741/06

Den 13. februar 2006 blev i sag nr. 66.026:

xxxxxx xxxx xxxxxx
xxxxxx xxxxxxxx xxx x
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 livsforsikring i Topdanmark Forsikring A/S, påstår ved sin advokat selskabet pligtig til at udbetale invaliderente og bevilge præmiefritagelse efter den 1/4 2004.

Selskabet har afvist at efterkomme klagerens krav under henvisning til, at hans generelle erhvervsevne ikke er nedsat til mindst 2/3 efter den 1/4 2004.

Det fremgår af sagen, at klageren, der er født i 1968 og er selvstændig erhvervsdrivende malermester, den 14/7 2001 pådrog sig kompressionsbrud på 1. og 2. lændehvirvel samt to brækkede ribben som følge af et faldskærmsudspring.

Klageren anmeldte skaden, og selskabet udbetalte herefter løbende invaliderente og bevilgede præmiefritagelse fra den 1/9 2001.

Der er afgivet to speciallægeerklæringen i sagen.

Overlæge Ph.D. P.H., der er speciallæge i ortopædisk kirurgi, har udarbejdet speciallægeerklæring af 24/10 2002, hvoraf det bl.a. fremgår:

"**Vita ante acta**

Generelt været rask.

...

CNS: Har lidt af migræne, som har været velreguleret på Kodimagnyl lejlighedsvis ved anfald.

...

Resumé

Patienten pådrog sig ved faldskærmsuheld den 14.07.01 kompressionsbrud på 1. og 2. lændehvirvel. Blev overflyttet til Å. Kommunehospital, rygkirurgisk afsnit og udstyret med et 3-punktsmodulkorset. Har haft et normalt efterbehandlingsforløb inklusiv optræning. Patientens klager er smerte i lænd, fornemmelse at stivhed. Smerte ved belastning og udløsning af migræne ved arbejde. Patienten kan ikke passe sit arbejde p.t., idet han kun kan arbejde, ca. 3 timer om dagen. Objektivt er der fundet normalt neurologiske forhold, Lidt affladiget torokolumbal overgang. Røntgen viser kyfosering på 12 grader over L1/L2, hvor der er forkantsfraktur, der er helet.

Diagnose

/fraetura columna lumbalis vertebra I et II
(brud på 1. og 2. lændehvirvel)/

Konklusion

Konkluderende findes der følger i form af smerte ved belastning, udløsning af migræneanfald samt røntgenologisk påvist kyfosering over 2 helede L1/L2 hvirvler. Der er fuld overensstemmelse mellem patientens klager og objektive fund. Arbejdsmæssigt kan patienten kun arbejde 3 timer om dagen. Tilstanden har været stationær minimum de sidste 3 måneder. Der skønnes at være betydende mén i form af brud på 1. og 2. lændehvirvel, der er ophelet i 12 graders kyfose."

Overlæge L.C., der er speciallæge i neurokirurgi, har udarbejdet speciallægeerklæring af 26/1 2004, hvoraf det bl.a. fremgår:

"**Efterforløbet:**

...

Da M.J. genoptog sit arbejde, begyndte han at få nakkesmerter og hovedpine, især når han skulle bøje hovedet bagover. Hvis han arbejder i længere tid i denne stilling, opstår der migrænelignende hovedpine. M.J. synes, at hovedpinen har været let tiltagende, især er anfaldene med den migrænelignende hovedpine blevet hyppigere. Smerterne i lænden aftog, men er nu igen tiltaget, og der er begyndt at komme smerter på bagsiden af højre lår.

...

Nuværende:

M.J. har altid en trykkende hovedpine i baghovedet. Hvis han kigger opad med bagoverbøjet hoved, kommer der hurtigt smerter i nakken og forværring af hovedpinen, der kan blive til en pulserende hovedpine lokaliseret til issen og panden. Dette sker et par gange om ugen. Der er ingen ledsagende symptomer. Der er god effekt af Pinex Comp eller Brufen 600 mg, men der er gastrointestinale bivirkninger til sidstnævnte.

M.J. har altid smerter i lænden. Der er forværring efter belastning, f eks. ved løft af en 10 l malerspand eller længere tids stillesidden.

