789/08

Den 18. februar 2008 blev i sag nr. 71.677:

xxxx xxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx xxx xxxxx
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 selskabets afvisning af at yde præmiefritagelse og udbetale helbredsbetingede ydelser i forbindelse med et anmeldt tab af erhvervsevne.

Selskabet har afvist at udbetale ydelser og bevilge præmiefritagelse ved tab af erhvervsevne med henvisning til, at klagerens generelle erhvervsevne ikke er nedsat til 1/3.

Det fremgår af sagen, at klageren har en livsforsikring, der giver ret til udbetaling af ydelser og fritagelse for præmie, hvis den generelle erhvervsevne er nedsat til 1/3. Der er tre måneders karenstid. Ligeledes har klageren en livsforsikring, der giver ret til præmiefritagelse i tilfælde af, at klagerens erhvervsevne nedsættes til 1/3 eller derunder. Der er tre måneders karenstid. Det fremgår videre, at forsikringsdækningen er udløbet den 1/7 2004. Selskabet har gjort gældende, at krav fra før 1/1 2004 er forældet.

Selskabet har i perioden fra den 1/6 2002 til den 1/7 2003 bevilget klageren midlertidig præmiefritagelse og udbetaling ved tab af erhvervsevne.

Klageren, der er født i 1944, fik efter syv års skolegang arbejde som landmand, hvilket har været hans erhverv siden. Den 1/3 2002 blev hun udsat for et ulykkestilfælde, hvorved hans skulder blev beskadiget.

Klageren blev pr. 1/5 2003 bevilget fleksjob i egen landmandsvirksomhed med 2/3 løntilskud. Det fremgår af sagsakterne fra klagerens kommune, at han skal fritages fra skulderbelastende arbejde, bl.a. malkning. Det fremgår videre, at hans månedsløn efter overgang til fleksjob er 16.300 kr.

Af klagerens ressourceprofil taget i brug den 17/2 2003 fremgår bl.a.:

"

4. Sociale kompetencer Oplysninger om personlig hygiejne, almindelig fremtræden og forståelse for spilleregler (takt og tone)
Ansøger har forståelse for og indsigt i det sociale regelsæt. Han er meget indstillet på at medvirke til en afklaring af hans fremtidige situation, idet han ikke vil være i stand til at fortsætte som landmand med malkekvæg.

5. Omstillingsevne Her afklares borgerens evne til at skulle tilpasse sig og fungere i nye uvante sammenhænge. Eks. ny arbejdsplads - nye arbejdsfunktioner - nye arbejdskolleger
Ansøger har svært ved at se andre beskæftigelsesmuligheder med de fysiske begrænsninger.

6. Indlæringsevne Hvad er borgerens erfaring med at skulle tilegne sig ny viden. Eks. under tidspres, overvågning eller andet. Hvordan er de intelligensmæssige forudsætninger for at håndtere normale eller komplekse arbejdsfunktioner
Der er ingen begrænsninger i forhold til indlæring.

7. Arbejdsrelevante ønsker Borgerens ønsker for fremtiden i forhold til arbejdsmarkedet
B.B. ønsker at beholde sit landbrug - sælge besætningen og mælkekvoten og fortsat selv dyrke jorden.

"

Af speciallægeerklæring dateret 4/1 2006 fremgår bl.a.:

"**Tidligere skader**
For ca. 17 år siden fik han et uheld med den hø. arm, hvor der sprang en stor sene (biceps longus seneruptur). Det gav dog ikke særlige gener, blev ikke behandlet og han har indtil aktuelle ikke haft erhvervsmæssige problemer.

Aktuelle
Februar 2002 fik han et ryk i hø. skulder. Han fornemmede, at det gav et smæld og årsagen var, at en kvie trak ham.
14 dage senere blev han klemt mellem 2 køer og fik atter et kraftigt ryk i den hø. skulder.
...

