719/05

Den 14. marts 2005 blev i sag nr. 62.978:

xxxx xxxxxxxx
xxxxxxxxx xxxxxx xxxx
xxxxxxxx xx
xxxx xxxxx x

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har gruppeinvaliderente i Topdanmark Forsikring A/S, klager ved sin advokat over, at selskabet med virkning fra den 1/12 2003 har standset udbetalingen af invaliderente og bevillingen af præmiefritagelse.

Selskabet har standset ydelserne med henvisning til, at klagerens generelle erhvervsevne ikke er nedsat med halvdelen.

Det fremgår af sagen, at klageren, som er født i 1972, var udsat for et trafikuheld den 4/1 2002.

I skadeanmeldelse dateret 17/7 2003 anmeldte klageren til selskabet, at hun havde pådraget sig en piskesmældsskade. Af anmeldelsen fremgår, at hun blev sygemeldt den 17/4 2003, og at hun blev opsagt fra sin stilling som socialrådgiver den 1/3 2003 med fratræden den 30/6 2003.

I erklæring dateret 24/2 2003 fra overlæge P.S. fra Neurologisk afdeling på Å. sygehus er konkluderet:

"**Konklusion**

Patienten har symptomer som man kan se det efter en pludselig påvirkning af nakken. Der er ikke anamnestisk eller objektivt fundet anden årsag til generne. Patienten har tidligere i 1993 været udsat for et uheld samt i 2001 haft et hekseskud i nakken, men i ingen af tilfældene, har der været efterfølgende blivende gener.

Tilstanden har ikke vist tegn på bedring siden efteråret 2002 og må derfor nu betragtes som værende stationær, uden udsigt til bedring. Patienten har modtaget relevant behandling, dog anbefales det at patienten får suppl. fysioterapien med en mere målrettet styrketræning af nakke og ryg under vejledning af deri kyndig fagperson.

Patienten arbejder fortsat i det samme arbejde som hun arbejdede i på ulykkestidspunktet. Er kommet på nedsat tid fra 37 til 30 timer, men dette pga. økonomiske forhold på arbejdspladsen. Patienten har imidlertid kun kunnet fortsætte arbejdet i normalt omfang, idet arbejdsforholdene er meget fleksible og at den tid der går med opgaver som er spec. belastende for patienten i form af computerarbejde, møder og lign. kun udgør ca. 50% af arbejdstiden. Patienten skal formentlig søge nyt arbejde fra marts md. og der er en vis risiko for at patienten ikke vil være i stand til at varetage et normalt socialrådgiverarbejde på fuld tid. Der er således risiko for et vist erhvervsevnetab."

Af de kommunale akter er i journalnotat dateret 23/7 2003 anført:

"A. [klageren] var i jan. 2002 involveret i et trafikuheld, og hun pådrog sig et piskesmæld. A. var på det tidspunkt ansat som socialrådgiver … på 37 timer. Hun oplevede tiltagende smerter og ubehag efter uheldet, gik ned på 30 timer, men måtte sygemelde sig i april 2003. A. er siden blevet opsagt fra sin arbejdsplads, af økonomiske årsager. A. var i febr. 2003 til undersøgelse hos overlæge i neurologi på Århus Kommunehospital P.S., der konkluderer, at A. lider af følger efter forvridning af halshvirvelsøjlen. Der har ikke har tegn på bedring i A.s tilstand siden efter 2002, hvorfor den må betragtes som værende stationær, uden udsigt til bedring. A. har modtaget relevant behandling, P.S. anbefalede, at hun begyndte med en mere målrettet styrketræning af nakke og ryg under vejledning af deri kyndig fagperson. Dette er A. efterfølgende startet på. P.S. vurderer, at der er en vis risiko for, at A. ikke vil blive i stand til at varetage et normalt socialrådgiverarbejde på fuld tid. Der er således risiko for et vist erhvervstab.

A. fortæller, at hun fortsat er meget plaget af smerter, hun bliver hurtigt træt, har svært ved at koncentrere sig og lider af hukommelsesbesvær. Hun har dog samtidig lyst til så småt at komme i gang på arbejdsmarkedet igen, men er meget usikker på hvad hun magter på nuværende tidspunkt. A. har fortsat lyst til at arbejde som socialrådgiver."

Selskabet har bevilget ydelser i 3 måneder frem til 1/12 2003.

I skrivelse af 1/12 2003 meddelte selskabet, at man ikke kunne bevilge ydelser efter 1/12 2003.

