839/10

Den 15. marts 2010 blev i sag nr. 76.349:

xxxxx xxxxx xxxxxxx
xxxxxxxxx xxxxxx xxxxxxxxx
xxxxxxx xx
xxxx xxxxxx

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, at selskabet har standset udbetalingen af invalideydelser og genoptaget opkrævningen af præmie pr. 1/9 2007.

Selskabet har anerkendt et midlertidigt erhvervsevnetab i perioden 1/1 2006 til 1/9 2007 og udbetalt fulde invalideydelser og ydet præmiefritagelse i samme periode, men har afvist at anerkende et generelt erhvervsevnetab på 50 % eller mere efter 1/9 2007 med henvisning til, at klageren ikke har dokumenteret, at hun ikke kan påtage sig en fuldtidsstilling inden for et administrativt kontorpræget job. Herudover har selskabet henvist til, at klageren i sin nuværende stilling i 2006 og 2007 de facto har tjent mere end halvdelen af, hvad der er normalt at tjene for tilsvarende personer med samme uddannelse.

Den tegnede forsikring giver ret til midlertidige invalideydelser og præmiefritagelse, såfremt den sikredes erhvervsevne grundet sygdom eller ulykke bliver nedsat med halvdelen eller mere. Ved varigt tab af erhvervsevnen med halvdelen eller mere er der ret til halve invalideydelser og halv præmiefritagelse og til fulde ydelser og præmiefritagelse ved et generelt erhvervsevnetab på 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne. Der er en karenstid på 3 måneder.

Klageren, der er født i 1957, er uddannet fysioterapeut og har drevet selvstændig klinik for fysioterapi siden 1986. Den 11/6 2004 var hun udsat for et biluheld, idet hun kørte frontalt ind i en anden bil, der pludselig og uden varsel foretog en U-vending tværs over vejen. Hun pådrog sig et whip-lash traume ved uheldet, og hun har efterfølgende oplevet stivhed i nakken, sviende smerter i baghovedet, smerter i musklerne på begge sider af halsen, øget trætbarhed, nedsat koncentration, nedsat hukommelse, synsgener med fokuseringsbesvær. Herudover har hun angivet anfaldsvis at have kvalme med paræstesier i mund og svælg.

I lægeattesten i forbindelse med ansøgning af 8/5 2006 om udbetaling ved tab af erhvervsevne har lægen bl.a. anført, at klageren pr. 2/1 2006 har påbegyndt sit arbejde i klinikken med 10 timer ugentligt, og at han forventede, at erhvervsevnen kunne blive bedre, men at han ikke forventede, at hun ville genvinde den fulde arbejdsdygtighed.

Klageren har i tilknytning til lægeattesten supplerende oplyst:

> "Arbejder ca. 2 timer dagligt. Nødvendigt med hvile/ro derefter for at undgå øgning af smerter/gener fra nakken, skl., koncentrationsbesvær, fokuseringsbesvær, gener/smerter ud i armene - især højre, jvnf. tidl. beskrevet. Generne uafhængige af hvilken aktivitet jeg foretager.
> Jeg har hver dag konstante sm./gener fra nk./baghoved, men de øges hurtigt ved for langvarig aktivitet. Ved planlagt/jævnlig ro/hvile kan øgning af som. holdes nede."

Ved skrivelse af 30/6 2006 bevilgede selskabet på baggrund af det modtagne materiale midlertidig præmiefritagelse og udbetaling af ydelser for perioden 1/6 til 1/9 2006.

Ved skrivelse af 22/8 2006 forlængede selskabet perioden for midlertidige ydelser til 1/10 2006.

I skrivelse dateret september 2006 meddelte selskabet, at forsikringsbetingelserne ville blive ændret med virkning fra 1/10 2007, således at eventuelle offentlige ydelser og tilskud fremover ville blive medregnet i forsikredes indtægt.

Efterfølgende forlængede selskabet de midlertidige udbetalinger og præmiefritagelse indtil 1/9 2007.

I kommunalt regi var det under hele forløbet hensigten, at klageren skulle vende tilbage til sit hidtidige arbejde i sin klinik. Hun blev 22/5 2006 bevilget fleksjob i egen virksomhed med samme arbejdsfunktioner som hidtil 10 timer ugentligt og med et løntilskud på 2/3 pr. 29/5 2006. Lønnen udgjorde månedligt 26.614,78 kr.

Forinden selskabet kunne tage stilling til det generelle erhvervsevnetab, ønskede selskabet klageren undersøgt af speciallæge i neurologi, ligesom selskabet ønskede de seneste regnskaber for klagerens virksomhed indsendt.

