805/08

Den 20. oktober 2008 blev i sag nr. 72.890:

xxx xxxxxxxxxx
xxxxx xxxx xx
xxxx xxxxxxx

mod

SEB Pension
Postboks 100
0900 København C

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har en individuel pensionsordning i SEB Pension, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at udbetale ydelser i forbindelse med klagerens tab af erhvervsevne.

Selskabet henviser til, at klagerens generelle erhvervsevne ikke er nedsat i dækningsberettigende grad.

Forsikringen giver ret til præmiefritagelse og invalideydelse, såfremt erhvervsevnen på grund af sygdom eller ulykke nedsættes til 1/3 eller derunder af den fulde erhvervsevne.

Klageren, der er født i 1961, anmeldte den 10/12 2002, at han var ude af stand til at arbejde som selvstændig autolakerer på grund af smerter i skuldre og albuer. Klageren anførte i anmeldelsen, at han siden den 8/10 2002 havde været i stand til at arbejde to timer om dagen.

Selskabet indhentede lægelige oplysninger og kommunale akter og bevilgede på baggrund heraf midlertidige ydelser til den 1/8 2003, hvor selskabet vurderede, at klagerens generelle erhvervsevne ikke var nedsat i dækningsberettigende grad. I forbindelse med

sagens indbringelse for nævnet har selskabet forlænget udbetalingen af midlertidige ydelser til den 1/10 2003.

Efter selskabets afgørelse fulgte korrespondance mellem parterne, ligesom der er indhentet speciallægeerklæringer

Klageren blev bevilget flexjob i egen virksomhed pr. 1/8 2004 med en ugentlig arbejdstid på 13,5 timer.

Af speciallægeerklæring ved I.T.H, 1. reservelæge, Ph.d., dateret 26/4 2007, fremgår bl.a.:

"**Problemstilling**
46-årig gift mand i flexjob i egen virksomhed. Ses for langvarig smertetilstand i skuldre, albuer og arme.

Dispositioner
Moderen har angiveligt leddegigt (reumatoid arthrit)
K.B. er højrehåndet

Tidligere sygdomme og indlæggelser
Ingen hospitalsindlæggelser.
Sund og rask i det daglige, fraset smerterne beskrevet nedenfor
Undersøgt for toksisk hjerneskade pga. arbejde med malerprodukter i årevis

Nuværende
Rask frem til ca. 2001, hvor han snigende og progredierende mærker især belastningsrelaterede smerter i skuldre, overarme og albuer. Smerterne især lokaliseret bilateralt til skuldrenes yderside, ydersiden af overarmene samt albuerne, hvor smerterne er værst svarende til både mediale og laterale epikondyler. Smerten er intens og af dyb, borende og til tider brændende karakter. Der har været fornemmelse af nedsat kraft. Ingen bevægeindskrænkninger, hverken i halshvirvelsøjlen, i skulder- eller albueleddene. Oplever kompromitteret nattesøvn på grund af smerter samt træthed i det daglige. Funktionsniveauet har været jævnt aftagende siden smertedebut og frem til 2003, således at patienten i dag kun kan varetage let kontorarbejde og truck-kørsel i tilsammen én time om dagen i egen virksomhed. Siden 2003 er der sket en forværring i tilstanden, idet smerteudbredelsen nu også omfatter underarmene og en tidvis sovende fornemmelse ud i højre hånds 2-3-4-5 finger, lige som der ofte er smerter i nakkeregionen. Patienten angiver, at han på grund af smerter kun i få minutter kan holde en avis, mens han læser den. Han udtrættes og får smerter i armen ved forsøg på at klippe en 1/2 meter kantgræs med græssaks. Kan på grund af smerter i armene heller ikke bruge tastaturet på en PC i mere end få minutter.
Patienten har aldrig haft gener fra øjne, mundslimhinde, vejrtrækning eller skummende urin. Har ikke psoriasis. Har aldrig, trods den familiære disposition, haft hævede led eller ledsmerter ud over det beskrevne.
…
Objektiv undersøgelse

Aldersvarende mand, som umiddelbart fremtræder sund og rask. Bevæger sig frit under gang samt ved af- og påklædning. Fremtræder relevant i sin fremstilling af tingene og der er ingen positive funktionelle tests. Virker ikke smertepåvirket. Vægt 106 kg (angivet). Højde 175 cm (angivet).

