794/08

Den 21. april 2008 blev i sag nr. 71.359:

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxx

mod

Topdanmark Forsikring A/S

Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har ulykkesforsikring i Topdanmark Forsikring A/S, klager over selskabets sagsbehandling, dets afvisning af at dække advokatomkostninger, og selskabets manglende vejledning af klageren om muligheden for a contobetaling.

Klageren var den 19/5 2004 involveret i et trafikuheld, hvor hun blev påkørt bagfra af en anden bilist.

Klagerens advokat har i klage af 26/2 2007til nævnet bl.a. gjort gældende:

- At selskabet har undladt at vejlede klageren om muligheden for a contobetaling, jf. forsikringsaftalelovens § 25,
- at selskabet i meget lang tid tilsyneladende helt har undladt at fortælle, hvad deres holdning til sagen er,
- at det er i strid med de foreliggende lægelige akter, når selskabet på et meget sent tidspunkt i sagsforløbet tilsyneladende gør gældende, at der ikke er årsagssammenhæng mellem ulykkestilfældet og klagerens gener,
- at selskabet skal dække klagerens advokatudgifter i sagen, jf. herved forsikringsaftalelovens § 32,

- at selskabets forelæggelse af sagen for Arbejdsskadestyrelsen med henblik på en udtalelse om méngraden ikke tager højde for ulykkesforsikringens bestemmelser om ménfastsættelsen, og at en fælles indsendelse af sagen sammen med den ansvarlige modparts ansvarsforsikring medfører en sammenblanding af vurderingerne af méngraden i ulykkessagen og motoransvarssagen, der ikke er sammenfaldende.

Selskabet har ved skrivelse af 21/3 2007 til nævnet hertil bl.a. bemærket:

"Vi har i juli 2006 indhentet en speciallægeerklæring fra overlæge O.A.N. til vurdering af følgerne. Vi har afventet kundens afslutning af diverse undersøgelser og genoptræning, herunder et ophold på Rygcenter F., før at vi kunne begynde at indhente oplysninger til den endelig vurdering.

Vi gennemgår erklæringen fra overlægen sammen med vores lægekonsulent. Det fremgår, at hun har, efter vores vurdering, påfaldende mange gener efter et relativt lille traume. Derfor har vi sendt samtlige oplysninger til vurdering i Arbejdsskadestyrelsen. Vi har gjort Arbejdsskadestyrelsen opmærksom på, at vi ønsker en vurdering af årsagssammenhængen, mén og erhvervsevnetabet (Vurderingen af erhvervsevnetabet er alene ønsket, fordi modpartens forsikringsselskab GF har brug for denne del af afgørelsen)

Vi har endnu ikke modtaget en afgørelsen fra Arbejdsskadestyrelsen, så vi afventer stadig den, før vi kan afslutte sagen. I øvrigt står det frit for (i overensstemmelse med forsikringsvilkårene) at begge parter kan forelægge sagen for Arbejdsskadestyrelsen.

Vi har ikke betalt acontoerstatning
Indførelsen af forpligtigelsen for forsikringsselskaber om vejledning om acontoudbetaling i Forsikringsaftalelovens § 25 er indført pr. 1. juli 2004 og skal bruges på skader efter denne dato. Vi har derfor ikke informeret J.L.H. om denne mulighed. Imidlertid vurderer vi altid, uanset tidspunktet for indførelsen af vejledningspligten, muligheden for acontoerstatning. I denne situation har vi ikke fundet grundlag for en acontoerstatning på grund af de påfaldende mange gener og det relative lille traume.

Vi mener ikke, at vi har tilsidesat god forsikringsskik i vores behandling af sagen. Vi har anerkendt skaden, indhentet mange oplysninger, haft kontakt til modpartens forsikringsselskab og indhentet speciallægeerklæring til vores vurdering. På grund af vores tvivl omkring årsagssammenhæng har vi netop valgt at sende sagen til vurdering i Arbejdsskadestyrelsen. Vi har sammen med GF Forsikring (modpartens forsikringsselskab) valgt at betale udgiften til Arbejdsskadestyrelsens gebyr.

Vi kan ikke betale advokatbistand
Ulykkesforsikringen dækker som udgangspunkt ikke udgifter til advokatbistand, hvilket vi har meddelt advokaten. Vi er naturligvis opmærksomme på Forsikringsaftalelovens § 32. Vi mener dog ikke, at der er tale om en interessekonflikt af væsentlig karakter, som indeholder juridiske elementer, ligesom det ikke er vores opfattelse, at der er tale om en tvist, som kræver advokatbistand, idet sagen endnu ikke er afgjort og klagemulighederne er udtømt.

Vi afregner renter efter Forsikringsaftalelovens § 24
Advokaten ønsker, at Ankenævnet skal tage stilling til vores renteberegning efter modtagelse af en afgørelse fra Arbejdsskadestyrelsen. Vi afregner altid renter efter Forsikringsaftalelovens § 24, og det vil vi naturligvis også gøre i det tilfælde, at der er grundlag for ménudbetaling til J.L.H.

Sagen er forelagt Arbejdsskadestyrelsen i samråd med GF Forsikring
Vi har sammen med GF Forsikring valgt at få en vurdering fra Arbejdsskadestyrelsen, hvilket vi har meddelt advokaten.

Advokaten er ikke tilfreds med vores forelæggelsesskrivelse til Arbejdsskadestyrelsen. I henhold til normal praksis er det vores måde at give kommentarer til Arbejdsskadestyrelsen, og det er advokaten og kunden naturligvis også velkommen til, hvis de har kommentarer til sagen. De kan enten sende kommentarerne direkte til Arbejdsskadestyrelsen med kopi til Topdanmark, eller til Topdanmark hvorefter vi vil eftersende til Arbejdsskadestyrelsen.

Desuden mener advokaten, at vi har indbragt sagen for Arbejdsskadestyrelsen i samråd med GF Forsikring, kan medføre en sammenblanding af ménvurderingerne og erhvervsevnetabet.

På ulykkesforsikringen vil vi i henhold til forsikringsvilkårene tage forbehold for eventuelle tidligere lidelser ved en ménvurdering. Generelt set er ménvurderingerne på en ulykkesforsikring og ansvarsforsikring stort set altid ens. Men det er jo også en vejledende vurdering, som Arbejdsskadestyrelsen kommer med. Derfor vil vi naturligvis sammenholde kendelsen med bestemmelserne for kundens ulykkesforsikring."

Klagerens advokat har ved skrivelse af 18/4 2007 hertil bl.a. fremført:

"Topdanmark Forsikring anfører således, at forelæggelsen af sagen for Arbejdsskadestyrelsen specifikt sker med henblik på afklaring af spørgsmålet om årsagssammenhæng.

Det er min opfattelse, at forsikringsvilkårenes pkt. 11 - altså forsikringsvilkåret, der omhandler forelæggelse for Arbejdsskadestyrelsen - alene giver anledning til at forelægge en sag for Arbejdsskadestyrelsen, såfremt der er uenighed om det af forsikringsselskabet fastsatte ménstørrelse.

Det vil sige, at voldgiftsbestemmelsen i forsikringsbetingelsernes § 11 forudsætter, at Topdanmark Forsikring har taget stilling til, hvilken helbredsforringelse/hvilke skader ulykken har medført og herefter har taget stilling til størrelsen på det mén, som denne helbredsforringelse/disse skader må bedømmes til.

Det er herefter størrelsen af det mén, der relaterer sig til den anerkendte helbredsforringelse/skades størrelse, der kan afgøres ved Arbejdsskadestyrelsen.

