

KENDELSE

afsagt den 22. august 2017 af Vestre Landsrets 4. afdeling (dommerne Kirsten Thorup, Ida Skouvig og Tonni L. Ochwat (kst.)) i ankesag

V.L. B-0069-16

A

(advokat Thomas Schioldan Sørensen, Aarhus)

mod

Sydbank A/S

(advokat Kolja Staunstrup, København)

Retten i Sønderborg har den 14. december 2015 afsagt dom i 1. instans (rettens nr. BS C4-1502/2014).

Påstande

For landsretten har appellanten, A, nedlagt påstand om hjemvisning.

Indstævnte, Sydbank A/S, har påstået dommen stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

Af As årsregnskab for 2008, der er aflagt den 14. marts 2009, fremgår bl.a. af indehaverens beretning, at regnskabet er påvirket i negativ retning af valutaswap i CHF med et beløb på 2.353.061 kr., og beløbet er i en note til regnskabet beskrevet som ”Beregnet tab CHF-Swap”. I årsregnskabet for 2009 er tabet på valutaswappen opgjort til 8.588 kr. og i årsregnskabet for 2010 opgjort til 5.084.111 kr.

I forbindelse med den delvise indfrielse af valutaswappen opgjorde DiBa Bank i et brev af

10. februar 2011 til A det skyldige beløb i anledning af indfrielsen til 1.930.688 kr., og beløbet blev debiteret på As kassekredit med kontonr. ... hvor beløb vedrørende valutawappen også tidligere var blevet debiteret.

Ved en låneaftale dateret den 28. februar 2011 mellem DiBa Bank og A med kontonr. ... bekræftede A at skyldte DiBa Bank 1.950.000 kr.

Den 26. maj 2011 orienterede DiBa Bank A om, at resten af swappen var indfriet, og at et beløb på 5.189.316,99 kr. var blevet debiteret kassekreditten med kontonr. ... Ifølge en kontoudskrift for As kontonr. ... blev et beløb på 5.200.000 kr. hævet på kontoen den 14. oktober 2011. Som tekst til transaktionen er anført "Overførsel SWAP". Kontoen var herefter negativ med et beløb på 7.067.849,96 kr. Den 19. december 2011 blev gælden på låneaftalen nedbragt med en indbetaling på 1.700.000 kr. til -5.367.849,96 kr. Som tekst til transaktionen blev anført "Nedbringelse af lån".

Efter oprettelsen af lånet med kontonr. ... indbetalte A månedligt et beløb på 21.575 kr. til nedbringelse af gælden. Indbetalingen blev senere ændret til 50.000 kr. månedligt. Gælden på kontoen var pr. den 28. april 2017 nedbragt til 3.948.594,24 kr.

Forklaringer

A og E har afgivet supplerende forklaring for landsretten. Der er endvidere afgivet forklaring af F.

A har supplerende forklaret, at hans daværende ægtefælle, D, var med til mødet den 17. december 2007 som hans hustru, ikke som rådgiver. Der blev ikke på mødet talt om en valutawap, kun om en renteswap. Han indgik aftalen om en renteswap, fordi der ikke var den store risiko derved. Han indgik aftalen om nedlukning, fordi banken anbefalede det. Der blev ikke på mødet talt om hans risikovillighed. Banken foreslog ham senere valutawappen. Han fik at vide, at det kunne give ham en gevinst. Han fik en mail den 16. september 2008, og af den vedhæftede planche fremgik, at han kunne opnå en rentegevinst. På et efterfølgende møde med F og E fik han heller ikke andet materiale, og han fik det indtryk, at det var risikofrit. Han fik ikke gennemgået rammeaftalen eller pantsætningsaftalen. Han havde – så vidt han husker – heller ikke fået rammeaftalen gennemgået ved indgåelsen af aftalen om renteswappen. Der blev ikke talt om hans

