733/05

Den 10. oktober 2005 blev i sag nr. 65.481:

xxxxxx xxxx
xxxxxxxxx xxxxxxx xxxxxxxxxxx
xxxxxxxxx xxx xxx xxxx
xxxx xxxxxxxxx x

mod

SEB Pension
Postboks 100
0900 København C

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har pensionsforsikring i Codan Forsikring A/S, som administreres af SEB Pension, klager over at selskabet med virkning fra 1/7 2004 har vurderet, at hans erhvervsevne er nedsat med 50 %, men ikke med 2/3, hvorefter der alene er bevilget halve ydelser.

Det fremgår af sagen, at klageren har en livsforsikring, som giver ret til udbetaling af ydelser og fritagelse for præmiebetaling, hvis den generelle erhvervsevne er nedsat med 2/3. Forsikringen giver ret til halve ydelser, hvis erhvervsevnen nedsættes med mindst halvdelen.

Klageren er født i 1961, er uddannet rørsmed og har tidligere arbejdet som skibsassistent. Den 18/7 2001 var han udsat for en arbejdsulykke, hvorved han skadede sin ryg. Skaden blev anmeldt til selskabet den 1/10 2001, og selskabet bevilgede efter at have indhentet dokumentation for sygemeldingen ydelser fra 21/11 2001. Det blev ved bevillingen tilkendegivet, at bevillingen i en midlertidig periode skete efter en bedømmelse af erhvervsevnetabet i forhold til hans tidligere erhverv. Bevillingen af ydelser blev løbende forlænget.

I maj 2002 blev klageren opereret for diskusprolaps, og han gik herefter til genoptræning. I januar 2004 modtog selskabet underretning fra E. Kommune om, at klageren havde været i arbejdsprøvning som pedelmedhjælper på B. skole i perioden 1/4 2003 til

7/11 2003, samt at han den 12/11 2003 var startet i virksomhedspraktik som værkstedsassistent. Selskabet forlængede tilkendelsen af ydelser på baggrund af oplysningen om, at arbejdsprøvningsforløbet ikke var afsluttet.

E. Kommune traf den 3/6 2004 afgørelse om sygedagpenge. Af afgørelsen fremgår:

"På grund af helbredsmæssige forhold kan du max. arbejde 3 timer dagligt.

Du har af helbredsmæssige årsager en varig nedsættelse af arbejdsevnen.

Det vurderes at der ikke er yderligere behandlingsmuligheder/aktivering eller revalideringsmuligheder. Arbejdsevnen er nedsat i ethvert erhverv.

Du kan ikke fastholde eller opnå beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet, og findes derfor omfattet af personkredsen i Lov om en Aktiv Beskæftigelsesindsats, § 70. Lidelsen vurderes at være stationær og udbetaling af SDP ophører den 6. juni 2004, og du må søge ledighedsydelse fra den 7. juni 2004."

Selskabet meddelte herefter ved skrivelse af 23/6 2004 klageren, at man anså hans generelle erhvervsevne for nedsat med 50 %, hvorefter man for perioden 1/7 2004 og foreløbig frem til 1/2 2007 anså ham for berettiget til halve ydelser.

Selskabet modtog den 2/7 2004 erklæring dateret 26/3 2004 fra speciallæge i neuromedicin M.B. Af erklæringen fremgår bl.a.:

"Resumé og konklusion:

42-årig tidligere i det væsentlige rask maskinassistent tidligere ansat ved M., som 18.01.2001 pådrog sig et pludseligt indirekte rygtraume i form af uventet voldsomt træk. Han oplevede i forbindelse med dette et knæk i lænderyggen. Han har efterfølgende haft vedvarende problemer med lavtsiddende lænderygsmerter med udstråling ned i begge underekstremiteter samt smerter og muskelspændinger i venstre side af kroppen både thorakalt, cervikalt og i venstre ansigtshalvdel.

