804/08

Den 6. oktober 2008 blev i sag nr. 73.282:

xxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx
xxxxxxxx xx
xxxx xxxxxx

mod

Bauta Forsikring A/S
Farvergade 17
1463 København K

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har retshjælpsforsikring i Bauta Forsikring A/S, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til en retssag mod en entreprenør.

Selskabet har afvist at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning i det krævede omfang med henvisning til, at klageren ikke har rimelig udsigt til at få medhold i den udstrækning, sagen ønskes gennemført.

Det fremgår af sagen, at klageren den 23/9 2005 modtog tilbud på udførelse af facadearbejde på sin bopæl. Hun accepterede tilbudet den 4/10 2005.

Af tilbudet fremgår bl.a.:

"**Tidsplan**
Forventet opstart ultimo sept./primo okt. Færdig 1. dec. 2005 + 2 uger opfølgning. Efter opfølgningsperioden beregnes dagbod, på kr. 1.500,00 ekskl. moms pr. dag (max. 5 dage pr. uge).

**Betaling**
Løbende a conto jf. M. K. ApS' normal betalingsbetingelser dog tilbagestår 10 % af entreprisesummen til endelig aflevering og godkendelse."

Klagerens advokat har i udkast til stævning af 10/1 2008 redegjort således for det efterfølgende sagsforløb:

"Det fremgår af det tiltrådte tilbud, at facadearbejdet skal være færdigt til den 1. december 2005 med en 2 ugers opfølgningsperiode. Efter opfølgningsperioden beregnes en dagbod på kr. 1.500 ekskl. moms pr. dag, dog max. 5 dage pr. uge. Endvidere fremgår det, at vederlaget skal betales løbende a conto dog således, at 10 % af entreprisesummen tilbagestår til endelig aflevering og godkendelse.

Tilbudssummen ...lyder på alt kr. 533.350 inkl. moms.

Parterne aftaler efterfølgende at udskyde tidspunktet for færdiggørelsen til den 20. december 2005 med tillæg af 2 ugers opfølgningsperiode.

Sagsøger kan efterfølgende konstatere, at facadearbejdet ikke er færdigt rettidigt. Derfor afsender sagsøger den 8. januar 2006 reklamationsskrivelse med angivelse af aktuelle mangler i forhold til det aftalte ...

Sagsøger modtager ingen respons på den første reklamationsskrivelse og afsender den 15. februar 2006 yderligere en reklamationsskrivelse til sagsøgte ... Den 30. april 2006 fremsender sagsøger yderligere en reklamationsskrivelse ..., hvor der igen gøres opmærksom på de enkelte forhold, som afventer færdiggørelse eller udbedring samt bestemmelsen i aftalen om beregning af dagsbøder.

Den 9. maj 2006 modtager sagsøger svar fra sagsøgte ved advokat P.Ø. ... P.Ø. oplyser, at hans klient er indstillet på en færdiggørelse af arbejdet og opfordrer til møde med en gennemgang af fejl og mangler samt nedskrivning heraf og nedskrivning af aftale om udførelse af resterende arbejder, således at alle parter er enige om hvad, der skal udføres og en endelig tidsramme for udførelsen.

Ved brev af den 10. maj 2006 ... oplyser sagsøger, at man ikke vi deltage i et møde som foreslået af sagsøgte, idet sagsøger blot ønsker kontraktmæssig ydelse.

Sagsøger har under hele forløbet betalt sine a conto-vederlag rettidigt, men har dog tilbageholdt 10 % af entreprisesummen i overensstemmelse med den mellem parterne indgået aftale af 23. september 2005.

Som sagens bilag ... fremlægges dokumentation for betalingerne.

I brev af den 18. maj 2006 ... fastholder sagsøgtes advokat afholdelse af møde som foreslået tidligere og accepterer samtidig, at, der er tilbageholdt 10 % af entreprisesummen indtil arbejdet er afsluttet.

Den 25. maj 2006 har sagsøgte endnu ikke leveret kontraktmæssig ydelse, og sagsøger indbringer sagen for Byggeriets Ankenævn ...

Den 9. september 2006 afgiver skønsmand J.W.P. skønserklæring i ankenævnssagen ...

I skønserklæringen fastslår skønsmanden manglende færdiggørelse af arbejdet svarende til samlet kr. 51.000.