risikovillighed. Han havde aldrig haft lån i CHF. Forud for aftaleindgåelsen havde der også været et par telefonsamtaler. Han var ikke klar over, at swappen havde en markedsværdi. Han fik ingen oplysninger om, at banken fik et tillæg til renten på 0,73 %. Han blev først bekendt hermed, efter at swappen var blevet lukket ned, eller måske da der skulle stilles yderligere sikkerhed. Da han fik brevet af 28. oktober 2008 om en negativ markedsværdi, gjorde han ikke noget, idet han tænkte, at valutaswappen gik i nul ved udløb ligesom renteswappen. Det gik først op for ham, at den ikke gik i nul, ved mødet i juni 2010, hvor han blev bedt om at stille ekstra sikkerhed. Da han sagde til F, at han troede, at swappen gik i nul ved udløb, og at der derfor ikke var en risiko, grinede F blot ad ham og sagde, at de aldrig havde sagt, at den gik i nul ved udløb. Han stillede derfor den ekstra sikkerhed, men foretog sig i øvrigt ikke yderligere. Han rettede først henvendelse til advokat efter den endelig nedlukning. Det var inden for nogle få uger efter nedlukningen. Henvendelsen skyldtes, at han var af den opfattelse, at han ikke var blevet behandlet ordentligt. Han havde selv bedt om at få swappen lukket delvist ned. Det skyldtes, at kursen var faldet. Tabet blev i første omgang trukket på kassekrediten. Derefter blev der lavet et egentligt lån. Han var på ferie i 14 dage efter, at han havde bedt om at få swappen lukket delvist. Da han lukkede den delvist ned, var det allerede aftalt, at han ville få et lån til dækning af tabet, men papirerne blev først lavet, da han kom hjem fra ferie. Han kunne ikke overskue at lukke hele swappen, og han håbede på, at kursen faldt. Da resten af swappen blev lukket ned i maj 2011, skyldtes det, at banken bestemte det. I den forbindelse fik han at vide, at lånet ville blive forhøjet med henblik på inddækning af den negative markedsværdi. På mødet den 15. juni 2011 var advokat B med for at finde ud af, hvad der var foregået. Han havde rettet henvendelse til advokaten, fordi han mente, at han ikke var blevet behandlet ordentligt, og at tingene ikke var foregået efter reglerne. Advokat B gjorde opmærksom på denne opfattelse under de møder, som han deltog i. Det var nok først i efteråret 2011, at klagesagen blev sat i gang, men han husker det ikke præcist. Det startede med, at han og advokaten bad om nogle oplysninger. De aflyttede bl.a. nogle telefonsamtaler, vistnok i august. De havde brug for fakta for at finde ud af, hvordan der var rådgivet. Han har mange gange talt med C om, at der var en forældelsesproblematik. Advokat B havde sagt til ham, at kravet ikke blev forældet, så længe der var gang i en dialog. Stævningen blev først indgivet i oktober 2014 på grund af advokatens langsommelighed. D bistod ham ikke ved indgåelsen af aftalen om valutaswappen.

De lån i DLR, som han havde forud for valutaswappen, var i euro. Han havde fået anbefalet at tage lånene i euro. Der var tale om F1 og F3 lån. Han kan ikke forklare,

hvorfor renteudgiften på de lån, der er nævnt i note 13 til 2008-regnskabet, steg fra 2007 til 2008. De håndskrevne noter fra telefonaflytningerne er lavet enten af D eller advokat B. De blev lavet i forbindelse med møderne i banken. Han ved ikke, hvorfor der i notatet vedrørende telefonsamtalen den 19. september 2007 står: "Hvorfor lavede du den ikke i CHF." Han ved heller ikke, hvad notatet af 16. september 2008 om, at "D har talt med min mand og han siger at det gør han" dækker over. Han tror, at notatet dateret "18.9" dækker over, at E havde dækket aftalen af via Nordea. Han har nok ikke læst planchen vedrørende swappen godt nok, når han ikke har set, at der var et rentetillæg på 0,73 %. Det var F, der stort set førte ordet på det møde, hvor aftalen om valutaswappen blev indgået. Der blev højest talt om valutaswappen i en halv time. De håndskrevne noter på brevet af 28. oktober 2008 er lavet enten af ham eller af D. Det skyldtes, at de ikke med den daværende kurs på CHF kunne få det til at passe med det opgjorte tab. Han kan afvise, at notatet blev lavet, da han fik brevet. Det kan godt passe, at de bandede samtale blev aflyttet den 20. september 2011. Nedbringelsen af lånet til DiBa den 19. december 2011 med et beløb på 1.700.000 kr. skyldtes, at han havde optaget et realkreditlån i sit sommerhus. Han kan ikke forklare, hvorfor der af regnskabet for 2009 fremgår et beløb på 475.486 kr. vedrørende en renteswap. Han har ikke haft renteswaps andre steder end i DiBa Bank.

