720/05

Den 1. april 2005 blev i sag nr. 64.325:

xxxxxxxx xxxxxxxxxx xxxxxxx
xxxxxxxxx xxxxx xxxxxxxxxxxx
xxxxx xxxx xxx xxxxx
xxxx xxxxx x

mod

Danske Forsikring
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har retshjælpsforsikring i Danske Forsikring, klager ved sin advokat over, at selskabet har afvist at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til en retssag mod en ejendomsmægler.

Selskabet finder, at klageren ikke har en sådan udsigt til at vinde sagen, at der kan gives forhåndstilsagn om retshjælpsdækning.

Sagen vedrører ejendomsmæglerens krav over for klageren om betaling af 72.000 kr. Ejendomsmægleren har ved en fejl undladt at medtage beløbet i slutopgørelsen over for klageren og hendes tidligere ægtefælle efter ejendomsmæglerens salg af ejendommen.

Klageren har indbragt sagen for Klagenævnet for Ejendomsformidling, der i afgørelse af 21/10 2002 har anført følgende:

"**Nævnet udtaler:**

Indklagede har solgt klagers og klagers daværende ægtefælles ejendom og har derfor krav på salær mv. som anført i fakturaen.

Klager skal derfor honorere indklagedes faktura samt tilbagebetale det fejlagtig afregnede beløb, i alt kr. 72.000,00.

Nævnet finder ikke, at det forhold, at indklagede ved en fejl har troet, at hun havde modtaget en deponering på kr. 72.000,00 og derfor afregnet et beløb over for klager og klagers daværende ægtefælle, kan bevirke, at indklagede har mistet sit krav mod klager.

Nævnet skal bemærke, at § 24, stk. 2, i lov om omsætning af fast ejendom efter nævnets opfattelse ikke finder anvendelse for ovennævnte forhold."

Klageren har ikke betalt beløbet, og ejendomsmægleren har udtaget stævning med påstand om betaling af 72.000 kr.

Klagerens advokat har i skrivelse af 19/5 2004 til selskabet anmeldt sagen til retshjælpsdækning.

Selskabet har i skrivelserne af 1/6 2004 og 9/6 2004 til klagerens advokat afvist at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning.

Af klageskrivelsen fremgår bl.a.:

"Det bemærkes, at der tidligere mellem sagsøger/H., og sagsøgte/forsikringstager har været en sag indbragt for Klagenævnet for Ejendomsformidling, hvilken afgørelse gik forsikringstager/forbruger imod, men som anført overfor Topdanmark, er jeg af den klare opfattelse, at Klagenævnet for Ejendomsformidling i forbindelse med afgørelsen har givet sig af med lovfortolkning, hvilket ligger udenfor klagenævnets kompetence, og dermed - såfremt man følger Topdanmarks afvisning - utilsigtet afskærer forsikringstager fra en domstolsprøvelse omkring fortolkningen af den nævnte § 24. Topdanmark har ikke overfor undertegnede kunnet fremvise en eneste domstolsafgørelse angående emnet, hvorfor argumentationen om, at klagenævnet skulle have en særlig viden herom, forekommer særdeles hul, da den tilsyneladende ikke bygger på en praksis fra domstolene.

Endvidere ses det af sagen, at H./modparten har udvist en passivitet, idet man først, som angivet i mit svarskrift, lader tiden gå i ca. 1 år. Derefter indbringes sagen for klagenævnet, og efter klagenævnets kendelse er faldet, går der på ny 1 års tid inden

man forfølger sit krav. Især perioden fra ankenævns kendelsen og til dato, henset til den korrespondance der sluttede …, finder jeg at forsikringstageren/forbrugeren med rette har kunnet gå ud fra, at H., der var repræsenteret ved advokat, havde opgivet kravet. Jeg lægger her vægt på, at passivitetsbegrebet jo netop kommer på tale, og efter omstændighederne tillægges vægt, navnlig når den svage part i tillid til at sagen var sluttet, indretter sig derpå. Der er vel næppe tvivl om, at den stærke part i nærværende sag er ejendomsmæglerfirmaet H., og den svage er forbrugeren, der jo netop som det fremgår af den seneste replik - afgivet af H.s advokat - stod i en separations-/skilsmissesituation i forbindelse med salget. Jf. replikken må dette nødvendigvis have stået mæglerfirmaet klart, da man påtog sig opgaven, og som jo netop i særlig grad burde tilsige, at man sikrede sig, at afregningerne var i overensstemmelse med den faktiske bogføring, som man må formode ejendomsmæglerfirmaet foretager, og ikke ud fra løselige antagelser på, hvorledes man formoder en pengestrøm har været.

