730/05

Den 29. august 2005 blev i sag nr. 64.672:

xxx xxxxxx
xxxxxxxxxxxxx xxx xxxxxx
xxxx xxxxxxxxxx

mod

Industriens
Pensionsforsikring A/S
Nørre Farimagsgade 3
1364 København K

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der er omfattet af en arbejdsmarkedspension i Industriens Pensionsforsikring A/S, klager ved sin advokat over, at selskabet har afvist at udbetale invalidepension og bevilge præmiefritagelse.

Det fremgår af sagen, at klageren, der er født i 1962, var involveret i et færdselsuheld i 1999, hvor hun pådrog sig en piskesmældslæsion. Siden da har hun haft problemer med smerter i nakken og skuldrene - særligt venstre skulder. Klageren fratrådte sin tidligere arbejdsplads med virkning fra den 30/6 2000, hvor hun havde arbejdet på et lager.

I maj 2003 udbetalte selskabet en invalidesum til klageren, da selskabet vurderede, at hendes generelle erhvervsevne var nedsat med halvdelen.

Imidlertid har selskabet afvist at udbetale invalidepension samt bevilge præmiefritagelse under henvisning til, at klagerens generelle erhvervsevne ikke er nedsat med mindst 2/3. Subsidiært har selskabet gjort gældende, at klageren ikke har ret til udbetaling af invalidepension og bevilling af præmiefritagelse, da hun er ansat i fleksjob.

Klageren blev efter sin fratræden den 30/6 2000 arbejdsprøvet hos L., hvilket førte til bevilling af et fleksjob som køkkenmedhjælper på en efterskole. Med virkning fra den 1/8 2002 startede hun på fleksjobbet, der var på 16 timer om ugen fordelt over 4 dage og med 2/3 løntilskud.Angående skånehensyn fremgår det af fleksjobaftalen:

"På grund af smerter i nakke, venstre arm og skulder samt hovedpine er der behov for varierende arbejdsopgaver og arbejdsstillinger. Bør undgå løfteopgaver og ensidige/monotone arbejdsopgaver."

Det fremgår af sagen, at Arbejdsskadestyrelse ved sin udtalelse af 27/8 2001 skønsmæssigt fastsatte stationærtidspunktet til 11/10 1999.

Til brug for sagens behandling indhentede selskabet bl.a. en speciallægeerklæring af 30/3 2003, der var udarbejdet af overlæge M.J., der er speciallæge i ortopædisk kirurgi. Af erklæringen fremgår bl.a.:

"**OBJEKTIVT:**

Almentilstanden er god. Hun er ret slank af bygning.

Der er let indskrænket bevægelighed i halshvirvelsøjlen med en hage-manubrium-afstand på ca. 2 cm.

Der er let nedsat drejebevægelighed til begge sider og tilsvarende ved sidebøjning.

Der er diffus palpationsømhed svarende til de lange nakkemuskler.

Der er tydelig indskrænket bevægelighed i venstre skulder, hvor hun abducerer til 80 gr. men fremadfører til i hvert fald 120 gr.

Hun har svært ved at føre venstre hånd helt op imellem skulderbladene, når hun skal føre hånden i lænden.

Passivt er der ikke nogen bevægelsesindskrænkning i venstre skulder.

Skuldrene er stabile og der er ingen synlig muskelatrofi.

Der er normale reflekser på overekstremiteterne og normale pulsforhold.

Der er god kraft ved håndtryk, lidt mere på højre end venstre.

Hun er højrehåndet.

Ryggen har pæne krumninger og gangen er upåfaldende.

Der er ikke nogen speciel ømhed svarende til acromioklavikulærleddene og der er ikke nogen sikker kraftnedsættelse over skuldrene og ingen tegn på scapula alatae.

Der er foretaget fornyet røntgenundersøgelse af halshvirvelsøjlen i forbindelse med dagens undersøgelse og efter min vurdering er der fuldstændig normale forhold.

RESUMÉ OG KONKLUSION:

Der er tale om en 40-årig kvinde, der for 3 år siden som fører af bil blev ramt bagfra og hun udviklede nakkesmerter og smerter i venstre skulder.

