816/09

Den 30. marts 2009 blev i sag nr. 74.410:

xxxx xxxxx
xxxxxxxxxx xx
xxxx xxxxxxx

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har forsikring med retshjælpsdækning i Topdanmark Forsikring A/S, klager ved sin advokat over selskabets afvisning af at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til en retssag, hvor klageren er blevet stævnet i forbindelse med, at hun har tilbageholdt restentreprisesummen til et nyopført hus.

Selskabet har afvist at yde forsikringsdækning under henvisning til, at der ikke er rimelig grund til at føre proces.

Det fremgår af sagen, at klageren den 29/3 2006 underskrev en byggeentreprisekontrakt vedrørende opførelse af et enfamiliehus, og herunder tiltrådte entreprenørens salgs- og leveringsbetingelser. Ved skrivelse af 25/6 2008 til selskabet anmodede klagerens advokat om retshjælpsdækning, idet entreprenøren den 19/2 2008 har udtaget stævning mod klageren, grundet klagerens tilbageholdelse af restentreprisesummen. Af skrivelsen til selskabet fremgår bl.a.:

"Hovedsagen vedrører reelt 2 problemstillinger omhandlende:

1. Salgs- og leveringsbetingelsernes punkt 8 i entrepriseaftalen mellem sagsøger, D.N. A/S, og min klient, J.G., der er sagsøgt, omhandlende hvorvidt D.N. A/S har ret til at kræve indeksering af den aftalte entreprisesum.

2. Hvorvidt min klient J.G. som sagsøgt er berettiget til at tilbageholde et beløb st. kr. 50.000 for leje af skurvogne dækkende den periode min klient ikke i henhold til oprindeligt aftalt/forudsætninger kunne tage ejendommen T.vej i M. i brug.

Da sagen primært omhandler fortolkningen af kontraktbestemmelserne, er der ikke begæret afholdt syn- og skøn, idet der er enighed om byggeriets faktiske afleveringstidspunkt.

Derudover kan det blive relevant at inddrage et øvrigt forhold i sagen, idet min klient lige har konstateret, at rørgennemføring fra udluftningskanaler m.v. i køkken, badeværelse m.v. i husets stueplan er ført op gennem 1. sal på en måde, der reelt gør 1. salen ubrugelig.

Der er ubetinget tale om en håndværksmæssig fejl i den sammenhæng.

Jeg har den 17. ds.reklameret herfor overfor sagsøger, D.N. A/S' advokat og forventer sidstnævntes stillingtagen snarest muligt.

Der kan derfor blive tale om at inddrage dette aspekt som en mere traditionel mangelsag i kontrakten og dermed forhøje påstanden til selvstændig dom svarende til de omkostninger, der vil medgå til at afhjælpe manglerne:
…"

Af stævningen dateret 19/2 2008 fremgår bl.a.:

"Som advokat for sagsøger nedlægges følgende

Påstande:

Principalt: Sagsøgte dømmes til at betale foreløbigt kr. 165.000,00, med tillæg af renter fra sagens anlæg, til betaling sker.

Subsidiært: Sagsøgte dømmes til at betale et af retten skønsmæssigt fastsat mindre beløb.

Da påstandsbeløbet er underlagt en indekseringsklausul, vil det endelige påstandsbeløb blive opgjort i påstandsdokumentet, når datoen for hovedforhandlingen kendes. Der kræves således indeksering frem til tidspunktet for hovedforhandlingen.

Påstandsbeløbet fremkommer således:

Manglende betalt indeks i forhold til opr. krævet	kr. 115.000,00
Tilbageholdt beløb for leje af skurvogn/påstået erstatningskrav	kr. 50.000,00
I alt	kr. 165.000,00

Ovenstående to poster er telefonisk blevet oplyst af sagsøgtes advokat.

Det oprindeligt krævede indekseringsbeløb var kr. 137.500,00, opgjort pr. dagen for den aftalte afleveringsforretning.

Sagens faktiske og retlige omstændigheder:
Denne sag drejer sig om betaling af restentreprisesummen i anledning af sagsøgers opførelse af hus, beliggende T.vej i M, for sagsøgte.

Om baggrunden for sagsanlægget kan oplyses følgende:

3. 74.410

Ved entreprisekontrakt af den 3. april 2006 indgik sagsøger og sagsøgte aftale om sagsøgers opførelse af hus, beliggende T.vej i M. Kopi af entrepriseaftalen fremlægges som **bilag ...**

Jvf. sidste afsnit i aftalen, tiltrådte sagsøgte ligeledes salgs- og leveringsbetingelserne, som blev gennemgået sammen med sagsøger forud for underskrift af aftalen. Salgs- og leveringsbetingelserne fremlægges som **bilag ...**

Afleveringstidspunktet var på forhånd fastsat til uge 50 2007, på hvilket tidspunkt huset også var klar til aflevering, jf. indkaldelse til afleveringsforretning, der fremlægges som **bilag ...**

På den aftalte afleveringsdag havde sagsøgte dog ikke betalt den fulde entreprisesum, hvorfor sagsøger ikke kunne udlevere nøglerne til huset.

