818/09

Den 4. maj 2009 blev i sag nr. 74.671:

xxxxx xxxxx
xxxxxx xxxxxxx xx
xxxx xxxxxxx

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 yde retshjælpsdækning til en påtænkt ankesag.

Selskabet henviser til, at der ikke er rimelig grund til at føre ankesagen.

Det fremgår af sagen, at klageren den 15/10 2006 erhvervede en ejerlejlighed. Hun konstaterede efter indflytningen, at der var problemer med indtrængning af fugt i tilbygning til køkkenet, og kontaktede en advokat med henblik på at få sælgerne af lejligheden til at erstatte forholdet.

Klagerens advokat ansøgte ved skrivelse af 22/8 2007 selskabet om retshjælpsdækning til den påtænkte sag. Klagerens advokat anførte herefter i stævning af 6/9 2007:

"**FORELØBIG PÅSTAND:**

De sagsøgte tilpligtes in solidum at betale sagsøgeren kr. 10.000,00 med tillæg af den til enhver tid gældende procesrente beregnet fra sagens anlæg til betaling sker.

…

ANBRINGENDER:

Det gøres gældende,

At de sagsøgte principalt er erstatningsansvarlige for manglerne ved tilbygning, idet de som selvbyggere har handlet ansvarspådragende. Tabets størrelse vil senere blive opgjort, når der foreligger syns- og skønsrapport.

At det ikke er diskulperende, hvis der er foretaget tilsyn af repræsentant fra Århus Kommune.

At de sagsøgte subsidiært er pligtige at betale sagsøgeren forholdsmæssigt afslag."

Der blev herefter udarbejdet en syns- og skønsrapport, der opgjorde de skønnede udbedringsomkostninger. Som følge heraf anførte klagerens advokat i replik af 16/4 2008:

"**PÅSTAND:**

De sagsøgte tilpligtes in solidum at betale sagsøgeren kr. 28.600,00 med tillæg af den til enhver tid gældende procesrente beregnet af kr. 10.000,00 fra sagens anlæg til betaling sker og af restbeløbet fra nærværende repliks fremlæggelse til betaling sker.

Syns- og skønsrapport af 17. marts 2008 fra ingeniør A.E. fremlægges i kop som **bilag ..,** og giver anledning til ændring af påstanden som ovenfor anført.

Påstandsbeløbet svarer til udbedringsomkostningerne anført i ovennævnte syns- og skønsrapport, hvilket igen svarer til sagsøgerens økonomiske tab.

I forbindelse med hovedforhandlingen vil autoriseret kloakmester S.M. blive indkaldt som vidne. Sagsøgerens anbringender, som de fremgår af stævningen, fastholdes, idet det præciseres, at tabet kan opgøres til udbedringsomkostningerne kr. 28.600.00 svarende til påstandsbeløbet."

Modpartens advokat anførte i skrivelse af 20/5 2008 til Retten i Å.:

"Jeg skal hermed meddele, at sagsøgte på baggrund af syn og skønsrapporten hermed tager bekræftende til genmæle overfor sagsøgers påstand.

Den kommende hovedforhandling er således aflyst."

Klagerens advokat anførte herefter i skrivelse af 21/5 2008 til Retten i Å.:

"Under henvisning til ovennævnte sag skal jeg herved anmode om, at sagens forberedelse genoptages, idet det viser sig, at Å. Kommunes Bygningsinspektorat muligvis ikke vil give dispensation fra byggelovgivningen til en gulvhøjde under terræn. Konsekvensen af en manglende dispensation vil være ganske omfattende og kostbare ændringer af bygningskonstruktionen, og i værste fald at bygningskonstruktionen må fjernes.

Det skal bemærkes, at problemstillingen vedr. den mulige ulovlighed på grund af manglende dispensation ikke har været omfattet af det gennemførte syn og skøn.

