

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 16. marts 2018 af Østre Landsrets 9. afdeling
(landsdommerne Steen Mejer, Norman E. Cleaver og Lotte Calundann Noer (kst.)).

9. afd. nr. B-842-15:

Topdanmark Forsikring A/S
(advokat Mark Gramstrup Wriedt (prøve))

mod

A

(advokat Lars Møller Heick-Christensen, besk.)

Københavns Byrets dom af 25. marts 2015 (BS 43C-2520/2013) er anket af Topdanmark Forsikring A/S med påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af 1.035.493,82 kr.

Indstævnte, A, har påstået, at Topdanmark Forsikring A/S tilpligtes til indstævnte at betale kr. 5.943.786,93 med tillæg af procesrente, subsidiært et efter landsretten skøn fastsat andet beløb, men højere end tilkendt af byretten, med tillæg af procesrente. Mere subsidiært påstås stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Sagen har under anken været forelagt Retslægerådet, der har afgivet supplerende udtalelser af henholdsvis 1. september 2015 og 19. januar 2016.

Af Retslægerådets supplerende udtalelse af 1. september 2015 fremgår blandt andet:

”Spørgsmål 1A:

Retslægerådet bedes oplyse, hvorvidt det efter Rådets opfattelse er sandsynligt eller usandsynligt, at A pådrog sig et traume svarende til nakkeregionen ved trafikulykken torsdag den 26. august 2010, hvor A blev påkørt bagfra.

Retslægerådet bedes begrunde sit svar og angive evt. diagnose.

En påkørsel bagfra som fører i bil giver risiko for et accelerations/decelerationstraume og deraf følgende risiko for traume svarende til nakkeregionen og forstuvning af led og muskler i nakkeregionen. Retslægerådet kan ikke angive yderligere sandsynlighed i den konkrete hændelse, men ud fra den beskrevne skadesmekanik er det muligt at pådrage sig et traume svarende til nakkeregionen.

Spørgsmål A:

Retslægerådet anmodes om at oplyse, hvorvidt det er sandsynligt eller usandsynligt, at et piskesmæld (whiplash) medfører ledsagesymptomer i form af hovedpine, træthed og kognitive gener, herunder hukommelses- og koncentrationsproblemer?

Retslægerådet bedes begrunde sit svar.

Whiplash kan medføre en række forskellige symptomer, herunder hovedpine og de mere uspecifikke klager som kognitive symptomer og træthed.

Spørgsmål 2A:

Retslægerådet bedes i forlængelse heraf oplyse, hvorvidt der efter Rådets opfattelse er sammenhæng mellem den ved MR-scanning påviste diskusprolaps i nakken og trafikulykken den 26. august 2010, hvor A blev påkørt bagfra.

Retslægerådet bedes begrunde sit svar.

Som tidligere anført og med uændret begrundelse (i spørgsmål 2) vurderer Retslægerådet det ikke sandsynligt, at der er en sammenhæng mellem traumet den 26.08.10 og den påviste prolaps ved MR-scanning af nakken den 24.11.11.

(...)

Spørgsmål 4A:

Retslægerådet bedes herefter samlet beskrive, hvilke gener/lidelser A efter Rådets opfattelse har pådraget sig ved trafikulykken den 26. august 2010.

Retslægerådet anmodes herunder specifikt om at oplyse, hvorvidt A ved trafikulykken den 26. august 2010 er påført varige gener/lidelser i form af:

- i. Nakkesmerter
- ii. Paræstesier i OE
- iii. Hovedpine
- iv. Hukommelses- og koncentrationsproblemer
- v. Øget træthed

Retslægerådet bedes begrunde sit svar og angive diagnoser.

Det fremgår af de seneste lægelige sagsakter (bilag 12.2, bilag 8, bilag 13.2), at A klager over hovedpine, nakkesmerter, føleforstyrrelser i højre arm og kognitive klager med hukommelsesproblemer og træthed.

Ud fra de supplerende oplysninger om nakkesmerter ved besøg hos egen læge den 30.08.10 vurderer Retslægerådet, at nakkesmerterne kan være en sandsynlig følge af uheldet.

