

Finansklagenemnda Person

Avgjørelse FinKN-2018-687

8.10.2018

Protector Forsikring ASA

Yrkesskade/yrkessykdom - Yrkesskadeforsikringsloven (YFL)

Lisens – varig – operasjon - tidligere nemndsavgjørelse – fal. § 13-12.

Forsikrede arbeidet som pilot og fikk midlertidig udyktighetsattest som følge av påvist gallesten. Selskapet hevdet vilkårenes krav til varighet ikke var oppfylt fordi forsikrede kunne la seg operere slik at han ble arbeidsdyktig igjen. Tvistesaken ble behandlet i nemnda i avgjørelse 2017-657 og nemnda ga klager medhold i at den angitte operasjon ikke kunne anses som helt bagatellmessig. Selskapet utbetalte deretter delerstatning etter vilkårene. Etter at flylegen 23.2.18 konkluderte med at det fortsatt ikke var utsikt til resertifisering innen ett år uten operasjon, fremmet forsikrede krav om full utbetaling etter vilkårene. Selskapet avslo kravet med samme begrunnelse som tidligere. Nemnda fastholdt tidligere rettsanvendelse og bemerket at selskapets pålegg om operasjon etter fal. måtte anses som et urimelig inngrep i forsikredes frihet til å råde over sin person. Etter nemndas syn var kravet om at den medisinske tilstanden "vurderes som varig" oppfylt og forsikrede ble gitt medhold.

Saksfremstilling

Forsikrede (f. 1977, pilot) er omfattet av en lisensforsikring tegnet av arbeidsgiver. Forsikrede fikk kraftige magesmerter i oktober 2015, og ble sykmeldt 17.11.15. Det ble påvist gallestein, og forsikrede har vært sykmeldt siden november/desember 2015. Skademelding ble sendt selskapet 3.1.17. Forsikrede ble 1.2.17 vurdert av flylege som utstedte midlertidig udyktighetsattest:

... Har fået konstateret enkelt større galdesten på 9 x 14 mm. Har jævnlig større og mindre anfald af galdestens-smerter. Har haft ialt 3 voldsomme anfald, senest for 4 måneder siden. Er påbegyndt behandling juni 2016 med Ursochol. Præparatet kan i nogle tilfælde opløse visse stentyper. Er ikke umiddelbart indstillet på operation. Underkendes indtil videre. Kan revurderes når/hvis anfaldsfri efter opløst eller fjernet sten.

Flylegen skrev 16.2.17 til forsikrede:

... Du er sat i behandling med præparat som muligvis vil kunne opløse eller mindske størrelsen af stenen. For at vurdere dette skal som minimum hengå 1/2-1 år og derefter en vis observationsperiode. Det betyder, at du som minimum vil være underkendt i et år fra nu medmindre du bliver opereret.

Selskapets rådgivende lege uttalte 21.2.17:

... Jeg er enig med flylegen i at symptomgivende gallestein ikke er forenlig med å føre fly.

Piloten er satt på medikamentell behandling. Jeg har konferert med gastrokirurg som vurderer denne medisinen til å være lite nyttig i slik behandling. Dagens kikkhullskirurgi er blitt svært trygg og er den anbefalte behandling. Etter et slikt inngrep vil han kunne få sin medisinske klarering ganske raskt. Uten kirurgisk behandling vil det være usikkert hvor lenge han vil være medisinsk ikke skikket for å fly.

Konklusjon:

Kirurgisk behandling vil løse den medisinske utfordringen for denne piloten.

