758/06

Den 23. oktober 2006 blev i sag nr. 68.240:

xxxxx xxxxxxxxxxx
xxxxxxxxx xx
xxxx xxxx

mod

Pensionskassen
for Sygeplejersker
v/PKA
Tuborg Boulevard 3
2900 Hellerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

Forsikringstageren, der er omfattet af en arbejdsmarkedspensionsordning i Pensionskassen for Sygeplejersker v/PKA, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at yde forsikringsdækning i forbindelse med erhvervsevnetab.

Selskabet har afvist at yde forsikringsdækning under henvisning til, at klagerens erhvervsevne ikke er nedsat i dækningsberettigende grad. Forsikringen giver ret til udbetaling af invalidepension ved 2/3 tab af erhvervsevne.

Klageren, der er født i 1952, er uddannet syge- og sundhedsplejerske og har arbejdet som sådan i størstedelen af sit erhvervsforløb. Klagerens advokat oplyser, at klageren på tidspunktet for ulykken havde 10 års anciennitet og ville have været indplaceret på et løntrin, der ville have berettiget hende til en årsløn på 288.021,58 kr., hvortil kommer pensionstillæg.

Den 29/12 1998 var klageren involveret i en bilulykke, hvorved hun pådrog sig en piskesmældslæsion. Som følge af ulykken måtte hun opgive sit arbejde og blev i maj 2001 bevilget fleksjob.

Klageren har siden haft forskellige fleksjobansættelser inden for både børne- og plejesektoren. Kommunen beskriver skånehensyn over for hårdt belastende arbejdsopgaver og ensidige bevægelser over længere tid. Den aktuelle løn i henhold til ansættelsesbrevet i klagerens nuværende stilling er 20.288,50 kr. Kommunen yder 2/3 løntilskud til fleksjobbet, hvor arbejdstiden er fastsat af kommunen til max. 20 timer pr. uge.

Klagerens nuværende arbejdsgiver har vedrørende det af kommunen fastsatte timeantal i skrivelse af 9/3 2005 erklæret følgende:

"Vedrørende din arbejdsindsats for D. Ældrecenter

Du har bedt mig tage stilling til, hvor mange effektive timer vi mener at få ud af dine maksimalt 20 timer ugentligt.

Med udgangspunkt i en helhedsvurdering inkluderende de skånehensyn, der tages, og de forsinkelser, de viste skånehensyn medfører, er det vor opfattelse, at din effektive arbejdsindsat - ikke kommer under 8-10 timer ugentligt, og måske mere retfærdigt over for dig kan siges at være oppe på mellem 10-12 timer ugentligt."

Neuropsykolog H.B. har på baggrund af undersøgelse foretaget den 25/8 2000 konkluderet følgende:

"Det drejer sig om en 47-årig kvinde, der er henvist til en neuropsykologisk undersøgelse efter en soloulykke i december 1998. Hun har i efterforløbet haft svært ved at bestride sit job og er aktuelt sygemeldt.

Umiddelbart efter uheldet var hun fortumlet, men hun mente ikke, hun havde været bevidstløs. Hun fik vejrtrækningsbesvær p.g.a. smerter og følelsesløshed i hænder og arme. I efterforløbet var der føleforstyrrelser, besvær med at synke, smerter, støjoverfølsomhed samt besvær med at læse og se fjernsyn. Disse gener aftog efterhånden.

Ved tilbagevenden til arbejdet den 01/06-1999 fik hun besvær med at fastholde koncentrationen, svært ved at gengive indholdet af lært stof samt besvær med at overskue praktiske situationer. Hun glemte fremgangsmåden i praktiske opgaver. Disse vanskeligheder belastede hende emotionelt.

