785/07

Den 17. december 2007 blev i sag nr. 71.373:

xxx xxxxxxxx
xxxxxxxxx xxx xxxxxx
xxxx xxxxx

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har pensionsforsikring med dækning ved tab af erhvervsevne i Topdanmark Forsikring A/S, klager ved sin advokat over, at selskabet har afvist at yde præmiefritagelse og udbetale invaliderente fra den 10/6 2001.

Selskabet har afvist at yde forsikringsdækning med henvisning til, at klagerens generelle erhvervsevne ikke er nedsat i dækningsberettigende grad efter ovennævnte dato.

Forsikringen, der trådte i kraft den 1/1 1991, giver ret til præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente, hvis klagerens erhvervsevne på grund af sygdom eller ulykkestilfælde nedsættes til en tredjedel eller derunder. Der er en karenstid på tre måneder.

Klageren, der er født i 1963 og uddannet landbrugsmaskinmekaniker, ansøgte i februar 2005 om præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente. I ansøgningsskemaet oplyste han bl.a., at han den 10/6 2001 blev sygemeldt fra sit arbejde som selvstændig erhvervsdrivende (landbrug/smedje), men at han herefter i perioder havde genoptaget arbejdet delvist. På ansøgningstidspunktet var han ifølge det oplyste i stand til at varetage sit hidtidige arbejde ca. to-fire timer dagligt. Årsagen til erhvervsevnenedsættelsen var ifølge det oplyste kronisk svær hovedpine, smerter og gener i venstre arm, følger efter hjernerystelse, hukommelsesproblemer samt koncentrationsbesvær.

Til brug for sagens behandling indhentede selskabet diverse lægelige og kommunale oplysninger, hvoraf det bl.a. fremgik, at klageren den 10/6 2001 beskadigede venstre underarm ved en arbejdsulykke, hvor han fik armen i en kartoffeloptager. Den 23/6 2001 faldt han ned ad en trappe og pådrog sig herved hovedtraume, og den 17/12 2004 var han udsat for endnu en arbejdsulykke, idet han i forbindelse med arbejde med svejseudstyr fik 380 volt gennem kroppen.

Af den af kommunen udarbejdede ressourceprofil, der er dateret 15/2 2005, fremgår bl.a.:

> "J.B. har siden 2001 været sygemeldt flere gange i lange perioder. Revalidering har været forsøgt i form af optræning i egen virksomhed, men uden progression. Efter 6 måneder kunne J.B. stadig ikke arbejde mere end gennemsnitligt 2-4 timer om dagen - ofte havde han dage hvor han slet intet kunne bl.a. p.g.a. hovedpine og søvnløse nætter. Tidligere arbejdede han i perioder 12-14 timer i døgnet. Ovenstående har betydet at økonomien er meget dårlig, bankens tålmodighed ved at være opbrugt, og da der ikke er bedring i sigte, har J.B. besluttet at sætte det meste af jorden til salg, om end det formodentlig medfører et stort tab. Det er min umiddelbare vurdering at J.B.s arbejdsevne er betydelig nedsat, og jeg mener ikke han kan klare et job på ordinære vilkår. Forhåbentlig vil det lette ham at blive fritaget for ansvaret for en stor selvstændig virksomhed, dette kan forhåbentlig frigøre lidt energi og overskud.
>
> Jeg finder det vanskeligt at afklare J.B.s situation i.f.t. arbejdsmarkedet, idet jeg mangler en vurdering af hvor vidt situationen kan betragtes som stationær. Jeg går med overvejelser om hvor vidt han kan være fleksberettiget."

I socialmedicinsk speciallægeerklæring af 23/2 2005 hedder det bl.a.:

