

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 6. november 2017 af Østre Landsrets 6. afdeling
(landsdommerne Kåre Mønsted, Finn Morten Andersen og Mohammad Ahsan (kst.)).

6. afd. nr. B- [REDACTED]

[REDACTED] Forsikring A/S

(advokat Jacob Fenger)

mod

Ankestyrelsen

(Kammeradvokaten ved advokat Sanne H. Christensen)

Denne sag, der er anlagt ved Retten på Frederiksberg, er ved Frederiksberg Rets kendelse af 18. marts 2016 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagen drejer sig om, hvorvidt der skal foretages en kausalitetsvurdering efter arbejdsskadessikringslovens § 12, stk. 2, ved fastsættelsen af et midlertidigt erhvervsevnetab efter arbejdsskadessikringslovens § 17 a i en situation, hvor en person overgår fra fleksjob til ledighedsydelse.

Sagsøgeren, [REDACTED] Forsikring A/S, har nedlagt principal påstand om, at sagsøgte, Ankestyrelsen, skal anerkende, at Susan [REDACTED] i anledning af hendes ar-

bejdsskade den 31. marts 2006 alene har krav på midlertidig erstatning for tab af erhvervs-
evne med 20 procent efter den 1. oktober 2013, subsidiært at Ankestyrelsen skal anerken-
de, at Susan [REDACTED] alene har krav på midlertidig erstatning for tab af
erhvervsevne for en erhvervsevneprocent efter rettens skøn og mindre end 55 procent efter
den 1. oktober 2013, og mere subsidiært at sagen hjemvises til fornyet behandling i Anke-
styrelsen, hvorunder styrelsen pålægges at tage stilling til, i hvilket omfang Susan [REDACTED]
[REDACTED] konkurrerende lidelser skal begrunde en reduktion i det udmålte er-
hvervsevnetab.

Sagsøgte, Ankestyrelsen, har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

Susan [REDACTED] var den 31. marts 2006 udsat for en arbejdsskade under
arbejdet som socialpædagog i botilbuddet [REDACTED]. Af egen læges journalnotat af
7. april 2006 fremgår følgende om arbejdsskaden:

"07.04.06	L01 Sympt/klage f nakke ex.hovedpine
Subjektiv	Arbejder med udviklingshæmmede, en voksen mand hoppede op på hende, holdt hende om nakken, var glad for at se hen- de... Nu 1 uge efter fortsat smerter i nakke og lænd. Træthed OBJ: Dir. ømhed af nakkefæster og nakke musk. , let ind- skrænket bevægelighed, intet radikulært ..."

I en lægeerklæring af 11. juli 2006 udarbejdet af Susan [REDACTED] egen læ-
ge, hvorved arbejdsskaden blev anmeldt til Arbejdsskadestyrelsen, fremgår blandt andet
følgende:

"Udfyldes af den undersøgende læge

1 Diagnose angivet på dansk og latin

Diagnose på dansk: Piske-
smæld/discusprolaps

Diagnose på latin:
Whiplash/cervikal discuspro-
laps

2 Oplyser den tilskadekomne, at der

Hvilke klager/symptomer oply-

aktuelt er klager/symptomer?...

ser den tilskadekomne om aktuelt?

Smerter i nakken, strålende ud i højre arm. Paræstegier i højre hånd. Hovedpine, svimmelhed”

Susan [REDACTED] blev den 27. oktober 2006 opereret for den discusprolaps i nakken, der er angivet i lægeerklæringen.

Af egen læges journalnotat af 7. december 2006 fremgår det, at hun fik foretaget en scanning for knogletæthed og af samme journalnotat af 23. januar 2007 fremgår det, at scanningen viste, at hun havde osteopeni (afkalkning af knoglerne) i lænden tæt på grænsen til knogleskørhed (osteoporose).

Af en speciallægeerklæring af 5. marts 2007, der efter anmodning fra Jobcenteret i Lyngby-Taarbæk Kommune er udarbejdet af overlæge Ebbe Bonde Sørensen fra Neurokirurgisk Afdeling på Glostrup Hospital, fremgår blandt andet følgende:

”Socialt:

Socialpædagog. Har arbejdet nuværende sted siden 2003, 35 timer pr. uge. Er delvist sygemeldt i øjeblikket. Arbejder 20 timer pr. uge. Der er planlagt ændret arbejdstid, således at der ikke vil forekomme 2 dage i træk og evt. flexjob er under planlægning.

...

Aktuelle forløb:

Er kendt i neurokirurgisk regi siden september 2006. Henvendte sig her på grund af smerter i nakken med udstråling til højre arm. Tidligere opereret for karpaltunnelsyndrom med god effekt på venstre side, men fortsat gener i højre side. Blev udredt med MR-skanning af halshvirvelsøjlen samt CT-skanning og denne viste discusprolaps, knoglefremspring mellem 5. og 6. hvirvel på højre side. Man foretog operation for dette den 27.10.06 med fjernelse af discusprolaps og osteofyt samt isættelse af en såkaldt peek-cage mellem 5. og 6. halshvirvel. Efterfølgende fulgt ambulant den 18.01.07. Operationen havde nogen effekt på de udstrålende smerter til højre arm, men generne er bestemt ikke fuldstændig forsvundet.

Får aktuelt fysioterapi en gang ugentligt. Udøver selv nakkeøvelser, men er fortsat meget generet af følgende symptomer:

1. Nakkesmerter med udstråling til højre arm, især overarm.
2. Problemer med at styre/bruge højre hånd på grund af ubehagsfølelse i hånden
3. Ændret følesans i hånden.
4. Problemer med at sove om natten. Får sjældent en fuld nats søvn, da det tit og ofte er svært at finde en hvilestilling.
5. Problemer med at sidde, ligge, stå og gå. Giver nakkesmerter.

...

Resumé og konklusion:

51-årig kvinde, tidligere velfungerende. Har passet sit arbejde til punkt og prikke. Bliver på sin arbejdsplads udsat for beskadigelse af halshvirvelsøjlen i forbindelse med klientkontakt. Efterfølgende opereret i hændledene, men også i halshvirvelsøjlen på grund af discusprolaps og formentlig årsagen til at disse gener opstod. Efter operationen har der været nogen effekt af indgrebet, men der er fortsat betydelige gener i form af nakkesmerter, udstrålende smerter til højre arm samt problemer med at bruge armen, kompromitteret nattesøvn og især betydelig nedsat funktionsniveau på hjemmefronten, men også i arbejdsmæssig sammenhæng.

Ved den objektive undersøgelse finder man massiv bevægeindskrænkning i halshvirvelsøjlen samt føleforstyrrelser i højre hånd.

Da SM er ret opsat på at forsøge en ordening med et flex-job, mener jeg, at man bør støtte denne beslutning på baggrund af at man ikke kan forvente nogen ændring i de aktuelle gener. Der er tale om et varigt mén og en reduceret erhvervsevne under normale omstændigheder.”

Susan [REDACTED] fik den 30. maj 2007 tilkendt fleksjob på 20 timer ugentligt i botilbuddet [REDACTED]

Arbejdsskadestyrelsen traf den 28. juli 2008 i medfør af arbejdsskadesikringslovens § 17 a afgørelse om, at Susan [REDACTED] arbejdsskade havde medført et erhvervsevnetab på 20 procent. Arbejdsskadestyrelsen foretog i den forbindelse ikke fradrag i erhvervsevnetabserstatningen efter arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2.

Af Susan [REDACTED] egen læges journalnotat af 15. august 2008, hvor hun efter det oplyste første gang fik stillet diagnosen knogleskørhed, fremgår blandt andet følgende:

”15.08.08	L95 Osteoporose
Subjektiv	Kommer til svar på BDM måling, som viser acc. knogletab på trods af korrekkt behandl. med alendronat og kalk tilskud Konf. med Bo Abrahamsen, Osteoporose klinikken...”

Susan [REDACTED] blev fra april 2009 til november 2009 fulgt på Tværfagligt Smertecenter på Herlev Hospital. Af udskrivningsepikrisen af 5. november 2009 fremgår blandt andet følgende:

”EPIKRIS:

54-årig kvinde som i 2006 er opereret for cervikal diskusprolaps på C5/C6 niveau. Hun præsenterer nu voldsomme følger efter denne cervikale prolapsoperation i form af hypersensibiliseringstilstand og med neuropatiske smerter i højre arm.

...

Hun har fuld accept af det varige smerte- og funktionshandicap. Hun har imidlertid et pågående socialt erhvervsmæssigt problem. Hun er så sensibiliseret i sit nervesystem, at hun har svært ved at magte sit fleksjob, hvor hun arbejder overmådeligt uhensigtsmæssigt med 7-8 timer af gangen. Dette er mere end hendes sensibiliserede nervesystem og dermed krop kan klare. Hun kommer sædvanligvis hjem og må ligge i sengen - ofte også weekenden over med mindre hun har weekendvagt. Det vil være mest opportunt om hun kunne omskoles til et andet ikke-fysisk belastende arbejde og med passende hvilepauser.

