837/10

Den 3. februar 2010 blev i sag nr. 76.235:

xxx xxxxx xxxxxxxx
xxxxxxxxx xx xxxxx
xxxx xxxxxxxxx x

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt sålydende

k e n d e l s e :

Forsikringstageren, der har retshjælpsforsikring i Topdanmark Forsikring A/S, klager over selskabets afvisning af at yde retshjælpsdækning til sager henholdsvis mod sælgerne af en ejendom og mod den bygningssagkyndige, der udarbejdede den tilstandsrapport, der lå til grund for købet af ejendommen.

Klageren har ved byretten ført sag mod sælger og bygningssagkyndig.

Selskabet henviser til, at der ikke er rimelig grund til at føre sagen mod sælgerne og sagen mod den bygningssagkyndige kunne have været ført i Ankenævnet for Huseftersyn. Selskabet har givet tilsagn om dækning til 2. instans sagen mod den bygningssagkyndige.

Det fremgår, at klageren den 1/9 2004 overtog en ejendom, for hvilken der var tegnet ejerskifteforsikring i et andet selskab. Klageren indbragte herefter en sag mod ejerskifteforsikringsselskabet for Ankenævnet for Forsikring med påstand om, at selskabet skulle yde dækning til et nedsunket køkkengulv. Sagen blev af Ankenævnet for Forsikring afvist i medfør af vedtægternes § 4.

Klageren indklagede herefter sælgerne og den bygningssagkyndige, der havde udarbejdet den tilstandsrapport, der lå til grund for købet af ejendommen. Klageren anmodede selskabet om retshjælpsdækning til disse sager. På den baggrund anførte selskabet i skrivelse af 2/4 2009 til klagerens advokat:

> "Vi kan desværre ikke tilbyde retshjælp, og i det følgende får du en forklaring på vores afslag.
>
> **Her får du en forklaring**
> 1. Sælgeransvar
> Det fremgår af sagens bilag, så er handlen omfattet af Lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom.
>
> Vi skal henvise til, at det bl.a. fremgår af vores kundes vilkårs punkt 2c, at Topdanmark både har ret og pligt til at give udtryk om sagens rimelighed.
>
> I forhold til sælgeren kan vi ikke se, på hvilket grundlag kravet støttes. Der er efter vores opfattelse ikke oplysninger i sagen der indikerer, at sælgeren har udvist svig eller grov uagtsomhed, jf. § 2 stk. 4 i Lov om Forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom.
>
> At skønsmanden mener, at ejendommen har været fugtbelastet i en længere periode peger efter vores opfattelse ikke i retning af, at sælgeren ved svig eller grov uagtsomhed har tilbageholdt væsentlige oplysninger i forbindelse med handlen.
>
> På baggrund af oplysningerne i sagen, finder vi ikke, at vores kunde med rimelighed har udsigt til at få medhold i sagen vedrørende dette punkt, se venligst vilkårenes § 5 stk. 1.
>
> Vi kan af den grund desværre ikke tilbyde dækning til byretssagen samt landsretssagen.
>
> **Du er velkommen til at vende tilbage**
> Hvis det viser dig, at vores kunde vælger at sagsøge sælgeren ved landsretten, og efterfølgende får helt eller delvis medhold, er du velkommen til at vende tilbage til os med en kopi af dommen.
>
> Vi vil efterfølgende kigge på sagen igen.
>
> 2. Ansvar for den bygningssagkyndige
> Vi skal henvise til, at omkostninger ved tvister, der vil kunne behandles ved et klagenævn, ikke er dækket af forsikringen, se venligst vilkårenes § 7.
>
> Det er vores opfattelse, at kravet mod den bygningssagkyndige på baggrund af en konkret vurdering af sagens karakter, vil kunne behandles for Ankenævn for Huseftersyn.
>
> Da vores kunde ikke først har fået sagen behandlet ved Ankenævnet, og i stedet har stævnet den bygningssagkyndige direkte ved domstolene, kan vi allerede af den grund desværre ikke tilbyde dækning, se venligst vilkårenes § 7 samt § 5 stk. 1."