> "**RESUMÉ**
> ...
> Driften af landbruget er blevet økonomisk hårdt belastet efter, hvad der senere viste sig at være ubegrundet, en mistanke om plantesygdom i kartoffelhøsten, hvilket betød et stort tab. J.B. trækker store veksler på en kassekredit og ønsker at få dette bragt ud af verden gennem at afhænde jordarealerne til ejendommen.
> Hovedårsagen til at J.B. er nået til denne konklusion er, at han nu igennem mere end fire år har haft betydelig påvirkning af sin arbejdsevne som følge af en hjernerystelse, han pådrog sig under et styrt ned ad trappe. Havde kort forinden været ude for en arbejdsulykke, hvor han brækkede venstre underarm, som måtte opereres med isætning af metalskinner.
> Der har siden bestået vedvarende gener med tendens til smerter i armen og nedsat kraft i venstre hånd.
> For ganske nylig har J.B. været udsat for yderligere en ulykke, hvor han fik stærkstrøm igennem, sig og måtte indlægges til observation nogle dage. Efter denne stærkstrømsulykke har J.B. oplevet forværring af smertegener i armene.
> En psykologisk undersøgelse, der er 15 måneder gammel, beskriver at J.B. kan have tendens til let vakt forurettethed og antyder at der muligvis kan være tale om en hjerneskade svarende til den ene frontallap. Man har dog intet kunnet konkludere, men J.B. nærer et stort ønske om at få foretaget en MR-skanning.

Objektivt fremstår J.B. som en høj, kraftigt bygget mand. Fremstår naturlig og upåfaldende i kontakten uden depressive elementer. Fysisk findes ingen tegn til neurologiske skader. Ud over moderat nedsat håndtrykskraft på venstre side, ømhed og spændt muskulatur i nakken, findes der ingen påfaldende abnormiteter i bevægeapparatet af nogen art.

VURDERING
Denne mand har været udsat for et sammentræf af omstændigheder, der næsten som en kædereaktion har bevirket en meget kompromitteret funktionsevne fysisk og psykisk. Det er uklart, om den psykologiske del er baseret på et organisk grundlag, jævnfør de overvejelser der ventileres i den psykologiske undersøgelse fra 2003. Undertegnede har ved dagens undersøgelse ikke kunnet konstatere påfaldende påvirket funktion hverken hukommelses- eller koncentrationsmæssigt, men der var tale om et ganske voldsomt hovedtraume, og på baggrund af de persisterende symptomer, samt de lidt inkonklusive resultater fra den psykologiske undersøgelse, der så vidt det fremgår ikke er udført af neuropsykologisk specialist, kan det anbefales at henvise J.B. til en neuropsykologisk specialistundersøgelse, eksempelvis C.W., R. En sådan undersøgelse vil også, selvfølgelig afhængig af resultatet, kunne danne grundlag, for henvisning til Center for Hjerneskadede med henblik på behandlingstilbud.
Vedrørende de fysiske gener lokaliseret til armene forventes det, at denne tilstand langsomt vil bedres. Det kunne eventuelt være relevant at gennemføre et regelret styrketræningsforløb superviseret af fysioterapeut, hvor der især skal være fokus på at bedre kraften i venstre underarm. Der er ingen tegn til neurologiske skader, der skulle begrunde, at der ikke kunne opnås bedre funktion af armen."

I forlængelse af det i speciallægeerklæring af 23/2 2005 anførte har lægen i supplerende notat af 15/3 2005 bemærket:

"J.B. anfører i forhold til undersøgelsen, at han ikke kan forestille sig, at generne i venstre arm på nogen måde kan blive bedre, idet han har forsøgt at arbejde med armen at træne og få massage uden nogen effekt.
Tilkendegiver i øvrigt at ville være indforstået med, hvis kommunen følger opfordringen til at henvise til en neuropsykologisk specialist."

Af ortopædkirurgisk speciallægeerklæring af 29/12 2005 fremgår bl.a.:

"**Konklusion**
Konkluderende findes der følger i form af smertefuld berøringssans på begge underarmes volarside samt snurrende fornemmelse i specielt begge hænders 1.-3. finger uden, at der er oplagt tegn til karpaltunnelsyndrom. Der findes god overensstemmelse mellem klager og objektive fund. Den nuværende prognose i nuværende hårde job er formentlig tvivlsom. Der skønnes at være mén i form at en kronisk smertetilstand, der umuliggøre almindeligt arbejde på sammen måde som før uheldet. Det skønnes ikke umiddelbart indiceret at foretage operation for karpaltunnelsyndrom."

På baggrund af psykologisk undersøgelse med kognitiv udredning den 11/1 2006 blev der af psykologerne L.E.J. og S.J. udfærdiget erklæring af 9/2 2006, hvoraf bl.a. følgende fremgår:

"**Resumé og vurdering**

...

