808/08

Den 1. december 2008 blev i sag nr. 73.263:

xxxx xxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx xxx xxx
xxxx xxxxx

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

Forsikringstageren, der har kapitalpension med en tilknyttet invaliderente i Topdanmark Forsikring A/S, klager ved sin repræsentant over, at selskabet har afvist fortsat at betale invaliderente samt yde præmiefritagelse efter 1/1 2008.

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

Det fremgår af sagen, at klageren, der har arbejdet som medhjælpende hustru i landbruget, i 1993 tegnede kapitalpension med tilknyttet invaliderente, der giver ret til udbetaling og præmiefritagelse, såfremt hendes erhvervsevne nedsættes med mindst 2/3.

Klageren blev ved skrivelse 16/8 2002 bevilliget fleksjob af T. Kommune. Af denne skrivelse fremgår bl.a.:

> "Betjening af postfunktionen og medhjælp i butikken
>
> Løntimer: 38
> Arbejdstimer: 22"

Selskabet redegør således for sagen:

> "A.P. var medarbejdende ægtefælle i landbruget, da hun den 6. maj 2000 kom til skade med højre skulder og efterfølgende blev sygemeldt, hvilket fremgår af erklæring om ansøgning af udbetaling ...

A.P. fik præmiefritagelse og udbetaling af invaliderenten i perioden fra den 1. august 2000 til den 1. september 2002 ...

Den 12. august 2002 blev A.P. ansat i fleksjob som ufaglært butiksassistent i D. i Ø. ...

Den 30. maj 2003 oplyste Topdanmark til A.P. ... at hun efter den 1. september 2002 ikke længere var berettiget til udbetaling af invaliderente samt præmiefritagelse, da hendes økonomiske erhvervsevnetab ikke var på mindst 2/3, idet lønnen i fleksjob udgjorde 105,6 % af den hidtidige løn.

I brev af den 6. januar 2004 ... skrev Topdanmark, at udbetaling af invaliderente samt præmiefritagelse blev genoptaget med tilbagevirkende kraft som følge af en dom fra Højesteret, UfR.2004.374H ... Samtidig meddelte Topdanmark, at der ville ske udbetaling og præmiefritagelse med tilbagevirkende kraft fra den 1. september 2002 og frem til den 1. september 2007."

Selskabet anførte i skrivelse af 19/9 2007 til klageren:

"Udbetaling forudsætter at din erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3. Bedømmelsen af din erhvervsevne under fleksjob består af tre elementer: Vurdering af din resterhvervsevne, din medicinske og din økonomiske erhvervsevne.

Vi lægger fremover vægt på din resterhvervsevne
Siden du sidst blev bevilget udbetaling, har Ankenævnet for Forsikring truffet en række afgørelser, der lægger afgørende vægt på resterhvervsevnen. Ankenævnet fastslår, at erhvervsevnen ikke er nedsat med mindst 2/3, hvis man har en resterhvervsevne i et fleksjob på mere end 1/3. Derfor lægger vi nu som noget nyt afgørende vægt på din resterhvervsevne.

Vurdering af din resterhvervsevne
Ud fra de samlede oplysninger, herunder oplysninger fra V. Kommune om din ugentlige arbejdstid ifølge din fleksjobaftale, kan du udnytte din resterhvervsevne med 22 timer pr. uge, det vil sige med mere end 1/3. Derfor opfylder du ikke betingelsen om, at din resterhvervsevne skal være nedsat med mindst 2/3.

Når du ikke opfylder betingelsen om resterhvervsevnen, vurderer vi ikke din medicinske og økonomiske erhvervsevne.

Da fortsat udbetaling forudsætter, at såvel din resterhvervsevne, som din medicinske og din økonomiske erhvervsevne er nedsat med mindst 2/3, er du ikke længere berettiget til udbetaling.

Vi fortsætter udbetalingen et stykke tid
Som nævnt lægger vi nu vægt på resterhvervsevnen. Da det er nyt, vil vi gerne give dig en mulighed for at omstille dig til din nye situation. Vi har derfor valgt at fortsætte udbetalingen til den 1.1.2008, hvorefter udbetalingen stopper. Til den tid skriver vi til dig om genoptagelse af præmiebetalingen."