Aktuelle symptomer

Der er ikke symptomer fra nakke eller ryg. Der er indskrænket bevægelighed i hø. skulder, som føles træt hele tiden. Det drejer sig om alle bevægelser. Nedsat kraft ved bevægelse. Ubetydelige smerter hele tiden. Han kan 'mærke' skulderen og han kan ikke, sove liggende på hø. side.
Ved kraftig bevægelse af skulderen og ved belastning samtidig gør det ondt.
Får ingen smertestillende medicin.
For hans dagligdag betyder det, at han har svært ved at klare af- og påklædning, idet han ikke kan få skulderen op til vandret.
Udadføring og indadrotation i hø. skulder såsom ved at tage tegnebog op af baglommen er umuliggjort og han har nu tegnebogen på ve. side. Han har også problemer med at rede sit hår.
Når han arbejder siddende, kan han ikke holde ud af hvile underarmen på bordet ret lang tid, får så ondt i skulderen. Ved hængende eller let udadført arm kan han højst løfte 10 kg i en meget kort periode og han kan således ikke bære en vandkande i længere tid eller børnebørn. Han kan godt køre bil og traktor uden problemer, idet han styrer med ve. hånd og hø. bruges til gear og hydraulikbetjening. Kan godt cykle.
Kontorarbejde med betjening af mus i forbindelse med pc-arbejde kan han klare i et kvarters tid, skal så have armen hængende nedad. Hvis han i dagligdagen skal foretage reparationsarbejde med lidt mere forcerer kraft, kan der komme smerter selv med hø. arm hængende.

Socialt

Uændret, dvs. han har landbrug. Dyrene er sat ud. Han har en jord tilliggende på 25 hektar, som han selv klarer, idet der alene dyrkes korn. Skal dog have hjælp til brug af mejetærsker. Han har en aftale med kommunen om, at han har fleksjob i egen bedrift. Får 2/3 løntilskud og således skal arbejde 1/3 af tiden.
Tilskadekomne er gift. Ægtefællen har været hjemme i landbruget, men pensioneret nu pr. 01.01.06.

Objektiv undersøgelse

Alderssvarende udseende, normalt bygget, normalvægtig, psykisk upåfaldende.
Undersøgelsen foregår med tilskadekomne afklædt på overkroppen. Stående er der normale krumninger af bryst-, hals-, og lænderyg. Halsryggen bevæges frit med negativ foramenkompressionstest.
Ved inspektion af skuldrene kan der bagfra ses ikke ses udadvinkling af skulderbladene.
Ved inspektion forfra er der tydelig atrofi af deltoideus på hø. side og der er et 7 cm langt, uhinderligt ar. Ved palpation er der ingen lokal ømhed.
Skulderbevægelighed hø. anføres, ve. i ( ): Fremad/opad 0/60, passivt 0/70 (0/170), udad/opad 0/60, passivt 0/75 (0170), bagud 0/20 (045), indadrotation med hængende overarm 0/30 (0/80). Med max. abduceret overarm 0/15 (0/80), udadrotation med hængende overarm 0/30 (0/45).
Albuerne har normale konturer og bevæges 0/40 grader, supination/pronation 80/80 hø. = ve.
Intet måleligt muskelsvind på over- eller underarm, idet, overarmsomfanget på både hø. og ve. side er 27 cm, underarmsomfang er ligeledes 27 cm.
Ved aktivering af overarmsmuskulaturen på hø, side ses følger efter biceps longus seneruptur. Ingen lokal ømhed.
Fingrene bevæges fuldstændig frit.
Normale perifere pulse.
Håndtrykskraft med dynamometer: Hø. 20 kilopond, ve. 90.