En speciallæge i neurologi har i erklæring af 3/11 2005 bl.a. anført:

> "Objektiv undersøgelse.
> Vågen, klar og orienteret. Sundt alderssvarende udseende. Ved gennemgang af forløbet må [klageren] flere gange se på medbragte noter, men fremstår ikke generelt hukommelses- eller koncentrationssvækket. Ligeledes under gennemgang af forløbet græder [klageren] flere gange, men fremstår herudover med neutralt stemningsleje og uden depressive træk.
> Der er ingen sproglige forstyrrelser eller besvær med udtale.
> Ved Mini Mental Statement Examination (MMSE) opnås 29 af 30 mulige point.
>
> Ydre kranie og nakke/skulderåg findes med moderat ømhed ved palpation (beføling) af muskler og muskelhæfter.
>
> Columna cervicalis (halshvirvelsøjlen) findes med nedsat aktiv bevægelighed i alle retning til under halvdelen af forventet normalt udslag, og massivt muskelværn ved forsøg på passivt bevægelighed.
> …
> Konklusion:
> I forbindelse med uheldet d. 11.06.04 påføres [klageren] et whiplash-traume, og udvikler umiddelbart herefter omfattende symptombillede med smerter svarende til nakken som centralt element. Da [klageren] forud for uheldet har været rask, og da der er absolut tidsmæssig sammenhæng mellem uheldet og symptomdebut, må whiplash-traumet vurderes at være udløsende årsag.
> Ved objektiv undersøgelse findes bevægeindskrænkning af halshvirvelsøjlen til under halvdelen af forventet udslag og betydeligt muskelværn ved forsøg på passiv bevægelse, men herudover findes normale forhold uden tegn på andre sygdomme som årsag til symptomerne, i særdeleshed er der ingen tegn på sygdom i nervesystemet eller depression."

Af årsrapporten for 2006 vedrørende klagerens virksomhed fremgår, at klagerens egen omsætning havde været 227.962 kr., hvorimod den i ulykkesåret 2004 lå på 550.117 kr.

Ved skrivelse af 10/12 2007 meddelte selskabet, at udbetalingerne ville ophøre pr. 1/9 2007, da det alene ud fra en gennemgang af de indsendte regnskaber kunne konstateres, at hendes indtjening ikke var nedsat i dækningsberettigende grad.

Arbejdsskadestyrelsen har i udtalelse af 26/8 2008 vurderet klagerens méngrad i anledning af ulykken til 10 % og erhvervsevnetabet til 60 %.

Klagerens advokat fremsendte med skrivelse af 17/9 2008 styrelsens udtalelse til selskabet med anmodning om udbetaling af erstatning i henhold til forsikringsbetingelserne, ligesom han oplyste, at klageren var bevilget fleksjob i maj 2006.

Selskabet fastholdt sin hidtidige afgørelse, hvilket blev meddelt advokaten ved skrivelse af 15/12 2008, idet selskabet udbad sig regnskaberne for 2007, således at det kunne vurderes, hvorvidt klageren herefter opfyldte betingelserne for at modtage ydelser i henhold til forsikringen.

Ved skrivelse af 5/2 2009 fremsendte advokaten årsrapport for 2006 og 2007 samt revisorerklæring, idet han anmodede om en stillingtagen til præmiefritagelse og udbetaling ved tab af erhvervsevne. Han opfordrede endvidere selskabet til at præcisere, hvorvidt de ændrede vilkår pr. 1/10 2007 ville blive gjort gældende, idet han herved henledte opmærksomheden på, at klageren var blevet bevilget fleksjob forud for de gennemførte ændringer.

Over for nævnet har advokaten indgivet klage den 10/6 2009 med følgende påstand:

"at det er de oprindelige forsikringsvilkår (bilag …), der skal være gældende for vurderingen af nærværende sag,

at forsikringstagers generelle erhvervsevnetab er nedsat med minimum 50 %, jf. bl.a. Arbejdsskadestyrelsens vurdering (bilag …), samt det regnskabsmæssige materiale.

at forsikringstager på baggrund heraf er berettiget til præmiefritagelse samt løbende udbetaling af erhvervsevnetabserstatning svarende til minimum 50 %."

Selskabet har over for nævnet ved skrivelse af 8/7 2009 fastholdt sin afgørelse og har til støtte herfor bl.a. anført:

"Såfremt afgørelsen af nærværende sag bliver, at klageren siden 1. september 2007 til stadighed bliver anset som berettiget til mindst den omtalte halve dækning, er der enighed mellem parterne om, at den i Bilag … omtalte ændring til de som Bilag … fremlagte forsikringsbetingelser ikke har virkning for klagerens forsikringsaftale.