Klagerens repræsentant LandboMidtØst har ved skrivelse af 17/1 2008 over for nævnet nedlagt påstand om, at selskabet skal anerkende, at det har været uberettiget til at

stoppe udbetalingen samt præmiefritagelsen. Klagerens repræsentant har til støtte herfor anført:

> "A.P. kom den 6.5.2000 til skade med højre skulder, hvorefter hun blev sygemeldt. På dette tidspunkt var A.P. medarbejdende ægtefælle i landbruget. På grund af de helbredsmæssige gener kunne A.P. ikke forblive i erhvervet og efter lang sygeperiode og arbejdsprøvning, blev A.P. ansat i fleksjob pr. 12.8.2002 som ufaglært butiksassistent i D. i Ø.
>
> A.P. har siden den 1.8.2000 fået bevilget præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente fra TopDanmark.
>
> Det er derfor med stor undren, at Topdanmark i brev af 19.9.2007 oplyser, at de nu ændrer praksis og pr. 1.1.2008 stopper præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente.
>
> Topdanmark skriver i brev af 3.1.2008, at der ikke er tale om, at Topdanmark har frataget A.P. en ydelse, idet den er udbetalt i den fulde periode der er bevilget for, nemlig fra den 1.8.2000 til 1.1.2008.
>
> Det er unægtelig et stort tab for A.P. at præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente ophører, idet den som nævnt er blevet udbetalt de seneste 7 år.
>
> Der er på ingen måde tale om, at A.P. har genvundet sin erhvervsevne. Hendes forhold er uændrede, både hvad angår resterhvervsevne, den medicinske og den økonomiske erhvervsevne.
>
> Vi mener derfor, at A.P. har en berettiget forventning om fortsat præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente."

Selskabet har ved skrivelse af 8/2 2008 fastholdt sin afgørelse over for nævnet har til støtte herfor anført:

> "**Konklusion:**
> Det er LandboMidtøsts opfattelse, at A.P. ikke har genvundet sin erhvervsevne, og at hendes forhold er uændrede, både hvad angår resterhvervsevne, den medicinske og den økonomiske erhvervsevne.
>
> **Ad det generelle erhvervsevnetab**
> Det fremgår af forsikringsbetingelsernes punkt 8 afsnit B stk. 2, at:
> '*Fastsættelsen af graden af erhvervsudygtighed sker på grundlag 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 forsikrede nuværende helbredstilstand, uddannelse og de funktioner der indgik i forsikrede 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 forsikrede 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.*'
>
> Topdanmark er således berettiget til at foretage en vurdering af det medicinske og det økonomiske erhvervsevnetab.

Det er en del af produktets virkemåde, at begge disse betingelser skal være opfyldt, før forsikrede er berettiget til udbetaling.

Herudover har Ankenævnet for Forsikring ved flere kendelser, herunder AK 59.715 og AK 60.770, AK 70.479 og AK 71.275 accepteret, at der ved vurderingen af det generelle erhvervsevnetab lægges vægt 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 man udnytter mere end 1/3 af sin resterhvervsevne i et fleksjob.

På baggrund af denne praksis fra Ankenævnet for Forsikring har Topdanmark i lighed med andre selskaber i branchen ændret sin praksis. Vi tillægger herefter resterhvervsevnen i fleksjob vægt, når vi vurderer den generelle erhvervsevne.

Herefter lægges der vægt på 3 kriterier ved afgørelsen af, om der er et dækningsberettiget erhvervsevnetab, nemlig:
1) At der er et medicinske erhvervsevnetab på mindst 2/3,
2) At der er et økonomiske erhvervsevnetab på mindst 2/3 samt
3) At forsikrede ikke er i stand til at udnytte sin resterhvervsevne med mere end 1/3 (fx i fleksjob)

Ad det medicinske erhvervsevnetab
Topdanmark bestrider ikke, at A.P.s medicinske erhvervsevnetab er uændret.

