

DOM

Afsagt den 28. november 2011 i sag nr. BS 7-2226/2010:

mod

Forsikring A/S

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen drejer sig om, hvorvidt der er årsagssammenhæng imellem det færdselsuheld sagsøgeren, var udsat for i 2005 og hendes overgang til efterløn i 2008, med den følge, at er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste fra overgangen til efterløn og indtil fastsættelsen af endeligt erhvervsevnetab i 2009.

Sagsøger, , har nedlagt påstand om, at sagsøgte skal betale 301.034,35 kr. med tillæg af procesrenten fra sagens anlæg til betaling sker.

Sagsøgte, A/S, har påstået frifindelse, subsidiært mod betaling mod et mindre beløb.

Oplysningerne i sagen

Dommen indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 2, men indeholder dog en gengivelse af de afgivne forklaringer.

, påstand er korrigeret under hovedforhandlingen, på baggrund af nye oplysninger om udført konsulentarbejde efter overgangen til efterløn, og fremkommer derfor således:

Tabt arbejdsfortjeneste for perioden 1. marts 2008 frem til 10. juli 2009:	
16 1/3 måned á kr. 30.669,32 med tillæg af feriepenge	kr. 563.433,75
Fradrag for efterlønsydelse, bruttoløn samt feriepenge	<u>kr. 244.939,40</u>
I alt	kr. 318.494,35

Herefter fratrækkes indtægter ved konsulentarbejde ved færdiggørelsen af	
i perioden 1. marts 2008 frem til 10.	
juli 2009 - estimeret 97 timer med tillæg af feriepenge	<u>kr. 17.460,00</u>
Endelig påstand er herefter	kr. 301.034,35

Der er under sagen afgivet forklaringer af
ved

og vicedirektør

Arbejdsskadestyrelsen har den 10. juli 2009 truffet afgørelse, hvorefter méngrad vurderes til 5% og hendes erhvervsavnetab til 15%. Det fremgår blandt andet af afgørelsen, at méngrad reelt er 10%, men at halvdelen af méngrad kan henregnes til forudbestående gener. Forsikring A/S har udbetalt erstatning for varige mén samt tab af erhvervsevne i henhold til Arbejdsskadestyrelsens afgørelse.

Sagen har været forelagt Retslægerådet, der den 23. september 2011 har afgivet erklæring. Af erklæringen fremgår blandt andet:

"...

Spørgsmål A

Er der objektive og/eller subjektive holdepunkter for at fastslå, at sagsøgers nakke/hovedgener er blevet forværret ved færdselsuheldet den 2. august 2005

I givet fald hvilke.

Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, bedes Retslægerådet nærmere søge at kvantificere forværringen og herunder særligt angive, om der er holdepunkter for at fastslå, at generne i perioden 1. marts 2008 til 10. juli 2009 var mere intense end før færdselsuheldet.

Det fremgår af sagsakterne, at sagsøger forud for uheldet 02.08.05 havde slidgigt i nakken og tendens til myoser samt lænderygggener. I forbindelse med uheldet er der angivet smerter i nakken og hovedpine, og der vurderes at være indtrådt en periode med nogen forværring som følge af dette. Forværringen kan ikke nærmere kvantificeres, og det kan ikke vurderes, om sagsøgers gener i perioden 01.03.08 til 10.07.09 var mere intense end før uheldet.

Spørgsmål B

Er der holdepunkter for at fastslå, at de psykiske gener, der tilsyneladende debuterer i marts 2007, jf. egen læges journalnotat af 16. marts 2007 (bilag 12) er foresaget af påvirkninger, sagsøger måtte være udsat for i forbindelse med færdselsuheldet den 2. august 2005.

Der er ikke baggrund for at fastslå, at sagsøgers psykiske gener i perioden fra marts 2007 er foresaget af uheldet 02.08.08.

Spørgsmål C

Er der holdepunkter for at fastslå, at sagsøger skulle have udviklet et kronisk smertesyndrom.

I givet fald ønskes det oplyst, om det må anses for mere sandsynligt, at et så-

dant er foresaget af færdselsuheldet den 2. august 2005, end at dette kan henføres til andre somatiske lidelser, herunder lænderygsmarter, psykiske lidelser eller andre omstændigheder, herunder psykosociale.

