801/08

Den 25. august 2008 blev i sag nr. 72.925:

xxxxx xxxxxx xxxxxxxxx
xxxxxxxx xxx
xxxx xxxxxxxxxxx

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har indboforsikring med retshjælpsdækning i Topdanmark Forsikring A/S, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning i forbindelse med et søgsmål mod en sag mod Restaurant L. Badehotel, der er ansvarsforsikret i samme selskabet.

Selskabet har afvist at give forhåndstilsagn med henvisning til, at der ikke er rimelig udsigt til, at klageren vil få medhold i sagen.

Det fremgår af sagen, at klageren under et restaurantbesøg på L. Badehotel den 29/7 2006 faldt i noget opkast og pådrog sig personskade. Restauratøren har i bilag til skadeanmeldelsen til sit ansvarsforsikringsselskab beskrevet hændelsesforløbet således:

> "D. 29.07.2006 kl. ca. 19.25 henvender en gæst sig til tjener, L.M., og fortæller, at der ligger opkast i receptionsområdet/mellemgangen mellem restauranten og toiletterne. Det vides ikke, hvem der har kastet op. Som de fysiske forhold er, kan det være både en gæst fra restauranten, en gæst fra hotellet eller en udefrakommende, som blot har benyttet toiletterne. LM går straks ud for at hente spand og vand for at kunne rengøre området.
>
> Ca. kl. 19.30 henvender skadelidte sig til tjener, D.P., og fortæller at hun er faldet i noget opkast i receptionen/mellemgangen på vej til toilettet. Hun er smurt ind i opkast flere stedet på tøjet og hendes ruskindstaske er fyldt med store mørke skjolder. Hun er meget rystet og græder, idet hun er forslået og chokeret. Hun og hendes selskab beder om regningen, idet skadelidte selvsagt gerne vil hjem og vaskes straks. D.P. fratrækker deres bestilte dessert fra regningen, og de betaler det resterende beløb og forlader derefter restauranten.

Undertegnede opholder sig i køkkenet og bliver orienteret om hændelsen i kraft af L.M., som fortæller, at hun er på vej ud for at gøre rent efter opkast og kort efter D.P., der kommer og fortæller om den skadelidte gæst. Jeg konkluderer således, at skadelidte er faldet i receptionen/mellemgangen i tidsrummet, mens L.M. har været ude for at hente rengøringsartikler.

Den efterfølgende dag får vi telefonopkald fra skadelidte, som fortæller om hændelsen og er meget ked af det, da hendes taske er ødelagt, og hun kan ikke rengøre den. Hun har store smerter i nakken og er stadig rystet. Vi aftaler at erstatte tasken samt refundere kr. 500 af hendes regning fra middagen, hvis hun sender kvitteringerne. I alt kr. 2000,- som overføres til hendes bankkonto d. 31.07.2006. Vi anbefaler hende i øvrigt at søge læge og evt. kontakte sit forsikringsselskab såfremt forløbet udvikler sig langvarigt. Vi aftaler ligeledes, at vi kontakter vores forsikringsselskab for at høre, hvorledes dette forholder sig.

Jeg kontakter Danske Forsikring d. 31.07.2006 og fortæller kort om forløbet og får oplyst, at vi ikke er ansvarlige i sagen, idet toiletterne og området hvor uheldet sker, tilhører selve hotellet, og at det er således Ejerforeningen L. Badehotel, der er ansvarlige. Det ringer jeg til skadelidte og oplyser.

Ejerforeningen L. Badehotel modtager efterfølgende brev fra skadelidte angående hændelsen, og giver os en kopi af dette til orientering. De informeres samtidig af os om vores kendskab til hændelsesforløbet.

Skadelidte har siden kontaktet os flere gange telefonisk, senest d. 26.01.2007. Hun er frustreret, da hun fortsat er sygemeldt fra sit arbejde pga. af piskesmæld og ikke oplever nogen imødekommelse hos Ejerforeningen L. Badehotel i den forbindelse. Bestyrelsesformanden for Ejerforeningen L. Badehotel, Advokat E.B.S., fralægger sig *iflg. skadelidte* ethvert ansvar i sagen."