Den 21. september 2006 fremsætter sagsøger indsigelse over for skønserklæringen ... Sagsøger anfører således, at skønserklæringen fejlagtig lægger til grund, at der er udskiftet 25 stk. palæruder i stedet for rettelig 74 stk. palæruder, og at malerarbejdet i forbindelse med reparation af sandblæsningsskader, skal beregnes i forhold til dette korrekte antal.
Endvidere oplyser sagsøger, at det er hele zinkafdækningen ved kældertrappen, som er beskadiget og ikke kun den afdækning, som vender ind mod husmuren og som lagt til grund af skønsmanden. Sluttelig anfører sagsøger, at sagsøgte ikke har levet op til aftalen om at reparation af eksisterende sokkelbusk omfatter 'sokkelpuds total', hvilket ifølge sagsøger omfatter reparation af eksisterende sokkel samt etablering af sokkel, hvor denne mangler. Derfor mener sagsøger også, at sagsøgte er forpligtet til at renovere sokkelpuds ved trappe, selvom der ikke er markeret sokkel med fremspring.

I brev af den 4. oktober 2006 ... fastholder skønsmanden dog det i skønserklæringen anførte.

Den 10. oktober 2006 træffer Ankenævnet kendelse i sagen ... og fastslår, at sagsøgte inden den 15. december 2006 skal foretage de i skønserklæringen nævnte arbejder. I modsat fald skal sagsøgte betale sagsøger kr. 51.000 inkl. moms i overensstemmelse med det af skønsmanden fastslået beløb til udbedring samt færdiggørelse af arbejdet. Endvidere fastslår kendelsen, at sagsøgte skal godtgøre sagsøger kr. 1.385,63 inkl. moms, som er et beløb, sagsøger har udlagt for udførelse af kloakspuling som følge af sandblæsning.

Dokumentation for afholdt udgift til kloakspuling ...

Ved brev af 15. oktober 2006 ... retter sagsøger henvendelse til Ankenævnet, idet sagsøger er uforstående overfor, at Ankenævnet i kendelsen ikke har taget stilling til det af sagsøger anførte om betaling af dagbøder.

Den 18. oktober 2006 oplyser Ankenævnets formand over for sagsøger ... at Ankenævnet efter fast praksis ikke træffer afgørelse om betaling af dagbøder, idet det omfatter bevismæssige problemstillinger, som må belyses under en Mundtlig 'bevisførelse og forhandling.

Sagsøger kan efterfølgende konstatere, at sagsøgte ikke, inden den 15. december 2006 foretager de i skønserklæringen nævnte arbejder.

Sagen indbringes derfor Dansk Byggeris Byg Garantiordning, som dog den 15. januar 2007 ... afviser at foretage udbetaling i sagen, idet det af sagsøgte tilbageholdte beløb, 10 % af entreprisesummen; overstiger de af Byggeriets Ankenævns fastsatte udbedringsomkostninger i skønserklæringen.

Sagsøgte har den 10. februar 2007 ved advokat P.Ø., forinden indbringelsen for Byg Garantiordningen; bestridt af Byg Garantiordningen skulle foretage udbetaling til sagsøger ... idet sagsøgte er af den opfattelse, at der er sket udbedring af de af skønsmanden påtalte forhold.

I skrivelse af den 19. december 2006 ... har undertegnede oplyst advokat P.Ø., at der kun i meget begrænset omfang er sket afhjælpning og har samtidig taget forbehold for dagbøde som fastsat i aftalen af den 23. september 2005.

Da der ikke har kunnet opnås en forligsmæssig løsning på sagen, er nærværende stævning nødvendiggjort.

4. 73.282

Det påstævnte beløb fremkommer nærmere således:

| | | |
|---|---|---|
| Overslag på manglende færdiggørelse af facadearbejder | kr. | 60.000 |
| Dagbøder å kr. 1.500 ekskl. moms pr. dag dog max 5 dage pr. uge i 290 dage, i alt kr. 435.000, som dog forligsmæssigt nedsættes grundet sagens omstændigheder til inkl. moms: | kr. | 275.000 |
| **I alt** | kr. | 335.000 |

Yderligere krav forbeholdes, ligesom ovennævnte post er forbeholdt forhøjet."

Selskabets advokat gav i skrivelse af 4/9 2007 følgende dækningstilsagn:

"Der består i sagen to forhold. For det første om og i hvilket omfang, der kan kræves dagbøder. For det andet om og i hvilket omfang, der i øvrigt består et rimeligt krav vedrørende de resterende hævdede mangler ved huset.

I relation til dagbøderne anser jeg det for særdeles usikkert, om kravet kan gennemføres efter klausulen i tilbuddet, der ikke nærmeres specificerer betingelserne herfor, og jeg kan af korrespondancen se betydelig uenighed med modparten om denne har haft adgang til at foretage mangelsudbedring eller ej.