Begrebet kronisk smertesyndrom er dårligt defineret, og det kan ikke vurderes om sagsøger skulle have udviklet et sådant syndrom. Det vurderes, at sagsøgers tilstand i mindre grad er foresaget af uheldet 02.08.05 og i større grad af andre årsager.

..."

har blandt andet forklaret, at hun nu er folkepensionist. Hun har, indtil hun gik på efterløn 1. marts 2008, arbejdet som malerformand i i Aarhus. Efter hun overgik til efterløn, har hun arbejdet som timelønnet konsulent på projektet for . Hun har højst arbejdet 10 timer som konsulent i 2009.

Hun har forinden færdselsuheldet lidt af myoser, som hun dog kunne afhjælpe ved at dyrke yoga. Hun har lidt af slidgigt og lænderygggener, men inden færdselsuheldet var det ikke noget, der forhindrede, at hun passede sit arbejde fuldt ud. Ved speciallægeundersøgelserne tænkte hun ikke på at nævne sine forudbestående lidelser, idet de ikke voldte hende problemer i dagligdagen.

Efter færdselsuheldet har hun ikke kunnet magte, det hun kunne før. Det var hun træt af og flov over, idet hun frem for alt ønskede at passe sit arbejde. Hun har altid haft stor glæde ved sit arbejde, og hun havde planlagt at fortsætte, til hun fyldte 65 år. Efter færdselsuheldet har hun ikke arbejdet fuld tid, og hun har været meget træt efter endt arbejdsdag. Hun syntes, at hendes arbejdsindsats blev dårligere og dårligere med tiden.

Det var hendes egen idé at undersøge mulighederne for fleksjob. mente dog ikke, at hendes stilling var egnet til fleksjob. Hun har ikke undersøgt andre muligheder for fleksjob. Hun mener ikke, at kommunen kunne tilbyde hende noget andet. / tilbød hende at arbejde 25 timer til fuld løn i stedet for at tilbyde hende et fleksjob, hvilket hun forsøgte frem til hun gik på efterløn 1. marts 2008. Den 1. marts 2008 havde hun arbejdet 10 år i / og grundet hendes gener efter færdselsuheldet, mente hun ikke, at hun havde mere at tilbyde sin arbejdsplads.

har forklaret, at han er vicedirektør i . og har været arbejdsgiver for i 8 år af hendes ansættelse. var en meget engageret medarbejder. havde ingen påfaldende sygefravær frem til færdselsuheldet i 2005. Efter færdselsuheldet havde en lang sygemelding, og hun vendte herefter aldrig tilbage med samme kræfter og geist. var ukoncentreret, og ikke den glade person hun var indtil færdselsuheldet. Han er ikke vi-

dende om, at der skulle være andre forhold end færdselsuheldet, der har medført sygefravær og overgang til efterløn.

Det har ikke været muligt, at tilbyde en stilling i fleksjob ved , idet hendes stilling var ikke egnet til fleksjob. forsøgte at fastholde på arbejdspladsen ved at tilbyde en ordning med fuld løn for 25 timers arbejde. Denne ordning løb frem til, at valgte at gå på efterløn. Efter overgangen til efterløn arbejdede : som konsulent for har, efter hans optegnelser, udført 87 timers konsulentarbejde i 2008. Han ved ikke, hvor mange timer arbejdede i 2009.

Sagen er anlagt den 27. august 2010.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har reduceret kravets størrelse i henhold til oplysningerne om konsulentarbejde efter overgangen til efterløn og har derudover i det væsentligste procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 12. oktober 2011, hvorefter fremgår:

"...

Det påståvnte beløb udgør tabt arbejdsfortjeneste, som opgjort i bilag 8 for perioden 01.03.2008 til og med 10.07.2009, efter færdselsuheld overgået sagsøger 02.08.2005.

Sagsøgte, der har anerkendt erstatningspligten ifbm. færdselsuheldet, bestrider årsagssammenhæng mellem færdselsuheldet og sagsøgers indtægtsnedgang uanset at sagsøgte samtidig har udbetalt erstatning for varigt mén 5 % og erhvervsevnetab på 15 % - godt nok beskrevet som hhv. et "beskedent mén" og et "mindre erhvervsevnetab".

Sagsøger gør gældende, at relevante færdselsuheld er eneste årsag til indtægtsnedgangen i berørte periode, og at sagsøgers erhvervsevne var intakt indtil færdselsuheldet uanset forudbestående lidelse.