Klageren anførte i mail af 3/5 2009 til selskabet:

"Jeg beder om retshjælpsdækning til at føre sagen imod O. Ingeniørservice A/S i byretten i K., den sag, som jeg faktisk vandt jf. dom af marts 2009 (vedhæftet). Ligeledes - eller som minimum - beder jeg om retshjælpsdækning til mine udgifter som følge af, at O. Ingeniørservice A/S har anket dommen til landsretten.

Dels mener jeg, at dommen i byretten kan sidestilles med medhold i Ankenævnet for Huseftersyn, dels - og endnu vigtigere - mener jeg, at **Topdanmark bør dække eller være med til at dække det tab, som jeg har lidt, fordi Topdanmark trods gentagne henvendelser ikke har registreret mit kundeforhold korrekt.**

…

Jeg mener, at Topdanmark har begået så tilpas mange fejl i min sag, at I bør tilkende mig retshjælpsdækning. O. Ingeniørservice er i øvrigt kendt for ikke at rette sig efter afgørelser i Ankenævnet for Huseftersyn, hvilket bl.a. fremgår af nævnets hjemmeside. Min retssag imod virksomheden bekræfter, at O. Ingeniørservice ikke bøjer sig for afgørelser, der går dem imod. Jeg mener, at I bør vise konduite og yde mig den dækning, som jeg hele tiden har haft ret til."

Selskabet anførte herefter i mail af 13/5 2009 til klageren:

"Vi kan tilbyde retshjælp til ankesagen ved landsretten mod O.-Ingeniørservice. Dog kan vi desværre ikke tilbyde retshjælp til byretssagen.

I det følgende får du en forklaring.

Her får du en forklaring

Det fremgår af din henvendelse, at det er din opfattelse, at O.-Ingeniørservice er kendt for ikke at rette sig efter afgørelser i Ankenævnet for Huseftersyn, og du derfor med rette ikke har involveret ankenævnet i sagen.

På baggrund af dine oplysninger, har vi nu kontaktet ankenævnet. De oplyser, at O.-Ingeniørservice ikke set ud fra deres markedsandel er kendetegnet ved ikke at følge afgørelserne i nævnet.

Således vil man automatisk ikke kunne forvente, at O.-Ingeniørservice ikke vil følge en eventuel afgørelse i sagen, hvis sagen i første omgang havde været fremlagt i nævnet i stedet for byretten, som du har valgt i sagen."

Klageren har ved skrivelse af 1/7 2009 over for nævnet nedlagt påstand om, at selskabet skal anerkende, at hun er berettiget til retshjælpsdækning til de anlagte sager, og har til støtte herfor anført:

"Jeg er gået glip af retshjælpsdækning til en sag, som jeg delvist har vundet i byretten (en part dømt, en part frifundet), men som den dømte modpart har anket til landsretten, hvor den nu verserer.

Årsagen til, at jeg er gået glip af retshjælp, er, at Topdanmark fra 1.9.04 til marts 2009 har haft mig mangelfuldt registreret i sit system og derfor har givet forkert information ved gentagne henvendelser.

Fejlen består i, at Topdanmark alene har haft min police registreret i min tidligere samlevers navn (J.M.M.). Det er sket *helt* frem til to år efter, at jeg overtog huset som eneejer.

Vi købte huset og tegnede forsikringen sammen pr. 1.9.2004. Den 1.6.2006 flyttede J.M., og 1.4.2007 blev jeg eneejer, hvilket Topdanmark fik besked om pr. mail.