Resumé og konklusion
En på ulykkestidspunktet 58-årig, rethåndet landmand, der ved 2 hø.sidige skuldertraumer pådrager sig en stor kapsel/muskellæsion i hø. skulderled (rotatorcuff læsion). Han opereres ca. 1/2 år senere. Efterfølgende far han færre smerter, men ligeledes dårlig bevægelse. Der er udfærdiget erklæring vedr. aktuelle skade i november 2003. Han har ikke modtaget nogen behandling siden. Han har betydelige gener, dels i form af bevægeindskrænkning og smerter, hvilket kompromitterer mange dagligdags gøremål. Der er overensstemmelse mellem det anførte klager og det fundne og generne er nok tiltaget i forhold til tidligere erklæring.
Tilstanden må nu skønnes stationær.
Han tidligere biceps longus seneruptur er uden betydning for forløbet.

Diagnose
Ruptura musculus supraspinatur dx. operatae sequelae (følger efter muskelsenebristning i hø. skulder)."

Ved skrivelse af 7/5 2003 til klageren meddelte selskabet, at dets lægekonsulent havde vurderet, at klagerens generelle erhvervsevne var nedsat til 1/2 men ikke 1/3, hvorfor han ikke længere var berettiget til præmiefritagelse og til at modtage udbetaling ved tab af erhvervsevne.

Parallelt med sagen hos det indklagede selskab havde klageren en sag til vurdering vedrørende sin ulykkesforsikring i et andet forsikringsselskab. Klagerens méngrad blev i den forbindelse af Arbejdsskadestyrelsen fastsat til 20 %, hvorefter hans advokat ved skrivelse af 14/6 2006 bad det indklagede selskab om at revurdere sagen. Selskabet fastholdt dog sin afgørelse ved skrivelse af 2/10 2006. Advokaten klagede over selskabets afgørelse ved skrivelse af 13/11 2006 til selskabet, der fastholdt afgørelsen ved skrivelse af 4/12 2006.

Sagen blev herefter indbragt for Ankenævnet for Forsikring.

Klagerens advokat har over for nævnet nedlagt påstand om, at selskabet skal anerkende, at klagerens generelle erhvervsevne er nedsat til 1/3. Til støtte herfor har klagerens advokat i skrivelse af 20/4 2007 til nævnet bl.a. anført:

"Der er fra indklagedes side lagt vægt på, at vurdering af erhvervsevne skal foretages ud fra en generel erhvervsevne, hvilket imidlertid i det konkrete tilfælde må anses for den erhvervsevne, som klager har inden for landbrugsfaget, da han aldrig har beskæftiget sig med andet og har opnået en alder, hvor et erhvervsskifte må anses for ganske urealistisk.
...
Til støtte for den nedlagte påstand gøres gældende

at klager ved de 2 hændelser i februar 2002 pådrog sig en skade dækket af den hos indklagede tegnede forsikringsordning,
at denne skade har medført, at klager stort set er ude af stand til at arbejde som landmand,
at klager henset til alder og tidligere erhvervskarriere kun kan anses for at have en erhvervsevne inden for landbrugserhvervet, og derfor ikke har nogen erhvervsevne inden for andre fag,
at tildeling af 2/3 tilskud til fleksjob må anses som et væsentligt moment for, at klagers erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse og har til støtte herfor i skrivelse af 16/5 2007 til nævnet bl.a. anført:

"I modsætning til vurderingen i forbindelse med midlertidigt tab af erhvervsevne er vurderingen ikke længere begrænset til, om han kan arbejde som landmand eller ej. Kort sagt ser vi på, hvad en arbejdsdygtig person med tilsvarende alder, uddannelse m.m., kan tjene. Hvis sygdommen betyder, at han har mistet mere end 2/3 af denne indtægt, er han berettiget til udbetaling ved længerevarende erhvervsevnetab.

Når vi skal vurdere, om B.C.B. er i stand til at tjene mere end 1/3 af, hvad der i samme egn er sædvanligt for fuldt erhvervsdygtige personer med samme uddannelse, alder og køn, ser vi på, i hvilket omfang de helbredsmæssige problemer begrænser B.C.B. i at passe et arbejde, hvor han tjener mere end 1/3 af gennemsnitslønnen for 62-årige landmænd i Midtjylland.

