



DOM

Afsagt den 7. september 2018 i sag nr. BS 11-127/2017:

A
mod
X-ApS

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag er anlagt den 7. februar 2017.

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgte X-ApS (i det følgende X) som arbejdsgiver for sagsøger A, er erstatningsansvarlig for en arbejdsulykke, som A var udsat for under sit arbejde for X den 14. august 2013.

As påstand er, at X tilpligtes til A at betale 1.067.951,50 kr. med tillæg af sædvanlig procesrente fra sagens anlæg til betaling sker af 628.960,69 kr. og med tillæg af sædvanlig procesrente fra 9. januar 2018 til betaling sker af 438.998,81 kr.

X's påstand er frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 2.

Den 14. august 2013 kom A under sit arbejde hos X til skade med højre fods storetå, således at tåen efterfølgende måtte amputeres.

Af udskrivningsepikrise sendt den 17. august 2013 fremgår:

" ...

EPIKRISE:

63-årig mand, som for 2 dage siden i forbindelse med knusningstraume fra foden af en kran mod hans højre fod pådrog sig knusningslæsion af 1. tåen, som nu er amputeret svarende til distalt 1/3 og desuden comminut men udisloceret corpus 1. metatars fraktur.

... "

Af Arbejdstilsynets notat af 12. september 2013 fremgår:

"vedr ulykke med støtteben

Talt med leder B som forklarede følgende, A (tilskadekommen) og en af de andre ansatte var i gang med at rydde op bagtil. Den anden ansatte stod og betjente kranbilen, da A sagde at nu kunne han godt sættes støttebenene ned på kranbilen, de havde øjenkontakt på dette tidspunkt. A fik foden klemt under det ene støtteben, som går meget langsomt ned, han havde sikkerhedsfodtøj på. Har fået fjernet storetåen på højre fod. Kranbilen og den ansatte var ikke på stedet for besøgstidspunktet. Ingen reaktion fra vores side."

Der har under hovedforhandlingen været forevist en video af en maskine, som den omhandlede, der sætter støtteben ned.

Sagsøger har fri proces.

A har forklaret, at han havde fået tilkendt fleksjob og var ansat hos X. Han skulle veje metaller ind. Han kendte alle slags metaller. Han skulle også skille det ad. Han havde en afdeling, hvor han skulle sørge for, at metallerne blev sorteret de rigtige steder hen. Han arbejdede med truck og andre maskiner. Han arbejdede ca. 30 timer om ugen.

Han havde problemer med gangdistancen, men det gik nogenlunde. Han var blevet instrueret i at lave denne opgave. C spurgte, om han kunne gå ned og fortælle D, hvilke træer, der skulle fjernes, hvor der skulle sættes hegn op. Det var D, der kørte maskinen. Det var store træer. D og han kom derned samtidig. Han kom gående, da D kom i maskinen. D ville sætte støttebenene ned, hvor der lå et kraftkabel. Han sagde, at det måtte han ikke, så D kørte længere frem. Han gik lidt frem, hen mod forenden på gravemaskinen ved førerhuset, ellers kunne de ikke snakke sammen. De snakkede om, at det var godt, at han opdagede kraftkablet. Det var 380 volt. Da D var kørt frem, sagde han, at kunne sænke støttebenet, da han var kørt forbi kraftkablet, og at der ikke var fare for at sænke støttebenet, da der nu ikke var et kraftkabel. D slog støttebenet ned og ramte hans tå. De kunne se hinanden. Han sagde, at han stod oven på hans tå. D løsnede så gravemaskinen og løb op til B. Han havde ikke sagt, at han skulle slå støttebenet ned.

Han flyttede sig ikke, da han ikke vidste, at D var ved at sætte benene ned. Det var mens, de stod og snakkede, og så kører man jo ikke med en

maskine. Han sagde, at D skulle hæve støttebenet, da han stod på hans sko. D skyndte sig så at få støttebenet op og løb så op til B. B kom i bil med en pose, for der var jo blod. Der blev ikke ringet efter en ambulance, for så kommer politi og Arbejdstilsynet jo. Derfor kører man selv, men så skal man selv ringe til lægen for at kunne komme på sygehuset.

Han havde lovet, at han ikke ville holde, når han fyldte 65 år. Han kendte jo alle slags metaller. Han ville have fortsat, til han ikke kunne mere. Han har været pedelmedhjælper i en børnehave, hvor han lavede værksted, hvor børnene kunne være med til at lave ting i træ og lave cykler mv. De fik affaldstræ, som børnene kunne arbejde med. Det var de meget glade for.