Disse tre gange har Topdanmark ved telefonisk henvendelse givet forkert besked:

- Primo marts 2007 (husker ikke datoen) ringer jeg på opfordring fra min advokat for at spørge, om husforsikringen dækker retshjælp. Grundet samlivs ophør har jeg ikke policen. Topdanmark benægter, at jeg er dækket, hvilket jeg tager til efterretning: Jeg ved, at da forsikringen blev tegnet, dækkede den kun den lovpligtige bygningsbrand (bilag …). Efterfølgende har vi opgraderet policen (bilag …), men jeg husker ikke, om retshjælp er omfattet, derfor opringningen. (Bilag … og … er for nylig skaffet fra Topdanmark). Retssagen indledes for egen regning.
- December 2008 sprænger et vandrør i huset. Fra arbejdspladsen ringer jeg til Topdanmark for at spørge, om forsikringen dækker. Selskabet siger, at jeg ikke har nogen forsikring hos Topdanmark. Forvirret ringer jeg til GF Forsikring, hvor jeg har mine øvrige forsikringer, og får den korrekte besked, at mit hus ikke er forsikret hos GF. Da jeg ringer tilbage til Topdanmark, finder medarbejderen mig endelig via CPR-nummer. Jeg beder om, at min tidligere samlever slettes af policen.
- Marts 2009 vinder jeg retssagen i byretten. Den dømte anker imidlertid. Jeg ved nu fra min betalingsoversigt (bilag …), at husforsikringen dækker retshjælp. Min advokat ringer derfor til Topdanmark. Endnu en gang afviser selskabet at kende mig som kunde. Advokaten spørger mig, jeg insisterer, advokaten ringer retur til Topdanmark, og medarbejderen finder mig via husets adresse. Hun siger dog, at jeg først er blevet kunde den 1.4.2007.

Med henvisning til det beskrevne forløb har min advokat anbefalet at anke den manglende retshjælpsdækning."

Selskabet har ved skrivelse af 21/7 2009 fastholdt sin afgørelse over for nævnet. Selskabet har til støtte herfor anført:

"**Hvad drejer sagen sig om**
Sagen drejer sig om fugtproblemer på ejendommen. Ejendommen er beliggende på lavtliggende engdrag.

En tvist mellem vores kunde L.H.P. og hendes ejerskifteforsikringsselskab Dansk Boligforsikring har været indbragt for Ankenævnet for Forsikring.

Vores kunde vælger efter sagens indbringelse for Ankenævnet for Forsikring at udtage stævning mod såvel de tidligere ejere af ejendommen M. og O.B. som mod O. Ingeniørservice A/S.

Sagen mod sælger af ejendommen
Ved dom afsagt af retten i K. den 4. marts 2009 frifindes sælgerne i det hele for det rejste krav. Retten finder det ikke godtgjort, at O. og M.B. vidste eller burde have vidst, at der efter udbedringen af skade i deres ejertid og forsikringsselskabets godkendelse heraf var fugtigt i krybekælderen.

Vores kunde har over for sælger nedlagt påstand om betaling af 171.751,25 kr. subsidiært et mindre beløb for udbedring af skader/vandindtrængning i krybekælder på ejendommen G.

Handlen er indgået efter reglerne i LFFE
Vi har i vores korrespondance med vores kunde henvist til de særlige regler, der gælder, når handlen er omfattet af Lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom (LFFE). Det betyder, at sælger som udgangspunkt er ansvarsfri for så vidt angår mangler, og at sælger alene er erstatningsansvarlig, hvis sælger har udvist svig eller handlet groft uagtsomt, jf. LFFE § 2 stk. 4.

Vi har ligeledes henvist til Karnov kommenteret lov, at der skal meget til, før en uprofessionel sælgers adfærd karakteriseres som svigagtig eller groft uagtsom, når ejendommen er gennemgået af en bygningssagkyndig og sælger har fremlagt forsikringsoplysning for køber. Det kan normalt ikke kræves, at sælgeren kritisk gennemgår tilstandsrapporten for at kontrollere, om den bygningssagkyndige har overset noget. Grov uagtsomhed foreligger normalt heller ikke, selv om en uprofessionel sælger undlader at oplyse om mangler ved ejendommen, som han burde have haft mistanke om, men som han ikke længere hæfter sig ved, og som måske nu er skjulte selv for en bygningssagkyndig, f.eks. mangler ved fundamentet, der tidligere under sælgerens ejertid har givet sig udslag i en mindre revnedannelse, som er udbedret.