På baggrund af de foreliggende oplysninger om B.C.B.s helbredsmæssige forhold er det vores opfattelse, at der ikke er noget til hinder for, at B.C.B. kan passe et ikke skulderbelastende arbejde, hvor han tjener mere end beskrevet ovenfor, og derfor er han ikke berettiget til præmiefritagelse og udbetaling fra forsikringen.

Vi baserer blandt andet vores afgørelse på speciallægeerklæringen af den 4. januar 2006 fra overlæge J.K. ..., hvoraf det fremgår, at der er tale om en rotatorcuff læsion i højre skulder med nedsat bevægeindskrænkning og smerter, men intet måleligt muskelsvind på over- eller underarm. Ud fra vores lægekonsulents erfaring (med speciale i ortopædkirurgi) er der skånebehov i skulderbelastende arbejde, men ikke et generelt erhvervsevnetab på mindst 2/3.

Det faktum, at kommunen har valgt at tilkende B.C.B. fleksjob i hans tidligere virksomhed som landmand, er ikke ensbetydende med, at B.C.B. ville være erhvervsudygtig i et andet erhverv, der er knapt så belastende. Da det står klart, at B.C.B. ikke kan vende tilbage til landmandserhvervet på fuld tid, burde der være foretaget en arbejdsprøvning med henblik på omplacering til et ikke skulderbelastende erhverv. Da B.C.B. dengang var 59 år ville en opkvalificering gennem længerevarende teoretisk revalidering til det ordinære arbejdsmarked nok ikke være realistisk. Det ændrer dog ikke på, at B.C.B. ved hjælp af arbejdspladstilpasning, eventuelle opkvalificerende kurser og erhvervsmæssig optræning burde være blevet understøttet i ansættelse på normale vilkår i et ikke skulderbelastende arbejde.

Kommunens baggrund for tilkendelsen af fleksjob burde være en vurdering af arbejdsevnen med udgangspunkt i ressourceprofilens 12 elementer. Arbejdsevnen er et udtryk for evnen til at opfylde de krav, der aktuelt stilles på arbejdsmarkedet, og dermed evnen til at blive selvforsørgende. I B.C.B.s tilfælde er der ikke fokuseret på ressourcerne for at blive selvforsørgende, men der bliver udelukkende fokuseret på, om B.C.B. kan beholde sit landbrug.

I ressourceprofilens punkt 5 og 7 ... fremgår det, 'at ansøger har svært ved at se andre beskæftigelsesmuligheder...' og 'B.C.B. ønsker at beholde sit landbrug'. Punkt 9 - Arbejdsidentitet skal beskrive borgerens forestilling om fremtid på arbejdsmarkedet, og om han ser sig selv som selvforsørgende. Sagsbehandleren har her skrevet, at 'B.C.B. vil ikke kunne raskmeldes og genoptage sit hidtidige arbejde i normalt omfang'. Der bliver igen kun fokuseret på hans ressourcer som landmand. Under punkt 12 - Helbred fremgår det, 'at den nedsatte funktion medfører, at B.C.B. ikke fremover vil blive i stand til at passe kvægbesætningen. Han planlægger derfor at sælge besætningen og mælkekvoten og fremover selv dyrke jorden'. 'Herved vil B.C.B. kunne anvende 1/3 af erhvervsevnen og søge et fleksjob i egen - virksomhed med 2/3 tilskud'. Dette vil også være i overensstemmelse med hans fremtidsplan, der var at fortsætte driften af ejendommen, indtil han som 60-årig kunne få efterløn, og i den forbindelse skulle besætningen og mælkekvoten sælges, og familien ville blive boende og selv dyrke jorden, jævnfør punkt 2 i ressourceprofilen. På grund af hans sygemelding var det dog ikke muligt at komme på efterløn, hvilket også fremgår af punkt 9 i ressourceprofilen. Til sidst fremgår det af sagsbehandlerens vurdering af B.C.B. ressourcer, 'at B.C.B.s ressourcer ligger hovedsagelig hvad angår arbejdet som landmand. Han vil fortsat være i stand til at bruge ressourcerne, såfremt han bevilges fleksjob i eget firma'.