Klageren blev den 20/4 2004 bevilget flexjob med 2/3 løntilskud. Af bevillingen fremgår, at klageren er bevilget flexjob som socialrådgiver på en skole. Det fremgår videre:

"Som en del af de nødvendige skånehensyn, udgør arbejdstiden pt. 20 timer pr. uge, fordelt efter aftale mellem arbejdsplads og A.S.S. [klageren]"

Klageren har ved sin advokat over for nævnet gjort gældende at hendes erhvervsevne er nedsat med 2/3. Advokaten har til støtte herfor i skrivelse af 26/2 2004 anført:

"Indledningsvis bemærkes det, at Topdanmark ubestridt udbetalte gruppeinvalideren-te samt bevilgede præmiefritagelse frem til 1. december 2003 på baggrund af de foreliggende lægelige oplysninger. Topdanmark har intet påberåbt til støtte for, at min klients erhvervsevne skulle være større i forhold til andre erhverv end hendes hidtidige erhverv. Tværtimod foreligger der oplysninger om, at min klients erhvervsevne i forhold til ethvert erhverv er meget betydeligt nedsat. Min klient er således tilkendt fleksjob, idet forvaltningen har fundet, at min klients erhvervsevne er nedsat med mere end 50%, jfr. de i Sociallovgivningen gældende regler vedrørende tilkendelse af fleksjob, hvoraf det fremgår, at der tilkendes fleksjob, når erhvervsevnen er nedsat med mindst 50%. Denne vurdering er sket i forhold til ethvert tænkeligt erhverv, helt svarende til den vurdering, der foretages af det offentlige i forbindelse med tilkendelse af førtidspension.

Der foreligger således intet sagligt belæg for Topdanmarks skrivelse, tværtimod støtter samtlige foreliggende lægelige, økonomiske og sociale oplysninger, at min klients erhvervsevne i forhold til ethvert erhverv er nedsat med 2/3.

I øvrigt fastholdes de tidligere påberåbte synspunkter i henhold til hvilke det er gjort gældende, at der ikke er sket nogen bedring i min klients situation."

Advokaten har i skrivelse af 11/5 2004 anført:

"For så vidt angår selskabets betragtninger vedr. kriterierne for tilkendelse af flexjob, skal jeg på ny venligst henlede opmærksomheden på det lovgrundlag, som benyttes ved tilkendelse af flexjob, herunder de meget strenge betingelser for så vidt angår lidelsens varighed mv.

Med hensyn til selskabets lægekonsulents vurdering, bør der helt ses bort fra denne. I den forbindelse bemærkes det, at lægekonsulenten alene tillægger de objektive fund betydning, uagtet at der i nærværende sag er tale om en lidelse, som netop er karakteriseret ved få eller ingen objektive fund, men derimod ved flere og omfattende subjektive gener. Det er ligeledes velkendt, at der normalt ikke påvises neurologiske udfald i lidelser af denne karakter. På baggrund heraf er lægekonsulentens vurdering, efter min opfattelse, klart usaglig i forhold til omfanget af min klients erhvervsevnetab, som naturligvis skal vurderes i forhold til såvel subjektive som objektive gener, herunder særligt når der som her er tale om en lidelse, der netop er karakteriseret ved subjektive fund. Det er velkendt, at der fastsættes erhvervsevnetabsprocenter fra 65-100% ved diagnoser som whiplash og whiplash-lignende lidelser. Selskabets lægekonsulent er tilsyneladende ikke orienteret om denne praksis, hvilket dog forekommer overraskende.

Desuden er det efter min opfattelse ikke en overvejende lægelig vurdering, der skal foretages i forbindelse med fastsættelse af erhvervsevnetabets omfang.

I lighed med den vurdering der foretages i erstatningsretten samt i socialretten, skal der naturligvis i høj grad foretages en vurdering af den skadelidtes faktiske funkti-

onsevne, økonomiske tab samt øvrige foreliggende relevante oplysninger. Der er således tale om en juridisk vurdering ved fastsættelse af erhvervsevnetabets omfang."

Advokaten har endvidere påpeget, at de sociale myndigheder ved bevilling af flexjob har vurderet, at klagerens varige erhvervsevnetab udgør mindst 2/3.

Endelig har advokaten i skrivelse af 9/8 2004 anført:

"Jeg er imidlertid ikke enig med Topdanmark i, at det er lægekonsulentens opgave at vurdere omfanget af erhvervsevnetabet.

