722/05

Den 13. april 2005 blev i sag nr. 64.834:

xxxx xx xx xxxxxxxxx
xxxxxxxxx x
xxxx xxxxx

mod

StK:Pension
Tuborg Havnevej 14
Postboks 824
2900 Hellerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har været omfattet af en pensionsordning i StK:Pension, klager over selskabets afvisning af at yde forsikringsdækning ved tab af erhvervsevne.

Selskabet har afvist at yde forsikringsdækning med henvisning til, at klageren ikke på det foreliggende grundlag har dokumenteret et varigt dækningsberettigende erhvervsevnetab på mindst 2/3.

Klagerens forsikring trådte i kraft den 1/1 2000. Klageren fratrådte den pensionsgivende stilling med virkning fra den 1/7 2003.

Det fremgår af sagen, at klageren, der er født i 1955 og uddannet bankassistent, den 13/1 2004 ansøgte om dækning som følge af erhvervsevnetab på grund af smerter i højre lænd og ben. Til brug for sagens behandling indhentede selskabet de lægelige og kommunale akter i sagen.

Af de indhentede sagsakter fremgår bl.a., at klageren i januar 2003 blev sygemeldt fra sit daværende arbejde som postmedarbejder på grund af en diskusprolaps i lænden.

Klageren var i perioden 1/7 til 19/10 2003 i arbejdsprøvning som kustode på et museum 18 timer ugentligt fordelt på tre dage.

Lægekonsulent I.S. vurderede på baggrund af arbejdsprøvningen, at seks timers dagligt arbejde er for meget. Ifølge lægekonsulenten ligger et realistisk arbejdsniveau for klageren på omkring 4-5 timer dagligt.

S. kommune vurderede klageren som fleksjobberettiget fra den 1/2 2004, hvilket blev meddelt klageren ved skrivelse af 5/2 2004. Det fremgår af skrivelsen, at kommunen har vurderet klagerens arbejdsevne til at være 1/3 af den fulde erhvervsevne.

På baggrund af de indhentede oplysninger afviste selskabet at yde forsikringsdækning, hvilket blev meddelt klageren ved skrivelse af 25/2 2004.

Klageren blev den 1/4 2004 ansat i et fleksjob på et museum med 2/3 løntilskud. Den ugentlige arbejdstid udgør i sommerhalvåret 21 timer og i vinterhalvåret 15 timer.

Med henvisning til klagerens arbejdstid fastholdt selskabet herefter ved skrivelse af 22/7 2004 sin afvisning af at yde dækning for erhvervsevnetab.

Selskabet modtog efterfølgende en neurokirurgisk speciallægeerklæring af 22/11 2004, hvoraf bl.a. følgende fremgår:

"**Konklusion**

I.J.A.S. pådrog sig i foråret 2001 en ekstrem lateralprolaps fra 4. lændediskus på højre side. Den 22. januar 2003 blev hun opereret for denne. Der har ikke været effekt af operationen, og der er fortsatte konstante smerter i højre underben. Siden sommeren 2003 er der yderligere kommet tendens til lændesmerter og de seneste 3 måneder tendens til spændinger i nakken. Objektivt findes der ganske pæn bevægelighed i lænden. Der findes dysæstesi på forsiden af højre underben.

På baggrund af I.J.A.S.' symptomer må det antages, at hun har fået en beskadigelse af gangliet på højre 4. lændenerverod. Der er gået mere end halvandet år fra operationen, og der kan ikke forventes nogen væsentlig ændring i tilstanden. I.J.A.S. er i

behandling med Gabapentin for de neuropatiske smerter, og der er ikke yderligere behandlingstilbud.

Det faktiske forløb har vist, at smerterne i benet begrænser I.J.A. S.' arbejdsevne."