...

For nærværende er der ikke indikation for yderligere intervention fra vores side. Det primære må være erhvervsmæssig intervention/omskoling/omplacering."

I et bilag af 5. marts 2012 til et arbejdsgiverskema, som botilbuddet [REDACTED] havde udarbejdet som følge af Jobcenteret i Lyngby-Taarbæk Kommunes årlige opfølgning på Susan [REDACTED] fleksjob, fremgår følgende:

"Vi har indgået aftale om, at Susan arbejder 19 timer om ugen i stedet for 20 timer. Nedsættelsen i timetallet er dækket af botilbuddet.

Susan bad i efteråret 2011 om at blive løst fra at arbejde om søndagen. Begrundelsen var at arbejdet blev for fysisk hårdt for Susan, når alle beboerne er hjemme i huset i weekenden.

Ved ikke at arbejde om søndagen optjener Susan ikke længere 4 timer til afspadsering og derfor indgik vi aftale pr. 1. oktober 2011, at Susan fremover arbejder 19 timer om ugen. Det svarer i realiteten til det antal timer Susan hidtil har arbejdet, men Susan arbejder nu kun på hverdage.

Susan fortæller, at hun bruger alle sine kræfter på sit arbejde og har brug for total hvile når hun er hjemme, men med mange stillingsskift og uro. Susan har anskaffet robotstøvsuger, eleverbar seng m.m. Susan fortæller at hun ikke sover roligt en eneste nat, men er oppe og gå rundt, laver øvelser, læser, skifter puder, skifter stilling.

Susan ønsker at arbejde på det nuværende antal timer, men er i tvivl om, hvor længe hun kan klare det. Susan ønsker at se tiden an."

Susan [REDACTED] fik i september 2012 svar på en såkaldt dexascanning, der viste, at hendes knogleskørhed var forværret, hvorefter hun den 21. september 2012 blev sygemeldt.

Til en mulighedserklæring af 23. oktober 2012, der er udarbejdet af botilbuddet Kellersvej 8 og 9, er der knyttet en lægeattest af 24. oktober 2012 udarbejdet af Susan [REDACTED] [REDACTED] egen læges, hvori anføres blandt andet følgende:

”Kendt astma siden barndommen, været i behandling med binyrebak hormon siden.

Nu udviklet knogleskørhed i så svær grad at fysisk arbejde med fysisk og psykisk udviklingshæmmede ikke er forsvarligt pga risiko for skader og brud på knogler.

I flexjob siden 2007 pga arbejdsskade med en discusprolaps i nakke. Blev opereret i 2006. Dette uden effekt, da nerven var kronisk beskadiget. Har siden haft konstante smerter både dag og nat. Har brugt al sin energi og sit overskud på at fastholde sit flexjob, der imidlertid blev nedsat til 19 timer i foråret 2012. Kan derfor ikke varetage stillesiddende arbejde, såsom kontor arbejde.”

I en statusattest af 15. november 2012 til Lyngby-Taarbæk Kommune, der også er udstedt af Susan [REDACTED] [REDACTED] egen læge, anføres blandt andet følgende:

”Funktionsniveauet er nedsat i forhold til hun ikke kan tåle tunge løft og pludselige vrid. Specielt i relation til hendes nuværende arbejde med psykisk og fysisk handicappede er der stor risiko for pludselige bevægelser og belastninger. Fremtidige skånebehov i relation til hendes osteoporose er et arbejde i et roligt og forudsigeligt tempo.

Tilstanden er kronisk og kan bremses med medicinsk behandling, men det bliver ikke bedre, kun forværring over de næste år.

Susan har så en anden problematik omkring hendes kroniske smerter i nakke og højre arm, som gør at hendes funktionsniveau er reduceret i forhold til arbejdstid og arbejdsopgaver.

I henh. til mødet d. 14/11, vil jeg også foreslå forsøg med 12 timers flexjob med et job med variende arbejdsfunktioner af lettere karakter.”

I en statusattest af 6. december 2012 til Lyngby-Taarbæk Kommune udarbejdet af speciallæge i endokrinologi professor, overlæge, ph.d. Bo Abrahamsen fra Osteoporoseklinikken på Gentofte Hospital anføres det, at Susan [REDACTED] [REDACTED] risiko for knoglebrud er øget i forhold til det normale.

Den 13. december 2012 traf Jobcenteret i Lyngby-Taarbæk Kommune afgørelse om ophør af refusion af sygedagpenge med den begrundelse, at Susan [REDACTED] [REDACTED] ikke længere vurderedes at kunne varetage sit fleksjob. Det blev samtidig anført, at der ikke var noget til hinder for, at hun vil kunne varetage et andet fleksjob på 12 timer om ugen med lettere arbejdsfunktioner.

Susan [REDACTED] blev ved brev af 21. december 2012 afskediget fra sit job i botilbuddet [REDACTED] med et varsel på 9 måneder, således at hun endeligt skulle fratræde den 30. september 2013. Af brevet fremgår blandt andet følgende:

”Begrundelse for afskedigelsen er, at du af helbredsmæssige årsager ikke er i stand til at varetage dit nuværende arbejde med de skånehensyn der er i dit fleksjob. Der har den 13. november 2012 været afholdt en rundbordssamtale, hvor ledelsen på din arbejdsplads desværre måtte meddele dig, at de ikke var i stand til at etablere et fleksjob til dig med yderligere skånehensyn.”

Ved brev af 24. september 2013 bevilgede Lyngby-Taarbæk Kommune Susan [REDACTED] [REDACTED] ledighedsydelse fra den 1. oktober 2013 (ledighedsydelse mellem to job).

På baggrund af en henvendelse fra Susan [REDACTED] [REDACTED] fagforening genoptog Arbejdsskadestyrelsen erhvervsevnetabserstatningssagen, og den 7. november 2013 fastholdt Arbejdsskadestyrelsen, at Susan [REDACTED] [REDACTED] erhvervsevnetab fortsat var på 20 procent. Af afgørelsen fremgår blandt andet følgende:

”Begrundelse

Vi har 28. juli 2008 fastsat dit tab af erhvervsevne som følge af arbejdsskaden til 20 procent.

Vi har genoptaget sagen, idet der er fremkommet nye oplysninger om, at du nu er opsagt fra dit fleksjob og er overgået til ledighedsydelse. Det fremgår af de kommunale akter, at årsagen til sygemeldingen fra fleksjobbet er, at du har fået konstateret knogleskørhed.

Du har fra 1. juni 2007 og frem til sygemelding i september 2012 varetaget dit fleksjob med de skånebehov som var betinget i fleksjobs bevillingen. Du er nu afskediget fra dit fleksjob, idet du ikke længere er i stand til at varetage arbejde med de skånehensyn der er i dit fleksjob. Det fremgår af kommunens akter, at sygemeldingen skyldes den konstaterede knogleskørhed.

Du har således i mere end 5 år været i stand til at varetage fleksjobbet med de skånehensyn som var aftalt på grund af arbejdsskadens følger.

På baggrund af ovenstående vurderer vi, at dit tab af erhvervsevne som følge af arbejdsskaden fortsat er 20 procent og at overgangen til ledighedsydelse ikke skyldes arbejdsskadens følger.”

Arbejdsskadestyrelsens afgørelse blev påklaget til Ankestyrelsen af Susan [REDACTED] [REDACTED] fagforening, og den 17. august 2015 traf Ankestyrelsen afgørelse om, at Susan [REDACTED] [REDACTED] i medfør af arbejdsskadesikringslovens § 17 a havde ret til

midlertidig erstatning for tab af erhvervsevne på 55 procent. Af afgørelsen fremgår blandt andet følgende:

”Begrundelsen for afgørelsen

Vi vurderer, at du har et midlertidigt tab af erhvervsevne på 55 procent, mens du er på ledighedsydelse.

Vi har fastsat dit erhvervsevnetab til forskellen mellem den indtjening, du ville have haft, hvis arbejdsskaden ikke var sket, og ledighedsydelsen.

Vi finder ikke, at det kan ændre ved resultatet, at du forlod fleksjobbet af andre helbredsmæssige årsager end arbejdsskaden og som følge af ophøret af fleksjobbet overgik til ledighedsydelse.

...

Om reglerne

Erstatning for tab af erhvervsevne kræver, at arbejdsskaden varigt har nedsat tilskadekomnes evne til at skaffe sig indtægt ved arbejde. Tabet skal være mindst 15 procent.

Hvis tilskadekomne efter en arbejdsskade bliver visiteret til fleksjob som følge af arbejdsskaden, har tilskadekomne ret til midlertidig erstatning for tab af erhvervsevne svarende til forskellen mellem ledighedsydelsen og den hypotetiske indtægt, tilskadekomne ville have haft, hvis skaden ikke var sket.

