864/11

Den 28. marts 2011 blev i sag nr. 77.666:

xxxxxxx xxxxxxx
xxxxxxxxxx xx
xxxx xxxxx

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 fulde helbredsbetingede ydelser i perioden fra den 1/4 2006 til den 1/7 2007.

Klageren gør over for nævnet gældende, at selskabet for perioden fra den 1/4 2006 til den 1/7 2007 skal udbetale fulde helbredsbetingede ydelser svarende til, at hans generelle erhvervsevne har været nedsat med 2/3 eller derover. I perioden har selskabet alene udbetalt halve ydelser og har afvist at yde præmiefritagelse med henvisning til, at klagerens erhvervsevne alene har været nedsat med mellem 1/2 og 2/3.

Forsikringen, klageren er omfattet af, giver ret til udbetaling ved tab af erhvervsevne og præmiefritagelse, hvis den forsikredes erhvervsevne som følge af sygdom eller ulykke bliver nedsat til 1/3 eller mindre af den fulde erhvervsevne. Er erhvervsevnen nedsat til mellem 1/2 og 1/3, giver forsikringen ret til halv udbetaling ved tab af erhvervsevne, men ikke til præmiefritagelse.

Klageren er født i 1966 og kom til skade med ryggen i 2005. Han er uddannet telegrafist i søværnet og fungerede i nogle år frem til sin tilskadekomst som selvstændig entreprenør, murerarbejdsmand og brolægger

Klagerens advokat har i sin klageskrivelse til nævnet bl.a. anført:

> "Det fremgår af sagen, at min klient gør gældende, at min klient også i perioden 1.4.2006 - 1.7.2007 opfyldte betingelserne for udbetaling af løbende ydelse, idet min klients funktionsniveau / erhvervsevne i perioden var nedsat med mere end 2/3, i hvilken forbindelse det skal bemærkes, at min klient, der, uagtet at være ansat i fleksjob, alene var ansat med en arbejdstid på 10 timer pr. uge efter at have gennemgået en omfattende arbejdsprøvning og erhvervsafklaring af Jobcenter ..."

I klageskemaet har klageren endvidere anført:

> "Marts 2005 faldt jeg baglæns ind i et rum, da jeg skulle trække en trillebør. Dette gav smerter i nakke og ryg, som gradvist blev værre. Sep. 2005 blev jeg fuldtids sygemeldt. Der blev konstateret en diskusprolaps i nakken. August/september 2006 konstateres en diskusprolaps i ryggen. Juni 2007 ansættes jeg i flexjob efter 3 arbejdsprøvninger, alle med afprøvning af max. arbejdstid. Alle 3 endte med max. 10 timer ugentlig.
>
> 2. Hvad vil De konkret opnå hos selskabet? (skal udfyldes)
>
> Da jeg er visiteret til en ugentlig arbejdstid på 10 timer, mener jeg at min erhvervsevne er nedsat med mere end 2/3, hvilket giver mig ret til erstatning."

Ved skrivelse af 12/2 2010 til nævnet har selskabet bl.a. anført, at klageren efter den 1/7 2007 ikke længere har været berettiget til løbende ydelser, da han på dette tidspunkt kom i fleksjob. Det er herefter selskabets vurdering, at hans indtægtsnedgang er mindre end halvdelen. Endvidere har selskabet i skrivelsen af 12/2 2010 bl.a. bemærket:

> "I henhold til forsikringsbetingelserne (bilag …) vurderer vi til at starte med, om [klageren] midlertidigt er ude af stand til at passe sit nuværende arbejde. Vi vurderer således hans erhvervsevne i hans erhverv som entreprenør, og det er på den baggrund, at vi har startet udbetalingen. Dette kaldes udbetaling ved midlertidig tab af erhvervsevne.
>
> [Klageren] kan få udbetaling fra sin forsikring ved midlertidigt tab af erhvervsevne i op til 18 måneder efter hans sygemelding. Når tilstanden er stabiliseret, typisk senest efter 18 måneder, vil vi vurdere, om hans erhvervsevne er nedsat længerevarende. Og her ser vi på hans erhvervsevne i et bredere perspektiv.
>
> Vi har bevilget fritagelse for indbetaling og hel udbetaling ved tab af erhvervsevne i en midlertidig periode frem til den 1. april 2006, fordi [klageren] ikke har været i stand til at passe sit arbejde som entreprenør. Da hans tilstand er stabiliseret, behandler vi herefter sagen ud fra en vurdering af [klagerens] generelle erhvervsevne.
>
> I modsætning til vurderingen i forbindelse med midlertidig tab af erhvervsevne er vurderingen ikke længere begrænset til, om han kan arbejde som entreprenør eller ej. Kort sagt ser vi på, hvad en erhvervsdygtig person med tilsvarende alder, uddannelse m.m. kan tjene. Hvis sygdommen betyder, at han har mistet mere end halvdelen af denne indtægt, er han berettiget til udbetaling ved tab af erhvervsevne og fritagelse for indbetaling.

> På baggrund af de foreliggende oplysninger om [klagerens] helbredsmæssige forhold er det vores opfattelse, at der ikke er noget til hinder for, at [klageren] kan passe et ikke fysisk belastende arbejde på mere end 1/3 tid med de rette skånehensyn, og derfor er han kun berettiget til halv udbetaling fra forsikringen i perioden fra den 1. april 2006 til den 1. juli 2007.
>
> Det fremgår af konklusion i speciallægeerklæringen fra overlæge O.A.N. (bilag …), at der ved den objektive undersøgelse findes let til moderat bevægeindskrænkning i columna cervicalis, let bevægeindskrænkning i lænden og affladet muskelrelief. Ingen perifere neurologiske udfald, og der er ikke grund til yderligere behandling.
>
> Af Privathospitalet …'s oplysninger fra den 23. november 2005 (bilag …) fremgår det, at der ses let degeneration af discus C5/6 med antydet protrusion bagud, men ingen påvirkning af medulla og ingen påvirkning af rødderne trods en anelse forsnævring af foramina. Lægen mener ikke, at [klagerens] symptomer kan afhjælpes af operativ behandling. Desuden viser scanningen kun beskedne degenerative forandringer, som lægen mener, vil brænde ud med tiden. [Klageren] er blevet tilrådet at forsøge at genoptage sit arbejde, eventuelt i en mindre belastende funktion og på nedsat tid. Dette indikerer, at hans erhvervsevne ikke er nedsat tilstrækkeligt.
>
> I journaloplysningerne (bilag …) fra [klagerens] egen læge skriver lægen den 7. marts 2006, at [klageren] max. kan være 3 timer på arbejde om dagen. Dette passer også med, at vores lægekonsulenter vurderer, at [klagerens] generelle erhvervsevne er nedsat til mellem 1/2 og 1/3, men ikke til 1/3 eller mindre.
>
> Vi fastholder på baggrund af oplysningerne i sagen vores tidligere vurdering af, at [klageren] har et klart skånebehov i et rygbelastende arbejde, men i en hensyntagende beskæftigelse burde han kunne varetage et ikke fysisk belastende arbejde på mere end halv tid. Vores lægekonsulent vurderer, at der er tale om lændesmerter med udstråling samt nakkesmerter og hovedpine. Der er nedsat gangevne. Den objektive undersøgelse viser en stiv lænd uden lammelser og uden neurologisk lidelse. Det er derfor fortsat vores vurdering, at hans generelle erhvervsevne er nedsat til mellem 1/2 og 1/3, men ikke til 1/3 eller mindre.
>
> Vi fastholder, at [klageren] ikke har dokumenteret, at hans generelle erhvervsevne er nedsat til 1/3 eller mindre efter den 1. april 2006."

