664/03

Den 3. februar 2003 blev i sag nr. 58.270:

xxxxxxx xxxxxxx
xxxxxxxx xx
xxxx xxxxxxxxxx

mod

Nordea Pension
Klausdalsbrovej 615
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der er omfattet af en kollektiv erhvervsudygtighedsforsikring i Nordea Pension, tidligere Tryg Forsikring A/S, påstår ved sin advokat selskabet pligtig at anerkende, at hendes erhvervsevne har været nedsat med mere end 50 % fra 9/11 1999.

Selskabet har i skrivelse af 17/5 2002 til nævnet redegjort for sagen således:

"S.N. [klageren] klager over, at Tryg har givet afslag på udbetaling af erhvervsudygtighedsforsikring, da hun har været mere end 50% uarbejdsdygtig siden 9. november 1999.

Erhvervsudygtighedsforsikringen blev oprettet pr. 1. maj 1990 med ret til præmiefritagelse og udbetaling ved nedsat erhvervsevne. ...

Betingelserne for ydelse af præmiefritagelse og udbetaling af invalideydelse fremgår af forsikringsbetingelserne, jf. følgende uddrag af betingelserne:

§ 1 Hvad dækker forsikringen:
'Forsikringen giver ret til erstatning, når den forsikredes erhvervsevne som følge af sygdom eller ulykkestilfælde nedsættes med 50% eller derover. En sådan nedsættel-

se af erhvervsevnen foreligger, når en sygdom eller et ulykkestilfælde forårsager, at forsikrede - under hensyn til uddannelse og hidtidige virksomhed - ikke længere er i stand til at tjene mere end 50% af, hvad legemligt og åndeligt sunde personer i tilsvarende aldersklasse med lignende uddannelse plejer at tjene ved arbejde i samme egn. Ved fuldstændig tab af erhvervsevne betaler selskabet den fulde forsikrede erstatning.

Ved delvis tab af erhvervsevne på 50% og derover betaler selskabet forholdsmæssig erstatning i forhold til erhvervsevnetabet.

Ændres erhvervsevnetabet, nedsættes eller forhøjes erstatningsbeløbet tilsvarende. Bedres erhvervsevnen således, at denne overstiger 50%, ophører udbetalingen af erstatning.'

Forsikringens karenstid er 365 dage, jf. forsikringsmeddelelsen ...

Til brug ved afgørelse af, om betingelserne for præmiefritagelse og udbetaling af invalideydelse var opfyldt, har vi modtaget helbredserklæring af 24.4. 2001 ... lægeattest af 24.4.2001 med bilag ..., speciallægeattest af 8. august 2001 ...

Det fremgår bl.a. af oplysningerne, at S.N. i februar 1999 som fører af bil blev påkørt bagfra. Blev slynget frem og tilbage. Siden haft tendens til nakkehovedpine og indimellem svimmelhed. Gennem ca. 1 år haft tendens til smerter i især højre håndled, men tilkommet smerter fra højre albueled og skulderled.

Forsikrede blev i december 1999 opereret for diskusprolaps. Efter operationen haft vedvarende konstante smerter lokaliseret til højre lænderyg med udstråling til højre lyske langs bagsiden af højre femur og lateralsiden af højre crus. På intet tidspunkt efterfølgende bedring i symptomerne. Funktionsevnen er indskrænket i enhver fysisk krævende situation. Men derimod skønnes forsikredes fortsat at have resterhvervsevne i et ikke fysisk krævende job, hvor hun i et stort omfang selv kan tilrettelægge arbejdsforløbet, og hvor der er muligheder for hyppige stillingsskift. Af Oplysningerne

fremgår endvidere, at forsikrede har været fuld sygemeldt fra 9. december 1999 til 27. marts 2000, hvorefter hun begyndte at arbejde på deltid med 4 1/2 time dagligt.

Det fremgår således ikke af de modtagne oplysninger, at forsikredes erhvervsevne er nedsat til 50% eller derunder af den fulde erhvervsevne i 365 dage. Vi har derfor i vores brev af 28. september 2001 givet afslag på at yde præmiefritagelse og udbetaling af invalideydelse. ...