Jeg antager, at klagerens advokat er enig i, at Bilag … har virkning som tillæg til Bilag … fra det tidspunkt, hvor den endelige afgørelse måtte blive, at klageren hverken har krav på halve eller hele ydelser. Det får den konsekvens, at offentlige tilskud til løn (aktuelt fleksjobtilskud) indgår i beregningen af den løn, som klageren anses at indtjene ved egen arbejdsindsats, når der skal tages stilling til en eventuel genoptagelse af forsikringsudbetalingen.

Forsikringen dækker det generelle erhvervsevnetab, og det er ubestridt, at klagens helbredsmæssige tilstand er stationær, således at den praksisbestemte, midlertidige vurdering af erhvervsevnetabet målt ud fra klagerens fagspecifikke job, ikke finder anvendelse fra 1. september 2007.

Selskabet har med de foreliggende lægelige oplysninger ikke grundlag for at tilsidesætte klagerens tilkendegivelse om, at hun inden for fysioterapeuterhvervet kun kan arbejde 10 timer ugentligt. Manuelt arbejde inden for dette - navnlig for whiplash-patienter særdeles fysisk belastende - arbejde er imidlertid ikke grundlaget for vurderingen af den generelle erhvervsevne …

Der er således ingen dokumentation for, at klageren ikke skulle kunne påtage sig en fuldtidsstilling inden for et stort set hvilket som helst administrativt kontorpræget job. Selskabet har forståelse for, at klageren ønsker at forblive i egen fysioterapeut-virksomhed, men dermed er hun også ude af stand til at løfte den bevisbyrde, der påhviler hende, dels da der ikke er gennemført eller gennemføres nogen form for generel arbejdsprøvning, dels da gener fra nakkeregionen som alle andre forstuvninger alt andet lige aftager over tid - i hvert fald i relation til erhvervsudøvelse inden for fag, der ikke specifikt belaster nakken.

For så vidt angår den manglende arbejdsprøvning, er det bemærkelsesværdigt, at det ifølge de kommunale sagsakter, Bilag …, nærmest end ikke er overvejet, om klageren skulle beskæftige sig med andet end fysioterapeutisk arbejde. …

For så vidt angår nakkeproblemernes indflydelse på erhvervsevnen - det være sig generelt eller fagspecifikt - undrer selskabets lægekonsulent sig over, at ulykken af 11. juni 2004 har været helt uden indflydelse på klagerens indtjening i 2004, der ifølge bilag … endda er steget i forhold til 2002 og 2003. Endvidere er det atypisk, at der reelt først sker langtidssygemelding ca. 1 år efter whiplashtraumet, der da heller ikke har resulteret i relevante objektive lægelige fund.

Det gøres endvidere gældende, at klageren i sin nuværende stilling i såvel 2006 og 2007 de facto har tjent mere end halvdelen af, hvad der er normalt at tjene for tilsvarende personer med samme uddannelse. Lægges klagerens egne regnskabsoplysninger i bilagene … ukritisk til grund, udgør klagerens egenindtjening for 2006 og 2007 ganske vist mindre end halvdelen af, hvad hun angiveligt tjente før ulykken i 2002 og 2003, men klageren er ikke forsikret som selvstændig erhvervsdrivende - og slet ikke med et beregningsmæssigt udgangspunkt i den konkrete indtægt før skadens opståen.

Tælleren i erhvervsevnetabsbrøken er ved den rent økonomiske vurdering den faktiske indtjening, mens nævneren - jf. afsnittet oven for - er hvad der er normalt at tjene for tilsvarende personer med samme uddannelse. I henhold til den som Bilag … vedlagte udskrift fra in-

ternettet fremgår det, at den vejledende anbefalede mindsteløn for klinikansatte fysioterapeuter siden 1. oktober 2008 har udgjort 31.675 kr. månedligt, dvs 380.100 kr. årligt. Selv uden korrektion i forhold til de mindre beløb, der var gældende i 2006 og 2007, har klageren med 227.962 kr. og 213.427 kr. de facto indtjent mere end halvdelen af det normale."

Som reaktion herpå har klagerens advokat i skrivelse til nævnet af 23/7 2009 bl.a. anført:

"SEB henviser til bilag … pkt. 15, hvor der fremgår, at *'tab af erhvervsevne foreligger når forsikrede ikke længere er i stand til at tjene - under hensyntagen til forsikredes nuværende tilstand, uddannelse og tidligere virksomhed - hvad der i samme egn er almindeligt for fuldt arbejdsdygtige personer med tilsvarende uddannelse og alder.'*

I relation til ovenstående bestrides det, at min klients whiplashtraume samt manglende arbejdsprøvning i kontorpræget job kan danne grundlag for afvisning og generelt tab af erhvervsevne
…
Endvidere har … kommune vurderet, jf. bilag …, at min klient er berettiget til fleksjob. Her er det efter sagkyndig vurdering, arbejdsprøvning i egen virksomhed samt sædvanlig sagsgennemgang endeligt vurderet, at min klient uanset arbejdstype, kun kan varetage arbejde af kortere tidsintervaller.