Den relevante bestemmelse er som anført af Topdanmark betingelsernes punkt 4. Punkt 4b afsnit 3 har i denne sag umiddelbart ingen relevans.

Betingelsernes punkt 4a og punkt 4b afsnit 1 og 2 ligner til forveksling betingelserne i den tidligere pensionslov. Retspraksis vedrørende tilkendelse af invaliderente efter denne bestemmelse er klar. Jeg skal henvise til Højesterets dom optrykt i UfR2004.374H. …

Som det fremgår af dommen defineres invaliditet af Kommunernes Pensionsforsikring på samme måde som af Topdanmark. Principperne i dommen kan således umiddelbart anvendes i dette tilfælde.

Der skal således foretages en individuel vurdering af erhvervsevnen uafhængigt af indtægten i et fleksjob. Dette skal forstås meget bogstaveligt. Vurderingen skal tage hensyn til hvilken indtægt skadelidte ville kunne have, hvis skadelidte skulle klare samme arbejde på normale vilkår.

Det er i den sammenhæng ikke tilstrækkeligt at se på den aftalte arbejdstid i fleksjobbet. Der skal foretages en vurdering af de enkelte skånehensyn, skadelidtes effektivitet, antallet af pauser og arbejdsopgaver m.m., således at det er skadelidtes reelle arbejdstid og værdi på arbejdsmarkedet, der afgør i hvilken grad skadelidte udnytter sin erhvervsevne.

En sag kan ikke afgøres alene ud fra det timetal en skadelidt er på arbejde, således som Topdanmark tilsyneladende mener, idet man på side to i brevet af 22. juli 2004 skriver, at én ugentlig arbejdstid på 20 timer skulle betyde, at man udnytter sin erhvervsevne med mere end halvdelen.

…

Bestemmelsen i betingelserne punkt 4b, 4. afsnit må forstås i sammenhæng med punkt 4b afsnit 1 og 2, der er de vigtigste bestemmelser vedrørende vurderingen af berettigelsen til invaliderente. Der kræves således en lægelig dokumentation for en given sygdom, hvorefter man ser på sygdommens økonomiske konsekvenser.

Lægekonsulentens funktion er efter bestemmelserne alene at tage stilling til om der er dokumentation for en sygdom, men ikke at vurdere hvilket erhvervsevnetab lidelsen giver.

…

Det er helt oplagt at der er en sammenhæng mellem størrelsen af tilskuddet og erhvervsevnetabet. Tilskuddet er ikke den eneste faktor i vurderingen af erhvervsevnetabet, men er dog en meget væsentlig indikator, svarende til den næsten afgørende betydning, som man tillægger pensionsmyndighedernes vurdering af erhvervsevnetabet.

Det fremgår af forarbejderne til lovgivningen vedrørende fleksjob, at det er en forudsætning for tilkendelse af et fleksjob og fastsættelsen af tilskuddet, at den der bliver visiteret til et fleksjob reelt skal være i stand til at tjene den del af lønnen der ikke er tilskud.

Et løntilskud på 2/3 betyder derfor, at kommunen har vurderet, at min klients erhvervsevne er nedsat med 2/3 og at denne arbejdsevnenedsættelse er varig."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse. Selskabet har til støtte herfor anført, at klagerens generelle erhvervsevne ikke er nedsat med 2/3. Selskabet har henvist til et notat dateret 18/3 2004 fra selskabets lægekonsulent, hvoraf fremgår:

"A.S. har klager i form af hovedpine, nakke og skuldersmerter samt koncentrationsbesvær alt sammen at betragte som følger efter påvirkning af nakken i forbindelse

med ulykke. Ved objektiv undersøgelse er der af speciallæge påvist ømhed af rygsøjlen mellem skulderbladene og i nakken samt ømhed af musklerne. Der er ikke påført neurologiske udfald. Der er således vedvarende gener efter erhvervsevnetab, men ikke i en grad der nedsætter A.S.s funktionsevne væsentligt og det generelle erhvervsevnetab er lille."

Selskabet har i skrivelse dateret 7/7 2004 i relation til klagerens flexjob anført:

"Det er Topdanmarks opfattelse, at der ikke er grundlag for at antage, at selvom A.S.s arbejdsgiver får refunderet 2/3 som løntilskud, at det skulle være udtryk for, hvor meget erhvervsevnen er nedsat med.