Ved den aktuelle undersøgelse er der god kooperation, der observeres koncentrationssvigt og emotionel labilitet ved oplevet besvær i nogle opgaver. Der er gode upåfaldende visuokonstruktive evner, samt upåfaldende abstraktion, om end løsningen af nogle opgaver kræver temponedsættelse. Der er reduceret opmærksomhed og koncentration, nedsat tempo samt let reduceret indlæring og hukommelse, dog mere udtalt nedsættelse i gengivelse af verbalt materiale i enkelte prøver. Klientens emotionelle reaktioner i undersøgelsessituationen skønnes at have indflydelse herpå. Forløbet efter uheldet, klinisk indtryk samt testresultater skønnes at kunne være foreneligt med postkommotionelt syndrom. l tillæg hertil skønnes der at være tale om en emotionel reaktion på den samlede tilstand. Det kunne være relevant at tilbyde psykologisk behandling herfor. Når fremtidig beskæftigelse, overvejes skønnes det endvidere at være væsentligt at sammenholde ovenstående med de øvrige skånehensyn, der kan reducere erhvervsevnen."

I erklæring udfærdiget af speciallæge i ortopædkirurgi, S.R., dateret den 12/12 2004hedder det:

"**RESUMÉ**

Nu 52-årig sygeplejerske der ved bilulykke, 29. december 1998, pådrager sig piskesmældslæsion. Siden været generet af hovedpine, nakkesmerter, tinnitus og koncentrationsbesvær. Dette har været stationært siden primo 2002. Symptomerne tager til i løbet af dagen afhængig af aktivitet. Aktuelt er patienten i fleksjob, 20 timer/ugentligt, med skånehensyn siden 1. maj 2002. I forbindelse med ulykkestilfældet beskriver patienten symptomer svarende til commotio cerebri (hjernerystelse). Det har ikke været muligt for patienten at angive, om hun har været bevidstløs og i givet fald hvor lang tid, men patienten har en klar fornemmelse af, at have været uklar og 'rodende' over et længere tidsrum. Ved objektiv undersøgelse er der udover koncentrationsbesvær fundet normale forhold.

KONKLUSION

Der er overensstemmelse mellem skademekanisme, klager og objektive fund. Skademekanisme og symptomer tyder på piskesmældslæsion samt at der med overvejende sandsynlighed har været tale om kortvarig bevidstløshed, idet der er anført typiske commotio (hjernerystelses) symptomer. Tilstanden er stationær siden 2002. Der er ikke yderligere behandlings- eller revalideringsmuligheder. Der er en varig påvirkning af den fulde erhvervsevne."

Selskabet har ved skrivelse af 10/2 2005 meddelt klageren afslag på udbetaling af invalidepension.

Klagerens advokat gør i klageskrivelse dateret den 24/11 2005 over for nævnet gældende:

"at min klient har været udsat for et ulykkestilfælde der understøtter, at hendes erhvervsevne er blevet væsentlig påvirket,

at den løn som arbejdsgiveren betaler, var den faktisk udførte arbejdsindsats, er under 1/3 af hvad min klient ville kunne have oppebaret, hvis ulykken ikke var indtruffet og hvis hendes helbredstilstand ikke var som beskrevet,

at arbejdsgiveren har vurderet, at den arbejdsindsats som min klient yder, svarer til 8-10 timer vurderet i forhold til en rask og fuldtidsbeskæftiget person, at de sociale myndigheder har vurderet,

at erhvervsevnen er nedsat i et sådant omfang, at min klient er berettiget til et fleksjob med 2/3 løntilskud.

Til ovennævnte skal bemærkes, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte den af arbejdsgiveren afgivne erklæring som værende urigtig, ligesom der ikke er grundlag for at tilsidesætte det af de sociale myndigheder udøvede skøn vedrørende erhvervsevnen.

På ovennævnte grundlag skal jeg anmode om, at Ankenævnet for Forsikring giver min klient medhold i den indgivne klage og dermed tilsidesætter PKAs afslag på udbetaling af helbredsbetingede ydelser."

Selskabet har i svarskrivelse af 23/12 2005 overfor nævnet fastholdt afgørelsen med følgende begrundelse:

"Betingelserne for at søge invalidepension fremgår af pensionsvilkår § 14.

§ 14, stk. 1 har følgende ordlyd (bilag ...):

'Medlemmer, som ikke er alderspensionerede, og som ikke er berettiget til eller ansat i fleksjob, har ret til invalidepension efter ansøgning, hvis

1) erhvervsevnen på grund af sygdom eller ulykke skønnes nedsat med mindst 2/3 af den fulde erhvervsevne,
2) nedsættelsen af erhvervsevnen er af en vis varighed,
3) bidragsbetaling er ophørt, og
4) medlemmet ikke er fyldt 65 år.

