828/09

Den 23. september 2009 blev i sag nr. 75.747:

xxxxx xx xxxxxxx xxxxx
xxxxxxxxx x
xxxx xxxxx xxx

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstagerne, der har retshjælpsforsikring i Topdanmark Forsikring A/S, klager ved deres advokat over selskabets afvisning af at yde retshjælpsdækning til en sag mod selskabets ejerskifteafdeling.

Selskabet henviser til, at den påtænkte sag vil kunne føres ved Ankenævnet for Forsikring.

Det fremgår af sagen, at klagerne den 5/11 2001 overtog en ejendom opført i 1979, hvorefter de den 15/7 2007 anmeldte til selskabet, at et værelse var begyndt at lugte af fugt. Med henvisning til, at der ikke kunne konstateres skader i forsikringsbetingelsernes forstand, samt til, at en manglende dampspærre var nævnt i tilstandsrapport, afviste selskabet at yde dækning over ejerskifteforsikringen.

Klagernes advokat anførte i skrivelse af 22/10 2008 til selskabet:

> "På vegne mine klienter ansøger jeg herved om meddelelse af retshjælp til en sag mine klienter ønsker at anlægge mod Topdanmark A/S.
>
> På tidspunkt for skadens konstatering var ejendommen bygningsforsikret i Topdanmark A/S og skaden blev i øvrigt anmeldt til Topdanmark A/S under ejerskifteforsikringen, police nr. …"

Som følge heraf anførte selskabet i skrivelse af 19/2 2009 til klagernes advokat:

"Jeg har modtaget en kopi af dit brev af 23. januar 2009, hvor du rykker for svar på dit brev fra den 18. november 2008.

Vores advokatforbindelse har ved brev af 29. oktober 2008 meddelt dig, at vi ikke kan yde retshjælpsdækning til sagen, da din klient har mulighed for at påklage afgørelsen vedr. ejerskifteforsikringen til Ankenævnet for Forsikring.

Indholdet af dit brev af 18. november giver os ikke anledning til at ændre vores afgørelse, idet vi vurderer, at sagen vil kunne realitetsbehandles ved Ankenævnet.

Sagsbehandlingstiden er ikke et moment der er relevant at inddrage, men i øvrigt er det vores erfaring, at en klagesag ved Ankenævnet alt andet lige er væsentligt hurtigere end en domstolsbehandling af spørgsmålet.

Vi ændrer derfor ikke vores afgørelse."

Klagernes advokat har ved skrivelse af 2/3 2009 over for nævnet nedlagt påstand om, at selskabet skal give tilsagn om retshjælpsdækning til den påtænkte sag. Klagernes advokat har til støtte herfor anført:

"For belysning af sagen vedlægges kopi af min ansøgning af 22. oktober 2008 med tilhørende bilag …

Jeg vedlægger yderligere forsikringsselskabets afgørelse af 19.ds.

Udover de skriftlige indlæg fremhæves, at jeg finder der rimeligt, at Retten i dette tilfælde får lov til at tage stilling til sagen. Når henses til, at der skal indhentes sagkyndige erklæringer samt prisen på samme 'tør' mine klienter ikke påbegynde en retssag uden sikkerhed for retshjælp.

Det fremhæves, at mine klienter i løbet af 2-3 uger påbegynder ombygning/renovering, også omfattende gulve."

Selskabet har ved skrivelse af 27/3 2009 fastholdt sin afgørelse over for nævnet. Selskabet har til støtte herfor anført:

"Vores kunde har tegnet ejerskifteforsikring hos os med ikrafttræden den 15. november 2001. Der er alene tegnet en forsikring med standarddækning, og forsikringen indeholder således ikke en ulovlighedsdækning. Forsikringsvilkårene vedlægges som bilag ..

Forsikringen er indtegnet på baggrund af tilstandsrapport udarbejdet den 28/8 2000, se bilag ..

Vores kunde overtog ejendommen den 5. november 2001.

Den 15. juli 2007 - altså knap 6 år efter overtagelsen - anmelder vores kunde at:

'i et værelse op til badeværelset er der begyndt at lugte af fugt. Værelset er tomt og vi kan ikke se noget fugt...'

Vi besigtiger ejendommen den 14. august 2007.

Terrændækket er iflg. tegninger opbygget som følgende:

22mm spånplade på 2x2 strøer 100 mm isolering
100 mm beton
200 mm sand/grus

Ved besigtigelsen var der skåret hul i gulv, og undergulvet/træstrøer blev besigtiget.

Vores taksator kunne se, at der ikke var udlagt plastfolie på betondækket, hvilket er en konstruktionsfejl.

Der blev ved besigtigelsen målt et fugtindhold i gulvstrøer på 20-25 %, hvilket efter vores taksators vurdering tyder på opstigende grundfugt i terrændækket. Der kunne imidlertid ikke konstateres egentlige fysiske skader på strøerne.

Strøer fremstod således uden synlige aftegninger af fugt, trænedbrydning eller skimmelvækst i gulvkonstruktionen.