I brev af 6. oktober 2001 med bilag bad K.J. [klagerens tidligere repræsentant] om revurdering af vores afgørelse om karensperioden ...

Tryg fastholdt i brev af 18. oktober 2001, at forsikringsbetingelserne ikke er opfyldt idet der skal være 365 sammenhængende dage med minimum 50% uarbejdsdygtighed. ...

I brev af 26. november 2001 med bilag bad K.J. igen om en revurdering af vores afgørelse ...

Til brug for vurdering af forsikredes erhvervsevne samt karensperiode modtog vi akter fra V. Kommune ...

Det fremgår ikke af disse helbredsoplysninger, at forsikrede opfylder betingelserne for præmiefritagelse og udbetaling af invalideydelse da sygedagene i alt er 182. Endvidere fremgik det ikke af helbredsoplysningerne at forsikredes erhvervsevne var nedsat med 50% eller mere.

Forsikredes erhvervsevne har i perioden 9. december 1999 til 27. marts 2000 været nedsat med mere end 50%. Da forsikredes erhvervsevne skal have været nedsat med 50% eller mere i en sammenhængende periode på 365 dage, jf. forsikringsbetingelserne, er betingelserne for præmiefritagelse og udbetaling ikke opfyldte."

Klagers advokat i skrivelse af 14/8 2002 til nævnet anført:

"PÅSTANDE

4. 58.270

Principalt: Indklagede tilpligtes at anerkende, at klagers erhvervsevne er nedsat med 60%.
Subsidiært: Indklagede tilpligtes at anerkende, at klagers erhvervsevne er nedsat med mindst 50%.

SAGSFREMSTILLING
Som følge af en discusprolaps og en hermed forbundet operation blev klager sygemeldt med virkning fra 9. november 1999. Det fremgår af generel tidsoversigt af 24. juli 2001 fra F.I. [klagerens arbejdsgiver], at klager herefter var sygemeldt fuldt ud frem til og med den 24. marts 2000, og at klager efter denne periode alene har været i stand til at arbejde i begrænset omfang. Til brug for Ankenævnets vurdering af sagen fremlægges hjælpebilag A med en oplistning af klagerens almindelige arbejdstid sammenholdt med sygemeldt tid for perioden fra 9. november 1999 til klageren blev afskediget den 16. februar 2001.

Det fremgår, at klageren har været sygemeldt 60,04% af den almindelige arbejdstid i en periode længere end 365 dage.

Henset til karakteren af klagerens sygdom har Arbejdsmarkedsafdelingen, V. Kommune efterfølgende vurderet, at klageren alene vil være i stand til at bestride et flexjob på ca. 15 timer ugentligt, idet Arbejdsmarkedsafdelingen skønner, at klagerens arbejdsevne er nedsat til ca. 15 timer ugentligt, ... Der er således overensstemmelse mellem i hvilket omfang klageren rent faktisk har været i stand til at bestride stillingen hos F.I., jf. bilag A, og den af Arbejdsmarkedsafdelingen vurderede arbejdsevne.

Opmærksomheden henledes på, at speciallæge i neurologi, J.B.C., i neurologisk speciallægeerklæring af 8. august 2001 vurderede, at klagernes tilstand i det væsentlige har været uændret i sygdomsforløbet. Det skønnes samtidig, at tilstanden er kronisk, og at der ikke er udsigt til væsentlige forbedringer.

...
Indklagede har på trods af, at klageren nu alene er i stand til at arbejde ca. 40% af den hidtidige arbejdstid, svarende til ca. 3 timer dagligt, afvist at klagerens erhvervs-

evne er nedsat med 50% eller derover, ... Afvisningen er sket uanset, at klageren efterfølgende er visiteret til alene 3 timers dagligt arbejde af Arbejdsmarkedsafdelingen, V. Kommune.

ANBRINGENDER

Til støtte for de nedlagte påstande gøres det gældende, at klagerens erhvervsevne er nedsat til 40% eller i hvert fald til 50% eller derunder. Der henvises i den forbindelse til at klageren i perioden fra den 9. november 1999 og frem til afskedigelsen den 16. februar 2001 ubestrideligt alene har været i stand til at arbejde mindre end 40% af den almindelige arbejdstid som følge af discusprolapsen.