Efter at nævnets sekretariat ved skrivelse af 19/8 2010 havde anmodet selskabet om at foretage en økonomisk vurdering af klagerens erhvervsevnetab og fremsende akter vedrørende arbejdsprøvningen af klageren, anførte selskabet ved skrivelse til nævnet af 3/9 2010 bl.a.:

> "Til brug for jeres behandling af sagen fremsendes resultatet af [klagerens] arbejdsprøvning (bilag …). Det fremgår af oplysningerne fra Jobcenter …, at [klageren] i sin arbejdsprøvning, har kunnet arbejde 2 timer om dagen. Samtidig var det meningen, at han i den sidste del af arbejdsprøvningen skulle øge timeantallet, så det var muligt at vurdere, om de 2 timer dagligt var det maksimale, [klageren] kunne klare. Det fremgår, at [klageren] ikke har forsøgt at sætte timeantallet yderligere op, hvorfor det kan være svært at vurdere, om [klageren] reelt har kunne klare at arbejde mere end 2 timer dagligt.
>
> I journaloplysninger fra [klagerens] egen læge (bilag …) fremgår det, at [klageren] kan være 3 timer på arbejde om dagen.

Ankenævnet ønsker samtidig, at vi foretager en økonomisk vurdering af [klagerens] erhvervsevnetab i perioden fra den 1. april 2006 til den 1. juli 2007, hvor [klageren] får et fleksjob.

I vurderingen af, om [klageren] af helbredsmæssige årsager har mistet halvdelen af sin evne til at tjene penge, ser vi på, hvad en person med tilsvarende alder, uddannelse og på samme egn er i stand til at tjene.

Vi gør opmærksom på, at det ikke er [klagerens] konkrete løn, der skal sammenlignes med. Vi tager ikke hensyn til, om den forsikrede har været særlig ihærdig og dermed opnået større indtægt end gennemsnitligt for erhvervet, ligesom vi ikke vurderer situationen på jobmarkedet.

Det fremgår af ressourceprofilen, at [klageren] inden sin sygemelding arbejdede som murerarbejder/brolægger. Gennemsnitslønningerne for raske personer med dette arbejde ligger på 34.038 kroner om måneden inklusiv pension jf. lønstatistik fra DA Statistik (bilag …).

Vi mener ikke, at [klageren] har dokumenteret, at han ikke er i stand til at tjene mindst halvdelen af denne indtægt som følge af sine helbredsproblemer.

Vi har herefter ikke yderligere kommentarer, og afventer Ankenævnets afgørelse."

Af notat af 23/11 2005 fra et privathospital, klageren har været behandlet på, fremgår bl.a.:

"Hvad angår columna cervicalis ses let generation af discus C5/6 med antydet protrusion bagud, men ingen påvirkning af medulla og ingen påvirkning af rødderne trods en anelse forsnævring af foramina.

Således nakkesmerter debuteret for mere end et halvt år siden. Forværret efter fysioterapi september, nu kroniske nakkesmerter og hovedpine, men ingen radikulære symptomer. Neurologisk undersøgelse normal.
Han har en beskeden diskusdegeneration, men som anført ingen radikulære symptomer. På det foreliggende finder jeg ikke, pt.s symptomer vil afhjælpes af operativ behandling og finder derfor ikke indikation herfor. Han er informeret om, at scanningen kun viser beskedne degenerative forandringer, at jeg ikke har nogen god behandling af hans symptomer, men man må håbe på, at disse brænder ud med tiden, hvilket er hovedreglen. Endvidere at han i så vidt omfang som muligt må forsøge at leve et normalt liv i ventetiden på, at symptomerne sandsynligvis vil forsvinde af sig selv. Han er således tilrådet at forsøge at genoptage sit arbejde, evt. i en mindre belastende funktion og på nedsat tid.
Endvidere er han tilrådet at søge egen læge mhp. en mere hensigtsmæssig analgetisk behandling."