Der er tale om en undtagelse til lovens almindelige udgangspunkt om, at der sker en skønsmæssig vurdering af tab af erhvervsevne.

Om tilkendelsestidspunktet

Vi vurderer, at der er dokumenteret et tab som følge af arbejdsskaden den 1. oktober 2013, hvor du overgik til ledighedsydelse.”

Under sagen er der stillet spørgsmål til Retslægerådet, der i en erklæring af 29. juni 2017 har udtalt følgende:

”Spørgsmål 1:

Retslægerådet anmodes om at redegøre for udviklingen i tilskadekomnes knogleskørhedslidelse i perioden mellem den 31. marts 2006 og den 1. oktober 2013.

Retslægerådet bedes ved besvarelsen af spørgsmålet særligt oplyse, hvorvidt en eventuel forværring var forårsaget eller påvirket af grundlidelsen uafhængige forhold og i givet fald hvilke.

Det bedes i tilknytning hertil oplyst, om arbejdsskaden den 31. marts 2006 eller denne skades følger har haft indflydelse på udviklingen af Susan [REDACTED] [REDACTED] knogleskørhedslidelse.

Der foreligger DXA-skanninger fra 1999, 2003, 02.12.16 og årene derefter frem til 16.09.13, som er relevante i denne sammenhæng.

Af bilag B og F fremgår det, at Susan [REDACTED] [REDACTED] gik i menopause tidligt (som 42-årig) og ikke tålte hormonbehandling. Dette er relevant, idet der hos kvinder efter menopausen ses et større knogletab i nogle år.

Det fremgår også (bilag B, side 39, og bilag F), at Susan [REDACTED] [REDACTED] har astma og i perioder har været behandlet med prednisolon (som kan forårsage eller forværre osteoporose), men det fremgår ikke, hvilke doser eller varighed, der har været tale om. Det er derfor umuligt på det foreliggende grundlag at vurdere betydningen heraf.

I 1999 blev kun ryggen skannet, mens både ryg og hofte er skannet efterfølgende. I perioden 1999 til 2003 skete der et fald i knoglemineraltætheden i ryggen på cirka 9 procent til en værdi på 0,955 g/cm².

I perioden 2003 til 04.12.06 skete der et fald på cirka 4,1 procent til en værdi på 0,916 g/cm² i ryggen og en stigning på cirka 1,2 procent i hoften til en værdi på 0,905 g/cm². Værdien i ryggen var tæt på grænsen for osteoporose (den såkaldte T-score var -2,4 idet -2,5 eller mindre betyder osteoporose).

Susan [REDACTED] [REDACTED] påbegynder 23.01.07 behandling for osteoporose med tablet Alendronat.

I årene derefter frem til 2012 ses med udsving fra år til år et fald i ryggen til 0,837 g/cm² og i hoften til 0,874 g/cm².

Behandlingen ændres derfor 24.09.12 til injektion Prolia (denne behandling synes aldrig effektueret) og igen 02.10.12 (bilag F) til intravenøs Aclasta én gang årligt.

Fra 2012 til 2013 ses en stigning i knoglemineraltæthed i både ryg og hofte på henholdsvis 3,5 procent og 1,5 procent.

Der er ved røntgenundersøgelser (2011 til 2015) og lateral DXA-scanning (2013) ikke fundet tegn på sammenfald (brud) i Susan [REDACTED] [REDACTED] rygsøjle. Der har på foreliggende ikke været brud i andre knogler.

Retslægerådet vurderer, at arbejdsulykken ikke har påvirket Susan [REDACTED] [REDACTED] osteoporose, idet traumet i sig selv ikke gav anledning til knoglebrud. Der er i det fremsendte materiale heller ikke dokumenteret lange perioder med fast sengeleje som følge af arbejdsulykken, der kunne betinge et større knogletab. Endelig var det årlige knogletab i de foregående år (1999 til 2003) større end i perioden 2003 til 2006 og 2006 til 2007.

Spørgsmål 2:

Det bedes oplyst, om der er medicinske holdepunkter for at fastslå, at følgerne efter arbejdsskaden, der af overlæge Ebbe Bonde Sørensen den 5. marts 2007 (bilag A) blev beskrevet som laesio traumatica columnae cervicalis, sewuale; prolapsus disci intervertebralis cervicalis, operata sequelae; og sequelae efter operation i højre håndled, i perioden mellem den 28. juli 2008 og den 1. oktober 2013 er blevet forværret.

I bekræftende fald bedes Retslægerådet beskrive en sådan forværring samt redegøre for ætiologien bag denne.

Det er uklart, om arbejdsskaden har medført en cervikal diskusprolaps. Retslægerådet bemærker, at der i sygehistorien tales om tilstedeværelsen af en cervikal diskusprolaps, som der er opereret for, men det er lidt uklart, hvad der egentlig blev fundet. Der beskrives en MR-skanning, hvor der ses forandringer, der kan tolkes som en diskusprolaps på niveau C5/6, men dagen før operationen laves en CT-skanning for at afklare, om der er tale om prolaps eller osteochondrotiske forandringer. Kun CT-skanningen er beskrevet af Retslægerådet, og beskrivelsen omtaler udelukkende osteochondrotiske forandringer. Det vil have betydning at skelne imellem de to forandringer, da osteochondrotiske forandringer ikke umiddelbart kan opfattes som et traumefølge.

Susan [REDACTED] havde forud for arbejdsulykken gener fra den højre arm til trods for, at der er gennemført to operationer for et veldokumenteret carpaltunnelsyndrom. Efter arbejdsulykke er Susan [REDACTED] i 2006 opereret for cervikalt rodkompression C5/6. Operationen medførte kun en mindre bedring, og i efterforløbet forværres Susan [REDACTED] tilstand i retning af en kronisk smertetilstand, der i sagsakter er mistænkt for at være af neuropatisk karakter. Forekomsten af neuropatiske smerter kan ikke entydigt opfattes som følge af nerverodstryk, men er langt mere diffuse i deres karakter.

Susan [REDACTED] smerteproblematik er mangesidet, idet der i sagsakter er beskrevet forandringer i højre skulderled, som sammen med følger efter carpaltunnelsyndrom, nakke-distorsion (arbejdsulykke) og nerverodstryk (osteochondrose) kan bidrage til den kroniske smertetilstand. Man må opfatte Susan [REDACTED] tilstand som et kronisk nakke-, skulder-, arm-, og -håndsyndrom, som det er ganske vanskeligt at angive, hvor årsagen til smertetilstanden skal findes.

Susan [REDACTED] knogleskørhed kan ikke opfattes som medvirkende til hendes smerter, idet der ikke er påvist brud i rygsøjlen.

Spørgsmål 3:

Giver ovennævnte spørgsmåls forelæggelse for rådet i øvrigt rådet anledning til bemærkninger.

Nej.

Spørgsmål A:

Retslægerådet bedes vurdere, om Susan [REDACTED] skånebehov, hvorefter hun ikke kunne varetage stillesidende arbejde, jf. bilag 6, s. 2, er en følge af:

1) Arbejdsskaden den 31. marts 2006 og de helbredsmæssige følger heraf.

- 2) Susan [REDACTED] konstaterede knogleskørhed.
- 3) En kombination af følgerne efter arbejdsskaden den 31. marts 2006 og andre forhold, herunder den konstaterede knogleskørhed.

Såfremt svaret er behæftet med usikkerhed, bedes Retslægerådet redegøre for denne usikkerhed. Såfremt det er muligt, bedes Retslægerådet i den forbindelse udtrykkeligt oplyse, hvorvidt det er mere sandsynligt, at skånebehovet udelukkende er forårsaget af Susan [REDACTED] konstaterede knogleskørhed, end af de under nr. 1 og 3 angivne forhold.

Skånebehov i relation til osteoporose vil være at undgå (tunge) løft.

Spørgsmål B:

Retslægerådet bedes vurdere, om Susan [REDACTED] skånebehov, hvorefter hun har behov for reduceret arbejdstid, jf. bilag 13, s. 1, er en følge af:

- 1) Arbejdsskaden den 31. marts 2006 og de helbredsmæssige følger heraf.
- 2) Susan [REDACTED] konstaterede knogleskørhed.
- 3) En kombination af følgerne efter arbejdsskaden den 31. marts 2006 og andre forhold, herunder den konstaterede knogleskørhed.

Såfremt svaret er behæftet med usikkerhed, bedes Retslægerådet redegøre for denne usikkerhed. Såfremt det er muligt, bedes Retslægerådet i den forbindelse udtrykkeligt oplyse, hvorvidt det er mere sandsynligt, at skånebehovet udelukkende er forårsaget af Susan [REDACTED] konstaterede knogleskørhed, end af de under nr. 1 og 3 angivne forhold.