Retspraksis viser også tilbageholdenhed med at pålægge sælger erstatningsansvar.

Hvad oplyser tilstandsrapporten og allonge
I den aktuelle sag er der udarbejdet tilstandsrapport. Vi vedlægger en kopi af tilstandsrapporten, da vi ikke kan se, om I har modtaget denne fra vores kunde.

Det fremgår heraf, at der ikke er adgang til krybekælderen (resume af huseftersyn), hvorfor denne ikke har kunnet besigtiges. Det anføres også under rapportens punkt A 2.0, at ventilationsriste mod nord, syd og øst er afblændede, hvorfor der er risiko for, at der kan opstå skader i gulvkonstruktionen.

I allonge fra 30.4.2004 er anført 'afblænding af ventilationsriste er fjernet og giver herefter ingen anledning til bemærkninger'.

I tilstandsrapporten har sælger under beboelsesdelen omkring Krybekælder- /kælder svaret ja til, at der har været foretaget reparationer efter fugt-, og råd-, svampe- eller insektskader.

Der er tidligere i forbindelse med at sælger erhvervede ejendommen i 1999 blevet lavet en tilstandsrapport. Den viste kritiske forhold med hensyn til krybekælderen med fugt og vand. Dette forhold blev nærmere uddybet i en rapport fra Goritas.

Sælger tog ved deres køb af ejendommen pr. 1. december 1999 forbehold for, at dette skulle udbedres, således at der kunne tegnes sædvanlig forsikring.

I købsaftalen mellem vores kundes sælger og tidligere ejer er det under supplerende oplysninger anført:' Sælgerne sørger for, for egen regning, at nedenstående forhold bliver udført inden overtagelsesdagen: 1. Den skade, som er nævnt i tilstandsrapportens pkt. 6.1, og som er blevet undersøgt jf. skadesrapporten fra Goritas dateret den 27.9.1999. Arbejdet skal udføres af en autoriseret snedker eller tømrer. Sælger sørger efterfølgende for at få

forsikringsselskabet til at godkende arbejdet, således at de vil forsikre krybekælderen mod svamp og insekter. Godkendelsen skal foreligge som et forsikringstilbud.'

Forsikringen godkendte efterfølgende udbedringen.

Krybekælderen var herefter tildækket, så sælger ikke kunne komme til den. Ved den enkelte episode i 2000, hvor der har været åbent til krybekælderen for at udbedre brandskade, har man ikke kunnet konstatere vand i kælderen. Vi henviser i den forbindelse til tømrermester O.A. og hans forklaring til retten.

Sælger har i tilstandsrapporten oplyst, at der var foretaget reparationer, og sælger har således haft grund til at tro, at forholdene omkring kælderen var udbedret også henset til, at der var tegnet sædvanlig forsikring for ejendommen.

Retshjælpsforsikringen dækker kun rimelige omkostninger
Det er vores kunde som køber, der skal bevise, at sælger har handlet svigagtigt eller groft uagtsomt. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

Der er ikke nærmere dokumentation for, at sælger bevidst skulle have tilbageholdt eller fortiet oplysninger. Der foreligger således ikke skriftlige udtalelser fra vidner eller anden dokumentation for, at sælger skulle have været blevet opmærksom på problemerne og omfanget af disse.

Der er heller ikke noget i skønserklæringen, der er udfærdiget på baggrund af et syn og skøn afholdt i februar 2008, som taler for, at der er noget at bebrejde sælger, som solgte ejendommen i 2004.