Forsikredes lege opplyste at forsikrede ikke skulle benytte morfin, ettersom han brukte noe tid til å våkne etter en blindtarmsoperasjon i 1991. Selskapet rådgivende lege uttalte 4.4.17:

... Noen pasienter bruker noe lenger tid å våkne etter narkose enn andre. Dette kan ha med individuelle forskjeller å gjøre, eller at det har vært behov for å tilføre ekstra bedøvelsesmiddel kort tid før reversering/oppvåkning. I seg selv ikke en kontraindikasjon for narkose. Det kan bemerkes at det også har vært en betydelig utvikling innenfor bedøvelse siden 1991. Han behøver ikke morfin i forbindelse med et eventuelt inngrep. Det er angitt at hans galleblære fungerer normalt og derfor ikke skal fjernes. Til det er å bemerke at en galleblære med en så stor sten ikke er normal, og medfører fare før gallestensen anfall. Mulighet for gallestensen anfall er uforenlig med å føre fly. Stenen er for stor til at den skal kunne ha naturlig avgang. For øvrig viser jeg til mitt forrige notat.

Konklusjon:

Jeg opprettholder min forrige vurdering etter å ha vurdert den nye dokumentasjonen.

Etter klage til FinKN, innhentet selskapet ny uttalelse fra rådgivende lege som 13.6.17 uttalte:

Jeg har ... rådført meg med Avdelingsoverlege ved kirurgisk avdeling R. sykehus, spesialist i gastrokirurgi Dr.med ... Han bekreftet at det er uvanlig med medikamentell behandling for å fjerne symptomgivende gallesten. Den vanlige behandlingen er ved kikkeshullskirurgi.

Jeg har også sett i Norsk legemiddelhåndbok. ... Her er også kirurgi førstevalget. Bare hos pasienter som ikke kan tilbys kirurgi, kan man forsøke medikamentell behandling. Denne behandlingen har bivirkninger, særlig i form av diare. Hvis stenene ikke er borte etter 2 år, avsluttes behandlingen. Bare 1/3 av pasientene blir bra med medikamentell behandling, og i over halvparten av tilfellene vil stenene komme tilbake etter 2-3 år.

Twist om forsikrede kunne kreve delutbetaling under forsikringen, herunder twist om selskapet kunne kreve at forsikrede lot seg operere, er tidligere avgjort av nemnda, se avgjørelse 2017-657. Forsikrede ble gitt medhold i klagen. Det heter i nemndas begrunnelse:

Saken for nemnda gjelder om forsikrede har krav på utbetaling under lisensforsikringen. Dette reguleres av vilkårenes pkt. 6.1 og 6.2 som gjelder "Skadeoppgjør – utbetaling av erstatning":

Nemnda kan ikke se at selskapet bestrider at forsikrede oppfyller de tidsmessige kravene til varighet som er stilt opp i pkt. 6.1 første ledd annet punktum. Men selskapet anfører at forsikredes tilstand ikke fyller kravet til "varig" og "unfit" i vilkårene. Han er ikke "unfit" når en kikkeshullsoperasjon kan avhjelpe problemet med stein i galleblæren. Slik nemnda ser det, dreier saken seg således ikke om flylegens vurdering av forsikrede, men om forsikrede kan tape sin rett til erstatning når han velger ikke å underkaste seg en operasjon.

Nemnda har i en tidligere uttalelse i sak om rett til utbetaling under en lisensforsikring, 2011-459, lagt til grunn at ingen plikter å underkaste seg et fysisk inngrep med mindre det dreier seg om noe helt bagatellmessig. Nemnda viser til den begrensning i tapsbegrensningsplikten som fremgår av fal. § 13-12 første ledd annet punktum. Etter bestemmelsen plikter en forsikret ikke å følge selskapets "pålegg som utgjør et urimelig inngrep i friheten til å råde over sin person". Etter nemndas syn må et inngrep som innebærer fjerning av galleblæren, også når det gjennomføres ved en kikkeshullsoperasjon og uten bruk av morfin, anses som ikke helt bagatellmessig og nemnda kan da ikke se at forsikrede ikke er unfit som pilot etter vilkårene.

Selskapet akseptert ikke avgjørelsen, men fordi selskapet ikke varslet Finansklagenemnda om sitt standpunkt innen fristen, var det bundet av avgjørelsen.

I forbindelse med utbetalingen av delutbetalingen orienterte selskapet forsikredes advokat om at man ved et eventuelt krav om full erstatning, ville vurdere varighetskravet på ny.