Vil Å. Kommunes Bygningsinspektorat ikke meddele dispensation, vil det være nødvendigt at stille yderligere spørgsmål til syns- og skønsmanden, og evt. ny besigtigelsesforretning."

Modpartens advokat anførte som følge heraf i skrivelse af 22/5 2008 til Retten i Å.:

"Jeg har modtaget sagsøgers telefax vedrørende ønsket genoptagelse af forberedelsen.

Sagsøgte har taget bekræftende til genmæle efter, at sagsøger - på baggrund af Skønsrapporten - afgav replik. Hermed er sagen slut, og der kan ikke ske genoptagelse af forberedelsen. Sagsøger har således fået fuldt medhold i sin påstand.

Retsplejeloven giver efter sagsøgtes opfattelse Ikke mulighed for, at forberedelse genoptages, når en part har taget bekræftende til genmæle. Parterne er således bundet af de afgivne proceserklæringer (replik og fax hvori der tages bekræftende til genmæle).

Det gøres under alle omstændigheder gældende, at der ikke skal ske genoptagelse af forberedelsen. Sagsøger har ikke taget forbehold i relation til det nu fremførte, selvom sagsøger har været bekendt med, at der var søgt om dispensation. Sagsøger har alene taget forbehold i sit svarskrift for at regulere påstanden når syn og skønsforretningen var afholdt. Dette er gjort i replikken uden yderligere forbehold. Herudover fremgår det af sagsøgers telefax, at der *muligvis* Ikke gives dispensation, og et sådan muligt fremtidigt forhold kan ikke begrunde en genoptagelse af sagen.

Såfremt sagsøger mener at have yderligere krav, må der anlægges en ny retssag. Under en sådan retssag vil sagsøgte naturligvis påstå afvisning under henvisning til, at nærværende sag endeligt har afgjort parternes mellemværende."

Af dom afsagt den 5/8 2008 af Retten i Å. fremgår:

"Under denne sag, der er modtaget i retten i Å. den 16. oktober 2007, har sagsøgeren, D.F., påstået sagsøgte, C.S.B.I. og M.I., dømt til at betale sagsøgeren 28.600,00 kr. med procesrente af 10.000 kr. fra den 16. oktober 2007 og af 18.600 kr. fra den 16. april 2008, alt til betaling sker.

Rettens begrundelse og afgørelse

Da sagsøgte har anerkendt at skylde beløbet, afsiges der dom efter sagsøgerens påstand med renter og sagsomkostninger som nedenfor anført.

Sagsomkostningerne er fastsat således, at 500,00 kr. dækker retsafgiften, og 3.000,00 kr. dækker udgiften til advokatbistand."

Klagerens advokat anførte i ankestævning af 26/8 2008:

"**PÅSTAND:**

Principalt: Hjemvisning af sagen til behandling ved Retten i Å.

Foreløbig påstand:
Subsidiært: Indstævnte tilpligtes at betale appellanten kr. 75.000,00 med den til enhver tid gældende procesrente af kr. 10.000,00 fra den 16. oktober 2007, af kr. 18.600,00 fra den 16. april 2008 og af restbeløbet fra ankesagens anlæggelse, alt til betaling sker.
...
ANBRINGENDER:

Ad den principale påstand:

Til støtte for at sagen hjemvises til Retten i Å. gøres det gældende,

At Retten i Å. har afsagt dom i sagen uden prøvelse af grundlaget for genoptagelse efter anmodning, hvilket må karakteriseres som en rettergangsfejl.
At der er grundlag for genoptagelse af forberedelse af sagen, jfr. Rpl. § 364, jfr. Rpl. § 363.
At anvendelse af Rpl. § 364, jfr. Rpl. § 363, var særskilt indiceret, fordi køber oprindeligt ingen anledning havde til at tro, at udførelsen af spisestuen var ulovlig og foretaget uden de fornødne dispensationer. Det bemærkes, at alene sælgerne fik kommunens svar vedr. problemet med gulvhøjden, jfr. bilag …, og derfor var klar over problemets omfang, før de tog bekræftende til genmæle og således hindrede forberedelsens genoptagelse. Yderligere bemærkes, at udgifterne til lovliggørelse sandsynligvis er betydeligt højere end udgifterne ved at udføre de i skønsrapporten anbefalede arbejder, ligesom køber ikke vil kunne sælge ejendommen uden en lovliggørelse.

