816/09

Den 30. marts 2009 blev i sag nr. 74.291:

xxxxxx xxxxx xxxxxxx
xxxx xxxxxxx xx
xxxx xxxxxx

mod

Forsikrings-Aktieselskabet Alka
Engelholm Alle 1
2630 Taastrup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har retshjælpsforsikring i Forsikrings-Aktieselskabet Alka, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til en sag mod GF-forsikring.

Selskabet henviser til, at der ikke er rimelig grund til at føre sagen.

Spørgsmålet om retshjælpsdækning har tidligere været forelagt Ankenævnet for Forsikring, der den 20/11 2006 afsagde kendelse nr. 68.461, hvori det hedder:

> "Nævnet udtaler:
> Nævnet bemærker, at det af stævningen fremgår, at sagen tænkes ført med henblik på anerkendelse af en højere méngrad samt anerkendelse af erhvervsevnetab.
>
> Arbejdsskadestyrelsen vurderede den 10/5 2005, at klagerens méngrad efter ulykken var mindre end 5 %, og styrelsen fastholdt denne vurdering ved skrivelse af 28/9 2005. Selskabet har dog udbetalt méngodtgørelse svarende til en méngrad på 8 %.
>
> Efter sin gennemgang af sagen - herunder de lægelige journaler - finder nævnet, at der ikke er en sådan udsigt til, at den påtænkte retssag vil føre til et for klageren gunstigere resultat, at selskabet kan tilpligtes at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning."

Klageren har efterfølgende indhentet yderligere oplysninger i sagen.

Arbejdsskadestyrelsen har genvurderet klagerens méngrad og har i skrivelse af 18/2 2008 afgivet følgende udtalelse:

"**Vurdering**
Méngraden er vurderet til mindre end 5 procent, jf. erstatningsansvarslovens § 4.
…
Tidligere vurdering

Vi har den 10. juni 2005 vurderet følgerne efter ulykken til en méngrad på mindre end 5 procent.

Sagsfremstilling

Ifølge oplysninger fra S. Sygehus har F.B.N. gennem flere år haft tiltagende og vedvarende smerter fra nakken og venstre skulder.

Den 25. januar 2003 var F.B.N. involveret i en trafikulykke, da han på cykel blev påkørt af en bilist. Ved ulykken blev han slynget op på køleren og derefter ned på vejen. Han blev herefter bragt til skadestuen, hvor man fandt lette smerter i venstre skulder og fod og ryggen.

Begrundelse for méngrad

Vi har lagt vægt på sagens lægelige oplysninger, herunder især:
- Ortopædkirurgisk speciallægeerklæring af 21. januar 2007 fra T.M.K.
- Ortopædkirurgisk speciallægeerklæring af 26. juli 2004 fra M.J.
- Journaloplysninger fra V. Sygehus og S. Sygehus.

Ifølge journaloplysninger fra S. Sygehus havde F.B.N. forud for ulykken gennem flere år været generet af vedvarende smerter i nakke og venstre skulder og der var stærk bevægelsesindskrænkning i nakken og skulderen.

Ifølge erklæring af 21. januar 2007 har F.B.N. nu gener i form af konstante smerter, nedsat kraft og bevægelighed af venstre skulder. Smerterne beskrives som murrende der forværres når armen kommer i yderstillinger eller hvis armen har været eleveret med belastning over skulderniveau. Efter kort tids belastning føles skulderen/armen tung og med nedsat kraft. Har i disse perioder parestesier ud i håndens 3 første fingre.

Objektivt findes venstre skulder med let muskelsvind, øm ved trykken, skurren i leddet og nedsat bevægelighed (130/110).

Vi har fastsat det varige mén efter et skøn med udgangspunkt i vores vejledende méntabel. Skadens følger fremgår ikke direkte af tabellen, men kan sammenlignes med følgende punkt.

Efter tabellens punkt D.1.5.2 vurderes skulder, med daglige belastningsudløste smerter og let nedsat bevægelighed, til 5 procent.