Af udtalelse af 10/1 2005 fra klagerens arbejdsgiver fremgår følgende:

"I sommerperioden, 1.5 - 31.10.2004, har I.J.A.S. været ansat i fleksjob med max. 21 timer om ugen som kustode på museet. Kommunens ergoterapeut har hjulpet med eksempelvis lændestøtte og specialsæde på kustodens siddeplads for at afhjælpe smerter i ben og ryg. Der er i arbejdsbeskrivelsen mulighed for at veksle mellem at sidde stille og gå rundt i museet. I løbet af sommerperioden har hun af og til været nødt til at bytte vagter/timer pga. smerter.

I vinterperioderne, 1.4 - 30. 4 og 1.11- 31.12.2004, har arbejdstiden været max. 15 timer om ugen, da arbejdet her er registrering af museumsgenstande. Her har kommunens ergoterapeut også hjulpet med hæve-/sænkebord og speciel ergonomisk kontorstol således at arbejdsstillingen kan varieres. Det kan være nødvendigt at holde pauser i arbejdet, således at arbejdstiden ikke udnyttes fuldt ud.

Vi håber, at I.J.A.S. fra 1. maj igen indgår i kustodetjenesten med max. 21 timer om ugen, men indtil 30.4. er arbejdstiden fortsat max. 15 timer om ugen."

Klageren er utilfreds med selskabets afgørelse og påstår selskabet tilpligtet at yde forsikringsdækning for det anmeldte erhvervsevnetab. Klageren har til støtte herfor i klageskrivelse af 3/9 2004 bl.a. anført, at et andet forsikringsselskab har vurderet, at hendes erhvervsevne er nedsat til under 1/3. Endvidere har klageren bl.a. anført, at hun reelt kun er i stand til at arbejde 12 timer ugentligt.

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse. Til støtte herfor har selskabet i skrivelse af 19/1 2005 til nævnet gjort følgende gældende:

"• De relevante betingelser for at opnå dækning ved erhvervsevnetab følger af pensionsregulativets § 4, jfr. regulativ for præmiefritagelse og invalideydelse punkterne 1-2 og 5.

- I denne sag betyder det, at forsikrede skal dokumentere et varigt erhvervsevnetab på mindst 2/3 inden for ethvert erhverv for at være berettiget til dækningen fra pensionsordningen.

- Forsikrede er ifølge oplysningerne i sagen, i stand til at passe bestemte funktioner på S. Museum 21 timer ugentligt. At forsikredes arbejdstid må nedsættes i vinterhalvåret skyldes alene, at denne type arbejdsfunktion kun er til rådighed i sommerhalvåret på den konkrete arbejdsplads. Forsikrede kan på denne baggrund ikke anses for at opfylde forsikringsbetingelsernes krav om nedsættelse af erhvervsevnen med 2/3 inden for ethvert erhverv.

- Der kan ikke sættes lighedstegn mellem løntilskud fra kommunen til et fleksjob og nedsættelsen af erhvervsevnen, idet tilskuddet alene er udtryk for kommunens skøn over, hvad der skal til for at oprette det konkrete fleksjob, hvilket bl.a. fremgår af højesterets dom af 21.01.2003 (335/2000).

  Ifølge Højesteretsdom af 21. november 2003 skal der i overensstemmelse hermed foretages en konkret vurdering af den forsikredes egen arbejdskapacitet, når man er i fleksjob. Fleksjobbet er således ikke i sig selv en målestok for erhvervsevnetabet. Det er arbejdskapaciteten og indtjeningsevnen på det ordinære arbejdsmarked, der er afgørende for vurderingen, såfremt der er enighed om, at der foreligger 2/3 helbredsmæssigt erhvervsevnetab.

- Hvordan andre forsikringsselskaber vurderer i forhold til deres individuelle betingelser er uden betydning for den konkrete sag

På dette grundlag finder selskabet det ikke dokumenteret, at forsikrede har et varigt erhvervsevnetab på mindst 2/3 inden for ethvert erhverv. Derfor bør klagen ikke tages til følge."