Spørgsmål C:

Retslægerådet bedes vurdere, om Susan [REDACTED] gener i form af konstante smerter både dag og nat, jf. bilag 6, s. 2, er en følge af:

- 1) Arbejdsskaden den 31. marts 2006 og de helbredsmæssige følger heraf.
- 2) Susan [REDACTED] konstaterede knogleskørhed.
- 3) En kombination af følgerne efter arbejdsskaden den 31. marts 2006 og andre forhold, herunder den konstaterede knogleskørhed.

Såfremt svaret er behæftet med usikkerhed, bedes Retslægerådet redegøre for denne usikkerhed. Såfremt det er muligt, bedes Retslægerådet i den forbindelse udtrykkeligt oplyse, hvorvidt det er mere sandsynligt, at generne udelukkende er forårsaget af Susan [REDACTED] konstaterede knogleskørhed, end af de under nr. 1 og 3 angivne forhold.

Som anført under besvarelsen af spørgsmål 2 giver osteoporose som sådan ikke anledning til smerter eller andre symptomer. Smerter ved osteoporose optræder kun i forbindelse med eventuelle knoglebrud eller følger derefter (for eksempel fejlstilling eller tryk på nerver).

Spørgsmål D:

Susan [REDACTED] blev sygemeldt i september 2012 og efterfølgende afskediget fra sit fleksjob den 21. december 2012 med den begrundelse, at Susan

af helbredsmæssige årsager ikke var i stand til at varetage sit daværende job (bilag 7).

Retslægerådet bedes vurdere, om den forværring, der er sket i Susan helbredsmæssige tilstand i perioden fra den 1. juni 2007 til september 2012, er en følge af:

- 1) Arbejdsskaden den 31. marts 2006 og de helbredsmæssige følger heraf.
- 2) Susan konstaterede knogleskørhed.
- 3) En kombination af følgerne efter arbejdsskaden den 31. marts 2006 og andre forhold, herunder den konstaterede knogleskørhed.

Såfremt svaret er behæftet med usikkerhed, bedes Retslægerådet redegøre for denne usikkerhed. Såfremt det er muligt, bedes Retslægerådet i den forbindelse udtrykkeligt oplyse, hvorvidt det er mere sandsynligt, at forværringen udelukkende er forårsaget af Susan's konstaterede knogleskørhed, end af de under nr. 1 og 3 angivne forhold.

Supplerende oplyses, at Susan osteoporose blev forværret i perioden 2006 til 2012 på trods af tabletbehandling (der henvises i øvrigt til besvarelsen af spørgsmål 1). Hensynet til Susan osteoporose er i lægeerklæring af 24.10.12 (bilag 6) afgørende for vurderingen af, at Susan ikke kan bestride sit job, som indebærer risiko for pludselig belastninger af ryggen.

Spørgsmål E:

Giver sagen i øvrigt Retslægerådet anledning til bemærkninger?

Ad spørgsmål A, B, C og D:

Retslægerådet vurderer, som følge af besvarelsen af spørgsmål 2, at det ikke er muligt at besvare spørgsmål om hvorvidt Susan skånebehov, behov for reduceret arbejdstid, konstante smerter og forværring i tilstanden skyldes enkeltforhold eller en kombination af de tilstedeværende tilstande."

Forklaringer

Der er i landsretten afgivet forklaring af Susan der har forklaret blandt andet, at hun arbejdede i botilbuddet som socialpædagog i 2006, da hun blev udsat for arbejdsskaden. Hun arbejdede med voksne udviklingshæmmede og varetog en række forskellige opgaver, herunder personlig og pædagogisk pleje samt samarbejde med det medicinske personale og pårørende. Arbejdsskaden skete ved, at en af de voksne beboere pludselig hoppede op på hende og holdt hende om nakken, ben og hofter. Hun væltede bagover, og det gjorde ondt i nakken og lænden. Der var et langt sygeforløb, hvor hun ikke var sengeliggende. Generne efter arbejdsskaden er bl.a., at hun føler, at "hovedet dingler som på et spyd", og hun har konstant smerter i højre arm. Huden på højre hånd føles for lille, og det spænder og gør ondt. Hun er meget bitter over arbejdsskaden.

Efter arbejdsskaden fik hun tilkendt fleksjob i [REDACTED]. Det var botilbuddets forstander, der tilbød fleksjobbet, da forstanderen gerne ville beholde hende. Hun arbejdede en dag ad gangen og kunne i løbet af arbejdsdagen holde pauser efter behov. Der var altid en anden kollega på arbejde samtidig. Fleksjobbet gik ikke godt, men hun klagede ikke over smerterne til kollegaerne, da hun ikke ville være en byrde. Generne efter arbejdsskaden gik udover hendes selskabsliv, der blev skåret væsentligt ned, ligesom hendes mand overtog de praktiske gøremål i hjemmet.

Hendes læge opdagede knogleskørheden i forbindelse med, at hun var til scanning som led i et almindeligt helbredstjek. Hun fik piller og lavede en række forskellige øvelser. Hun er ikke på nogen måde påvirket af knogleskørheden og har ikke haft brud, men hun passer på navnlig i forbindelse med, at hun løfter ting.

Generne i forbindelse med fleksjobbet blev værre. I 2012 blev hun løst fra at arbejde om søndagen, da det var for fysisk hårdt, fordi alle beboerne var hjemme i huset om weekenden. Hun gik også ned til at arbejde 19 timer om ugen. Hun mærkede ikke noget til knogleskørheden, da hun blev sygemeldt i september 2012, der i øvrigt skyldtes, at risikoen for brud på grund af knogleskørheden var for stor. Hun havde rent faktisk før sygemeldingen bedt sin arbejdsgiver om yderligere timer.

Hun har alle de steder, hvor hun har været ansat, fået gode anbefalinger. Hun har søgt mellem 5-600 stillinger og arbejder i dag på et plejehjem 9 timer om ugen, der er fordelt på 3 dage af 3 timers varighed. Hun har været ansat i den nuværende stilling i 2 år, som hun i øvrigt deler med en anden person, der også er i fleksjob. Hun udfører ikke fysisk arbejde såsom at bære og løfte plejehjemsbeboerne af hensyn til knogleskørheden, ligesom hun får ondt, hvis hun gør det. Hun hjælper derimod psykisk og verbalt. Det er hendes håb at forblive i denne stilling, indtil hun går på efterløn.

Procedure

[REDACTED] Forsikring A/S har i det væsentligste procederet i overensstemmelse med sålydende påstandsdokument af 28. august 2017:

”Sagen omhandler spørgsmålet om, hvorvidt en tilskadekommet arbejdstager, der efter at have været visiteret til og har fungeret i et fleksjob, efter arbejdsskadesikringsloven kan få dækket tab, som opstår på grund af efterfølgende ikke-kausale omstændigheder.

...

Der er mellem parterne uenighed om, hvorvidt udviklingen i tilskadekomnes knogleskørhed var eneste årsag til, at tilskadekomne ikke kunne fortsætte med at fungere i sit oprindelige fleksjob.

Det gøres gældende, at den fortsatte progrediering alene eller dog i altovervejende omfang var årsag hertil. ...

...

Det fremgår af Ankestyrelsens principafgørelse nr. 58-15, at:

"Når skadelidte efter ophør af fleksjob overgår til ledighedsydelse, mister skadelidte ikke retten til midlertidig erstatning efter de særlige regler om fastsættelse af tabet af erhvervsevne for personer, der efter en arbejdsskade er visiteret til fleksjob eller er i fleksjob.

Dette gælder, selv om skadelidte har forladt fleksjobbet af andre helbreds-mæssige årsager end arbejdsskaden og som følge af ophøret af fleksjobbet er overgået til ledighedsydelse."

Sagens centrale tvistepunkt er, om denne fortolkning af arbejdsskadesikringslovens § 17a er korrekt.

§ 17 a finder ubestridt anvendelse både ved fastsættelsen af erhvervsevnetabsprocenten umiddelbart efter en arbejdsskade, og hvor arbejdsskadesagen på grund af senere ændringer genoptages, jf. arbejdsskadesikringslovens § 42, stk. 1.

Der er efter sagsøgers opfattelse ingen forskel i anvendelsen af bestemmelsen i de to situationer. Sagsøger har forstået Ankestyrelsens tilkendegivelser under skriftvekslingen således, at Ankestyrelsen er enig heri.

Herefter kan parternes uenighed afgrænses til spørgsmålet om, hvorvidt § 12 om konkurrerende skadesårsager finder anvendelse i sager om erhvervsevnetabsudmåling efter § 17 a.

Ankestyrelsen har således ved afgørelsen af tilskadekomnes sag lagt til grund, at der ved anvendelsen af § 17 a ikke skal tages hensyn til konkurrerende skadesårsager, jf. ...:

Sagsøger forstår synspunktet således, at der ved anvendelsen af § 17 a efter Ankestyrelsens opfattelse alene kan tages højde for konkurrerende skadesårsager, hvis disse var til stede på tidspunktet for den første afgørelse om erstatning.