Ad den subsidiære påstand:

Det gøres gældende,

At de sagsøgte er erstatningsansvarlige for de nødvendige udbedringsudgifter for så vidt angår sikring af tilbygningen mod fugt fra terrænet og lovliggørelse af spisestuen.
At tabet svarer til de udbedringsomkostninger, der vil blive anslået af syns- og skønsmanden.
At betingelserne for anbringendet er opfyldt, jfr. Rpl. 383, stk. 2, jfr. det ovenfor anførte, jfr. Rpl. § 364, jfr. Rpl. § 363."

Selskabet anførte i skrivelse af 1/9 2008 til klagerens advokat:

"Det i sagen omtvistede beløb udgør kr. 28.600,00 inkl. Moms. I forbindelse med sagen har modparten taget bekræftende til genmæle, til Deres påstand i replikken. Arbejdet har således alene bestået i udarbejdelse af processkrifter og deltagelse i skønsforretning. Sagens genstand og omfang har derfor ikke været tilstrækkelig omfattende til at begrunde et salær, som det af Dem foreslået.

På baggrund heraf kan retshjælpsselskabet godkende et salær på kr. 7.000,00 med tillæg af moms. Salæret tillægges positive omkostninger.

Der vil på baggrund af ovenstående ske afregning fra retshjælpsselskabets side af salær på kr. 8.750. fratrukket tilkendte sagsomkostninger på kr. 3.500,00. Selvrisiko fratrækkes ikke, idet denne blev fratrukket ved betaling af skønsmandens honorar. I alt fremsendes kr. 5.250,00 til Deres kontor.

Jeg skal endeligt bemærke, at i forbindelse med anken af sagen til Vestre Landsret og i henhold til retshjælpsbetingelsernes § 2, stk. 3, jf. § 5, stk. 1 har selskabet ret som pligt til at udtale sig, om der på det foreliggende grundlag er rimelig grund til gennemførelse af anke.

Selskabet kan ikke på det foreliggende grundlag give tilsagn om retshjælp til anke.

Ved afslaget er der lagt særlig vægt på, at modparten d. 20. maj d.å. tog bekræftende til genmæle i byretten, hvorfor Deres klient fik fuldt medhold i sin påstand. Det skal her henvises til Civilprocessen, Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 6 udgave, p. 316, hvori anfø-

res, '*Anerkender sagsøgte i et svarskrift rigtigheden af det i stævningen anførte krav (tager bekræftende til genmæle)..., afsiger retten dom efter sagsøgerens påstand. Dette resultat følger af den almindelige bestemmelse om forhandlingsprincippet i § 338'*. Hvilket tillige er anført af modparten i telefax af 12. juni d.å. Herefter bad De om genoptagelse af forberedelsen d. 21. maj d.å., hvilket retten ikke fandt grundlag for at genoptage, netop på baggrund af modpartens anerkendelse.

Endeligt er det fra vor side bemærket, at der på det foreliggende grundlag og på nuværende tidspunkt ikke er tilstrækkelig klarhed om Å. Kommune, Bygningsinspektorat Nord, vil give dispensation til gulvhøjden under terræn.

På baggrund af ovenstående er der således ikke rimelig grund til sagens førelse, jf. retshjælpsbetingelsernes § 2, stk. 3."

