870/11

Den 14. juni 2011 blev i sag nr. 79.781:

xxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx xxx
xxxx xxxx

mod

PFA Pension
Marina Park
Sundkrogsgade 4
2100 København Ø

afsagt

k e n d e l s e :

_____

Nævnet har den 29/11 2010 i sag nr. 75.780 afsagt sålydende kendelse:

"Nævnet udtaler:
På baggrund af det af selskabet oplyste om udsendelsen af de nye betingelser gældende fra 1/1 2005 må nævnet lægge til grund, at klageren har modtaget forsikringsbetingelserne. Nævnet bemærker herved, at klageren ikke har sandsynliggjort særlige uregelmæssigheder i denne periode med hensyn til postforsendelse i sit postdistrikt.

Af selskabets meddelelse om ændringen af betingelserne vedrørende undtagelsen af sygdomme eller gener, hvor der alene er subjektive klager over smerter, gener o.l., fremgår ikke en egentlig beskrivelse af, hvori ændringen består, eller at der er tale om skærpelse i den af selskabet udsendte ændringsskrivelse.

I overensstemmelse med, hvad der er antaget i bl.a. U 1983.804 Ø, finder nævnet, i det omfang selskabet hævder, at der er tale om en skærpelse af forsikringsbetingelserne, at selskabet ikke på en tilstrækkelig klar og tydelig måde har beskrevet skærpelsen af forsikringsbetingelserne vedrørende undtagelsen om sygdomme eller tilstande, hvor der alene er subjektive klager. Ændringen kan derfor ikke anses for aftalt mellem parterne og kan allerede af denne grund ikke gøres gældende mod klageren.

Efter sin gennemgang af sagen, herunder oplysningerne i den kommunale sag, klagerens tildeling af førtidspension, Arbejdsskadestyrelsens fastsættelse af klagerens erhvervsevnetab til 50 % i medfør erstatningsansvarsloven samt sagens lægelige oplysninger, finder nævnet, at klageren har godtgjort, at hans generelle erhvervsevne er nedsat med halvdelen, men ikke med 2/3.

Som følge af det anførte bestemmes: Selskabet, PFA Pension, skal anerkende, at klagerens erhvervsevne fra den 1/10 2008 har været nedsat med halvdelen, og skal udbetale klageren de ham tilkomne ydelser med tillæg af renter i henhold til forsikringsaftalelovens § 24."

Det indklagede selskab har rettidigt anfægtet nævnets afgørelse, men tillige begæret sagen genoptaget, idet selskabet i sit brev af 20/12 2010 til nævnet bl.a. har anført:

> "Det er PFA Pensions opfattelse, at begrundelsen for at afvise anvendelsen af § 13, stk. 2, bygger på forkerte forudsætninger. Ankenævnet har lagt til grund, at dækningsundtagelsen blev indført ved varslingen af de nye forsikringsbetingelser pr. 1. januar 2005, hvilket imidlertid *ikke* er korrekt. Forsikrede har helt siden tegningstidspunktet den 5. august 1994 været omfattet af forsikringsbetingelser, som *undtager* dækning, hvis der ikke kan påvises objektive tegn på tilstedeværelsen af mén eller sygdom."

Selskabet har beklaget, at det muligt selv har bidraget til fejlen ved at fremsende forkerte forsikringsbetingelser.

Nævnets formand har besluttet at genoptage sagen, og tvisten i sagen består herefter i, om forsikringsbetingelsernes § 13, stk. 2, er til hinder for, at nævnet som i kendelse nr. 75.780 fandt, at klageren havde et erhvervsevnetab på 50 %, er dækningsberettigende.

Selskabet har til dette spørgsmål anført følgende i sit brev af 20/12 2010 til nævnet:

> "I overensstemmelse med tidligere processkrifter, jf. især argumentationen i selskabets breve af 7. juli 2009 og 15. marts 2010, fastholder PFA Pension, at udbetalingerne til forsikrede er stoppet med rette, idet forsikredes smerteklager i overvejende grad alene baserer sig på forsikredes egne udsagn, uden at det har været muligt at konstatere disse på objektivt grundlag."

Klagerens advokat har i sit oprindelige indlæg af 22/6 2009 hertil anført:

> "Endvidere er jeg af den opfattelse, at § 13, stk. 2 ikke finder anvendelse i denne sag, hvor der er et objektivt konstaterbart traume, der ligger til grund for min klients helbredsmæssige tilstand.
>
> § 13, stk. 2 gælder ved *'sygdom eller tilstand'.*
>
> Det fremgår af § 8 *'generel erhvervsevnenedsættelse',* at en generel erhvervsevnenedsættelse kan være en følge af: Stk. 3 *'sygdom eller ulykkestilfælde'.*
>
> Som anført er der ikke i § 13, stk. 2, som er en undtagelsesbestemmelse, anført, at undtagelsesbestemmelsen om objektive tegn på tilstedeværelse af men eller sygdom også gælder ved en objektiv konstaterbar ulykke.