I de sidste par uger har der været smerter på bagsiden af højre ben. På venstre side er der et område på forsiden og indersiden af venstre lår med nedsat følesans.

Funktionsniveau:

Før UT arbejdede M.J. som maler i sit eget firma. Arbejdsdagen var lang, og M.J. udførte ved siden af noget administrativt arbejde om aftenen og i weekenderne. M.J. kan ikke længere male lofter, høje vægge eller sidde på hug og ordne fodpaneler etc. M.J.'s arbejde består nu fortrinsvist af administrativt arbejde og nogle mindre malearbejder på 2-3 timer dagligt inklusiv tilsynsvirksomhed.

M.J. er ophørt med at springe ud med faldskærm. Er ophørt med at gå til styrketræning pga. hovedpinen. M.J. kan ikke støvsuge, men kan hjælpe med at lave mad. M.J. hviler sig et par gange om dagen.

Tidligere sygdomme:

M.J. har tidligere haft stærk hovedpine et par gange om året, hvor han tog medicin og lå i sengen. Disse anfald stod kun på i max. 1 døgn.

M.J. har for 10 år tilbage haft hold i ryggen.

...

Erhvervsanamnese:

...

Efter ulykken har M.J. været nødt til at have en ekstra mand ansat, hvorfor overskuddet i virksomheden er faldet

Objektivt:

...

Ryg, lænd og nakke:

Der er ømhed af nakkemuskulaturen og nakkefæsterne. Bevægeligheden i halshvirvelsøjlen er let nedsat: Foroverbøjning med hage-brystbensafstand 2-3 cm. (normal). Bagoverbøjning normal. Sidebøjning 30/30 grader (normal). Rotation 70/70 grader (let nedsat for alderen).

Lændesvajet er normalt. Bækkenstanden lige. Der er ømhed af lændemuskulaturen fra højt i lænden til korsbenet. Der er ømhed af muskulaturen i sædet i højre side. Bevægeligheden i lænden er normal: Foroverbøjning med finger-gulvafstand < 10 cm. Bagoverbøjning normal. Sidebøjning normal.

...

Underekstremiteter:

...

Der er nedsat følesans på et håndfladestort område på forsiden/indersiden af venstre lårben helt proksimalt ved lysken.

Konklusion:

...

Der resterer nu nogle efter mit skøn lettere kroniske lændesmerter, der forværres ved fysiske belastninger. I forbindelse med forværringerne er der udstråling til højre sæderegion og bagsiden af højre lårben. Der er konstant nedsat følesans på for-/indersiden af venstre lår. Lændesmerterne er en følge efter det indirekte traume mod lænden og de to kompressionsfrakturer. M.J. har tillige konstante også efter mit

skøn lettere nakkesmerter og hovedpine lokaliseret til baghovedet. Disse forværres ved forskellige fysiske belastninger, især bagoverbøjning af hovedet, der i løbet af kort tid medfører stærk hovedpine. Disse gener er efter mit skøn en følge af, at M.J. ved faldet har fået et indirekte traume mod halshvirvelsøjlen. Symptomerne blev først erkendbare, da M.J. så småt ville genoptage sit arbejde som malermester. Dette kan dels skyldes, at han indtil da fik smertestillende medicin i form af Brufen og Pinex corrip, og at han indtil da ikke havde udsat sig for fysiske belastninger. M.J. har tidligere haft få tilfælde om året med stærk hovedpine, hvilket ikke skønnes at have afgørende betydning for de aktuelle gener.

De belastningsprovokerede smerter fra lænden og nakken samt hovedpinen har medført, at M.J. kun i mindre grad har kunnet genoptage det fysiske arbejde som malermester. Han har nu angiveligt ansat en person mere i firmaet, end han ville have under omstændigheder, hvor han selv var fuld arbejdsfør. M.J. kan stadig varetage de fleste af de administrative opgaver, som han udførte før ulykken, og han fører stadig tilsyn med de arbejdsopgaver, som firmaet har påtaget sig. Dog har han i noget større omfang end tidligere uddelegeret nogle af disse tilsynsopgaver til sine ældre faste medarbejdere.