Forsikrede ble undersøkt med ultralyd 6.2.2018. Resultatene ble oversendt flylegen som 23.2.18 uttalte:

Tak for tilsendte scanning. Denne viser desværre at din galdesten er af uændret størrelse. Du kan naturligvis fortsat håbe, at stenen svinder/forsvinder på den givne behandling.

Konklusjon: Uden operation med fjernelse av galdestenen er der absolutt ikke udsigt til recertificering inden for et år.

Forsikrede krevde full utbetaling 27.2.18. Selskapet avslo kravet i hovedsak med samme begrunnelse som i avgjørelse 2017-657.

Forsikrede har anført at saken tvistesporsmål, dvs. om forsikrede må la seg operere, er endelig avgjort ved avgjørelse 2017-657. Selskapet er bundet til å følge avgjørelsen. Hans helseattest er tilbakekalt på grunn av sykdom. Flylegen har uttalt at han vil være sykmeldt i minst 12 måneder til. Vilåorene for utbetaling etter pkt. 6.2 i vilåorene er dermed oppfylt. Etter nemndspraksis kan selskapet ikke overprøve legens vurdering med mindre det foreligger særlige grunner, jf. avgjørelsene 2017-042, 2017-093 og 2017-099. Fastlegen og spesialister i Danmark kjenner forsikrede best. De følger en anerkjent behandlingsmetode som er mindre risikofylt enn operasjon. Det vises til PSN-2015-2811 og PSN-2015-11237 som viser at kirurgi for å fjerne gallestein ikke er uten risiko. Det vises også til Informasjonsskriv fra Helsenorge som viser at det kan oppstå komplikasjoner ved en gallesteinoperasjon.

Selskapet har anført at nemndas avgjørelse 2017-657 bare gjaldt krav om delutbetaling etter vilåorene (6 G). Saken nå gjelder krav om gjenstående del av forsikringssummen på 54 G, se vilåorene punkt 6.2. Nemnda kan umulig ha avgjort en tvist i en sak hvor krav om erstatning først ble fremsatt i februar 2018, dvs. etter avgjørelse 2017-657.

Avgjørelse 2017-657 er uriktig. Den bygger på rettspraksis fra 1960 tallet. Forsikrede kan ikke anses å være "*medisinsk unfit*", når han nekter å få utført en operasjon som vil gjøre ham flydyktig, jf. informasjonen fra flylegen. Selskapet har vist til RG-2002-654 og LB-2013-164793. Begge avgjørelsene ble anket til Høyesterett, men ble ikke tillatt fremmet.

En gallesteinoperasjon er et bagatellmessig inngrep, og den foretrukne behandling av gallestein. Dersom kirurgi er for risikofullt eller en pasient ikke ønsker operasjon, vil behandling med urochol være et alternativ, men også det har mulige bivirkninger. Forsikredes behandling med urochol har ikke fungert, og flylegen skriver også at forsikrede ikke vil få tilbake lisensen innen utløpet av 12 måneder uten operasjon. Forsikrede har ikke et varig tap av helseattesten, ettersom han vil få den tilbake dersom han foretar en minimal og anbefalt operasjon. Forsikrede har ikke oppfylt sin tapsbegrensningsplikt, og det er ikke adekvat årsakssammenheng mellom gallesteinen og tapet av lisensen, jf. Rt. 2007 s. 158. Subsidiært må erstatningsoppgjøret utstå i 3 år etter pkt. 6.6 i vilåorene.

Finansklagenemnda Persons begrunnelse

Saken for nemnda gjelder om forsikrede har krav på den gjenværende delen av dekningen mot lisenstep. Subsidiært reiser saken spørsmål om selskapet kan kreve at oppgjøret utstår i inntil 3 år.

Det er ikke uenighet mellom partene om at forsikrede fremdeles har gallestein. Det er heller ikke uenighet om at så lenge gallesteinene er der, kan han ikke utøve sitt yrke som pilot. Hans "medical" er således inndratt av flylegen, og flylegen har på ny bekreftet at han er "unfit" så lenge gallesteinene fremdeles er der. Selskapet anfører imidlertid at forsikredes medisinske tilstand ikke er "varig", fordi han ikke har oppfylt sin tapsbegrensningsplikt ved å nekte å la seg operere ved det som etter selskapets syn er et bagatellmessig inngrep.

