

# HØJESTERETS DOM

## afsagt mandag den 30. september 2019

**Sag 202/2018**

(1. afdeling)

A

(advokat Karsten Høj, beskikket)

mod

Topdanmark Forsikring A/S

(advokat Christina Neugebauer)

I tidligere instanser er afsagt dom af Københavns Byret den 25. marts 2015 og af Østre Landsrets 9. afdeling den 16. marts 2018.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Lene Pagter Kristensen, Marianne Højgaard Pedersen, Jon Stokholm, Hanne Schmidt og Kristian Korfits Nielsen.

### **Påstande**

Parterne har den 1. august 2019 indgået følgende forlig:

”Topdanmark Forsikring A/S anerkender, at der er årsagssammenhæng mellem ulykken og As erhvervsevnetab, og erstatningen herfor er aftalt til 5.000.000 kr. Forligsbeløbet betales inden 2 uger.

Der er på baggrund af det indgåede forlig enighed om, at der herefter alene skal tages stilling til, om A har krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for perioden 7. juni 2013 til 14. juni 2017. Der er enighed om, at det krav udgør 1.134.135,43 med tillæg af renter af kr. 573.684,33 fra 4. maj 2015 (ankesvarskrift i landsretten,), af kr. 302.525 fra 28. juni 2016 (ankeduplik i landsretten,), og af kr. 257.925,68 fra 3. oktober 2017 (processkrift 2 i landsretten).”

Parterne har herefter nedlagt følgende påstande:

Appellanten, A, har nedlagt påstand om, at indstævnte, Topdanmark Forsikring A/S, skal betale 1.134.135,43 kr. med tillæg af renter i medfør af erstatningsansvarslovens § 16 af 573.684,33 kr. fra den 4. maj 2015, af 302.525 kr. fra den 28. juni 2016 og af 257.925,68 kr. fra den 3. oktober 2017.

Topdanmark Forsikring A/S har påstået frifindelse.

### **Anbringender**

A har anført navnlig, at han har krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indtil den 14. juni 2017, hvor den vejledende udtalelse fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring forelå.

Der er ikke noget, der processuelt har begrænset ham i under ankesagen i landsretten at forhøje kravet om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til også at angå perioden efter retssagens anlæg. Der er ikke indtrådt ”materiel negativ retskraft”, og han har ikke ved den påstand om erstatning for erhvervsevnetab fra sagens anlæg, som han nedlagde i byretten, afgivet en bindende proceserklæring, der afskærer ham fra at ændre påstanden under den senere anke. Han er således ikke afskåret fra at ændre forfaldstidspunktet for kravet om erstatning for erhvervsevnetab og som konsekvens heraf at kræve sig tilkendt erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for en længere periode.

Kravet om yderligere erstatning for tabt arbejdsfortjeneste må afhænge af en bedømmelse af, om han ved sin egen vurdering af, at han ved retssagens anlæg havde et skønsmæssigt erhvervsevnetab på 60 %, har bragt retten til tabt arbejdsfortjeneste til ophør, jf. erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, 2. pkt.

Det bestrides ikke, at de faktiske omstændigheder vedrørende hans arbejdsmæssige og indtægtsmæssige forhold, der forelå på tidspunktet for retssagens anlæg i 2013, ikke havde ændret sig i juni 2017. Han arbejdede således ved retssagens anlæg 12 timer i fleksjob, hvilket han også gjorde i juni 2017.

Det er imidlertid i forarbejderne til 2001-lovændringen forudsat, at skadelidte modsat den ansvarlige skadevolder eller dennes forsikringselskab kan vælge først at kræve sig tillagt erstatning for erhvervsevnetab, når der foreligger en udtalelse herom fra Arbejdsmarkedets

Erhvervssikring. Dermed vedvarer retten til tabt arbejdsfortjeneste indtil det tidspunkt, hvor en vejledende udtalelse på autoritativt grundlag gør det muligt for skadelidte at opgøre kravet på erstatning for erhvervsevnetab, medmindre den ansvarlige skadevolder på et forsvarligt grundlag inden da selv har fastsat erhvervsevnetabet og har betalt erstatning svarende hertil, jf. UfR 2008.1386 H og senere højesteretsdomme på området.