Med udgangspunkt i Arbejdsskadestyrelsens vurdering 10.07.2009 (bilag 4) gøres det gældende:

Arbejdsskadestyrelsen har foretaget en forsvarligt underbygget vurdering, der fastslår, at skaden, og altså skaden alene, har medført et erhvervsevnetab på 15 %.

Arbejdsskadestyrelsen fastslår således, at sagsøgers overgang til efterløn er udløst af skadefølgerne, hvorved Arbejdsskadestyrelsen har lagt vægt på, at selvom overgang til efterløn forudsætter at man på overgangstidspunktet står til fuld rådighed for arbejdsmarkedet, så var sagsøger reelt kun til rådighed for arbejdsmarkedet i et omfang svarende til 28 – 30 timer om ugen med

skånehensyn.

I Arbejdsskadestyrelsens vurdering har det også indgået at sagsøger forud for skaden havde nakkegener. I hvilket omfang dette selvstændigt har påvirket fastsættelsen af størrelsen på erhvervsevnetabet, er ikke muligt at udlæse af vurderingen, men væsentligst, Arbejdsskadestyrelsen har lagt til grund at sagsøgers erhvervsevne var intakt forud for skaden (!)

Der ses således absolut ingen indikationer af at forudbestående nakke- og eller lændegener på nogen måde har påvirket sagsøgers erhvervsevne forud for skaden og/eller at disse gener uden skadefølgerne ville være blevet forværret i et omfang, der ville virke erhvervsinvaliderende.

Sagsøgte bestrider årsagssammenhæng nu primært båret af Retslægerådets besvarelse 23.09.2011.

Retslægerådet har imidlertid bekræftet, at der er holdepunkter for at vurdere, at der efter uheldet er ”indtrådt en periode med nogen forværring som følge af dette” – en forværring af smerter i nakken og hovedpine. Forværringen kan dog ikke kvantificeres.

Videre har Retslægerådet vurderet, at ”sagsøgers tilstand i mindre grad er forårsaget af uheldet 02.08.05 og i større grad af andre årsager.”

Retslægerådet bekræfter således mulig årsagssammenhæng og imødegår således ikke Arbejdsskadestyrelsens vurdering, hvorved bemærkes, at kvantificering af skadefølgerne i sagens natur er det Arbejdsskadestyrelsen skal foretage, jfr. EAL § 10, når styrelsen har vurderet, at der er årsagssammenhæng.

Kun når der er modstrid mellem Arbejdsskadestyrelsens vurdering af årsagssammenhæng og Retslægerådets ditto, er der grundlag for at anfægte styrelsens vurderinger – og det er netop det sagsøgte gør ved nu, på baggrund af Retslægerådets besvarelse, at hævde, at ”det ikke er godtgjort, at følgerne har ført til et erhvervsevnetab”, uanset at sagsøgte tidligere har fulgt styrelsens vurdering og udbetalt erstatning for et erhvervsevnetab på 15 % (!)

Det bestrides sæskilt, at sagsøger ikke har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt. Tværtimod har sagsøger igennem forsøget med at genoptage arbejdet lige frem til overgangen til efterløn begrænset sit tab så meget som overhovedet muligt. Sagsøger har forinden overgangen til efterløn gennem visitering til fleksjob søgt at bevare tilknytningen til arbejdsmarkedet og først da dette viste sig umuligt besluttet at overgå til efterløn.

Om baggrunden for – og måden hvorpå sagsøger, har kunnet opretholde fuld løn fra arbejdsgiver henvises til stævningen og bilagene hertil, navnlig bilag 4, 5 og 10 – sagsøger har således i perioden fra skadestidspunktet og frem til

arbejdssophør trods nedsat arbejdstid haft 1630 sygetimer, hvilket svarer til 44 arbejdsuger på fuld tid (!)

Såfremt synspunktet om manglende opfyldelse af tabsbegrænsningspligten opretholdes, gentages opfordring (1) til sagsøgte om at godtgøre, at sagsøger hos anden arbejdsgiver med en ugentlig arbejdstid på 28-30 timer med indbyggede skånehensyn kunne have opretholdt uændret indtjening frem til tidspunktet for Arbejdsskadestyrelsens vurdering.

Niveauet for sagsøgers indtjening ses fuldt ud at være dokumenteret, jfr. bilag 8 og 13.

..."

