790/08

Den 20. februar 2008 blev i sag nr. 72.459:

xxxx xxxxxxxxxx xxxxxxxxx
xxxxx xxxxxxxxxx xx
xxxx xxxxxxxxxxxx

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 selskabets afvisning af at yde retshjælpsdækning i forbindelse med en tvist mod klagerens ejerskifteforsikringsselskab i anledning af en anmeldt skade på den forsikrede ejendom.

Selskabet har afvist dækning med henvisning til, at der ikke er rimelig grund til at føre sagen.

Det fremgår af sagen, at klageren i 2006 anmeldte et forhold vedrørende ejendommens gulvkonstruktion under sin ejerskifteforsikring. Efter selskabets afvisning af at yde dækning for forholdet anmodede advokaten det indklagede selskab om retshjælpsdækning til at indbringe sagen for domstolene. I skrivelse af 5/5 2006 afviste selskabet at yde retshjælpsdækning med henvisning til, at sagen kunne indbringes for Ankenævnet for Forsikring. Klagerens advokat indbragte herefter sagen for Ankenævnet for Forsikring, som i ankenævnskendelse 69.724 udtalte:

> "Nævnet udtaler:
> Nævnet må lægge til grund, at der på tidspunktet for bygningens opførelse ikke var krav om kapillarbrydende lag under gulvene, men alene om et drænlag. Nævnet må derfor lægge til grund, at ejendommen for så vidt er opført i overensstemmelse med de dagældende regler.
>
> Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet endvidere at måtte lægge til grund, at det forhold, at ejendommens gulvkonstruktion er opført uden kapillarbrydende lag, ikke gav anled-

ning til fugtproblemer forud for klagerens etablering af parketgulv på Sundolitunderlag. Da skaden således ikke var til stede på overtagelsestidspunktet, kan nævnet ikke pålægge selskabet at yde dækning, hvorfor

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge."

Klagerens advokat henvendte sig herefter på ny til det indklagede selskab og anmodede om retshjælpsdækning til at indbringe sagen for domstolene. Selskabet meddelte i skrivelse af 27/6 2007 klagerens advokat afslag på anmodningen.

Ved skrivelse af 7/9 2007 har klageren ved sin advokat indbragt sagen for nævnet og i klageskrivelsen henvist til sin skrivelse af 18/6 2007, hvoraf fremgår:

"L.L.J. ønsker denne afgørelse indbragt for domstolene. Beslutningen er begrundet i flere forhold.

Det første forhold er, at det direkte fremgår som en særlig betingelse for byggetilladelsen, at:

'Under den viste gulvkonstruktion skal udføres et drænende lag af slagger, grus el. lign. i mindst 20 cm tykkelse.'

Gulvkonstruktionen er ikke udført i overensstemmelse med byggetilladelsen. Udgangspunktet må herefter være, at ejendommen er behæftet med en mangel, idet det ikke kan betragtes som god håndværksmæssig skik at udføre gulvkonstruktion i strid med en byggetilladelse.

Det andet forhold er, at ejendommen ud fra en overordnet betragtning lider af en mangel. Manglen er den fugt, som ubestridt trænger op gennem ejendommens gulvkonstruktion. Denne fugt skyldes en fysisk mangel ved bygningen, der nedsætter bygningens værdi og brugbarhed. Før loven om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom trådte i kraft, havde en køber en situation som den foreliggende mulighed for at gøre mangelindsigelser gældende over for en sælger. Udgangspunktet må herefter også være, at L.L.J. må stille krav om, at manglen er omfattet af den tegnede ejerskifteforsikring.

Ejendommen er beliggende i et fugtigt område og på lerholdig jord. Dette må antages at være årsagen til, at kommunen specifikt har stillet krav om udførelsen af gulvkonstruktionen som beskrevet i byggetilladelsen. Der er reklameret over fugtproblemerne umiddelbart efter overtagelsesdagen, hvorfor det fra en samlet vurdering har formodningen for sig, at der var fugtproblemer i ejendommen. Det kan ikke isoleret set fritage for mangelansvar, at man ovenpå det eksisterende gulv fjerner gulvtæpper og erstatter disse med et trægulv. Når en ejendoms gulvkonstruktion ikke er af en sådan art, som man normalt må påregne at kunne anvende i et hus som det foreliggende (parcelhus), er det en mangel.

Supplerende skal bemærkes, at Dansk Boligforsikring A/S har erkendt, at ejendommens gulvkonstruktion ikke er opført i overensstemmelse med byggetilladelsen, ligesom der ud fra en overordnet betragtning må antages at være enighed om, at der er fugt i ejendommen.