I relation til de øvrigt påberåbte mangler, synes det af udkastet til skønstema at fremgå, at Deres klienter ønsker en fuldstændig gennemgang af det udførte arbejde i forhold til tilbuddet med henblik på en vurdering af, om der måtte bestå et krav mod entreprenøren for manglende opfyldelse af tilbuddet.

Hertil bemærkes, at retshjælpsforsikringen ikke dækker undersøgelsesomkostninger, og som skønstemaet er formuleret, er der tale om en ren undersøgelse af grundlaget for et muligt krav, og ikke konkret påpegede mangler. Endvidere har jeg noteret mig afgørelsen fra Byggeriets Ankenævn og på grundlag heraf (og skønsforretningen ved Byggeriets Ankenævn) ses der ikke rimeligt grundlag for et søgsmål (eller syn og skøn) vedrørende mangler ud over, hvad der er anerkendt af ankenævnet.

Det fremhæves, at selskabet har såvel ret som pligt til at udtrykke tvivl om sagens rimelighed, jf. retshjælpsbetingelsernes § 2, stk. 3 og § 5, stk. 1.

På denne baggrund kan der ikke ydes retshjælp til sagen for så vidt angår de hævdede mangler og dermed heller ikke til syn og skøn.

Jeg fremhæver i den forbindelse, at når modparten ikke har foretaget udbedring i overensstemmelse med ankenævnets kendelse, så kan Deres klient få udbetalt det af ankenævnet anerkendte beløb af Garantiordningen, hvorved der heller ikke på dette grundlag består en tvist mod modparten.

For så vidt angår dagbøderne nærer jeg en sådan tvivl, om der er rimeligt grundlag for et søgsmål beregnet på 290 dage som angivet af Dem, at der alene foreløbig kan meddeles retshjælp til gennemførelse af et krav på kr. 150.000 svarende til 100 arbejdsdage. Jeg bemærker, at beløbet ikke skal tillægges moms, allerede fordi Deres klient ikke er momsregistreret.

Vælger Deres klient at anlægge sag på grundlag af det foreliggende udkast til stævning, vil selskabet alene kunne tilbyde 50 % retshjælpsdækning til sagens gennemførelse, dog således at omkostninger til syn og skøn ikke dækkes under retshjælpsdækningen.

Selskabet v/undertegnede skal godkende ethvert omkostningskrævende retsskridt samt forlig i sagen uden rettens omkostningsfastsættelse.

Dækningssummen er kr. 100.000 og selvrisiko er 10 %, dog mindst kr. 2.500. For så vidt angår udmåling af Deres salær henledes opmærksomheden på retshjælpsbetingelsernes § 11, stk. 5, hvorefter salæret fastsættes efter domstolenes vejledende retningslinjer for udmåling af sagsomkostninger, jf. landsretspræsidenternes notat af 17. juni 2005."

Klagerens advokat har over for nævnet gjort gældende, at selskabet skal give tilsagn om at yde fuld dækning for sagen mod entreprenøren. Advokaten har i skrivelse af 14/1 2008 til nævnet bl.a. anført:

"Følgende anføres til støtte for fuld dækning i sagen:

Der foreligger en aktuel og konkret tvist.

M. K. ApS har ikke leveret kontraktmæssig ydelse, idet det udførte arbejde er behæftet med mangler. Endvidere er M. K. ApS pligtig til at svare dagbod for forsinkelse i overensstemmelse med aftalegrundlaget, jf. stævningsudkastets bilag ...

Byggeriets Ankenævn har allerede i afgørelse af 25. maj 2006 fastslået, at der er leveret mangelfuld ydelse. Der henvises særligt til stævningsudkastets bilag 9-10.

M. K. ApS har ikke efterleveret afgørelsen, hvorfor stævning er nødvendiggjort, idet ankenævnets afgørelser ikke er eksigible.

Det følger af forbrugeraftaleloven, at der efter endt ankenævnsbehandling kan ske prøvelse ved domstolene. Der er her tale om en helt ny prøvelse, som også indbefatter afholdelse af nyt syn og skøn. Dette ændrer dog ikke ved, at der foreligger konstaterbare mangler.

Desuden fremgår det klart af aftalegrundlaget, at der skal svares dagbod, hvilket også står klart efter ankenævnet afgørelse af 25. maj 2006, som falder adskillige måneder efter, at arbejdet skulle være færdiggjort."

Selskabet har over for nævnet ved sin advokat fastholdt afgørelsen og til støtte herfor i skrivelse af 1/2 2008 bl.a. anført:

"Den indgivne klage giver ikke selskabet anledning til at ændre stilling.