Synspunktet er muligvis afgrænset til, at konkurrerende skadesårsager kun er uden betydning i sager om midlertidigt erhvervsevnetab, jf. ... Begrundelsen for en sådan mulig forskel i fortolkningen ses ikke nærmere uddybet og bestrides som uhjemlet.

Det gøres gældende, at denne bortfortolkning af § 12, der bryder afgørende med helt grundlæggende erstatningsretlige principper, er uden støtte i lovens ordlyd, forarbejder eller formål, og at fortolkningen er ukorrekt.

Hvis fortolkningen, som påstået af sagsøger, er ukorrekt, indeholder sagen herudover tvistepunkter vedrørende ”fordelingen” af indtægtsnedgangen på hhv. arbejdsskaden og den forudbestående knogleskørhed.

Anbringender vedrørende arbejdsskadesikringslovens § 17 a

Som det fremgår, er den principale uenighed mellem parterne, hvorvidt arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, finder anvendelse i sager om genoptagelse af fastsættelsen af midlertidig erhvervsevnetab i sager, hvor den oprindelige fastsættelse er sket efter § 17 a.

Det er sagsøgers grundsynspunkt, at dette er tilfældet, således at der på genoptagelsestidspunktet skal foretages en sædvanlig, selvstændig vurdering af årsagssammenhængsspørgsmålet.

Det gøres gældende, at arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, der udtrykker et almindeligt og grundlæggende erstatningsretligt princip (kausalitetskravet), finder anvendelse, fordi der ikke i ordlyden af § 17 a eller forarbejderne hertil er holdepunkter for, at bestemmelsen kan bortfortolkes, og slet ikke så sikre holdepunkter, som må kræves for en tilsidesættelse af et helt grundlæggende erstatningsretligt kausalitetskrav.

Der er hverken i lovens ordlyd eller forarbejder holdepunkter for, at spørgsmålet skal eller kan behandles anderledes blot fordi der er tale om en sag om genoptagelse af spørgsmålet om midlertidigt erhvervsevnetab.

Det gøres videre gældende, at lovens og bestemmelsens formål forspildes, såfremt kausalitetskravet opgives i genoptagelsessager.

Der er mellem parterne enighed om, at formålet med § 17 a er, at personer, der er visiteret til eller er i fleksjob, ikke skal overkompenseres (...), jf. de generelle bemærkninger til lov om ændring af arbejdsskadesikringsloven (Lovforslag nr. 73 af 16. november 2005 (...)):

...

Accepteres den forståelse af § 17 a, som har fundet udtryk i Ankestyrelsen afgørelse af 17. august 2015, vil mange skadelidte i fleksjob imidlertid i modstrid med de klare motivudtalelser opnå en overkompensation.

...

Anbringender vedrørende kausalitetsvurderingen

Ankestyrelsen har anmodet om, at sagen – såfremt styrelsens fortolkning underkendes – hjemvises til fornyet behandling ved Ankestyrelsen, mens sagsøger ønsker en stillingtagen til den samlede tvist.

Det bestrides, at der er grundlag for at hjemvise sagen, idet Ankestyrelsen ved formuleringen af den allerede truffe afgørelse med bindende virkning har tilkendegivet, at tilskadekomnes ophør i fleksjob skyldtes arbejdsskaden uvedkommende forhold, og idet retten under alle omstændigheder har de nødvendige oplysninger til og forudsætninger for at tage stilling til spørgsmålet.

Særligt vedrørende sidstnævnte spørgsmål bemærkes, at det er en for domstolene ganske almindelig opgave at tage stilling til spørgsmål om årsagsforbin-

delse og adækvans i erstatningssager, og der er ikke i sagen omstændigheder, som vanskeliggør dette.

Tværtimod er sagen lægeligt velbelyst, både i form af samtidige beskrivelser af sygemeldingsårsagen og sygehistorik, dækkende lægejournal og en udtalelse fra Retslægerådet (...)

For så vidt angår spørgsmålet om årsagssammenhæng, gøres det som anført gældende, at overgangen fra fleksjob til ledighedsydelse alene skyldes tilskadekomnes progredierende knogleskørhed.

Denne udvikling er ifølge Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 1 og 2 (...) uden nogen medicinsk sammenhæng med arbejdsskaden.

Det følger heraf, at fordelingen af det samlede erhvervsevnetab (55 %) må foretages med 20 % til arbejdsskaden og 35 % til den konkurrerende lidelse, svarende til afgørelsen fra Arbejdsskadestyrelsen.

Det gøres til støtte herfor gældende, at tilskadekomnes lidelse ubestridt udviklede sig i tiden mellem arbejdsskaden og overgangen til ledighedsydelse, og at sygemeldingen og afskedigelsen fra fleksjobbet ifølge de samtidige notater skete netop på grund af denne udvikling. Det samme fremgår af tilskadekomne (dennes repræsentants) samtidige korrespondance med de involverede parter og myndigheder.

Hvis overgangen i nogen grad skyldes skånehensyn vedrørende skadelidtes gigtlidelse, er denne ikke relateret til arbejdsskaden.

Det gøres sideordnet hermed gældende, at de øvrige gener – udover gigtlidelsen – i større eller mindre omfang må henføres til forudbestående eller i øvrigt arbejdsskaden uvedkommende forhold, og at der også af denne grund må ske en reduktion i den udmålte erhvervsevnetabsprocent.”

Ankestyrelsen har i det væsentligste procederet i overensstemmelse med sålydende påstandsdokument af 30. august 2017:

”Det gøres overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Ankestyrelsens afgørelse af 17. august 2015 (...), hvorved Ankestyrelsen fandt, at Susan [redacted] havde ret til en midlertidig erstatning for tab af erhvervsevne på 55 procent.

Det kan ubestridt lægges til grund, at Susan [redacted] var visiteret til og ansat i et fleksjob, indtil hun blev opsagt med virkning fra den 30. september 2013, og at hun efter den 1. oktober 2013 overgik til at modtage ledighedsydelse. Det er ligeledes ubestridt, at Susan [redacted] visitation til fleksjob udelukkende var en følge af den anerkendte arbejdsskade, samt at der i forbindelse med vurderingen af hendes erhvervsevnetab ved Arbejdsskadestyrelsens afgørelse (...) ikke blev foretaget fradrag på grund af andre forhold, jf. arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2.

Grundlaget for Susan [REDACTED] ledighedsydelse efter ophøret i fleksjobbet var den fleksjobvisitation, som arbejdsskaden medførte.

Erhvervsevnetabet efter Arbejdsskadesikringsloven for personer visiteret til eller i fleksjob

Arbejdsskadesikringslovens § 17 a er en særregel, der regulerer, hvorledes erhvervsevnetabsprocenten skal fastsættes for personer, der er visiteret til eller er i fleksjob.

Personer i fleksjob opnår en indtjening, som ligger over deres indtjeningsevne. En sådan indtjening skal efter gældende almindelige erstatningsretlige principper ikke indgå ved tabsopgørelsen, da det er en social ydelse, jf. U.2003.162 H og U.2004.867H.

Arbejdsskadesikringslovens § 17 a er indført som en særregel, der giver adgang til at tage højde for denne sociale ydelse ved erstatningsberegningen, og bestemmelsen har til formål at regulere, at personer i fleksjob ikke skal opnå en indtjening, der ligger over indtjeningen før arbejdsskaden.

Ved bestemmelsen er de almindelige erstatningsretlige principper således fraveget, herunder princippet om, at sociale ydelser ikke inddrages i erstatningsfastsættelsen. Bestemmelsen indeholder ikke de skønselementer, som finder anvendelse i øvrige sager om erhvervsevnetab, og det er ikke det reelle tab, der erstattes. Erhvervsevnetabsprocenten fastsættes således alene på baggrund af beregningen af forskellen mellem indtjeningen før arbejdsskaden og ledighedsydelsen eller indtjeningen i fleksjobbet.

Sikrede, der får beregnet deres erstatning efter denne bestemmelse, får dermed en lavere erstatning, end hvis deres erstatning blev beregnet uden anvendelsen af arbejdsskadesikringslovens § 17 a.

Set i forhold til de almindeligt gældende regler om erhvervsevnetab i arbejdsskadesikringslovens § 17 bliver sikrede altså ikke kompenseret fuldt ud for deres nedsatte erhvervsevne.

Derfor skal personer, der overgår fra fleksjob til ledighedsydelse, også have kompenseret den indtjeningsnedgang, som de har i den sammenhæng. I modsat fald ville den sikrede ikke alene blive underkompenseret i forhold til de almindeligt gældende regler om erhvervsevnetab i arbejdsskadesikringslovens § 17, men tillige blive underkompenseret i forhold til den særlige erstatningsberegning, som er fastlagt for sikrede, der er visiteret til eller er i fleksjob.