F har forklaret, at han er bankuddannet og har beskæftiget sig med bankvirksomhed i 40 år. Han var fast rådgiver for A ved almindelig kunderådgivning. Han havde ikke kendskab til derivater, og rådgivningen herom blev overladt til specialister fra finansafdelingen. Han husker ikke at have deltaget i mødet den 17. december 2007 om en renteswap. Han er sikker på, at det er en specialist, der har deltaget i dette møde, for det var der en stående ordre om i banken. Han deltog sammen med E i et møde med A om hans regnskab, og i den forbindelse blev indgåelse af en valutaswap drøftet. Man drøfter mange ting på et møde om regnskabet. E, der sad i finansafdelingen, var med som specialist. Han husker ikke, hvem der tog initiativet til aftalen om valutaswappen. A var meget vidende om mange ting, og initiativet til valutaswappen kan være kommet fra ham. Han er sikker på, at A var vidende om, at man kunne tjene penge på derivater, fordi han havde tjent på en renteswap. A var både en god købmand og en god landmand. A fik nok først viden om valutaswaps, da muligheden blev gennemgået med ham. Han husker ikke specifikt, om han har set den planche, der var vedhæftet mailen af 16. september 2008. Kunderne fik altid gennemgået plancherne med oplysninger om produktet, og planchen ligner dem, som specialisterne gennemgik. Han antager, at E har gennemgået plancherne på det møde, de deltog i, men han husker det ikke. Det kan godt passe, at den del af mødet, der vedrørte valutaswappen, va-

rede ca. 30 minutter. Aftalen blev indgået både for at forbedre renteforholdene og for at tjene penge. Vidnet kan ikke forklare, hvordan man kan tjene penge på en valutaswap, men det kan specialisterne. A var villig til risici. Det havde han blandt andet vist, da han købte sommerhuse. Hans risikovillighed lå efter vidnets opfattelse i den høje ende. Vidnet var rådgiver for A fra omkring 2005 til 2010. Inden A blev kunde i banken, havde han været kunde i Nordea, og der havde han indgået aftale om F1 og F3 lån. Det indebærer efter vidnets opfattelse også en risikovillighed. Han vil mene, at der i banken er udarbejdet en risikoprofil på A, men han ved det ikke. Han ved ikke, hvorfor man valgte en valutaswap i CHF. Han modtog ikke nogen form for bonus ved at indgå aftalen om en valutaswap, og han ved ikke noget om det rentetillæg, der tilkom banken.

Han gik på pension for ca. 2 år siden. Han havde titel af erhvervsrådgiver, da aftalen med A blev indgået. ..., hvis navn er påført en af plancher til brug for mødet den 17. december 2007 om renteswappen, var ansat som specialist i finansafdelingen i DiBa. Det er ikke rigtigt, som forklaret af A, at vidnet gav udtryk for, at der ikke var nogen risiko ved en valutaswap, eller at man ikke ville kunne sætte penge til ved den. Han har sammen med E delta-get i andre møder om derivater. E tog sig af spørgsmål herom, mens han selv tog sig af spørgsmål om regnskabet. E havde et fast materiale med til brug for rådgivningen. Vidnet har den 16. juni 2011 lavet tidslinjen om "Sagsforløb ved swapforretninger". Han lavede den til brug for C. Når han om den 16. september 2008 skrev "Gennemgang af rådgivningsmateriale", tænkte han på standardmaterialet, som omfattede meget mere end den planche, som er fremlagt i sagen. Han var til stede på mødet den 30. juni 2010 sammen med finanschef ..., fordi kursen var stigende. A ønskede ikke at lukke swappen. Det er ikke rigtigt, at A først på dette møde blev bekendt med risiciene. Han vidste, at A fulgte udviklingen dagligt. I slutningen af december 2010 var der daglig kontakt til A, men A ønskede ikke at lukke ned. Efterfølgende var kontakten mellem vidnet og A så dårlig, at det blev besluttet, at ... skulle erstatte ham som rådgiver. Han var derfor ikke med på det tidspunkt, da swappen blev lukket.