Klagerens advokat har i brev af 3/2 2011 henvist til Højesterets dom af 19/1 2011. I brevet anfører advokaten bl.a.:

> "Til nævnets orientering fremsender jeg Højesterets dom afsagt onsdag den 19. januar d.å., hvor Højesteret for første gang har taget stilling til forsikringsbetingelsernes bestemmelse om 'objektive tegn'.

For det første lægger Højesteret vægt på, at der er tale om en undtagelse fra tilsagnet om dækning af mistet erhvervsevne som følge af sygdom eller ulykke. Det er således forsikringsselskabet, der har bevisbyrden for, at der foreligger et forhold, som efter vilkåret er undtaget fra dækning.

Man går endvidere ind i en formålsfortolkning og anfører, at det har til formål at undtage tilfælde, hvor der ikke er et sikkert grundlag for at fastslå en sygdomstilstand.

Spørgsmålet, om hvorvidt der er et sikkert grundlag for at fastslå en sygdomstilstand, skal vurderes efter de lægelige erklæringer. I den pågældende sag var der tale om et kronisk smertesyndrom, som er karakteriseret ved manglende objektive fund.

Dog anfører Højesteret, at der er tale om en diagnose, som kan stilles efter en undersøgelse på lægefagligt anerkendt grundlag.

Det er helt åbenbart, at efter Højesterets afgørelse af 19. januar d.å. kan PFA Pension ikke påberåbe sig betingelsernes § 13, stk. 2 i denne situation, hvor der er lægelig dokumentation for at fastslå en sygdomstilstand.

Jeg fremsender endvidere kopi af Retslægerådets udtalelse af 5. maj 2010, som er indhentet i den private erstatningssag mod Topdanmark Forsikring A/S, som var ansvarsforsikringsselskab for modpartens køretøj.

Retslægerådet anfører som svar på spørgsmål 2, om hvorvidt sagsøger har pådraget sig varige følger som følge af ulykken den 22. maj 2006, at sagsøger siden ulykkestilfældet har haft vedvarende smerter fra nakke, højre skulder og overarm, snurren og prikken ud i de tre ulnare fingre på højre side og intermitterende også på venstre side, hovedpine og koncentrationsbesvær.

Objektivt findes nedsat bevægelighed af nakke og smerter ved yderstillinger. Smertebetinget kraftnedsættelse over skulder og albue af højre arm.

Endvidere anfører Retslægerådet, at man ud fra skadesmekanisme og symptomer må antage, at sagsøger som følge af ulykkestilfældet pådrog sig en distorsio columna servicalis."

Hertil har selskabet i brev af 15/3 2011 anført:

"PFA Pension fastholder med henvisning til tidligere partsindlæg, at forsikrede ikke har dokumenteret en generel erhvervsevnenedsættelse på halvdelen.

PFA Pension gør principalt gældende, at forsikrede er omfattet af undtagelsesreglen i forsikringsbetingelsernes § 13, stk. 2, jf. tidligere fremsendte forsikringsbetingelser (Bilag ..).

§ 13, stk. 2, lyder som følger:
Gruppeforsikringen dækker ikke sygdom eller tilstand, hvor der alene er subjektive klager over smerter, gener og lign. D.v.s. situationer, hvor der ved lægelig undersøgelse ikke kan påvises objektive tegn på tilstedeværelse af men eller sygdom. Ved en ikke-objektiv bestemt lidelse forstås en lidelse, hvis diagnose er bestemt ved lægelig undersøgelse, som udelukkende baserer sig på forsikredes udsagn eller handling. Eksempler på ikke-objektive bestemte lidelser kan være syns- og høreforstyrrelser, nervøst hjerte, svimmelhed, hovedpine, hysteri, krisereaktioner, stress, myoser og lign, lidelser.

§ 13, stk. 2, beskriver meget præcist, hvad der skal forstås ved en ikke-objektiv bestemt lidelse, og hvornår en ikke-objektiv bestemt lidelse må anses for at foreligge. Det er således klart defineret, at lidelser, hvis diagnoser er bestemt ved lægelige undersøgelser, der udelukkende baserer sig på forsikredes udsagn og handlinger, ikke er dækket. Det er videre klart defineret, at smertetilstande, herunder hovedpine, myoser og lignende lidelser, er omfattet af undtagelsesbestemmelsen.