Afgørende for, om bestemmelsen finder anvendelse, er ifølge lovens ordlyd, hvorvidt den tilskadekomne er visiteret til fleksjob eller er i fleksjob. Herudover er der i administrativ praksis stillet det krav, at der skal være årsagssammenhæng mellem arbejdsskaden og visitationen til fleksjobbet eller selve fleksjobbet. Er disse betingelser opfyldt, skal vedkommendes erstatning for tab af erhvervsevne fastsættes efter de særlige regler i § 17 a.

Grundlaget for Susan [REDACTED] fleksjobvisitation

I denne sag er der årsagssammenhæng mellem Susan [REDACTED] visitation til fleksjob og arbejdsskaden. Visitationen til fleksjobbet var tilmed udelukken-

de begrundet i arbejdsskadens følger. Dette kan lægges til grund som ubestridt, ligesom det er ubestridt, at Susan [REDACTED] [REDACTED] erstatning skal fastsættes i medfør af reglerne i arbejdsskadesikringslovens § 17 a.

Overgang til ledighedsydelse i samme fleksjobvisitation

Ved Susan [REDACTED] [REDACTED] overgang til ledighedsydelse blev grundlaget for hendes erhvervsevnetab væsentlig ændret. Forskellen mellem Susan [REDACTED] [REDACTED] opregulerede indtjening uden arbejdsskaden og ledighedsydelse medførte således, at hendes erhvervsevnetab i stedet udgjorde 55 procent, jf. arbejdsskadesikringslovens § 17 a, stk. 1.

I medfør af den foreliggende administrative praksis er der alene krav om kausalitet på tidspunktet, hvor den sikrede kommer ind i fleksjobregi.

Der skal ikke foretages en kausalitetsvurdering ved overgangen til ledighedsydelse, så længe den foreliggende visitation til fleksjob er uændret. Det er i den situation uden betydning for vurderingen af erhvervsevnetabet efter arbejdsskadesikringslovens § 17 a, om overgangen til ledighedsydelse helt eller delvist er forårsaget af arbejdsskaden, eller om overgangen skyldes andet end arbejdsskaden.

Overgangen til ledighedsydelse ændrede ikke ved, at Susan [REDACTED] [REDACTED] fortsat var visiteret til fleksjob udelukkende på baggrund af arbejdsskadens følger. Susan [REDACTED] [REDACTED] var qua de væsentligt ændrede forhold følgelig berettiget til at få genoptaget sin sag og få fastsat sit erhvervsevnetab midlertidigt i medfør af arbejdsskadesikringslovens § 17 a.

I en situation, som den foreliggende, hvor der ikke er foretaget fradrag efter arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, ved vurderingen af erhvervsevnetabet på baggrund af indtjeningen i fleksjobbet (...), skal der heller ikke ved vurderingen af erhvervsevnetabet på baggrund af indtægten i form af ledighedsydelse (med baggrund i samme fleksjobvisitation) foretages fradrag i medfør af arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2.

Ankestyrelsen har dermed været berettiget til at vurdere Susan [REDACTED] [REDACTED] erhvervsevnetab, jf. arbejdsskadesikringslovens § 17 a, uden hensyntagen til, om overgangen til ledighedsydelse eventuelt måtte være begrundet i andre forhold end arbejdsskadens følger.

Ankestyrelsens afgørelse af 17. august 2015 angår alene spørgsmålet om Susan [REDACTED] [REDACTED] midlertidige erhvervsevnetab efter overgangen til ledighedsydelse.

Ankestyrelsens afgørelse er ikke udtryk for, at der ved en ny visitation til fleksjob ikke skal foretages en vurdering af, om der evt. skal foretages fradrag i medfør af arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2. Hvis det i den situation må lægges til grund, at grundlaget for den nye visitation til fleksjob ikke alene er arbejdsskadens følger men tillige arbejdsskaden uvedkommende forhold, vil der være grundlag for fradrag i medfør af arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2.

Hvis Susan [redacted] evt. måtte blive ansat i et nyt fleksjob på baggrund af en ny fleksjobvisitation, vil der foreligge væsentlig ændrede omstændigheder i forhold til de omstændigheder, der begrundede Ankestyrelsens vurdering af det midlertidige erhvervsevnetab (...), og der vil i givet fald være grundlag for en genoptagelse af sagen.

Vurderingen af Susan [redacted] erhvervsevne vil da ske med fornøden inddragelse af arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, når det skal afgøres, om der er grundlag for at gøre fradrag i det samlede erhvervsevnetab.

Subsidiært

[redacted] Forsikring A/S har nedlagt påstand om, at Ankestyrelsen skal tilpligtes at anerkende, at Susan [redacted] i anledning af hendes arbejdsskade af 31. marts 2006 alene har krav på midlertidig erstatning af erhvervsevne med 20 procent, subsidiært et erhvervsevnetab efter rettens skøn og mindre end 55 procent (principalt og subsidiært).

En forudsætning for at tage disse påstande under påkendelse er, at der ikke alene tages stilling til, om der skal foretages en kausalitetsvurdering ved overgangen til ledighedsydelse, men at der tillige skal foretages en vurdering af, om og i hvilket omfang arbejdsskadens følger eventuelt har bidraget til overgangen til ledighedsydelse.

Årsagen til overgangen til ledighedsydelse har ikke været afgørende for Ankestyrelsens afgørelse, og Ankestyrelsen har naturligt ikke foretaget en nærmere prøvelse af dette spørgsmål. Dette illustreres også af det forhold, at Ankestyrelsen ikke har fundet anledning til at lade sig bistå af lægekonsulenter ved sagens afgørelse med henblik på at vurdere, hvorvidt overgangen til ledighedsydelse både skyldtes arbejdsskaden og andre forhold eller alene skyldtes andre forhold.

Hvis landsretten måtte komme frem til, at der ved erstatningsfastsættelsen ved overgangen til ledighedsydelse skal foretages en kausalitetsvurdering og dermed en vurdering af om og i hvilket omfang, der skal foretages fradrag i medfør af arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, bør sagen således hjemvises med henblik på en administrativ behandling heraf med fornøden inddragelse af lægefaglige bistand.

Mere subsidiært

For det tilfælde, at landsretten måtte finde, at prøvelsen af sagen kan angå, *i hvilket omfang* der skal ske fradrag i medfør af arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, ved vurderingen af Susan [redacted] erhvervsevnetab efter overgangen til ledighedsydelse, gøres det mere subsidiært gældende, at det ikke er godtgjort, at der i denne sag er grundlag for at foretage fradrag i det påviste erhvervsevnetab, jf. arbejdsskadesikringslovens § 12.

Det er [redacted] Forsikring A/S, der bærer bevisbyrden for, at Susan [redacted] [redacted] også uden arbejdsskaden ville have lidt et erhvervsevnetab, jf. arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2.

På baggrund af Retslægerådets udtalelse kan det lægges til grund, at Susan [redacted] knogleskørhed alene medførte skånehensyn i forhold til at

undgå (tunge) løft (besvarelsen af spørgsmål A...). Susan [REDACTED] samlede skånebehov kan imidlertid ikke henføres til knogleskørheden eller til andre forhold fremfor arbejdsskaden, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmål E (...).

Retslægerådets udtalelse understøtter således, at Susan [REDACTED] overgang til ledighedsydelse ikke alene var begrundet i hensynet til hendes knogleskørhed, idet størstedelen af hendes skånehensyn ikke var foranlediget af knogleskørheden.

I overensstemmelse hermed fremgår det af et opfølgningskema af 5. marts 2012 (...), at Susan [REDACTED] i fleksjobbet var besværet af, at arbejdet var for fysisk hårdt for hende, at hun brugte alle sine kræfter på sit arbejde, samt at hun var i tvivl om, hvor længe hun kunne klare arbejdet.

Susan [REDACTED] samlede skånehensyn og deraf følgende erhvervsevnetab kan således ikke med overvejende sandsynlighed tilskrives andet end arbejdsskaden, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmålene A-E (...).

Uanset, at Susan [REDACTED] knogleskørhed indebærer visse skånehensyn, der kunne have fået betydning for arbejdet som socialpædagog, er der endvidere på baggrund af de foreliggende oplysninger om hendes arbejdsfunktioner og erhvervskompetencer før arbejdsskaden indtraf, ikke grundlag for at antage, at hun - uden arbejdsskaden - ikke ville kunne have fortsat sit oprindelige arbejde som socialpædagog, eller eventuelt have opnået samme indtjening ved f.eks. et arbejde som leder inden for det socialpædagogiske felt.

Som følge heraf påvirker knogleskørheden ikke prognosen for, hvad hun ville kunne have tjent uden arbejdsskaden. Det kan derfor ikke tillægges betydning, at den efterfølgende knogleskørhed kræver yderligere skånehensyn i forhold til de funktioner, som Susan [REDACTED] kan udføre efter arbejdsskaden.

