833/09

Den 14. december 2009 blev i sag nr. 75.842:

xxxxx xxxx xxxx xxxxxxxxxxx
xxxxxxxx x
xxxx xxxx

mod

If Skadeforsikring
Stamholmen 159
2650 Hvidovre

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren, der har retshjælpsforsikring i If Skadeforsikring, klager ved sin advokat over, at selskabet har afvist at yde retshjælpsdækning til videreførelse af en retssag, som hun har anlagt mod en malermester.

Selskabet har efter afholdelse af syns- og skønsforretning afvist at yde fortsat retshjælpsdækning med henvisning til, at der ikke er rimelig grund til at videreføre sagen.

Den 28/4 2008 udtog klageren stævning mod malermesteren. Af stævningen fremgår bl.a.:

"**Påstand.**
Principalt: sagsøgte dømmes til at betale 24.731,25 kr. med sædvanlig procesrente fra indlevering af denne stævning til betaling sker.

Subsidiært: et efter rettens skøn mindre beløb.

Der tages forbehold for at ændre påstandsbeløbet efter gennemført syns- og skønsforretning

Denne sag drejer sig om, at sagsøger hos sagsøgte har indhentet et tilbud på malerarbejde på sagsøgers hus beliggende … Ejendommen fremstår i dag som ikke færdig malet, ligesom at det udførte arbejde af sagsøgte er behæftet med fejl og mangler.

Sagsfremstilling.
Sagsøger aftaler med sagsøgte en fast pris på 50.000 kr. for maling af ejendommen beliggende … samt vinduer og karme.

Den 18. juni 2007 anmoder sagsøgte om en acontoindbetaling fra sagsøger. Acontoindbetalingen fortages den 26. juni 2007 på 32.500 kr. til sagsøgte via sagsøgers pengeinstitut. Indbetalingen er ikke bestridt af sagsøgte.

Efterfølgende viser det sig, at malerarbejdet er udført uacceptabelt med adskillige fejl og mangler, som har forringet husets værdi samt medført at hele arbejdet skal laves om. I første omgang tilbageholder sagsøger 17.500 kr. i henhold til den aftalte pris, hvorefter hun oplyser sagsøgte om, at beløbet kun vil blive betalt, hvis og såfremt at sagsøgte færdiggjorde sit arbejde, herunder udbedrede samtlige fejl og mangler ved det allerede udført arbejde.

Idet sagsøger ikke formår at få sagsøgte til at afhjælpe samtlige fejl og mangler, retter hun henvendelse til undertegnet som fremsender et brev til sagsøgte den 27. marts 2008 fremlagt som sagen bilag ... Af brevet fremgår det, at sagsøgte er berettiget til at fortage afhjælpning indenfor rimelig tid jf. købelovens regler, ligesom der tages foretages forbehold for at rejse et erstatningskrav mod sagsøgte, hvis han nægter at udføre afhjælpning inden rimelig tid.

Sagsøgte har valgt ikke at reagere på henvendelsen, hvorfor nærværende stævning er nødvendiggjort.

Som dokumentation for påstandsbeløbet fremlægges som sagen bilag … tilbud for at afhjælpe fejl og mangler fra et andet malerfirma.

Anbringender.
Sagsøger gør herefter i prioriteret rækkefølge følgende anbringender gældende:

At sagsøger har tilbudt sagsøgte at afhjælpe samtlige fejl og mangler.

At sagsøgte ikke har ønsket at benytte sig af denne mulighed i henhold til købelovens regler, og at sagsøger derfor har ret til at få udbedret samtlige fejl og mangler for sagsøgtes regning.

At sagsøgte ikke har bestridt, at der er fejl og mangler ved det udførte arbejde.

Bevisbegæring.
…
Sagsøger anmoder om at få samtlige fejl og mangler ved ejendommen vurderet ved syn og skøn, hvorfor et syns- og skønstema er vedlagt denne stævning.