Ad det økonomiske erhvervsevnetab
Det er Topdanmarks opfattelse, at A.P.s økonomiske erhvervsevnetab er mindre end 2/3, idet lønnen i fleksjobbet som ovenfor nævnt udgør mere end 100 % af hendes hidtidige løn samt idet det offentliges andel af lønnen i fleksjobbet udgør 2/3.

Ad den udnyttede resterhvervsevne
Det afgørende for Topdanmarks beslutning om ikke at bevillige præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente efter den 1. januar 2008 er, at A.P. er i stand til at udnytte sin resterhvervsevne med mere end 1/3, og at hendes erhvervsevnetab derfor ikke er nedsat med mindst 2/3.

Ifølge A.P.s fleksjobaftale ... arbejder hun 22 timer ugentlig. Ud fra disse oplysninger opfylder A.P. ikke betingelsen om, at hun maksimalt må udnytte 1/3 af sin resterhvervsevne. Da alle 3 betingelser ikke er opfyldt betyder det, at såfremt A.P.s erhvervsevnetab skulle vurderes i dag, så ville hun ikke være berettiget til præmiefritagelse og udbetaling af invaliderente."

Klagerens repræsentant anførte i skrivelse af 28/2 2008 til nævnet:

"Topdanmark anfører i deres brev af 8. februar 2008 til Ankenævnet for Forsikring, at A.P.s økonomiske erhvervsevnetab ikke var på mindst 2/3, idet lønnen i fleksjob udgjorde 105,6% af den hidtidige løn **(bilag … - brev af 30.5.2003).**

Dette forhold er vi uenige i, da det må være det driftmæssige resultat, som skal danne grundlag for at opgøre A.P.s indkomst.
På baggrund af dette fremsendes et bilag, hvor økonomikonsulent G.T.L. har opgjort A.P.s gennemsnitlige indkomst for årene 1997, 1998 og 1999, hvilket udgør 266.898 kr. i stedet for 155.233 kr., som Topdanmark har opgjort det til.

Dette betyder, at A.P.s indkomst er faldet til ca. 61,4% af den løn hun fik før som selvstændig."

Af beregning af 28/2 2008 udarbejdet af klagerens repræsentant fremgår:

"I sagen er der blevet henvist til at arbejdsindkomsten for A.P. før skulderlidelsen var 155.233 kr. Dette beløb er fremkommet ved at bruge et gennemsnit af de beløb som efter reglerne om medarbejdende ægtefælle er overført til A.P. for årene 1997 (151.000), 1998 (155.100), 1999 (159.600). Disse beløb fremkommer som de maximale beløb som kunne overføres efter reglerne som medarbejdende ægtefælle i henhold til skattelovgivningen, og siger således ikke noget om A.P.s reelle indkomst.

Ægteparret har gennem året drevet ejendommen med en fælles arbejdsindsats. Derfor må det nødvendigvis være de driftsmæssige resultater før finansiering gennem de tre år, som skal belyse A.P.s indkomst.

Følgende resultater er opnået i henhold til driftsopgørelserne for årene.

1997	590.638
1998	527.739
1999	483.015

Gennemsnitsindkomsten af det driftsmæssige resultat før finansiering var 533.797 for bedriften. Heraf er halvdelen A.P.s indkomst før skulderlidelsen, 266.898 i årene 1997 til 1999. Det skal så ses i forhold til indtægten ved fleksjobbet på 163.925kr efter skulderlidelsen. Hermed er A.P.s indkomst faldet til 61,4% af den løn hun før fik som selvstændig.

Såfremt A. ikke var kommet til skade, vurderes det at det fremtidige driftsresultat vil have ligget på ca. samme niveau."

Selskabet anførte herefter i skrivelse af 7/3 2008 til nævnet:

"LandboMidtØst anfører i deres brev af den 28. februar 2008 til Ankenævnet for Forsikring, at det må være det driftsmæssige resultat, som skal danne grundlag for at opgøre A.P.s indkomst.

Dette står vi imidlertid uforstående overfor, da A.P.s årsopgørelse ligger til grund for vores opgørelse af hendes hidtidige indkomst.