De øvrige symptomer (paræstesier i overekstremiteter, hovedpine, hukommelses- og koncentrationsbesvær og øget træthed), vurderer Retslægerådet ikke, er en følge af uheldet, da symptomerne ikke opstår i umiddelbar tidsmæssig relation til uheldet.

Diagnoser:

cephalagia (hovedpine)

paresthesia kuta (føleforstyrrelser)

dolores columna cervicalis (nakkesmerter)

Retslægerådet udtaler sig ikke om lidelsers prognose.

Om generne er varige, kan ikke besvares på det foreliggende grundlag.

Spørgsmål B

Kan Retslægerådet pege på andre mere sandsynlige årsager – tilkommen sygdom eller andet traume – til A's gener end følger af ulykken den 26. august 2010?

Hvis ja, bedes retslægerådet konkret henvise til, hvor disse andre mere sandsynlige årsager er angivet i de lægelige akter.

Hovedpine er et hyppigt symptom i befolkningen, og Retslægerådet skønner, på grund af den manglende tidsmæssige relation til uheldet, at hovedpinen ikke kan forklares heraf.

De øvrige symptomer (paræstesier, træthed og kognitive symptomer) er uspecifikke og Retslægerådet vurderer disse symptomer er led i et kronisk smertesyndrom og dermed ikke direkte en følge af uheldet.”

Af Retslægerådets supplerende udtalelse af 19. januar 2016 fremgår blandt andet:

”Spørgsmål 6A:

Retslægerådet har i spørgsmål B oplyst, at hovedpine er et hyppigt symptom i befolkningen.

Er der i de lægelige akter konkrete og objektive holdepunkter for at antage, at A led af hovedpine før ulykken den 26. august 2010?

Hvis ja, bedes Retslægerådet konkret henviser til de bilag, hvor dette er beskrevet.

Nej.

Spørgsmål 7A:

I forbindelse med retssagen ved Københavns Byret, afgav læge B samt tidl. Arbejdsgiver H vidneforklaring under strafansvar, jf. byretsdommens side 13.

B forklarede her bl.a. følgende om den primære konsultation mandag den 30. august 2010:

”Ved konsultationen den 30. august 2010 har der været symptomer i form af nakkesmerter og hovedpine [...] Han fik ordineret stærk smertestillende medicin.”

H forklarede bl.a. følgende:

”Efter ulykken klagede A over ondt i hovedet og ondt i nakken.”

Hvis det på baggrund af ovennævnte vidneforklaringer, lægges til grund, at A klagede over hovedpine ved konsultationen den 30. august 2010, er det så sandsynligt eller usandsynligt, at der er sammenhæng mellem A hovedpine og ulykken?

Uheldet er dateret til 26.08.10. Hvis Retslægerådet lægger til grund for besvarelsen, at appelindstævnte forud for konsultationen hos egen læge 30.08.10 har klager over nakkesmerter og hovedpine samt arbejdsgivers udsagn om, at appelindstævnte har klaget over nakkesmerter og hovedpine vurderer Retslægerådet, at der er en sandsynlig sammenhæng mellem hovedpinen og uheldet.

Spørgsmål 8A:

Retslægerådet anmodes endvidere om at oplyse, hvorvidt langvarige nakkesmerter kan føre til hovedpine, træthed og påvirkning af kognitiv funktion?

Langvarige smerter, herunder langvarige nakkesmerter kan føre til en række øvrige mere eller mindre uspecifikke symptomer, blandt andet kognitive klager, træthed og hovedpine.

Spørgsmål 9A:

Retslægerådet har i besvarelsen af spørgsmålet B oplyst, at A paræstesier, træthed og kognitive symptomer formentlig er et led i et kronisk smertesyndrom og dermed ikke direkte en følge af uheldet den 26. august 2010.

Retslægerådet anmodes i denne forbindelse om at oplyse, hvorvidt det er sandsynligt eller usandsynligt, at der kan være en indirekte sammenhæng mellem A gener efter ulykken og det kroniske smertesyndrom?

Retslægerådet vurderer, at appelindstævntes kroniske smertesyndrom er en sandsynlig indirekte følge af uheldet 26.08.10.

Spørgsmål 10A:

I forlængelse af spørgsmål 9A bedes Retslægerådet endvidere oplyse, hvorvidt der er konkrete og objektive holdepunkter for at antage, at A led af et kronisk smertesyndrom før ulykken den 26. august 2010?