Som syns- og skønsmand foreslår sagsøger, at retten udmelder Malermester E.C.S. …

Derudover ønsker sagsøger at afgive partforklaring ved B.A.D.C. Ligesom der tages forbehold for at indkalde syns- og skønsmanden til en afhjemling."

I svarskrift af 22/5 2008 fra sagsøgtes advokat fremgår:

"**PÅSTAND:**
Frifindelse.

SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING:

3. 75.842

I forbindelse med at sagsøgte afgav tilbud på arbejdet blev sagsøger orienteret om, at 'bunden' kunne forvolde mindre afskalninger, idet sagsøger tidligere havde anvendt rå linolie som 'bund'" og sagsøger nu ønskede at anvende en udvendig træbeskyttelse. Sagsøger ønskede arbejdet udført trods ovennævnte oplysning og sagsøger valgte den farve arbejdet skulle udføres i.

Efter arbejdet var udført, blev sagsøgte kontaktet af sagsøger i anledning af nogle afskalninger. Sagsøgte foretog den nødvendige udbedring.

Sagsøgte har efterfølgende rykket for sit resttilgodehavende vedrørende arbejdet, men har endnu ikke modtaget betaling.

Sagsøgtes resttilgodehavende udgør kr. 17.500,00. Dette fremgår af en skrivelse af 27. marts 2008 fra sagsøgers advokat til sagsøgte.

Desuden har sagsøgte hos sagsøger et tilgodehavende på kr. 5.066,00 hidrørende fra faktura nr. …7.

Sagsøgers forslag til syns- og skønstema kan ikke godkendes. De angivne spørgsmål er alt for generelt formuleret. Spørgsmålene må nærmere konkretisere hvilke mangler sagsøger mener at have konstateret."

I forlængelse af svarskriftet udfærdigede sagsøgtes advokat den 11/8 2008 supplerende syns- og skønstema.

Ved skrivelse af 17/9 2008 til klagerens advokat accepterede selskabet "at yde retshjælp til tvisten efter de sædvanlige, gældende betingelser for retshjælpsforsikringen". Tilsagnet var dog "i første omgang begrænset til det planlagte syn og skøn".

Det blev afholdt syns- og skønsforretning den 9/10 2008. På baggrund heraf udfærdigede syns- og skønsmand E.S. erklæring af 22/12 2008, hvoraf følgende fremgår:

"**Syns- og skønstema**

…

1: Skønsmanden bedes oplyse, hvorvidt ejendommen er malet efter gældende standarden indenfor malerfaget.

I benægtende fald anmodes syns- og skønsmanden om at oplyse prisen for, at malerarbejdet udføres korrekt efter de i branchen gældende retningslinier.

Svar: Det er syns- og skønsmandens vurdering at den udvendige facadebehandling er udført i overensstemmelse med malerfagets kutymer og metoder.

Denne vurdering er alene baseret på en visuel bedømmelse af det udførte malerarbejde, idet det ikke har været muligt for syns- og skønsmanden at formå sagsøgte eller denne advokat til at fremsende en egentlig arbejdsbeskrivelse eller beskrivelse af det anvendte produkt m.m., anvendt til det udførte malerarbejde.

2: Syns- og skønsmanden bedes oplyse, hvorvidt der er fejl og mangler ved det udførte arbejde.

I bekræftende fald bedes syns- og skønsmanden oplyse prisen for at få samtlige fejl og mangler udbedret.

Svar: Det er ikke skønsmandens vurdering at den udførte malerbehandling har malermæssige fejl eller mangler.

Supplerende
Syns- og skønstema
af 11. august 2008

Syns- og skønsmanden bedes, i tillæg til sagsøgerens syns- og skønstema af 28. april 2008, besvare følgende spørgsmål:

A.
Kan syns- og skønsmanden konstatere, om ejendommens træværk tidligere har været behandlet med rå linolie ?

Svar.
Det er ikke sandsynligt, at træværket er blevet behandlet med rå linolie, da det aldrig har været kutyme eller fagligt korrekt i malerfaget at anvende rå linolie som overfladebehandling af træværk.
Det er skønsmandens vurdering at der [er] anvendt linolie, hvilket kun kan konstateres med 100 % sikkerhed ved en kemisk analyse af træværket. (Omkostningskrævende, oplyst pris kr. 10.000.00).