Af speciallægeerklæring af 9/3 2006 udfærdiget af en speciallæge i neurokirurgi fremgår bl.a.:

"**Konklusion**
[Klageren] var udsat for et indirekte traume mod primært columna cervicalis ved et uheld i marts 2005, hvor han falder bagover på et hårdt gulv. Fik ondt i nakken kort tid efter, men smerterne udviklede sig over de efterfølgende måneder og satte sig som en spændingsho-

vedpine samt en smerte, der trak videre ned mellem skulderblade og helt ned til lænden. På intet tidspunkt radikulære gener til ekstremiteterne.
Ved objektiv undersøgelse finder man let til moderat bevægeindskrænkning i columna cervicalis, let bevægeindskrænkning i lænden, affladet muskelrelief og en affladning og både kyphosen og lordosen i henholdsvis bryst- og lænderegion. Ingen perifere neurologiske udfald. Der har således givetvis været tale om en forvridning af columna cervicalis i forbindelse med faldet. Har ikke haft effekt af fysioterapi, tværtimod. Anbefales rygstyrkende øvelser via et fitnesscenter. Ingen grund til yderligere undersøgelser eller behandling."

Af ressourceprofilen i klagerens kommunale sag fremgår om arbejdsprøvningerne af klageren i notat af 12/4 2007 bl.a.:

"Der er efterfølgende forsøgt arbejdsprøvning fra 23. maj til 22. juli 2006 i Byggekram … med lettere fysisk arbejde. Her opnåede [klageren] kun en arbejdstid på 2 timer dagligt. Arbejdet bestod af

Opsætning af varer på hylder,
ekspedition/vejledning af kunderne
Oprydning
pasning af grønt område.

Der blev under arbejdsprøvningen taget de nødvendige hensyn fra kollegerne, således der ikke var tale om hårdt fysisk arbejde.

Der er efter vores opfattelse uoverensstemmelse mellem de lægelige udtalelse/objektive fund og med de arbejdsmæssige præstationer, hvor [klageren] kun opnåede en arbejdstid på 2 timer dagligt. Det er derfor fundet rigtigt at forsøge med endnu en arbejdsprøvning.

Arbejdsprøvningen hos … Vandværk fra 27 juli 2006 blev imidlertid afbrudt p.g.a. sygemelding og efterfølgende indlæggelse, den 28. august 2006 på … sygehus, p.g.a smerter i ryggen. Det blev her konstateret en lille paramedian prolaps på nederste niveau mod venstre men uden sikker rodpåvirkning.

10.10.2006
Det blev besluttet at afvente en klarmelding fra lægerne og [klageren] hvorefter der skal iværksættes en ny arbejdsprøvning.

12.04.2007
[Klageren] afsluttede den 31. marts 2007 arbejdsprøvning på …skolen. [Klageren] fungerede under arbejdsprøvningen som uudannet pædagogmedhjælper. Lederen af skolen, M.K., oplyser at [klageren] havde været en positiv oplevelse på skolen.

Arbejdsopgaverne under afprøvningen bestod bla. af opsyn med eleverne under forskellige former for aktivitet f.eks. basketballspil - kørsel med 4-hjulscrosser - spil - træværksted.

[Klageren] måtte opgive når der var tale om mere fysisk betonet arbejde.

[Klagerens] arbejdstid var normalt fra 8 - 10 3. dage om ugen, fra 12 - 14.30 2 dage om ugen.

Ved midtvejsmødet blev det aftalt at [klageren] skulle sætte timetallet op således det var muligt at vurdere om 2 timer dagligt var det maksimale [klageren] kunne på en arbejdsdag. Det fremgår ikke af rapporten om dette blev forsøgt i den sidste del af perioden. [Klageren] sover ofte dårligt om natten p.a. g. smerter og havde/har derfor ofte hovedpine.

[Klageren] havde under arbejdsprøvningen 11 sygedage ud af 25 mulige arbejdsdage.

På baggrund af de gennemførte arbejdsprøvninger er det min vurdering at op betingelserne for at blive visiteret til et fleksjob er tilstede.

[Klageren] er lægeligt færdigudredt, der kan således ikke gøres yderligere udover evt. smertestillende medicin.
Jeg finder ikke grundlag for en sag om førtidspension, idet arbejdsprøvningerne har vist at der er en resterhvervsevne der kan udnyttes.