Med særlig henvisning til gennemgangen af forsikredes lægelige undersøgelser og resultater i tidligere brev af 15. marts 2010, er det fortsat PFA Pensions meget klare overbevisning, at der i sagen ikke eksisterer lægelige undersøgelser, som på objektivt grundlag understøtter forsikredes påståede smertelidelser. Der er således klar indikation på, at den af forsikrede beskrevne smertetilstand i al væsentlighed alene baserer sig på forsikredes egne udsagn og 2/3 handlinger, hvilket meget præcist er den situation, som er undtaget dækning i § 13, stk. 2.

Højesterets dom af 19. januar 2011 har efter PFA Pensions vurdering kun begrænset præjudikatværdi i forhold til nærværende sag, allerede fordi de citerede forsikringsbetingelser fra Skandia er væsentlige forskellige fra dem, som anvendes i PFA Pension.

Til ankenævnets orientering vedlægges de fulde forsikringsbetingelser, som PFA Pension har indhentet fra Skandia. Dækningsudtagelsen i Skandias forsikringsbetingelser under punkt 3.3 lyder som følger:

Uanset hvor længe forsikringen har været i kraft, er der ikke dækning ved invaliditet hvis invaliditeten skyldes:
…
- Legemlige sygdomstilstande uden objektive sygdomstegn, med mindre tilstanden har medført hospitalsindlæggelse

I modsætning til forsikringsbetingelserne fra PFA Pension indeholder dækningsundtagelsen fra Skandia ingen forklaring på, hvad som skal forstås ved manglende objektive sygdomstegn, ej heller præciserer den, hvilke lidelser, fx smertelidelser, som kan være omfattet. PFA Pension ser denne meget løse formulering som primær årsag til, at sagen ikke faldt ud til selskabets fordel.

PFA Pension skal derudover henvise til det forhold, at Højesterets dom i udstrakt grad hviler på en formålsfortolkning af den citerede undtagelsesbestemmelse. Højesteret anfører således:

Vilkåret må antages at have til formål at undtage tilfælde, hvor der ikke er sikkert grundlag for at fastslå en sygdomstilstand.

Det forekommer umiddelbart nærliggende at forstå vilkårets krav om objektive sygdomstegn i overensstemmelse med den lægefaglige tradition, og denne forståelse understøttes af, at formålet med vilkåret må antages at være ikke at skulle dække i tilfælde, hvor der ikke er fornødent lægefagligt belæg for at anse vedkommende for syg.

Med formålsfortolkningen lægger Højesteret afgørende vægt på, at dækningsundtagelsen har til formål *generelt* at undtage tvivlsomme sygdomstilstande. Det synes herefter at have været udslagsgivende for Højesteret, om den i sagen omhandlede smertetilstand - efter en

lægefaglig vurdering - kunne anses for tvivlsom. Dette mener Højesteret ikke er tilfældet i det konkrete tilfælde.

Tilsvarende formål kan ikke indfortolkes i PFA Pensions undtagelsesbestemmelse. Formålet 3/3 med bestemmelsen er ikke *generelt* at undtage dækninger ved tvivlsomme sygdomstilstande, men meget specifikt at definere nogle tilfælde, hvor PFA Pension ikke ønsker at bære en risiko.

Dækningsundtagelsen indgår som et centralt og anerkendt element i et standardiseret og prisbilligt gruppeforsikringsprodukt, hvor PFA Pension og gruppererepræsentanten (udvalgte pengeinstitutter) i fællesskab har accepteret forsikringsdækningens størrelse og pris. PFA Pension finder således, at Højesterets dom også på dette punkt adskiller sig fra nærværende sag.

Samlet set er det således PFA Pensions vurdering, at Højesterets dom af 19. januar 2011 ikke har betydning for afgørelsen af denne sag.

Hvis ankenævnet mod forventning skulle komme frem til, at dækningsundtagelsen i § 13, stk. 2, ikke finder anvendelse, skal PFA Pension subsidiært gøre gældende, at forsikredes erhvervsevne ikke er dokumenteret nedsat i dækningsberettigende grad.

PFA Pension skal med særlig henvisning til argumentationen i tidligere brev af 15. marts 2010 gøre gældende, at de helbredsmæssige undersøgelser ikke på nogen måde understøtter, at erhvervsevnen - på grund af sygdom eller ulykke - er nedsat med halvdelen.

Tilsvarende er det PFA Pensions opfattelse, at ankenævnet i sin tidligere kendelse har vægtet oplysningerne fra det kommunale forløb for tungt, taget de særlige omstændigheder i betragtning, som tilkendelsen af førtidspension er sket under.