Hvis han ikke kunne blive hos X, ville han gerne tilbage til børnehaven.

B har forklaret, at han er ansat som daglig leder hos X og havde ansvaret for A og D. Han havde været ansat siden august 2011. A blev ansat i 2010. D har været ansat ad to omgange, anden gang var oktober 2005. Han havde også været ansat i 1980'erne. D var ansat som pladsmand og kørte lastbil og lavede lidt af hvert. Han kan det hele. Han kan alt, hvad der drejer sig om kørsel med lastvogntog. Han har certifikat til kran og truck. Han har Gruppe D certifikat, hvilket giver lov til at køre kran med teleskoparm på 8-18 tonsmeter. A arbejdede primært med at samle emner ind til at skille ad, så man udvinder mere. Han var meget erfaren med dette arbejde. Han havde arbejdet med det i 40 år.

Maskinen, som D førte, kaldes en kran i daglig tale. Den kaldes også en grave- eller læssemaskine. Den bliver brugt af entreprenører og på alle skrotpladser.

Støttebenene skal sættes ned, inden arbejdet påbegyndes, med mindre man er ved at flytte rundt med noget. Hastigheden, der er set på videoen, er den hastighed, den kan sættes ned med. Man skal ikke have certifikat til denne maskine. Der sidder en polygrab med fem fingre, der virker ligesom en skovl. Det kræver certifikat, hvis man har frithængende emner på den eller anhugger andre emner. Anhugning betyder, at man hænger emnet på med kroge og fastgør emnet i modsætning til, når man flytter sand.

Denne maskines maksimale løfteevne er tre-fire tons.

Han husker denne dag. D var ved at rømme området, så der kunne bygges. Der skulle flyttes noget jord og noget træ. A kan godt have fået at vide, at han skulle fortælle D, hvad der skulle flyttes. Han var der ikke selv. D kan have fået besked af ham eller C om at køre derned og flytte det.

Han ville kun ved specielle ting give instrukser om, hvordan de skulle gøre, men ikke ved dagligdags ting, da de begge var meget erfarne medarbejdere. Det var en dagligdags ting, at D arbejdede med denne maskine.

D kom løbende op og sagde, at A var kommet i klemme. Han løb med derned, hvor det blødte lidt fra træskoene. Han sagde, at de skulle på skadestuen. De kørte i bilen op på skadestuen. Han tænkte ikke, at skaden var så alvorlig, så han tænkte ikke på at tilkalde en ambulance. Det er normalt, at man hjælper, når nogen er kommet til skade.

A fik hjælp. Han ventede 6 timer, mens A var der inde. På et tidspunkt tog han hjem derfra. Han var inde og besøge ham dagen efter. De talte ikke direkte om arbejdsskaden, men mere om, hvordan han havde det.

Arbejdstilsynet kom derud. Da A kom ned til dem efter udskrivningen, bad han D og A om at komme ind, så de fik det beskrevet rigtigt.

A havde set, at kablet var ved at komme i klemme. D bad A om hjælp til at flytte det. Da D fik besked om, at kablet var væk, og han kunne sætte benet ned, så satte han benet ned.

De var der begge to og var enige om forløbet. A har ikke gjort opmærksom på, at de har misforstået forløbet. Måske kom han senere og sagde noget om det.

Han er ikke uenig i noget af det, som A har sagt. Han har ikke overhørt deres dialog, men han har skrevet, hvad de har sagt om det.

De kontrollerer, hvilke certifikater deres ansatte har.

D har krancertifikat fra den 8. august 1988 til lastbil med kran. Der er ingen krav til fornyelse eller genoptagelse. Et EU-certifikat skal genopfriskes hvert femte år. Det har han lige gjort.

De sikrer sig, at de ansatte ved, hvordan de skal køre gravemaskine og andre maskiner. Der kan være forskelligt udstyr på en lastbil. Man får en forklaring på, hvordan man skal bruge det. Der er næsten altid sidemandsoplæring, hvis man er i tvivl. D været vant til at bruge maskinerne siden 1980'erne, så der er ikke noget, han kan lære ham. Er man i tvivl, har man manualer liggende dernede. Der er ikke lavet opfølgning på D. Denne maskine svarer til de maskiner, han altid har kørt med, så han har ikke haft brug for opfølgning. Når de bestiller maskinen ved leverandøren, kommer de og leverer og instruerer om maskinen. Den, der skal køre, får at vide, når der er nye

knapper eller andet, men der er ikke mange nyskabelser på disse maskiner.