Der er efterfølgende foretaget skulderoperation og intensiv optræning af bevægeligheden i skulderen uden, at det har gjort hende symptomfri.

Hun går til manuel behandling af nakken og går fortsat fil fysioterapibehandling. Tilfældet opfattes som kronisk smertetilstand og hun får også en del smertestillende medicin.

Hun har fået en ordning med flexjob i et køkken og klarer 16 timer om ugen.

Ved objektiv undersøgelse er der indskrænket bevægelighed i halshvirvelsøjlen og venstre skulder og lidt diffus palpationsømhed i nakkemuskulaturen, men røntgenologiske er der normale forhold svarende til halshvirvelsøjlen.

Tilstanden må betragtes som værende stationær og der er ikke forslag om yderligere behandling eller undersøgelse.

Det er svært at sige, hvornår tilstanden var stationær, men der synes ikke at være sket de store ting igennem det sidste år."

Overlæge F.L. på Sygehus V. foretog røntgenundersøgelse af klagerens hals/nakke og anførte i erklæring af 7/4 2003, at der ikke kunne påvises unormale forhold.

Ved skrivelse af 1/5 2003 til klageren meddelte selskabet, at hun var berettiget til udbetaling af invalidesum, idet selskabet vurderede, at hendes generelle erhvervsevne var nedsat med halvdelen. Samtidig oplyste selskabet, at hun ikke var berettiget til præmiefritagelse og løbende ydelser, da selskabet vurderede, at erhvervsevnen ikke var nedsat med mindst 2/3.

I skrivelse af 26/8 2003 til selskabet meddelte klageren, at hun ikke kunne acceptere selskabets afgørelse.

I statuserklæring af 12/12 2003 har læge S.H.-S. bl.a. anført:

"B: Vurdering af helbredsforholdenes betydning for sagen …

Da pt. er hypermobil, må man sige, der er tale om en varig lidelse. Behandlingsmulighederne er gode, idet der er rimelig god effekt af manuel terapi. Tilstanden kan næppe siges at være stationær, da hun ofte er symptomfri i perioder mellem behandlingerne. Pt. er ofte generet af både smerter og hovedpine, hvilket jo stort set hæmmer enhver funktion i alle erhverv, men hun er ligeledes i perioder næsten symptomfri og kan i så fald passe alle forefaldende jobs."

I skrivelse af 19/12 2003 til selskabet anførte klagerens advokat bl.a.:

"De fremsendte policebestemmelser er dem der gælder p.t. Min klient kom til skade før disse, idet der formentlig ikke i de tidligere bestemmelser har været anført bestemmelser om fleksjob.

Det er min opfattelse, at min klient opfylder kravene i henhold til bestemmelsen i § 7, idet min klients generelle erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3. Det fremgår dels af den afprøvning, der har været foretaget og som har mundet ud i, at min klient var berettiget til et fleksjob med 2/3's tilskud. Min klient blev afprøvet i flere forskellige erhvervstyper og med et resultat, som indebar, at min klients erhvervsevne lå på 8 til maksimalt 10 timer.

Der har således været tale om en generel afprøvning og med baggrund heri, kan jeg derfor ikke se videre end, at min klient således må opfylde kravene til udbetaling af løbende ydelse i henhold til Pensionsvilkårenes § 7"

Overlæge M.J. undersøgte igen klageren og udarbejdede i den forbindelse ny speciallægeerklæring af 24/4 2004, hvoraf det bl.a. fremgår:

"**RESUMÉ OG KONKLUSION:**

…

Ved den objektive undersøgelse er der diffus palpationsømhed i nakken og antydning af bevægelsesindskrænkning i venstre skulder ved aktiv bevægelighed, men ikke

passiv. Tilstanden må fortsat betragtes som værende kronisk smertetilstand, hvor de objektive fund er meget sparsomme.

…

Hun klarer et job med 16 timer om ugen, så ud fra dette kan man ikke sige, at erhvervsevnen er varigt nedsat med mindst 2/3 i alle erhverv.

Der er ikke sket nogen forværring af tilstanden siden erklæringen i marts 2003. Blandt andet nævnes nogen lindring efter brug af TNS-apparat.