Vi vurderer, at F.B.N.s forudbestående skuldergener svarer til tabellens punkt D.1.5.2, fordi der var vedvarende smerter og nedsat bevægelighed i skulderen.
Vi vurderer, at F.B.N.s nuværende gener overgår det nævnte punkt i tabellen, da der er konstante smerter, nedsat kraft, skurren ved bevægelse og nedsat bevægelse. Vi har skønsmæssigt vurderet disse gener til 8 procent.

Efter fratræk for forudbestående gener har vi vurderet méngraden efter ulykken den 25. januar 2003 til mindre end 5 procent."

Arbejdsskadestyrelsen har fastholdt afgørelsen ved udtalelse af 26/5 2008.

Af speciallægeerklæring af 21/1 2007 fra overlæge T.M.K., speciallæge i Ortopædisk kirurgi fremgår bl.a.:

"**Resumé og konklusion**

Det drejer sig om en 60 årig mand, der den 25. januar 2003 på cykel bliver påkørt af bil, hvorved han pådrager sig et traume af sin venstre skulder, ryg og venstre fod.
Han har forinden i årene 1995 og 2001 været udredt på arbejdsmedicinsk klinik på grund af nakke- og skulderproblemer i forbindelse med han's virke som maler. Der blev her fundet degenerative forandringer i nakken og generne blev tolket som muskelinfiltrationer (myoser). Foretog arbejdsskift som anbefalet, til leder af malerafdelingen i byggefirma.
Dette arbejde har han bestredet uden problemer indtil traumet den 25. januar 2003.
Han har derefter været sygemeldt, genoptrænet ved fysioterapi, undersøgt ved neurolog og gennemgået udredning og kirurgisk behandling i ortopædkirurgisk regi. Der blev her fundet at han havde pådraget sig en labrum (slaptear), biceps og cuff læsion.
Ved afsluttende kontrol den 9. februar 2005 har han fortsat problemer med sin skulder i form af nedsat bevægelighed og smerter.

Tilstanden har været stationær siden november 2004 og der kan ikke forventes nogen spontan bedring af hans skulder gener.

Han har forsat konstante smerter, nedsat bevægelighed og kraft af sin venstre skulder. Må derfor ofte benytte sig af smertestillende. (T. panodil, T. ibumetin). Dette har betydet at han ikke er i stand til at varetage hans arbejde (Er på flexjob - 20 timer ugentlig) og han er derfor truet i sit fremtidige erhverv.
Han har en forstyrret nattesøvn, nedsat evne til daglige gøremål og kan ikke længere deltage i sine fritidsinteresser som tidligere.

Jeg finder at der er en god sammenhæng mellem det aktuelle traume, de subjektive gener og både de operative og kliniske fund.
På sigt er risikoen for udvikling af cuff og labrum læsionen samt slidgigt i venstre skulderled betydeligt øget.
Jeg kan ikke tilbyde skadelidte yderligere kirurgisk behandling der risikofrit og med sikkerhed vil kunne afhjælpe hans gener.

Ulykkestilfældet har efter min vurdering medført varige mén og erhvervsevnetab.

Diagnoser

Labrum læsion (Slaptear)
Partiel rotator cuff læsion (ledkapsel læsion)."

Arbejdsskadestyren anførte i skrivelse af 28/8 2008 til klagerens advokat:

"Det forudbestående mén er stadig 5% med samme agumenter som i bil. I1
Nuværende gener er konstante smerter og nedsat kraft. Bevæger frem/ud=130/110 grader.
Mén skønsmæssigt 8%
Men ved aktuelle ut < 5%.
…"

Klagerens advokat har over for nævnet nedlagt påstand om, at selskabet skal give tilsagn om retshjælpsdækning til en sag mod GF-Forsikring A/S i anledning af at krav efter uheldet den 25/1 2003. Klagerens advokat har i den forbindelse henvist til stævning af 3/7 2008, hvoraf følgende bl.a. fremgår:

"Til støtte for den nedlagte påstand gøres det gældende,

at uheldet den 25. januar 2003 har medført en nedsættelse af sagsøgers evne til at skaffe sig indtægt ved eget arbejde,

at sagsøgte forinden udbetaling af a conto ménerstatning har haft lejlighed til at gennemgå speciallægeerklæring fra læge M.J. samt haft lejlighed til at gennemgå samtlige sagsakter i forbindelse med den tidligere arbejdsskadesag,

at sagsøgte ved udbetaling af a conto ménerstatning uden forbehold har anerkendt, at sagsøger har pådraget sig et selvstændigt mén

at skaden i venstre skulder, hvor sagsøgte har anerkendt et men på 8% a conto, er den væsentligste årsag til de arbejdsmæssige ændringer og

at sagsøger herefter har krav på erhvervsevnetabserstatning i det mindste på baggrund af en erhvervsevnetabsprocent på 15.

Såfremt sagsøger ikke får medhold i ovennævnte, gøres det gældende,

at Arbejdsskadestyrelsen ved udtalelse af 18. februar 2008, bilag 23, har vurderet sagsøgers samlede méngrad til 8%,

at sagsøger ikke havde nævneværdige problemer med venstre skulder før uheldet,

at der derfor ikke er grundlag for et fradrag på 5% for forudbestående skuldergener som vurderet af Arbejdsskadestyrelsen,

at skaden i venstre skulder er den væsentligste årsag til de arbejdsmæssige ændringer og

at sagsøger derfor har krav på erhvervsevnetabserstatning i det mindste på baggrund af en erhvervsevnetabsprocent på 15.

Såfremt sagsøger ikke får medhold i ovennævnte gøres det gældende,
at det bevismæssigt kan lægges til grund, at skaden i det mindste har medført en forværring af sagsøgers venstresidige skulderlidelse,

at skaden uanset eventuelt forudbestående mén har udløst en samlet méngrad på 8%,

at Arbejdsskadestyrelsen ved udtalelse af 18. februar 2008, bilag 23, har vurderet sagsøgers gener efter uheldet til en méngrad på 3%,

at generne efter uheldet den 25. januar 2003 hver dag er til ulempe for sagsøger på arbejdspladsen og i hjemmet, hvorfor méngraden i det mindste bør fastsættes skønsmæssigt til 5%,

at fastsættelse af erhvervsevnetabsprocenten bygger på en vurdering af de fremtidige indtægtsmuligheder,

at sagsøger forud for uheldet på trods af eventuelt forudbestående men passede sit arbejde,

at sagsøger efter skaden ikke har været i stand til at genoptage sit arbejde i samme omfang som før skaden,

at det bevismæssigt kan lægges til grund, at uheldet har været medvirkende/den væsentligste årsag til tilkendelse af fleksjob,

at Arbejdsskadestyrelsen ved tilkendelse af fleksjob normalt efter gældende praksis vurderer skadelidtes erhvervsevnetabsprocent til mellem 15 og 50 og

at sagsøger på det foreliggende grundlag i det mindste har krav på erhvervsevnetabserstatning på baggrund af en erhvervsevnetabsprocent på 15."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse og til støtte herfor i skrivelse af 5/8 2008 til nævnet bl.a. anført:

"I henhold til de for retshjælp gældende forsikringsbetingelser § 2, stk. 3 og § 5, stk. 1 dækker forsikringen ikke i sager, hvor det skønnes at sikrede ikke har rimelig grund til at føre sagen.

Af Advokat H.E.s henvendelse til selskabet den 29. maj 2008 fremgår det, at der søges om retshjælpsdækning til en sag med en påstand på kr. 254.349,05 med tillæg af renter. Påstanden fremkommer ved et krav om mén på 12% og erhvervsevnetab på 15% med fradrag af den tidligere udbetalte ménerstatning på 8%.