Det er på denne baggrund vores opfattelse, at ressourceprofilen ikke er korrekt anvendt, og at B.C.B. godt ville kunne arbejde mere end 1/3 i et ikke skulderbelastende arbejde, hvis der kigges på hans ressourcer udover landmandserhvervet.

Kriterierne for kommunens vurdering af B.C.B.s arbejdsevne er dog ikke sammenfaldende med kriterierne i Danica Pensions forsikringsbetingelser. Derfor er tilkendelsen af fleksjobbet ikke afgørende for vores vurdering.

Herudover må det formodes, at U.-V. Kommune har lagt afgørende vægt på B.C.B.s ønske om at komme i fleksjob i sin egen virksomhed. Dette er forståeligt, men viser intet om B.C.B.s reelle erhvervsevne. I Danica Pension er det alene B.C.B.s helbredstilstand, der bliver inddraget i vurderingen af den generelle erhvervsevne.

Jeg gør opmærksom, på, at løntilskud og antal timer i fleksjobbet er fastsat ud fra B.C.B.s arbejdsevne i den konkrete jobfunktion og ikke alene ud fra de helbredsmæssige forhold. Det er således B.C.B.s arbejdsevne som landmand, der ligger til grund for tilskuddets størrelse, som derfor ikke kan sidestilles med vores vurdering af den generelle erhvervsevne. Jeg kan i øvrigt henvise til Østre Landsrets dom fra den 7. oktober 2005 i sagen B0793004-SK, hvor konklusionen er, at kommunens vurdering af arbejdsevnen hverken beviser eller i sig selv skaber en formodning omkring størrelsen af erhvervsevnen."

Hertil har klagerens advokat i skrivelse af 7/6 2007 til nævnet bl.a. anført:

"Det fastholdes, at den af U.-V. kommune udførte ressourceprofil er udtryk for en analyse af klagers generelle erhvervsevne, og ikke som det forsøges fremstillet af Danica Pension en vurdering, der udelukkende går på, hvorvidt klager kan bestride jobbet som landmand.

Som anført i klagen er det imidlertid uden betydning i nærværende sag, idet klager grundet sin alder og sin hidtidige erhvervsaktivitet udelukkende har erhvervsevne som landmand, idet omskoling og efterfølgende ansættelse af en person i klagers alder må anses for stærk hypotetisk.

Det må derfor henstilles, at indklagede forholder sig til de foreliggende faktum i stedet for at opstille en hypotetisk situation, der medfører at denne er berettiget til at afvise klagers krav.

Endvidere skal det bemærkes, at det i indklagedes svarskrift ikke er bestridt, at klagers erhvervsevne inden for landbrugsfaget er nedsat med 2/3 eller mere og Ankenævnet må derfor i det omfang det skønner, at klager kun har erhvervsevne i landbrugsfaget give klager medhold i den i klageskriftet nedlagte påstand."

Hertil har selskabet i skrivelse af 25/6 2007 til nævnet bl.a. anført:

"B.C.B. er ikke udelukkende forsikret som landmand. Vi fastholder derfor, at B.C.B. burde kunne passe et ikke skulder belastende arbejde på mere end 1/3 tid, hvis man kiggede på hans ressourcer udover landmandserhvervet.

Advokat U.M. oplyser, at grundet B.C.B.s alder er det vanskeligt for ham at lade sig omskole og efterfølgende få ansættelse. Til dette kan vi tilføje, at det i vurderingen af den generelle erhvervsevne kun er helbredet, vi vurderer, og de begrænsninger B.C.B. kunne have på arbejdsmarkedet som følge af hans alder, indgår ikke i vores vurdering af hans erhvervsevnetab."