Vi har derfor over for vores kunde meddelt, at vi ud fra en rimelighedsvurdering af de foreliggende oplysninger i sagen, ikke kunne tilbyde dækning af de omkostninger, der er påløbet ved vores kundes søgsmål mod sælgerne af ejendommen. Retshjælpsforsikringen dækker kun omkostninger afholdt med rimelig grund, hvori ligger at sikrede skal have rimelig grund til at føre sagen. Vi henviser til vedlagte vilkår for retshjælp pkt. 5, stk. 1.

Sagen mod den bygningssagkyndige
Vores kunde valgte efter at Ankenævnet for Forsikring havde afsagt kendelse i Ak 68508 at udtage stævning mod sælger og den bygningssagkyndige O. Ingeniørservice A/S.

Det er ankenævnets praksis, at retshjælpsdækning til en sag mod den bygningssagkyndige, der har udarbejdet tilstandsrapporten, kun skal ydes, hvis det er åbenbart, at Ankenævnet for Huseftersyn ikke kan behandle sagen, eller hvis den bygningssagkyndige på forhånd meddeler, at afgørelsen ikke vil blive fulgt.

Huseftersynsankenævnet kunne behandle klagen
Dette er også helt i overensstemmelse med vilkårene for retshjælp pkt. 5, stk. 5, hvorefter forsikringen ikke dækker 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 og - jf. bestemmelsen i § 7 - kan tvisten behandles ved et klagenævn, f.eks. Forbrugerklagenævnet eller andet godkendt klagenævn, er sikrede forpligtet til først at benytte denne mulighed.

Vores kunde oplyser, at sagen ikke blev indbragt for Ankenævnet for Huseftersyn, fordi O. Ingeniørservice er kendt for ikke at rette sig efter afgørelser for Ankenævnet for Huseftersyn. Vi har naturligvis kontaktet Huseftersynet, som har afkræftet denne påstand. Firmaet er ud fra deres markedsandel ikke kendetegnet ved ikke at følge afgørelserne for nævnet.

Der er således ikke et objektivt grundlag for at fravælge klagenævnsbehandling, hvor der også typisk i sager af denne karakter afholdes syn og skøn ved nævnet.

Da retshjælpsforsikringen kun dækker omkostninger afholdt med rimelig grund, har vi for så vidt angår 1. instansbehandlingen i sagen mod den bygningssag kyndige afvist retshjælpsdækning - dette helt i overensstemmelse med bestemmelserne i retshjælpsvilkårenes pkt. 7, sammenholdt med pkt. 5, stk. 5.

Derimod har vi som nævnt bekræftet retshjælpsdækning til sagens behandling i landsretten, da O. Ingeniørservice har anket den afsagte dom.
…
Vi bemærker, at i sin korrespondance med os sidestiller vores kunde selv dommen i byretten med medhold ved Huseftersynsankenævnet. Samme betragtning har vi gjort os.

Sagen mod den bygningssagkyndige kunne og burde have været indbragt for Huseftersynsankenævnet. Vores kunde fravalgte selv denne mulighed og indbragte i stedet sagen for domstolene.

Omkostninger ved byretssagen opfylder ikke rimelig grund kriteriet
Omkostninger ved byretssagen såvel i forhold til vores kundes sælger som i forhold til den bygningssagkyndige finder vi ikke opfylder retshjælpsforsikringens krav om rimelighed, jf. vores ovennævnte argumentation og de refererede bestemmelser i retshjælpsvilkårene, som vedlægges."

Klageren anførte som følge heraf i skrivelse af 26/8 2009 til nævnet:

"Hvis det kan nås endnu, har jeg behov for at præcisere to ting, som jeg er bange for ellers fortaber sig i de mange akter i min sag. Jeg vil imødegå Topdanmarks påstand om, at sælger ikke kunne være dømt:

1. Vidne i sag mod sælger meldte forfald
Min advokat var klart af den opfattelse, at betingelserne for at få sælger dømt i første instans var til stede. Jeg havde et vidne: K.S., den person, som i 1999 solgte huset, sagen drejer sig om, til sagsøgte sælger. Vidnet kunne bekræfte, at grunden var vandlidende, at 'alle i området vidste det', og at sælger var vidende om vandet i *hele* kælderen, ikke kun området under entreen.