Hertil har klageren i skrivelse af 5/2 2005 - udfærdiget af socialrådgiver og erhvervskonsulent V.K.S. - bl.a. bemærket:

"Først gør pensionsselskabet gældende at forsikrede ikke har **dokumenteret** et varigt dækningsberettiget erhvervsevnetab på 2/3 i henhold til den tegnede pensionsordning. Graden af erhvervsevnetabet er i henhold til et samlet skøn/vurdering, der står ingen steder at det påhviler forsikringstageren at dokumentere dette.

Netop dette gør pensionsselskabet også i sine sidste bemærkninger rede for. Vi er nemlig enige i at det er en samlet vurdering der afgør erhvervsevnetabets størrelse og at 'fleksjobbet (og timerne) således ikke i sig selv er en målestok for erhvervsevnetabet'. **'Det er arbejdskapaciteten og indtjeningsevnen på det ordinære arbejdsmarked, der er afgørende for vurderingen.'**

Sagen er således anket, idet vi mener at erhvervsevnen er nedsat med mindst 2/3 i forhold til hvad I.J.A.S. ville kunne klare på det almindelige ordinære arbejdsmarked.

I.J.A.S. har været interesseret i at blive på arbejdsmarkedet trods smerter og nedsat erhvervsevne. Derfor var kustodejobbet et fund, idet det tilgodeser præcis I.J.A.S.'s skånehensyn. Hun har ikke på grund af de mange skånehensyn arbejdskraft svarende til de timer, som hun reelt arbejder. Derfor har museet betinget sig, at de kunne få 2/3 i tilskud.
For at tilskynde statslige institutioner til at ansætte personer i fleksjob gives der yderligere tilskud fra staten på halvdelen af den resterende lønudgift … D.v.s. at museerne kun har 1/6 i reel lønudgift.

Den reelle lønudgift for Inges arbejdskraft ligger således på 1/6 af den almindelige lønudgift for 37 timer. Dvs. de betaler hun for godt 6 timers reel 'rask' arbejdskraft, og dette er sandsynligvis medvirkende til at hun på trods af gener og skånehensyn er blevet ansat.

Når I.J.A.S. har fået jobbet er det også på grund af hendes store interesse inden for området. Hun er ufaglært, men har tidligere i fritiden brugt meget tid på at studere S's kultur- og naturliv. Hun har derved nogle kvalifikationer, som kan komme museet til gavn som arbejdsgiver og som kan udnyttes helt specielt på dette museum.

I.J.A.S. udnytter således sin erhvervsevne optimalt i fleksjobbet på dette museum, og når der skal ses på den reelle arbejdsevne, skal der således lægges vægt på, at der skal fratrækkes for pauser, nedsat tempo og andre gener som arbejdsgivere på det ordinære arbejdsmarked ikke vil betale for.

Museet ligger i gåafstand fra I.J.A.S.'s bopæl og hun har således ingen transporttid. Transporttid til arbejde vil i sig selv, med de gener og skånebehov I.J.A.S. har, medfører en indskrænkelse af antallet af timer, som hun kan præstere i et job.

Vi er således af den opfattelse at den reelle arbejdskapacitet sammenlignet med det ordinære arbejdsmarked er nedsat til mindre end 1/3 af normal arbejdsindsats.

Således mener vi, at såfremt der skal vurderes i forhold til ethvert erhverv, (som pensionsselskabet gør gældende) vil den reelle arbejdskapacitet og indtjeningsevne ligge langt under 1/3, idet der ikke kan peges på noget realistisk arbejdsområde, som I.J.A.S. vil kunne varetage med de omtalte gener og skånehensyn. I.J.A.S.'s indtjeningsevne hos en arbejdsgiver på det ordinære arbejdsmarked vil således ligge på et minimum.

Man kunne jo høre arbejdsgivere på det aktuelle ordinære arbejdsmarked, hvad de ville betale i lønudgift til ansættelse under de beskrevne forhold eller om de overhovedet fandt det realistisk at ansætte en person under disse betingelser.