På denne baggrund beder jeg Topdanmark/Danske Forsikring bekræfte retshjælpsdækning til et sagsanlæg mod Dansk Boligforsikring A/S. Der vil blive nedlagt påstand om en anslået skønsmæssig betaling på kr. 300.000,00, hvilket beløb dog først endelig kan fastslås efter afholdelse af syn og skøn."

Endvidere har advokaten i skrivelse af 7/9 2007 til nævnet anført:

"Topdanmarks afslag og begrundelse er ud fra en overordnet begrundelse problematisk. Konsekvensen af Topdanmarks afslag er, at en forsikringstager ikke har retshjælpsdækning til et søgsmål mod et forsikringsselskab, når Ankenævnet for Forsikring ikke har givet den pågældende medhold. En generel praksis omkring dette eller en praksis, hvor der 'i nogle sager' gives retshjælpsdækning, vil skabe en problematisk tilstand, idet det vil bero på tilfældigheder, om en person kan have mulighed for at få en ankenævns afgørelse prøvet ved domstolene.

Udover den begrundelse som er anført i min skrivelse af 18. juni 2007, er der rimelig grund til at føre proces. Baggrunden herfor er, at Ankenævnet har lagt de faktiske forhold til grund, som min klient var uenig i. Dette faktiske forhold, kan først endelig fastslås ved afholdelse af syn og skøn.

Det næste forhold er, at Ankenævnet for Forsikring i sin begrundelse har lagt til grund, at der har været etableret et drænlag. Dette er ikke tilfældet, hvilket Dansk Boligforsikring har erkendt, ligesom Dansk Boligforsikring har erkendt, at gulvet ikke er udført i overensstemmelse med byggetilladelsen og dermed, at et drænlag ikke har været etableret.

Det næste forhold er, at Ankenævnet for Forsikring har lagt til grund, at fugtproblemerne ikke har været til stede i ejendommen på overtagelsesdagen. Der er her tale om et faktisk forhold, som min klient ikke er enig i, og som alene kan fastslås gennem syn og skøn samt den bevisførelse, som i øvrigt finder sted ved domstolene. Min klient har ensidigt indhentet en udtalelse fra Træbranchens oplysningsråd, som angiver, at fugtproblemerne har været til stede i mindst 1 år. Synspunktet underbygges af, at gulvet har været under nedbrydning, hvilket har været erkendt af Dansk Boligforsikring.

Det bemærkes i den forbindelse, at det fremgår af forsikringsbetingelserne, at der er forsikringsdækning, hvis der er risiko for, at en skade vil opstå eller, der rent faktisk er indtrådt en skade. Det er således ikke entydigt tilstrækkeligt, at der er opstået en skade, men at bl.a. risiko giver ret til forsikringsdækning.

På denne baggrund skal jeg anmode om, at Ankenævnet for Forsikring træffer afgørelse om, at Topdanmark har været uberettiget til at meddele afslag på retshjælpsdækning. I det omfang Ankenævnet for Forsikring måtte lægge til grund, at sagen fra 10. april 2007 skal genoptages, skal jeg herved fremsætte begæring herom, idet jeg samtidig anmoder om, at Ankenævnet for Forsikring træffer bestemmelse om, at der ydes retshjælpsdækning til denne tvist, idet det til afklaring af problemet har været nødvendigt at antage advokatbistand."

Selskabet har i svarskrivelse af 16/10 2007 anført:

"**Her følger vores forklaring på, hvorfor vi ikke kan give et forhåndstilsagn**
Vi har i vores afgørelse fra den 27. juni 2007 afvist at give retshjælpsdækning til uenigheden med Dansk Boligforsikring. Vores kunde har tabt sagen mod Dansk Boligforsikring i Ankenævnet. Vi mener ikke, at advokaten er kommet med nye oplysninger eller argumenter i sagen, som sandsynliggør at sagen vil kunne få et andet resultat ved retten.

Efter gennemgang af ankenævnets afgørelse i sagen mellem vores kunde og ejerskifteforsikringsselskabet, er det vores opfattelse, at der er truffet en rigtig afgørelse. Vi mener ikke, at der er grundlag for at sætte spørgsmålstegn ved jeres tidligere afgørelse.

Herudover henviser vi til advokat Michael Wiisbyes bog 'Retshjælpsforsikringen', side 228. Her kan l se, at der for tvister, som har været behandlet ved et ankenævn, synes at gælde en 'omvendt bevisbyrde' sådan at forstå at har vores kunde tabt sagen i ankenævnet, påhviler det vores kunde eller hans advokat, at godtgøre overfor os, at der til trods for at sagen er tabt ved ankenævnet, alligevel er rimelig grund til at få sagen prøvet ved retten.

