792/08

Den 25. marts 2008 blev i sag nr. 71.879:

xxxx xxxx xxxxxxx
xxxxxxxxx x
xxxx xxxxxxx

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har kapitalpension med invaliderente i Topdanmark Forsikring A/S, klager ved sin advokat over, at selskabet ophørte med udbetaling af invaliderente samt med at yde præmiefritagelse.

Selskabet påbegyndte udbetalingen den 1/6 1996 og har løbende forlænget udbetalingsperioden frem til 1/10 2005. Efter denne dato finder selskabet, at klageren udnytter sin resterhvervsevne således, at hans erhvervsevne ikke længere er nedsat til 1/3 eller mindre.

Efter sagens indbringelse for nævnet har klagerens forhold ændret sig, og selskabet har på den baggrund bevilget klageren præmiefritagelse og udbetaling af ydelser i perioden fra den 1/12 2007 til den 1/4 2008. Klagesagen vedrører herefter spørgsmålet, om klageren er berettiget til udbetaling af ydelser og præmiefritagelse i perioden fra den 1/10 2005 til den 1/12 2007. Klagerens advokat mener, at dette er tilfældet. Subsidiært finder advokaten, at selskabet ved retsfortabende passivitet er afskåret fra at foretage en anden vurdering, da klagerens arbejdsindsats ikke har ændret sig af betydning.

Klageren, der er landmand og født i 1953, har kapitalpension med invaliderente i selskabet. Denne giver ret til månedlig udbetaling samt præmiefritagelse, når den forsikredes erhvervsevne nedsættes til 1/3 eller mindre.

Det fremgår af sagen, at klageren ved en ulykke i januar 1993 blev klemt mellem en roeryster og en mur. Klageren fik store smerter i den nederste del af ryggen og i lænden. Han blev deltidssygemeldt i perioden fra den 14/9 1993 til den 5/2 1995 og fuldtidssygemeldt fra den 4/3 1996.

Selskabet bevilgede klageren præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente fra den 1/6 1996 til den 30/9 1997. Bevillingerne blev herefter forlænget. Af advokatens klageskrivelse fremgår bl.a.:

> "De løbende forlængelser er sket som følgende:
> Indtil den 1. november 1997.
> Indtil den 1. februar 1998.
> Indtil den 1. maj 1998.
> Indtil den 1. august 1998.
> Indtil den 1. november 1998.
> Indtil den 1. februar 1999.
> Indtil den 1. maj 1999.
> Indtil den 1. september 1999.
> Indtil den 1. december 1999.
> Indtil den 1. marts 2000.
> Indtil den 1. april 2000.
> Indtil den 1. maj 2000.
> Indtil den 1. maj 2001.
> Indtil den 1. maj 2002.
> Indtil den 1. maj 2003.
> Indtil den 1. maj 2004.
> Indtil den 1. maj 2005.
> Indtil den 1. oktober 2005."

Klageren kom i arbejdsprøvning fra den 21/4 1997. Den 15/11 1999 påbegyndte han flexjob med løntilskud på 50 %. Det fremgår af sagen, at hans arbejdstid var hverdage mellem kl. 7.00 og kl. 11.45 med diverse pauser, således at han havde en effektiv arbejdstid på 17 timer pr. uge.

Fra og med den 5/3 2003 fik klageren et nyt flexjob med 2/3 løntilskud. Af de kommunale akter fremgår bl.a.:

> "Kørsel med gaffeltruck, tømning af affaldscontainere, stabling af paller, samt oprydning i produktionen og pakkeriet.
>
> Arbejdstiden, incl. pauser, er 21 timer og 15 minutter pr. uge, mandag - fredag kl. 7.00 - 11.15. I arbejdstiden indgår én pause á 20 minutter pr. dag, samt yderligere 20 minutters pause pr. dag."

Det fremgår af sagen, at selskabet løbende modtog helbredsmæssige oplysninger om klageren samt oplysninger om hans arbejdsvilkår og arbejdstider.

Ved skrivelse af 12/1 2006 meddelte selskabet, at klageren ikke længere var berettiget til præmiefritagelse og udbetaling af ydelser. Klageren var utilfreds med afgørelsen, hvilket han meddelte selskabet ved skrivelse af 31/1 2006. Selskabet fastholdt afgørelsen ved skrivelse af 27/3 2006, og klageren rettede herefter henvendelse til en advokat. Da advokatens korrespondance med selskabet ikke ændrede selskabets afgørelse, blev sagen indbragt for nævnet.