De følger op på sikkerhed, hvis de kan se, at den ansatte ikke overholder sikkerhedsinstrukserne og observerer, hvis der sker fejl eller udstyret bliver anvendt forkert. Hvis han havde set D sætte foden ned, mens A stod ved siden af, ville han sige, at de skulle passe på. Han ville reagere over for dem begge og have sagt, at det måtte man ikke gøre. Der er tilfælde, hvor man er nødt til at lægge noget under kranens fødder, så man er nødt til at være tæt på. Her, hvor der var dialog, var der fokus på, at A var der.

Foreholdt instruktionsbladet om, at ingen må være i arbejdsområdet, har han forklaret, at de ikke har handlet i strid med manualen. Der er blink på maskiner i drift. Der er skilte om, at der er adgang forbudt for kunder, hvor de arbejder med maskiner. Denne maskine var ikke i drift, men var først ved at blive sat derhen.

Medarbejderne vidste godt, at maskinen var farlig, så han ville ikke dagligt påtale, at det var farligt arbejde. De kendte maskinerne, og det var normalt arbejde. De skulle flytte jord og trække træer op. Der er ikke forskel på, om de skulle flytte jord eller metal. Materialehåndteringen er fuldstændig det samme. Maskinen skal gøre det samme. Det er en gravemaskine. D fik ikke en påtale. Han betragtede det som et hændeligt uheld. Han mener ikke, at det var Ds skyld. Han har ikke gjort det med forsæt. Det var en normalsituation. Han ville have reageret, hvis en kunde havde stået der.

D har forklaret, at han har været ansat hos X siden oktober 2005. Han husker ikke, hvornår han var ansat der første gang. Han har kørt for ..., ... og Han har også været hos ... og Her kørte han skrot med lastbil. Han laver alt på pladsen hos X. Han sorterer jern, demonterer motorer og kører lastbil. Han bruger maskiner. Han må køre truck, kran, gravemaskine, vejmaskine og alle andre maskiner. Han har forskellige certifikater til truck og kran. Han har også EU-bevis. Han skal nok på nyt kursus i efteråret.

På kurserne lærer man at køre med kran og anhugge. Man lærer også om sikkerhed. Man lærer, at man ikke skal gå ind under noget, og at man skal have hjelm på. Forevist bilag K, fotos, har han forklaret, at han bruger denne maskine hver dag. Det er ikke en decideret kran, og det kræver ikke certifikat at køre den. Man bruger den til at flytte ting rundt på pladsen. Der er diagram på en almindelig kran. Det er der ikke på denne type. Han mener, at den kan løfte tre tons og det dobbelte, hvis den løfter helt inde ved

maskinen. Der er grab på. Det er ikke en frithængende byrde, da materialet ligger inde i skovlen. Han har ikke tidligere været ude for uheld.

Han skulle fjerne nogle grene, der lå i vejen. C havde sagt, han skulle derned og fjerne dem. C mente, at de skulle fælde træet, men han sagde, at det var bedre at rykke dem op, så rødderne kom med. Der var meget lidt plads. Der var en reol med biler. Han satte armen ud til højre og A sagde: "Pas på den ledning". Han bad A om at flytte den. Han sagde: "Nu er ledningen fjernet, du kan godt sætte benet ned". Han sagde så, at han havde foden under støttebenet. Han troede først, at det var en joke, men da han kiggede ned, kunne han se, at det var rigtigt. Han stoppede maskinen og løb ind til B, der tog sin bil og kørte A på skadestuen. Han talte med A om aftenen på hospitalet. De har kendt hinanden i lang tid, nok 40 år. De har mødt hinanden på arbejdspladser og var vant til at arbejde sammen.

B skulle udfylde papirerne til Arbejdstilsynet. Han fortalte B det, som han har fortalt nu. Det var de enige om. Han ved ikke, hvornår han blev opmærksom på, at de ikke var så enige. Det var længe efter.

Han tror ikke, at A vidste, hvilke træer, der var tale om. Han tror, at C havde fortalt ham det. Han husker det, som om det kun var et træ.

Han flyttede vognen fra hvor, den stod. Da han holdt stille, sagde A, at han ikke måtte sætte benet ned, da der lå et kabel. Han spurgte, om han ville flytte det så. Han sagde: Nu har jeg flyttet kablet, nu kan du godt sætte benet ned". Han gav ikke signal med maskinen. Han så ikke efter A. Han kunne ikke se ham, med mindre han havde hovedet ud af maskinen. Han har nok læst manualen for mange år siden. Det er nok 12 år siden. Han kan ikke engelsk. Han har læst den på dansk.