Da Topdanmark ikke har foretaget sin egen vurdering af erhvervsevnetabet og udbetalt erstatning svarende hertil, ophørte retten til tabt arbejdsfortjeneste først med Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings udtalelse af 14. juni 2017. Topdanmark har heller ikke anerkendt hans eget skøn over erhvervsevnetabets størrelse og har hverken forud for retssagens anlæg eller under forberedelsen anmodet Arbejdsmarkedets Erhvervssikring om at foretage en vurdering heraf. Dermed har Topdanmark afskåret sig fra at kunne påvise, at der på et tidligere tidspunkt end den 14. juni 2017 var grundlag for at fastsætte erhvervsevnetabet til 60 %. Der er ikke efter den 14. juni 2017 adgang til at fastsætte skæringstidspunktet mellem tabt arbejdsfortjeneste og erhvervsevnetab med tilbagevirkende kraft. Forarbejderne til lovændringen i 2001 og den efterfølgende retspraksis viser, at det netop ikke er forudsat, at erstatning for indtægtstab, der kan ydes som enten tabt arbejdsfortjeneste eller som kapitaliseret erstatning for det varige tab, skal ske med det objektivt rigtige skæringstidspunkt mellem den midlertidige og den varige erstatning. Det betyder, at den ansvarlige skadevolder, der ikke selv foretager fastsættelse af erhvervsevnetabet og betaler erstatning, men afventer en udtalelse fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring, kommer til at betale en større erstatning for skadelidtes indtægtstab. Det skyldes, at erstatning for erhvervsevnetab ikke med tiden bliver mindre, da kapitaliseringen sker efter skadelidtes alder på skadestidspunktet. Det samme må gælde, når skadevolderen afviser at betale erstatning med den begrundelse, at der ikke er årsagssammenhæng. Når det standpunkt viser sig forkert, må skadevolderen bære den erstatningsmæssige risiko.

Topdanmark har anført navnlig, at retten til tabt arbejdsfortjeneste i og med, at der på stævningstidspunktet var lidt et varigt erhvervsevnetab, ophørte ved sagens anlæg, fordi A de facto krævede sig tillagt erstatning for tab af erhvervsevne.

Der var på stævningstidspunktet et forsvarligt grundlag for at skønne over As fremtidige erhvervsevne og dermed et forfaldent krav på erstatning for erhvervsevnetab, jf. erstatningsansvarslovens § 2, jf. § 5, jf. § 16. Kravet blev lovligt udstykket, og det skete på en så-

dan måde, at A tilkendegav, at han mente at have et forfaldent krav, der afbrød retten til yderligere erstatning for tabt arbejdsfortjeneste. Det beror således på hans eget standpunkt, at retten til tabt arbejdsfortjeneste ikke først ophørte, da Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings udtalelse af 14. juni 2017 fremkom. UfR 2008.1386 H og senere højesteretsdomme på området kan ikke anvendes som påstået af A, når han selv er af den opfattelse, at der er lidt et tab, der er forfaldent til betaling, og han gør dette gældende ved sagsanlæg. Når der som i denne sag er nedlagt en betalingspåstand vedrørende erstatning for tab af erhvervsevne, og når kravet de facto er forfaldent, fordi det kan bedømmes og kan udstykkes – og er blevet udstykket – kan det ikke for afbrydelse af tabt arbejdsfortjeneste kræves, at forsikrings-selskabet, uanset skadelidtes standpunkt, enten selv bedømmer og betaler (eller deponerer) erhvervsevnetabserstatning eller indhenter en udtalelse fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring. Topdanmark havde ingen anledning hertil, når A selv havde bragt den tabte arbejdsfortjeneste til ophør ved at udstykke og indtale et forfaldent krav på erhvervsevnetab.

Skadelidte kan gennem sin adfærd selv bringe retten til tabt arbejdsfortjeneste til ophør. Forsikringsselskabet har indrettet sig på, at A ved retssagens anlæg har opgjort sit erstatningskrav vedrørende erhvervsevnetab. Erstatningsansvarsloven indeholder ikke noget forbud herimod. A kan ikke ”spille på to heste” og påberåbe sig standpunktsrisiko, når han selv har ment, at der var grundlag for at skønne over erhvervsevnetabet og har foretaget dette skøn. As tilkendegivelser under byretssagen var utvetydige. Det forhold, at han under ankesagen kunne ændre og nedlægge nye påstande, kan ikke indebære, at han af den grund er berettiget til løbende erstatning for tabt arbejdsfortjeneste. Han kan således ikke på den ene side indtale et krav om erstatning for erhvervsevnetab som værende forfaldent og på den anden side samtidig fremsætte krav om løbende tabt arbejdsfortjeneste, fordi Topdanmark ikke har bedømt og betalt et krav på 60 % eller forelagt sagen for Arbejdsmarkedets Erhvervssikring. Noget sådant har ikke støtte i loven eller dens forarbejder. Hvis Topdanmark havde udbetalt erstatning for erhvervsevnetab til A, ville beløbet ikke kunne kræves tilbagebetalt, jf. erstatningsansvarslovens § 16, stk. 1, 3. pkt.