Henset til at der ikke kunne konstateres skader, og da den manglende fugtspærre i øvrigt var nævnt i tilstandsrapporten punkt 2.1 afviste ejerskifteforsikringen det anmeldte forhold.

Taksators brev vedlægges som bilag ..

Vores kunder har herefter fået udført 2 undersøgelser af konstruktionen. I en rapport fra Teknologisk Institut, se bilag .. konkluderes det bl.a.:

- *At sandfyldet under klaplag var jordfugtigt*
- *At fugtforhold i klaplag og vægkonstruktioner viser normale fugtforhold*
- *At gulvstrøer ikke udviste tegn på betydende misfarvninger eller tegn på nedbrydning af træet som følge af fugtpåvirkning*
- *At sandfyldet under gulvene ikke er undersøgt nærmere, men at dette formentlig ikke har kapillarbrydende effekt, da kornstørrelsen vurderes for lille.*
- *At evt. fugtgener kan udbedres ved at nedlægge plastfolie*

I en rapport fra rådgivende ingeniør …, se bilag .., konkluderes det bl.a.:

- *At 'fugtproblemet' skyldes, at sand under klaplag ikke har kapillarbrydende effekt.*

I sidstnævnte rapport er der ikke nævnt eller beskrevet nogle egentlige fysiske bygningsskader som følge af fugten, så det er uklart, hvori fugtproblemet består, men der henvises formentligt til den blotte tilstedeværelse af fugt i klaplaget.

Da de 2 rapporter ikke giver belæg for at antage, at ejendommen er behæftet med en dækningsberettiget skade, har ejerskifteforsikringen fastholdt deres oprindelige afgørelse.

Ejerskifteforsikringen har givet udførlig klagevejledning, herunder vejledt om muligheden for at indbringe ejerskifteforsikringens afgørelse for Ankenævnet for Forsikring. Vejledningen er første gang givet i brev fra 27. november 2007.

Sagen kan behandles i Ankenævnet for Forsikring
Der er i vidt omfang enighed om de tekniske forhold i sagen. Der er således enighed om:

- At der ikke er konstateret fysiske bygningsmæssige skader i form af nedbrydning af strøer eller skimmelvækst
- at sandfyldet formentligt ikke i sig selv er tilstrækkeligt grovkornet til at have kapillarbrydende effekt

Der ses ikke at være nogen afgørende uenigheder i teknisk forstand.

Det forhold, at bilag ..[rapport fra TI] og ..[ingeniørrapport] tilsyneladende foreslår 2 forskellige løsningsforslag hænger formentlig blot sammen med, at Teknologisk Institut fremkommer med en løsning på alene at fjerne evt. lugt gener, hvorimod [rådgivende ing.] fremkommer med en løsning til fjernelse af fugt i klaplaget, se også nedenfor.

Det der reelt er uenighed er således alene, om vores kunder har krav på at opnå et fuldstændigt fugtfrit klaplag.

Efter vores opfattelse er der ingen tvivl om, at Ankenævnet for Forsikring ville kunne træffe en realitetsafgørelse i sagen med ejerskifteforsikringen, idet det på baggrund af de tekniske erklæringer er muligt at vurdere, om der foreligger en skade som defineret i bilag .. [vilkår] punkt 3.

Vi har da heller ikke modtaget en nærmere begrundet redegørelse fra advokat O., hvorfor han mener at Ankenævnet ikke vil kunne realitetsbehandle sagen.

Vi har derfor afvist at give forhåndstilsagn om retshjælpsdækning, idet vi ikke finder det åbenbart, at Ankenævnet ikke vil kunne behandle uenigheden med ejerskifteforsikringen.

Jeg henviser til bilag .., retshjælpsvilkår, punkt 7 samt 5,5.

Sagen er ikke rimelig at føre.
Et retshjælpstilsagn forudsætter i øvrigt i henhold til retshjælpsvilkårenes punkt 2, stk. 1 bl.a., at der foreligger en tvist, der med rimelighed kan danne grundlag for et civilretligt søgsmål. Det forudsættes også i § 5, stk. 1, at vores kunde skal have rimelig udsigt til at få medhold i sin påstand.

Ud fra de foreliggende oplysninger er det ligeledes vores opfattelse, at vores kunder ikke har sandsynliggjort, at sagen kan få et gunstigt udfald.

Da ejerskifteforsikringen ikke indeholder ulovlighedsdækning, kan der alene ydes dækning på forsikringen, hvis der foreligger en skade, således som dette begreb er defineret i vilkår renes punkt 3.

1. Manglende kapillarbrydende effekt er ikke i sig selv en skade
Henset til at gulvkonstruktionen har eksisteret i knap 30 år, og der ikke til dato har kunnet konstateres egentlige bygningsmæssige nedbrydninger som følge af forholdet, jvf. bl.a. rapporten fra Teknologisk Institut, vil det ikke kunne karakteriseres som en skade, at det underliggende sandfyld evt. mangler tilstrækkelig kapillarbrydende effekt.

Hertil kommer, at det ikke nødvendigvis er en fejl, at sandfyldet ikke har kapillarbrydende effekt.

