738/05

Den 19. december 2005 blev i sag nr. 66.078:

xxx xxxxxxxxxx
xxxxx xxxx xx
xxxx xxxxxxx

mod

Danica Pension
Parallelvej 17
2800 Lyngby

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har livsforsikring i Danica Pension, klager ved sin advokat over, at selskabet er ophørt med at foretage udbetaling af forsikringsydelser.

Forsikringen giver ret til udbetaling, hvis erhvervsevnen på grund af sygdom eller ulykkestilfælde er varigt nedsat med mindst 2/3, respektive halv ydelse, hvis forsikredes erhvervsevne er nedsat til mellem 1/2 og 1/3. Der er en karenstid på 3 måneder.

Det bemærkes, at forsikringen er tegnet med en klausul, der lyder som følger: "Forsikringen dækker ikke præmiefritagelse og tab af erhvervsevne, der skyldes lidelse i ryggen (inkl. halsen) eller symptomer stammende fra hoved, nakke, ryg, arme eller ben."

Det fremgår af sagen, at klageren - der er født i 1961 og gennem 20 år har arbejdet med tungt løftearbejde som autolakerer - har pådraget sig et belastningssyndrom, hvilket giver symptomer i såvel skuldre som albuer. Der foreligger ingen kendte traumer.

Klageren foretog i august 2002 anmeldelse over for selskabet. Selskabet har i perioden efter karenstidens udløb bevilget klageren fulde ydelser fra den 18/6 2002 – 8/10 2002. Selskabet har i tiden efter og frem til den 1/3 2004 løbende bevilget klageren halve ydelser.

Selskabet er herefter ophørt med at foretage udbetaling under henvisning til, at klagerens erhvervsevne ikke er nedsat i dækningsberettigende grad.

Klagerens advokat påstår selskabet tilpligtet at yde klageren fuld ydelse fra den 1/8 2004 og indtil videre. Subsidiært påstår advokaten selskabet tilpligtet at yde halve ydelser vedrørende samme periode.

Af speciallægeerklæring udfærdiget af speciallæge i ortopædisk kirurgi J.O.S. den 21/2 2003 fremgår bl.a.:

"**Resumé og konklusion**

Det drejer sig således om en nu 42-årig mand, som igennem de sidste 1 ½ år har fået tiltagende gener fra begge skulderregioner og også i forløbet begge albueregioner. Ingen kendte traumer. Har haft tungt løftearbejde igennem 22 år.

Efter behandling via fysiurg svind af albuegenerne, men fortsat gener fra begge skuldre. Klager ved dagens undersøgelse først og fremmest over bilaterale skuldersmerter, kraftnedsættelse og herunder hvilesmerter i de to skulderregioner.

Ved den objektive undersøgelse findes fri bevægelighed i begge skulderled, men positivt impingementtegn samt reduceret kraft i begge skulderled. Slutteligt moderat ømhed på lateralsiden af begge albuer.

Aktuelt skønnes pt. ikke at kunne vende tilbage til sin hidtidige beskæftigelse som malermester. I fald han skal vende tilbage til arbejdsmarkedet, må dette blive i form af ikke skulder-/albuebelastende arbejde, dvs. f.eks. kontorarbejde.

Pt.'s gener kan p.t. tilskrives såkaldt bilateralt rotator cuff syndrom samt bilateral lateral epikondylit (dobbeltsidig tennisalbue). Aktuelt er han i et behandlingsforløb hos reumatolog, hvilket må anses for relevant, og tilstanden kan formentlig anses for stationær i løbet af ca. et halvt års tid."

Af speciallægeerklæring udfærdiget af speciallæge i rheumatologi og fysiurgi E.M.G. den 20/10 2003 fremgår bl.a.:

"28.7: har været hos J.0.S. som i sin konklusion i speciallægeerklæring skrev at KIM ikke kunne komme tilbage til sit nuværende arbejde, men skulle kunne blive beskæf-

tiget ved et ikke skulder-albuebelastende arbejde, dvs. f.eks. kontorarbejde. Dette er selvfølgelig en forudsætning, for at kontorarbejdet heller ikke er skulderarmbelastende. Sådan læser jeg ihvertfald hans forklaring.
Og det er under alle omstændigheder det jeg mener.
Han har jo både rotatoreuffsyndrom og belastningssmerter i begge albuer som følge af hans mangeårige sprøjtearbejde.
Han har en arbejdsevnenedsættelse med henblik på skulder-armbelastende arbejde i ethvert fag."