Det fremgår af speciallæge J.B.C.'s erklæring af 8. august 2001, at klagerens tilstand ikke er forbedret siden 9. november 1999 - og ikke kan forventes forbedret. Det er således evident at klageren ikke længere er i stand til at tjene mere end 50% af den almindelige indtægt. Det bør i den forbindelse påpeges at speciallæge J.B.C. er udpeget ensidigt af indklagede til at foretage den pågældende vurdering.

Det gøres gældende, at det ikke vil være muligt for klageren at bestride et almindeligt halvtidsarbejde, idet konstant skiftende arbejdsstillinger og gentagne hvileperioder er nødvendige.

Klagerens eneste mulighed for at opnå beskæftigelse er herefter et flexjob. Savel klageren som Arbejdsmarkedsafdelingen, V. Kommune, vurderer, at klageren alene kan varetage en ugentlig arbejdstid på ca. 15 timer.

...

Det fremgår af lægeattest ATTE-15 af 24. april 2001, at læge P.R. har angivet, at klageren kan udføre sit nuværende job helt eller delvist ca. 4 1/2 time dagligt. Erklæringen er undertegnet mere end 2 måneder efter at klageren blev afskediget fra sit daværende arbejde. Læge P.R.'s besvarelse af spørgsmål 10 kan derfor ikke tillægges afgørende betydning. Det må derimod lægges til grund, at læge P.R. blot har angivet, i hvilket omfang klageren forud for afskedigelsen den 16. februar 2001 forsøgte at varetage jobbet. Klageren søgte således at arbejde i dette omfang, idet klageren i modsat fald var stillet en afskedigelse i udsigt.

Som det fremgår af bilag A var det ikke muligt for klageren fuldt ud at varetage jobbet 41/2 time dagligt, end ikke i en kort periode.

Der henvises endvidere til speciallæge B.B.'s attest af 8. februar 2001 ..., hvoraf det fremgår, at smerterne - og dermed arbejdsevnen - ikke kan bedømmes objektivt, men alene subjektivt. Afgørende for arbejdsevnen er derfor hvor meget klageren rent faktisk er i stand til at arbejde (og har været i stand til at arbejde), og Arbejdsmarkedsafdelingen, V. Kommunes vurdering heraf. Begge dele svarer til en nedsættelse til ca. 40% af erhvervsevnen.

Det gøres i samme forbindelse gældende, at indklagede i overensstemmelse med praksis er pligtig at følge Arbejdsmarkedsafdelingen, V. Kommunes vurdering af, at klageren alene er i stand til at arbejde 3 timer dagligt, jf. Ankenævnskendelserne 33.978 og 38.446. Baggrunden herfor er, at hindre at forsikringstagere, herunder klageren, falder i et juridisk tomrum mellem offentlige myndigheders vurdering og forsikringsgivers vurdering. Dette vil netop ske, hvis ikke indklagede anerkender en arbejdsevne hos klageren svarende til 3 timer dagligt.

For en god ordens skyld gøres det gældende, at den aftalte karensperiode alene er af betydning for, hvornår udbetaling i henhold til forsikringen skal påbegyndes. Karensperioden er således irrelevant i forhold til bedømmelsen af arbejdsevnen.

Det ligger fast at klageren set både over det første år fra operationen den 9. november 1999, og over hele perioden fra den 9. november 1999 til afskedigelsen pr. 16. februar 2001, havde en erhvervsevne under 50%. l dette forløb var der perioder, hvor klageren - af frygt for at miste sit arbejde - klarede at være tilstede på arbejdspladsen mere end halv tid. Dette forhold kan imidlertid ikke medføre, at en ny karensperiode begynder at løbe fra et senere tidspunkt end 9. november 1999, hvor klagerens erhvervsevne var nedsat til under 50%. Det bemærkes i den forbindelse, at der fra 9. november 1999 har været tale om samme lidelse, og at denne lidelse i hele forløbet har forhindret klageren i at arbejde i fuldt omfang. Lidelsen har set over en længere periode tillige hindret klageren i at arbejde mere end ca. 40% af almindelig tid.