Han kan godt huske, at man skal give et signal. A er så erfaren, så han regnede med, at han vidste, at benene blev sat ned. Han har aldrig givet et signal. Det er aldrig blevet påtalt fra arbejdsgiveren. Han har aldrig oplevet lignende situationer, hvor nogen har været i farezonen. Heller ikke, at folk har været lige ved at komme til skade. Han mener ikke, at arbejdsgiveren har givet instruktioner. Sikkerhedsafstanden er normalt 20 meter. De bruger normalt hjelm, men ikke altid.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har i påstandsdokument af 6. juni 2018 gjort gældende:

Denne sag vedrører erstatningspligten i henhold til erstatningsansvarsloven

som følge af en anerkendt arbejdsskade, der skete den 14. august 2013. A kom til skade med sin fod på arbejde for X-ApS, idet foden blev klemt, da en kollega D nedsænkede en gravemaskines stabiliseringsfod oven på As fod.

Der er i sagen 4 hovedpunkter som der er tvist om

- Arbejdsgivers ansvar
- Eventuel egen skyld
- Perioden for hvilken der kræves godtgørelse for tabt arbejdsfortjeneste
- Erstatning for tab af erhvervsevne (differentetab)

Ansvar

Det gøres til støtte for den nedlagte påstand gældende, at X-ApS er ansvarlig for ulykken den 14. august 2013 og dermed pligtig til at betale erstatning og godtgørelse i overensstemmelse med påstanden i henhold til Danske Lov 3-19-2, hvorefter X-ApS er ansvarlig for de handlinger og undladelser, som de ansatte foretager sig. X-ApS er herudover ansvarlig, da der ikke er foretaget tilstrækkelig instruktion eller tilsyn med arbejdet.

Hændelsesforløbet

Der er i sagen uenighed om hændelsesforløbet mellem parterne.

Det gøres gældende, at følgende hændelsesforløb kan lægges til grund.

A og kollegaen D skulle fjerne træer med en gravemaskine på skrotpladsen. I forbindelse med opsætningen af kranen skulle D føre gravemaskinens stabiliseringsfodder ned.

D nedsænkede gravemaskinens støttfod, imens A stod ved siden af gravemaskinen, hvorved A fik klemt sin fod under stabiliseringsfodderne med knusningstraume til følge.

A befandt sig på tidspunktet for ulykken i maskinens farezone som angivet i brugermanualen bilag 19, hvilket sagsøgte har anerkendt i duplikken. I brugermanualen fremgår det, at der ikke må forefindes personer i farezonen, når arbejdet igangsættes.

Der er mellem parterne uenighed om, hvorvidt A havde tilkendegivet, at D kunne sænke gravemaskinens fodder, i det dette bestrides af sagsøger.

Bevisbyrde

Det anerkendes, at det er A der har bevisbyrden for, at arbejdsgiver er ansvarlig for ulykken og det gøres med henvisning til det nedenfor anførte gældende, at bevisbyrden er løftet.

Det gøres dog gældende, at det er sagsøgte, der har bevisbyrden for, at A har udvist egen skyld i forbindelse med ulykken. Det er således sagsøgte, der skal løfte bevisbyrden for, at A havde bedt D om at sænke stabiliseringsfødderne. Det gøres gældende, at sagsøgte ikke har løftet denne bevisbyrde.

Det gøres gældende, at der ved farligt arbejde og i medfør af det særlige over/underordningsforhold er en særlig skærpet instruktions- og tilsynsforpligtelse, hvilket medfører en lempet bevisbyrde for bedømmelsen af årsagssammenhængen mellem den manglende instruktion og ulykken. Det er arbejdsgivers forpligtelse at sikre, at den ansatte kan færdes på arbejdspladsen uden, at der er risiko for at komme til skade.

Det gøres gældende, at der ved ulykken den 14. august 2013 var tale om farligt arbejde, da der var tale om anvendelsen af en kraftfuld og tung gravemaskine, hvor simple fejl kan medføre stor personskade, hvilket blandt andet støttes af uddraget af brugermanualen bilag 19 og de tekniske specifikationer bilag 20. Arbejdsgiver er således forpligtet til i tilstrækkelig omfang at afværge faremomenter på arbejdspladsen, når faremomenter udspringer fra materiel og arbejde med materiel, som arbejdsgiver har ansvaret for.