Kropsholdningen er opret og naturlig. Der er symmetrisk, ensartet muskelfylde over arme, krop og ben uden hypotrofi. Hæl- og tågang normal.
Columna: Perkussionstest, fjedringstest og hudrulletest alle negative. Normale rygkrumninger, ingen scolioser.
Columna cervikalis: Fri rotation til 85 grader. Negativ foramen kompressionstest. Nakkefæster og nakkemuskulatur præget af ømhed og muskelinfiltrationer.
Columna thoracalis: Ingen ømhed af paravertebrale muskulatur. Fri scapula-bevægelighed.
Columna lumbalis: Smertefri og normal bevægelighed ved side- og antefleksion samt rotation.
Underekstremiteter: Normal kraft og neurologi og leddene er uden ansamling.
Overekstremiteter: Normal kraft over skulder-, albue- og håndled på begge sider. Der gives godt, fast håndtryk. Overarmene måler på begge sider 36 cm i største omkreds, underarmene 31 cm.
Skulderled: Armene kan aktivt og passivt føres til lodret over hovedet/180°, dog med smerte på ydersiden af skulderen fra 90-180°. Abduktion aktivt og passivt til 120° bilateralt. Udadrotation til 60/60°, indadrotation til scapula bilateralt. UL-scanning af skulderleddene: Rotatorcuffen findes intakt bilateralt og der er ingen affektion af subacromiale bursae. Der er ingen ledansamling på nogen af siderne.
Albueled: På begge sider kan albueleddet extenderes og flekteres fuldt ud. Der er ingen ledansamling ved palpation eller ultralydscanning. Der er ømhed ved muskelfæstet ved mediale og laterale epikondyl.
Håndled: Uden ledansamling, normal bevægelighed. Der er ikke ved ultralydundersøgelse eller klinisk undersøgelse holdepunkter for carpaltunnelsyndrom.
Triggerpunkter: Der er ved gennemgang af de for diagnosen fibromyalgi karakteristiske 18 triggerpunkter kun fundet ømhed af de 8 (4 x 2), der er lokaliseret i nakke-skulder-regionen. Patienten opfylder dermed ikke kriterierne for diagnosen fibromyalgi.

Resume og konklusion
46 årig mand, siden 1981 selvstændig i egen virksomhed, som udfører industrilakering. Efter minimum 20 års hårdt, monotont, fysisk arbejde, bliver K.B. ansat i flexjob i firmaet, med overvejende administrative opgaver. Angiver en arbejdsformåen på 1 times let fysisk arbejde dagligt.
Symptomer: Siden 2001 belastningsrelaterede smerter i primært skuldre og albuer. Siden 2003 endvidere smerter i underarme og nakkeregion, samt en sovende fornemmelse i højre hånds finger 2-3-4-5.
Objektive fund: Eneste objektive fund er angivelse af entese- og muskeløмhed i nakke-, skulder- og albueregioner. Normal aktiv og passiv bevægelighed overalt i overekstremiteter og halshvirvelsøjle. Der er normale neurologiske forhold (reflekser, følesans, kraft). Alle led og slimsække i armene uden hævelse ved palpation og UL-undersøgelse. Rotatorcuffmuskulaturen er intakt, bedømt ved UL.
Overensstemmelse mellem symptomer og objektive fund: Hele sygdomsbilledet beror nu som tidligere på de anførte belastningsrelaterede smerter siden ca. 2001. Beskedne objektive fund med muskel- og enteseømhed i nakke-, skulder- og albueregionerne.
Årsagen til og sammenhængen med eventuel uarbejdsdygtighed i hidtidig beskæftigelse:
Den beskrevne, fysiske belastning (lange arbejdsdage, tunge løft, monotoni i arbejdsfunktionen) i arbejdet med industrilakering fra 1981 og frem til 2001, vil muligvis kunne udløse den beskrevne, kroniske, belastningsrelaterede smertetilstand.