Slik nemnda ser det, reiser saken denne gang samme problemstilling som sist nemnda behandlet saken, nemlig omfanget av forsikredes tapsbegrensningsplikt. I avgjørelse 2017-657 uttalte nemnda at tapsbegrensningsplikten for så vidt gjelder operative inngrep bare omfattet helt bagatellmessige inngrep. Nemnda viste den gangen til at etter fal. § 13-12 første ledd annet punktum plikter ikke den forsikrede "å følge et pålegg som gjør et urimelig inngrep i friheten til å råde over sin person". Brynildsen m.fl., Forsikringsavtaleloven med kommentarer, 3. utgave, omtaler på s. 511 at det er på det rene at "det ikke er adgang for selskapet til å pålegge forsikrede å underkaste seg en større operasjon". Det blir videre pekt på at det "vil trolig avhenge av omstendighetene" om forsikrede kan pålegges å foreta en mindre operasjon. "Det vil for det første

være relevant hvorvidt forsikrede har spesielle grunner for å motsette seg operasjonen. For det andre vil det være avhengig av i hvilket omfang selskapets ansvar vil bli begrenset, samt hvor stor sannsynlighet det er for et positivt resultat".

Nemnda peker på at det ikke foreligger noen høyesterettsavgjørelse som drøfter tapsbegrensningsplikten etter fal. § 13-12 første ledd annet punktum.

Til sammenligning nevnes at etter skadeserstatningsloven § 5-2 annet ledd regnes som medvirkning at den erstatningssøkende "har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade ...".

Selskapet har vist til to lagmannsrettsavgjørelser hvor spørsmålet har vært oppe. I RG 2002-654 la lagmannsretten til grunn at en skadelidt etter alminnelig erstatningsrett pliktet å underkaste seg medisinsk behandling "i form av operasjon forutsatt at utsiktene til bedring er gode og forutsatt at det ikke kan sies å være noe vesentlig risiko ved behandlingen/operasjonen og at denne ikke er for omfattende". I den saken gjaldt det behandling av smerte pga. irritasjon av en nerve etter en tidligere operasjon. "Plagene til A. kan kurant fjernes med sprøytebehandling direkte i nerven alternativt ved å kutte nerven ved operasjon", noe som ble karakterisert av en spesialist som en "bagatellmessig" og kurant operasjon. Den andre saken, LB-2013-164793, gjaldt spørsmålet om det forelå en yrkesskade, og der behandler lagmannsretten i et obiter dictum spørsmålet om unnlatt tapsbegrensning medførte at det manglet årsakssammenheng. I saken hadde vedkommende motsatt seg operasjon for å feste en røket bicepsene. Fordi utsiktene til bedring ved det operative inngrepet var så gode, og komplikasjonsfaren ikke ble ansett å være "særlig stor" mente lagmannsretten at dette trakk dette i retning av at den yrkesskadete var forpliktet til "å la seg operere i den forstand at han ikke kan kreve erstatning fra forsikringsselskapet for tap som følge av han selv valgte å la skaden bli ubehandlet". Begge saken ble anket til Høyesterett, men nektet fremmet. Det er imidlertid ikke kjent hva som var anført i ankene som ankegrunnlag. Og som nevnt er uttalelsen i avgjørelsen fra 2013 et obiter dictum.

Slik nemnda ser det, må spørsmålet om forsikrede plikter å la seg operere avgjøres på grunnlag av ordlyden i fal. § 13-12 første ledd annet punktum. Det må foretas en vurdering av om det konkrete inngrepet vil være et rimelig eller urimelig inngrep i forsikredes frihet til å råde over egen person.