Det fremgår af hendes årsopgørelser, at hun havde følgende indkomst i årene op til hendes erhvervsevnetab:

1997	151.000
1998	155.100
1999	159.600

Et gennemsnit af disse tre års indkomst giver 155.233 kr. A.P.s indkomst følger reglerne i Kildeskatteloven, og er de maksimale beløb, der kunne overføres efter reglerne i KSL § 25 A om medarbejdende ægtefælle.

Dette skyldes, at indkomst vedrørende driften af en erhvervsvirksomhed altid skal beskattes hos den ægtefælle, som i overvejende grad driver virksomheden.

Vi lægger ikke vægt på, om ægteparret har drevet ejendommen i fællesskab, da den til Skat oplyste indkomst for A.P., er det afgørende. Anna Pedersens ægtefælle må ud fra Kildeskatteloven betragtes som den, der i overvejende grad stod for driften af virksomheden.

Hvis det var A.P.s ægtefælle, som havde mistet sin erhvervsevne, ville Topdanmark også have lagt hans årsopgørelser til grund for beregningen af hidtidig løn.

Vi er derfor fortsat af den opfattelse, at A.P.s økonomiske erhvervsevnetab ikke udgør mindst 2/3, da årsopgørelserne fra 1997 til 1999 danner grundlaget for vor beregning af A.P.s indkomst, og lønnen i fleksjob derfor udgør 105,6% af den hidtidige løn."

Som følge heraf anførte klagerens repræsentant i skrivelse af 17/3 2008 til nævnet:

"I forlængelse af tidligere brev fra LandboMidtØst af 28. februar 2008, hvor vi argumenterer for, at det driftmæssige resultat danner grundlag for opgørelsen af A.P.s årsløn og ikke det skattemæssige resultat, henvises til 'Vejledning om fastsættelse af årsløn af 04/11 2003'.

Vejledningen er skrevet af Arbejdsskadestyrelsen på baggrund af praksis i Arbejdsskadestyrelsen og Den sociale Ankestyrelse om fastsættelse af årsløn, hvilket må kunne bruges analogt på A.P.s opgørelse af årslønnen.

Af 'Punkt 5.3. Selvstændige' fremgår det at:
'Årslønnen fastsættes med udgangspunkt i overskuddet i virksomheden, det vil sige driftsregnskabet, og ikke i den skattepligtige indkomst".

Eftersom der er tale om en lille virksomhed, som kun bestod af de to ægtefæller som bidrog lige meget til virksomhedens drift, mener vi fortsat, det driftmæssige resultat skal deles ligeligt mellem de to ægtefæller, hvilket udgør et gennemsnit på 266.898 kr. til A.P., og ikke på baggrund af reglerne i Kildeskatteloven."

Selskabet anførte i skrivelse af 28/3 2008 til nævnet:

"Vi har forstået henvendelsen således, at det er LandboMidtØst's opfattelse, at A.P. skal betragtes som selvstændig i relation til beregning af, hvorvidt A.P. opfylder betingelserne om et økonomisk erhvervsevnetab. Dette synspunkt er Topdanmark ikke enig i.

L.andboMidtØst argumenterer for, at det driftsmæssige resultat danner grundlag for opgørelsen af A.P.s årsløn under henvisning til vejledning skrevet af Arbejdsskadestyrelsen om fastsættelse af årsløn.

Til grund for Topdanmarks fastsættelse af A.P.s årsløn ligger hendes årsopgørelser for de sidste tre år op til skadens indtræden. I den forbindelse henviser vi til tidligere korrespondance, senest vores brev af den 7. marts 2008. Den vejledning, der ligger til grund for Arbejdsskadestyrelsens fastsættelse af årsløn, finder således ikke anvendelse, idet Topdanmark har en anden praksis på området.

A.P. er medarbejdende ægtefælle efter Kildeskattelovens § 25 A. A.P. er dermed ikke selvstændig, og hun er derfor heller ikke omfattet af 'Punkt 5.3. Selvstændige' - efter Topdanmarks opfattelse.

Hvis A.P. skulle kunne betragtes som selvstændig, og dermed have haft andel i det driftsmæssige resultat, kunne det eksempelvis være sket ved at eje virksomheden som interessentselskab sammen med sin mand.