Omvendt er det klart, at Arbejdsskadestyrelsen ikke kan træffe bindende voldgiftsafgørelse om, hvilke helbredsmæssige forringelser/hvilke skader, der måtte være en følge af den ulykke, der anerkender ulykkedefinitionens bestemmelser.

Dette spørgsmål må efter omstændighederne være et spørgsmål, der skal afgøres af domstolene, eventuelt med Retslægerådets medvirken.

I forlængelse heraf bemærkes, at det fremgår af en lang række domme, at det generelt er Retslægerådet, der anses for kompetent til at vurdere spørgsmål om årsagssammenhæng, mens Arbejdsskadestyrelsen anses for særlig kompetent til at vurdere spørgsmål om eksempelvis méngradens størrelse, altså spørgsmålet om, hvilken méngrad der hører til den af skaden forårsagede helbredsforringelse.

I en lang række personskadesager med ansvarsforsikringsselskaber er det således fast kutyme, at spørgsmålet om årsagssammenhæng afklares i forhold til Retslægerådet, og at den skade, som Retslægerådet finder, der har årsagssammenhæng med ulykken, herefter forelægges for Arbejdsskadestyrelsen med henblik på fastsættelse af méngrad herfor.

Tilbage står i nærværende sag det forhold, at Topdanmark Forsikring altså nu - mere end 2 1/2 år efter primærulykken - meddeler deres kunde, at de ikke mener, at der er årsagssammenhæng mellem de skadesfølger, der løbende har vist sig i hele den mellemliggende periode fra skadestidspunktet og fremefter.

Det er således fortsat min opfattelse, at min klient i nærværende sag havde krav på, at Topdanmark Forsikring væsentligt tidligere i forløbet havde meddelt hende, hvad man mente med hensyn til årsagssammenhæng, således at min klient havde mulighed for at gøre det fornødne med henblik på at opnå den erstatning, som hun igennem mange år har betalt præmie for at bevare retten til."

Ved afgørelse af 20/11 2007 traf Arbejdsskadestyrelsen afgørelse i sagen og fastsatte klagerens mén til 10 %, jf arbejdsskadesikringslovens § 18, stk. 2. Af afgørelsen fremgår bl.a.:

"Det fremgår af sagens akter, at J.H. den 19. maj 2004 som fører af en bil blev påkørt bagfra af en anden bil ved lav hastighed.

J.H. kunne umiddelbart efter ulykken stige ud af bilen, men efter et par timer fik hun smerter i nakken, hvorfor hun søgte skadestue.

På grund af tiltagende smerter søgte J.H. dagen efter egen læge, som henviste hende til behandling ved fysioterapeut. I forløbet efter skaden modtog hun således ugentlige behandlinger ved fysioterapeut, med forbigående effekt.

På grund af forværrede nakke-skulder-armsmerter blev der i slutningen af 2005 foretaget en MR-skanning af J.H.'s nakke. Herved blev der påvist prolapskonfigurationer, som man dog ikke fandt indikation for at operere.

I slutningen af 2004 tilkom der gener fra lænderyggen, og ved en MR-skanning i marts 2006 blev der påvist en prolaps i lænden. J.H. blev opereret herfor den 18. april 2006 med god effekt og efterfølgende bedring af generne.

I forløbet efter skaden udviklede J.H. en tilstand med symptomer i form af panikangst og mareridt. I den forbindelse modtog hun samtaler ved en psykolog.

…

Begrundelse for méngrad

Vi har ved vurderingen af méngraden lagt vægt på sagens lægelige oplysninger …

Det fremgår heraf, at J.H. har gener i form af:

1. Daglige nakke- og skuldersmerter
2. Daglig hovedpine
3. Koncentrations- og hukommelsesbesvær
4. Støj- og lysoverfølsomhed
5. Problemer med nattesøvn
6. Problemer med samsyn
7. Tendens til tørhed i mund og øjne
8. Tendens til at ryste på venstre hånd
9. Daglige smerter i lænden, som forværres ved belastning
10. Panikangst og mareridt

Objektivt er der fundet let indskrænket bevægelighed i halshvirvelsøjlen.