Der er således utvivlsomt, at karensperioden begynder at løbe fra 9. november 1999, og da erhvervsevnen hos klager fortsat er under 50% fra 9. november 2000, jf. bilag A og B, skal der ske udbetaling fra dette tidspunkt i overensstemmelse med forsikringsvilkårene.

Indklagedes argumentation synes at bygge på en forudsætning om at en ny karensperiode begynder at løbe, blot klageren en enkelt dag har været i stand til at arbejde mere en 50% af normal tid. Dette bestrides som værende åbenbart forkert, og der henvises i den forbindelse til ankenævnssag 52.640 og responsum nr. 3230 fra Rådet for Dansk Forsikring og Pension. Såfremt indklagedes udlægning havde været korrekt, ville den forhindre forsikringstagere i at forsøge at forblive i arbejde, hvilket ville være i strid med såvel forsikringstagers som forsikringsgivers interesser. En sådan retsstilling har formodningen imod sig.

Henset til, at klageren rent faktisk alene har været i stand til at bestride arbejdet i 40% af tiden fra den 11 . september 1999 og frem til afskedigelsen den 16. februar 2001, og henset til at Arbejdsmarkedsafdelingen, V. Kommune vurderer, at klageren alene har en arbejdsevne på ca. 15 timer ugentligt, gøres det gældende, at indklagede har bevisbyrden for at klagerens arbejdsevne i strid med disse oplysninger skulle være mere end 50%. Det gøres gældende, at indklagede ikke har løftet denne bevisbyrde."

Selskabet har i skrivelse af 18/10 2002 til nævnet fremført følgende:

"Til det modtagene bilag A om sygemeldingsperioder bemærkes, at sygemeldinger eller sygefravær i sig selv ikke indeholder nogen dokumentation for, at erhvervsevnen er nedsat. Det afgørende for vurderingen er de modtagne helbredsoplysninger.

Til det modtagne bilag B om flexjob har vi den kommentar, at det afgørende for vurderingen er de modtagne helbredsoplysninger. Eksisterer der helbredsoplysninger, vi ikke er bekendt med, beder vi om, at de må blive indsendt til vurdering.

Til det anførte om karensperioden bemærkes, at forudsætningen for, at udbetaling kan begynde, er, at erhvervsevnen i hele karensperioden har været nedsat i det omfang, der er beskrevet i forsikringsbetingelserne samt, at erhvervsevnen også er nedsat i tilstrækkeligt omfang udover denne periode."

I skrivelse af 10/4 2002 fra K.J. (forsikringsmægler) til klageren hedder det bl.a.:

"Forsikringen er tegnet således, at den dækker, såfremt en medarbejder mister 50% eller mere af sin erhvervsevne. Forsikringen er tegnet på samme vilkår, som er gældende for faginvaliditeter for f.eks. revisorer, advokater, tandlæger m.v.

For at gøre præmien for medarbejderne så lav som muligt, accepterede F.I. en karensperiode på 12 måneder, og F.I. bandt sig til at betale medarbejderne løn i karensperioden."

Selskabet har ikke kommenteret denne skrivelse.

I forsikringsbetingelserne hedder det bl.a.:

"**§ 1 Hvad dækker forsikringen**

Forsikringen giver ret til erstatning, når den forsikredes erhvervsevne som følge af sygdom eller ulykkestilfælde nedsættes med 50% eller derover. En sådan nedsættelse af erhvervsevnen foreligger, når en sygdom eller et ulykkestilfælde forårsager, at forsikrede - under hensyn til uddannelse og hidtidige virksomhed - ikke længere er i stand til at tjene mere end 50% af, hvad legemligt og åndeligt sunde personer i tilsvarende aldersklasse med lignende uddannelse plejer at tjene ved arbejde i samme egn.

...

Ved delvis tab af erhvervsevnen på 50% og derover betaler selskabet forholdsmæssig erstatning i forhold til erhvervsevnetabet."

Nævnet udtaler:

Nævnet har foretaget en gennemgang af sagen og finder på grundlag heraf, at klageren ikke har sandsynliggjort, at hendes erhvervsevne er nedsat med 50% eller derover.

Som følge heraf

b e s t e m m e s:

Klagen kan ikke tages til følge.

Marianne Højgaard Pedersen