E har supplerende forklaret, at han er uddannet på bankeskolen og har en HD i finansiering. Han var ikke ansat i DiBa, da aftalen om renteswappen blev indgået. Han husker ikke konkret forløbet i sagen. Han husker ikke specifikt den planche, der var vedhæftet hans mail af 16. september 2008, men den ligner det, der indgik i det samlede præsentationsmateriale. Han er nu ansat i Danske Bank, og han har derfor ikke undersøgt spørgsmålet. Man gjorde altid en dyd ud af at forklare om risici, ligesom man i samarbejde med den almindelige

rådgiver afdækkede kundens risikoprofil. Dengang blev oplysningerne herom ikke nedskrevet. Interessen i valutaswappen lå primært i rentebesparelsen, men der var også fokus på, at kursen på valutaen kunne ændre sig. Man lavede typisk valutaswaps for en 5-årig eller en 3-årig periode. Han har aldrig lavet sådanne aftaler uden at orientere om stop loss-klausuler. Han vil betragte produktet som et højrisikoprodukt. Han vil normalt afdække, om kunden havde andre højrisikoprodukter, som led i sin vurdering af risikoprofilen.

Procedure

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed. A har dog frafaldet sit anbringende om, at den 10-årige forældelse efter forældelseslovens § 6 finder anvendelse, ligesom han har frafaldet sit anbringende om, at forældelsesfristen skal regnes fra tidspunktet for realisering af tabet. Det er er As opfattelse, at forældelsesfristen først begynder at løbe den 28. oktober 2011, hvor Sydbank afgjorde klagesagen.

Sydbank A/S har gentaget sit anbringende om, at forældelseslovens § 24 ikke finder anvendelse, da der ikke foreligger konnekse fordringer, og da et eventuelt erstatningskrav er bortfaldet ved forældelse eller passivitet.

Landsrettens begrundelse og resultat

A og banken indgik den 18. september 2008 aftale om en valutaswap. 1/3 af valutaswappen blev lukket ned den 9. februar 2011, og resten blev lukket ned den 26. maj 2011 med en samlet negativ markedsværdi på ca. 7,1 mio. kr. A har siden månedligt afdraget på denne gæld.

Den 16. oktober 2014 anlagde A denne sag mod Sydbank A/S, hvorunder han har nedlagt påstand om, at Sydbank A/S skal anerkende, at aftalen om valutaswappen er ugyldig, og at Sydbank A/S skal betale erstatning. A har til støtte herfor gjort gældende, at den rådgivning, han fik ved aftalens indgåelse, var mangelfuld. Sydbank har påstået frifindelse.

Spørgsmålene om, hvorvidt As påstand om ugyldighed og krav om erstatning er bortfaldet ved forældelse eller ved passivitet, er af byretten udskilt til særskilt behandling, jf. retsplejelovens § 253.

Der er ikke fremlagt skriftligt materiale, der dokumenterer, hvilken rådgivning A nærmere modtog fra banken forud for aftalens indgåelse. Der er derfor ikke mod As forklaring om, at han troede, at aftalen var risikofri, grundlag for at antage, at han ved indgåelsen af aftalen var eller burde være bekendt med de omstændigheder, der kunne begrunde ugyldighedsindsigelsen eller erstatningskravet. Landsretten bemærker herved, at såvel rammeaftalen som pantsætningsaftalen først blev fremsendt til A og underskrevet af ham efter indgåelsen af aftalen den 18. september 2008.