Konklusion

D nedsænkede gravemaskinens støttestod, imens A stod ved siden af gravemaskinen. Uanset om nedsænkningen skyldes manglende orientering fra Ds side eller et aktivt valg, skal nedsænkningen anses for at være uagtsom og dermed ansvarspådragende for X-ApS i henhold til DL 3-19-2.

Til støtte herfor henvises til brugermanualen bilag 19, hvor det af sikkerhedsinstruktionen fremgår, at der ikke må forefindes personer i farezonen, og at maskinoperatøren skal give advarsel før igangsætning og at maskinoperatøren ikke må igangsætte arbejdet, hvis der på trods af advarselssignalet fortsat findes personer i farezonen.

Det bemærkes, at det ikke gør en forskel i forhold til vurderingen af Ds uagtsomhed, hvis retten mod forventning måtte komme frem til, at A havde bedt D om at sænke stabiliseringsfoden. Da det er selve handlingen ”at nedsænke stabiliseringsfoden med en person i farezonen” der udgør det uagtsomme element.

Det gøres gældende, at X-ApS endvidere er ansvarlig, i det der ikke er foretaget tilstrækkelig sikkerhedsmæssig forsvarlig instruktion (herunder gennemgang af brugermanualen), planlægning og tilsyn af arbejdet, henset til arbejdets farlige karakter, herunder gravemaskinens potentielle store

skadesvirkning. Det følger blandt andet af arbejdsmiljølovens regler, at der skal foretages tilstrækkelig tilsyn og instruktion.

Det gøres således gældende, at D og A ikke var tilstrækkelig instrueret i brugen af gravemaskinen. Der henvises til anbringenderne i sagsøgers afsluttende processkrift vedrørende sagsøgers opfordring til sagsøgte om at dokumentere, at der er foretaget tilstrækkelig instruktion og tilsyn.

Det gøres gældende, at det skal komme sagsøgte til skade, at der ikke er fremlagt certifikat eller anden dokumentation for instruktion, hvorefter det ikke kan anses for godtgjort, at D har fået tilstrækkelig instruktion til betjening af gravemaskinen og at det ikke kan udelukkes, at den manglende instruktion har været medvirkende årsag til ulykken.

Det bestrides i øvrigt, at A som følge af hans 40 års erfaring med jern og metal som selvstændig skrothandler, herunder 3 år hos X-ApS skulle have særlige forudsætninger i at grave træer op, som arbejdsopgaven var angivet til på ulykkestidspunktet. Ligeledes bestrides det, at det skulle være en sædvanlig opgave for en skrothandler at grave træer op.

Det gøres i øvrigt gældende, at Arbejdstilsynets konklusion ikke kan tillægges særlig bevisvægt jf. det i sagsøgers afsluttende processkrift anførte.

Det bestrides, at A har udvist egen skyld i forbindelse med ulykken i et omfang, der kan medføre nedsættelse eller bortfald af erstatningen. Sagsøgte har ikke løftet sin bevisbyrden herfor.

A kunne på ingen måde forudse, at D ville tilsidesætte almindelig forsvarlig adfærd ved at fravige manualens almindelige sikkerhedsinstruktion om ikke at sænke stabiliseringsfødderne før end, alle personer havde forladt fare zonen.

Svie og smerte

Svie og smertegodtgørelse nedsat til det maks jf. § 3 2. pkt.
190,00 pr. dag – opgjort til maksimum 72.500 kr.

Der kræves svie- og smertegodtgørelse for sygemeldingsperioden fra den 14. august 2013 frem til og med den 8. januar 2016, hvor Arbejdsskadestyrelsen traf afgørelse om varigt mén på 8 %. Bilag 12

Det gøres gældende, at der er årsagssammenhæng mellem ulykken og den periode for hvilken sagsøger kræver svie og smerte.

A blev ikke raskmeldt efter ulykken, hvorfor der kræves godtgørelse svarende til det maksimale.

Tabt arbejdsfortjeneste

Det gøres gældende, at sagsøger har pådraget sig et tab af arbejdsfortjeneste i perioden fra den 1. januar 2014 til den 20. oktober 2017 som følge af arbejdsulykken den 14. august 2013, i det det først har været muligt at skønne over sagsøgers endelig erhvervsevnetab som følge af erstatningsansvarslovens § 2 på tidspunktet for Ankestyrelsens afgørelse af den 20. oktober 2017, bilag 22. Sagsøgte er herefter pligtig til at betale erstatning på kr. 565.328,50 til sagsøger jf. opgørelse nedenfor.