J.B.s ressourcer ift. arbejdsmarkedet er stærkt begrænsede og det er næppe sandsynligt, at J.B. kommer til at kunne varetage tidligere jobfunktioner. Dette begrundes primært i tre forhold. For det første har han betydelige vanskeligheder med tempo, opmærksomhed og koncentration. Han har svært ved at fastholde ting i hovedet og bliver let afledt, hvilket vil gøre det vanskeligt for ham, at varetage overblik og planlægning af arbejdsopgaver på gården. For det andet har han betydelige indlærings- og hukommelsesvanskeligheder, der vil gøre det svært for ham at huske arbejdsopgaver eller indlære nye færdigheder. Han har dog en ressource ift. visuel indlæring og hukommelse. For det tredje har han betydelige vanskeligheder ift. udtrætning og hovedpine, der i sig selv forhindrer ham i at arbejde koncentreret i mere end et par timer ad gangen. Udover de kognitive vanskeligheder er hans venstre arm invalideret og han har smerter i begge underarme."

Klageren blev efterfølgende indstillet til fleksjob. I den af socialrådgiveren udfærdigede indstilling til socialudvalget hedder det bl.a.:

"Helbredssituationen må nu betegnes som værende stationær, og behandlingsmulighederne anses for at være udtømt. Det er ikke muligt at revalidere J. til et andet erhverv pga. de komplekse vanskeligheder som er beskrevet ovenfor.
Hans erhvervsevne vurderes at være nedsat med 2/3 del, svarende til 2-3 timers arbejde pr. dag. Han er jf. § 69 og 70 i Lov om Aktiv Beskæftigelsesindsats omfattet af personkredsen til fleksjob.

Det indstilles derfor over for det sociale udvalg at bevilge 2/3 dels fleksjob i egen virksomhed jf § 75 i Lov om Aktiv Beskæftigelsesindsats."

Klageren fik pr. 1/3 2006 bevilget fleksjob i egen virksomhed med to tredjedele løntilskud. Den ugentlige arbejdstid blev fastsat til 15 timer.

På baggrund af de modtagne oplysninger afviste selskabet at yde forsikringsdækning, hvilket blev meddelt klageren ved skrivelse af 22/2 2007. Afvisningen blev fastholdt ved skrivelse af 2/3 2007 til klagerens advokat, hvorefter sagen blev indbragt for Ankenævnet for Forsikring.

Klageren har ved sin advokat nedlagt påstand om, at selskabet skal anerkende, at hans generelle erhvervsevne har været nedsat i dækningsberettigende grad siden den 10/6 2001, og at han som følge heraf har krav på præmiefritagelse og udbetaling af invalideerente efter denne dato. Til støtte herfor har advokaten i klageskrivelse af 1/3 2007 bl.a. anført:

"Min klients reelle arbejdstid udgør ikke 2-3 timer dagligt og slet ikke 15 timer ugentligt. Min klients svære kognitive og fysiske gener gør, at han kan maksimalt holde til at arbejde 2 - 2

1/2 timer dagligt. Som selvstændig erhvervsdrivende havde min klient forud for ulykkerne en normal arbejdsuge på ca. 60 timer - og ikke 37 timer som er sædvanligt for en arbejdstager. Det forekommer derfor anstrengt, at vurderingen af nedsættelsen af min klients erhvervsevne skal ske på baggrund af en 37 timers arbejdsuge. I forhold til min klients sædvanlige arbejdstid er min klients erhvervsevne nedsat til mellem 1/5 og 1/6.

Men selv anskuet i forhold til en arbejdsuge på 37 timer opfylder min klient klart kriteriet om en nedsættelse af erhvervsevnen til 1/3, da den ugentlige effektive arbejdstid udgør mellem 10 og 12 1/2 timer.

Skånehensynene taget i betragtning, vil det sandsynligvis være særdeles vanskeligt for min klient at opnå fleksjobbeskæftigelse i anden virksomhed end sin egen, grundet de store fysiske og kognitive gener min klient ved ulykkerne har pådraget sig.