Dette er samme påstand som ankenævnet tog stilling til i den tidligere sag, da der ligeledes blev søgt om retshjælpsdækning til en sag med en påstand på kr. 254.349,05, hvor selskabet fik medhold i at klager ikke havde rimelig grund til at føre sagen.

Bedømmelsen af denne sag skal således foretages ud fra en vurdering af, om der er kommet nye oplysninger som kan medføre at sagen efter ankenævnets tidligere kendelse af 20. november 2007 er blevet rimelig at føre.

Det er vores opfattelse, at der ikke er fremkommet nye oplysninger der kan føre til, at den samme påstand som i den tidligere nu kan anses for rimelig at fremføre.
Vi skal understrege, at klager allerede inden den første sag blev vurderet, havde fået udbetaling af mén svarende til 8% fra GF forsikring. Dette betyder at klager skal fremlægge dokumentation for at han har en méngrad på over 8% som følge af ulykken, før det det kan anses for rimeligt at føre sagen omkring méngrad.

Udtalelserne fra Arbejdsskadestyrelsen giver ikke anledning til at antage, at klager vil kunne påvise at méngraden efter uheldet kan sættes til over 5%. Uanset at Arbejdsskadestyrelsen har ændret i begrundelsen for fastsættelse af méngraden, så er det fortsat Arbejdsskadestyrelsens vurdering, at méngraden som følge af ulykken er under 5%, da klagers gener kan tilskrives de forudbestående gener.

Arbejdsskadestyrelsen har ikke ved den seneste bedømmelse af sagen taget stilling til erhvervsevnetabet, idet Arbejdsskadestyrelsen alene er blevet anmodet om at tage stilling til méngraden. Der er således ikke fremlagt nye oplysninger der kan medføre, at det må anses for sandsynligt at klager kan få medhold i en påstand vedrørende et erhvervsevnetab på 15%.

Endvidere skal vi bemærke, at vi ikke siden Ankenævnets kendelse i den tidligere sag har modtaget oplysninger om modpartens stillingtagen til sagen. Vi har anmodet advokat H.E. om at fremlægge de nye oplysninger for modparten, men vi har alene modtaget kopi af modpartens accept af suspension af forældelsen.

Vi skal på denne baggrund bemærke, at der ikke foreligger en tvist i henhold til betingelsernes § 2, stk. 2.

Vi har tidligere givet forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til en påstand på kr. 15.000,00 vedrørende advokatomkostninger. Dette tilsagn er fortsat gældende, men kravet fremgår imidlertid ikke af det stævningsudkast som selskabet har modtaget. Vi skal i den forbindelse bemærke, at vi ikke har modtaget kopi af den endelige stævning.

På denne baggrund fastholder vi vores afvisning af at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til sagen med henvisning til forsikringsbetingelsernes § 2, stk. 3 og § 5, stk. 1, og afventer herefter Ankenævnets kendelse."

Hertil har klagerens advokat i skrivelse af 14/8 2008 til nævnet anført:

"Alka Forsikrings skrivelse af 5. august d.å. giver anledning til følgende.

Som det fremgår af stævningens side 6, er sagsøgers erstatningskrav opgjort således:

Erhvervsevnetabserstatning:

Kr. 216.110,97 x 15% x 10	324.166,45 kr.
- fradrag for alder - 28%	90.766,61 kr.
Erhvervsevnetabserstatning i alt	233.399,85 kr.

Advokatomkostninger:

Advokatomkostninger, incl. moms	20.000,00 kr.
I alt, svarende til den nedlagte påstand	253.399,85 kr.

Der er ikke nedlagt påstand om yderligere ménerstatning, idet min klient tidligere har fået udbetalt ménerstatning på baggrund af en méngrad på 8%.

GF-Forsikring A/S har ved skrivelse af 27. juni d.å., bilag …, fastholdt deres afvisning af kravet."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

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

1. 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 dis e ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand."

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet, at der ikke er en sådan udsigt til, at retssagen vil føre til et for klageren gunstigt resultat, at selskabet kan tilpligtes at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Marianne Højgaard Pedersen