Selskapet har vist til at gallestener som regel fjernes ved kikkhullskirurgi, og at det er tale om et mindre, bagatellmessig, inngrep. Det fremgår av nettsiden til Norsk Helseinformatikk at kikkhullsoperasjonen er den beste metoden for de fleste, og at inngrepet ofte ikke medfører komplikasjoner. Men det er tale om et inngrep som foretas i full narkose ved at tre rør føres inn gjennom bukveggen. Selve inngrepet skjer via disse rørene. Inngrepet utføres ofte som dagkirurgi. Mange sykemeldes i en uke etter inngrepet. På hjemmesiden til ahus.no fremgår at operasjonen vanligvis tar 1,5 time.

Slik nemnda ser det, utgjør selskapets pålegg et urimelig inngrep i forsikredes frihet til å råde over sin person. Nemnda har da vektlagt at det er tale om et inngrep under full narkose og av en viss varighet. Når det er tilfellet, er det årsakssammenheng mellom forsikredes gallesten og tapet av lisensen. Etter nemndas syn er kravet om at den medisinske tilstanden "vurderes som varig" også oppfylt. Nemnda viser til definisjonen av "varig" i vilkårenes pkt. 6.2. første ledd annet punktum:

6.2

Om flylegen etter ytterligere 12 måneder vurderer flygeren som varig unfit vil resten av LOL komme til utbetaling. Med "varig" menes i denne sammenheng en medisinsk unfit tilstand som har vedvart sammenhengende i 12 måneder, og hvor flygerens flylege vurderer tilstanden som varig i ytterligere minst 12 måneder.

Den nye 12 måneders perioden regnes fra det tidspunkt vilkårene for delutbetalingen anses oppfylt. En forutsetning for utbetaling er at flygeren ikke har vært vurdert fit i denne perioden.

Definisjonen av "varig" i denne bestemmelsen er den samme som den som er tatt inn i pkt. 6.1 første ledd annet punktum. Etter det nemnda kan se er alle vilkårene for utbetaling av resten av LOL oppfylt. Flylegen har vurdert at tilstanden vil vare i ytterligere minst 12 måneder. Selskapet har imidlertid krevd at utbetaling av erstatningsoppgjøret skal utstå i samsvar med pkt. 6.6 i vilkårene:

Protector Forsikring ASA og sikrede kan kreve at erstatningsoppgjør skal utstå i inntil 3 år regnet fra konstateringstidspunktet for skade-sykdom når det er fortsatt tvil om tap av rettighetene til FCL-sertifikatet er varig. Etter utløpet av denne perioden skal skaden avgjøres etter den helsetilstand som antas å bli sikredes varige. I denne forbindelse skal det på Protector Forsikring ASAs anmodning, gjennom lege gis adgang til gjennomsyn av kilder som beskriver sikredes nåværende og tidligere helsetilstand som f.eks. journaler, fraværslister, legeerklæringer o.l. Protector Forsikring ASA har rett til ved sin lege å undersøke sikredes tilstand.

Utgangspunktet for beregningen av denne perioden på tre år er "konstateringstidspunktet". Dette begrepet er ikke definert nærmere i vilkårene, men den naturlige forståelsen av uttrykket er at dette er første gang sykdommen ble konstatert av lege. Etter det nemnda kan se, var det i november/desember 2015, slik at det i dette tilfellet bare ville være tale om en kortere utsettelse når øvrige vilkår er oppfylt. Etter vilkårene må det imidlertid også "fortsatt" være "tvil om tap av rettighetene til FCL-sertifikatet er varig". Gitt flylegens uttalelse 23.2.18, mener nemnda at varighetskravet er oppfylt, og nemnda kan da ikke se at vilkårene for utsettelse etter pkt. 6.6 er oppfylt.

Nemndas avgjørelse er enstemmig.

Finansklagenemnda Persons konklusjon

Forsikrede gis medhold.

Ved behandlingen deltok Karin M. Bruzelius (leder), Kaja de Vibe Malling (nestleder), Mildrid Felland (selskapsrepresentant), Gro Farestvedt (selskapsrepresentant), Paal Bjønness (forbrukerrepresentant) og Gyrid Giæver (forbrukerrepresentant).