Forslag til udredning eller behandling: Undertegnede anser patienten for at være veludredt og jeg har ikke yderligere forslag til undersøgelser eller behandling. Med baggrund i det langvarige forløb og den kun kortvarige effekt af steroidinjektioner i skuldre og albuer i forløbet hos den reumatologiske speciallæge i Å., må tilstanden anses for at være kronisk/stationær og behandlingsresistent. Det må forventes at der vil være varigt behov for at undgå fysisk belastende jobfunktioner. Det vil være tilrådeligt med fysisk belastning inden for smertegrænsen.
Diagnoser: Kronisk, belastningsrelateret smertesyndrom i muskler og senetilhæftninger i nakke, skuldre, albuer og arme."

Klagerens advokat har efterfølgende i skrivelse af 28/6 2007 til læge I.T.H. stillet følgende spørgsmål:

"Jeg kan oplyse, at SEB har fortolket Deres erklæring således:
'På baggrund af de foreliggende akter i sagen er det vores opfattelse, at Deres klient skal undgå fysisk belastende jobfunktioner. Deres klients erhvervsevne inden for sit hidtidige hårdt fysiske erhverv er som følge heraf nedsat. Derimod er Deres klients generelle erhvervsevne indenfor ikke fysisk belastende jobfunktioner ikke nedsat i erstatningsberettigende grad. Det er selskabets opfattelse, at Deres klient ville være i stand til at arbejde mere end svarende til en normal arbejdsuge i et ikke fysisk belastende erhverv, såfremt han i øvrigt afholdt sig fra fysisk arbejde.'

Er det en korrekt udlægning af Deres erklæring?"

Hertil har læge I.T.H. i skrivelse modtaget af advokaten den 10/7 2007 anført:

"De har fremsendt et brev vedr. ovennævnte, dateret d. 28. juni 2007 med uddybende spørgsmål til den af undertegnede udfærdigede lægeerklæring på K.B. d. 26. april 2007.

Jeg kan IKKE tilslutte mig Deres udlægning af min erklæring. Det fremgår således allerede af erklæringen at patienten har oplyst over for mig at:

'Funktionsniveauet har været jævnt aftagende siden smertedebut og frem til 2003, således at patienten i dag kun kan varetage let kontorarbejde og truck-kørsel i tilsammen én time om dagen i egen virksomhed.'

Jeg har ingen holdepunkter for at anfægte patientens oplysninger.
Henviser i øvrigt til den fremsendte erklæring."

Klagerens advokat har over for nævnet gjort gældende, at selskabet skal anerkende, at klagerens erhvervsevne er nedsat i dækningsberettigende grad. Til støtte herfor har advokaten i skrivelse af 14/11 2007 til nævnet bl.a. anført:

"Min klient bevilges den 11. august 2004 fleksjob med 2/3 løntilskud (bilag …), således at min klients egen indtjening alene er 1/3 af lønnen. Det må derfor lægges til grund, at min klients erhvervsevne er nedsat med 2/3, hvorfor han er berettiget til udbetaling."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse og til støtte herfor i skrivelse af 14/4 2008 til nævnet bl.a. anført:

"Det er selskabets opfattelse, at klageren ikke er berettiget til forsikringsdækning udover den 1. oktober 2003, idet klagerens generelle erhvervsevne ikke kan anses for nedsat med mindst 2/3.

…

Såvel rets- som ankenævnspraksis har flere gange statueret, at forsikringer af typen som denne dækker tab af den generelle erhvervsevne.

Selskabet har dog i overensstemmelse med sædvanlig praksis bevilget klageren forsikringsdækning på baggrund af en vurdering af klagerens erhvervsevne i klagernes konkrete erhverv som autolakerer i en midlertidig periode, indtil det stod klart, at klagerens erhvervsevne ville være varigt nedsat. Således fremgik det af speciallæge J.O.S.' erklæring af 31. februar 2003, der vedlægges som Bilag …,og speciallæge E.G.'s erklæring af 5. august 2003, der vedlægges som Bilag …, at klageren ikke ville kunne vende tilbage til sit hidtidige arbejde, men at han skulle kunne blive beskæftiget ved et ikke skulder- og albuebelastende arbejde.