Ved skrivelse af 5/10 2007 anmodede advokaten selskabet om at meddele forhåndstilsagn om retshjælpsdækning. Af stævningens sagsfremstilling fremgår bl.a.:

"Den 29. juli 2006 var sagsøger med ægtefælle og to børn spisende gæster hos sagsøgte. Mellem hovedret og dessert skulle sagsøgers søn på toilettet, hvorfor hun gik med ham. Ved toiletterne faldt/gled min klient i noget opkast, der lå på gulvet og faldt direkte med baghovedet mod gulvet. Ved faldet pådrog min klient sig en svær piskesmældslæsion. Min klient og hendes familie overhørte herefter, andre gæster tale om det hændte. En gæst sagde, at brækket havde ligget der, siden de var ankommet til restauranten. Ydermere oplyste en tjener, at han troede, at brækket allerede var tørret op, da han blev foreholdt, hvad der var sket. Sagsøgte har ved forsikringsselskabet Topdanmark Forsikring afvist erstatningsansvaret, jf. vedlagte kopi af korrespondance (bilag …), og har i den forbindelse oplyst, at restaurantpersonalet straks efter at være blevet gjort opmærksomme på brækpølen, hentede en spand vand og gik ud for at tørre op. Forinden restaurantpersonalet nåede dette, var sagsøger imidlertid faldet og kommet til skade.

Da disse oplysninger strider mod de oplysninger, sagsøger og hendes familie overhørte på restauranten, har jeg bedt om kopi af forsikringstagerens/sagsøgtes skriftlige skadesanmeldelse til Topdanmark Forsikring. Dette er afvist."

Advokaten har i klageskrivelse af 19/11 2007 gjort gældende, at selskabet skal meddele forhåndstilsagn om retshjælpsdækning. Advokaten har til støtte herfor bl.a. anført:

"Jeg gør Forsikringsankenævnet opmærksom på, at restauratøren, Topdanmark Forsikrings forsikringstager, jf. beskrivelsen og jf. Topdanmark Forsikrings skrivelse af 9. oktober 2007 selv vurderer, at han måske er ansvarlig. Jeg bemærker, at der, efter restauratørens beskrivelse af hændelsesforløbet, går nogen tid fra restauranten advares om brækpølen, til min klient faktisk falder, og restauratøren orienteres herom. Det gøres i denne forbindelse gældende, at restauratøren og dennes personale, uanset der har været tale om en travl aften, burde have advaret om pølen, samtidig med at fjernelse af pølen iværksattes.

Jeg bemærker i øvrigt, at min klient og dennes ægtefælle indenretligt vil erklære, at pølen ikke havde karakter af at være nyopkastet. Det giver anledning til nogen undren, at Topdanmark Retshjælp som yderligere begrundelse for, at der meddeles afslag, lægger vægt på, at 'der ikke foreligger nogen forklaringer fra de to tjenere'? Jeg har under sagsoplysningen i første omgang været afslået overhovedet at få kopi af forsikringsanmeldelsen. Først efter 'trussel' om editionspålæg er forsikringssagens anmeldelse udleveret. Efter forsikringstagerens/restauratørens beskrivelse refereres forklaringer fra netop de to omtalte tjenere?

Jeg mener herefter ikke, at retshjælpsforsikringen har rimeligt grundlag for at afvise dækningstilsagn."

Selskabet har over for nævnet fastholdt sin afgørelse og har til støtte herfor i skrivelse af 1/12 2007 bl.a. anført:

"**Ansvarsforsikringen afviser, at L. Badehotel er ansvarlige for uheldet**
L. Badehotel er ansvarsforsikret i Topdanmark. Ansvarsforsikringen har den 6. marts 2007, afvist dækning under henvisning til, at de ikke finder, at L. Badehotel er ansvarlige for det skete, fordi der ikke er begået fejl eller forsømmelser fra hotellets side.