Spørgsmålet er derfor, hvornår A fik eller burde have fået kendskab til de omstændigheder, der kunne begrunde, at aftalen var ugyldig, eller at han havde krav på erstatning.

Ved brev af 28. oktober 2008 orienterede banken A om, at markedsværdien på valutaswappen udgjorde 3.308.649 kr. i tab til A, og den 6. januar 2009 blev der fremsendt en ”Swap afregning”, hvoraf fremgik, at markedsværdien pr. 30. december 2008 var negativ med 2.253.061,20 kr. Ved mail af 13. marts 2009 oplyste banken på forespørgsel fra As daværende ægtefælle, D, at markedsværdien var negativ med 2.353.061,20 kr. D har forklaret, at hun skulle bruge denne oplysning til opgørelsen af sine og As skattemæssige forhold. D udarbejdede derefter som revisor årsregnskabet for 2008 for A. I årsregnskabet er det både i indehaverens beretning og i resultatopgørelsen anført, at valutaswappen har påvirket resultatet negativt med i alt 2.353.061 kr. På baggrund heraf er det bevist, at A senest den 14. marts 2009, da årsregnskabet for 2008 blev aflagt, burde være klar over, at hans forudsætning om, at der ikke var risiko for tab, var forkert. Han havde derfor på det tidspunkt det fornødne grundlag for at kende de omstændigheder, der kunne begrunde, at han som følge af mangelfuld rådgivning kunne gøre en ugyldighedsindsigelse gældende eller havde et erstatningskrav mod banken i anledning af mangelfuld rådgivning.

Passivitet

Da A ikke inden rimelig tid efter den 14. marts 2009 gjorde gældende over for banken, at aftalen var ugyldig, men tværtimod fortsatte aftalen, indtil banken lukkede swappen endeligt ned i maj 2011, ligesom han derefter afdrog på gælden, har han ved passivitet fortabt sin indsigtelse om ugyldighed på grund af mangelfuld rådgivning.

Kravet om erstatning blev først aktualiseret, da swappen blev lukket ned henholdsvis den 9. februar og den 26. maj 2011 med en betydelig negativ markedsværdi. Der var umiddel-

bart derefter forhandlinger mellem banken, A og dennes advokat om, hvorledes tabet skulle håndteres, og As advokat vendte flere gange efterfølgende tilbage til spørgsmålet herom ved sine henvendelser til bankens ledelse. Der er derfor ikke grundlag for at antage, at A har givet banken indtryk af, at et krav om erstatning ikke ville blive forfulgt, og hans krav om erstatning kan derfor ikke anses for bortfaldet som følge af passivitet.

Forældelse

Bankens mail af 23. september 2011 til As advokat om suspension af forældelsesfristen giver efter sin ordlyd ikke grundlag for at antage, at der blev indgået en aftale om, at den 3-årige forældelsesfrist først begyndte at løbe fra det tidspunkt, hvor bankens behandling af klagesagen var afsluttet. A har ikke alene ved sin egen forklaring derom løftet bevisbyrden for, at aftalen havde et sådant indhold.

Den 3-årige forældelsesfrist skal således regnes fra den 14. marts 2009, og det eventuelle krav på erstatning var derfor forældet ved indgivelsen af stævningen den 16. oktober 2014.

As krav om erstatning udspringer imidlertid af samme retsforhold som bankens krav om betaling af den negative markedsværdi på valutaswappen. Da bankens krav blev stiftet ved nedlukningen af swappen henholdsvis den 9. februar og den 26. maj 2011, har A derfor i medfør af forældelseslovens § 24 bevaret retten til modregning med sit eventuelle krav på erstatning, der ikke på det tidspunkt var forældet. Det kan ikke som anført af Sydbank A/S føre til et andet resultat, at der mellem banken og A blev oprettet en særskilt låneaftale vedrørende betalingen af den negative markedsværdi.

Landsretten ophæver derfor byretten dom og hjemviser sagen til fortsat behandling af spørgsmålet om, hvorvidt A har et erstatningskrav på grundlag af mangelfuld rådgivning.

T h i b e s t e m m e s:

Byrettens dom ophæves, og sagen hjemvises til fortsat behandling.