Klageren lider af dobbeltsidige tennisalbuer og dobbeltsidig skulderlidelse og kan som følge heraf ikke varetage sit arbejde som selvstændig autolakerer.

Klageren burde dog kunne varetage et andet ikke skulder- og armbelastende arbejde på det generelle arbejdsmarked i et omfang svarende til mere end 1/3 af en almindelig arbejdsuge.

Af lægeattest af 20. oktober 2003, der vedlægges som Bilag … fremgår det da også at:

…

Hvor stor en del af den generelle erhvervsevne kan forsikrede anvende?

Forsikrede kan udføre mere end 1/2 erhvervsarbejde forudsat, at erhvervsarbejdet ikke er skulder- armbelastende.

Af speciallæge J.O.S.' erklæring af 4. december 2003 (bilag …) fremgår det:

…

Ved den objektive undersøgelse findes over begge skulderled positivt impingementtegn, moderat reduceret kraft samt let reduceret bevægelighed. Hvad angår albuerne distinkt ømhed over såvel mediale som laterale epikondyler samt ekstenor- 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.

…

Dette giver dog ikke selskabet anledning til at ændre opfattelse, da klagerens tilstand ud fra speciallægens objektive fund ikke kan begrunde en generel erhvervsevnenedsættelse på mindst 2/3 - og da slet ikke en arbejdsformåen på kun en time om dagen.

Klageren lider af belastningsrelaterede gener fra skuldre og albuer. Der har en overgang været rotarorcuff-affektion i skuldrene samt sene - slimsækmuskelaffektion. Men igennem forløbet og sidst ved speciallæge I.T.'s erklæring af 26. april 2007 er der meget sparsomme objektive forandringer i led, sener og muskler.

Desuden har klageren fået foretaget ultralydsscanning, som er normal.

Sådanne helbredsgener kan efter selskabets lægekonsulents opfattelse ikke begrunde en generel erhvervsevnenedsættelse på 2/3.

Klageren fik i august 2004 tilkendt fleksjob i egen virksomhed og af fleksjobbevillingen, der vedlægges som Bilag … fremgår det, at klageren blev ansat med en faktisk arbejdstid på 13,5 time pr. uge og med et løntilskud på 2/3.

Klageren arbejder altså rent faktisk mere end 1/3 af en almindelig arbejdsuge, men burde også på det generelle arbejdsmarked kunne arbejde i omfang svarende til mere end 1/3 og vi skal i denne forbindelse bemærke, at han på det generelle arbejdsmarked burde kunne arbejde mere end han gør i sit konkrete fleksjob.

Det fremgår således af kommunens journalnotat af 23. oktober 2003, der vedlægges som Bilag …**,** at:
…
Pgl. Oplyser meget klart, som tidligere, at han lige så godt kan sige det som det er - han vil fortsætte i egen virksomhed. Pgl. oplyser, at han ikke er interesseret i revalidering. …
Bekræfter som tidligere, at der ikke er andre arbejdsopgaver i virksomheden, udover de ca.5-7½ timer adm. arbejde, der er pr. uge og der vil ikke være mulighed for at finde mere af dette, som vil være foreneligt med hans gener. Kunne måske begynde at køre noget mere opsøgende - men siger i den sammenhæng at det jo også skal være reelt.

Det fremgår videre af kommunens journalnotat af 17. oktober 2004, der vedlægges som Bilag … at:

Sagsbehan.s. vurdering af udviklingsmuligheder på baggrund af ressourcer og barrierer

Såfremt der kan findes lette arbejdsområder i firmaet vil pgl. kunne klare flere timer end nu.

Af ovennævnte kan det udledes, at klageren burde kunne påtage sig et arbejde på det generelle arbejdsmarked i omfang svarende til mere end 1/3 af en almindelig arbejdsuge og derved tjene mere end 1/3 af, hvad der normalt for fuldt erhvervsdygtige personer med lignende uddannelse og alder.

Han opfylder således ikke forsikringsbetingelserne og er ikke berettiget til forsikringsdækning.