Stk. 5. Retten til invalidepension indtræder den 1. i måneden efter, at betingelserne i stk. 1 er opfyldt, og pensionen udbetales månedsvis forud. Invalidepension udbetales sidste gang for den måned, hvor retten til pension ophører.'

Pensionsvilkår § 14 suppleres af § 14 a, stk. 1 og 2, der har følgende ordlyd:

'Stk. 1. Et medlem, der modtager invalidepension fra pensionskassen eller personforsikringsselskabet kan, uanset bestemmelsen i pensionsvilkår § 14, udnytte en eventuel resterhvervsevne med heraf følgende bidragsbetaling.

Stk. 2. Tilsvarende gælder for medlemmer der, uden at bidragsbetalingen er ophørt, overgår til en stilling, der er tilpasset resterhvervsevnen. Dette gælder dog ikke medlemmer, der får ansættelse i fleksjob.'

Pensionsvilkår § 14 og § 14 a, stk. 1 og 2 suppleres af § 3 1, der har følgende ordlyd:

'Medlemmer, optaget før 1. januar 2003, vil uanset bestemmelsen i § 14 a, stk. 2 være berettiget til at modtage invalidepension efter § 14, såfremt medlemmet inden 1. januar 2004 er berettiget til eller får ansættelse i fleksjob.'

PKA skal for god ordens skyld bemærke, at det er pensionsvilkårene på tidspunktet for en ansøgning, der ligger til grund for vurderingen af, om et medlem opfylder betingelserne for at oppebære ydelser i henhold til pensionskassens vilkår.

Da klager på tidspunktet for sin ansøgning om invalidepension fra pensionskassen havde været visiteret til fleksjob siden maj 2001, opfylder hun bestemmelsen i pensionsvilkår § 31 om, at hun er berettiget til at modtage invalidepension samtidig med at hun er i fleksjob, såfremt hun opfylder betingelserne for invalidepension i pensionsvilkår § 14, stk. 1, jf. bilag ...

Pensionskassen for Sygeplejersker foretager en selvstændig vurdering af, om erhvervsevnen skønnes nedsat med mindst 2/3 af den fulde erhvervsevne, og om nedsættelsen er af en vis varighed.

Det invaliditetsbegreb pensionskassen anvender, er det samme som beskrevet i den tidligere lov om social pension fra før 1. januar 2003, og invaliditetsansøgninger afgøres derfor efter retningslinjer fastlagt af Den Sociale Ankestyrelse. Det betyder, at der skal være klar lægelig dokumentation for, at funktionsevnen er nedsat. Pensionskassens lægekonsulenter foretager denne vurdering samt vurderingen af, om helbredstilstanden er varig, d.v.s. at behandlingsmulighederne eller mulighederne for spontan bedring er udtømte. Herefter foretager administrationen den videre vurdering af, om der kan peges på rimelige revalideringsmuligheder, og i sidste ende i hvilket omfang erhvervsevnen samlet skønnes nedsat.

Erhvervsevnen vurderes i forhold til ethvert erhverv og ikke kun i forhold til klagerens fag. Der må således ikke være mulighed for, at medlemmet gennem revalidering kan blive i stand til at klare beskæftigelse inden for andre fag.

For at belyse nedsættelsen af erhvervsevnen samt at denne er af en vis varighed, skal der foreligge dokumentation for, at sygdommen har et vist omfang og en vis varighed.

I forbindelse med klagers ansøgning om invalidepension indhentede pensionskassen speciallægeerklæring af 12. december 2004 fra speciallæge S.R. Af erklæringen. fremgår, at tilstanden skønnes stationær siden 2002, samt at der ikke er yderligere behandlings- eller revalideringsmuligheder og endelig, at der er en varig påvirkning af den fulde erhvervsevne. PKAs lægekonsulent vurderer, at der er en mindre men klar neuropsykiatrisk plusværdi, så klagers funktionsevne samlet findes varigt væsentligt nedsat fra maj 2002 (Bilag ...).

PKA bestrider ikke, at klager opfylder de helbredsmæssige betingelser for tilkendelse af invalidepension, og at hun har gjort dette siden maj 2002. Afgørende er herefter, om klager har en varig nedsættelse af erhvervsevnen og at denne udgør mindst 2/3 af den fulde erhvervsevne.