Det fremgår således af bygningsreglementet punkt 7.2. stk. 3 - bilag .. [byggereglement], at der alene skal udføres kapillarbrydende lag, hvis det underliggende jordlag ikke i sig selv består af selvdrænende materialer.

Henset til at konstruktionen har fungeret i 30 år uden der er opstået skader, må det konkluderes, at de underliggende jordlag har en vis form for selvdrænende effekt, hvorfor der ikke i bygningsreglementet er krav om tillige at etablere sandfyld med kapillarbrydende effekt.

Det har dog ikke nogen større betydning, om sandfyldet er korrekt opbygget eller ej, idet forholdet som nævnt ikke kan karakteriseres som en skade uanset evt. konstruktionsfejl.

Vi kan eksempelvis henvise til Ak 73.346, 74.002 73.010.

2. Manglende plastfolie er ikke i sig selv en skade
Henset til at den manglende fugtspærre ikke har medført nogle aktuelle skader i de knap 30 år konstruktionen har eksisteret, er der i henhold til Ankenævnets praksis ikke tale om en skade, jf. ovenfor.

Hertil kommer, at der i tilstandsrapporten punkt 2.1 er gjort udtrykkeligt opmærksom på, at konstruktionen er udført uden fugtspærre.

Da ejerskifteforsikringen ikke dækker forhold, der er nævnt i tilstandsrapporten vil forholdet ligeledes af denne årsag være undtaget fra dækning se vilkårenes punkt 4A.

3. Det er ikke sandsynliggjort, at lugtgener i sig selv udgør en skade
Lugtgenerne er ikke nærmere kommenteret i de 2 rapporter, og vores taksator har ikke bemærket nogen nævneværdig lugt ved besigtigelsen.

Tidligere ejer har tilsyneladende heller ikke bemærket lugtgener og vores kunde bemærker ikke lugtgener før knap 7 år efter overtagelsen - angiveligt i forbindelse med en renovering.

Henset hertil finder vi det ikke sandsynliggjort, at vores kunde vil kunne løfte bevisbyrden for, at lugtgenerne i sig selv har et omfang, der kan karakteriseres som en skade. Vi henviser eksempelvis til ak 73.346, 70.250 samt 63.018.

Hertil kommer, at evt. lugtgener, jvf. rapporten fra Teknologisk Institut kan løses ved at nedlægge en fugtspærre, der udføres lufttæt. Dette er en løsning, som vores kunde ud fra Tilstandsrapporten måtte påregne selv at skulle bekoste.

Vi kan tilføje, at der ikke i rapporten fra ingeniør … er belæg for at antage, at han er teknisk uenig med Teknologisk Institut for så vidt angår fugtspærrens evne til at forhindre lugtgener.

[Ingeniørens] løsningsforslag tager udgangspunkt i at borteliminere enhver fugt i klaplaget, hvorimod TI's løsningsforslag tager udgangspunkt i at eliminere evt. lugtgener samt forhindre evt. fugt i klaplaget i at trænge videre op i overliggende gulvkonstruktion og opfugte strøer og gulv.

Det er derfor tillige vores opfattelse, at omkostningerne til iværksættelse af retssag med syn og skøn ikke vil være afholdt med rimelig grund.

Da dette er en betingelse for at opnå retshjælpsdækning, må vi ligeledes af denne årsag meddele, at vi ikke kan imødekomme anmodningen."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**2 Hvilke tvister er dækket af forsikringen**
1 Forsikringen dækker tvister, som er opstået i privatlivet, og som efter deres art vil kunne behandles af en domstol efter retsplejelovens regler om civile sager. Forsikringen dækker også tvister af denne art, som efter parternes aftale i stedet behandles ved voldgift.
…
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.
…
5 Omkostninger ved tvister, der kunne have været behandlet ved et klagenævn, fx Forbrugerklagenævnet eller andet godkendt klagenævn, medmindre andet er aftalt med selskabet, eller det er åbenbart, at sagen på grund af sin karakter ville være blevet henvist til domstolene.
…
7 Klagenævn
Kan tvisten behandles ved et klagenævn, fx Forbrugerklagenævnet eller andet godkendt klagenævn, er sikrede forpligtet til først at benytte denne mulighed, se punkt 5 stk. 5. Omkostninger ved sådan klagenævnsbehandling er ikke dækket."

Nævnet udtaler:

Spørgsmålet om, hvorvidt de anmeldte forhold udgør skader i ejerskifteforsikringens forstand og dermed berettiger klagerne til erstatning fra den ejerskifteforsikring, som de har tegnet i det indklagede selskab, er forhold, som nævnet - forelagt de relevante oplysninger - alt overvejende vil kunne træffe afgørelse om. Da nævnet således ikke finder det åbenbart, at sagen efter sin karakter nødvendiggør behandling hos domstolene, kan nævnet ikke kritisere, at selskabet har afvist at yde retshjælpsdækning til den påtænkte sag.

7. 75.747

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Jacques Hermann

udskriften bekræftes

Henning Jønsson