Vi skal bemærke, at vi naturligvis har forståelse for, at klageren ønsker at fortsætte i sin egen virksomhed, men bedømmelsen af forsikredes erhvervsevne sker ikke kun i forhold til klagerens konkrete erhverv, men derimod i forhold til alle de erhverv, man med rimelighed kan forlange klageren skal kunne påtage sig.

Vi skal ikke undlade at bemærke, at bedømmelsen af klagerens erhvervsevne sker på baggrund af forsikringsbetingelserne og uafhængigt at de offentlige myndigheder. Tilskudsgraden i klagerens fleksjob kan derfor ikke sidestilles med det generelle erhvervsevnetab i forsikringsbetingelsernes forstand og kan hverken dokumentere eller skabe en formodning for, at klagerens generelle erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3.

Som det fremgår af den mellem selskabet og klagerens advokat udvekslede korrespondance af 14. december 2007, 20. februar 2008, 29. februar 2008 og 5. marts 2008, der vedlægges som Bilag …, har vi flere gange forgæves forsøgt at indhente klagerens samtykke til indhentelse af yderligere oplysninger til brug for en grundig vurdering af sagen. Det må tillægges klageren processuel skadevirkning, at selskabet afskæres fra på sædvanlig vis at indhente informationer hos Danica Pension og Arbejdsskadestyrelsen. Selskabet kan ikke acceptere, at det overlades til klageren - eller dennes advokat - selv at sortere i det materiale, som selskabet ønsker at gennemgå.

Klageren [har] dog fremlagt de ønskede regnskaber for tiden 2000 - 30.9.2007, som vi antager, at nævnet også er i besiddelse af. Det fremgår heraf klart, at klageren driver en virksomhed, som rent faktisk giver ham en lønindkomst, der langt overstiger 1/3 af, hvad der må anses for normallønnen ud fra det generelle erhvervsevnekriterie.

Klagerens gage fremgår under note 4 i regnskaberne, idet lønomkostningen til det øvrige personale fremgår af note 2. Lønomkostningen til klageren udgør summen af gage og pension, hvilket giver følgende lønindkomst til klageren de 5 seneste regnskaber:

År:	Gage:	Pension:	Samlet lønindkomst:
2003	171.742	200.000	371.742
2004	217.719	300.000	517.719
2005 (9 md*.)	240.237	120.000	360.237
2006	235.009	1.546.540**	1.781.549
2007	243.400	300.000	543.400

*Regnskabsåret blev i 2005 omlagt fra kalenderåret til 1/10-30/9
**Det meget høje pensionsbidrag skal formentlig sammenholdes med en ekstraordinær indkomst brandskadeerstatning)

Som det ses, har klageren til stadighed opretholdt en samlet lønindkomst i niveauet 1/2 mio. kr. årligt.

Selskabet skal i øvrigt gøre nævnet opmærksom på, at nævnet i sagen AK 66.078 af 19. december 2005, som selskabet på baggrund af de i sagen nævnte oplysninger har en sikker antagelse om drejer sig om netop klageren, fandt at klagerens generelle erhvervsevne kun kunne anses for nedsat med 50 %, hvorfor det indklagede selskabet alene blev tilpligtet at betale halve ydelser til klageren. Selskabet blev i AK 66.078 - hvilket ellers var påstået af klageren - ikke tilpligtet at betale fulde ydelser til klageren og det kan altså af kendelsen udledes, at nævnet ikke fandt grundlag for at anse klagerens generelle erhvervsevne for nedsat med mindst 2/3.

Endelig gøres det subsidiært gældende, at klagerens krav på forsikringsdækning fra 1. oktober 2003 til 31. december 2004 er forældet med udgangen af 2006 i medfør af den dagældende 2-årige forældelsesregel i FAL § 29."

Hertil har klagerens advokat i skrivelse af 26/6 2008 til nævnet bl.a. anført:

"Efter det foreliggende lægger SEB megen vægt på de forhold, der gjorde sig gældende forbindelse med deri oprindelige tildeling af fleksjob i 2003 og 2004 og de lægeerklæringer, der forelå på daværende tidspunkt.