Vi har fastsat det varige mén efter vores vejledende méntabel.

Efter tabellens punkt B.1.1.3 vurderes middelsvære, daglige nakkesmerter uden eller med let bevægeindskrænkning, eventuelt med udstrålende armsmerter, og eventuelt lettere somatiske, kognitive og affektive ledsagesymptomer, til 10 procent.

Vi har herefter for gener og fund i form af daglige nakke- og skuldersmerter, daglig hovedpine, kognitive gener samt let indskrænket bevægelighed i halshvirvelsøjlen vurderet det varige men til **10 procent** i overensstemmelse med det nævnte punkt i tabellen.

Vi finder ikke, at uheldet den 19. maj 2004 var af en sådan art og beskaffenhed, at det er sandsynligt, at J.H. på baggrund heraf kan have udviklet en egentlig posttraumatisk belastningsreaktion. Vi finder således ikke, at ulykken kan begrunde et tillæg for et varigt psykisk mén, der ligger udover, hvad der er indeholdt i de kognitive ledsagesymptomer i ovennævnte tabelpunkt.

Ved vurderingen af J.H.'s gener fra lænderyggen har vi lagt vægt på, at disse først tilkom i slutningen af 2004. På baggrund heraf vurderer vi ikke, at der er relevant tidsmæssig sammenhæng mellem uheldet og J.H.'s nuværende lænderygsgene."

Ved skrivelse af 5/12 2007 til selskabet fremsendte klagerens advokat Arbejdsskadestyrelsens afgørelse til selskabet. I skrivelsen anfører advokaten bl.a.:

"I forlængelse af tidligere korrespondance har jeg nu modtaget kopi af Arbejdsskadestyrelsens vejledende udtalelse, hvor Arbejdsskadestyrelsen har fastsat et mén på 10%.

Det må således konstateres, at Arbejdsskadestyrelsen bekræfter mig i, at Topdanmark Forsikring på et væsentligt tidligere tidspunkt burde have udbetalt erstatning.

Jeg skal anmode om, at denne erstatning udbetales snarest med tillæg af renter.

Bortset fra det anerkender jeg ikke, at Arbejdsskadestyrelsen med bindende virkning skulle træffe afgørelse med hensyn til, hvilke helbredsmæssige følger der er en følge af skaden, og hvilke helbredsmæssige følger der ikke måtte være en følge af skaden. Dette spørgsmål må - om nødvendigt - afgøres ved domstolene og efter forelæggelse af spørgsmålet for Retslægerådet.

> Det, Arbejdsskadestyrelsen tager stilling til, er størrelsen af et givent mén på baggrund af en given helbredsmæssig forringelse. Det har Arbejdsskadestyrelsen nu gjort for så vidt angår min klients nakkegener.
>
> For så vidt angår min klients øvrige gener har Arbejdsskadestyrelsens ingen bindende virkning.
>
> Jeg afventer i øvrigt Ankenævnet for Forsikrings yderligere vurdering desangående."

I skrivelse af 20/12 2007 til nævnet har selskabet anført, at selskabet er blevet opmærksom på, at der verserer en retssag mellem modpartens motoransvarsforsikringsselskab og klageren, der aktuelt afventer en udtalelse fra Retslægerådet om årsagssammenhæng mellem færdselsuheldet og klagerens gener. På denne baggrund har selskabet anmodet om udsættelse af sagen på retssagens afgørelse.