Sagsøgte kontaktede imidlertid en låsesmed, som uden sagsøgers kendskab skaffede sagsøgte adgang til huset.

Der fandt således aldrig en nøgleudlevering eller afleveringsforretning sted. Samtidig ansås byggeriet for at være mangelfrit, jf. pkt. 20 i salgs- og leveringsbetingelserne.
…
Tvisten angår således 2 forhold, hvilket sagsøgtes advokat bedes bekræfte i sit svarskrift:

1. Salgs- og leveringsbetingelsernes punkt 8 om retten til at kræve indeksering af entreprisesummen.
2. Hvorvidt sagsøgte var berettiget til at tilbageholde kr. 50.000,00 for leje af skurvogn, udfra et erstatningsmæssigt synspunkt pga. sagsøgers forsinkelse.

Ifølge salgs- og leveringsbetingelsernes punkt 8 indtraf pligten til at betale indeksering, såfremt anmærkningsfri byggetilladelse ikke blev opnået inden for 2 måneder fra kontraktens underskrift.

Da kontraktdatoen er den 4. april 2006, og da datoen for byggetilladelsen er den 4. september 2006, er 2 måneders fristen overskredet.

Jf. punkt 8 i salgs- og leveringsbetingelserne skal kontraktsummen/entreprisesummen således indekseres frem til afleveringsforrretningsdagen. Afleveringsforretningen blev imidlertid aldrig afholdt pga. sagsøgtes forhold.
…"

Heroverfor hedder det i svarskriftet bl.a.:

"Ad sagens 2 forhold:
Sagsøgte kan bekræfte at tvisten angår følgende to forhold:

1. Salgs- og leveringsbetingelsernes punkt. 8 om retten til at kræve indeksering af entreprisesummen.
2. Hvorvidt sagsøgte var berettiget til at tilbageholde kr. 50.000,00 for leje af skurvogn.

Ad gennemgang af salgs- og leveringsbetingelser:

Som det fremgår af stævningens bilag … er der tale om meget vanskeligt formulerede salgs- og leveringsbetingelser i tilknytning til aftalen. Disse er ikke blevet gennemgået med

sagsøgte og sagsøgte er ikke i forbindelse med underskrivelse af aftalen blevet oplyst om, at der ville påløbe en meget betydelig ekstra omkostning i form af indeksering, såfremt byggetilladelsen blev forsinket.

Ad anvendelse af låsesmed:
Det er ikke korrekt at sagsøgte har skaffet sig adgang til huset ved hjælp af låsesmed, tværtimod fik sagsøgte nøglen udleveret af byggelederen.

Ad fastsættelse af afleveringstidspunkt:
Sagsøger anfører i sin stævning at afleveringstidspunktet på forhånd var fastsat til uge 50 2007.

Faktum er, at der ikke ved aftalens indgåelse blev fastsat noget afleveringstidspunkt. Forholdet blev reguleret af punkt 16, 1. pkt. i salgs- og leveringsbetingelserne, som har følgende ordlyd:

> 'Afleveringsforretningstidspunktet kan oplyses efter modtagelse af byggetilladelse i anmærkningsfri stand, efter endeligt materialevalg, enighed om endeligt aftalegrundlag, planlægning af byggeriet har fundet sted, notering af transporterklæring og håndpant i ejerpantebrev/sikkerhedsstillelse er modtaget.'

Der er tale om en særdeles vag bestemmelse, som gjorde det muligt for sagsøger at trække byggeriet ud. Først efter at sagsøgtes advokat foretog gentagne henvendelser i januar og februar 2007 fastsatte sagsøger en afleveringdato, jf. bilag A- B.

Afleveringsdatoen blev fastsat 11 måneder efter byggeaftalens indgåelse.

Ad indeksering frem til hovedforhandlingen:
Det bestrides at der kan ske indeksering af købesummen frem til hovedforhandlingen. I fald kontraktens punkt 8 finder anvendelse efter sin ordlyd, så må afleveringsforretningsdagen i denne henseende sidestilles med den dag entreprenørens ansvar for mangler bortfalder i henhold til kontraktens punkt 20, 4.-5. punktum.

Ad forsinkelse af byggeprocessen:
Opmærksomheden henledes på, at byggekontrakten blev underskrevet 3. april 2006 og at afleveringsforretning først blev aftalt til 4. december 2007. Byggeriet har således været 20 måneder undervejs eller 16 måneder fra byggetilladelsen forelå (4. september 2006).