Sagsøgte har fastholdt den nedlagte påstand og i det væsentligste procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 12. oktober 2011, hvoraf fremgår:

"...

Det bestrides, at _____, der på uheldstidspunktet den 2. august 2005 var fyldt 60 år, på grund af uheldsfølger har lidt tab af arbejdsfortjeneste i perioden 1. marts 2008 og frem til 10. juli 2009.

Ved Arbejdsskadestyrelsens udtalelse af 10. juli 2009 blev det vurderet, at uheldet havde medført et beskedent mén svarende til minimumssatsen på 5 % og et mindre erhvervsevnetab – et erhvervsevnetab på 15 % eller svarende til erstatningsansvarslovens bagatelgrænse.

Det er således ikke godtgjort, at uheldsfølger har været årsagen til, at _____ den 1. marts 2008 valgte at gå på efterløn, og hendes arbejdsgivers opfattelse af motivationen for denne disposition kan ikke tillægges vægt.

Det må lægges til grund, at _____ allerede forud for uheldet tendens til myoser i nakken og havde angiveligt fået konstateret slidigt, ligesom hun var besværet af lænderyggener.

Dette bekræftes bl.a. af skadestuenotat af 2. august 2005 (bilag 1) og slutattest af 6. september 2005 (bilag A).

Det må i øvrigt komme _____ bevismæssigt til skade, at hun har forsømt at nævne disse gener over for de undersøgende speciallæger. Således adspurgt om tidligere lidelser har hun tilsyneladende ikke angivet disse forudbestående gener.

I sagen har Arbejdsskadestyrelsen på baggrund af oplysninger fra _____ både i form af udfyldelse af spørgeskemaer, hendes redegørelse over for arbejdsgiveren og til den speciallæge, der har afgivet erklæring i sagen,

vurderet, at uheldet den 2. august 2005 har påført et mén svarende til en méngrad på 5% og et erhvervsevnetab, der er vurderet til 15%.

Retslægerådet har nu på et grundlag suppleret med det fulde lægelige journalmateriale fastslået, at sagsøger forud for færdselsuheldet havde slidgigt i nakken, tendens til myoser og lænderygggener. Alene på baggrund af egne angivelser, vurderer rådet, at der i tiden efter uheldet kan være indtrådt en periode med nogen forværring, en forværring, der ikke nærmere kan kvantificeres, og det er ikke muligt for Retslægerådet at vurdere, om generne ved overgang til efterløn var mere intense end før uheldet.

Der er således ikke grundlag for at fastslå juridisk årsagssammenhæng mellem de påvirkninger, måtte have været udsat for i forbindelse med færdselsuheldet og hendes varige gener, ligesom det ikke er godtgjort, at følgerne har ført til erhvervsevnetab.

Dette bestyrkes af Retslægerådets svar på spørgsmål B, hvorefter der ikke er holdepunkter for at fastslå, at psykiske gener, der debuterede før overgangen til fleksjob, er forårsaget af uheldet, samt Retslægerådets svar på spørgsmål C, hvorefter det vurderes, at sagsøgers tilstand i mindre grad er forårsaget af færdselsuheldet og i større grad af andre årsager.

Der består således oplagt årsagskonkurrence, hvilket særligt bekræftes af Retslægerådet men også af Arbejdsskadestyrelsen.

Det fremgår yderligere af sagens bilag 6, at de varige følger efter ulykken alene er af kognitiv karakter. I forlængelse heraf fremgår det af sagens bilag 7, at de kognitive gener ikke skønnes at være af varig karakter, og at kognitive gener normalt forudsætter et relevant hovedtraume, som ikke foreligger i nærværende sag.

Dette må nødvendigvis sammenholdes med Retslægerådets meget klare opfattelse af, at de dominerende psykiske problemer, jf. sagens bilag 12, ikke er en følge efter ulykken.

Det gøres samtidig gældende, at det må tillægges betydning, at kravet hidrører fra en periode, der ikke ligger i forlængelse af ulykken men ca. 3 år efter ulykken. Det må nødvendigvis skærpe kravene til sagsøgers bevis, da krav om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste sædvanligvis opstår straks efter ulykken.

Hvad mere specifikt angår Arbejdsskadestyrelsens udtalelse, så gøres det gældende, at denne ikke kan tages til indtægt for, at der ført det fornødne bevis for årsagssammenhæng.

Arbejdsskadestyrelsen, og for den sags skyld Retslægerådet, kan og skal ikke udtale sig om årsager til sygdommeldinger, hvilket er afgørende når der er tale om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Bevistemaet i denne sag angår således ikke validiteten af Arbejdsskadestyrelsens udtalelse.

Dog bemærkes det, at Arbejdsskadestyrelsen helt har overset det omfattende og dominerende problem vedrørende sagsøgers psykiske habitus, hvor den bevismæssige valør at udtalelsen under alle omstændigheder må anses for begrænset.

Det gøres på den baggrund samlet set gældende, at sagsøger ikke har løftet bevisbyrden for årsagssammenhæng mellem det indtalte krav og færdselsuheldet den 2. august 2005.

Kravet om sandsynlighedsovervægt er ikke opfyldt.

Det gøres videre gældende, at _____, i det omfang en årsagssammenhæng måtte anses for bevist, har tilsidesat sin tabsbegrænsningsforpligtelse, hvortil bemærkes, at hun frem til og med februar 2008 oppebar fuld løn fra sin arbejdsgiver, og at der ikke omkring ophørstidspunktet er indtrådt nogen ændring af de mulige erhvervsmæssige følger af færdselsuheldet den 2. august 2005.

Det må lægges til grund, at sagsøger ikke har ønsket at medvirke i en afklaring af sine erhvervsmæssige muligheder, idet overgangen til efterløn alene var forårsaget af, at der ikke kunne opnås et fleksjob i den nuværende arbejdsplads.

Det gøres gældende, at det ikke er sagsøgtes opgave at bevise, hvilket job sagsøger ellers kunne have opnået. Det er netop det arbejdsprøvningen skal klarlægge.

Derudover er der ikke ført bevis for tabets størrelse, idet der i medfør af erstatningsansvarslovens § 2 ikke i behørigt omfang er fratrasket indtægterne fra det fleksjob, som sagsøger kunne og burde have fået/søgt.

Det må i den sammenhæng tillægges afgørende betydning, at kommunen havde indstillet sagsøger til fleksjob med start allerede den 1. februar 2007.

§ 2 hjemler i sig selv en tabsbegrænsningsforpligtelse, som sagsøger ikke har iagttaget, hvorfor det gøres gældende, at sagsøgte allerede af den grund skal frifindes.

Sagsøger må i øvrigt selv bære risikoen for, at hun gik på efterløn uden at blive arbejdsprøvet og uden at finde et fleksjob, hvilket kommunen ville have været forpligtet til at bistå med.

..."

Rettens begrundelse og afgørelse

Det fremgår af Retslægerådets udtalelse af 23. september 2011, at der i en periode efter færdselsuheldet kan være opstå forværring af de allerede eksisterende gener, men at det ikke er muligt at bedømme, om denne forværring var særlig udtalt i perioden fra . overgang til efterløn og frem til fastsættelsen af endeligt erhvervsevnetab.

Retslægerådets udtaler endvidere, at . psykiske gener, som ifølge lægejournalen opstår i marts 2007, ikke kan henføres til færdselsuheldet den 2. august 2005.

Retslægerådet konkluderer endeligt, at . helbredsmæssige tilstand generelt "i mindre grad er foresaget af færdselsuheldet og i større grad er foresaget af andre årsager."

Retslægerådet vurderer således, at de helbredsmæssige gener, som begrundede . overgang til efterløn, ikke kan henføres til færdselsuheldet den 2. august 2005.

På baggrund af Retslægerådets udtalelse sammenholdt med sagens øvrige oplysninger, er der ikke er ført det fornødne bevis for, at de gener, der var baggrund for . overgang til efterløn den 1. marts 2008, er en følge af færdselsuheldet den 2. august 2005.

Henset til sagens udfald og karakter skal, herunder at der har været afholdt procedure, skal . betale sagsomkostninger til sagsøgte. Disse fastsættes skønsmæssigt til 32.000 kr. med tillæg af moms. beløbet dækker udgifter til advokatbistand.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, . Forsikring A/S, frifindes.

Sagsøgeren, ., skal inden 14 dage betale 32.000 kr. med tillæg af moms i alt 40.000 kr. i sagsomkostninger til . Forsikring A/S.

Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Ditte Johanne Sarto

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Retten i Århus, den 28. november 2011.

Marlene Bligaard-Madsen, kontorfuldmægtig