Der er ikke tale om, at Topdanmark vil begrænse perioden for tabt arbejdsfortjeneste retrospektivt. Hvis A får medhold i den påstand, der blev nedlagt i byretten, lider han ikke noget indtægtstab, men kun betalingsforsinkelse, hvilket kompenseres gennem renter og ikke tabt arbejdsfortjeneste. Der refterer ikke noget udækket fremtidigt indtægtstab, idet A har fået

erstatning for tab af erhvervsevne fra og med stævningstidspunktet. Der vil således være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophører, og det tidspunkt, hvor retten til erstatning for erhvervsevnetab indtræder, så der hverken opstår ”overlap” eller ”hul” mellem erstatningsposterne, jf. UfR 2009.138 H.

### **Supplerende sagsfremstilling**

I en vejledende udtalelse af 14. juni 2017 fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring er anført følgende om As erhvervsevnetab:

#### *”Vejledende udtalelse*

I har bedt Center for Private Erstatningssager i Arbejdsmarkedets Erhvervssikring om en vejledende udtalelse vedrørende As varige mén og erhvervsevnetab som følge af skaden den 26. august 2010.

Vi er anmodet om at lave 2 udtalelser med 2 forskellige forudsætningsgrundlag.

De 2 grundlag refererer til flere besvarelser fra Retslægerådet med dets erklæringer af henholdsvis 1) 5. maj 2014 og 2) 22. juli 2014 og af 3) 1. september 2015 og af 4) 19. januar 2016.

Denne vurdering relaterer sig til erklæringerne 3) og 4).

Vi vurderer:

Det varige mén er 10 procent

Erhvervsevnetabet er 60 procent

...

#### *Erhvervsevnetab*

##### *Tidligere vurdering af erhvervsevnetabet*

Vi har tidligere vurderet, at skaden har medført et erhvervsevnetab på mindre end 15 procent.

##### *Vurdering af erhvervsevnetabet*

Grundlaget for vores vurdering af erhvervsevnen:

- Oplysningerne fra vores tidligere vurdering er lagt til grund for denne vurdering.
- Sagsfremstilling fra vores tidligere vurdering er ligeledes lagt til grund for denne vurdering, der forudsættes bekendt.

- Retslægerådets vurderinger fra 2015 og 2016 (3) og 4) vedrørende årsagssammenhæng er lagt til grund for denne vurdering.

- Ved vurderingen af de erhvervsmæssige forhold har vi lagt oplysningerne til grund, som de forelå ved vores vurdering i 2012.

- Vi finder hermed, at sagsfremstillingen fra 2012-udtalelsen vedrørende de erhvervsmæssige forhold, kan lægges til grund for den aktuelle vurdering.

- Det erindres herved, at A efter skaden blev sygemeldt og afviklede sin virksomhed. Efter et afklaringsforløb med arbejdsprøvninger blev det vurderet, at han havde vist en betydelig nedsat arbejdsevne med en arbejdstid på omkring 12 timer.

- A blev den 10. december 2012 ansat i fleksjob som uddannelsesassistent.

- A har vedrørende sin aktuelle arbejdssituation oplyst, at han er uændret er ansat i samme fleksjob, og at han arbejder på nedsat tid med 12-15 timer ugentligt.

#### *Vurdering:*

Vi ved vurderingen lagt vægt på, at A ikke kunne videreføre sig hidtidige arbejde på grund af sine gener.

Vi har herved tillagt det betydning, at han blev arbejdsprøvet med nærmere afdækning af sine erhvervsmæssige begrænsninger og muligheder, og at der fandtes at være et betydeligt nedsat funktionsniveau.

Vi har endvidere noteret os, at myndighederne fandt A berettiget til ansættelse på støttede vilkår med ansættelse i fleksjob.

Vi skønner dermed, at As erhvervsmæssige begrænsninger og efterfølgende udtræden af det ordinære arbejdsmarked i overvejende grad må tilskrives klagerne hidrørende fra halshvirvelsøjlen.

Vi skønner også, at A alene vil kunne udføre arbejde, der ikke er nakkebelastende med passende skånehensyn og på nedsat tid. Følgelig vurderer vi, at han har mistet hovedparten af sin erhvervsevne på grund af de nakkerelaterede gener.

Vi vurderer derfor på det nu foreliggende grundlag, at erhvervsevnetabet udgør 60 procent.”