Såfremt X-ApS eventuelt ville have afbrudt den løbende erstatning for tabt arbejdsfortjeneste på et tidligere tidspunkt, kunne X-ApS have indhentet en vejledende udtalelse fra Arbejdsmarkedets Erhvervsforsikring enten om erhvervsevnetabet eller tidspunktet for skøn over det fremtidige erhvervsevnetab. Det er X-ApS, der har risikoen herfor i henhold til U.2008.1386H og U.2008.2061H.

Kravet på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for perioden 1. januar 2014 til 20. oktober 2017 er herefter og med henvisning til beregningerne i det afsluttende processkrift således

Tabt arbejdsfortjeneste i alt
565.328,50

kr.

Det gøres gældende, at der er årsagssammenhæng mellem ulykken og den periode for hvilken sagsøger kræver erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Vedrørende den subsidiære påstand gøres det gældende, at sagsøger er berettiget til tabt arbejdsfortjeneste for en eventuel mindre periode.

Sagsøgte har i processkrift A meddelt, at det er sagsøgtes opfattelse, at måtte retten finde at sagsøger er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, er det sagsøgtes opfattelse at han alene er berettiget til tabt arbejdsfortjeneste forud for den 12. september 2016. Til den subsidiære påstand skal således gøres gældende, at erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i perioden den 1. januar 2014 til den 12. september 2016 alternativt kan fastsættes til **kr. 367.850,48**, idet der henvises til opgørelsen i det afsluttende processkrift.

Tab af erhvervsevne

Som følge af Ankestyrelsens afgørelse af den 20. oktober 2017 gøres det gældende, at sagsøger som følge af ulykken den 14. august 2013 har et tab af erhvervsevne på 50 %, i det der skal lægges afgørende vægt på afgørelsen fra Ankestyrelsen af den 20. oktober 2017. Det gøres gældende, at der ved bevisbedømmelsen må tages i betragtning, at Ankestyrelsen på grund af sin

sammensætning, der blandt andet omfatter brugen af speciallægekonsulenter ved afgørelserne og gennem behandling af et stort antal sager, har en særlig erfaring i at vurdere erhvervsevnetabsprocenten.

Ankestyrelsen har samtidig ved deres afgørelse vurderet, at det fulde erhvervsevnetab var 75 % og har ved afgørelsen fratrukket 1/3 del af erhvervsevnetabet. Det gøres således gældende, at Ankestyrelsen ved deres afgørelse har taget højde for konkurrerende såvel som forudbestående gener.

Det gøres gældende, at årslønsberegningen forud for skaden i henhold til erstatningsansvarslovens § 7 stk. 1 skal fastsættes til kr. 294.865,20, hvorved både løn og fleksjobtilskud medtages. Fleksjobansættelsen giver ikke i sig selv anledning til at foretage årslønsfastsættelsen ud fra et skøn i henhold til § 7 stk. 2, da indtjeningsevnen skal vurderes ud fra den reelle indtægt på skadestidspunktet.

Det bemærkes, at fastsættelsen af årslønnen forud for arbejdsskaden foretages forskelligt ud fra henholdsvis erstatningsansvarslovens § 7 og arbejdsskadesikringslovens § 24, hvorfor Ankestyrelsens årslønsfastsættelse ikke kan lægges til grund.

Det gøres som følge heraf gældende, at sagsøger har pådraget sig et differencetab på **kr. 430.123** i overensstemmelse med opgørelse i det afsluttende processkrift.

Vedrørende den subsidiære påstand gøres det gældende, at A er berettiget til et mindre beløb fastsat af retten. Herunder kan det tiltrædes i henhold til sagsøgtets processkrift A side 4, at såfremt retten måtte komme frem til at årslønnen skal fastsættes til 130.000 kr. er kravet for erstatning for tab af erhvervsevne på **kr. 261.323**.

Sagsøgte har i påstandsdokument af 30. maj 2018 gjort gældende:

Til støtte for påstandene gøres følgende gældende,

Ad ansvar

Sagsøgeren har ikke godtgjort, at sagsøgte - eller nogen for hvis handlinger sagsøgte hæfter - har handlet ansvarspådragende i relation til sagsøgerens tilskadekomst. Der skal hertil særligt bemærkes følgende;

Sagsøgte har ikke tilsidesat arbejdsmiljølovgivningens regler.