Ved vurderingen af, i hvor stort omfang den resterende erhvervsevne udnyttes, tager PKA udgangspunkt i den faktisk aftalte arbejdstid, da denne er et objektivt målbart kriterium. Objektive konstaterbare oplysninger om arbejdstiden ligger til grund for udmåling af arbejdstiden i alle former for ansættelser, og lægges derfor også til grund for en udmåling af arbejdstid i relation til erhvervsevnenedsættelse. PKA tager udgangspunkt i, at en fuld arbejdsuge udgør 37 timer.

Af klagers fleksjobaftale fremgår det, at den ugentlige arbejdstid er aftalt til max. 20 timer. Klager har efterfølgende fremsendt dokumentation for, at hendes effektive arbejdsindsats i alene udgør 10-12 timer ugentligt (Bilag ...) og bilag ...

8. 68.240

Hertil skal PKA bemærke, at det ikke betvivles, at arbejdsgivererklæringen er udtryk for en helhedsvurdering af klagers effektive arbejdsindsats, men at en sådan i et vist omfang er udtryk for et øjebliksbillede. Samtidig fremgår det af klagers fleksjobaftale (Bilag ...), at arbejdsgiveren med de aftalte max. 20 timer ugentligt kan gøre brug af klager op til dette timeantal. Videre antager PKA, at der til grund for det af kommunen anførte ugentlige timeantal ligger en vurdering af, hvor meget klager faktisk kan arbejde, og at dette kommer til udtrykt i det konkret aftalte timeantal i fleksjobaftalen.
På denne baggrund finder PKA ikke, at dokumentationen af klagers effektive arbejdsindsat kan tilsidesætte det objektive målbare kriterium, der udgøres af det aftalte ugentlige timeantal i fleksjobaftalen.

Det skal videre bemærkes, at for en invalidepensionist, der udnytter sin resterhvervsevne i et ordinært job, gælder de samme vilkår om, at der tages udgangspunkt i det i aftalen aftalte timeantal.

Klager bliver bevilget fleksjob fra maj 2001 og begynder i arbejdsprøvning, der munder ud i en ansættelse i fleksjob 3. december 2001, med en aftalt ugentlig arbejdstid på 20 timer. 31. juli 2003 ophører ansættelsesforholdet og klager begynder i nyt fleksjob 21. juli 2003, inden udløb af den forrige ansættelsesperiode (Bilag ...). Gennem hele perioden har det været uafklaret, om klager ville få endnu en ansættelse i fleksjob, hvilket har gjort, at pensionskassen har været af den opfattelse, at klager samlet set ikke opfylder samtlige betingelser for invalidepension.
Det er således PKAs opfattelse, at klager, ved at arbejde max. 20 timer ugentligt har en arbejdsindsats, der er større end 1/3 af en sædvanlig fuld arbejdsindsats og derfor ikke opfylder betingelsen om en varig nedsættelse af erhvervsevnen med mindst 2/3 af den fulde erhvervsevne.

På denne baggrund er det derfor PKAs opfattelse, at klager ikke samlet set opfylder samtlige betingelser om en erhvervsevnenedsættelse på mindst 2/3 af den fulde erhvervsevne.

Det er derfor også PKAs opfattelse, at betingelserne for udbetaling af helbredsbetingede ydelser, herunder invalidepension ikke var opfyldt 1. april 1999 eller har været det på et senere tidspunkt.
Advokaten anfører videre, at klagers indtjeningsevne alene er under 1/3 af den aflønning, som klager ville kunne have oppebåret, hvis hun ikke havde været ude for ulykken, herunder at den løn, som arbejdsgiveren udbetaler i fleksjob svarer til den faktisk udførte arbejdsindsats.

Hertil skal PKA bemærke, at der ikke i pensionsvilkårene for Pensionskassen for Sygeplejersker indgår et kriterium om, at et medlem er berettiget til udbetaling af helbredsbetingede ydelser, hvis hun er ude af stand til at tjene mere end 1/3 af det, som hun med sin alder og uddannelse i sit bopælsområde vil kunne tjene, hvis hun ikke på grund af sygdom eller ulykke havde mistet sin erhvervsevne. Denne betingelse fremgår at den af Højesteret afsagte dom af 21. november 2003, der vedrørte de konkrete vilkår i et andet pensionsinstitut, men da dette forhold ikke indgår i pensionskassens vilkår, har dommen ikke indflydelse på denne sag.