Der bestilles EMG i håb om, at der er behandlingsmuligheder, men der er ikke lovet noget."

Sagen blev herefter forelagt selskabets ortopædkirurgiske lægekonsulent og på baggrund heraf meddelte selskabet i skrivelse af 9/6 2004 til klagerens advokat, at selskabet ikke fandt lægelige oplysninger, der dokumenterede, at klagerens generelle erhvervsevne var varigt nedsat med mindst 2/3, hvorfor selskabet fastholdt sin afgørelse af 1/5 2003. Videre oplyste selskabet, at ansættelse i fleksjob ikke i sig selv dokumenterer, at den generelle erhvervsevne varigt er nedsat med mindst 2/3. Selskabet redegjorde i den forbindelse for forskellen mellem arbejdsevnen og erhvervsevnen. Omkring hvilke forsikringsbetingelser der skulle anvendes, anførte selskabet følgende:

"Vi kan hertil oplyse, at det er forsikringsbetingelserne på det tidspunkt, hvor retten til ydelserne indtrådte, der finder anvendelse, og at det således indtil videre er de forsikringsbetingelser, der trådte i kraft den 1. marts 2004, der gælder."

Klagerens advokat har herefter indbragt sagen for nævnet, hvor han har gjort gældende, at klagerens generelle erhvervsevne er nedsat med mere end 2/3. Han har bl.a. anført:

"Forløbet af arbejdsprøvningen viser, at det ikke er muligt at øge arbejdstiden, at arbejdsprøvningen har fundet sted på forskellige områder, men naturligvis indenfor det der er realistisk i forhold til klagers uddannelsesniveau, at dette er indenfor fysisk belastende arbejde og at klager aldrig har haft anden form for arbejde. Det er således ikke realistisk at sammenligne med, at man skulle kunne klare et bogligt job, hvilket i den givne situation endvidere er helt utænkeligt.

Endelig henviser Industriens Pension til, at man i kommunen afgør retten til fleksjob, efter et arbejdsevnekriterium, hvorimod Industriens Pension afgør retten til helbredsbetingede ydelser efter erhvervsevnekriteriet. Der kan vist næppe siges at være tilstræbt nogle realitetsændringer i forhold til det oprindelige arbejdsevnekriterie. Det har i hvert fald ingen mening."

Han finder ikke, at der er lægeligt belæg for at nå til et andet resultat, og at sagen må afgøres i overensstemmelse med højesteretsdommen af 18/11 2003.

I selskabets skrivelse af 22/9 2004 til nævnet hedder det bl.a.:

"**Til støtte for vores afgørelse gøres gældende**

• Der har ikke lægeligt kunne påvises nogen objektive fund, der kan forklare E.A.s smerter, og E.A. kan klare et fleksjob, med nogen fysisk belastning, på 16 timer om ugen. På baggrund af disse oplysninger er det ikke vores opfattelse, at E.A.s generelle erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3 i alle erhverv

• Vedrørende arbejdstiden har advokat S.E. anført, at de 16 timer er inklusiv pauser. Det er vores opfattelse, at en normal arbejdstid på 37 timer sædvanligvis også er inklusiv pauser. Derfor betyder de indlagte pauser ikke, at arbejdstiden på 16 timer ikke kan sammenlignes med en normal arbejdstid

• S.E. bemærker i redegørelsen af 16. august 2004 til nævnet, at E.A. har været i arbejdsprøvning hos L., og ifølge referatarket den 22. maj 2002 blev det vurderet, at arbejdsevnen var 1/3 af det, man ville forvente af en normal ansat

• Hertil bemærker vi, at vurderingen går specifikt på de arbejdsopgaver E.A. havde som led i arbejdsprøvningen - det vil sige fysisk arbejde

• Forsikringen i Industriens Pension dækker ikke ved faginvaliditet, men alene ved en nedsættelse af den generelle erhvervsevne, jf. forsikringsbetingelsernes § 7, stk. 1. At E.A. kun kan yde, hvad der svarer til 1/3 af normal arbejdsindsats i et fysisk betonet arbejde er ikke det samme som, at E.A.s generelle erhvervsevne er nedsat med 2/3.