Sagsøgeren har modtaget den fornødne instruktion i, hvorledes arbejdet skulle udføres, ligesom sagsøgte har ført det fornødne tilsyn med arbejdets udførelse særligt under hensyn til, at sagsøgeren havde 40 års erfaring med arbejde med jern og metal som selvstændig skrot-handler, herunder 3 år hos sagsøgte, ligesom der var tale om en helt sædvanlig og simpel arbejdsopgave.

Det bestrides, at der var tale om farligt arbejde, som påkrævede særlig instruktion af sagsøgeren og/eller D.

Arbejdstilsynet kom på tilsynsbesøg som følge af hændelsen den 14. august 2013, hvilket ikke gav anledning til bemærkninger udover, at tilsynet var af den opfattelse, at sagsøgeren havde båret sig uheldigt ad.

Sagsøgerens tilskadekomst var et hændeligt uheld, for hvilket sagsøgte ikke bærer ansvaret endside risikoen.

Sagsøgerens tilskadekomst er udslag af sagsøgerens uforsigtige adfærd og/eller manglende agtpågivenhed, da stabiliseringsfødde blev sænket på sagsøgerens egen opfordring, hvorfor et eventuelt erstatningskrav må bortfalde, subsidiært nedsættes.

Sagsøgerens tilskadekomst var et udslag af sagsøgerens egenrådige, instruktionsstridige og/eller upåregnelige adfærd med den konsekvens, at sagsøgte ikke er erstatningsansvarlig for sagsøgerens tilskadekomst.

Ad årsagssammenhæng

Sagsøgeren har ikke godtgjort, at der er årsagssammenhæng mellem arbejdsulykken og det af sagsøgeren opgjorte erstatningskrav.

Som anført i svarskriftet bestrider sagsøgte ikke, at der er delvis årsagssammenhæng mellem arbejdsskaden den 14. august 2013 og sagsøgerens sygeperiode samt varige gener svarende til højre fod. Skønsmæssigt anerkendes, at sagsøgerens sygeperiode frem til den 31. december 2013 i det væsentligste skyldtes arbejdsulykken.

Sagsøgte anerkender imidlertid ikke, at sagsøgerens erhvervsevnetab og tabte arbejdsfortjeneste (efter den 31. december 2013) skyldes ulykken, idet det gøres gældende, at sagsøgerens manglende indtægt i perioden efter ulykken skyldtes andre årsager end ulykken, ligesom sagsøgerens overgang til folkepension i det væsentlige skyldtes sagsøgerens alder og/eller forudbestående og konkurrerende gener.

Sagsøgeren blev opsagt ultimo november 2013, da der ikke længere var arbejde nok, hvorfor sagsøgeren ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Sagsøgeren har ikke godtgjort, at han ville være kommet i arbejde igen herefter, og i hvert fald bør det lægges til grund, at der ville være en periode, hvori sagsøgeren skulle søge nyt arbejde, idet det principalt gøres gældende, at en sådan periode bør fastsættes skønsmæssigt til 6 måneder, subsidiært til en efter retten fastsat periode mindre end 6 måneder.

Sagsøgeren har ikke godtgjort, at hele hans sygeperiode i det væsentligste skyldtes arbejdsulykken.

Det gøres således gældende, at sagsøgerens sygemelding fra den 1. januar 2014 til 1. maj 2015 i overvejende grad skyldes andre forhold end følgerne efter arbejdsulykken den 14. august 2013.

Sagsøgerens eventuelle krav på godtgørelse for svie og smerte samt erstatning for tabt arbejdsfortjeneste bør derfor nedskrives svarende til de konkurrerende geners andel af sagsøgerens samlede sygdomsbillede.

Sagsøgte har ved de i sagen fremlagte bilag tilvejebragt et tilstrækkeligt sikkert grundlag til at tilsidesætte afgørelse af 20. oktober 2017 fra Ankestyrelsen, hvorefter sagsøgerens erhvervsevnetab som følge af ulykken er fastsat til 50 procent og dermed også afgørelse af 12. september 2016 fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring. Der skal hertil særligt bemærkes følgende;

Afgørende for, om der er grundlag for at tilkende sagsøgeren erhvervsevnetaberstatning, er, om det kan antages, at hans livsforløb i økonomisk henseende er blevet påvirket som følge af arbejdsskaden. Det er endvidere en forudsætning, at det var muligt at skønne over hans fremtidige erhvervsevne på et forsvarligt grundlag.