Det ses fortsat ikke, at klager har sandsynliggjort, at der er en sådan udsigt til, at klager kan opnå medhold for et beløb på kr. 310.000,-, at der er rimeligt grundlag for et søgsmål, jf. retshjælpsbetingelsernes § 2, stk. 3 smh § 5, stk. 1.

Der er ved begrænsningen af retshjælp til en stævningspåstand på kr. 150.000,- for så vidt angår dagbøderne lagt vægt på, at der en betydelig uenighed mellem klager og entreprenøren, om denne reelt har haft mulighed for at foretage mangelafhjælpning efter, at

der er opstået uenighed mellem parterne imellem. På dette grundlag ses klageren igen ikke at kunne godtgøre, at der skulle være indtrådt en forsinkelse på hele 290 dage, som alene entreprenøren bærer risikoen for.

Det fremhæves herved, at manglerne, som er angivet af Byggeriets Ankenævn begrænser sig til et samlet udbedringsbeløb på kr. 51.000,- inkl. moms.

Særligt i relation til spørgsmålet om de hævdede yderligere mangler ved ejendommen, er det selskabets opfattelse, at klager ikke har mulighed for at løfte bevisbyrden for, at der består yderligere mangler ud over, hvad er fastslået ved kendelsen fra Byggeriets Ankenævn. Igen er det selskabets opfattelse, at der ikke er rimeligt grundlag for et søgsmål (eller syn og skøn) vedrørende de hævdede yderligere mangler. Dertil kommer, at klager ikke konkret har været i stand til at angive (f.eks. ved en håndværkervurdering eller lign.), at der skulle bestå mangler ved det udførte arbejde ud over, hvad der er påpeget af skønsmanden hos Byggeriets Ankenævn. Det fremhæves herved, at hovedparten af klagers indsigelser allerede er givet til kende over for skønsmanden og over for Byggeriets Ankenævn.

Hertil kommer, at det af klager udarbejdede udkast til skønstema i sin form er udtryk for en fuldstændig gennemgang af det af entreprenøren udførte arbejde. Herved frem står skønsforretningen, som en ren kvalitetsgennemgang af det udførte arbejde uden at konkretisere sig omkring specifikt påpegede mangler.

Retshjælpsforsikringen dækker ikke undersøgelsesomkostninger, hvorfor selskabet allerede af denne grund ikke kan meddele retshjælp til denne del af sagen.

Sammenfatning.
Sammenfattende fastholder selskabet, at der er alene kan meddeles retshjælp til et sagsanlæg, baseret på en skønsmæssig fastsat påstand på dagbøder på kr. 150.000,-. Dette være sig uanset, at selskabet i øvrigt har betydelig tvivl om muligheden for, at klager kan opnå medhold på dette punkt.

Selskabet opretholder samtidig, at der - for det tilfælde, at klager har indgivet stævning med en påstand om kr. 310.000,-, jf. udkastet til stævning - alene kan meddeles 50 % retshjælp til gennemførelse af et sagsanlæg, baseret på denne påstand. Der henvises herved til retshjælpsbetingelsernes § 5, stk. 1, hvilket tillige gælder omkostninger til syn og skøn under en eventuel retssag, idet klager ikke har udsigt til at kunne opnå medhold for så vidt angår yderligere mangler end allerede anerkendt ved kendelsen fra Byggeriets Ankenævn, jf. herved tillige § 5, stk. 1."

Hertil har klagerens advokat i skrivelse af 8/2 2008 til nævnet bl.a. anført:

"Det skal kort præciseres:

Forpligtelsen til at yde dagbod følger af stævningens bilag ...

At der foreligger mangler, er konstateret af skønsmanden ved Byggeriets Ankenævn.

Entreprenøren har på intet tidspunkt foretaget relevant afhjælpning, og Byggeriets Ankenævns afgørelse af 10. oktober 2006 er således ikke efterkommet.

En retssag nødvendiggør nyt syn og skøn, idet der er tale om en fuldstændig ny prøvelse og bevisvurdering.

I øvrigt forekommer det uforståeligt, at indklagedes advokat afviser dækningen med henvisning til, at der ikke er en rimelig udsigt til at opnå medhold, men dog tilbyder at yde retshjælpstilsagn med 50 %.

Slutteligt skal det præciseres, at sagen i sin kerne drejer sig om det forhold, at entreprenøren ikke har efterlevet Byggeriets Ankenævns kendelse af 10. oktober 2006.

Det fremgår af forbrugerklageloven, at sagen herefter kan indbringes for domstolene."

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 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 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 grundlag for at kritisere selskabets afgørelse.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

---

Klagen kan ikke tages til følge.

J. Hermann