Nej, der er ikke holdepunkt for, at appelindstævnte led af et kronisk smertesyndrom forud for uheldet.”

Arbejdsmarkedets Erhvervssikring har under anken afgivet to udtalelser af 14. juni 2017.

Af den ene af disse udtalelser fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring af 14. juni 2017, som baserer sig på Retslægerådets udtalelser af 5. maj 2014 og 22. juli 2014, fremgår blandt andet:

”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 erklæringer 1) og 2).

Vi vurderer:

Det varige mén er mindre end 5 procent

Erhvervsevnetabet er mindre end 15 procent

På de næste sider kan i læse vores begrundelse.

(...)

Vurdering:

Vi har ved den aktuelle vurdering lagt vægt på, at Retslægerådets vurdering af årsagssammenhæng er lig med vores tidligere vurdering fra 2012.

Vores vurdering af de erhvervsmæssige følger efter skaden er herefter ikke ændret fra tidligere med det aktuelle forudsætningsgrundlag.

Vi vurderer herefter uændret erhvervsevnetabet til mindre end 15 procent på grund af manglende årsagssammenhæng.

Vedrørende begrundelsen i øvrigt henvises til tidligere vejledende udtalelse fra år 2012.

Vi vurderer dermed, at erhvervsevnetabet til mindre end 15 procent.”

Den anden af disse udtalelser fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring af 14. juni 2017 baserer sig på Retslægerådets udtalelser af 1. september 2015 og 19. januar 2016. Heraf fremgår blandt andet:

”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) 33. 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

På de næste sider kan i læse vores begrundelse.

(...)

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 A erhvervsmæssige begrænsninger og efterfølgende udtræden af det ordinære arbejdsmarked i overvejende grad må tilskrives klagerne hidrørende 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.”

Forklaring

Der er i landsretten afgivet supplerende forklaring af speciallæge i almen medicin, B. Hun har forklaret blandt andet, at A var patient i hendes klinik, som hun havde fra 1983 til 2012. I 2010 havde hun omkring 1.600 patienter. Hun ville typisk afsætte 15 minutter til en undersøgelse, som den hun foretog af A mandag den 30. august 2010. Journalen var et arbejdsdokument, hvori hun i stikordsform noterede de oplysninger, som hun skulle bruge, når hun så patienten næste gang. Hun førte journalen umiddelbart efter konsultationen. Så vidt hun husker, kom A omkring frokost. Han fortalte, at han var blevet påkørt bagfra i sin egen bil. Han var øm i muskulaturen i nakken og i højre side.

Det gjorde ondt, når han bevægede hovedet. Skader på muskler og brusk udvikler sig i løbet af et par timer. Hun husker nu, at A sagde, at smerterne var opstået inden for den første time efter ulykken. Hun kan godt se, at hendes erklæring af 27. maj 2013 ikke er fyldestgørende. Hun burde have skrevet noget mere.

Procedure

Parterne har til støtte for de af dem nedlagte påstande for landsretten i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

For så vidt angår den forhøjede påstand for landsretten har indstævnte gjort gældende, at han er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til det tidspunkt, hvor Arbejdsmarkedets Erhvervssikring fastsatte indstævntes erhvervsevnetab til 15 % eller derover. Dette skete ved Arbejdsmarkedets Erhvervssikrings udtalelse af 14. juni 2017. Det følger endvidere heraf, at indstævntes krav på erstatning for tab af erhvervsevne skal beregnes med udgangspunkt i dette forfaldstidspunkt. De reviderede påstande fremkommer som følge heraf.

Appellanten har heroverfor gjort gældende, at indstævnte grundet princippet om processens enhed er afskåret fra at forhøje sine påstande som sket, eftersom en sådan forhøjelse kunne være sket under sagen for byretten. Appellanten har endvidere gjort gældende, at indstævntes krav på erstatning for tab af erhvervsevne i henhold til erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, endeligt kunne opgøres på tidspunktet for byretssagens anlæg, subsidiært tidspunktet for afsigelse af dom i byretssagen, og at indstævnte ikke er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i tiden herefter. Appellanten har endelig gjort gældende, at det vil være udtryk for en uretmæssig berigelse, såfremt indstævnte tilkendes tabt arbejdsfortjeneste vedrørende perioden efter den 7. juni 2013, da han af byretten er tilkendt erstatning for tabt erhvervsevne med renter fra dette tidspunkt.