PFA Pension skal i den forbindelse gentage, at tilkendelsen af offentlig førtidspension til forsikrede er sket på et meget spinkelt grundlag - på en overordnet vurdering af forsikredes samlede tilstand, psykisk såvel som fysisk, tillige på baggrund af utilstrækkelige arbejdsprøvninger. PFA Pension skal her præcisere, at det ikke synes at være i overensstemmelse med de almindelige offentlige tilkendelseskriterier, at forsikrede alene er blevet arbejdsprøvet og vurderet indenfor eget fag - og dette til trods for, at mekanikerfaget ikke kan anses for at imødekomme forsikredes grundlæggende skånebehov."

Klagerens advokat har hertil i brev af 1/4 2011 anført:

"Det fremgår af brevet fra PFA Pension, at man er af den opfattelse, at Højesterets afgørelse ikke skal tillægges vægt, endvidere fremgår det, at det er PFA Pensions opfattelse, at Ankenævnets tidligere kendelse heller ikke skal tillægges vægt f.s.v.a. betydningen af oplysninger fra det kommunale forløb.

Jeg er af den opfattelse, at Højesterets afgørelse er en helt generel afgørelse f.s.v.a. alle forsikringsbetingelser, hvoraf fremgår kriteriet om objektive tegn.

Det er endvidere ubestridt, at min klients lidelse ikke er en af de lidelser, som er oplistet i forsikringsbetingelsernes § 13, stk. 2."

Selskabet har sluttelig i brev af 14/4 2011 anført:

"Med henvisning til PFA Pensions tidligere brev af 11. marts 2011 fastholder vi, at der ikke er lægelige undersøgelser, som på objektivt grundlag understøtter forsikredes påståede smertelidelser, og at forsikringsbetingelsernes § 13, stk. 2 derfor finder anvendelse.

PFA Pension er ikke enig i modpartens opfattelse af, at Højesterets afgørelse er en generel afgørelse for så vidt angår alle forsikringsbetingelser, hvoraf kriteriet om objektive tegn fremgår. Der er fortsat tale om en konkret vurdering, hvilket da også fremgår af ankenævnets seneste kendelse 77.901.

PFA Pension er helt *uenig* i, at forsikredes lidelser ikke skulle være oplistet i forsikringsbetingelsernes undtagelsesbestemmelse § 13, stk. 2. Bestemmelsen nævner blandt andet hovedpine, stress og myoser - lidelser som alle er en del af den nakke- og skulderproblematik, inklusive den psykiske overbygning, som er beskrevet i lægejournaler og kommunale akter."

Arbejdsskadestyrelsen har den 8/2 2010 truffet afgørelse om klagerens méngrad og erhvervsevnetab i henhold til erstatningsansvarsloven i tilknytning til erstatningssagen mod modpartens ansvarsforsikring:

"**Vurdering**
Méngraden er vurderet til 10 procent, jf. erstatningsansvarslovens § 4.

Erhvervsevnetabet er vurderet til 50 procent, jf. erstatningsansvarslovens § 5.

Vi er ved brev af 20. august 2008 blevet bedt om en udtalelse om méngraden og erhvervsevnetabet efter erstatningsansvarslovens § 10.

Styrelsens neurokirurgiske speciallægekonsulent har medvirket til at vurdere méngraden.

Sagsfremstilling
Det fremgår af sagens akter, at [klager] den 22. maj 2006 som fører af en bil, blev påkørt bagfra, mens han holdt stille.

Ved ulykken pådrog [klager] sig en forvridning af halshvirvelsøjlen.

Det fremgår endvidere af sagens oplysninger, at [klager] var udsat for en ulykke i 1980, hvor han blev klemt under en bil. Ved ulykken pådrog [klager] sig et brud på 5. lændehvirvel. Han havde efterfølgende gener i form af rygsmerter med udstråling til lårene.

Vedrørende de erhvervsmæssige forhold er det oplyst, at [klager] er ufaglært.

I 1987 startede [klager] som ufaglært mekaniker på sin fars autoværksted. [Klager] overtog firmaet efter farens død.

På tidspunktet for ulykken arbejdede [klager] som selvstændig automekaniker med en ugentlig arbejdstid på 37 timer.

[Klager] blev sygemeldt umiddelbart efter ulykken. Han var sygemeldt i cirka 3 uger frem til den 14. juni 2006, hvor han genoptog sit arbejde. Den 24. august 2006 blev [klager] sygemeldt igen og har ikke været i arbejde siden.

I perioden 21. maj til 12. juli 2007 var [klager] i arbejdsprøvning på et andet værksted 2 timer om dagen.

Ifølge de kommunale oplysninger afviste han i forbindelse med arbejdsprøvningen kommunens tilbud om ansættelse af en personlig assistent i sit egen firma, idet han ikke vidste hvor meget arbejde, der ville være til assistenten.

[Klager] er tilkendt førtidspension med virkning fra den 1. maj 2008.