Da tilstanden har stået på igennem mere end to år, er der ikke udsigter til en snarlig, varig eller betydende bedring. Tilstanden kan anses for at være stationær.

Lændesmerter og nakkesmerter er ofte hindrende for at man kan udføre fysiske arbejdsopgaver, især sådanne, der kræver hugsiddende eller knæsiddende stilling, tunge løft og bagoverbøjning af hovedet eller længere tids stillesidden. Dette begrunder således at M.J.s ressourcer som fysisk aktiv malermester er reducerede. M.J. har igennem sin hidtidige virksomhed vist, at han har organisatoriske evner, som han også for tiden udnytter i de administrative opgaver i sin virksomhed.

Jeg har ikke yderligere forslag til behandling, der med rimelighed kan tænkes, at ville forbedre tilstanden."

I skrivelse af 19/3 2004 til klageren meddelte selskabet, at han med virkning fra 1/4 2004 ikke længere var berettiget til udbetaling af invaliderente eller præmiefritagelse. Af skrivelsen fremgår bl.a.:

"Grunden til, at vi ikke længere kan fritage dig for at betale din forsikring eller udbetale dig Invaliderente er, at din tilstand er stationær. Du har nakke- og rygsmerter efter traume, du kan ikke varetage tungt manuelt arbejder, heller ikke sidde i hugstilling.

Men der er intet til hinder for, at du kan fungere i ikke rygbelastende erhverv som eksempel som kontoransat.

Det er derfor ikke muligt at give fortsat betalingsfritagelse og udbetaling af invaliderente, de din generelle erhvervsevne ikke skønnes nedsat med 2/3."

Klagerens advokat meddelte i skrivelse af 20/7 2004 til selskabet, at han nu endegyldigt fandt det dokumenteret, at klagerens generelle erhvervsevne var varigt nedsat med mindst 2/3. Advokaten henviste bl.a. til, at klageren den 1/7 2004 var blevet bevilget fleksjob i sin egen virksomhed med 2/3 løntilskud. Af den vedlagte ressourceprofil fremgår bl.a.:

"**Status fra 22/3/04 egen læge:**

24.06.02 Ryg. amb. arbejder 3 timer dagligt. Ingen synderlige gener fra lænd, primære problem er, når han skal lave loftsmalerarbejde, idet han da får svært ondt i nakken og migræne.

Objektivt: Normale ophold, bevæger sig fuldstændig frit omkring, normale krumninger. Rgt. viser ændret kyfosering på omkring 12 grader L1 og L2 frakturen er helet.

...

Funktionsniveau:

...

Hans arbejde består nu fortrinsvis af administrativt arbejde og nogle mindre malerarbejder på 2-3 timer dagligt inkl. tilsynsvirksomhed.

...

M.J. oplyser, at hans helbredsmæssige tilstand også har indflydelse på han psykiske tilstand - der er mange ting kan gerne vil kunne, men kan ikke - også ifht sin familie.

...

6 Sammenfattende vurdering af arbejdsevnen:

Vurdering af ressourcer:

PgI. har en uddannelse som maler, som han har brugt i mere end 13 år, dels som svend og siden som selvstændig malermester i godt 10 år. Har erfaring og kendskab til et arbejdsområde, som gør, at det er formålstjenligt, at bygge videre på dette grundlag.

Vurdering af de arbejdsmæssige muligheder:

Det vurderes, at pgl. selv har prøvet at strukturere sit arbejdsliv på en sådan måde, at han fortsat kunne bevare sin arbejdsplads/arbejdsområde. Det vurderes ikke, at denne via aktiverings- el. revalideringstiltag, vil kunne bringes el. fastholdes i ordinær arbejdsforhold, hverken inden for eget fag el. andre, hvorfor der vil kunne ydes støtte jv. pgl. 69.2 / 75 i lov om aktiv beskæftigelsesindsats.

Vurdering af barrierer for udvikling af ressourcer:

Arbejdsevnen vurderes varig nedsat, og pgl. har vanskeligt ved at bibeholde beskæftigelsen i egen virksomhed."