Af speciallægeerklæring udfærdiget af speciallæge i ortopædisk kirurgi J.O.S. den 4/12 2003 fremgår bl.a.:

"**Resumé og konklusion**
…
Ved den objektive undersøgelse findes over begge skulderled positivt impingementegn, moderat reduceret kraft samt let reduceret bevægelighed. Hvad angår albuerne distinkt ømhed over såvel mediale som laterale epikondyler samt ekstensor- og fleksorseneudspring. Der er dog normal bevægelighed.
Det skønnes aktuelt uændret fra tidligere, at pt. ikke kan vende tilbage til sin tidligere beskæftigelse som malermester.
Det er ligeledes nødvendigt, at han undgår skulder-/albuebelastende arbejde i fald, han skal vende tilbage til arbejdsmarkedet.

Om end han er i fortsat reumatologisk behandling, må prognosen anses for alvorlig, idet der ikke har været effekt af den givne behandling igennem det sidste halve års tid. Tilstanden må således betegnes som behandlingsresistent, og det drejer sig om såkaldt bilateralt rotator cuff syndrom samt bilateral epikondylit i begge albuer. Den aktuelle behandling via reumatologi må anses for palliativ, og tilstanden som anført således som stationær."

Klagerens advokat har til støtte for påstanden anført følgende i skrivelse af 8/2 2005:

ANBRINGENDER:
Til støtte for påstanden gøres det gældende,

at forudsætningerne for at man kan tilkendes flex-job er følgende:

- Personen skal være under 65 år
- Personen må ikke kunne opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet.
- Personen skal have en varig begrænsning i arbejdsevnen

Arbejdsevnen skal være nedsat af fysisk, psykisk eller sociale årsager.
Begrænsningen i arbejdsevne skal ses i forhold til ethvert erhverv.

Herudover skal muligheden for revalidering, aktivering eller andre foranstaltninger - der kan fastholde eller bringe personen tilbage på beskæftigelse på normale vilkår - være afprøvet. På den baggrund gøres sagsøgeren gældende,

at sagsøgeren er berettiget til udbetaling fra den 01.08.2004

at det lægger klart dokumenteret, at erhvervsevnen er nedsat med 2/3

at H. Kommune har vurderet erhvervsevnenedsættelsen til 2/3, hvilket er i overensstemmelse med tilskudssatsen,

at flex-job ikke er noget fuldgyldigt job, idet man ikke har de sædvanlige faglige rettigheder,

at maksimalt 1/3 af sagsøgeren indtægt ved flex-job er arbejdsindtægt, det vil sige indtægt ved eget arbejde, resten social ydelse,

at sagsøgeren ikke er i stand til at tjene mere ved eget arbejde,

at udbetaling af invaliderente aktuarmæssigt er forudsat hos sagsøgte i det flex-job svarer til, at sagsøgeren ville have fået førtidspension efter de da gældende regler

at sagsøgerens indtjening ved egen løn er kr. 466.000 pr. måned

at sagsøgeren ville have oppebåret en løn på kr. 14.000 pr. måned, hvis han i dag havde været fuldt arbejdsdygtig,

at den procentuelle lønnedgang er 65 %

Konklusionen er derfor,

at sagsøgeren er berettiget til fuld udbetaling svarende til 2/3.

Under alle omstændigheder er han berettiget til 1/2 udbetaling i betragtning af, at der er 2/3 løntilskud."

Selskabet fastholdt sin afgørelse og har ved skrivelse af 28/2 2005 nævnet bl.a. anført:

"K.B. har i en periode modtaget udbetaling efter reglerne om midlertidig tab af erhvervsevne. Da vi har modtaget speciallægeerklæringen fra overlæge J.O.S., vurderer vi i stedet K.B.'s længerevarende erhvervsevnetab, og det er ud fra denne vurdering, at han ikke længere er berettiget til præmiefritagelse og udbetaling ved tab af erhvervsevne.

…

Som begrundelse for vurderingen lægger Danica Pensions lægekonsulenter blandt andet vægt på, at K.B. har smerter i begge skulder- og albueled, men med normale bevægeudslag i albuerne og moderat indskrænkning i skuldre. Den medicinske diagnose angives at være afklemning af skulderkapsel og tennisalbue. Bortset fra den moderate bevægeindskrænkning er de objektive forandringer beskedne. Erhvervsevnen er påvirket i et skulder- og albuebelastende erhverv, men generelt skønnes erhvervsevnen ikke at være nedsat til halvdelen eller mindre.