Der har endvidere været problemer med sovende fornemmelser i de radiale fingre på højre side, samt søvnproblemer og humørsvingninger. Ved CT-scanning blev der

påvist en diskusprolaps på niveau L5/S1, og skadelidte bar gennemgået operativ behandling heraf 02.05.2002, hvor der er foretaget dekompression af den 5. lumbale rod samt dese operation. Der har imidlertid ikke været nogen effekt af denne operative behandling, og der har kun været beskeden forbigående effekt af konservativ behandling. De ovennævnte symptomer har betydet, at skadelidte ikke har været i stand til at genoptage kontakten med arbejdsmarkedet. Han har deltaget i 2 arbejdsprøvninger med skåneprægede arbejdsopgaver 3 timer dagligt, men i forbindelse med disse arbejdsprøvninger har han oplevet symptomforværring. Skadelidtes fremtidige tilknytning til arbejdsmarkedet er således uafklaret, men der er nu bevilliget revalidering, selvom der ikke foreligger nogen konkret revalideringsplan. I det daglige oplever skadelidte ikke uvæsentlige restriktioner.

Objektivt noteres det frem for alt, at skadelidte har problemer med at bevæge sig, og han halter i forbindelse med afvikling af gang. Der er endvidere vanskeligheder ved af- og påklædning. Der er nedsat bevægelighed lumbalt, og der er udtalt myofasciel ømhed lumbalt men også thorakalt samt cervikalt. Der er ingen neurologiske udfald.

Aktuel arbejdsulykke har således resulteret i en lænderygsdistorsion. Efterfølgende CT-scanning af columna lumbalis kunne påvise lumbal diskusprolaps, men hvor operativ behandling ikke har haft nogen effekt. I efterforløbet har skadelidte haft kroniske myofascielle smerter i form af kronisk lumbago. Symptomerne har resulteret i en meget væsentlig påvirkning af skadelidtes funktionsniveau, og der er dermed også en væsentlig påvirkning af skadelidtes erhvervsevne, og der er nu lagt op til en revalidering. Om og i givet fald hvornår og i hvilket omfang skadelidte evt. vil kunne genetablere en kontakt med arbejdsmarkedet står i det uvisse. De nuværende symptomer har ikke ændret sig væsentligt gennem længere tid, og der er næppe udsigt til ændringer af betydning fremover. Der er ikke fundet indikation for yderligere diagnostiske eller terapeutiske tiltag."

Ved skrivelse af 19/7 2004 meddelte selskabet, at speciallægeerklæringen ikke gav anledning til en ændring af selskabets vurdering af klagerens erhvervsevne.

Den 29/10 2004 bevilgede E. Kommune fleksjob til klageren med virkning fra 1/11 2004. Af bevillingen fremgår, at arbejdstiden er 16 timer om ugen med 2/3 løntilskud. Arbejdsopgaver og skånehensyn fremgår ikke af bevillingen, men af de kommunale akter fremgår, at stillinger er som 'pladsmand' i et murerfirma. I notat af 25/10 2004 er anført:

> "Der har d. 19. okt. været afholdt møde på T.'s praktikarbejdsplads, hvor vi har drøftet hvorledes det er gået samt muligheden for etab. af fleksjob.
>
> T. fortæller at det går udmærket, og at de er meget hjælpsomme på pladsen, når T. skal have hjælp.
>
> T.'s arbejde består i vedligehold af pladsen, hvilket betyder oprydning efter håndværkerne (bl.a. med de hjælpemidler der er; sækkevogn, truck + anden kørende maskine), sørge for at redskaberne er på sin rette plads, sætte spec. mærkater på alt værktøjet (inkl. firmalogo) og evt. rep. defekte maskiner. T. fortæller, at han virkelig gør en indsats for at komme ind i arbejdet. T. er meget obs på at han skal passe på sin ryg, og er klar over at han skal spørge så snart der er brug for hjælp. Både L.F. samt anden (H.) er ligeledes på pladsen, og kan således hjælpe når det er nødvendigt.
>
> Både L. og T. er enige om at fortsætte samarbejdet, dog ønsker T. at holde onsdag fri, hvis muligt, for på den måde at kunne 'komme' sig (T. forestiller sig på den måde 4t/dag). Det er ok med L., idet man gerne vil hjælpe og have at T. får en god oplevelse, der skal naturligvis også ydes noget og det er tydeligt at virksomheden har klare og veldefinerede 'spilleregler' bl.a. vedr. orden og vedligehold."