Klagerens advokat anførte ved skrivelse af 7/1 2008 hertil:

> "Det fremgår af Topdanmarks skrivelse, at Topdanmark nu mener, at sagen ved Ankenævnet for Forsikring skal udsættes på en verserende retssag imellem skadelidte og et ansvarsforsikringsselskab.
>
> Mig bekendt har Topdanmark Forsikring jf. forsikringsaftaleloven ingen hjemmel til noget sådant.
>
> Situationen er den, at min klient, J.L.H., kom til skade den 19. maj 2004, altså for snart 4 år siden, og Topdanmark Forsikring har - på trods af, at J.L.H: har tegnet ulykkesforsikring ved dem indtil videre nægtet at udbetale erstatning. Topdanmark Forsikring har i øvrigt selv forelagt sagen for Arbejdsskadestyrelsen og har tidligere givet udtryk for, at Arbejdsskadestyrelsens vurdering af dem blev opfattet som værende bindende.
>
> Som det fremgår af mine seneste skrivelser til Topdanmark Forsikring og Ankenævnet for Forsikring (5. december 2007), har Arbejdsskadestyrelsen nu truffet afgørelse om, at ménet/invaliditeten som følge af den nakkeskade, som Arbejdsskadestyrelsen finder skete ved ulykken den 19. maj 2004, kan fastsættes til 10%.
>
> Jeg kan således ikke acceptere, at Topdanmark Forsikring undlader at tage stilling til, hvorvidt man vil anerkende og udbetale invaliditetserstatning, svarende til 10 %, på det foreliggende."

Nævnets sekretariat meddelte den 11/1 2008 selskabet og klagerens advokat, at man ikke fandt grundlag for at udsætte sagen på udfaldet af retssagen.

Selskabets advokat bemærkede hertil i skrivelse af 7/2 2008:

"Som advokat for Topdanmark Forsikring A/S skal jeg hermed fremkomme med min klients afsluttende bemærkninger til sagen.

1. Jeg skal i det hele henvise til det af min klient anførte for så vidt angår sagens faktiske omstændigheder. J.L.H. har efter vor opfattelse ikke været udsat for en påvirkning, der er egnet til at forvolde varig skade. Der er i det lægelige materiale beskrevet fysiske og psykiske gener der efter selskabets opfattelse ikke kan henføres til påvirkningen ved færdselsuheldet.

2. Advokat M.H. har gjort sig til talsmand for, at min klient er forpligtet til at følge Arbejdsskadestyrelsens vurdering mens hans klient ikke er bundet heraf. Jeg skal bl.a. henvise til hans indlæg af 18. april 2007.

   Han har herudover gjort sig til talsmand for, at voldgiftsklausulen næppe kan antages at finde anvendelse i forbrugerforhold. Om sidstnævnte bemærker jeg, at Højesteret med UfR 2000.1152H har taget stilling til spørgsmålet. Af dommen vil fremgå, at en voldgiftsklausul i en ulykkesforsikring om endelig fastsættelse af méngrad ved Arbejdsskadestyrelsen er gyldig. I den konkrete sag var styrelsens udtalelse dog ikke bindende på grund af sagsbehandlingsfejl.

3. For så vidt angår spørgsmålet om udsættelse af sagen bemærker jeg indledningsvis, at det står min klient frit for, skulle en kendelse gå selskabet imod, inden for 4 ugers fristen, at meddele, at min klient ikke ønsker at være bundet af kendelsen. Det har den konsekvens, at advokat H. og hans klient må stævne min klient for så vidt det fastholdes, at hun ved færdselsuheldet er påført en dækningsberettiget invaliditet.

   I lyset heraf samt ikke mindst den tidligere givne oplysning om, at der verserer retssag mellem J.L.H. og den ansvarlige skadevolder, GF-Forsikring, har min klient henstillet at Ankenævnets behandling af sagen udsættes på i det mindste den erklæring fra Retslægerådet som er under indhentelse af den pågældende retssag. Jeg kan oplyse, at vort kontor, ved advokat N.C., repræsenterer GF-Forsikring under den pågældende retssag. Jeg vedlægger kopi af svarskrift og spørgsmål til Retslægerådet, hvoraf vil fremgå, at parterne de facto er enige om forelæggelse. Spørgetemaet er udformet af advokat M.H.