B.
Kan de afskalninger der er ved ejendommens træværk være forårsaget af de tidligere behandlinger af træværket som er udført, herunder behandling med rå linolie ?

Svar.
Som det fremgår af afskalningerne, er det den tidligere overfladehandling der slipper underlaget, og der tegner sig et billede af, at det hovedsageligt er på husets solsider, altså der hvor solens stråler har mulighed for at nedbryde vedhæftningen til underlaget, hvorimod de træbeklædninger der er beskyttet mod solens stråler henholdsvis under tagudhæng samt facaderne mod nord, ikke har de samme blæredannelser.

C.
Ville det være praktisk muligt at afrense/afslibe ejendommens træværk for de produkter der er anvendt ved tidligere behandlinger, og hvad ville en sådan afrensning/afslibning i givet fald koste ?

Svar.
Alt er muligt, en total afrensning/afslibning vil efter skønsmandens vurdering medføre at de behandlede træprofiler bliver beskadiget i form af skrabemærker-oprifter-slibespor m.m., resultatet vil sandsynligvis være ganske uacceptabelt.

Der er dog i dag på markedet produkter som giver mulighed for en mere nænsom afrensning, end en egentlig sandblæsning, der er hård ved træets struktur.

Der er mulighed for en is/sne blæsning som skåner træets struktur mest muligt, en pris herfor anslås fra firmaet 'D.I.' … til kr. ca. 60.000.00 + moms. (se vedlagte bilag)

Der er også en mulighed mere der ikke er helt så omkostningskrævende, jævnfør oplysninger fra firmaet ISS D.C. … her kan man foretage en afrensning med melblæsning, en behandling der kan udføres for en anslået pris på kr. 30.000.00 til 35.000.00 + moms. en behandling som skåner træets struktur mest muligt.

De ovennævnte priser dækker for et areal på ca. 122 m², svarende til nettoarealet på den i sagen værende ejendom.

Det er skønsmandens anbefaling, at hvis man bringer et af de to forslag i anvendelse, bør man sikre sig et egentlig tilbud på de nødvendige ydelser.

I øvrigt er der ingen sikker garanti for at det samme problem ikke vil opstå igen, selv ved en ny komplet afrensning og efterfølgende malerbehandling af facaderne.

Bilag 1. Billeder af de nuværende malerbehandlede facader.
Bilag 2. Billeder / eksempel af afrensede facader foretaget med tøris.
Bilag 3. Artikel i Danske Malermester fagblad 'De mystiske blærer'.
Bilag 4. Forskellige rensemetoder beskrevet i Danske Malermestres fagblad.
Bilag 5. Kopi af klagesag ved Håndværkets Ankenævn.

Vedlagt ovennævnte bilag som tydeligt afspejler usikkerheden omkring problematikken med malerbehandlingen af disse og tilsvarende malerbehandlede facader.

Det er derfor skønsmandens vurdering at placeringen af et egentlig ansvar ikke er mulig ud fra de værende oplysninger fra henholdsvis sagsøgte og sagsøger, jævnfør sagens forskellige bilag, ligesom de tilgængelige skrevne artikler efterlader stor usikkerhed om løsning på det malerfaglige problem."

Efter udarbejdelsen af syns- og skønserklæringen fremsendte klagerens advokat skrivelse af 19/1 2009 til selskabet. I denne skrivelse hedder det:

"I forlængelse af den fremsendte skønsrapport har min klient nu en dårlig sag mod malermester F.H. medmindre min klient kan få udført en kemisk analyse af træværket pris angivet ca. 10.000 kr. jf. skønsrapporten. Hvorledes forholder forsikringsselskabet sig til denne udgift?