Klagerens advokat har ved skrivelse af 17/9 2008 over for nævnet nedlagt påstand om, at selskabet skal anerkende, at det skal dække omkostningerne i forbindelse med den påtænkte ankesag. Klagerens advokat har til støtte herfor anført:

"Det gøres gældende,

At sagen er anket til Vestre Landsret med rimelig grund, idet sagen med rimelig sandsynlighed enten vil blive hjemvist til behandling ved Byretten i Å. på ny eller realitetsbehandlet i Vestre Landsret. "

Selskabet har ved skrivelse af 10/10 2008 fastholdt sin afgørelse over for nævnet. Selskabet har til støtte herfor anført:

"Den 27. juni 2008 meddeler retten medlemmets advokat, at modparten har taget bekræftende til genmæle, hvorfor parterne er enige. Samtidig meddeler retten, at medlemmets advokat ikke på noget tidspunkt under sagen har taget forbehold vedr. dispensationen. Retten afslår herved genoptagelse af forberedelsen og i forlængelse heraf afsiges dom den 5. august 2008.

Domsafsigelsen er i fuld overensstemmelse med
Retsplejeloven, og omtales endvidere af Bernhard Gomard og Michael Kistrups i Civilprocessen, 6. udgave, s. 316, hvor det anføres: 'anerkender sagsøgte i et svarskrift rigtigheden af det i stævningen anførte krav (tager bekræftende til genmæle) ..., afsiger retten dom efter sagsøgerens påstand. Dette resultat følger af den almindelige bestemmelse om forhandlingsprincippet i § 338'.

Medlemmets advokat anmoder herefter om retshjælpsdækning til ankestævning. I ankestævningen gør medlemmets advokat gældende, at sagen skal hjemvises til behandling ved 1. instans. Til støtte herfor gøres gældende dels at der er begået rettergangsfejl dels at medlemmets advokat ikke har modtaget byggemyndighedernes brev om dispensation vedr. gulvhøjden, da dette var tilsendt sagsøgte.

Som anført ovenfor er der ikke i Retsplejeloven hjemmel til genoptagelse af forberedelsen når der tages bekræftende til genmæle, derimod skal der afsige dom i overensstemmelse med den påstand, som der er taget til bekræftende genmæle overfor.

For så vidt angår byggemyndighedernes brev om dispensation hæfter vi os ved, at medlemmets advokat den 16. april 2008 fremsætter replik, hvor påstandsbeløbet forhøjes til det af skønsmands fastslået udbedringsbeløb. Samme dato den 16. april 2008 retter advokaten henvendelse til byggemyndighederne med spørgsmål netop omkring hvorvidt der tidligere er søgt om dispensation vedr. gulvhøjde, modsat med ansøgning herom. Vi må således konstatere, at advokaten i hvert fald senest den 16. april 2008 havde anledning til at tage forbehold i relation dispensation vedr. gulvhøjden.

På denne baggrund synes der ikke grundlag for ankestævning i henhold til de af advokaten anførte grunde. Derimod er det vores opfattelse, at ankestævningen alene omfatter en påstandsforhøjelse til den oprindelige påstand. En påstandsforhøjelse, som er forårsaget af, at medlemmets advokat ikke under sagen i 1. instans har taget forbehold i relation til forholdene omkring dispensation fra byggemyndighederne om gulvhøjden.

Vi finder således, at sagen allerede ved at modparten tager bekræftende til genmæle i 1. instans har sagen fundet sin endelig afgørelse, idet vores medlem herved har fået fuldt medhold i sin påstand. Vi finder derfor, at der ikke er rimelig grund til at anlægge ankesagen jf. forsikringsbetingelserne § 2, stk. 3.

Ankenævnets henvendelse har således ikke medført, at vi har ændret vores afgørelse."

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 påvist en rimelig grund til at anlægge ankesagen, da modparten under 1. instansbehandlingen af sagen tog bekræftende til genmæle over for klagerens påstand. Selskabets afgørelse kan således efter nævnets opfattelse ikke kritiseres.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen
formand