Det må efter vores opfattelse kunne lægges til grund, at E.A. kan klare et arbejde, der ikke indebærer større fysiske belastninger

• S.E. skriver videre, at et bogligt job ikke er realistisk på grund af E.A.s uddannelses niveau. Hertil skal vi bemærke, at forsikringen ikke dækker ved faginvaliditet, men alene ved en varig nedsættelse af den generelle erhvervsevne med 2/3. Der skal derfor ikke lægges vægt: på, om uddannelsen er indenfor f eks. håndværk eller boglige fag, eller om den forsikredes almindelige evner og/eller uddannelse giver bedre forudsætninger for at arbejde på det ene eller det andet område

• S.E. anfører, at han ikke mener, at der i forbindelse med, at det offentlige er gået over til at bruge det nye arbejdsevnekriterium er tilsigtet nogen realitetsændring. Til dette bemærker vi, at forsikringsbetingelserne ikke inddrager en tilkendelse af offentlig pension eller fleksjobtilskud ved fastsættelsen af et erhvervsevnetab. En eventuel ændring af det offentliges tilkendelseskriterium har derfor ikke nogen betydning for vurderingen af erhvervsevnetab i Industriens Pension, da vi udelukkende baserer vores vurdering på helbredsmæssige forhold

• Endelig anfører S.E., at sagen må 'afgøres i overensstemmelse med højesterets dom af 18. november 2003'. Hertil bemærker vi, at retten til invalidepension og bidragsfritagelse indtræder, når den forsikredes erhvervsevne på grund af sygdom eller ulykkestilfælde skønnes varigt nedsat med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne i alle erhverv

• I den sag Højesteret behandlede angik tvisten spørgsmålet om, hvorvidt et fleksjobtilskud skulle tages med ved opgørelsen af den forsikredes indtjeningsevne, når en nedgang i indtjeningsevnen efter forsikringsbetingelserne skulle indgå i vurderingen af erhvervsevnetabet

• Det fremgår modsætningsvis af vores forsikringsbetingelser, at indtjeningsevnen ikke spiller nogen rolle i forbindelse med opgørelsen af erhvervsevnetabet. Vi mener

derfor ikke at højesteretsdommen er relevant for fortolkningen af forsikringsbetingelserne i Industriens Pension

• For så vidt angår spørgsmålet om, hvilke forsikringsbetingelser der skal lægges til grund, skal vi bemærke, at kravene til udbetaling invalidepension og bevilling af præmiefritagelse er ændret siden 1999. Dengang var kravet, at den generelle erhvervsevne skulle være varigt nedsat med mindst 2/3 af helbredsmæssige årsager, og at bidragsbetalingen skulle være ophørt. Betingelserne er fra den I. marts 2003 ændret således, at det fra denne dato også er en betingelse for udbetaling af invalidepension og børnepension samt for bidragsfritagelse, at medlemmet ikke er i fleksjob

• Det er forsikringsbetingelserne på det tidspunkt hvor forsikringsbegivenheden er indtrådt, der er afgørende, jf. forsikringsbetingelsernes § 18. Forsikringsbegivenheden er ifølge forsikringsbetingelsernes § 7,

- at medlemmets generelle erhvervsevne af helbredsmæssige årsager er varigt nedsat med mindst 2/3,

- at medlemmets arbejdsgiver ikke længere betaler bidrag til Industriens Pension i for medlemmet, og

- at medlemmet ikke er ansat i et fleksjob

Alle tre betingelser skal være opfyldt

• I nærværende sag har vi - som det fremgår ovenfor - afvist at udbetale med henvisning til, at den generelle erhvervsevne ikke er varigt nedsat med 2/3 af helbredsmæssige årsager. Vi gør subsidiært gældende, at medlemmet ikke har ret til udbetaling af invalidepension og bevilling af præmiefritagelse, da medlemmet er ansat i et fleksjob

• Da vi ikke mener, at den forsikredes generelle erhvervsevne er varigt nedsat med 2/3 af helbredsmæssige årsager, er det derfor heller ikke vores opfattelse, at der på

det foreliggende grundlag kan fastsættes et tidspunkt for en varig nedsættelse af den generelle erhvervsevne med 2/3."