Det er som sagt indtrykket, at I.J.A.S. har været særdeles heldig med at få dette job. Kan pensionsselskabet eller nævnet pege på realistisk arbejdsområde inden for det aktuelle ordinære arbejdsmarked (uden tilskud), hvor I.J.A.S.'s indtjeningsmuligheder (med bopæl på S.) er større end 1/3?

Afslutningsvis gøres det opmærksom på, at pensionsselskabet henviser til højesteretsdommen. Det fremgår heraf, at der ikke var tilstrækkelige holdepunkter for en anden forståelse af tilsagnet om dækning end de som er beskrevet i erstatningslovens § 5. D.v.s. om den forsikrede ved egen arbejdskapacitet er i stand til at tjene mere

end 1/3 af, hvad der i samme egn er sædvanligt for fuldt erhvervsdygtige personer med lignende uddannelse og alder."

Af pensionsregulativet fremgår:

" **§ 4 Pensionsordningens virkemåde**

…

B. Udbetaling/præmiefritagelse ved erhvervsevnetab

Betingelser for udbetaling/præmiefritagelse ved erhvervsevnetab

Medarbejderen opnår ret til udbetaling/præmiefritagelse ved erhvervsevnetab, når:

- den generelle erhvervsevne* er varigt nedsat med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne, og
- erhvervsevnen i forsikringstiden er nedsat af helbredsmæssige årsager på grund af sygdom eller ulykkestilfælde, som ikke er fremkaldt med forsæt, og
- medarbejderen er fratrådt sin stilling, og
- lønudbetaling er ophørt.

*) Ved den generelle erhvervsevne forstås erhvervsevnen i ethvert erhverv.

For at opnå og fastholde retten til udbetaling/præmiefritagelse må medarbejderen efter fratrædelse ikke have større arbejdsindtægt end 1/3 af den løn, medarbejderen tjente, før erhvervsevnen blev nedsat. Evt. indtægt fra ansættelse i fleksjob, skånejob eller lignende indgår på lige fod med lønindtægt. Endvidere må medarbejderens arbejdstid efter fratrædelse som udgangspunkt heller ikke udgøre mere end 1/3 af arbejdstiden før erhvervsevnen blev nedsat."

Af regulativ for præmiefritagelse og invalideydelse fremgår:

"**Definition af invaliditet**

1. Ret til invalideydelse og/eller præmiefritagelse har den forsikrede, der på grund af sygdom eller ulykkestilfælde mister sin erhvervsevne, således at erhvervsev-

nen er nedsat med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne, og det skal være overvejende sandsynligt, at erhvervsevnen - trods lægelig behandling, omskoling, optræning eller uddannelse er og fortsat må anses at være nedsat med 2/3 eller mere.

2. Nedsættelse af erhvervsevnen, der berettiger til udbetaling af invalideydelse og/eller 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 mere end 1/3 af, hvad der i samme egn er sædvanligt for fuldt erhvervsdygtige personer med lignende uddannelse og alder.

…

Præmiefritagelsens respektive invalidepensionens ikrafttræden og ophør

5. Præmiefritagelse respektive udbetaling af invalidepension får virkning fra den dag, nedsættelsen af erhvervsevnen har varet uafbrudt i 3 måneder, dog tidligst fra den dag, lønudbetalingen ophører.

I særlige tilfælde kan præmiefritagelse respektive udbetaling af invalidepension tilkendes med tilbagevirkende kraft, dog maksimalt for 2 år fra anmeldelsesdatoen."

Nævnet udtaler:

Nævnet har gennemgået sagen og må herefter på det foreliggende grundlag være enigt med selskabet i, at klagerens generelle erhvervsevne ikke kan anses for nedsat i dækningsberettigende grad. Nævnet kan derfor ikke pålægge selskabet at yde forsikringsdækning.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen

Udskriften bekræftes

Henning Jønsson