[REDACTED] Forsikring A/S har således ikke godtgjort, at overvejende sandsynlighed taler imod, at hele erhvervsevnetabet skyldes arbejdsskaden, jf. arbejdsskadeforsikringslovens § 12, stk. 2."

Retsgrundlaget

Bestemmelserne i den dagældende arbejdsskadesikringslovs §§ 12, 17 og 17 a havde følgende ordlyd, jf. lovbekendtgørelse nr. 154 af 7. marts 2006:

"§ 12. Erstatning og godtgørelse efter §§ 15-18 fastsættes på grundlag af arbejdsskadens følger. Erstatning og godtgørelse kan nedsættes eller efter omstændighederne bortfalde, hvis tilskadekomnes aktuelle lægelige eller sociale situation ikke udelukkende kan henføres til arbejdsskaden.

Stk. 2. Et påvist tab af erhvervsevne, et varigt mén eller en persons død anses for at være en følge af arbejdsskaden, medmindre overvejende sandsynlighed taler herimod.

...

§ 17. Har arbejdsskaden 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.

Stk. 2. Ved bedømmelsen 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.

Stk. 3. Hvis den erhvervsmæssige situation ikke er afklaret, kan Arbejdsskadestyrelsen træffe en midlertidig afgørelse om erstatning for erhvervsevnetab.

Stk. 4. Erstatning for tab af erhvervsevne til et barn med fosterskade, jf. § 7, stk. 1, nr. 2, eller til et barn med sygdomme som følge af påvirkning af forældrene før befrugtningen eller efter fødslen, jf. § 7, stk. 2, kan tidligst ydes fra det 15. år.

Stk. 5. Erstatningen tilkendes som en løbende ydelse, medmindre den kapitaliseres efter reglerne i § 27.

Stk. 6. Ved fuldstændigt tab af erhvervsevne udgør den løbende ydelse årligt 4/5 af tilskadekomnes årsløn, jf. § 24, og ved nedsættelse af erhvervsevnen en forholdsmæssig del heraf.

Stk. 7. Den årlige ydelse udbetales med 1/12 månedligt forud og løber fra det tidspunkt, hvor der er påvist et tab af erhvervsevne, dog ikke fra et tidspunkt, der ligger før arbejdsskaden er anmeldt. Er tilskadekomne på tidspunktet for arbejdsskaden fyldt 63 år, udbetales erstatningen efter reglerne i § 27 som et kapitalbeløb på 2 gange den årlige løbende erstatning, jf. stk. 6.

Stk. 8. For tilskadekomne født den 1. juli 1939 eller senere, ophører den løbende erstatning efter stk. 7 med udgangen af den måned, hvor modtageren fylder 65 år.

§ 17 a. Tabet af erhvervsevne for personer, der efter en arbejdsskade er visiteret til fleksjob eller er i fleksjob, fastsættes på grundlag af forskellen mellem indtjeningen før arbejdsskaden og ledighedsydelsen eller indtjeningen i fleksjobbet.

Stk. 2. Indtjeningen før arbejdsskaden udgør det beløb, som tilskadekomne kunne have tjent på afgørelsestidspunktet, hvis arbejdsskaden ikke var indtrådt.

Stk. 3. Arbejdsskadestyrelsen træffer midlertidig afgørelse efter stk. 1, når tilskadekomne modtager ledighedsydelse.”

Bestemmelsen arbejdsskadesikringslovens § 17 a blev indført ved lov nr. 1388 af 21. december 2005, der trådte i kraft den 1. januar 2006. Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget, der ligger til grund for den nævnte lov, jf. lovforslag nr. 73 af 16. november 2005, fremgår blandt andet følgende:

”1. Indledning

...

Samspillet mellem reglerne om erstatning for tab af erhvervsevne og fleksjob

Højesteret har den 22. december 2003 afsagt dom, hvorefter erstatning for tab af erhvervsevne efter arbejdsskadesikringsloven til personer, der efter en arbejdsskade er i fleksjob, skal fastsættes uafhængigt af den løn, som tilskade-

komne modtager i fleksjobbet. Der henvises til Ugeskrift for Retsvæsen 2004, side 867.

Det følger af Højesterets dom, at tilskadekomnes indtjening i fleksjobbet ikke kan lægges til grund ved vurderingen af tabet af erhvervsevne. I stedet skal tabet fastsættes skønsmæssigt, som om muligheden for et fleksjob ikke forelå. Det indebærer, at tilskadekomne både kan modtage løn fra fleksjobbet og erstatning for tab af erhvervsevne efter arbejdsskadesikringsloven. Den tilskadekomne modtager løn i sit fleksjob og modtager samtidig erstatning for tab af erhvervsevne. Tilskadekomne opnår herved i mange situationer en indtjening, der ligger over indtjeningen før arbejdsskaden. Tilskadekomne opnår således kompensation ud over 100 pct. af hidtidig indtjening.

Dette lovforslag begrænser kompensation ud over 100 pct.

...

2. Gældende regler i hovedtræk

Erstatning for tab af erhvervsevne har til formål at kompensere den tilskadekomne for det varige indkomsttab, der er en følge af arbejdsskade. Erstatningen kan tilkendes midlertidigt eller endeligt.

...

Før Højesterets dom af 22. december 2003 var det administrativ praksis at fastsætte tabet af erhvervsevne til tilskadekomne, der efter arbejdsskaden er i fleksjob, på baggrund af lønnen i fleksjobbet. I de situationer, hvor tilskadekomne ikke kunne beholde fleksjobbet eller omfanget af fleksjobbet blev ændret, blev sagen genoptaget, og der blev fastsat et andet tab af erhvervsevne på baggrund af tilskadekomnes nye og ændrede erhvervsmæssige situation.

Højesteret har ved den nævnte dom tilsidesat denne praksis. I stedet skal tabet af erhvervsevne fastsættes uafhængigt af den løn, som tilskadekomne modtager i fleksjobbet.

Højesteret har videre anført, at der skal anlægges en konkret bedømmelse af, hvad tilskadekomne ville eller burde kunne tjene, hvis muligheden for et fleksjob ikke forelå.

På denne baggrund har Arbejdsskadestyrelsen fastlagt en ny praksis om erstatning for tab af erhvervsevne til personer i fleksjob i overensstemmelse med Højesterets dom.

...

Det indebærer imidlertid, at tilskadekomne i et stort antal sager får en samlet kompensation i form af løn i fleksjobbet og erstatning, der overstiger indtjeningen før arbejdsskaden.

Ankestyrelsen har i principielle afgørelser, der er offentliggjort i Sociale Meddelelser SM U 10-04 og SM U 11-04, fundet, at tilskadekomnes erhvervsmæssige forhold på baggrund af principperne i Højesterets dom er afklaret, når tilskadekomne har fået et fleksjob. Det indebærer, at der som udgangspunkt skal træffes endelig afgørelse i disse sager.

3. Lovforslagets hovedpunkt

Samspeilet mellem reglerne om erstatning for tab af erhvervsevne og fleksjob

Det foreslås at indføre en særlig regel om fastsættelse af erstatning for tab af erhvervsevne til personer, der efter en arbejdsskade er visiteret til fleksjob eller i fleksjob.

Reglen fraviger fastsættelse af erstatning for tab af erhvervsevne som fortolket ved Højesterets dom af 22. december 2003.

Reglen genindfører tidligere administrativ praksis, hvorefter tabet af erhvervsevne til disse personer fastsættes på grundlag af forskellen på lønnen før arbejdsskaden og lønnen i fleksjobbet.

Det bemærkes i denne forbindelse, at lønnen i fleksjobbet udgør normal overenskomstmæssig løn.

Grundprincippet er at sidestille personer i fleksjob med personer i ikke støttet erhverv, for så vidt angår erstatning for tab af erhvervsevne.

Der er ikke retssikkerhedsmæssige problemer ved denne ændring, idet tilskadekomne bevarer sin ret til at få sagen genoptaget, hvis det efterfølgende viser sig, at pågældende ikke kan bevare fleksjobbet, men eventuelt må overgå til førtidspension.

Det forudsættes, at praksis med hensyn til at træffe endelige afgørelser, når tilskadekomne har fået et fleksjob, opretholdes, idet det dog bemærkes, at der vil blive truffet midlertidig afgørelse om erstatning for tab af erhvervsevne, når tilskadekomne er visiteret til et fleksjob og modtager ledighedsydelse. Det skyldes, at indtjeningen i fleksjobbet ikke kendes på dette tidspunkt.

I forbindelse med midlertidig afgørelse om erstatning for tab af erhvervsevne fastsætter Arbejdsskadestyrelsen revision i sagen med henblik på en eventuel ændring af afgørelsen.”