Der er tale om en meget lang byggetid for et alm. parcelhus og entreprenøren har da også været skyld i flere forsinkelser undervejs, hvoraf alene en enkelt kan dokumenteres, jf. bilag ...
For at sætte byggetiden i perspektiv kan henvises til standardkontrakten fra T.hus der opererer med et tidsperspektiv på som udgangspunkt 6 måneder fra byggetilladelsen foreligger, jf. bilag …, kontraktens § 8.

Det er sagsøgtes opfattelse, at kontraktens punkt 16 rummer så betydelige muligheder for sagsøger for at trække byggeprocessen i langdrag, at bestemmelsen må tilsidesættes som stridende mod AFTL § 36, jf. AFTL § 38c. En opfattelse som sagsøgte tilkendegav over for sagsøger i brev af 2. februar 2007, jf. bilag …

I fald punkt 16 tilsidesættes må byggeriet betegnes som forsinket bedømt på baggrund af almindelig obligationsret. Denne forsinkelse har medført udgifter for sagsøgte i form af leje af skurvogne.
…
Ad generelt om punkt 8 i kontrakten:
Det er sagsøgtes opfattelse at kontraktens punkt 8 strider mod AFTL § 36 sammenholdt med AFTL § 38c.
…"

Selskabet har ved skrivelse af 2/7 2008 til klagerens advokat givet afslag på forhåndstilsagn om at yde retshjælpsdækning. Selskabet har som begrundelse herfor anført:

"Vi vender tilbage til dit brev fra den 25. juni 2008, hvor du søger retshjælpsdækning til din klient som er sagsøgt af D.n. A/S med påstand om, at din klient skal betale den resterende entreprisesum med indeksregulering på 165.000 kr.

Desværre skal jeg meddele, at vi ikke kan hjælpe din klient i denne sag.

Her følger forklaringen.
Retshjælpsforsikringen dækker tvister, som med rimelighed kan danne grundlag for et civilretligt søgsmål. Selskabet har både ret og pligt til at give udtryk for tvivl om sagens rimelighed (se vilkårene punkt 2, stk. 2 og 3).

Desuden fremgår det af vilkårene punkt 5, stk. 1, at retshjælpsforsikringen ikke dækker omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, f.eks. fordi sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen.

I denne sag har din klient underskrevet en byggekontrakt. I den forbindelse skriver din klient også under på, at hun er bekendt med og tiltræder salgs- og leveringsbetingelserne (herefter nævnt som betingelserne) der er gældende for entreprisen. Det fremgår af betingelserne punkt 8, at i de tilfælde hvor der ikke opnås anmærkningsfri byggetilladelse, vil der ske regulering af den samlede entreprisesum.

Det fremgår af betingelsernes punkt 16, at afleveringstidspunktet kan oplyses, når en række nævnte forhold er nærmere afklaret. Endelig fremgår det af betingelsernes punkt 16, at hvis der flyttes ind før nøgleudlevering og inden betaling af indflytningsopgørelse, anses byggeriet for at være mangelfrit, bortset fra skjulte fejl og mangler. Entreprenørens tilgodehavende forfalder omgående ved bygherrens indflytning.

Vi har lagt vægt på, at der er tale om en byggekontrakt hvis salgs- og leveringsbetingelser som, om end de ikke er gunstige for din klient, ikke kan tilsidesættes som ulovlige. Din klient har underskrevet såvel kontrakt som salgs- og leveringsbetingelserne uden anmærkninger eller forbehold. Det fremgår tydeligt af betingelsernes punkt 8, at der vil ske indeksreguleringen af entreprisesummen og perioden herfor, såfremt der ikke opnås anmærkningsfri byggetilladelse indenfor 2 måneder.

D.B. A/S er ifølge kontrakten og betingelserne punkt 16 ikke forpligtet til at oplyse et tidspunkt for afleveringsforretning i forbindelse med kontraktens indgåelse, men først når en række nævnte forhold er nærmere afklaret. Det fremgår, at seneste afklaring af materialevalg af D.B. A/S forudsættes at være den 10. januar 2007, efter afklaring af problematik med valg af køkken. Herefter skulle der ske endelig planlægning fra byggeleder.

D.B. A/S har efter anmodning fra dig den 2. februar 2007 oplyst om tidspunkt for aflevering til uge 50 2007. D.B. A/S har overholdt tidspunktet for afleveringsforretningen. Hertil kommer, at din klient har i forbindelse med indflytning uden afleveringsforretning og inden betaling af indflytningsopgørelse givet afkald på at gøre mangelsbeføjelser gældende for så vidt angår fejl og mangler som ikke er skjulte, ligesom hele beløbet forfalder til udbetaling ved indflytning.

D.B. A/S har efter vores opfattelse opfyldt sine forpligtelser ifølge kontrakten.