Det er Topdanmarks opfattelse, at ankenævnets praksis støtter denne opfattelse. I den forbindelse henviser vi til ankenævnets kendelse, sag nr. 49.809, hvor det er anført, at kommunens tilskud som social ydelse ikke indgår i vurdering af klagerens erhvervsevne. Det medfører, at hverken selskab eller klager kan påberåbe sig fleksjobordningen som hel eller delvis afgørende for størrelsen af erhvervsevnenedsættelsen.

Når en kommune udbetaler tilskud til et fleksjob, kan tilskuddet ikke overstige 1/2 eller 2/3 af den, på det pågældende område, overenskomstmæssige mindsteløn. Tilskuddet er afhængig af den pågældendes arbejdsevne. Den endelige fastsættelse af tilskuddets størrelse sker i forhold til en meget konkret vurdering i forhold til det konkrete fleksjob. Det betyder med andre ord, at to personer med samme lidelse og samme uddannelsesmæssige og erhvervsmæssige baggrund kan modtage forskelligt kommunalt tilskud til deres fleksjob, idet dette afhænger af, hvordan den enkelte person bestrider sit fleksjob."

Endelig har selskabet i skrivelse af 3/9 2004 anført:

"Vi kan til orientering henlede opmærksomheden på, at forsikringen ikke giver ret til forsikringsydelsen, når tabet af erhvervsevnen skyldes 'Sygdom eller ulykkestilfælde, hvis der ikke i forbindelse med lægelig undersøgelse kan påvises objektive tegn på tilstedeværelsen af mén eller sygdom (f.eks. hvor der alene er tale om subjektive klager over smerter, gener eller lignende').

Dette følger af afsnit 6, litra e i forsikringsbetingelserne for den pågældende dækning … Det er således baggrunden for, at Topdanmarks lægekonsulent primært lægger vægt på eventuelle objektive fund.

BB [klagers advokat] anfører, at det efter hendes opfattelse ikke er lægekonsulentens opgave at vurdere omfanget af erhvervsevnetabet. Topdanmarks lægekonsulent forholder sig alene til det medicinske erhvervsevnetab. Hans vurdering indgår herefter i den samlede vurdering af det generelle erhvervsevnetab."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**Invaliditet og forsikringsdækning**

…

Ret til udbetaling invaliderente og præmiefritagelse har den forsikrede, der på grund af sygdom eller ulykkestilælde mister sin arbejdsevne, uden dette skyldes fortsæt.

Nedsættelse af arbejdsevne der berettiger til udbetaling af invaliderente og præmiefritagelse, foreligger når den forsikrede ikke længere skønnes at være i stand til - bedømt under hensyn til hans nuværende tilstand, hans uddannelse og tidligere virksomhed - at tjene 50% eller 2/3 af, hvad der i samme egn er sædvanligt for fuldt arbejdsdygtige personer med lignende uddannelse, alder og køn.

Ved vurdering af forsikredes længerevarende tab af erhvervsevnen, foretages derfor et skøn over om forsikrede anses for egnet til omskoling. Hvis forsikrede anses for egnet til omskoling, anses erhvervsevnen ikke for nedsat - heller ikke i omskolingsperioden. Der tages ikke hensyn til om forsikrede på grund af situationen på arbejdsmarkedet er i stand til at få arbejde svarende til sin uddannelse, og det er således den generelle, og ikke den specifikke erhvervsevne, der skal være nedsat.

Fastsættelsen af graden af erhvervsudygtighed sker på grundlag af lægelig vurdering og oplysninger om, hvad forsikrede er i stand til at tjene, når erhvervsudygtigheden tages i betragtning.

...

Forsikringsdækning

…

f. Når arbejdsevnen. nedsættes med mere end 50% men mindre end 2/3, berettiger dette til udbetaling med 50% af forsikringsbeløbet og præmiefritagelse i samme forhold.

g. Når arbejdsevnen nedsættes med 2/3 eller mere, berettiger dette til udbetaling af hele forsikringsbeløbet samt præmiefritagelse.

…

Begrænsning i ansvar

…

f. Sygdom eller ulykkestilfælde, hvis der ikke i forbindelse med lægelig undersøgelse kan påvises objektive tegn på tilstedeværelsen af mén eller sygdom (f.eks. hvor der alene er tale om subjektive klager over smerter, gener eller lignende)."

Nævnet udtaler:

Henset til bestemmelsen om, at der skal kunne påvises objektive tegn på tilstedeværelsen af mén eller sygdom, kan nævnet ikke pålægge selskabet at anerkende, at klager har mistet erhvervsevnen i dækningsberettigende grad.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

J. Hermann