Ifølge personalet blev opkastet tørret op umiddelbart efter, at de bliver gjort opmærksomme på pølen af opkast. De mener, at vores kunde er faldet i det tidsrum, der går fra at personalet får besked om opkastet til at pølen umiddelbart efter tørres op. Det involverede personale har senere bekræftet hændelsesforløbet.

Vores kunde gør overfor ansvarsforsikringen gældende, at opkastet ifølge andre gæster i restauranten, havde ligget på området i en længere periode.

Ansvarsforsikringen fastholder i sit brev fra den 2. maj 2007, at L. Badehotel ikke er ansvarlige for det skete.

Her følger vores forklaring på, hvorfor vi ikke kan give et forhåndstilsagn
Vi har i vores afgørelse fra den 12. november 2007 afvist at give retshjælpsdækning til sagen mod L. Badehotel, fordi vi ikke mener at sagen er rimelig at føre, jf. pkt. 2.2. og 5.1 i vilkårene for retshjælp.

Vi mener ikke, at vores kundes advokat har sandsynliggjort, at L. Badehotel er ansvarlig for uheldet. Som sagen er oplyst, mener vi ikke, at vores kunde kan løfte bevisbyrden for, at L. Badehotel har handlet ansvarspådragende.

Vi har i vores afgørelse lagt vægt på, at der ikke er vidner, som kan bevidne, at opkastet skulle have ligget i en længere periode, og at der ikke er indhentet vidneudsagn fra de to tjenere.

Vi må desværre fastholde vores tidligere afgørelse

Vi har svært ved at se, at vores kunde kan løfte bevisbyrden for at L. Badehotel er ansvarlige for det skete.

Fordi L. Badehotel i deres svar på spørgsmålet 'Mener du selv, at du er ansvarlig for skaden' i anmeldelsen til ansvarsforsikringen, hvor der er svaret 'Måske??' har restauranten ikke anerkendt, at de er ansvarlige for faldskaden."

Hertil har advokaten i skrivelse af 17/12 2007 til nævnet anført følgende:

"Jeg kan konstatere, at retshjælpsforsikringen fortsat henviser til, at der ikke skulle være indhentet vidneudsagn fra de to tjenere? Dette uanset tjenernes forklaring umiddelbart ses at være refereret i forsikringstagerens anmeldelse til sin ansvarsforsikring. Jeg har dog bedt Topdanmark Retshjælpsforsikring om at meddele mig navn og adresser på de omtalte tjenere, idet jeg herefter vil bede dem redegøre for deres observationer om episoden."

Hertil har selskabet i skrivelse af 6/2 2008 til nævnet bl.a. anført:

"**Vi er ikke bekendt med, at der skulle være andre vidner end de ansatte**
I brevet beder advokaten om navn og adresse på et vidner, der skal kunne belyse faktum omkring uheldet.

Vi har derfor givet forespørgslen videre til ansvarsafdelingen, som har skrevet vedlagte e-mail, hvorefter de eneste vidner de er bekendt med, er deres kundes ansatte.

Disse kan efter det oplyste ikke belyse, hvor længe der har ligget opkast på gulvet, se vores tidligere indlæg."

Af den vedlagte e-mail af 6/2 2008 fremgår:

"Som aftalt per telefon denne mail.
Jeg kan oplyse, at de 'vidner' vi har i sagen er vores kundes ansatte. Det de vil komme og bevidne er hændelsesforløbet omkring, hvornår de blev bekendt med, at der lå opkast og hvad de gjorde i den anledning.

Jeg har ikke navn og adresse på de ansatte."

Heroverfor har advokaten i skrivelse af 25/2 2008 til nævnet bemærket:

"Jeg har modtaget Ankenævnets skrivelse af 18. februar 2008. Jeg skal præcisere, at jeg har bedt om navn og adresse på den kvindelige tjener. Jeg går ud fra, at restauratøren som arbejdsgiver har disse oplysninger.