Landsrettens begrundelse og resultat

Det fremgår af Retslægerådets udtalelser, herunder besvarelsen af spørgsmål 7A, at der er en sandsynlig sammenhæng mellem det færdselsheld, som A var involveret i den 26. august 2010, og hans symptomer i form af hovedpine og nakkesmerter, såfremt symptomerne optrådte forud for konsultationen hos hans egen læge den 30. august 2010.

Det fremgår skadejournalen, at A på uheldsdagen den 26. august 2010 blev påkørt klokken 13.00 og ankom på skadestuen kl. 15.58, hvor han blev behandlet kl. 19.30, og at han i den mellemliggende periode blev tilset af en medarbejder. Under anamnese og objektive fund anføres blot, at han for 4 timer siden var blevet påkørt af en bil bagfra, at der i starten var lette lændesmerter, men at der nu ingen gener er. I skadejournalen omtales ikke andre symptomer. Under behandling anføres, at A ved fortsatte gener skal henvende sig til egen læge.

A sygemeldte sig ikke umiddelbart efter uheldet.

Han henvendte sig den 30. august til sin egen læge. I lægens journal fra denne dag anføres alene ”Påkørt i bil Obs whipeLash”, og herudover fremgår af journalen, at der er udstedt recept på smertestillende medicin.

A har under sagens behandling i byretten forklaret, at han på skadestuen, hvor undersøgelsen var kortvarig, gjorde opmærksom på lændesmerterne og mest hæftede sig ved,

at han ved fortsatte gener skulle søge egen læge. Ved konsultationen hos egen læge den 30. august 2010 sagde han, at han havde ondt i nakken, og at han var utilpas. Han ønskede smertestillende medicin, da han ikke kunne tage fri.

Hans egen læge, B, har i en skriftlig erklæring af 27. maj 2013 anført, at A ved konsultationen den 30. august 2010 klagede over smerter i øverste del af Thorax og nakke, at undersøgelsen gav mistanke om whiplash, og at hun foreslog konservativ behandling med smertestillende medicin og ro. Hun har i byretten forklaret, at der ved konsultationen den 30. august 2010 var symptomer i form af nakkesmerter og hovedpine, og at hun siden har læst sig til, at der var smerter ud i højre arm. Hun har yderligere forklaret, at hun dårligt kunne røre ham i den øvre skuldermuskulatur og i nakken, og at hun ordinerede stærk smertestillende medicin. Hun har i landsretten yderligere forklaret, at hendes erklæring af 27. maj 2013 ikke er fyldestgørende, og at hun nu blandt andet husker, at A sagde, at smerterne var opstået inden for den første time efter uheldet.

To dommere – Steen Mejer og Norman E. Cleaver – udtaler herefter:

Vi finder på den anførte baggrund – og uanset indholdet af de senere udfærdigede speciallægeerklæringer, hvoraf det fremgår, at A har forklaret, at symptomerne viste sig straks efter uheldet den 26. august 2010 – at der er en sådan usikkerhed om, hvorvidt symptomerne i form af hovedpine og nakkesmerter viste sig forud for konsultationen hos A's egen læge den 30. august 2010, at en årsagssammenhæng mellem uheldet og symptomerne ikke kan anses for bevist.

Vi stemmer derfor for at tage Topdanmark Forsikring A/S' frifindelsespåstand til følge.

En dommer – Lotte Calundann Noer – udtaler:

Parterne er enige om, at A hverken havde nakkesmerter eller hovedpine forud for ulykken den 26. august 2010, og at A forud for ulykken havde sin fulde erhvervsevne. Der foreligger ikke oplysninger om andre hændelser eller medicinske tilstande, som kan være årsagen til symptomerne i form af nakkesmerter og hovedpine.

Af journalen vedrørende konsultationen den 28. december 2010 hos speciallæge i neuromedicin C fremgår, at A forklarede, at han efter ulykken den 26.

august 2010 initialt var symptomfri, men efter nogen timer udviklede hovedpine, nakkesmerter og føleforstyrrelser. Forklaringen er givet til C cirka fire måneder efter ulykken. Der var på dette tidspunkt ikke rejst spørgsmål om årsagssammenhæng mellem ulykken og symptomerne, hvilket først skete ved udtalelse af 16. juli 2012 fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring.