Endvidere skal jeg gøre opmærksom på, at min klient nu vil reklamere til ejerskifteforsikringen Topdanmark, hvis det viser sig at være en oprindelig mangel (at huset er forkert behandlet fra start) og den tidligere ejer."

Selskabet afviste at yde retshjælpsdækning til den videre behandling af sagen, og sagen blev som følge heraf indbragt for nævnet.

Klagerens advokat har i klageskrivelse af 16/3 2009 til nævnet anført:

"Efter et dårligt syn og skøn har IF forsikring trukket deres tilsagn om retshjælp til sagen tilbage trods mine fremsendte redegørelser til dem.

Sagen beror nu på, at den evt. skal hæves ved retten.

Jeg er klart af den opfattelse, at der skulle have været foretaget en teknisk analyse i sagen for at kunne få min klients synspunkter og viden dokumenteret. Jeg fastholder således, at hvis jeg henset til frister fra retten m.m. iværksætter en teknisk undersøgelse, som den i skønsrapporten foreslået, så vil regningen for den tekniske analyse blive fremsendt til retshjælpsforsikringen.

Der er tale om en særdeles relevant analyse, som skal fastslå at malermester F.H., har malet huset ud fra en 'burde - viden' frem for at foretage de fornødne undersøgelser af den grundbehandling huset er behandlet med. Det påhviler malermester F.H. som led i sin profession at undersøge den overflade, som han skal påbegynde et omfattende malerarbejde på. Det er ikke godt nok, hvad Malermester F.H. mener, træet burde være behandlet med. I denne konkrete sag er træet formentligt fejlbehandlet fra den oprindelige sælger, men dette har ikke påført huset nogen skade før malermester F.H. maler huset, hvor han bruger en maling, der ikke kemisk set kan arbejde sammen med den grundbehandling, som træet er behandlet med. Denne kemiske reaktion mellem grundbehandlingen og malingen, er nu medvirkende til, at huset 'bobler'. Uagtet den fejlbehandling huset måtte have fået tidligere bør malermester F.H. tage sine forholdsregler og ikke uden videre påfører huset ekstreme fejl og mangler, der i dag får huset til at fremstå som usælgeligt og ikke færdigt.

Det kan ganske enkelt ikke være rigtigt, at malermester F.H. slipper for sit professionsansvar bare fordi min klient ikke selv har råd til at få foretaget de fornødne tekniske analyser og retshjælpsforsikringen midt under en verserende sag pludselig ikke vil yde yderligere retshjælp til sagen i det hele taget - heller ikke til at få sagen gennemført ved en hovedforhandling, dette burde retshjælpsforsikringen som minimum stadig yde tilsagn om retshjælpsdækning til."

Heroverfor har selskabet i skrivelse af 16/4 2009 til nævnet bl.a. anført:

"**Påstand:**
Klagen kan ikke tages til følge.

Supplerende sagsfremstilling og sagsanbringender:
…
Vedrørende dækning til den tekniske undersøgelse
Det er vores opfattelse, at omkostninger til den foreslåede tekniske undersøgelse ikke vil være afholdt med rimelig grund, jf. retshjælpsbetingelsernes § 5, stk. 1, af to årsager;

- Der er ikke mellem parterne uenighed om, hvilken behandling træværket havde fået. Klagers advokat gør gældende, at der i sagen burde have været foretaget en teknisk analyse for at få klagers synspunkter og viden dokumenteret. Det fremgår imidlertid af klagers advokats brev af 10. februar 2009, at klager havde oplyst malermesteren om, at der var malet med rå linolie. Samtidig fremgår det af svarskriftet, at F.H. var orienteret om, at træværket var blevet behandlet med rå linolie. Parterne er derfor enige om, at træværket havde fået en behandling med linolie. Det synes i øvrigt også at være skønsmandens opfattelse, jf. besvarelsen af spørgsmål A.