Dette har imidlertid, efter det oplyste, ikke været tilfældet, hvorfor det driftsmæssige resultat alene henføres til A.P.s ægtefælle.

Topdanmark er derfor fortsat af den opfattelse, at A.P.s økonomiske erhvervsevnetab ikke udgør mindst 2/3, da lønne i fleksjobbet udgør 105,6 % af den hidtidige løn beregnet på baggrund af årsopgørelserne fra 1997 til 1999.

Vi fastholder således, at betingelserne for udbetaling og præmiefritagelse ikke er opfyldt."

Selskabet anførte senere i skrivelse af 5/9 2008 til nævnet:

"**Beregning af fleksjoblønnen**
Indtægten i fleksjobbet beregnes ud fra A.P.s fleksjobaftale.

Løn i fleksjob	163.924,80 kr.
Offentligt tilskud (50 %)	- 81.962,40 kr.
	81.962,40 kr.

Beregningen af tidligere indkomst
A.P.s tidligere indkomst beregnes ud fra et gennemsnit af årsopgørelserne fra 1997, 1998 og 1999:

1997 = 151.000 kr.
1998 = 155.100 kr.
1999 = 159.600 kr.
I alt = 465.700 kr.
Gennemsnit = **155.233 kr.**

Beregningen af det økonomiske erhvervsevnetab
81.962,40 kr. / 155.233 kr. = 0,528
Hvilket i procent giver **52,8 %.**

Topdanmark er således fortsat af den opfattelse, at A.P. ikke opfylder kravene til et økonomisk erhvervsevnetab, da hendes økonomiske erhvervsevnetab ikke er på mindst 2/3, idet A.P.s indtægt vurderet i overensstemmelse med U2004.374H udgør 52,8 % af hendes tidligere indkomst."

Som følge heraf anførte klagerens repræsentant i skrivelse af 15/9 2008 til nævnet:

"Vi er enige i beregningen af fleksjoblønnen i henhold til fleksjobaftale, hvilket udgør 81.962,40 kr.

Vi er uenige i beregningen af det økonomiske erhvervsevnetab og mener A.P. har lidt et økonomisk erhvervsevnetab på mindst 2/3.

81.962,40 kr. / 266.898 kr. = 0,307
Hvilket i procent giver 30,7 %

A.P. har således lidt et tab på 69,3 %, hvilket er et økonomisk erhvervsevnetab på mindst 2/3.

Årslønnen er fastsat med udgangspunkt i overskuddet i virksomheden, det vil sige driftsregnskabet, og ikke i den skattepligtige indkomst jf. vores breve af 28.02.08 og 17.03.08."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**8 Tab af erhvervsevne**

A Fritagelse for præmiebetaling

...

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 ulykkestilælde bliver nedsat med 2/3 eller mere, jfr. punkterne D og E.
2. Fastsættelsen af graden af erhvervsudygtigheden 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.
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 fra 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."

Nævnet udtaler:
Efter forsikringsbetingelsernes punkt 8 A + D er det en betingelse for tilkendelse af invaliderente og præmiefritagelse, at erhvervsevnen er nedsat med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne. Invaliderenten bortfalder, jf. forsikringsbetingelsernes pkt. 8 D, stk. 4, såfremt forsikringstageren ikke længere har et erhvervsevnetab af den krævede størrelse. Ved vurderingen af erhvervsevnetabet indgår såvel en lægelig vurdering og en økonomisk vurdering, jf. pkt. 8 B 2.

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet som ubestridt at kunne lægge til grund, at klageren siden 12/2 2002 har bestridt et fleksjob med en ugentlig arbejdstid på 22 timer.

Nævnet finder at måtte lægge klagerens skattemæssige indtægt til grund for beregningen, da klageren som medhjælpende hustru ikke er at anse som selvstændig.

På denne baggrund finder nævnet, at klagerens erhvervsevne ikke længere er nedsat i en sådan grad, at dette berettiger til invaliderente og præmiefritagelse. Selskabets afgørelse kan derfor ikke kritiseres.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen
formand