Efter sagens indbringelse for nævnet er klageren den 8/6 2007 blevet fyret fra sit flexjob, idet virksomheden gik konkurs. Klageren påbegyndte herefter den 30/7 2007 flexjob i en anden virksomhed, men blev sygemeldt den 4/9 2007 på grund af rygproblemer. Selskabet har herefter bevilget præmiefritagelse og udbetaling af ydelser fra den 1/12 2007 til den 1/4 2008.

Klagerens advokat har nedlagt påstand om, at selskabet skal udbetale invaliderente samt bevilge præmiefritagelse i perioden fra den 1/10 2005 til den 1/12 2007. Advokaten har i skrivelse af 30/5 2007 til nævnet bl.a. anført:

> "Topdanmark er antageligt af den opfattelse, at 2 gamle kendelser fra Ankenævnet for Forsikring fra henholdsvis december 2003 og januar 2004 skulle vise, at min klient ikke længere er berettiget til yderligere udbetalinger samt præmiefritagelse.
>
> Jeg gør gældende, at kendelserne er irrelevante i nærværende sag af flere årsager.
>
> Jeg har oplyst Topdanmark om, at min klients reelle arbejdstid ikke er lig det, der fremgår af flexjobaftalen, hvorefter min klients skulle arbejde 21 timer og 15 minutter pr. uge.
>
> Således fremgår det af mit brev til Topdanmark af den 12. april 2007, at min klients reelle arbejdstid pr. uge ligger under 18 timer, idet han dagligt holder 40 minutters ubetalte pauser: tid, der er inkluderet i de 21,25 timer, han ugentligt er på arbejdspladsen.

Jeg fastholder derfor, at min klients reelle arbejdstid er under 18 timer.

Heroverfor fastholder Topdanmark, at man ikke skal se på den reelle arbejdsindsats, men det timeantal, der fremgår af flexjobaftalen.

Dette er jeg uenig i.

De kendelser, Topdanmark har påberåbt sig, fremlægger jeg som … Jeg mener kendelserne er irrelevante i nærværende sag, allerede fordi de skadelidte i disse sager arbejdede henholdsvis 21 og 21,5 time. Det er således væsentligt mere, end den reelle arbejdsindsats min klient leverer.

Kendelserne kan derfor ikke tages til indsigt for, at min klient, der reelt arbejder 18 timer pr. uge, ikke skulle være berettiget til hel eller delvis udbetaling af invalideydelse samt endvidere fortsat præmiefritagelse.

Dernæst gør jeg gældende, at Topdanmark har givet min klient berettiget formodning om fortsat udbetaling og præmiefritagelse, idet Topdanmark ikke har holdt sig orienteret om kendelserne fra Ankenævnet for Forsikring.

Som tidligere oplyst, ligger kendelserne fra henholdsvis december 2003 og januar 2004, men Topdanmark har på trods heraf fortsat udbetalinger til min klient til den 1. oktober 2005.

Dermed må man sige, at min klient har modtaget ydelser i op til 21 måneder efter den sidste kendelse fra Ankenævnet for Forsikring, hvilket efter min opfattelse gør, at Topdanmark ikke berettiget kan stoppe udbetalinger, selvom min klients erhvervsevnetab af Ankenævnet for Forsikring måtte blive vurderet til at være enten under 50 % eller mellem 50 % og 2/3.

Slutteligt vedlægger jeg som sagens bilag … kopi af bevillingen af flexjob. Jeg henviser her blandt andet til brev fra H. Kommune af den 12. maj 2000, hvoraf fremgår, at den effektive arbejdstid er 17 timer pr. uge."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse og til støtte herfor i skrivelse af 10/7 2007 bl.a. anført:

"Forsikrede ønsker fortsat præmiefritagelse udbetaling af invaliderente efter den oktober 2005.

Topdanmark har afvist at yde præmiefritagelse samt at udbetale invaliderente efter denne dato, da H.K.T.'s generelle erhvervsevnetab efter vores opfattelse ikke udgør mindst 2/3, hvilket er en betingelse for udbetaling fra forsikringen jfr. pkt. 8 A og D i forsikringsbetingelserne (bilag …).

Ankenævnet for Forsikring har i flere kendelser, herunder i 59.715 og 60.770 ved vurdering af det generelle erhvervsevnetab, lagt vægt på i hvor høj grad resterhvervsevnen kan udnyttes. Ifølge denne praksis kan den generelle erhvervsevne ikke anses for at være nedsat med mindst 2/3, hvis forsikrede udnytter mere end 1/3 af sin resterhvervsevne i et fleksjob. På den baggrund har Topdanmark ændret praksis og tillægger derfor nu resterhvervsevnen i fleksjob vægt, når vi vurderer den generelle erhvervsevne.