4. Advokat M.H. synes altså at være ganske enig i, at spørgsmålet om hvilke helbredsmæssige forringelse/hvilke skader der måtte være en følge af et givent ulykkestilfælde er et spørgsmål der skal afgøres af domstolene eventuelt med Retslægerådets medvirken. Afklaring heraf er afgørende for invaliditetsfastsættelsen. Der verserer pt. ved domstolene en retssag hvorunder det søges afklaret, hvilke helbredsmæssige forringelser/hvilke skader der måtte være en følge af ulykkestilfældet og dermed hvilke skader og varige gener der kan henføres til ulykkestilfældet som en følge heraf og dermed begrunde en invaliditetsfastsættelse."

Af forsikringsbetingelserne fremgår:

"**11 Forelæggelse for Arbejdsskadestyrelsen**

A Både forsikrede og Topdanmark kan forlange spørgsmålet om méngradens størrelse forelagt for Arbejdsskadestyrelsen ved uenighed om den af Topdanmark fastsatte méngrad.

B Arbejdsskadestyrelsens afgørelse, der er en voldgiftsafgørelse, er bindende for begge parter.

…

C Erstatning ved invaliditet

(Godtgørelse for varigt mén)

1. Invaliditetserstatningen udgør lige så mange procent af forsikringssummen ved invaliditet, som méngraden er fastsat til.
2. Méngraden fastsættes efter reglerne i Lov om sikring mod følger af arbejdsskade paragraf 33, stk. 1 og 2 om godtgørelse for varigt mén.
   Erstatningen udbetales, hvis skaden har medført, at forsikrede har fået et varigt mén på 5 % eller derover.
   Méngraden fastsættes på grundlag af ulykkestilfældets medicinske art og omfang og under hensyn til de af ulykkestilfældet forvoldte ulemper i forsikredes personlige livsførelse."

Nævnet udtaler:

Det følger af de gengivne forsikringsbetingelsers punkt 11, at Arbejdsskadestyrelsens afgørelse er bindende for begge parter. Nævnet bemærker i denne sammenhæng, at det ikke har grundlag for at tilsidesætte bestemmelsen, jf. herved bl.a. Ugeskrift for Retsvæsen 2000.1152H, idet det tilføjes, at forbudet mod voldgiftsaftaler i forbrugeraftaler kun gælder for aftaler, der er indgået efter 1/7 2005, jf. voldgiftslovens § 7, stk. 2, jf. § 40, stk. 2. Allerede derfor finder nævnet, at udfaldet af retssagen mellem modpartens motoransvarsforsikringsselskab og klageren ikke har relevans for denne sags afgørelse.

Nævnet finder, at klagerens méngrad som følge af ulykken i overensstemmelse med Arbejdsskadestyrelsens afgørelse kan fastsættes til 10 %. Nævnet bemærker herved, at Arbejdsskadestyrelsen i overensstemmelse med sin sædvanlige praksis har fastsat méngraden på baggrund af de følger, der vurderes at have årsagssammenhæng med ulykkestilfældet.

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet det ikke godtgjort, at selskabets sagsbehandling har nødvendiggjort advokatbistand. Nævnet finder derfor ikke grundlag for at pålægge selskabet at dække klagerens udgifter hertil.

Da ulykkestilfældet lå forud for ikrafttrædelsen af forsikringsaftalelovens § 25 om selskabernes vejledningspligt om a contobetaling, finder nævnet, at selskabet ikke kan kritiseres for, at det ikke af egen drift har orienteret klageren om denne mulighed.

Som følge af det anførte

b e s t e m m e s :

Selskabet, Topdanmark Forsikring A/S, skal yde klageren godtgørelse svarende til 10 % mén med tillæg af renter i henhold til forsikringsaftalelovens § 24.

Klagen i øvrigt kan ikke tages til følge.

Marianne Højgaard Pedersen