- En teknisk undersøgelse af træværket er ikke afgørende for vurderingen af, om maleren har udført et mangelfuldt stykke arbejde eller pådraget sig et erstatningsansvar. Det afgørende for ansvarsvurderingen er, om maleren har udført arbejdet korrekt ud fra de oplysninger, maleren havde og burde have til rådighed, inden han påbegyndte malerarbejdet. Ud fra skønserklæringen synes maleren at have udført arbejdet korrekt ud fra de oplysninger, han rent faktisk havde. Der er ikke grundlag for at pålægge en maler at udføre tekniske undersøgelser inden påbegyndelsen af malerarbejdet.

Vedrørende dækning til hovedforhandling
Klagers advokat ønsker, at retten skal vurdere, hvorvidt der i den konkrete situation påhviler F.H. professionsansvar.

Det er vores opfattelse, at klagers advokat ikke har sandsynliggjort, at klager har rimelig mulighed for at opnå et gunstigt udfald af sagen.

Vi skal i den forbindelse særligt henvise til, at det af syns- og skønsrapporten fremgår, at den udvendige facadebehandling er udført i overensstemmelse med malerfagets kutymer og metoder. Det er ydermere skønsmandens vurdering, at den udførte malerbehandling ikke har malermæssige fejl og mangler. Det fremgår endvidere af rapporten, at det er uvist, hvad årsagen til skaderne er.

Klagers advokat anfører i sin ankenævnsklage, at F.H. brugte en maling, der ikke kemisk set kan arbejde sammen med den grundbehandling, som træet er behandlet med. Advokaten anfører i brev af 10. februar 2009, at *'Det er den kemiske reaktion mellem den rå linolie og den maling som malermester F.H. har brugt, der er den direkte årsag til, at huset bobler'.* Der er efter vores opfattelse for så vidt ikke i skønserklæringen belæg for advokatens konklusion. Tværtimod er årsagen til 'de mystiske bobler' ukendt, jf. i øvrigt de bilag skønsmanden vedlægger til sin rapport.

Vi finder herefter, at der ikke er rimelig udsigt til, at klager kan vinde sagen, og det er vores opfattelse, at klagers advokat ikke har anført omstændigheder, der sandsynliggør, at resultatet af en teknisk undersøgelse vil ændre herpå.

Vi henviser i den forbindelse for god ordens skyld til AK 29.441, hvor nævnet udtalte, at omkostninger påløbet efter det tidspunkt, hvor det måtte stå klart, at sikrede ikke havde rimelig udsigt til at kunne vinde sagen, kunne henføres til undtagelsesbestemmelsen for urimelige omkostninger, også selvom selskabet havde givet forhåndstilsagn om retshjælpsdækning.

Hvis klager kvalificerer på hvilken måde i øvrigt den tekniske undersøgelse skal belyse, hvorvidt der i den konkrete sag påhviler malermesteren et ansvar, eller hvis vi i øvrigt har misforstået sagens faktum, vil vi naturligvis meget gerne revurdere sagen."

Herefter har klagerens advokat til nævnet fremsendt kopi af sin skrivelse af 20/4 2009 til byretten bilagt bl.a. supplerende syns- og skønstema 2. I skrivelsen opfordrer advokaten sagsøgte til at fremlægge en arbejdsbeskrivelse samt en beskrivelse af det produkt, som er anvendt til det udførte malerarbejde. Såfremt klageren ikke fremlægger det ønskede materiale, gør advokaten gældende, at dette skal tillægges processuel skadevirkning.

Selskabet har ved skrivelse af 26/5 2009 meddelt nævnet, at den fremsendte skrivelse og de tilhørende bilag ikke giver anledning til yderligere bemærkninger.

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 parternes indlæg og de fremlagte bilag finder nævnet ikke anledning til at kritisere, at selskabet har afvist at dække omkostningerne ved en videreførelse af sagen.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

J. Hermann