Klageren har ved sit fagforbund over for nævnet gjort gældende, at selskabet skal anerkende, at hans erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3. Fagforbundet har i skrivelse af 20/4 2005 i tilknytning til det kommunale notats angivelse af, at klageren har oplyst, at "det går udmærket", anført:

> "**Dette er ikke længere T.'s mening.** Der bliver p.t. pålagt ham opgaver, der er alt for hårdt for ham. Der er p.t. ikke den hjælpsomhed, som der blev vist i starten.

T. kan derfor tilslutte sig, hvad der står på side 4 i midterste afsnit, at et job som pladsmand på en byggeplads ikke kan betegnes som optimalt skånende.

T. vil mandag den 25. april 2005, når hans arbejdsgiver er tilbage fra ferie, tage en snak med ham om de arbejdskrav han nu udsættes for, og som er alt for hårdt ved ham. Kan de ikke sammen finde en løsning vil T. foreslå et møde imellem arbejdsgiveren, kommunens sagsbehandler, Metal E. og ham selv, da han ikke kan holde til arbejdet under de nuværende betingelser."

Fagforbundets advokat har i skrivelse af 13/5 2005 til nævnet anført:

"Før ulykken havde min klient en betydelig indkomst fra sit arbejde som skibsassistent. Hans indkomst i år 2000 var på kr. 262.371,00 og i året 2001 på kr. 262.597,00. Idet denne indkomst var DIS-indkomst, var min klients reelle indkomst for indkomståret 2000 og 2001 dog væsentligt højere. Jeg vedlægger brev af 10. marts 2004 med bilag fra Regnskabsbureauet, hvoraf det fremgår, at min klients indkomst omregnet fra DIS-indkomst for året 2000 og 2001 var på henholdsvis kr. 482.000,00 og kr. 482.600,00.

Efter ulykken har min klient kroniske rygsmerter med udstråling til begge ben og op i venstre side af brystryggen mod venstre skulderblad. Hans ryggener er af Arbejdsskadestyrelsen blevet vurderet til et varigt mén på 15 %. Som følge af dette ikke ubetydelige mén kan min klient ikke længere arbejde som skibsassistent, men har set sig nødsaget til at påbegynde et fleksjob 3 timer dagligt. Jeg gør opmærksom på, at min klient ikke arbejder effektivt 3 timer dagligt, hvilket størrelsen af fleksjobtilskud fra kommunen på 2/3 også viser.

Min klient kan kun klare arbejdet, hvis der bliver taget væsentlige skånehensyn til ham, og han kan ikke arbejde i samme tempo som en rask person.

Som det fremgår af ovenstående, er min klient således efter ulykken henvist til at beskæftige sig med ufaglært arbejde til en løn, som er væsentlig under den, han

havde før ulykken. Min klient får således nu kr. 127,00 pr. time for 37 timer ugentligt. Dette giver en årsindkomst på ca. kr. 187.960,00, hvis man går ud fra, at min klient arbejder ca. 40 uger årligt. Imidlertid vil det være forkert at lægge til grund, at min klient i et normalt job uden støtte fra kommunen ville kunne erhverve en indkomst på kr. 187.960,00. Hvis man således går ud fra, at han kunne arbejde effektivt 15 timer om ugen, ville hans indkomst være ca. kr. 76.200,00 årligt. I betragtning af at min klient ikke kan arbejde effektivt 15 timer ugentligt, er denne årsindkomst højt sat.

Tager man denne indkomst og sammenligner med min klients indkomst før ulykken, vil det fremgå, at dette beløb kun udgør 16,5 % af min klients hidtidige løn.

...

Det fremgår således, at vurderingen af, hvorvidt der foreligger et erhvervsevnetab er både økonomisk og medicinsk. Idet min klient på almindelige vilkår, kun ville kunne tjene en brøkdel af, hvad han tjente før ulykken, må den økonomiske betingelse for at få tilkendt erstatning for tab af erhvervsevne efter reglerne om 2/3 nedsættelse af erhvervsevnen være opfyldt. Efter mine oplysninger var min klients indkomst før ulykken ikke usædvanlig i forhold til, hvad fuldt arbejdsdygtige personer med samme alder og uddannelse kunne tjene.