Sagsøgeren overgik automatisk til folkepension den 1. maj 2015, da han den 26. april 2014 rundede folkepensionsalderen uden, at han på nogen måde var søgt afklaret i erhvervsmæssig henseende.

På baggrund af sagsøgerens helbredsmæssige forhold bør det lægges til grund, at sagsøgeren med overvejende sandsynlighed ville overgå til folkepension uanset aktuelle arbejdsulykke, og det bestrides således, at arbejdsskaden er årsagen – helt eller delvist - hertil.

Ad erstatningsopgørelse

Sagsøgte bestrider helt overordnet, at sagsøgerens erstatningsopgørelse er korrekt, dog anerkender sagsøgte den *talmæssige* del af opgørelsen af godtgørelse for svie og smerte og erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Måtte retten finde at sagsøgeren er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste gøres det gældende, at han ikke er berettiget efter den 12. september 2016, på hvilket tidspunkt Arbejdsmarkedets Erhvervssikring fastsatte sagsøgerens endelige erhvervsevnetab til 40 procent. Der henvises til Højesterets dom refereret i U.2016.802H.

Det bestrides, at den af sagsøgeren fastsatte årsløn svarende til 294.865,20 kr. er korrekt, da det gøres gældende, at fleksjobydelsen ikke skal indgå i fastsættelsen af sagsøgerens årsløn.

Såvel Arbejdsmarkedets Erhvervssikring som Ankestyrelsen har vurderet, at

sagsøgerens årsløn skal fastsættes til 130.000 kr., og sagsøgeren har ikke tilvejebragt et tilstrækkeligt sikkert grundlag til at tilsidesætte disse afgørelser.

Det gøres i forlængelse heraf gældende, at fastsættelsen af sagsøgerens årsløn efter erstatningsansvarsloven svarer til reglerne for, hvordan sagsøgerens årsløn skal fastsættes efter arbejdsskadesikringsloven.

Da sagsøgeren var beskæftiget i fleksjob på tidspunktet for ulykken, er det afgørende, hvilken indtægt sagsøgeren ville have opnået ved beskæftigelse på normale vilkår.

Generelt for fastsættelsen af årslønnen er det afgørende, at den afspejler værdien af sagsøgerens arbejdskraft på tidspunktet for ulykken.

Retten bør derfor lægge til grund, at den årsløn, Arbejdsmarkedets Erhvervssikring og Ankestyrelsen har fastsat, svarer til, hvad sagsøgeren kunne have opnået ved beskæftigelse på normale vilkår, og dermed afspejler værdien af sagsøgerens arbejdskraft på tidspunktet for ulykken.

Måtte retten således finde, at sagsøgeren er berettiget til erstatning for erhvervsevnetab, bør erstatningen beregnes på baggrund af en årsløn svarende til 130.000 kr.

Retten's begrundelse og afgørelse

Retten lægger efter As og Ds forklaringer til grund, at både A og D var særdeles rutinerede medarbejdere med mange års erfaring i håndtering af skrot, herunder med arbejdet med gravemaskine, og at de også var vant til at arbejde sammen.

Retten lægger videre til grund, at arbejdet, der skulle udføres, da arbejdsulykken skete, ikke havde karakter af skrothåndtering, men at den manøvre, der gik forud for arbejdsopgaven, hvor maskinen skulle placeres forsvarligt med støtteben, var rutinearbejde for begge medarbejdere, der brugte maskinen i det daglige arbejde.

Efter de afgivne forklaringer må retten videre lægge til grund, at A, da maskinen var fri af kablerne på jorden, gav klarmelding til D om, at pladsen var ryddet, så støttebenet kunne sættes ned, hvilket af D måtte forstås således, at han uden risiko kunne aktivere støttebenene.

Retten finder på denne baggrund, at D ikke har handlet uagtsomt ved at sætte støttebenene ned, selvom A stod ved siden af maskinen. Under hensyn til begge medarbejders langvarige erfaring med brug af gravemaskine, og under hensyn til opgavens karakter, finder retten ikke, at arbejdsgiveren skulle have ført særligt tilsyn eller givet særlig instruktion vedrørende

denne opgave. Arbejdsgiveren kan på denne baggrund ikke pålægges et erstatningsansvar for ulykken.

På dette grundlag frifindes X-ApS.

Sagens omkostninger fastsættes efter sagens påstande, omfang og karakter således:

Udgifter til advokatbistand: 90.000 kr.

Thi kendes for ret:

X-ApS frifindes.

Statskassen skal betale sagens omkostninger til Tryg Forsikring A/S med 90.000 kr.