Det fremgår af de kommunale akter, at [klagers] erhvervsevne påvirkes af en psykologisk overbygning, som vurderes at være en faktor i hans sygemelding efter ulykken.

Begrundelse for méngrad
Vi har lagt vægt på sagens lægelige oplysninger, herunder især:
- speciallægeerklæring af 4. august 2009 fra neurokirurg … og
- journal fra egen læge.

Vi har lagt vægt på, at [klager] har varige følger efter forvridning af halshvirvelsøjlen i form af daglige nakkesmerter med udstråling, påvirket søvn, samt hukommelses- og koncentrationsbesvær.

Ved speciallægens objektive undersøgelse blev der endvidere konstateret nedsat bevægelighed i halshvirvelsøjlen.

Vi har fastsat det varige men 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.

Det er vores vurdering, at generne svarer til punktet i méntabellen og vi har på denne baggrund fastsat de varige følger efter ulykken den 22. maj 2006 til 10 procent.

Vi er opmærksomme på, at [klager] endvidere klager over tendens til at ryste og svede ved let til moderat arbejde.

Vi finder imidlertid ikke, at der er årsagssammenhæng mellem disse gener og ulykken.

Sidst i dette brev har vi trykt et uddrag af méntabellen til orientering.

Begrundelse for erhvervsevnetab
Vi har lagt vægt på sagens sociale og økonomiske oplysninger, herunder især oplysninger fra:
- … Kommune,
- [klager] og
- SKAT.

Erstatning for tab af erhvervsevne efter erstatningsansvarsloven skal kompensere for den indtægtsnedgang, som skyldes skadens følger.

Vi skal vurdere, hvad [klager] ville have kunnet tjene, hvis skaden ikke var sket og sammenholde det med hans indtægtsmuligheder med skaden.

Der ydes kun erstatning for tab af erhvervsevne, hvis indtægtstabet er 15 procent eller derover.

Vi har ved vurderingen af erhvervsevnetabet lagt vægt på, at [klager] havde en stabil tilknytning til arbejdsmarkedet forud for ulykken.

Vi har endvidere lagt vægt på, at [klager] er tilkendt førtidspension med virkning fra den 1. maj 2008.

Vi har noteret os, at [klager] kun har været arbejdsprøvet som mekaniker, og at arbejdsprøvning kun har fundet sted i een virksomhed med få timers arbejde om dagen.

Vi har endvidere noteret os de kommunale oplysninger, hvoraf det fremgår, at [klager] var meget opsat på, at få fleksjob i egen virksomhed, og søgte førtidspension, da dette viste sig ikke at være muligt.

Af de kommunale akter fremgår det endvidere, at pensionen er tilkendt dels på grund af følgerne efter ulykken og dels på grund af ryggener og psykologiske barrierer.

Endelig har vi noteret os, at kommunen vurderer, at psykologisk behandling ville kunne medføre et højre funktionsniveau, og at [klagers] psyke var en medvirkende årsag til hans sygemelding.

Vi har i forlængelse heraf lagt til grund, at [klager] udover følgerne efter den aktuelle ulykke også har lændegener og psykiske forhold, der påvirker hans erhvervsevne.

Vi vurderer, at [klager] på grund af den samlede fysiske og psykiske helbredstilstand, ikke kan udføre et arbejde i fuldt omfang. Vi finder samtidigt, at andre helbredsmæssige gener end følgerne efter ulykken, påvirker erhvervsevnen i et vist omfang.

Det er herefter vores vurdering, at ulykkens følger i sig selv har medført et erhvervsevnetab på 50 procent."

Af statusattest af 21/1 2008 udarbejdet til brug for den kommunale sag af en psykolog fremgår bl.a.:

"[Klager] er ved arbejdsprøvning vurderet til at kunne klare 2 timers arbejde dagligt. Han har eget værksted, men er p.t. ansat på andet autoværksted.

Vurderingen består af samtale med [klager] den 17.12.2007, 9.1. og 21.1.2008, samt testning med kognitive delprøver.

[Klager] fortæller, at han har konstante smerter. Ved tunge løft og ryk belastes venstre arm meget, da han kun kan bruge sin højre arm ganske lidt uden svære smerter.

Han arbejder på et autoværksted. [Klager] har inden ulykken været selvstændig med eget autoværksted. Dette værksted har han stadigvæk.
I de to daglige arbejdstimer, hvor han er ansat, kan han ikke påtage sig tunge opgaver. Derfor laver han mindre opgaver på værkstedet, så som skifte lys, dæk, lave bremser, når der er mekaniske hjælpemidler.