Hvis restauratøren/forsikringstageren via ansvarsforsikringsselskabet ikke udleverer disse oplysninger, er det min opfattelse, at dette bør tillægges processuel skadesvirkning. Jeg gør opmærksom på, at Retshjælpsforsikringen (også Topdanmark Forsikring) ved skrivelse af 12. december 2007 til Ankenævnet for Forsikring (bilag…) som delvis begrundelse for afslaget oplyser, at der ikke er indhentet vidneudsagn fra de to tjenere. Topdanmark Forsikring kan ikke ride flere heste på en gang."

Hertil har selskabet i skrivelse af 7/3 2008 til nævnet anført følgende:

"**Sagen er fortsat ikke rimelig at føre**
Vi minder indledningsvis om, at vi har afvist at give forhåndstilsagn til sagen, da vi ikke skønnede, at den anmeldte sag er rimelig at føre.

Vi lagde vægt på, at advokaten ikke har nogen vidner, der kan støtte sikredes synspunkt om, at modparten har udvist fejl eller forsømmelse med hensyn til bortskaffelsen af det vomitus, som sikrede gled i.

Dette mener vi fortsat.

Retshjælpsbedømmelsen er objektiv
Vi kan af advokatens brev se, at han nu har modtaget navn og adresse på den ene af tjenerne, og mener, at det bør tillægges retshjælpsafdelingen processuel skadevirkning, at ansvarsafdelingen ikke kan udlevere navn og adresse på den anden tjener.

Dette bestrider vi, og henviser til, at der er vandtætte skotter mellem ansvarsafdelingen og retshjælpsafdelingen.

Mere konkret oplyser ansvarsafdelingen – som det også fremgår af mailen fra den 6. februar 2008 – at de rent faktisk ikke har de ønskede oplysninger, hvorfor det virker anstrengt at forsøge at laste retshjælpsafdelingen dette.

Det er i øvrigt fast praksis, at rimelighedsbedømmelsen ikke er anderledes end hvis der havde været tale om en sag mod et andet selskab, se eksempelvis følgende afgørelser om rimeligheden af sager mod selskabet AK 49.070, AK 70.775, AK 70.798, AK 70.300 samt AK og helt konkret AK 70.184, der viser, at risikoen for uklarhed om, hvad vidnet rent faktisk kan bevidne, er sikredes.

Vi har alene de oplysninger advokaten giver os
Vi har i retshjælpsafdelingen alene de oplysninger som advokaten har givet os, og henviser til, at det ikke er vores opgave som retshjælpsforsikrer at oplyse sagen, idet dette er advokatens opgave, se vilkårenes § 12 og AK 62.343 om betydningen af, at advokaten ikke har sendt os vidneerklæring fra det vidne, som han er bekendt med.

Dertil kommer, at selvom han havde fået navn og adresse på det andet vidne, er det ikke dermed givet, at dette andet vidne vil støtte sikredes sag, og vi minder om, at han endnu ikke har sandsynliggjort, at det første vidne skulle støtte sikredes sag, og at det processuelt er dristigt at indkalde et vidne uden at vide, i hvilken retning vidnet vil udtale sig."

Hertil har advokaten i skrivelse af 25/3 2008 til nævnet bl.a. anført:

"Retshjælpsforsikringen afviser bl.a. at give retshjælpsforsikringstilsagn med den begrundelse, at der ikke foreligger vidneforklaringer.

Ansvarsforsikringen i samme selskab er gentagne gange opfordret til at udlevere navne på de to omtalte tjenere. Min klient har selv skaffet navnet på den ene af tjenerne, der efter at have drøftet sagen med ansvarsforsikringens forsikringstager fragik at ville komme med en skriftlig redegørelse.

Ansvarsforsikringen har efterfølgende nægtet at udlevere navn og adresse på den anden involverede tjener.