Fastsættelsen af graden af erhvervsudygtighed sker herefter på grundlag af en lægelig vurdering (medicinsk erhvervsevnetab) og oplysninger om, hvad forsikrede er i stand til at oppebære af indtægt, når erhvervsudygtigheden tages i betragtning (økonomisk erhvervsevnetab), samt en vurdering af, hvor stor en del af resterhvervsevnen der udnyttes. Alle tre betingelser skal være opfyldt, for at der kan ske udbetaling fra forsikringen.

Topdanmarks vurdering af erhvervsevnetabet sker uafhængigt af den vurdering, der foretages hos offentlige myndigheder, samt i andre selskaber.

Ad det medicinske erhvervsevnetab
Da der ikke mellem parterne er uenighed om eksistensen af et dækningsberettiget medicinsk erhvervsevnetab, og idet der ikke er tegn på at H.K.T.'s medicinske erhvervsevnetab skulle have ændret sig siden 2003, vil de helbredsmæssige oplysninger ikke blive behandlet yderligere.

Ad den udnyttede resterhvervsevne
Det fremgår af H.K.T.s fleksaftale (bilag …), at den nuværende arbejdstid i fleksjobbet hos A. A/S er aftalt til 21,25 timer ugentligt med en effektiv ugentlig arbejdstid på 17 timer og 55 minutter. Dette understøttes endvidere i advokatens skrivelse af den 30. maj 2007 (vedhæftet klagen til Ankenævnet), hvor der flere steder henvises til at klientens reelle arbejdstid udgør hhv. 18 timer, under 18 timer og 17 timer.

Det er Topdanmarks opfattelse, at H.K.T.'s generelle erhvervsevne, med en arbejdstid på 17 timer om ugen, ikke kan anses for at være nedsat i en grad, der berettiger til udbetaling efter forsikringsbetingelserne (bilag …).

Det er endvidere Topdanmarks opfattelse, at det faktum, at H.K.T. i en række arbejdssituationer arbejder langsommere end en rask person ikke er tilstrækkeligt til at anse erhvervsevnen for nedsat i en dækningsberettiget grad.

Dette argument finder efter vores opfattelse støtte i en række afgørelser fra Ankenævnet for Forsikring. Der kan i den forbindelse særligt henvises til kendelse i sag 68.145 fra den 9. oktober 2006 samt til bl.a. sagerne 68.062 og 69.021.

Endelig er det Topdanmarks opfattelse, at der ikke er grundlag for at antage, at selvom H.K.T.'s arbejdsgiver får refunderet 2/3 som løntilskud fra det offentlige, at det skulle være udtryk for, hvor meget erhvervsevnen er nedsat med. Det er endvidere vores opfattelse, at Ankenævnets praksis støtter denne opfattelse. I den forbindelse henviser vi bl.a. til Ankenævnets kendelser i sagerne 62.978 og 49.809.

Da forsat udbetaling forudsætter, at såvel den medicinske som den økonomiske erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3, samt at resterhvervsevnen ikke udnyttes mere end 1/3, er det Topdanmarks opfattelse, at H.K.T. ved at udnytte en så stor del af sin resterhvervsevne ikke opfylder betingelserne for udbetaling.

Ad retten til at gøre Ankenævnets kendelser gældende
Advokaten anfører, at Topdanmarks har givet H.K.T. en berettiget forventning om fortsat udbetaling, idet kendelserne fra Ankenævnet for Forsikring ikke tidligere er gjort gældende. Hertil vil vi knytte følgende kommentarer:

1. Det er Topdanmarks opfattelse, at Ankenævnets kendelser på lige fod med anden ankenævns- og retspraksis ikke mister sin betydning for retstilstanden over tid, medmindre nyere retspraksis ændrer den hidtidige retspraksis.

2. Dernæst mener vi ikke, at den bevilling af præmiefritagelse samt udbetaling af invaliderente, som er sket efter Ankenævnets kendelser er afsagt, har kunnet skabe en berettiget forventning hos H.K.T. Dette uanset at han løbende måtte have holdt sig underrettet om afgørelser fra Ankenævnet for Forsikring.

   Grunden til dette er, at det ved hver eneste forlængelse af udbetaling samt præmiefritagelse har fremgået tydeligt af udbetalingsbrevene, at der var tale om dækning i en nærmere defineret periode, samt at H.K.T. skulle ansøge igen ved udløbet af perioden, såfremt han fortsat mente sig berettiget.