[Klager] oplever koncentrationssvigt, hukommelsessvigt og stor daglig træthed. Han føler sig magtesløs, dels i forhold til hans afklaring i jobcenteret, dels føler han meget, at det er nedværdigende for ham selv et svigt i forhold til sin arbejdsgiver, når han ikke kan arbejde effektivt i de to timer, hvor han er på værkstedet.

Han begrunder det med, at han for at kunne holde smerterne ud er nødt til at holde pauser, rejse sig og bevæge sig rundt. På den måde har han lært at tackle smerterne og komme på arbejde.

Det påvirker [klager] meget, at fremtiden så længe har været usikker. Hans økonomi er 'ad Pommern til' og det er svært at holde ud.

[Klager] fortæller, at det går ud over familien, at han er meget mere irritabel. Ofte kan han dog forudse sine reaktioner og dæmpe sig ned.

Smerterne kan holdes nede, når han går derhjemme ved at gå rundt, flytte sig, se ud af vinduet, gå ind og få sig en kop kaffe eller flytte arbejdsstilling. Det er nemmere at gøre dette på hans eget værksted, hvor han ikke er så bundet af at være 'på' i den tid, han er på arbejde.

På spørgsmålet om, han ikke kan lave den slags pauser på ansættelsesstedet, siger [klager], at arbejdsgiveren naturligvis har en forventning om effektivitet, når han har ansat en på 2 timer, og så kan man ikke holde pauser.

[Klager] giver udtryk for, at han selv ville opfatte situationen som, at han snød sin arbejdsgiver. 'Det ville være det samme som at bruge 1/4 time på en opgave og skrive en regning på 4 timer'.

Mens [klager] snakker om dette, så koncentrerer han sig meget, rynker brynene, spænder i nakke og skuldre. Da jeg gør opmærksom på, at jeg kan se hans stressreaktion, så svarer han, at smerterne stråler ud i baghovedet og løber op langs halsen og nakken.

Det eneste der hjælper er at rejse sig og fokusere på noget andet, så bliver smerterne tålelige, men forsvinder ikke.

Testsituationen.
I testsituationen, hvor [klager] skal svare på spørgsmål, huske tal remser og tegne-skrive, kan han klare 2-3 minutter i en arbejdsstilling med arme og ryg, så rejser han sig op og lader armene hænge ned, indtil smerterne er tålelige igen (pause ca. 5-10 min.) Smerterne er konstant på 5 på en skala fra 1-10, men kommer op på 8 i testsituationen.

[Klager] arbejder langsomt, men med rimelig god analyseevne, systematisk, men med svingede koncentration. Koncentration og opmærksomhed bliver ringere over tid.

[Klager] siger selv, at han har det meget blandet med test, samtaler etc. Når der er noget, som han kan lide at lave, så kan han bedre holde smerterne ud. Når han f.eks. arbejder for sig selv på værkstedet, så er han i stand til at arbejde længere og holde smerterne bedre ud.

Konkluderende er det min vurdering, at [klager] allerede bruger hensigtsmæssige teknikker til at håndtere sine smerter.

I forhold til [klagers] selvværd og hans evne til egen smertehåndtering (pauser, afledning), så er det min vurdering, at han, når han arbejder i sin egen virksomhed i sit eget tempo, er i stand til at udføre et væsentligt længerevarende arbejde, der også vil kunne tilfredsstille hans egen professionelle standard og selvværd, end hvis han er ansat i nogle timer dagligt.

Såfremt [klager] kan arbejde som selvstændig, er det min vurdering, at han ikke kommer til at belaste sundhedssystemer i nær så høj grad som nu.

Det er ligeledes min vurdering, at [klagers] fysiske skader og hans smerter er kroniske."

Af speciallægeerklæring udfærdiget af en overlæge i neurokirurgi i forbindelse med erstatningssagen mod modpartens ansvarsforsikring af 4/9 2009 fremgår bl.a.:

"**Vurdering og konklusion:**
Det drejer sig om en dengang 44-årig mand - selvstændig automekaniker - tidligere ingen skavanker/lidelser i bevægeapparatet, som den 22. maj 2006 var involveret i trafikuheld, hvor han som fører af en varevogn holder stille med hovedet roteret mod højre afventende på en foranholdende køretøj og pludselig påkøres bagfra af en personbil. Bruger ikke sikkerhedssele og holder begge hænder godt fast i rattet. Overkroppen slynges hårdt fremad, uden at nogen legemsdele kommer i kontakt med hverken rat eller forrude. Er efterfølgende noget chokeret over hændelsesforløbet og mærker om aftenen nakkesmerter og hovedpine udstrålende til begge skuldre.
Konsultere egen læge dagen efter og er efterfølgende sygemeldt i to uger og derefter opstartet i arbejde på deltid. Afventende de første tre måneder efter ulykken, da symptomerne er forværrede startes fysioterapi - over i alt tre forløb i de efterfølgende 1,5 år - alt sammen uden effekt. Henvises til speciallæge i neurologi som fraset muskelspændinger i nakken ikke finder noget abnormt. Der foretages MR-skanning af nakken, som viser en bule (protrusion) mellem den 5. og 6. nakkehvirvel, men ikke noget som kan forklare patientens nakkesmerter. MR-skanning igen et halvt år senere og skadelidte ses på ortopædkirurgisk afdeling på Rigshospitalet til en vurdering af hans følgetilstand inkl. en vurdering af MR-skanningen. Der findes ikke noget behandlingstilbud i form af operation.
Efterfølgende er skadelidte blevet tilkendt førtidspension. Har en dagligdag med konstante nakkesmerter, udstråling til baghoved og begge skuldre og har et begrænset aktivitetsniveau derhjemme - kan deltage lidt i det huslige, men ikke i noget af udendørsarbejdet med have og vedligeholdelse af det nedlagte landbrug han bor på.
På baggrund af den anførte sygehistorie, de fremsendte dokumenter og den objektive neurologiske undersøgelse, jeg har foretaget, finder jeg delvis årsagssammenhæng mellem de ovennævnte klager og de positive objektive neurologiske fund, der er gjort, i og med at skadelidte ikke før ulykken havde nogen sygdomsklager. Tilstanden må betragtes som værende stationær godt tre år efter ulykken og de undersøgelser, der er relevante for udredning af ovennævnte forløb, er alt sammen foretaget. Jeg mener derfor ikke der er flere udredningsmuligheder."

Af klagerens ressourceprofil udarbejdet i forbindelse med den kommunale sag fremgår bl.a.:

"**Samlet vurdering af arbejdsevne**
Undertegnedes konklusion vedr. [klagers] arbejdsevne

21.05.07
På baggrund af den samlede ressourceprofil vurderer jeg, at borgeren har gode muligheder for at kunne vende tilbage til ordinær beskæftigelse.

Borgeren har en god faglig baggrund som mekaniker igennem flere år samt erfaring fra tidligere ansættelsesforhold ved produktionsvirksomheder. Rent uddannelsesmæssigt er borgeren begrænset til 8. klasse. Derudover har han gode sociale kompetencer samt gode materielle forhold. Jeg vurderer, at borgeren har et netværk, der kan være støttende i forbindelse med tilbagevenden til arbejdsmarkedet. Der er intet der indikerer, at borgeren ikke vil kunne varetage ordinært arbejde, såfremt de fornødne skånebehov overfor belastninger fra hårdt fysisk arbejde tilgodeses.
Jeg vurderer, at borgeren igennem genoptræning af arbejdsevnen, herunder særligt optræning af de faglig og praktiske kompetencer samt sociale kompetencer, har gode muligheder for at genindtræde på det ordinære arbejdsmarked. Herudover bør det afklares, hvorledes borgerens skånebehov kan tilgodeses i ordinær beskæftigelse.

7.4.2008
[Klager] har siden været i arbejdsprøvning på andet værksted 2 timer dagligt i en periode fra 21.5.2007-12.7.2007. Det har i den periode ikke været muligt for [klager] at øge sin arbejdstid i arbejdsprøvningen. I samme periode, har det ikke været muligt for [klager] at arbejde 5 timer i egen virksomhed, som ellers var aftalen.
Der er i sagen indhentet forskellige lægelige akter - og sidst er der indkommet en status fra psykolog mhp. den psykiske del samt mulighed for smertetackling.

Da det blev tydeligt for [klager], at der ikke kunne bevilges et fleksjob på det grundlag, som han arbejder på i eget firma, er der søgt om pension (19.2.2008)
Der er ikke andre aktivitet i firmaet, end det [klager] arbejder. Ingen ansatte, ingen personlig assistance eller hjælp.

Med baggrund i det skrevne i ressourceprofilen, samt lægelige akter vurdere jeg, at [klager] ikke kan placere ordinært eller støttet på arbejdsmarkedet, med den arbejdsevne som [klager] præsterer. [Klager] ville gerne have et fleksjob som selvstændig, men opfylder ikke betingelser herfor jf. timeantal/effektivitet.

Da der er søgt om pension på det foreliggende, sendes profilen til partshøring d.d. mhp. at der træffes en afgørelse i sagen snarrest muligt."

Retslægerådet har - til brug for en retssag mod modpartens ansvarsforsikringsselskab - på spørgsmålet om, hvorvidt klageren har pådraget sig varige gener som følge af ulykken svaret:

"*Sagsøger* har siden ulykkestilfældet haft vedvarende symptomer fra nakke, højre skulder og overarm, snurren og prikken ud i de tre ulnare fingre på højre side og intermitterede også på venstre side, hovedpine og koncentrationsbesvær. (Bilag 26 + Neurologisk vurdering + GHA 16.05.07 + Rygambulatoriet 31.08.07 + 31).