Selskabet har herudover ved skrivelse af 12/12 2007 redegjort for klagerens økonomiske erhvervsevnetab således:

"I vurderingen af B.C.B.'s generelle erhvervsevne, finder vi de to indtægtsstørrelser, der efterfølgende skal sammenlignes.

Det første beløb, vi ser på, er det beløb, en fuldt erhvervsdygtig person af tilsvarende uddannelse og alder almindeligvis kan tjene i samme egn.

Det andet beløb, vi ser på, er hvad vi skønner B.C.B. faktisk kan tjene, under hensyn til hans tilstand, tidligere beskæftigelse og uddannelse.

Hvis vi ser på det første beløb, så har vi fundet dokumentationen fra Danmarks statistik (Bilag …). Ifølge denne statistik har en landmand med et heltidslandbrug i R. Amt i 2004 haft en indtægt på 167.000 kroner årligt.

I dette tilfælde har vi dog valgt at tage udgangspunkt i den bruttoindtægt på 220.000 kroner, som B.C.B. selv i anmeldelsen har oplyst, han havde på skadestidspunktet i 2002. Vi har beregnet, at denne indtægt i dag vil svare til en årlig indtægt på 243.848 kroner.

Når vi ser på det andet beløb, vurderer vi, hvad B.C.B. burde være i stand til at tjene, med de skuldergener han har.

Vi mener godt, at B.C.B. burde være i stand til at tjene mere end 81.283 kroner, hvilket svarer til 1/3 af den løn, som er normalt for personer med tilsvarende alder, uddannelse og fra samme egn.

Af eksempler på jobs kan vi nævne eksempelvis landbrugskonsulent, hvor B.C.B. kunne rådgive, vejlede og informere andre landmænd. Alternativt kunne vi også forestille os, at B.C.B. eksempelvis ville være i stand til at arbejde i en forretning, hvor han ikke belaster armen eller skulderen, men rådgiver kunderne om de produkter, der sælges.

Vi kan ikke konkret oplyse, hvad B.C.B. vil kunne tjene i et af disse job, idet B.C.B. vil arbejde som ufaglært, og begrebet mindsteløn ikke længere eksisterer. Vi kan dog oplyse efter at

have talt med HK, at lønnen i et sådant job oftest vil følge den startløn, der er på overenskomstområdet, der i alle ovennævnte erhverv vil overstige 1/3 af B.C.B.'s tidligere bruttoindtægt, på 81.283 kroner."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**Definition af invaliditet**
1. Ret til invalideydelse og/eller præmiefritagelse har den forsikrede, der på grund af sygdom eller ulykkestilfælde mister sin erhvervsevne uden at det skyldes forsæt, således at erhvervsevnen er nedsat til 1/3 eller derunder af den fulde erhvervsevne.
2. Nedsættelse af erhvervsevnen, der berettiger til udbetaling af invalideydelsen og/eller præmiefritagelse, foreligger, når den forsikrede ikke længere skønnes at være i stand til - bedømt under hensyn til hans nuværende tilstand, hans uddannelse og tidligere virksomhed - at tjene mere end 1/3 af, hvad der i samme egn er sædvanligt for fuldt erhvervsudygtige personer med lignende uddannelse, alder og køn.
Har den forsikrede ansættelse i fast stilling, kan tilkendelse af invaliderente gøres betinget af, at hans lønindtægt på grund af nedsættelsen af erhvervsevnen er blevet nedsat til 1/3 - eller derunder - af dens oprindelige størrelse."

Nævnet udtaler:

Indledningsvis bemærker nævnet, at krav før den 1/1 2004 er forældet, jf. den toårige forældelsesfrist i forsikringsaftalelovens § 29. Tvisten vedrører derfor kravet for tiden 1/1 - 1/7 2004.

Nævnet finder det ikke godtgjort, at klagerens erhvervsevnetab er nedsat i dækningsberettigende grad.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen
formand