Parterne førte herefter yderligere korrespondance, hvorunder selskabet fastholdt sin afgørelse. Selskabet oplyste bl.a., at dets vurdering af erhvervsevnetabets størrelse sker uafhængigt af det offentliges vurdering af arbejdsevnen, samt at forsikringsdækningen forudsætter såvel et medicinsk som et økonomisk erhvervsevnetab. Advokaten anførte bl.a., at det ikke af kommunens bevilling af fleksjob kan udledes, at der kan være andre hensyn, der indgår i vurderingen end erhvervsevnen. Endvidere henviste advokaten

bl.a. til, at klageren som selvstændig erhvervsdrivende havde haft en arbejdsuge, der langt oversteg en normal arbejdsuge på 37 timer, hvorfor det - efter advokatens opfattelse - ville være urealistisk at måle ud fra en sådan.

I skrivelse af 18/1 2005 til klagerens advokat anførte selskabet bl.a.:

"**Vurdering af det økonomiske erhvervsevnetab**

M.J.s *medicinske* erhvervsevnetab er efter Topdanmarks opfattelse **ikke** nedsat med mindst 2/3. Vi har derfor ikke fundet anledning til at vurdere størrelsen af M.J.s eventuelle økonomiske erhvervsevnetab.

Hvis M.J.s *medicinske* erhvervsevnetab på et tidspunkt bliver nedsat med mindst 2/3, foretager vi naturligvis også en vurdering af M.J.s *økonomiske* erhvervsevnetab.

Vurdering af det medicinske erhvervsevnetab

Det påpeges i speciallægeerklæringen af den 26. januar 2004 fra speciallæge i neurokirurgi L.C., at M.J. har symptomer med hovedpine (men god effekt af smertestillende), nedsat evne til at varetage fysisk betonet malerarbejde og det modsvares af objektive fund med let nedsat bevægelighed af nakkens hvirvelsøjle og den påviste ømhed af muskulaturen.

På baggrund af det beskrevne og påviste objektive er vores lægekonsulent enig i L.C.s konklusion, nemlig at der er klare begrænsninger i relation til bestemte funktioner (som bliver omtalt i speciallægeerklæringen f.eks. male lofter), men alle andre administrative funktioner kan M.J. efter vores lægekonsulents opfattelse klare med pauser indimellem.

Det er således vores lægekonsulents opfattelse, at M.J.s generelle erhvervsevne **ikke** er nedsat med mindst 2/3."

Klagerens advokat har herefter indbragt sagen for nævnet, hvor han har gjort gældende, at selskabet skal anerkende, at klageren har krav på udbetaling af invaliderente og præmiefritagelse efter den 1/4 2004. I klageskrivelsen har advokaten bl.a. anført, at det

ved at sammenholde speciallægeerklæringerne kan udledes, at klagerens tilstand er blevet forværret henover perioden frem til den sidst afgivne erklæring i januar 2004. Videre har advokaten bl.a. henvist til, at der ikke ydes tilskud til fleksjob, hvis der stadig er mulighed for revalidering. Af skrivelsen fremgår videre:

> "Det skal ligeledes bringes i erindring, at selvom der skal anlægges en generel vurdering af erhvervsevnetabet, vil vurderingen kun afspejle virkeligheden såfremt den sker på et konkret grundlag. I dette tilfælde betyder det, at den arbejdsindsats klager nu er i stand til at levere - 2-3 timer dagligt - skal ses i forhold til det antal timer han tidligere som selvstændig erhvervsdrivende dagligt var i stand til at præstere, hvilket må antages at være betydeligt højere end den gængse 37 timers arbejdsuge, som de 2-3 timer dagligt normalt holdes op imod.
>
> Det fremgår af Å. Kommunes brev til klager af 17. juni 2004, at kommunen, i forbindelse med afklaringen af berettigelsen til flekstilskud, ikke vurderer, at klager vil kunne bibringes en ordinær tilknytning til arbejdsmarkedet, hvorfor flekstilskuddet kan bevilges. ...
>
> At indklagede stadig fastholder, at klagers *generelle* erhvervsevne **ikke** er nedsat med mindst 2/3 må det være fordi, indklagede ikke anerkender sammensætningen af de muligheder, som personer i dette samfund stilles over for i situationer af denne type. Det må dog tages til efterretning, at næste skridt for klager herefter vil være at lukke virksomheden og ansøge om førtidspension.
>
> Under henvisning til ankesag nr. 63.003, kan det ikke udelukkes, at klager såfremt denne ansøgte om, og opnåede, idet netop bevilling af førtidspension indgik som et moment blandt flere i afgørelsen om at give klager medhold i den konkrete sag. Tilfældegrupperne ligger således ikke langt hinanden med henblik på vurdering af erhvervsevnetabet i forsikringsretlig terminologi."