Vi vurderer derfor, at der ikke er udsigt til, at en retssag vil falde ud med gunstigt resultat for din klient. Der er derfor ikke tale om en sag, som opfylder retshjælpsforsikringens rimelighedskriterium.
…"

Klagerens advokat har overfor nævnet gjort gældende, at selskabet skal give tilsagn om at yde retshjælpsdækning for sagen mod entreprenøren.

Selskabet har overfor nævnet fastholdt sin afgørelse og har til støtte herfor i skrivelse af 21/8 2008 bl.a. anført:

"Sagen drejer sig om, at byggeselskabet D.N. A/S har krævet betaling af rest-entreprisesum i anledning af opførelse af en ejendom for vores kunde J.G.

Tvisten drejer sig således om

- salgs- og leveringsbetingelsernes punkt 8 om retten til at kræve indeksering af entreprisesummen
- hvorvidt vores kunde er berettiget til at tilbageholde 50.000 kr. for leje af skurvogn

I sit anmeldelsesbrev til retshjælpsforsikringen fra 25. juni 2007 (bilag …) oplyser advokaten tillige, at der skulle være konstateret problemer med rørgennemføringen. Da der ikke er nærmere redegjort for dette punkt, og vi ikke ved, om der består en tvist om dette forhold, og om den kan anses for rimelig, kommenterer vi ikke dette forhold yderligere.
…
Her er vores vurdering af sagen
Vi har lagt vægt på, at vores kunde har underskrevet såvel kontrakt som salgs- og leveringsbetingelserne uden anmærkninger eller forbehold. Det fremgår tydeligt af betingelsernes punkt 8, at der vil ske indeksregulering af entreprisesummen og perioden herfor, hvis der ikke opnås anmærkningsfri byggetilladelse inden for 2 måneder.

D.N. A/S har ikke i forbindelse med kontraktens indgåelse oplyst eller givet forventning om, at der ville foreligge anmærkningsfri byggetilladelse inden for 2 måneder, men alene oplyst om estimerede byggetider og ventetider vedrørende tiden efter der foreligger anmærkningsfri byggetilladelse.

Dansk Nybyg A/S er ifølge kontrakten og betingelsernes punkt 16 ikke forpligtet til at oplyse et tidspunkt for afleveringsforretning i forbindelse med kontraktens indgåelse, men først når en række nævnte forhold er nærmere afklaret. Det fremgår, at seneste afklaring af materialevalg af D.N. A/S forudsættes at være den 10. januar 2007, efter afklaring af problematik med valg af køkken. Herefter skulle der ske endelig planlægning fra byggeleder. D.N. A/S

har efter anmodning fra vores kundes advokat den 2. februar 2007 oplyst om tidspunkt for aflevering til uge 50 2007. D.N. A/S har overholdt tidspunktet for afleveringsforretningen.

Hertil kommer, at vores kunder i forbindelse med indflytning uden afleveringsforretning og inden betaling af indflytningsopgørelse har givet afkald på at gøre mangelsbeføjelser gældende for så vidt angår fejl og mangler som ikke er skjulte, ligesom hele beløbet forfalder til udbetaling ved indflytning.

D.N. A/S har på den baggrund, efter vores opfattelse opfyldt sine forpligtelser ifølge kontrakten.

Vi finder ikke, at salgs- og leveringsbetingelserne kan tilsidesættes som ugyldige. Formuleringen vedrørende indeksregulering og aflevering er rimelig klar. Det forhold, at vores kunde har valgt ikke at lade sig bistå af advokat i forbindelse med underskrift af kontrakten, gør ikke i sig selv, at den er ugyldig.

I den konkrete sag er det derfor fortsat vores vurdering, at vores kunder ikke har rimelig udsigt til at kunne få medhold under en eventuel retssag, idet vi skal gentage, at vi er villige til at revurdere, hvis vi modtager dokumentation, der viser at entreprenøren har pådraget sig ansvar for forsinkelse af byggeriet.

Vi henviser til vedlagte vilkår punkt 2, stk. 2, hvor vi oplyser, at retshjælpsforsikringen dækker tvister, som med rimelighed kan danne grundlag for et civilretligt søgsmål. Vi henviser også til vilkårenes punkt 2, stk. 3. Her kan I se, at vi både har ret og pligt til, at give udtryk for tvivl om sagens rimelighed.

Vores afslag er et afslag på forhåndstilsagn. Hvis retssagen, vil falde ud med gunstigt resultat for vores kunde, vil vi naturligvis kigge på sagen igen."

Forsikringsbetingelserne indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

" **§ 2. Hvilke tvister er dækket af retshjælpsforsikringen?**
…
2. Ved tvister forstås konkrete aktuelle konflikter; som med rimelighed kan danne grundlag for et civilretligt søgsmål.

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."

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet, at der efter det foreliggende 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.

Marianne Højgaard Pedersen