Omkring sammenhængen mellem erhvervsevnenedsættelse og løntilskud, som anført af advokaten, skal PKA videre bemærke, at der ikke er nogen direkte sammenhæng mellem det løntilskud det offentlige yder i forbindelse med fleksjob og erhvervsevnenedsættelsen i forhold til at opfylde betingelserne for invalidepension. Denne konklusion kan drages ud af SM P-03-1999, hvor det forhold, at en ansøger af kommunen var godkendt til et fleksjob med løntilskud på 50 %, ikke medførte, at han dermed tillige opfyldte betingelserne for at fa' forhøjet almindelig førtidspension ved 50 % invaliditet. PKA er opmærksom på, at SM-meddelelsen efterfølgende er ophævet, men det er bekræftet af Ankestyrelsen, at princippet i afgørelsen, nemlig at der ikke er fuldstændigt sammenfald mellem vurderingen af løntilskuddets størrelse og vurderingen af graden af erhvervsevnenedsættelsen, er ikke tilsidesat ved ophævelsen. Årsagen til ophævelsen er alene, at det offentlige ikke længere tilkender førtidspension efter de dagældende regler, som bl.a. indebar, at der kunne tilkendes en forhøjet almindelig førtidspension ved 50 % invaliditet.

Det forhold, at lønudbetalingerne fra arbejdsgiver til klager i fleksjobansættelserne udgør mindre end 2/3 af den løn, klager kunne have oppebåret, hvis hun ikke var ansat i fleksjob, kan derfor efter PKAs opfattelse ikke tages til udtryk for omfanget af klagers samlede erhvervsevnenedsættelse."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"***V Helbredsbetingede ydelser***

§ 11.

Medlemmer, som er midlertidigt erhvervsudygtige, er efter ansøgning berettiget til at få dækket bidragsbetaling af pensionskassen, hvis

1) erhvervsevnen på grund af sygdom eller ulykke skønnes nedsat med mindst 2/3 af den fulde erhvervsevne eller i en sådan grad, at medlemmet ikke skønnes at kunne bestride sit hidtidige erhverv,

...

§ 14.

Medlemmer, som ikke er alderspensionerede, og som ikke er berettiget til eller ansat i fleksjob, har ret til invalidepension efter ansøgning, hvis

1) erhvervsevnen på grund af sygdom eller ulykke skønnes nedsat med mindst 2/3 af den fulde erhvervsevne,
2) nedsættelsen af erhvervsevnen er af en vis varighed,
3) bidragsbetaling er ophørt, og
4) medlemmet ikke er fyldt 65 år.

...

§ 14a.

Et medlem, der modtager invalidepension fra pensionskassen eller personforsikringsselskabet kan, uanset bestemmelsen i pensionsvilkår § 14, udnytte en eventuel resterhvervsevne med heraf følgende bidragsbetaling.

Stk. 2. Tilsvarende gælder for medlemmer der, uden at bidragsbetalingen er ophørt, overgår til en stilling, der er tilpasset resterhvervsevnen. Dette gælder dog ikke medlemmer, der får ansættelse i fleksjob.

...

§ 31.

Medlemmer, optaget før 1. januar 2003, vil uanset bestemmelsen i § 14a, stk. 2, være berettiget til at modtage invalidepension efter § 12, såfremt medlemmet inden 1. januar 2004 er berettiget til eller får ansættelse i fleksjobbet."

Nævnet udtaler:

Indledningsvis bemærket nævnet, at selskabet anerkender, at klageren ud fra de helbredsmæssige oplysninger opfylder betingelserne for udbetaling af invalidepension.

Nævnet er dog enigt med selskabet i, at det på nuværende tidspunkt ikke er dokumenteret, at klagerens *generelle* resterhvervsevne *varigt* er mindre end 1/3, hvorfor selskabet i henhold til de gældende forsikringsbetingelser har været berettiget til at afvise at yde forsikringsdækning som sket.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

_____

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen
formand