkede realistisk. Han arbejder stadig på fuld tid på T-skolen, og han tager fortsat dagligt smertestillende medicin.

NC har forklaret, at opgaverne for en klubpædagog, der er ansat på T-skolen, er en blanding af praktisk, pædagogisk og fysisk arbejde samt afrapportering. D havde brug for, at der blev taget særlige hensyn allerede, da han var i 3 måneders arbejdsprøvning i forbindelse med sit revalideringsforløb.

En fjerdedel af deres medarbejdere dør med skader. De har blandt andet en medarbejder, der kun kan arbejde én time om ugen. De har også medarbejdere, der pludseligt kan få det dårligt og herefter ikke kan arbejde i en længere periode.

Skolen er drevet af en erhvervsdrivende fond, der også driver en stor restaurant og en trævarefabrik. Det hele drives som en socialøkonomisk virksomhed, hvor et eventuelt overskud føres tilbage til virksomheden.

De er bekendt med mulighederne for at søge økonomisk støtte, men gør det normalt ikke. Der er dog en enkelt medarbejder, der har krævet dette, fordi hun ikke vil have dårlig samvittighed.

Det er bogholderen, S, der står for medarbejdernes løn og sørger for, at der sker almindelig lønregulering. Det er sjældent, at han selv taler med medarbejderne om løn. Det er hans vurdering, at den nuværende løn er rimelig for alle medarbejderne. Der er ved fastsættelsen af lønnen taget hensyn til den enkeltes særlige forudsætninger. Det er også sket i Ds tilfælde.

De kan selv fastsætte medarbejdernes løn. Lønnen ligger for næsten alle medarbejders vedkommende over det niveau, der er på det almindelige arbejdsmarked. D får en lavere løn end den anden værkstedsleder, C, da D ikke kan klare det samme som C. C har ikke de samme skånebehov, og han er efterhånden en fuldtidende medarbejder. Det bliver D aldrig. Han vurderer, at D yder 75-80% i forhold til Cs arbejdsindsats.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten.

Fagligt Fælles Forbund som mandatar for D har yderligere anført, at der på baggrund af den manglende mulighed for at få bekræftet de lønoplysninger, som ligger til grund for Ankestyrelsens afgørelse (indtægtsmuligheder oplyst i Uddannelsesguiden), herunder hvilke dataoplysninger der ligger til grund her-

for, foreligger det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte Ankestyrelsens afgørelse.

Ankestyrelsen har heroverfor anført, at styrelsen som offentlig myndighed må kunne lægge oplysninger fra Danmarks Statistik uprøvet til grund, når der træffes afgørelser. Danmarks Statistik er den øverste statistiske myndighed med den højeste form for sagkundskab på området.

Ankestyrelsen har desuden anført, at D ikke har godtgjort, at han i sin ansættelse har behov for sådanne skånehensyn, at dette kan begrunde, at han modtager en løn, som er væsentligt under landsgennemsnittet. D er ansat på fuld tid til 37 timer om ugen, og han har ikke dokumenteret, at han har behov for særlige skånehensyn, herunder eksempelvis ved ansøgning om eller bevilling af personlig assistance.

Landsrettens begrundelse og resultat

Det fremgår af arbejdsskadesikringslovens § 17, stk. 1, at hvis en arbejdsskade har nedsat tilskadekomnes evne til at skaffe sig indtægt ved arbejde, har den pågældende ret til erstatning for tab af erhvervsevne. Der ydes ikke erstatning, hvis tabet af erhvervsevne er mindre end 15 pct. Efter lovens § 17, stk. 2, skal der ved bestemmelsen af tabet af erhvervsevne tages hensyn til tilskadekomnes 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.

Vurderingen af, om der er lidt et erhvervsevnetab, foretages ved, at der opstilles en prognose for, hvad skadelidte ville have tjent, hvis skaden ikke var sket, som skal sættes i forhold til prognosen for, hvad skadelidte må antages at kunne tjene med skaden, jf. herved Højesterets dom af 18. november 2009 (gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2010, side 467).

Der er enighed mellem parterne om, at det ved vurderingen af Ds tab af erhvervsevne kan lægges til grund, at han uden arbejdsskaden kunne have tjent ca. 468.000 kr. årligt i 2015-niveau.

Landsretten skal herefter tage stilling til, om der foreligger et fornødent sikkert grundlag for at tilsidesætte Ankestyrelsens skønsmæssige vurdering af, at D efter sin arbejdsskade burde kunne tjene ca. 26.110 kroner om måneden i 2013-niveau, hvilket svarer til 325.000 kr. om året i 2015-niveau, og at erhvervsevnetabet dermed kan fastsættes til 30 %.

Efter at have pådraget sig en arbejdsskade med svært nedsat funktion af begge hænder har D gennemgået et revalideringsforløb, og han har gennemført en

uddannelse som klubpædagog. Han er nu ansat på fuld tid som klubpædagog på T-skolen, hvor han arbejder som værkstedsleder for 10 elever, og hvor han efter det oplyste har en månedsløn på 21.896,66 kr. (2015-niveau).

Det er ubestridt, at D i arbejdet som klubpædagog har behov for, at der tages skånehensyn ved arbejde, hvor arme og hænder skal benyttes. D har for landsretten forklaret, at de er to værkstedsledere på hans afdeling på T-skolen, og at de har delt opgaverne imellem sig, således at D udelukkende tager sig af pædagogisk arbejde, mens den anden værkstedsleder tager sig af det fysiske arbejde, der måtte være nødvendigt. D får desuden kollegers hjælp til det dokumentationsarbejde, som han ikke selv kan udføre.

Landsretten finder, at det ikke er tilstrækkeligt godtgjort, at den omstændighed, at der er nogle opgaver som klubpædagog, som D ikke kan varetage, betyder, at D ikke ved varetagelsen af andre pædagogiske opgaver kan oppebære en løn svarende til det, der ifølge oplysninger fra Danmarks Statistik udgør den gennemsnitlige løn for en nyuddannet klubpædagog. Der foreligger herefter ikke et fornødent sikkert grundlag for at tilsidesætte Ankestyrelsens vurdering af, at tabet af erhvervsevne kan fastsættes til 30 %.

Landsretten stadfæster derfor byrettens dom.

Efter sagens udfald skal Fagligt Fælles Forbund som mandatar for D i sagsomkostninger for landsretten betale 60.000 kr. til Ankestyrelsen. Beløbet er til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet taget hensyn til sagens omfang og forløb.

THI KENDES FOR RET:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Fagligt Fælles Forbund som mandatar for D inden 14 dage betale 60.000 kr. til Ankestyrelsen. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.