Parterne har herefter ført en omfattende korrespondance vedrørende bl.a. omfanget af klagerens arbejdsprøvning, højesteretsdommens betydning for nærværende sag samt formuleringen og fortolkningen af selskabets forsikringsbetingelser,

Klagerens advokat fastholder bl.a. således, at det er de forsikringsbetingelser, der var gældende på skadetidspunktet i 1999, der er afgørende for vurderingen af klagerens erhvervsevnetab, idet klagerens generelle erhvervsevne – efter hans opfattelse – har været nedsat med mindst 2/3 siden den 11/10 1999. Hertil har selskabet bemærket, at det er tidspunktet, hvor klageren opfylder betingelserne for udbetaling af invalidepension og bevilling af præmiefritagelse, der er afgørende for, hvilke forsikringsbetingelser der skal anvendes. Ifølge selskabet er klagerens generelle erhvervsevne ikke nedsat med mindst 2/3 af helbredsmæssige årsager, hvorfor der - efter selskabets opfattelse - ikke kan fastsættes et tidspunkt for en varig nedsættelse af den generelle erhvervsevne med 2/3.

Selskabet har bl.a. henvist til ankenævnskendelserne nr. 59.774 og nr. 62.849.

Nævnet er forelagt sagens lægelige oplysninger samt et meget omfattende journalmateriale fra Laboremus.

Af medlemspjecen, som er en del af aftalegrundlaget, fremgår bl.a.:

"**Ydelser ved invaliditet**

Industriens Pension vurderer tabet af erhvervsevne i samarbejde med vores lægekonsulenter. Vurderingen foretages i forhold til den generelle erhvervsevne, altså evnen til at arbejde i alle erhverv.

…

Invalidepension

Invalidepension udbetales ved varig invaliditet på mindst 2/3 af den fulde erhvervsevne, når invaliditeten skyldes helbredsmæssige årsager.

…

Invaliditeten skal desuden være indtrådt inden dit fyldte 60. år. Samtidig skal du på tidspunktet, hvor du bliver invalid, være bidragsbetalende eller omfattet af bidragsfri dækning.

…

Det er endvidere en betingelse for udbetaling af invalidepension og eventuel børnepension, at du ikke er ansat i et fleksjob."

Forsikringsbetingelserne (gældende i 1999) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"**§ 7. Invalidepension og bidragsfritagelse**

Den i pensionsbeviset fastsatte ret til invalidepension og/eller bidragsfritagelse indtræder, når den forsikredes erhvervsevne efter forsikringens ikrafttræden før det fyldte 60. år på grund af sygdom eller ulykkestilfælde skønnes varigt nedsat med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne.

…

Stk. 3 Forringelse af erhvervsevnen bedømmes af Industriens Pension under hensyn til den pågældendes forhold efter lignende regler som i lovgivningen om sociale pensioner.

Stk. 4. Det er en betingelse for retten til invalidepension og/eller bidragsfritagelse, at bidragsbetalingen er ophørt.

Forsikringsbetingelserne (gældende fra 1/3 2004) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"**§ 7 Invalidepension og bidragsfritagelse**

Den i pensionsbeviset fastsatte ret til invalidepension og/eller bidragsfritagelse indtræder, når den forsikredes erhvervsevne efter forsikringens ikrafttræden før det fyldte 60. år på grund af sygdom eller ulykkestilfælde skønnes varigt nedsat med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne.

Stk. 2 Forringelsen af erhvervsevnen bedømmes af Industriens Pension under hensyn til den pågældendes helbredsmæssige forhold ud fra en ren lægelig vurdering.

Stk. 3 Det er en betingelse for retten til invalidepension og/eller bidragsfritagelse, at bidragsbetalingen er ophørt, og at medlemmet ikke er ansat i et fleksjob."

Nævnet udtaler:
Nævnet har gennemgået de mange sagsakter - herunder oplysningerne om klagerens fleksjob - og har ikke fundet grundlag for at antage, at klagerens generelle erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3. Nævnet kan allerede af den grund ikke kritisere, at selskabet har afvist at udbetale invalidepension og bevilge præmiefritagelse som sket.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen
formand