Topdanmark har vedlagt selskabets afgørelse fremsendt Ankenævnet for Forsikrings kendelser nr. 60.770 og 59.715 som sammenligningsgrundlag til nærværende sag. I disse sager var skadelidtes arbejdstid henholdsvis 21 og 21 1/2 timer pr. uge, hvorfor kendelserne følgelig slet ikke kan sammenlignes med nærværende sag."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse. Selskabet har til støtte herfor i skrivelse af 2/4 2007 til nævnet bl.a. anført:

"I følge J.B.s ansøgning om præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente af den 10. februar 2005 var/er J.B. i stand til at arbejde ca. 2-4 timer dagligt, og ifølge fleksjobaftalen blev J.B. bevilliget fleksjob 15 timer om ugen. J.B. er således efter Topdanmarks opfattelse i stand til at udnytte hans resterhvervsevne med mere end 1/3.

Efter Topdanmarks opfattelse er det afgørende, ved vurderingen af om forsikrede er i stand til at udnytte resterhvervsevnen med mere end 1/3, det aftalte timetal i fleksjobaftalen. Enhver der er ansat i et 37-timers job har ret til indlagte pauser, som også indgår i den ugentlige arbejdstid. Det er med andre ord ikke ensbetydende med, at man har en effektiv arbejdstid på 37 timer, fordi man er ansat i et 37-timers job.

Ved flere kendelser i Ankenævnet for Forsikring, herunder 59.715 og 60.770 har Ankenævnet ved vurdering af det generelle erhvervsevnetab lagt vægt på i hvor høj grad forsikrede er i stand til at udnytte sin resterhvervsevne. Ifølge Ankenævnets praksis kan den generelle erhvervsevne ikke anses for at være nedsat med mindst 2/3, hvis forsikrede er i stand til at udnytte mere end 1/3 af sin resterhvervsevne i et fleksjob.

På baggrund af ovenstående er det Topdanmarks opfattelse, at J.B.s generelle erhvervsevne ikke er nedsat med mindst 2/3, idet J.B.s ifølge fleksjobaftalen af den 1. marts 2006 ... har et ugentligt timetal på 15 timer og dermed udnytter sin resterhvervsevne med mere end 1/3.

I forhold til tiden før ansættelse i fleksjob den 1. marts 2006, er det Topdanmarks opfattelse, at J.B. stadig har udnyttet sin resterhvervsevne med mere end 1/3, idet J.B. efter egne oplysninger ... har kunnet arbejde 2-4 timer om dagen, hvilket giver et gennemsnit på 15 timer om ugen."

Hertil har klagerens advokat i skrivelse af 17/4 2007 til nævnet bemærket:

"Topdanmark anfører, at 'Enhver der er ansat i et 37-timers job har ret til indlagte pauser, som også indgår i den ugentlige arbejdstid'. Dette er ikke korrekt. Udgangspunktet er, at ansatte ikke er berettiget til betalte pauser, med mindre dette er aftalt mellem den ansatte og arbejdsgiveren, enten helt konkret eller i form af, at ansættelsesforholdet er omfattet af en overenskomst, hvor det f.eks. er aftalt, at den daglige frokostpause på f.eks. en halv time betales af arbejdsgiveren og således indgår i arbejdstiden på 37 timer ugentligt.

Med hensyn til den ugentlige arbejdstid henviser jeg på ny til oplysningerne i sagen, herunder socialrådgiver C.J.s indstilling til socialudvalget, ... hvoraf fremgår, at min klients daglige arbejdstid udgør 2-3 timer samt min klients egne oplysninger om, at hans arbejdstid nu udgør 2 - 21/2 time dagligt."

Efterfølgende er selskabet fremkommet med yderligere bemærkninger i skrivelse af 25/4 2007 til nævnet.

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**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.
4. Topdanmark kan til enhver tid forlange dokumentation for, at erhvervsevnen er nedsat.
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.

1. Størrelsen af invaliderenten fremgår af policen. 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."

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af parternes indlæg og de fremlagte lægelige og kommunale akter finder nævnet det ikke godtgjort, at klagerens generelle erhvervsevne er nedsat i dækningsberettigende grad efter den 10/6 2001. Nævnet kan derfor ikke kritisere, at selskabet har afvist at yde præmiefritagelse og udbetale invaliderente som sket.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

J. Hermann