Der skal ved arbejdsmæssig placering fremover tages hensyn til at [klageren] ikke kan klare hårdt fysisk arbejde. En jobplacering f.eks som uuddannet pædagogmedhjælper kunne være en mulighed."

I speciallægeerklæring af 26/1 2008 udfærdiget af en speciallæge i neurologi hedder det bl.a.:

"**Konklusion**
41-årig mand tidligere rask som ved en faldulykke 14.03.05 udvikler en siden hen kronisk ryglidelse først primært cervikalt, siden hen også lumbalt med irradierende smerter/sensationer til venstre UE. Nakkelidelsen har ydermere medført udtalt occipital hovedpine. Ryglidelsen har medført langvarig sygemelding og efter arbejdsprøvning flexjob på 10 timer ugentligt.
MR af columna cervicalis september 2005 har vist degenerative forandringer på C5/C6 niveau med prolaps, foraminær forsnævring, dog uden rodaffektion. CT af columna lumbalis 12.09.06 har vist degenerative forandringer især på L5/S1 niveau med protrusion/prolaps mod venstre uden at den afgående S1 rod billedmæssigt sikkert kan adskilles fra diskus.
D. d. findes ingen neurologiske deficit, specielt intet objektivt radikulært fra venstre OE eller venstre UE. Klinisk findes betydende og smertefuld bevægeindskrænkning i både cervikal og lumbalcolumna. Patienten bevæger sig tydeligt især lænderygstigmatiseret.
Den neurokirurgiske vurdering januar 2007 på … Hospital findes ikke helt sufficient. Dels er CT fundet med en mulig venstre S1 rodspåvirkning ikke bemærket, dels er der ikke taget stilling til om en stabiliserende rygoperation vil kunne afhjælpe smerterne. Der er ingen tvivl om, at patienten har en degenerativ både cervikal og lumbal ryglidelse, som over de sidste 2 år smertemæssigt kun er tiltaget og med god grund synes at begrænse erhvervsevnen.
På det foreliggende mener jeg, at patienten burde tilbydes supplerende MR-skanning af columna lumbalis foruden efterfølgende klinisk vurdering ved ryg- og neurokirurg overlæge A.K. på … eller … mhp. dels afklaring af om venstre S1 rod er klemt, dels om en stabiliserende rygoperation vil kunne afhjælpe smerterne.
Patienten er opfordret til at søge egen læge mhp. udredning for hypertension."

Af skrivelse til klageren om ændring af forsikringsbetingelserne af 22/11 2004 fremgår bl.a.:

"***Ændring af forsikringsbetingelser - ny bestemmelse om beskæftigelsesordning***

Vi skriver til dig, fordi vi ændrer forsikringsbetingelserne for, i hvilke situationer vi udbetaler din dækning ved et længerevarende tab af erhvervsevnen.

Det eneste nye er, at vi ud over løn fra din arbejdsgiver nu også betragter offentlige ydelser og tilskud, du modtager direkte eller indirekte som led i en beskæftigelsesordning, herunder fleksjob, som indtægt i vores vurdering af din erhvervsevne."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**Når den forsikrede har et midlertidigt tab af erhvervsevne**
Et midlertidigt tab af erhvervsevnen vil sige, at den forsikrede ikke er i stand til at passe sit arbejde som hidtil i en periode. Før vi udbetaler en dækning, vurderer vi derfor erhvervsevnen ud fra det omfang, forsikrede kan passe sit arbejde i - se dækningsoversigten. For at få udbetalt hele dækningen ved et midlertidigt tab af erhvervsevnen skal forsikrede være fuldstændig ude af stand til at passe sit nuværende arbejde.
…
Vurdering af om tabet af erhvervsevne er længerevarende
Når vi skønner, at den forsikredes tilstand er blevet tilstrækkelig stabil, vurderer vi, om tabet af erhvervsevnen fremover skal betragtes som længerevarende. Det er en forudsætning, at den forsikrede fortsat er sygemeldt. På baggrund af helbredsoplysninger, herunder eventuelt en erklæring fra en læge, som vi vælger, vurderer vi, om erhvervsevnen længerevarende er sat så meget ned, at der ifølge dækningsoversigten er ret til udbetaling.