Idet jeg henviser til Højesterets dom fra 2002, refereret i UfR 2003.162, gør jeg for god ordens skyld opmærksom på, at der ved fastsættelsen af erhvervsevnetabet for personer, der er i fleksjob, skal ses bort fra den del af lønnen, som er udtryk for kommunalt tilskud. Ved vurderingen af erhvervsevnetabet skal der således kun lægges vægt på den del af skadelidtes erhvervsevne, som er udtryk for en reel indtjeningsevne. Forelå muligheden for fleksjob ikke, ville min klients muligheder for at erhverve sig indkomst ved arbejde være meget begrænsede."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse. Selskabet har til støtte herfor i skrivelse af 21/3 2005 til nævnet anført:

"På baggrund af kommunens oplysninger om fleksjobbets karakter og den ugentlige arbejdstid i fleksjobbet på 16 timer må vi fastholde, at forsikredes generelle erhvervsevne ikke kan anses for at være nedsat med mindst to tredjedele.

Vi må henlede opmærksomheden på, at et job som pladsmand på en byggeplads ikke kan betegnes som optimalt skånende for en person med en alvorlig ryglidelse. På trods af dette kan forsikrede arbejde 16 timer om ugen i sit fleksjob. Denne oplysning underbygger vores lægekonsulents vurdering af, at forsikrede bør kunne arbejde mere end en tredjedel tid, men at det ikke kan forventes, at han vil kunne arbejde mere end halv tid.

Da forsikredes fleksjob efter vores opfattelse ikke kan betegnes som optimalt skånende i forhold til forsikredes gener, skal vi allerede på nuværende tidspunkt gøre opmærksom på, at forsikredes erhvervsevnetab ikke kan vurderes ud fra den konkrete arbejdstid i det nuværende fleksjob. Hvis forsikrede således senere skulle blive ude af stand til at arbejde mere end en tredjedel tid i sit nuværende fleksjob, vil vurderingen af hans generelle erhvervsevnetab skulle ske ud fra generelle kriterier og ikke alene ud fra arbejdsindsatsen i hans fleksjob."

Selskabet har i skrivelse af 2/5 2005 supplerende anført:

"Forsikredes beskrivelse af, at det ikke længere går godt i hans fleksjob, giver os ikke anledning til at revurdere sagen.

Det er forsikredes generelle arbejdsevne, der skal vurderes, og det er vores opfattelse, at der findes en lang række job, der er mindre belastende end jobbet som pladsmand i et byggefirma. Det fremgår da også af Dansk Metals brev, at der ikke længere bliver taget nødvendigt hensyn til forsikrede."

Endelig har selskabet i skrivelse af 20/6 2005 til nævnet anført:

"Beskrivelsen af begrebet tab af erhvervsevne i forsikringsbetingelserne er den for branchen sædvanlige beskrivelse, og det er fastslået gentagne gange i såvel retssom ankenævnspraksis, at denne beskrivelse ikke dækker erhvervsevnen i forhold til hidtidige erhverv, men den generelle erhvervsevne.

I modsætning til arbejdsskade- og erstatningsansvarslovgivningen, hvor der skal tages udgangspunkt i den tilskadekomnes hidtidige indtægt, skal der ved vurdering af den generelle erhvervsevne tages et bredere udgangspunkt.

Vi henviser i den forbindelse til FED 1998.515, hvor det fastslås, at der ikke kan tages udgangspunkt i forsikredes hidtidige løn, og vi må ud fra beskrivelsen af skadens følger i såvel lægeerklæringer som sociale akter fastholde, at forsikredes erhvervsevne må anses for at være nedsat med mindst halvdelen, men ikke med to tredjedele."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**19. Udbetaling af erstatning**

Erstatning for tab af erhvervsevne betales, såfremt erhvervsevnen nedsættes med halvdelen eller mere af den fulde erhvervsevne, efter følgende regler:

- nedsættes erhvervsevnen med mellem 1/2 og 2/3 af den fulde erhvervsevne, udbetales halvdelen af forsikringsydelsen,
- nedsætte erhvervsevnen med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne, udbetales hele forsikringsydelsen. Selskabet kan gøre det til en betingelse at forsikrede mindst tilkendes offentlig mellemste førtidspension."

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet, at det ved de foreliggende oplysninger om klagerens helbreds- og arbejdsforhold ikke er godtgjort, at hans generelle erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3 efter den 1/7 2004.

Da nævnet herefter ikke kan kritisere selskabets afgørelse,

b e s t e m m e s :

_____

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen
formand