Advokatens argumenter kan desværre ikke føre til andet resultat
Vi gennemgår her advokatens argumenter for, at ejerskifteskadeforsikringen bør dække det anmeldte forhold:
Krav i byggetilladelsen
Advokaten skriver i sit brev fra d. 18. juni 2007, at det udgør en mangel, at gulvkonstruktionen ikke er udført i overensstemmelse med den oprindelige byggetilladelse, og at det ikke kan betragtes som god håndværksskik, at udføre gulvkonstruktionen i strid med byggetilladelsen.

Det er vores opfattelse, at dette forhold ikke i sig selv udgør en skade i ejerskifteforsikringens forstand, jf. pkt. 3.1 i vilkårene for ejerskifteforsikringen.

Da der er tegnet ejerskifteforsikring kun med basisdækning, er ulovlige bygningsindretninger ikke dækket af ejerskifteskadeforsikringen, medmindre forholdet har medført skade, eller der er nærliggende risiko for skade. Det fremgår af sagen, at der ikke er fundet tegn på skade på den oprindelige gulvbelægning.

Derfor forstår vi ikke, hvorfor advokaten mener at kunne bygge sin sag op på baggrund af dette argument. Vi hører naturligvis gerne herom fra advokaten, hvis advokaten forklarer jer yderligere om dette.

Opstigende grundfugt
Advokaten gør også gældende, at opstigende grundfugt i gulvkonstruktionen udgør en mangel.

Det fremgår af sagen, at gulvet oprindeligt i overensstemmelse med byggetilladelsen skulle udføres med et drænende lag af slagger, grus el. lign i mindst 20 cm tykkelse. Dette er i overensstemmelse med kravene i Bygningsreglementet fra 1961. Da der på opførelsestidspunktet ikke var krav om, at drænlaget skulle være kapillarbrydende, kan man ikke forvente at konstruktionen er sikret mod grundfugt.

Det fremgår af sagen, at der ved besigtigelse af det anmeldte forhold blev konstateret, at der under betonlaget var et ca. 10 cm tykt lag finkornet leret gruslag, hvilket udgør drænlaget.

Krav om kapillarbrydende drænlag kommer først i et senere Bygningsreglement.

Det må derfor lægges til grund, at ejendommen er opført i overensstemmelse med gældende byggeskik på opførelsestidspunktet. Det er også dét, som I har lagt til grund i kendelse 69.724.

Vi mener, at gulvkonstruktionen ikke nedsætter ejendommens værdi eller brugbarhed i forhold til tilsvarende bygninger af samme alder. Derfor er der ikke tale om en skade i ejerskifteforsikringens forstand.

Skaden skal have været til stede gå overtagelsestidspunktet
Advokaten skriver i sit brev fra d. 18. juni 2007, at manglen har været til stede på overtagelsestidspunktet.

Det fremgår af sagen, at der *ikke* er konstateret skader på den oprindelige gulvbelægning, som kan henføres til gulvkonstruktionen. Det fremgår endvidere, at fugtproblemer først er opstået *efter* etablering af parketgulv på Sundolitt.

Vi mener derfor, at det er rigtigt, at skaden ikke har været til stede på overtagelsestidspunktet. Også på dette punkt er vi enige med jer i jeres tidligere kendelse 69.724.

Vi må desværre fastholde vores tidligere afgørelse
Vi har svært ved at se, at advokaten har godtgjort, at der her er tale om en sag, som er rimelig at føre. Vi henviser til punkterne 2.3 og 5.1 i vilkårene for retshjælpsforsikring. Vi fastholder derfor vores tidligere afgørelse, og kan desværre ikke tilbyde retshjælpsdækning til at føre sag mod ejerskifteforsikringsselskabet.

Vores afslag er et afslag på at give forhåndstilsagn. Hvis vores kunde, mod vores forventning, opnår væsentlig medhold ved domstolene, er vi naturligvis villige til at se på sagen igen."

Parternes øvrige korrespondance for nævnet er forelagt nævnet.

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**2. Hvilke tvister er dækket af retshjælpsforsikringen?**
...
3. Selskabet skal - på det foreliggende grundlag - afgive udtalelse om, hvorvidt tvisten er dækket af forsikringen eller ikke. Selskabet har både re og pligt til at give udtryk for tvivl om sagens rimelighed. Dækningstilsagn er begrænset til omkostninger, der står i et rimeligt forhold til sagens genstand.
...
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."

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet, at der ikke er en sådan udsigt til ved en retssag at få den omhandlende skade forsikringsdækket, at nævnet efter de gældende forsikringsbetingelser kan pålægge selskabet at give forhåndstilsagn om retshjælps-dækning, hvorfor

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen
formand

udskriften bekræftes

Henning Jønsson