   Ved hver ny dækningsperiode er der foretaget en af tidligere vurderinger uafhængig afgørelse af, om betingelserne for udbetaling af invaliderente samt præmiefritagelse er opfyldt. Ved denne vurdering lægges de på tidspunktet for vurderingen forhåndenværende oplysninger til grund, herunder eventuel ny retspraksis.

3. Videre kan det efter vores opfattelse ikke lægges selskabet til last, at vi i en periode har udbetalt en dækning, som vi ifølge ankenævnspraksis ville være berettiget til at afvise. Advokatens påstand om, at Topdanmark ikke har holdt sig orienteret om kendelserne fra Ankenævnet for Forsikring, må stå for egen regning.

   Vi skal blot bemærke, at det i den konkrete sag er kunden, der har nydt fordel af det faktum, at Topdanmark ikke har ændret praksis på samme tidspunkt, som retspraksis har ændret sig.

4. Endelig mener vi, at de nævnte kendelser fra Ankenævnet kan anvendes - også i den konkrete sag - idet de efter vores opfattelse fastslår, at det ikke kan anses for godtgjort, at det generelle erhvervsevnetab udgør minimum 2/3, når forsikrede er i stand til at udnytte mere end 1/3 af sin resterhvervsevne."

Hertil har advokaten i skrivelse af 12/7 2007 til nævnet bl.a. anført:

"Faktum er således, at parterne er enige om både reel arbejdstid, og at min klient gennem årevis har haft kroniske lidelser og derfor sikkert erhvervsevnetab, som ifølge min opfattelse ikke pludselig kan takseres anderledes end tidligere. Her henviser jeg til, at forsikringsbetingelserne jo altså ikke har ændret sig, og at min klient således fortsat er dækket som ved forsikringens tegning.

De af Topdanmark påberåbte kendelser, mener jeg endvidere, er irrelevante, idet det tidsmæssige aspekt spiller ind i nærværende sag, hvor der er sket udbetaling fra den 1. november 1997 og fremefter.

Endvidere har jeg tidligere oplyst, at de påberåbte kendelser alle vedrører personer, der har en noget større arbejdsindsats ugentligt, end min klient har."

Parterne er herudover fremkommet med yderligere kommentarer.

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 for 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.
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.
3. Udbetalingen sker månedsvis forud for det tidspunkt, hvor erhvervsevnen uafbrudt har været nedsat med 2/3 eller mere i karenstiden.
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.

   Forsikrede skal underrette Topdanmark, hvis helbredstilstanden bedres.
5. Topdanmark kan til enhver tid kræve dokumentation for, at forsikrede opfylder betingelserne for, at der kan udbetales invaliderente."

Nævnet udtaler:
Efter forsikringsbetingelsernes punkt 8 A og B er det en betingelse for tilkendelse af invaliderente og præmiefritagelse, at erhvervsevnen er nedsat med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne. Efter forsikringsbetingelsernes punkt 8 D, nr. 4, fortsætter udbetalingen af invaliderenten under forudsætning af, at forsikredes erhvervsevne ikke ved lægelig behandling, omskoling, genoptræning, uddannelse eller i øvrigt bedres i sådan en sådan grad, at forsikrede ikke længere er berettiget til at modtage forsikringsydelser ved tab af erhvervsevne.

Selskabet har fra den 1/6 1996 og frem til den 1/10 2005 løbende vurderet, at klagerens erhvervsevne var nedsat i dækningsberettigende grad, og klageren er derved efter nævnets opfattelse bibragt en berettiget forventning om, at hans erhvervsevne var og er nedsat i dækningsberettigende grad, medmindre der sker ændringer i hans medicinske eller økonomiske erhvervsudygtighed. Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet det ikke godtgjort, at der er sket sådanne ændringer.

Nævnet finder på denne baggrund, at selskabet er uberettiget til at standse udbetalingerne med henvisning til, at resterhvervsevnen udnyttes i et omfang, der ikke er erstatningsberettigende. Idet nævnet bemærker, at selskabet ikke har gjort gældende, at udbetalingerne er fortsat ved en fejl, da klageren fik tildelt fleksjob,

b e s t e m m e s :

Selskabet, Topdanmark Forsikring A/S, skal anerkende, at klagerens erhvervsevne i perioden fra den 1/10 2005 frem til den 1/12 2007 var nedsat i dækningsberettigende grad, og skal som følge heraf udbetale ydelser ved tab af erhvervsevne med tillæg af renter.

Poul Sørensen
formand