Da retssagen var berammet, meldte dette kronvidne forfald, og retten afslog min anmodning om at udsætte sagen.

På grund af Topdanmarks fejl i administrationen fik jeg aldrig mulighed for at argumentere over for Topdanmark for, at sælger kunne være dømt.

2. Sælger blev af økonomiske grunde ikke taget med i landsretssagen
Da O. ankede dommen til landsretten, anbefalede min advokat, at jeg trak sælger med i ankesagen. Jeg afslog dette på grund af den manglende retshjælpsdækning - af frygt for de

økonomiske følger af endnu en frifindelse. Igen mente min advokat, at det havde været muligt at få sælger dømt, ikke mindst fordi kronvidnet nævnt ovenfor nu kunne vidne."

Af den udarbejdede tilstandsrapport[5] fremgår bl.a.:

"**Sælgers oplysninger**

		Ja	Nej	Ved ikke
…				
2.6	Har der været foretaget reparationer efter fugt-, råd-, svampe- eller insektskader? Hvis ja, hvor? **Gulv i entré fjernet og erstattet af et terrændæk.**	☒	☐	☐
…				
2.9	Har der været lukket for ventilationshuller i krybekælderen? **2 mdr. om året (vintermåneder)**	☒	☐	☐

…

Ad 2: Der er ikke adgang til krybekælder.
Der er ikke adgang til skunkrum."

Af forsikringsbetingelserne[16] fremgår bl.a.:

"**2 Hvilke tvister er dækket af forsikringen**

…

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 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:

Ad. Ansvaret mod sælgerne:

Ejendommen er handlet i henhold til lov nr. 391 af 14. juni 1995 om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom.

Klageren har fra sælgerne modtaget en tilstandsrapport om den erhvervede bygnings fysiske tilstand samt oplysning om muligheden for at tegne ejerskifteforsikring, og klageren kan derfor – som udgangspunkt – ikke over for sælgerne påberåbe sig, at bygningens fysiske tilstand er mangelfuld, jf. § 2, stk. 1, i lov nr. 391 af 14. juni 1995 om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom. Klageren kan dog påberåbe sig en mangel, hvis f.eks. sælgerne har handlet svigagtigt eller groft uagtsomt, jf. lovens § 2, stk. 4, 2. pkt.

På det foreliggende grundlag finder nævnet, at klagerens muligheder for ved en retsafgørelse at få sælgernes adfærd kendt svigagtig eller groft uagtsom er så beskedne, at selskabet ikke kan tilpligtes at yde retshjælpsdækning til sagen mod sælgerne.

Ad. Ansvaret mod den bygningssagkyndige:

Retshjælpsdækning til en sag mod den bygningssagkyndige, der har udarbejdet tilstandsrapporten, skal efter nævnets opfattelse kun ydes, hvis det er åbenbart, at Ankenævnet for Huseftersyn ikke kan behandle sagen, eller hvis den bygningssagkyndige på forhånd meddeler, at afgørelsen ikke vil blive fulgt. På det foreliggende grundlag har klageren ikke godtgjort, at dette er tilfældet med hensyn til den del af sagen, der vedrører den bygningssagkyndiges udarbejdelse af tilstandsrapporten. Nævnet finder derfor ikke anledning til at kritisere, at selskabet under henvisning til forsikringsbetingelsernes § 5, stk. 5, har afvist at yde retshjælpsdækning til 1. instansbehandlingen af sagen mod den bygningssagkyndige.

Som følge af det anførte

b e s t e m m e s :

Klagen kan ikke tages til følge.

Poul Sørensen

udskriften bekræftes

Henning Jønsson