### **Højesterets begrundelse og resultat**

A var den 26. august 2010 involveret i et trafikuheld. Topdanmark Forsikring A/S, som var skadevolders ansvarsforsikringsselskab, udbetalte godtgørelse for svie og smerte og for varigt men samt a conto erstatning for tabt arbejdsfortjeneste med 40.000 kr. Yderligere betaling afventede herefter en vejledende udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen (nu Arbejdsmarkedets

Erhvervssikring) om mengrad og erhvervsevnetab. Styrelsens udtalelse forelå den 16. juli 2012, og på baggrund heraf afviste Topdanmark yderligere betaling med henvisning til manglende årsagssammenhæng mellem ulykken og den skade, som A krævede erstatning for.

A anlagde den 7. juni 2013 retssag med påstand om betaling af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste med 1.035.493,82 kr. opgjort som indtægtstab frem til sagens anlæg, yderligere godtgørelse for varigt men med 15.909,30 kr. (som blev frafaldet under ankesagen i landsretten) og betaling af erstatning for et erhvervsevnetab på 60 % med 3.524.661,13 kr., i alt 4.576.064,25 kr., som krævedes forrentet med procesrente fra sagens anlæg. Denne påstand blev – bortset fra kravet om yderligere godtgørelse for varigt men – taget til følge af byretten. Under ankesagen i landsretten nedlagde A påstand om betaling af yderligere erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til den 14. juni 2017, hvor Arbejdsmarkedets Erhvervssikring – med Retslægerådets udtalelser af 1. september 2015 og 19. januar 2016 som forudsætningsgrundlag – vurderede, at A havde et erhvervsevnetab på 60 %. Ved landsrettens dom blev forsikringsselskabet frifundet med henvisning til manglende årsagssammenhæng.

Parterne har forud for hovedforhandlingen i Højesteret indgået forlig, hvorved Topdanmark har anerkendt, at der er årsagssammenhæng mellem ulykken og As erhvervsevnetab. Erstatningen herfor er aftalt til 5 mio. kr.

For Højesteret angår sagen herefter alene spørgsmålet, om As krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophørte ved retssagens anlæg den 7. juni 2013 eller først ved Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings udtalelse af 14. juni 2017.

Efter den dagældende § 2, stk. 1, 2. pkt., i erstatningsansvarsloven skal der, når det må antages, at skadelidte vil lide et varigt erhvervsevnetab, ydes erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne.

Højesteret har i dom af 6. oktober 2008 (UfR 2009.138) fastslået, at erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, 2. pkt., efter ordlyden og bestemmelsens forarbejder må forstås sådan, at der skal være sammenfald mellem det tidspunkt, hvor retten til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste

ophører, og det tidspunkt, hvor retten til erstatning for erhvervsevnetab indtræder, således at der ved erstatningsdækningen hverken opstår ”overlapping” eller ”huller” mellem de to erstatningsposter.

A har ved sagens anlæg nedlagt påstand om, at Topdanmark skal betale bl.a. erhvervsevnetabserstatning opgjort på baggrund af et erhvervsevnetab på 60 %. Topdanmark bestred kravet med henvisning til manglende årsagssammenhæng, men gjorde ikke indsigelse i øvrigt mod kravet eller dets opgørelse, og der var da heller ikke ved sagsanlægget nogen usikkerhed med hensyn til de faktiske omstændigheder vedrørende As arbejds- og indtægtsmæssige forhold, der indgik i bedømmelsen af erhvervsevnetabets størrelse. Højesteret finder på denne baggrund, at der under retssagen reelt ikke har været nogen tvist mellem parterne om, at erhvervsevnetabet var 60 %, hvis der var den fornødne årsagssammenhæng, og at det således ved sagsanlægget var muligt at skønne over As fremtidige erhvervsevne.

Under disse omstændigheder finder Højesteret, at As ret til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ophørte ved retssagens anlæg den 7. juni 2013.

Højesteret tager herefter Topdanmarks frifindelsespåstand til følge.

Efter sagens udfald skal Topdanmark betale sagsomkostninger for byret, landsret og Højesteret med 774.360 kr. Heraf er 500.000 kr. til dækning af udgift til advokat og 274.360 kr. til dækning af den retsafgift, som skulle have været betalt for byret og Højesteret, hvis der ikke var givet fri proces, jf. retsplejelovens § 332.

Sagsomkostningsbeløbet skal indbetales til Højesteret, der efter dækning af eventuelle udgifter til fri proces afregner med retshjælpsforsikringen.

### **Thi kendes for ret:**

Topdanmark Forsikring A/S frifindes.

I sagsomkostninger for byret, landsret og Højesteret skal Topdanmark Forsikring A/S betale 774.360 kr., som indbetales til Højesteret.



Det idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afgørelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.