Imidlertid vurderer vi altid den forsikredes fremtidige erhvervsevne, når hans/hendes midlertidige tab af erhvervsevne har varet halvandet år. Vi kan dog vælge at udskyde vurderingen i et begrænset tidsrum en eller flere gange. I så fald fortsætter udbetalingen efter reglerne om midlertidigt tab af erhvervsevne.

Selvom den forsikrede har fået tilkendt offentlig førtidspension eller har ret til et tilbud om fleksjob, kan han/hun ikke nødvendigvis få udbetalt dækningen ved tab af erhvervsevne. Det skyldes, at reglerne for at få førtidspension og fleksjob ikke er de samme som reglerne for, hvornår man har ret til udbetaling af dækningen.

Når den forsikrede har et længerevarende tab af erhvervsevne
Når vi vurderer, om tabet af erhvervsevnen fremover er længerevarende, laver vi en generel vurdering af den forsikredes erhvervsevne.

Først skønner vi, hvor meget den forsikrede kan tjene. Vi tager hensyn til den forsikredes tilstand, tidligere beskæftigelse og uddannelse - og om den forsikrede er egnet til en ny uddannelse, for eksempel ved omskoling, som kan påvirke den forsikredes indtjeningsmulighed.

Derefter sammenligner vi den skønnede indtægt med det, fuldt arbejdsdygtige personer med en tilsvarende uddannelse og alder tjener i samme del af landet. Viser sammenligningen, at den forsikrede efter vores skøn højst kan tjene 1/3 fremover af en almindelig indtægt for personer på samme alder og med en tilsvarende uddannelse i den del af landet, er den forsikredes erhvervsevne sat ned med 2/3.

Når vi laver vores skøn over indtægten
- vurderer vi ikke situationen på arbejdsmarkedet, og om den forsikrede vil blive i stand til at få et job med sin uddannelse

- medregner vi løn og offentlige ydelser samt tilskud, den forsikrede får som led i en beskæftigelsesordning, som for eksempel fleksjob. Det gælder både direkte og indirekte offentlige ydelser og tilskud, den forsikrede får for eksempel via sin arbejdsgiver."

Nævnet udtaler:
Ved bedømmelsen af det generelle erhvervsevnetab - sådan som dette er defineret i forsikringsbetingelserne - udgør sammenligningsgrundlaget ikke, hvad klageren tidligere har tjent, men hvad en person med klagerens alder og uddannelse må skønnes at tjene jf. herved Højesterets dom gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2007, side 846.

Efter det oplyste for nævnet om gennemsnitslønnen for brolæggere, som selskabet har henvist til, finder nævnet - i mangel af andre oplysninger - at en sådan bedømmelse fører til, at klageren ville have kunnet opnå en månedsløn på ca. 34.000 kr.

Ved bedømmelsen af, hvad klageren med sin lidelse bør kunne tjene, finder nævnet efter de foreliggende oplysninger, herunder særligt de lægelige oplysninger og resultatet af arbejdsprøvningerne af klageren, at det ikke er sandsynligt, at klageren ville kunne tjene mere end 1/3 af det ovenfor angivne niveau i perioden fra den 1/4 2006 til den 1/7 2007. Nævnet finder således, at klageren har ret til fulde ydelser og præmiefritagelse i denne periode.

Herefter

b e s t e m m e s :

_____

Selskabet, Danica Pension, skal yde fulde udbetalinger og præmiefritagelse til klageren i perioden fra den 1/4 2006 til den 1/7 2007. Det beløb, der tilkommer klageren, skal forrentes i henhold til forsikringsaftalelovens § 24.

Poul Sørensen