702/04

Den 5. juli 2004 blev i sag nr. 62.410:

xxxxxx xxxxxx
xxxxxxxxx xxx xxx xxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxx xx xx xxx

mod

Danske Forsikring
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har retshjælpsforsikring i Danske Forsikring, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til et påtænkt sagsanlæg mod Alka Forsikring vedrørende krav om yderligere erhvervsevnetabserstatning i forbindelse med et trafikuheld.

Selskabet har afvist at yde retshjælpsdækning under henvisning til, at omkostningerne til en retssag ikke vil være afholdt med rimelig grund.

Af sagens akter fremgår det, at klageren den 6/9 2000 var involveret i en trafikulykke, hvorved han pådrog sig en knæskade. Alka Forsikring var motoransvarsforsikrer for skadevolder. Klagerens advokat har gjort gældende, at klagerens erhvervsevne er nedsat med 65 %.

Speciallæge i ortopædisk kirurgi N.M. har i speciallægeerklæring af 4/9 2001 bl.a. anført:

"**SAMMENFATNING OG KONKLUSION:**

40-årig mand der i 1986 havde valgustraume mod højre knæ men restituerede sig angiveligt 100% og kunne deltage i sport m.m. og passe diverse knæbelastende jobs.

2. 62.410

I forbindelse med trafikuheld direkte traume mod højre knæ af instrumentbrættet og blev set primært i skadestuen, Odense Universitetshospital.

I efterforløbet vedvarende belastningssmerter og artroskopi i marts 2001 viste formentlig frisk bruskskade på indvendige femurkondyl.
Har pga. belastningsgener ikke kunnet genoptage sit arbejde som vinduespudser fuldt ud og har måttet afhænde firmaet.
Hans gener, der i dag må skønnes som stationære, er forenelige med en større bruskskade på indvendige femurkondyl omend atrofien er mindre udtalt.
Han vil næppe kunne genoptage arbejdet som vinduespudser, men bør kunne placeres i andet erhverv med mindre knæbelastende funktioner, således at han ikke går for meget, ikke løfter for tungt eller foretager vridbevægelser på belastet knæ.
Nutidige brusktransplantationer i knæet er fortsat at betegne som eksperimentel og han vil næppe kunne påregne nogen sikker bedring herved."

Samme speciallæge har i speciallægeerklæring af 20/8 2002 bl.a. anført:

"**SAMMENFATNING OG KONKLUSION:**
Drejer det sig om en 41-årig mand der klarede sig i knæbelastende jobs frem til aktuelle skade. Fik ved artroskopi hos praktiserende speciallæge påvist lokaliseret dyb brusklæsion på ca. 2 cm² sv.t. indvendige lårbenskno foreneligt med kollision mod instrumentbrættet. Placeringen sv.t. belastningsområdet på strakt knæ og giver erfaringsmæssigt mange problemer.
Hans klager er forenelige med tidligere skopiske fund, men der er dog kun let atrofi af muskulaturen.
Jeg tror, at det er udelukket, at han vil kunne genoptage arbejdet som vinduespudser på hverken hel- eller deltid, men da han fraset knæskaden er rask og stærk, bør han kunne placeres i et ikke-knæbelastende job, som optimalt set bør være stort set siddende, dog vil han kunne kapere moderate gangdistancer såfremt det ikke inkluderer tunge løft eller vrid på knæet.
Såfremt belastningen reduceres væsentligt, vil jeg tro, at det vil være muligt med fuldtidsbeskæftigelse, alternativt flexjob.
Der er ikke planlagt yderligere behandling og tilstanden må beskrives som stationær og bør kunne afgøres på det foreliggende."

Arbejdsskadestyrelsen har ved afgørelse af 9/9 2002 vurderet klagerens méngrad til mindre end 5 % og erhvervsevnetabet til 15 %. Af afgørelsen fremgår bl.a.:

"**Sagsfremstilling**

Det fremgår af sagens akter, herunder oplysninger fra Odense Sygehus, Klinik for Ortopædisk Kirurgi og Sportsmedicin og erklæring af 4. september 2001 ved overlæge N.M, at P.L. ved påkørsel af en anden bil slog sit højre knæ imod instrumentbrættet. Han har derved pådraget sig en bruskbeskadigelse af den indvendige femurkondyl. Desuden har man konstateret en lille udrift på menisken. Af oplysninger fra Odense Sygehus vedrørende en indlæggelse i februar 1986 fremgår, at der efter vridtraume af højre knæ var store bruskforandringer på indvendige femurkondyl.

P.L. har nu konstant uro, fornemmelse af grus i knæet og belastningssmerter. Han kan ikke gå i hug eller løbe og har svært ved at gå på stiger, hvilket gør arbejdet som vinduespudser meget vanskeligt. Ved den objektive undersøgelse er der ikke fundet svind af lår- eller lægmuskulatur, men let nedsat bøjeevne i knæet. Derimod er der fuld stabilitet, men knasen ved bøjning.

P.L. blev uddannet mekaniker i 1981 og har efter 1995 været selvstændig vinduespudser. Han har haft et overskud i sin virksomhed i 1997 på 243.156 kr., i 1998 på 294.884 kr., i 1999 på 302.085 kr. og i 2000 på 283.365 kr. Den 1. juni 2001 afhændede han sin virksomhed p.g.a. sine knægener efter at have været sygemeldt siden ulykken. I april 2002 måtte han opgive et kursus p.g.a. problemer med ordblindhed. Fra den 13. maj 2002 til den 5. juli 2002 har han været i arbejdsprøvning hos K. Autodele. P.g.a. hans knægener måtte arbejdstiden sættes ned fra 30 timer til 22 ½ time om ugen. Han er af kommunen nu godkendt til ansættelse i fleksjob, idet man vurderer ham vanskelig revaliderbar bl.a. p.g.a. hans ordblindhed. Det er oplyst af kommunen, at han også forud for skaden havde helbredsproblemer. Fra 22. marts til 4. maj 1999 var han sygemeldt p.g.a. venstre knæ og delvis sygemeldt i en periode derefter. Fra slutningen af november til slutningen af december 1999 var han sygemeldt p.g.a. slag mod hoften i forbindelse med fald på cykel. Fra 23. maj til 26. juni 2000 var han sygemeldt p.g.a. rygsmerter, og han var delvis sygemeldt i en periode derefter.

Begrundelse

Méngraden:

Vi har lagt vægt på, at det samlede mén er omkring 5 %, men en del skyldes den forudbestående knæskade med følger, som vurderes som blivende. Ménet som følge af aktuelle skade vurderes således som mindre end 5 %

Erhvervsevnetabet:

- er fastsat som anført, idet vi har lagt vægt på, at skadelidte trods sin knæskade har kunnet fungere relativt fint som vinduespudser. Som følge af aktuelle skade, der umuliggør arbejde på stiger, har han måttet afhænde forretningen. Vi vurderer samtidig, at han p.g.a. sit knæ er hæmmet i ethvert knæbelastende arbejde, og at han som følge af ordblindhed er vanskelig at revalidere til et fag, hvori der indgår boglige færdigheder. Vi vurderer således skønsmæssigt, at erhvervsevnen som følge af ulykken er blevet nedsat med deraf følgende udsigt til noget ringere indkomst.

Stationærtidspunktet:

Det fremgår af oplysninger fra kirurgisk ambulatorium, at der var normal bøjeevne i knæet den 19. juni 2000."

Læge B.D. har i skrivelse af 7/7 2003 til klagerens advokat udtalt følgende:

"I 5 års perioden forud for uheldet den 6/9 00 har patienten søgt læge i alt 10 gange med diverse klager/sygdomme. Herunder de to af Jer nævnte ulykkestilfælde.

Der har i 5 års perioden ikke været helbredsmæssige gener, der har medført længerevarende ophør af arbejdet - kun korterevarende sygemeldinger."

Efterfølgende er klageren blevet ansat i et fleksjob med 2/3 løntilskud.

Af udkast til stævning fremgår bl.a.:

"Det er af Arbejdsskadestyrelsen fejlagtigt lagt til grund, at min klient forud havde helbredsmæssige gener, der ville blive arbejdshindrende. Dette er der ingen dokumentation for.

…

ANBRINGENDER:

Det gøres gældende:

at sagsøger er berettiget til at få sit fulde tab dækket,

at der er årsagssammenhæng mellem uheldet den 6. september 2000 og sagsøgers nuværende situation,

at det er dokumenteret, at sagsøgers erhvervsevne er nedsat med 2/3,

at Odense Kommune har vurderet erhvervsevnenedsættelsen til 2/3, hvilket er i overensstemmelse med tilskudssatsen i sagsøgers fleksjob,

at sagsøgers erhvervsevnetab herefter skal fastsættes til 65 %, da det afgørende er værdien af arbejdskraften,

at sagsøgers ansættelsesforhold dokumenterer en væsentlig nedsættelse af erhvervsevnen henset til timetal, arbejdets art, skånehensyn og sagsøgers alder,

at fleksjob ikke er noget egentligt job, og at man som sådan ikke er fuldgyldigt medlem af arbejdsmarkedet, og dermed ikke har de sædvanlige faglige rettigheder, herunder ret til efteruddannelse, efterløn m.v.,

at man heller ikke kan være medlem af nogen A-kasse, hvilket vil sige, at man ved eventuel arbejdsløshed uanset grunden vil være henvist til ledighedsydelse/kontanthjælp,

at fleksjob kan sidestilles med pension og ikke med noget egentligt job,

at maksimalt 1/3 af sagsøgerens indtægt ved fleksjob er arbejdsindtægt, det vil sige indtægt ved eget arbejde, resten er social ydelse,

at sagsøgerens ansættelse sker på laveste mindsteløn på området,

at sagsøgeren ikke har avancementsmuligheder og ikke har mulighed for lønstigning, og

at ansættelse i fleksjob ikke er anciennitetsgivende."

Selskabet har i skrivelse af 22/10 2003 til nævnet bl.a. anført:

"**De helbredsmæssige forhold**

…

Det er endvidere oplyst af kommunen, at vores kunde **forud** for skaden havde helbredsproblemer. Fra den **22. marts til den 4. maj 1999** var han sygemeldt p.g.a. venstre knæ og delvis sygemeldt i en periode derefter. Fra slutningen af november til slutningen af **december 1999** var han sygemeldt p.g.a. slag mod hoften i forbindelse med fald på cyklen. Fra den **23. maj til den 26. juni 2000** var han sygemeldt p.g.a. rygsmerter, og var delvis sygemeldt i en periode derefter. Efterfølgende er vores kunde blevet ansat i et fleksjob med 2/3 løntilskud.

Begrundelse for vores afslag

Vi kan ikke give retshjælpsdækning til sagen, idet vi stiller os tvivlende over for, om vores kunde kan gennemføre sagen med et for ham gunstigt resultat.

Vi er enig i Arbejdsskadestyrelsens afgørelse og finder ikke, at der er dokumentation for at erhvervsevnetabet skulle være større. Vi bemærker i den forbindelse, at det er skadelidte, der har bevisbyrden herfor.

Vi har bemærket, at vores kunde tidligere er kommet til skade med knæet (skiuheld) og at de helbredsmæssige følger efter uheldet den 6. september 2000 var meget begrænsede. Desuden har vi lagt vægt på, at skadelidte også før uheldet i 2000 havde betydelige helbredsmæssige problemer og sygeperioder.

Arbejdsskadestyrelsen har fastsat méngraden til under 5% hvilket for de fleste ikke medfører et stort erhvervsevnetab.

Højesterets dom af den 21. januar 2003

Til jeres orientering vedlægger vi kopi af en ny Højesteretsdom om tab af erhvervsevne, hvor skadelidte efterfølgende er kommet i fleksjob.

Højesterets dom af den 21. januar 2003 fastslår tydeligt, at man ikke kan sætte lighedstegn mellem det kommunale løntilskud efter fleksjobordningen og det erhvervsevnetab, som skadelidte måtte have pådraget sig.

…

Konklusion

På baggrund af ovenstående fastholder vi, at vi fortsat ikke kan give retshjælpsdækning."

Klagerens advokat fastholder over for nævnet, at der er rimelig grund til at føre proces. I skrivelse af 11/12 2003 har advokaten bl.a. anført:

"Jeg skal indledningsvis oplyse, at min klient forud har haft fuldt tilknytning til arbejdsmarkedet og har passet sit arbejde fuldt ud.

Min klient skal således vurderes helt tilsvarende dette.

Jeg vedlægger til orientering kopi af højesteretsdom af den 6. oktober d.å., der udmærket kan sammenlignes med sagen her.

Hvis man i øvrigt gennemgår sagen, vil man se, at det er korrekt, at min klient har haft nogle sygeperioder, men disse har ikke alene skyldtes knæet men også andre forhold.

Med andre ord man må lægge til grund, at min klient forud for uheldet var fuldt ud arbejdsduelig.

I relation til den af forsikringsselskabet fremlagte højesteretsdom er den ganske speciel, og kan ikke sammenlignes med sagen her.

8. 62.410

Der foreligger to højesteretsafgørelser vedrørende Erstatningsansvarsloven, som fastsætter et erhvervsevnetab på henholdsvis 40% og 60% med fleksjob med 2/3 løntilskud.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at begge afgørelser er udtryk for en konkret vurdering."

Selskabet fastholder sin afgørelse og henviser i skrivelse af 19/12 2003 til nævnet, at klageren havde massive helbredsmæssige problemer, da uheldet skete. Endvidere mener selskabet, at situationen i højesteretsdommen fra 6/10 2003 er en ganske anden, hvorfor man ikke kan sammenligne dommen og den konkrete sag. Selskabet bemærker, at skadelidte i den omtalte dom var blevet vurderet rask, da uheldet skete.

Endelig har klagerens advokat i skrivelse af 2/2 2004 til nævnet henvist til, at det ikke af akterne fremgår, at klageren havde massive helbredsmæssige problemer. Faktum er derimod, at han på et tidspunkt havde en skade, men efter denne startede han forretning op og passede den, indtil nærværende skade skete.

Forsikringsbetingelserne indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"**§ 2. Hvilke tvister er dækket af retshjælpsforsikringen?**

…

3. Selskabet skal - på det foreliggende grundlag - afgive udtalelse om, hvorvidt tvisten er dækket af forsikringen eller ikke. Selskabet har både ret og pligt til at give udtryk for tvivl om sagens rimelighed. Dækningstilsagn er begrænset til omkostninger, der står i et rimeligt forhold til sagens genstand.

…

§ 5. Hvilke omkostninger er ikke dækket af retshjælpsforsikringen?

1. Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, f.eks. fordi sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen, eller fordi disse ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand."

Nævnet udtaler:

Nævnet har gennemgået sagen og finder på det foreliggende grundlag, at der ikke er en sådan udsigt til, at en retssag med den i stævningen angivne påstand vil falde ud til klagerens fordel, at nævnet kan pålægge selskabet at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

J. Hermann