Advokaten har endvidere vedlagt udkast til stævning.

I selskabets skrivelse af 4/3 2005 til nævnet hedder det bl.a.:

"I juli 2001 var M.J. udsat for en faldskærmsulykke, og fik som følge heraf bl.a. vedvarende hovedpine, nakke- og lændesmerter.

...

På baggrund af det beskrevne og påviste objektive er vores lægekonsulent enig i L.C.s konklusion, nemlig at der er klare begrænsninger i relation til bestemte funktioner (som bliver omtalt i speciallægeerklæringen f.eks. male lofter), men alle andre administrative funktioner kan M.J. efter vores lægekonsulents opfattelse klare med pauser indimellem.

Det er således vores lægekonsulents opfattelse, at M.J.s generelle erhvervsevne **ikke** er nedsat med mindst 2/3.

M.J.s advokat anfører ..., at M.J. nuværende arbejdsindsats skal ses i forhold til det antal timer han tidligere var i stand til at præstere. Dette er imidlertid ikke korrekt. Ifølge vores betingelser (bilag ...) pkt. 8B (nederst) sker fastsættelsen af graden af erhvervsudygtighed 'ved en sammenligning af indtægtsmulighederne med en normal arbejdsindtægt for en person på samme alder med lignende uddannelse i samme egn'. M.J.s (nuværende) arbejdsindsats skal således ses i forhold til en 'normal' arbejdsuge på (ca.) 37 timer. Dette gælder uanset om M.J. arbejdede mere end 37 timer inden ulykken.

Topdanmark har på baggrund af Deres henvendelse vurderet sagen på ny. Vi har dog ikke fundet grundlag for at ændre vores afgørelse af den 19. marts 2004 (bilag ...) og fastholder derfor, at M.J.s generelle erhvervsevnetab ikke udgør mindst 2/3, hvilket er ensbetydende med, at M.J. ikke opfylder betingelserne for præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente den 1. april 2004."

Klagerens advokat anførte i skrivelse af 1/4 2005 til nævnet følgende:

"Topdanmarks konsekvensbeskrivelse er i princippet rigtig, men Topdanmark ignorerer i den sammenhæng, at faldskærmsudspringets følger blev kompressionsbrud på 1. og 2. lændehvirvel samt to brækkede ribben.

Der er således ikke tale om 'diffuse' eller tilfældige lændesmerter, men lændesmerter hidrørende direkte fra et kompressionsbrud med et langt behandlingsforløb til følge.

En af de objektive konsekvenser blev, at M.J. efter ophør med anvendelse af 3-punkts modulkorset fik konstateret en uændret vinkling over frakturerne på 12 grader over bruddene.

Jeg henviser i den sammenhæng i sin helhed til sagsfremstillingen i mit indlæg af 2. februar 2005.

Det er derfor påkrævet at fremhæve, at den hovedpine som min klient og Topdanmark beskriver samt nakke- og lændesmerterne til tider er så alvorlige, at min klient stort set ikke kan foretage sig noget som helst end blot at ligge i sengen i rolige omgivelser uden nævneværdige lysindfald.

Der er således tale om til tider fuldstændigt invaliderende/migrænelignende hovedpineanfald, hvilket gør det stort set umuligt for min klient at foretage sig nogen form for aktiviteter.

Det bestrides således, at han kan foretage stort set alt administrativt arbejde i malervirksomheden (hvor han selv har aktiemajoriteten) og hvor han er bevilget fleksjob med 2/3 offentlig støtte.

Det er lykkedes min klient at bevare virksomheden, men det skyldes i store træk udelukkende, at der tale om 'egen virksomhed', hvor han kan udføre det administrative arbejde, når helbredet tillader det.