Det er min opfattelse, at man skal tage udgangspunkt i speciallægeerklæringen fra overlæge l.T.H. af den 26. april 2007, hvor der anføres, at der er tale om et kronisk belastningsrela-

teret smertesyndrom i muskler og senetilhæftninger i nakke, albuer og arme. Herudover anføres det:

'Funktionsniveauet har været jævnt aftagende siden smertedebut og frem til 2003, således at patienten i dag kun kan varetage lidt kontorarbejde og truckkørsel i tilsammen en time om dagen i egen virksomhed.'

Endvidere anføres det, at der ikke er holdepunkter for at anfægte patientens oplysninger.

Baggrunden for dette er, at SEB udlægger speciallægeerklæringen sådan, at min klient ikke opfylder betingelserne for udbetaling.

Dette er baggrunden for, at jeg forelægger SEB's udlægning for speciallægen, som ikke kan godkende den udlægning, som SEB foretager.

Dette får SEB til at anføre, at jeg skulle være manipulerende, uagtet at jeg blot anfører, hvad SEB selv har skrevet, jf. sagens bilag …

Som det fremgår af bilag … er der ikke holdepunkter for at anfægte patientens oplysninger. Det betyder med andre ord, at min klient i tidsmæssig sammenhæng har en nedsat arbejdsevne, og der er intet, der tyder på, at denne arbejdsevne kan udvides til et større antal timer.

Det betyder i relation til den tidsmæssige udstrækning, at min klient opfylder betingelserne.

Herudover er der spørgsmålet om, hvilken Iøn min klient er i stand til at oppebære.

Som det fremgår af tilskuddet til fleksjobbet, får min klient kun en løn, der svarer til mindstelønnen på området.

i den forbindelse skal man være opmærksom på, at man skal vurdere min klient i forhold til, hvad han kunne tjene på det almindelige arbejdsmarked, og ikke hvad han tjener som følge af sit ejerskab til virksomheden.

Tilsyneladende blander SEB disse to forhold sammen.

Efter forsikringsselskabsbetingelserne skal man tage hensyn til hans nuværende tilstand, uddannelse og tidligere virksomhed, og hvad der i samme egn er sædvanligt for fuldt erhvervsdygtige personer med lignende uddannelse, alder og køn.

Derfor skal der ikke indregnes det, han måtte tjene som følge af sit ejerskab i virksomheden.

Derfor opfylder han således også de økonomiske betingelser, hvorefter erhvervsevnen er nedsat med 1/3.

Konklusionen er derfor, at min klient i såvel antal timer som i forhold til indtjening har en erhvervsevnenedsættelse til under 1/3, således at han er berettiget til udbetaling.

I forhold til underskrivelse af fuldmagt er det min klare opfattelse, at SEB ikke som betingelse kan begære fuldmagt til alt, hvad man måtte ønske. SEB har fået regnskaber, fleksjobaftale og andet materiale, som er relevant for sagen.

I den forbindelse skal det i øvrigt oplyses, at det i forhold til Danica er de samme oplysninger, der ligger til grund for Danicas behandling af sagen, men min klient ønsker principielt ikke, at selskaberne uden videre skal have adgang til at udveksle alle oplysninger. De relevante oplysninger indgår i sagen her."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**§ 5 Dækning ved invaliditet**
Ved forsikredes invaliditet opnås den aftalte dækning i henhold til SEB Pensions regulativ for præmiefritagelse og invalideydelser."

Af regulativ for præmiefritagelse og invalideydelser fremgår bl.a.:

"**§ 1 Definition af invaliditet**
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.

Nedsættelse af erhvervsevnen, der berettiger til udbetaling af invalideydelse og/eller præmiefritagelse, foreligger når den forsikrede ikke længere skønnes at være i stand til - bedømt under hensyntagen til dennes nuværende tilstande, dennes uddannelse og tidligere virksomhed - at tjene mere end 1/3 af, hvad der i samme egn er sædvanligt for fuldt erhvervsdygtige personer med lignende uddannelse, alder og køn."

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet, at der ikke er grundlag for at kritisere selskabets afgørelse.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

J. Hermann