Af speciallægeerklæringen fra J.O.S. fremgår det desuden, at der er normal bevægelighed i halsen, intet muskelsvind af skuldermusklerne, nedsat bevægelighed i skuldrene til ud/op 0-120 samt tegn på sene-irritation i albuerne. Ud fra disse oplysninger fastholder Danica Pensions lægekonsulent, at K.B.'s generelle erhvervsevne ikke er reduceret til halvdelen eller mindre, men at der er et skånehensyn i hidtidige beskæftigelse.

Dermed opfylder K.B. ikke betingelserne for bevilling af præmiefritagelse og udbetaling ved tab af erhvervsevne, og han har heller ikke ret til udbetaling af den halve forsikringsydelse.

Vi har i overensstemmelse med forsikringsbetingelserne foretaget et samlet skøn over, om K.B. er i stand til at tjene mere end 1/3, respektive mellem halvdelen og

1/3, af, hvad der i samme egn er almindeligt for fuldt arbejdsdygtige personer med samme alder og uddannelse.

Vi skønner, at K.B. på baggrund af de helbredsmæssige gener er i stand til at tjene mere end halvdelen heraf. Vi fastholder denne vurdering ud fra de lægelige oplysninger.

Selv om K.B. er bevilget fleksjob med 2/3 tilskud fra kommunens side, fastholder Danica Pension, at hans generelle erhvervsevne ikke er nedsat til halvdelen eller mindre. K.B.'s løn i fleksjobbet har ingen betydning for vurderingen. Løntilskud og antal timer i et fleksjob er fastsat ud fra personens arbejdsevne i den konkrete jobfunktion og ikke alene ud fra de helbredsmæssige forhold.

I forbindelse med oprettelse af fleksjob anvender kommunen det såkaldte arbejdsevnekriterium, som er en helhedsvurdering af personens arbejdsevne ud fra flere forhold. Kommunen inddrager således ikke alene helbredsmæssige, men også sociale og andre forhold, i bedømmelsen af personens arbejdsevne. I vurderingen af arbejdsevnen kan for eksempel indgå omstillingsparathed, arbejdsidentitet med mere."

Hertil har klagerens advokat ved skrivelse af 18/8 2005 til nævnet anført, at han ikke er enig i selskabets tolkning af indholdet af speciallægeerklæringen udfærdiget af J.O.S. Det er endvidere advokatens opfattelse, at selskabet fejlfortolker arbejdsevnebegrebet som værende et nyt begreb, der væsentligt adskiller sig fra erhvervsevnebegrebet.

Parterne har hver især ytret sig om erhvervsevne- og arbejdsevenkriteriet.

Klagerens advokat er ikke enig i selskabets betragtninger og har over for nævnet anført, at det er afgørende, hvorvidt der er indtrådt økonomisk invaliditet, og han påberåber sig i den forbindelse vedlagt uddrag af "Den private syge- og ulykkesforsikring" ved Ivan Sørensen. Heraf fremgår det, at ved varigt erhvervsevnetab i forsikringsretlig forstand er der tale om økonomisk invaliditet. Endelig henviser advokaten til responsum fra Assurandør-Societetet afgivet den 18/3 1985. Advokaten har anført, at det heri præciseres,

at der ikke er tale om en medicinsk vurdering. Tværtimod er det ved besvarelsen i responsummet anført, at der skal ske en sammenligning af indtægterne, og at der ikke er tale om en medicinsk vurdering. Klagerens advokat påberåber sig endvidere forslag til lov om aktiv socialpolitik, hvori det anføres: "Grundelementerne i arbejdsevnekriteriet og erhvervsevnekriteriet er de samme".

Hertil har selskabet ved skrivelse af 25/7 2005 til nævnet bl.a. anført:

> "Henvisningen til Ivan Sørensens 'Den private Syge- og Ulykkesforsikring' må være til første udgave. Ivan Sørensens beskrivelse af det, han betegner 'økonomisk invaliditet', eller som han i anden udgave betegner erhvervsevnetab, og som han omtaler som økonomisk betinget invaliditet, jf. anden udgave side 193, tager udgangspunkt i en helbredsmæssig lidelse.
>
> …
>
> Da tabet skal bero på en sygdom eller en ulykke, bliver udgangspunktet en lægelig vurdering af forsikredes helbred. Har forsikrede slet ingen lidelser, kan han ikke have ret til udbetaling af forsikringsydelsen. Det er desuden ikke afgørende, hvad forsikrede tjener, men derimod hvad han bør kunne tjene (... *er i stand til at tjene*...)."