På nogle dage er det rigtigt nok, at han kan arbejde op til næsten 3 timer. På andre dage kan han ikke arbejde overhovedet.

Topdanmarks beskrivelse af at han stort set kan arbejde normalt med administrative funktioner, blot han ikke beskæftiger sig med den manuelt krævende del af malerarbejdet, herunder navnlig at opmåle lofter, er således ikke i overensstemmelse med virkeligheden.

Som følge heraf skal jeg fastholde, at min klients erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3 - ikke blot i malererhvervet, men utvivlsomt inden for ethvert erhverv.

Det spiller således ingen rolle, hvorvidt der er tale om en 37-timers arbejdsuge eller en gennemsnitlig arbejdsuge, som min klient som selvstændig erhvervsdrivende havde forud for skaden.

Jeg skal således fastholde sagen."

Forsikringsbetingelserne indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"**8 Tab af erhvervsevne**

A Fritagelse for præmiebetaling

1. Forsikringstageren har ret til præmiefritagelse, hvis forsikredes erhvervsevne nedsættes med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne.
2. Tab af erhvervsevne bedømmes efter reglerne i punkterne B - E.
3. Præmiefritagelse påbegyndes, når nedsættelsen af erhvervsevnen uden afbrydelse har varet i 3 måneder, og fortsætter, så længe erhvervsevnen er nedsat med 2/3 eller mere.

...

5. Genvindes erhvervsevnen, således at betingelserne for præmiefritagelse ikke længere er til stede, skal der igen betales fuld præmie.

B Hvilke skader er dækket

1. Forsikringen giver ret til præmiefritagelse og/eller forsikringsydelsen ved erhvervsevnetab, hvis forsikredes erhvervsevne som følge af sygdom eller ulykkestilfælde bliver nedsat med 2/3 eller mere, jfr. punkterne D og E.

2. Fastsættelsen af graden af erhvervsudygtighed sker på grundlag af en lægelig vurdering og oplysninger om, hvad forsikrede er i stand til at tjene, når erhvervsudygtigheden tages i betragtning. Bedømmelse af indtægtsmulighederne sker under hensyntagen til forsikredes nuværende helbredstilstand, uddannelse og de funktioner, der indgik i forsikredes tidligere virksomhed, idet arbejdsmulighederne skal bedømmes både inden for forsikredes eget fag, tidligere arbejdsområde og inden for beslægtede eller egnede erhverv. Bedømmelsen er med andre ord ikke begrænset til forsikredes hidtidige beskæftigelse.

   Herefter sker fastsættelsen af graden af erhvervsudygtighed ved en sammenligning af indtægtsmulighederne med en normal arbejdsindtægt for en person på samme alder med lignende uddannelse i samme egn.

...

D Invaliderente/invalidepension

Hvis forsikringen omfatter invaliderente eller invalidepension, sker udbetaling efter følgende regler, såfremt forsikredes erhvervsevne nedsættes med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne.

...

2. Invaliderenten er tegnet med en karenstid på 3 måneder. Karenstidens begyndelse regnes fra det tidspunkt, hvor forsikrede i øvrigt opfylder betingelserne for udbetaling af forsikringsydelse ved erhvervsevnetab, jf. pkt. 8 B.

...

4. Udbetalingen fortsætter under forudsætning af, at forsikredes erhvervsevne ikke ved lægelig behandling, omskoling, genoptræning, uddannelse eller i øvrigt bedres i en sådan grad, at forsikrede ikke længere er berettiget til at modtage forsikringsydelse ved erhvervsevnetab, jf. pkt. 8 B."

Nævnet udtaler:

Nævnet lægger til grund, at klagerens erhvervsevne er nedsat på grund af lænde- og nakkesmerter, og at han i et vist varierende omfang er i stand til at varetage administrativt arbejde som led i fleksjob i sit eget firma. Nævnet finder, at det ikke herefter eller ef-

ter sagens oplysninger i øvrigt er sandsynliggjort, at klagerens erhvervsevne er nedsat til mindst 2/3.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Marianne Højgaard Pedersen