Objektivt findes nedsat bevægelighed af nakke og smerter ved yderstillinger.

Smertebetinget kraftnedsættelse over skulder og albue af højre arm. Normal neurologisk undersøgelse. (Bilag 26 + Rygambulatoriet 31.08.07).

MR-scanning fra 02.08.07 viser, fraset lette forandringer af båndskiven mellem C5 og C6, som ikke medfører tryk på nerverødder eller rygmarven, normale forhold.

Ud fra skadesmekanisme og symptomer må det antages, at sagsøger som følge af ulykkestilfældet pådrog sig en distorsio columna cervicalis (følger efter nakkeforstuvning), idet der dog henvises til svar på spørgsmål 1."

I forsikringsbetingelserne hedder det:

"**Grundlag for udbetaling**
Generel erhvervsevnenedsættelse
§ 8. Begrebet generel erhvervsevne er grundlaget for vurdering af, hvorvidt forsikrede er berettiget til forsikringsydelser ved nedsættelse af erhvervsevne.

Stk. 2. Ved generel erhvervsevne forstås evnen til at arbejde som almindelig fuldtidsbeskæftiget ikke blot i forsikredes nuværende eller tidligere erhverv, men i alle erhverv.

Stk. 3. Ved nedsættelse af den generelle erhvervsevne forstås, at forsikrede alene af helbredsmæssige årsager som følge af sygdom eller ulykkestilfælde ikke længere er i stand til at arbejde som almindelig fuldtidsbeskæftiget, og samtidig har et indtægtstab, der mindst svarer til henholdsvis to trediedele eller halvdelen af indtægten som almindelig fuldtidsbeskæftiget før nedsættelsen af erhvervsevnen.

Stk. 4. PFA Pension vurderer, hvor meget den generelle erhvervsevne er nedsat. Vurderingen sker på grundlag af en helhedsvurdering under hensyn til forsikredes tidligere og nuværende helbredstilstand, uddannelse og tidligere beskæftigelse. Vurderingen er uafhængig af tilkendelse af offentlig førtidspension og andre offentlige ydelser. Ved bedømmelsen af nedsættelsen af erhvervsevnen er det uden betydning, om forsikrede på grund af situationen på arbejdsmarkedet er, eller efter revalidering vil være i stand til at få arbejde.
…
Undtagen risiko
…
Stk. 2. Gruppeforsikringen dækker ikke sygdom eller tilstand, hvor der alene er subjektive klager over smerter, gener og lign. D.v.s. situationer, hvor der ved lægelig undersøgelse ikke kan påvises objektive tegn på tilstedeværelse af mén eller sygdom. Ved en ikke objektiv bestemt lidelse forstås en lidelse, hvis diagnose er bestemt ved en lægelig undersøgelse, som udelukkende baserer sig på forsikredes udsagn eller handling. Eksempler på ikke-objektive bestemte lidelser kan være syns- og høreforstyrrelser, nervøst hjerte, svimmelhed, hovedpine, hysteri, krisereaktioner, stress, myoser og lign. lidelser."

Nævnet udtaler:

Retslægerådet har til brug for en sag mod det selskab, som er ansvarsforsikrer for klagerens modparts bil, afgivet en udtalelse på baggrund af det lægelige materiale, der fo-

religger over klagerens tilstand efter færdselsuheldet. Heraf (svar på spørgsmål 2) fremgår, at der objektivt fandtes nedsat bevægelighed af nakke og smerter ved yderstillinger. Der fandtes endvidere smertebetinget kraftnedsættelse over skulder og albue af højre arm. Også af Arbejdsskadestyrelsen er det lagt til grund, at der ved speciallægens objektive undersøgelser blev konstateret nedsat bevægelighed i halshvirvelsøjlen.

På denne baggrund finder nævnet, at selskabet ikke har godtgjort, at klagerens tilstand alene er subjektive klager, hvor der ved lægelige undersøgelser ikke kan påvises objektive tegn på tilstedeværelse af mén eller sygdom.

Selskabet har derfor ikke været berettiget til at afslå dækning med henvisning til undtagelsesbestemmelserne i § 13, stk. 2.

Nævnet vurderede i sin afgørelse af 29/11 2010, at klagerens erhvervsevne var nedsat med halvdelen, men ikke med 2/3. Der er ikke fremkommet oplysninger, der ændrer på denne bedømmelse.

Som følge af det anførte

b e s t e m m e s :

Nævnets afgørelse af 29/11 2010 fastholdes.

Marianne Højgaard Pedersen
formand