Det gøres således gældende, at forsikringsselskabet med de angivne vilkår om retshjælpsforsikring, bør yde dækning til sagsomkostninger i henhold til forsikringsbestemmelserne, idet forsikringstager/ sagsøgte har al mulig grund til at søge sagen afklaret, bl.a. med ovenstående spørgsmål for byretten."

I selskabets skrivelse af 27/7 2004 til nævnet hedder det bl.a.:

"Vi begrunder vores afslag med, at omkostningerne til sagen ikke bliver afholdt med rimelig grund, hvilket er en betingelse for eventuel retshjælpsdækning ud fra vilkår for retshjælp pkt. 5 stk. 1.

Advokat P.B.-N. mener ikke, at nævnets kendelse kan tillægges værdi, da nævnet har foretaget en ren juridisk vurdering af lovteksten i lov om omsætning af fast ejendom pgf. 24 stk. 2. Han mener, at en juridisk fortolkning af lovtekster hører under domstolen og ikke under et nævn.

Vi mener ikke, at betingelsen i pkt. 5 stk. 1 er opfyldt, fordi sagen har været behandlet i Klagenævnet for Ejendomsformidling, der ikke har givet vores kunde medhold i sin klage.

Af vedtægterne for Klagenævnet for Ejendomsformidling pgf. 1 fremgår det, at formanden for nævnet er en jurist, der opfylder de almindelige betingelser for at kunne blive udnævnt til dommer.

Vedtægterne for Klagenævnet for Ejendomsformidling pgf. 4 stk. 2 bestemmer, at en klage kan vedrøre samtlige omstændigheder i retsforholdet mellem sagens parter.

Af vedtægternes pgf. 4 stk. 3 fremgår det, at nævnet kan afvise en klage, som på grund af deres vanskelige og principielle juridiske karakter eller på grund af usikkerhed omkring bedømmelse af de fremkomne oplysninger skønnes uegnet til nævnsbehandling.

Ud fra pgf. 4 stk. 3 i vedtægterne for Klagenævnet for Ejendomsformidling kan nævnet men skal ikke afvise klager, hvis de er juridisk kompliceret. Det vil sige, at nævnet kan afgøre sager og har juridisk kompetence til at afgøre sager, der indeholder en juridisk fortolkning. Vi mener derfor, at kendelsen fra nævnet i sagen kan tillægges betydning.

Vi underbygger ovennævnte med, at i kendelser fra Klagenævnet for Ejendomsformidling henholdsvis fra den 18.07.03, 17.12.03 og 15.01.04 har nævnet afgjort klager, i hvilke pgf. 24 stk. 2 i Lov om omsætning af fast ejendom har været fremført. I kendelsen fra 30.10.03, har nævnet foretaget en afgørelse ud fra fortolkning af pgf. 15 i lov om omsætning af fast ejendom. Vi mener derfor, at nævnet kan og har mulighed for i deres afgørelser at fortage en fortolkning af lovteksten.

Nævnet har en stor erfaring og ekspertise i at afgøre sager omkring klager over ejendomshandler, hvorfor vi også af denne grund mener, at kendelsen bør tillægges betydning i forhold til vores vurdering af, om vores kunde kan få helt eller delvis medhold ved domstolen og dermed vores vurdering af, om retshjælpsforsikringens rimelighedskriterium er opfyldt.

Michael Wiisbye, Retshjælpsforsikringen, s. 228 skriver, at hvis tvisten har været nævnsbehandlet inden påtænkt sagsanlæg, synes der at gælder en slags 'omvendt bevisbyrde' således, at det i tilfælde af, at sikrede har tabt sagen ved det pågældende nævn, påhviler den sikrede at godtgøre, at der er en rimelig grund til domstolsafprøvelse.

Vi mener ikke, at advokat P.B.-N. er fremkommet med oplysninger eller sandsynliggjort over for os, at en domstol vil nå frem til et andet og bedre resultat, end nævnet er kommet frem til.

Spørgsmålet om passivitet kunne være behandlet i nævnet

Advokat P.B.-N. har i anmeldelsen af sagen til retshjælpsdækning også fremført, at han mener, at der er udvist passivitet fra modpartens side.

Vi mener, at spørgsmålet omkring passivitet kunne være medtaget under nævnsbehandlingen i Klagenævnet for Ejendomsformidling.

Vi har derfor afvist retshjælpsdækning til denne del af sagen ud fra vilkårenes pkt. 7 og pkt. 5 stk. 5. Hvis en sag kan nævnsbehandles i et godkendt klagenævn, skal den indbringes for dette. Omkostningerne til nævnsbehandling er ikke dækket af retshjælpsforsikringen.

Da spørgsmålet ikke har været medtaget under nævnsbehandlingen, bliver omkostningerne til retssagen omkring dette spørgsmål ikke afholdt med rimelig grund, hvorfor vi ud fra vilkårenes pkt. 5 stk. 1 også må afvise retshjælpsdækning til denne del af sagen.

Til illustration af ovennævnte har vi i vores brev fra 09.06.04 henvist til kendelse nr. 50.011 afsagt af Ankenævnet for Forsikring.

Ud fra ovennævnte begrundelser mener vi ikke, at sagen opfylder retshjælpsforsikringens betingelser for retshjælpsdækning, og vi kan derfor ikke give retshjælpsdækning."

Klagerens advokat har i skrivelse af 10/8 2004 til nævnet bemærket, at den væsentlige del af den udviste passivitet består i, at der gik mere end 1 år før ejendomsmæglerens advokat fulgte op på kendelsen fra Klagenævnet for Ejendomsformidling. Klageren har således med rette kunnet gå ud fra, at ejendomsmægleren havde opgivet sit krav.

Hertil har selskabet i skrivelse af 26/8 2004 til nævnet bl.a. anført:

"**Vores kunde er gjort opmærksom på, at der fejlagtigt er udbetalt beløb**

Efter vores kunde har modtaget brev fra modparten fra 16. maj 2001, bliver sagen indbragt for Klagenævnet for Ejendomsformidling.

Klagenævnet for Ejendomsformidling har afsagt kendelse d. 21.10.02, og vores kunde får ikke medhold.

På dette tidspunkt er hun i hvert fald bekendt med, at hun skal tilbagebetale beløbet.

Det fremgår af stævningen, at modparten efter kendelsen fra Klagenævnet for Ejendomsformidling har fremsendt frivilligt forlig til vores kunde til underskrift. Vores kunde har ikke underskrevet forliget. Umiddelbart har hun ikke reageret over for modparten før, advokat P.B.-N. afviser kravet over for modparten på vores kundes vegne.

Da kravet er kendt og ikke forældet, mener vi ikke, at der er udvist en sådan grad af passivitet fra modpartens side, at vores kunde har mulighed for at opnå helt eller delvis medhold ved retten.

Vi mener fortsat, at klagenævnets afgørelse bør tillægges betydning i vores vurdering af, om sagen opfylder retshjælpsforsikringens rimelighedskriterium, fordi nævnet har en stor erfaring og ekspertise i afgørelser af sager omkring ejendomshandler.

Desuden fremgår det af klagenævnets vedtægter, at nævnet kan tage stilling til juridiske problemstillinger.

Påstanden om passivitet kunne være klagenævnsbehandlet

Advokat P.B.-N. gør i sit brev fra 24.06.04 til jer gældende, at modparten har udvist passivitet blandt andet i perioden fra udbetaling af beløbet til vores kunde d. 05.10.00 og frem til anmodning om tilbagebetaling af beløbet kr. 72.000,- d. 16.05.01.

Vi har i vores brev til jer af 27.07.04 svaret, at påstanden om udvist passivitet i ovennævnte periode kunne være medtaget under klagenævnsbehandlingen. Vi henviser til side 3 i vores brev af 27.07.04."

Nævnet er forelagt de processkrifter, der er vedlagt i sagen.

Forsikringsbetingelserne indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"**§ 5. Hvilke omkostninger er ikke dækket af retshjælpsforsikringen?**

1. Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, f.eks. fordi sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen, eller fordi disse ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand.

…

5. Omkostninger ved tvister, der kunne have været behandlet ved et klagenævn, f.eks. Forbrugerklagenævnet eller andet godkendt klagenævn, medmindre andet er aftalt med selskabet, eller det er åbenbart, at sagen på grund af sin karakter ville være blevet henvist til domstolene.

…

§ 7. Klagenævn.

Kan tvisten behandles ved et klagenævn, f.eks. Forbrugerklagenævnet eller andet godkendt klagenævn, er sikrede forpligtet til først at benytte denne mulighed, se § 5, stk. 5.

Omkostninger ved sådan klagenævnsbehandling er ikke dækket."

Nævnet udtaler:

Nævnet har gennemgået sagen og finder i overensstemmelse med det af selskabet anførte, at klageren ikke på det foreliggende grundlag har godtgjort, at der er en sådan

udsigt til, at retssagen vil føre til et for hende positivt resultat, at nævnet kan pålægge selskabet at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Marianne Højgaard Pedersen