Det må være hævet over enhver tvivl, at det er fuldt ud rimeligt at udtage stævning mod en forsikringstager, der nægter at fremkomme med oplysninger om tidligere ansat. Efter forsikringstagerens egen fremstilling, er det netop de to omtalte tjenere, der er vidner til episoden.

Når man nægter at fremkomme med faktuelle oplysninger, som man ubestridt ligger inde med, må det tillægges processuel skadesvirkning. Retshjælpsforsikringen skal herefter naturligvis meddele retshjælpsforsikringstilsagn, da det på det oplyste grundlag er ansvarsforsikringens byrde at bevise, at den kvindelige tjener ikke har noget interessant at udtale til sagen. Retshjælpsforsikringens bemærkninger om det dristige i at indkalde et vidne på det oplyste grundlag viser en fundamental mangel på grundlæggende procesretlige regler.

Forsikringsankenævnet bedes meddele retshjælpsforsikringen, at der skal ydes tilsagn."

Hertil har selskabet i skrivelse af 10/4 2008 til nævnet bl.a. anført:

"Vi har i tidligere oplyst, at vi i retshjælpsafdelingen ikke er i besiddelse af navn og adresse på vidnerne, og at ansvarsafdelingen heller ikke har navn og adresse på vidnerne.

Det er af denne årsag at det kan undre, at advokaten mener, at det skal tillægges retshjælpsafdelingen processuel skadevirkning, at vi ikke kan give ham navn og adresse, og der derved er tale om umulighed.

Dette understreges selvfølgelig af, at han faktisk af anden vej er i besiddelse af navn og adresse på det ene vidne, hvorfor diskussionen efterhånden synes en anelse anstrengt.

Vi minder om, at uklarhed om, hvad vidnet kan bevidne er sikredes risiko, se igen AK 70.184.

Vurderingen er den samme, uanset hvor modparten er ansvarsforsikret
Vi bemærker igen, at der ikke er tale om en anden vurdering, end hvis modparten havde været ansvarsforsikret i Tryg eller Codan, og afvisningen på at give forhåndstilsagn er et udslag af de bevismæssige vanskeligheder sikrede har i sagen."

Hertil har advokaten i skrivelse af 22/4 2008 til nævnet bl.a. anført:

"Overfor ansvarsforsikringen kan der ikke være nogen tvivl om, at nægtede sagsoplysning vil have processuel skadesvirkning under en eventuel retssag.

For retshjælpsforsikringsafdelingen betyder dette, at der skal meddeles retshjælpsforsikringstilsagn, fordi sagen bliver vundet af min klient, når ansvarsforsikringens vægring tillægges processuel skadesvirkning.

Det er i den forbindelse helt uinteressant, om forsikringsselskabet har vandtætte skodder mellem afdelingerne eller ej. Processuelt er sagen, som den nu ligger oplyst, vundet på forhånd, og retshjælpsforsikringen skal derfor meddele retshjælpsforsikringstilsagn, da det i sagens natur herefter er helt rimeligt at føre sagen."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**2 Hvilke tvister er dækket af forsikringen**
…

3 Selskabet skal - på det foreliggende grundlag - afgive udtalelse om, hvorvidt tvisten er dækket af forsikringen eller ikke. Selskabet har både ret 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 forsikringen
1 Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, fx fordi sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen, eller fordi disse ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand.
…
12 Anmeldelse til selskabet
1 Anmeldelse til selskabet skal ske snarest.
2 Anmeldelse til selskabet skal så vidt muligt indeholde:
… anbringender, hvorpå påstanden støttes. Selskabet kan endvidere, når det er nødvendigt af hensyn til sagens belysning, forlange dokumenter og bevisligheder forelagt. Endelig vil selskabet kunne forlange en juridisk begrundelse for påstanden."
c. Kort sagsfremstilling med angivelse af de

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet, at der ikke er en sådan udsigt til, at en retssag mod Restaurant L. Badehotel vil kunne gennemføres med et for klageren positivt resultat, at nævnet kan pålægge selskabet at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

_____

Klagen kan ikke tages til følge.

Marianne Højgaard Pedersen