Baseret på de fremdragne oplysninger finder jeg, at det må lægges til grund, at symptomerne i form af nakkesmerter og hovedpine optrådte forud for konsultationen hos A's egen læge den 30. august 2010. Jeg lægger herved navnlig vægt på Indholdet af egen læges journal og journalen vedrørende konsultationen den 28. december 2010 hos speciallæge i neuromedicin Jens Bov. Jeg lægger tillige vægt på de af A og B afgivne forklaringer. De skriftlige dokumenter og afgivne forklaringer er i al væsentlighed forenelige. B har dog for landsretten forklaret, at hun nu kan huske, at A fortalte hende, at symptomerne i form af hovedpine og nakkesmerter havde vist sig inden for den første time efter ulykken. På dette punkt, er hendes forklaring ikke forenelig med hverken A's forklaring eller indholdet af journalen fra konsultationen på skadestuen. Jeg finder det ikke afgørende for vurderingen, om symptomerne opstod før eller efter konsultationen på skadestuen. Da forklaringen i øvrigt fremstår troværdig, lægger jeg ikke afgørende negativ vægt på den manglende overensstemmelse på dette punkt.

Med henvisning til Retslægerådets erklæringer, herunder besvarelsen af spørgsmål 7A, finder jeg herefter, at der er en sandsynlig sammenhæng mellem det færdselsuheld, som A var involveret i den 26. august 2010, og hans symptomer i form af hovedpine og nakkesmerter.

I overensstemmelse med den udtalelse af 14. juni 2017 fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring, som baserer sig på Retslægerådets besvarelser af 1. september 2015 og 19. januar 2016, herunder spørgsmål 7A, er jeg enig med byretten i, at A's erhvervsevnetab som følge af ulykken kan fastsættes til 60 procent.

Efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, 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.

Som anført i Højesterets domme af 11. marts 2008 (U 2008.1386H) og 27. august 2008 (U 2008.2601H) følger det endvidere af erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, § 5, stk. 2, § 10, stk. 1 og § 16, stk. 1, at en skadevolder eller dennes forsikringselskab, der er af den opfattelse, at der er skabt grundlag for - eventuelt midlertidigt - at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevnetab, og derfor ikke længere mener sig forpligtet til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, enten selv må udøve et rimeligt skøn og udbetale erhvervsevnetaberstatning i forhold hertil eller anmode Arbejdsskadestyrelsen (nu Arbejdsmarkedets Erhvervssikring) om en udtalelse om erhvervsevnetabsprocenten. Som videre anført i dommene vedvarer forpligtelsen til at betale erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, indtil en sådan udtalelse foreligger, medmindre skadevolderen eller forsikringselskabet forinden på forsvarligt grundlag har foretaget et rimeligt skøn over erhvervsevnetabet og udbetalt erstatning for erhvervsevnetabet i forhold hertil.

Under de i sagen foreliggende omstændigheder finder jeg i overensstemmelse hermed, at A har krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste frem til den 14. juni 2017, hvor Arbejdsmarkedets Erhvervssikring vurderede erhvervsevnetabet til 60 %.

Jeg stemmer herefter for at tage A principale påstand til følge.

Der afsiges dom efter stemmeflertallet, således at Topdanmark Forsikring A/S frifindes.

Da A har fri proces skal Statskassen inden 14 dage betale sagsomkostninger for begge retter til Topdanmark Forsikring A/S med i alt 372.080 kr. Beløbet omfatter 54.880 kr. til retsafgift, 300.000 kr. til udgifter til advokatbistand og 17.200 kr. til udgifter forbundet med to forelæggelser for Arbejdsmarkedets Erhvervssikring. Da Topdanmark Forsikring A/S har været repræsenteret ved intern advokat i begge instanser, tillægges beløbet til dækning af advokatbistand ikke moms.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Appellanten, Topdanmark Forsikring A/S, frifindes.

I sagsomkostninger for begge retter skal statskassen betale 472.080 kr. til Topdanmark Forsikring A/S.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.