Klagerens advokat oplyser over for nævnet, at klagerens helbredsmæssige situation har været forelagt Arbejdsskadestyrelsen, der den 21/9 2005 er fremkommet med en udtalelse, hvori klagerens erhvervsevnetab er fastsat til 50 %.

Hertil har selskabet anført, at Arbejdsskadestyrelsen har fastsat erhvervsevnetabet i henhold til erstatningsansvarsloven, og at dette ikke er sammenligneligt med et erhvervsevnetab opgjort i overensstemmelse med forsikringsbetingelserne. Videre bemærker selskabet, at ved opgørelse i henhold til erstatningsansvarsloven tages der udgangspunkt i klagerens mulighed for at skaffe sig indtægt ved et sådant arbejde, som med rimelighed kan forlanges af klageren. Da det således er forskellige kriterier, der ligger til grund for henholdsvis arbejdsskadestyrelsens og selskabets vurderinger, fastholder selskabet sin afgørelse.

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"Varigt tab af arbejdsevne

Bliver forsikrede ved med at være sygemeldt, og har forsikredes sygdomstilstand stabiliseret sig i et sådant omfang, at hans fremtidige arbejdsevne kan vurderes, foretages en vurdering af, om forsikredes arbejdsevne varigt er nedsat til 1/3 eller mindre, respektive til mellem 1/2 og 1/3. Denne vurdering foretages under alle omstændigheder senest 18 måneder efter den 1. sygedag, eller ved ulykkestilfælde 18 måneder efter skadedagen. Selskabet kan for et begrænset tidsrum en eller flere gange udskyde vurderingen af det varige tab af arbejdsevne. Så længe udskydelsen varer, sker der udbetaling efter reglerne om midlertidig uarbejdsdygtighed.

Forsikredes arbejdsevne anses for varigt at være nedsat til 1/3 eller mindre, hvis han blivende ikke længere er i stand til at tjene mere end 1/3 - bedømt under hensyn til forsikredes nuværende tilstand, uddannelse og tidligere virksomhed - af, hvad der i samme egn er almindeligt for fuldt arbejdsdygtige personer af tilsvarende uddannelse og alder.

Forsikredes arbejdsevne anses for varigt at være nedsat til mellem 1/2 og 1/3, hvis han blivende ikke længere er i stand til at tjene mere end 1/2 - bedømt under hensyn til forsikredes nuværende tilstand, uddannelse og tidligere virksomhed - af, hvad der i samme egn er almindeligt for fuldt arbejdsdygtige personer af tilsvarende uddannelse og alder.

Ved vurderingen af den forsikredes tab af arbejdsevne foretages et skøn over, om forsikrede må anses for egnet til omskoling. Hvis forsikrede anses for egnet til og i tilfælde af omskoling må forventes at blive i stand til at opretholde den førnævnte indtjening, anses hans arbejdsevne ikke for nedsat til 1/3 eller mindre, respektive til mellem 1/2 og 1/3

Der tages ikke hensyn til, om forsikrede på grundlag af situationen på arbejdsmarkedet er eller efter omskoling vil blive i stand til at få arbejde svarende til sin uddannelse.

Hvis det vurderes, at forsikrede ikke har mistet sin arbejdsevne i den forstand, der nævnes ovenfor, er forsikrede ikke længere berettiget til at modtage ydelser efter reglerne om midlertidig uarbejdsdygtighed.

Selskabet kan gøre fortsat udbetaling betinget af, at forsikrede tilkendes offentlig førtidspension (invalidepension). Størrelsen af denne skal svare til en nedsættelse af arbejdsevnen til 1/3 eller mindre, respektive til mellem 1/2 og 1/3."

Nævnet udtaler:
Nævnet har gennemgået sagen og finder, at de lægelige oplysninger mv. giver det fornødne grundlag for at fastslå, at klagerens generelle erhvervsevne er nedsat med mindst 50 %.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

_____

Selskabet, Danica Pension, skal udbetale halve ydelser for erhvervsevnetab til klageren med virkning fra den 1/8 2004.

Poul Sørensen
formand