Af lovforslagets specielle bemærkninger til arbejdsskadesikringslovens § 17 a fremgår blandt andet følgende:

*”Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser
§ 1*

...

Til nr. 2

Det foreslås at indføre en særlig regel for erstatning for tab af erhvervsevne til personer, der efter en arbejdsskade er visiteret til fleksjob eller i fleksjob. Det foreslås, at erstatningen i disse sager fastsættes på grundlag af forskellen mellem lønnen før arbejdsskaden og lønnen i fleksjobbet.

Tabet gradueres mellem 0 pct. og 100 pct. efter hidtidig praksis.

Det indebærer, at tabet normalt skal udgøre mindst 15 pct. for at berettige til erstatning, og at tabet gradueres i spring på 5 procentpoint.

Ved forslaget genindføres Arbejdsskadestyrelsens og Ankestyrelsens praksis før højesteretsdommen af 22. december 2003. Der henvises til Ugeskrift for Retsvæsen 2004, side 867.

Den erhvervsmæssige situation anses ifølge praksis for afklaret, når tilskadekomne er visiteret til fleksjob. Der henvises til Ankestyrelsens principafgørelser i SM U-10-04 og 11-04. Da tilskadekomne imidlertid modtager ledighedsydelse i perioden, inden pågældende opnår et egentligt fleksjob, og da ledighedsydelsen er lavere end indtægten i fleksjob, er der behov for at tilkende en midlertidig løbende erstatning, indtil pågældende kommer i egentligt fleksjob, hvorefter den midlertidige erstatning vil blive afløst af en endelig erstatning fastsat på baggrund af indtjeningen i fleksjobbet. Det foreslås, at den midlertidige løbende erstatning ikke skal kunne kapitaliseres. ...”

Ved lov nr. 1380 af 23. december 2012, der trådte i kraft den 1. januar 2013, blev der i forbindelse med gennemførelsen af førtidspensions- og fleksjobreformen indsat et nyt stykke 3 i arbejdsskadesikringslovens § 17 a, mens det tidligere stykke 3 fik en ændret affattelse som stykke 4. Det følger af ikrafttrædelsesbestemmelsen i den nævnte lovs § 22, stk. 9, at såfremt den tilskadekomne før lovens ikrafttrædelse den 1. januar 2013 har fået bevilget fleksjob eller er visiteret til fleksjob, finder de hidtil gældende regler i § 17 a anvendelse.

Bestemmelsen i arbejdsskadesikringslovens § 17 a er efterfølgende – i forbindelse med overførslen af Arbejdsskadestyrelsens opgaver til bl.a. Arbejdsmarkedets Erhvervssikring – ændret ved lov nr. 395 af 2. maj 2016, der trådte i kraft 1. juli 2016, og har følgende nu-gældende ordlyd, jf. lovbekendtgørelse nr. 216 af 27. februar 2017:

”§ 17 a. Tabet af erhvervsevne for personer, der efter en arbejdsskade er visiteret til fleksjob eller er i fleksjob, fastsættes på grundlag af forskellen mellem indtjeningen før arbejdsskaden og ledighedsydelsen eller indtjeningen i fleksjobbet.

Stk. 2. Indtjeningen før arbejdsskaden udgør det beløb, som tilskadekomne kunne have tjent på afgørelsestidspunktet, hvis arbejdsskaden ikke var indtrådt.

Stk. 3. Indtjeningen i fleksjobbet, jf. stk. 1, udgør summen af lønnen fra arbejdsgiveren og tilskuddet fra kommunen.

Stk. 4. Arbejdsmarkedets Erhvervssikring træffer midlertidig afgørelse efter stk. 1, når tilskadekomne modtager ledighedsydelse, eller når der ikke er bevilget permanent fleksjob. For personer, der er i fleksjob, kan Arbejdsmarkedets Erhvervssikring uanset 1. pkt. efter anmodning fra tilskadekomne træffe endelig afgørelse efter stk. 1, når Arbejdsmarkedets Erhvervssikring vurderer, at de erhvervsmæssige forhold er tilstrækkeligt afklarede.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen drejer sig om fastsættelse af erhvervsevnetabet efter arbejdsskadesikringslovens § 17 a for Susan [REDACTED] der efter en arbejdsskade fik tilkendt et fleksjob og udmålt erstatning efter § 17 a, men senere mistede fleksjobbet og overgik til ledighedsydelse. Spørgsmålet i denne sag er, om der ved vurderingen af hendes midlertidige erhvervsevnetab efter overgangen til ledighedsydelse skal foretages en kausalitetsvurdering efter arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2.

Bestemmelsen i arbejdsskadesikringslovens § 17 a er en særlig beregningsregel for fastsættelse af erstatning for tab af erhvervsevne til personer, der efter en arbejdsskade er visiteret til fleksjob eller er i fleksjob. Bestemmelsen indebærer, at erhvervsevnetabet fastsættes på grundlag af forskellen mellem indtjeningen før arbejdsskaden og ledighedsydelsen eller indtjeningen i fleksjobbet. Herved fraviger § 17 a bestemmelsen i § 17, stk. 2, hvorefter tab af erhvervsevne fastsættes på baggrund af et skøn, der tager udgangspunkt i den tilskadekomnes evner, uddannelse, alder og mulighed for erhvervsmæssig omskoling og oplæring. Endvidere fraviger § 17 a princippet i den erstatningsretlige lovgivning om, at erstatning fastsættes uafhængigt af sociale ydelser. Bestemmelsen indebærer således, at lønnen i fleksjobbet og ledighedsydelsen for personer, der er visiteret til fleksjob, ligestilles med arbejdsindtægt i forhold til vurderingen af erstatning for erhvervsevnetab efter arbejdsskadesikringsloven.

Derimod følger det hverken af ordlyden af arbejdsskadesikringslovens § 17 a eller bestemmelsens forarbejder, at bestemmelsen indebærer en fravigelse af arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, således at der ikke skal foretages en kausalitetsvurdering ved fastsættelsen af erhvervsevnetaberstatningen efter § 17 a, herunder i forbindelse med midlertidige afgørelser om tab af erhvervsevne. Tværtimod fremgår det af ordlyden af § 12, stk. 1 – der anvendes i sammenhæng med § 12, stk. 2 – at bestemmelsen gælder ved fastsættelse af erstatning og godtgørelse efter §§ 15-18, herunder således også § 17 a, ligesom § 12 i lovens systematik er placeret som en almindelig regel om fastsættelse af erstatning m.v.

Ankestyrelsen har da også oplyst, at der i administrativ praksis foretages en kausalitetsvurdering efter arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, når arbejdsskadesikringslovens § 17 a bringes i anvendelse første gang, dvs. når den tilskadekomne første gang visiteres til et

fleksjob, og at der ved en ny visitation til fleksjob også foretages en kausalitetsvurdering efter arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2.

På denne baggrund – og når henses til, at arbejdsskadesikringslovens § 12 er udtryk for et almindeligt og grundlæggende erstatningsretligt princip om kausalitet – finder landsretten, at der ikke er grundlag for, at Ankestyrelsen kan undlade at foretage en kausalitetsvurdering efter arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, ved en midlertidig afgørelse om erhvervsevnetab i forbindelse med den tilskadekomnes overgang fra fleksjob til ledighedsydelse. Det kan ikke føre til et andet resultat, at der i forbindelse med vurderingen af Susan [REDACTED] erhvervsevnetab ved Arbejdsskadestyrelsens afgørelse af 28. juli 2008 ikke blev foretaget fradrag i erhvervsevnetaberstatningen efter arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, da visitationen til fleksjobbet alene blev anset som en følge af arbejdsskaden.

Da Ankestyrelsen ved afgørelsen af 17. august 2015 ikke har foretaget en kausalitetsvurdering efter arbejdsskadesikringslovens § 12, stk. 2, tager landsretten herefter [REDACTED] Forsikring A/S' mere subsidiære påstand om hjemvisning til følge som nedenfor bestemt.

Ankestyrelsen skal betale sagsomkostninger for landsretten til [REDACTED] Forsikring A/S med i alt 77.000 kr. Beløbet omfatter 2.000 kr. til retsafgift og 75.000 kr. til udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifterne til advokatbistand er der taget hensyn til sagens karakter, varighed og forløb, herunder at sagen har været forelagt for Retslægerådet.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Sagen hjemvises til fornyet behandling ved Ankestyrelsen, som skal anerkende, at der ved afgørelsen af Susan [REDACTED] midlertidige erstatning efter arbejdsskadesikringslovens § 17 a, stk. 3 (nu stk. 4, 1. pkt.), skal foretages en kausalitetsvurdering efter lovens § 12, stk. 2.

I sagsomkostninger for landsretten skal Ankestyrelsen inden 14 dage efter denne domsafsigelse betale 77.000 kr. til [REDACTED] Forsikring A/S.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 06-11-2017

Linda Christensen
Kontorfuldmægtig