Det kan således ikke tiltrædes, at min klient vil kunne varetage et fuldtids administrativt kontorarbejde. Min klient vil, som det også indirekte fremgår af ovenstående erklæring fra speciallæge, udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen samt … Kommunes sagkyndige vurdering, uanset anden type arbejde, være præget af smerter og lide af en massiv nedsat funktionsevne.
…
I henhold til SEB's skrivelse bestrides det, at min klient ikke kan anses som forsikret som selvstændig erhvervsdrivende. SEB gør gældende at min klient skal godtgøres som almindelig klinikansat fysioterapeut og på baggrund af deres vejledende mindsteløn. Udgangspunktet må være, at min klient er forsikret som selvstændig erhvervsdrivende, når henses til, at det har været og er SEB bekendt, at min klient ejede/ejer egen virksomhed. Det kan således ikke anses som rimeligt, hvis min klient skal have beregnet sin erhvervsevnetabsbrøk efter mindstelønnen for klinikansatte. Det er således heller ikke er rimeligt, når SEB sammenligner den vejledende mindsteløn for klinikansatte fysioterapeuter med min klients nuværende indtjening, som begrundelse for, at min klients indtjening er mere end halvdelen af det normale. Det fastholdes til stadighed og på baggrund af ovenstående, at min klients erhvervsevnetab må beregnes på baggrund af reglerne for selvstændige erhvervsdrivende, således den gennemsnitlige indtjening før skadens indtræden."

Afslutningsvis har selskabet i skrivelse af 3/8 2009 alene knyttet en kommentar til advokatens henvisning til Arbejdsskadestyrelsens fastsættelse af erhvervsevnetabet på 60 %, idet han bl.a. har anført:

"Erhvervsevnetabsfastsættelsen sker ud fra andre principper i ASK. Dette viser sig bl.a. ved, at erhvervsevnetabs-%'en opgøres med udgangspunkt i klagerens konkrete indtjening forud for skadens opståen. Da den konkrete indtjening (ca. 600.000 kr.) er langt højere end 'normalindtægten' (opgjort i mit brev af 8. juli til ca. 380.000 kr.), der anvendes i forsikringsaftalen, når ASK selvfølgelig til en højere %-sats."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**Almindelige betingelser vedrørende dækning for tab af erhvervsevne**

16. **Generelle regler**
…
Tab af erhvervsevnen foreligger når forsikrede ikke længere er i stand til at tjene - bedømt under hensyntagen til forsikredes nuværende tilstand, uddannelse og tidligere virksomhed - hvad der i samme egn er almindeligt for fuldt arbejdsdygtige personer med tilsvarende uddannelse og alder.
…
19. **Udbetaling af erstatning**
Erstatning for tab af erhvervsevne betales, såfremt erhvervsevnen nedsættes med halvdelen eller mere af den fulde erhvervsevne, efter følgende regler:
- nedsættes erhvervsevnen med mellem 1/2 og 2/3 af den fulde erhvervsevne, udbetales halvdelen af forsikringsydelsen,
- nedsættes erhvervsevnen med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne, udbetales hele forsikringsydelsen. Selskabet kan gøre det til en betingelse at forsikrede mindst tilkendes offentlig mellemste førtidspension.

Udbetaling af forsikringsydelsen sker månedligt forud, efter at erhvervsevnen uafbrudt har været nedsat med 1/2 eller mere, i hele den i policen anførte karensperiode,

Genvindes erhvervsevnen standser udbetalingerne. Selskabet kan til enhver tid kræve dokumentation for, at forsikrede opfylder betingelserne for at få erstatningen udbetalt.
…
47. **Præmiefritagelse**
Ret til præmiefritagelse har den forsikrede, der på grund af sygdom eller ulykkestilfælde mister sin erhvervsevne, uden at det skyldes forsæt, således at erhvervsevnen er nedsat med 2/3 eller mere af den fulde erhvervsevne.

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

Præmiefritagelse får virkning fra den dag, nedsættelsen af erhvervsevnen har varet uafbrudt i 3 måneder."

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen, herunder de kommunale sagsakter, speciallægeerklæring af 3/11 2005, Arbejdsskadestyrelsens udtalelse af 26/8 2008 samt de fremlagte regnskaber og revisorerklæring finder nævnet det ikke på det foreliggende godtgjort, at klagerens generelle erhvervsevne er nedsat i dækningsberettigende grad.

Denne afgørelse udelukker ikke, at en nærmere bevisførelse under en retssag vedrørende indtægtsforholdene for personer, som klageren skal sammenlignes med, kan føre til et andet resultat.

Med dette forbehold

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen