762/06

Den 18. december 2006 blev i sag nr. 68.143:

xxxx xxxxxxxxxx
xxxxxxxxxx xx xxxxxxx
xxxx xxxxxxxxxx

mod

Alm. Brand Forsikring A/S
Midtermolen 7
2100 København Ø

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har retshjælpsforsikring i Alm. Brand Forsikring A/S, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at yde retshjælpsdækning i til en retssag, hvori han er blevet stævnet.

Selskabet har afvist at yde retshjælpsdækning med henvisning til, at sagen må anses for erhvervsmæssig og dermed undtaget forsikringsdækning.

Klageren blev sagsøgt ved stævning af 27/6 2005, og af stævningen fremgår bl.a.:

"**PÅSTAND:**

Sagsøgte O.Ø. [klageren] tilpligtes at betale sagsøgeren A/S S. Bank kr. 250.000,00 med tillæg af renter i henhold til renteloven Nationalbankens officielle udlånsrente med tillæg af 7 % for tiden 11. maj 2004 til betaling sker.

SAGSFREMSTILLING:

A/S S. Bank har været pengeinstitut for P.M.P. og B.S.M.P. i forbindelse med dennes erhvervsarrangementer med A/S S. Bank. B. og P.M.P. drev landbrugsejendom fra adressen …

Sagsøgte gårdejer O.Ø. har i flere omgange påtaget sig selvskyldnerkaution overfor banken, for så vidt angår P.M.P.'s mellemværende med banken.

I forbindelse med yderligere finansiering i 2002 påtog sagsøgte O.Ø. sig selvskyldnerkaution overfor sagsøger i henhold til selvskyldnererklæring af 16.12.2002. Kautionen er begrænset således, at den ikke kan overstige kr. 250.000 med tillæg af påløbne renter. Renter af kautionstilsvaret kan maximalt beregnes i 6 måneder forud for meddelelse til selvskyldnerkautionisten den 11.5.2004 og indtil bankens tilgodehavende er fyldestgjort."

Klageren har ved sin advokat nedlagt påstand om, at selskabets skal tilpligtes at give tilsagn om retshjælpsdækning.

Til støtte for denne påstand har advokaten ved skrivelse af 11/11 2005 til nævnet bl.a. anført:

"Jeg gør gældende,

at betingelserne for retshjælpstilsagn er til stede

at sikrede ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i § 3.1,a, jævnfør ordlyden

at den af selskabet påberåbte kendelse 540/1998 omfatter en 'erhvervsdrivende' via dennes status som anpartshaver i selskabs- og ejerkonstruktionen.

I tilfældet her har kautionisten ingen anden interesse i kautionen end selve kautionsydelsen som en venne-/nabotjeneste. Den påberåbte kendelse er netop begrundet med oplysningerne omkring anpartsprojektet.

at der er ydet fri proces og dermed retshjælp til den anden sagsøgte part i sagen.

Jeg skal anmode om en hasteafgørelse i sagen, der synes simpel, idet spørgsmålet alene drejer sig om, om en kaution for en erhvervsdrivende er erhverv for klageren, der ikke driver vekseler- eller bankvirksomhed eller lignende eller mod betaling påtager sig kautioner."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse. Til støtte herfor har selskabet i skrivelse af 18/11 2005 til nævnet bl.a. anført:

"Ved skrivelse af 8. september 2005 retter klagerens advokat henvendelse til selskabet med henblik på at søge retshjælpsdækning til en sag, der er anlagt af A/S S. Bank.

Sagen omhandler, hvorvidt A/S S. Bank kan søge P.M.P.'s og B.S.M.P.'s mellemværende med banken betalt ved klageren, da klageren har påtaget sig at være selvskyldnerkautionist (bilag …). Klageren har bestridt, at banken kan rette kravet overfor ham.

Selskabet vender tilbage overfor klagerens advokat d. 29. september 2005 (bilag …). Selskabet afviser retshjælpsdækning med den begrundelse, at der er tale om en tvist i forbindelse med erhvervsudøvelse jf. forsikringsbetingelsernes § 3, stk. 1. I den forbindelse henviser selskabet til kendelse nr. 46.338 afsagt af Ankenævnet for Forsikring til støtte for afgørelsen. Kendelsen vedrører en privat person, som har kautioneret for et ApS, hvis formål var at drive handel og industri. Tvisten blev anset som erhvervsmæssig.

I brev af 4. oktober 2005 (bilag …) vender klagerens advokat tilbage til selskabet. Klagerens advokat finder, at selskabets afgørelse af 29. september 2005 bygger på et forkert grundlag. Ydermere oplyser advokaten, at kendelsen ikke kan benyttes i nærværende sag, da sagen ikke vedrører klagerens erhverv.

Selskabet henvender sig til klagerens advokat ved skrivelse af 11. oktober 2005 (bilag …). Selskabet forklarer i brevet, at kendelsen er essentiel, da kendelsen omhandler en privat person, som kautioner for et selskab, hvis formål er erhverv. Det er derfor ikke sikredes eget erhverv, som er relevant; men kautionsforpligtelsen.

Klagerens advokat reagerer i brev af 18. oktober 2005 (bilag …). Klagerens advokat giver til kende, at kendelsen strider imod advokatens opfattelse, hvorfor selskabet

ikke kan henvise til kendelsen. Desuden henviser klagerens advokat til, at medindstævnte er bevilget fri proces.

I brev af 4. november 2005 (bilag …) oplyser selskabet, at betingelserne for at få retshjælp og for at få fri proces ikke er de samme, hvorfor der ikke kan drages en parallel mellem at medindstævnte har fået fri proces til, at vi skal bevilge retshjælp. Selskabet gør gældende, at klagerens advokat ikke har sandsynliggjort sin påstand igennem ankenævns- eller retspraksis.

Klagerens advokat kontakter telefonisk selskabet d. 10. november 2005 til en drøftelse af kendelsen. Selskabet oplyser, at nævnet i sin kendelse skriver, at på grundlag af at klageren påtog sig en kautionsforpligtelse for en kassekredit og et udlandslån bevilget til et anpartsselskab, hvis formål var investering, var tvisten at karakterisere som erhverv. Advokaten fastholdte, at kendelsen skulle læses således, at når kendelsen skrev, at det var på dette grundlag der var tale om en erhvervsmæssig tvist, så skulle dette relateres til, at klageren i kendelsen havde en interesse i anpartsselskabet. Selskabet oplyste, at klagerens interesse i anpartsselskabet i kendelsen kun var en tilføjelse, idet nævnet skriver '... og når i øvrigt henses til det i sagen vedrørende anpartsprojektet....'. Grundlaget for afgørelsen er derfor fortsat anpartsselskabets formål og ikke kautionistens interesse.
…
Selskabets anbringender:
Det essentielle i sagen er, hvorvidt kautionsforpligtelsen er at karakterisere som erhvervsmæssig og dermed omfattet af retshjælpsbetingelserne § 3, stk. 1, eller om der er tale om en privat tvist.

Klageren har påtaget sig en kautionsforpligtelse for et lån, der er benyttet til finansiering af en landbrugsejendom. Det fremgår af kautionsforpligtelsen (bilag …), at kautionen er til sikkerhed for, at der stilles yderligere driftskapital til rådighed for landsbrugsejendommen.

Selskabet har påstået, at sagen er omfattet af § 3, stk. 1, og til støtte for sin påstand, har selskabet henvist til ankenævnskendelse nr. 46.338. Klageren havde i nærværende kendelse klaget over GF-Forsikring A/S' afgørelse. Klageren havde i sagen kautioneret for et lånearrangement. GF-Forsikring fastholdte overfor nævnet, at tvisten måtte anses for at være erhvervsmæssig i retshjælpsmæssig forstand. Det fremgik af vedtægterne, at anpartsselskabets formål var investering nærmere betegnet handel og industri. Klagerens formål med kautionen var erhvervelse og medfinansiering af en feriebolig til privat brug,

I omtalte kendelse udtaler nævnet: "*Klageren påtog sig en kautionsforpligtelse for en kassekredit og et udlandslån bevilget til et anpartsselskab, hvis formål var investering.* ***På dette grundlag*** *(fremhævet af Alm. Brand), og når i øvrigt henses til det i sagen oplyste vedrørende anpartsselskabet, finder nævnet, at det ikke kan kritiseres, at selskabet har anset tvisten mellem klageren og J. Bank A/S for erhvervsmæssig i retshjælpsforsikringsbetingelsernes forstand.*"

Ankenævnet for Forsikring siger dermed, at grundlaget for afgørelsen er, at anpartsselskabets formål var investering, hvorfor tvisten var erhvervsmæssig. Omstændigheden vedrørende anpartsprojektet understøtter blot, at det er en erhvervsmæssig tvist.

Kendelsen og nærværende sag er dermed sammenlignelige. Begge 'selskabers' formål er at sikre driften, og begge kautionister er private.

Desuden skal der henvises til Michael S. Wiisbye 'Retshjælpsforsikringen' fra 1994, s. 146 f. Det fremgår af nederste linie s. 146, at såfremt kautionen stilles for et familiemedlem eller en ven personligt, og ikke for dennes erhvervsvirksomhed, vil forholdet ofte ikke kunne anses som erhvervsmæssigt. Heraf kan udledes, at såfremt der kautioneres for et familiemedlems eller en vens erhvervsvirksomhed vil forholdet ofte karakteriseres som erhvervsmæssig.

<u>Konklusion:</u>

Selskabet fastholder, at tvisten er omfattet af retshjælpsbetingelsernes § 3, stk. 1, da der er tale om en erhvervsmæssig tvist, hvorfor sagen er undtaget retshjælpsdækning."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**§ 3 Hvilke tvister er ikke dækket**

3.1.

Tvister i forbindelse med erhvervsudøvelse. Ved erhvervsudøvelse forstås:

a)

Tvister vedrørende sikredes selvstændige virksomhed, hvad enten der er tale om hovederhverv, bierhverv eller hobbypræget erhverv.

b)

Formuedispositioner i forbindelse med de under a) nævnte forhold."

Nævnet udtaler:

Uanset, at kautionen er stillet for en erhvervsvirksomhed, har klageren efter det oplyste ikke økonomisk interesse i denne erhvervsvirksomhed. Nævnet finder på denne baggrund, at kautionen er stillet privat og ikke erhvervsmæssigt.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Selskabet, Alm. Brand Forsikring A/S, skal anerkende, at tvisten vedrørende kautionsforpligtelsen er omfattet af retshjælpsforsikringen.

Marianne Højgaard Pedersen