

# HØJESTERETS DOM

## afsagt fredag den 29. marts 2019

**Sag 19/2018**

(2. afdeling)

Sydbank A/S

(advokat Kolja Staunstrup)

mod

A

(advokat Thomas Schioldan Sørensen)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Sønderborg den 14. december 2015 og kendelse af Vestre Landsrets 4. afdeling den 22. august 2017.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Jon Stokholm, Jens Peter Christensen, Michael Rekling, Jan Schans Christensen og Lars Apostoli.

### **Påstande**

Kærende, Sydbank A/S, har nedlagt påstand om stadfæstelse af byrettens dom.

Indkærede, A, har nedlagt påstand om hjemvisning af sagen til byretten til realitetsbehandling af hovedsagens materielle påstand, idet As ugyldighedsindsigelse eller økonomiske krav ikke er fortabt ved forældelse eller passivitet, subsidiært stadfæstelse af landsrettens kendelse.

### **Supplerende sagsfremstilling**

Sydbank har for Højesteret fremlagt nogle plancher, der ifølge banken blev gennemgået med A på et møde den 16. september 2008. I materialet gennemgås karakteristika for lån med renteswap og valutaswap. Det hedder bl.a.:

## ”Eksempel 1: Fra variabel til fast rente

...

*Hvad skal man være opmærksom på?*

En swap er en finansiel kontrakt. Swaps handles på lige fod med andre finansielle aktiver.

Dvs., vil man af med swap'en før udløb, så skal swap'en sælges videre.

Ved aftalens indgåelse er værdien (nutidsværdien) af det beløb som modtages lig værdien af det beløb som betales. Dvs., forbliver de finansielle markeder uforandret i restløbetiden, så er det underordnet om swap'en indgås.

Stiger renten i mellemtiden, så modtages mere end der betales = god forretning og man kan få penge i hånden ved at sælge den videre.

Falder renten, så modtager du mindre (variabel rente) end der betales og man skal have penge op af lommen for at komme ud af forretningen.

På udløbsdagen er markedsprisen/værdien nul og forretningen er ”ude af verden”.

...

## Eksempel 2: CHF-swap mod Cibor6-lån

...

*Fordele/ulemper ved en valutaswap i CHF*

Rent teknisk beregnes den variable rente af den såkaldte ”CHF Libor 3 mdr. rente”. Renten kendes således kun 3 mdr. frem i tiden. Stiger den falder markedsværdien af forretningen og omvendt.

Du er garderet mod rentestigninger i Danmark i aftaleperioden, idet du til enhver tid vil modtage det du betaler på realkreditlånet.

Valutakursen overfor danske kroner kendes heller ikke frem i tiden.

En valuta-SWAP kan lukkes ned fra dag til dag. Dette effektueres ved et salg/modgående forretningen af swap'en. MEN der skal tages højde for markedsværdien af swap'en, som kan være negativ eller positiv afhængig af rente- og valutakursudviklingen.

*Hvor stor er risikoen?*

En valutaswap er ikke uden risici, det er den man bliver betalt for i form af en rentebesparelse.

Åbning af en CHF-swap skal times ordentligt, dvs. valutaen skal ligge på et forholdsvist højt niveau.

Blandt de største risici, for en stærkere CHF, ligger i global uro på markederne. CHF betragtes af mange som en flugtvaluta, den seneste tids postyr på de finansielle markeder er et godt eksempel.

På niveauet 4,7 og opefter bør man overveje at optage finansiering i CHF. Break-even på 3 år under forudsætning af uændret valutakurs og rentespænd er 4,9.

#### *Praktisk*

...

Hvis udviklingen i swap-forretningens værdi sammenholdt med kundens engagement i øvrigt viser et ikke-acceptabelt resultat, har DiBa ret til at kræve:

- 1: Kontant indbetaling
- 2: Yderligere sikkerhedsstillelse
- 3: Lukke én eller samtlige indgåede swap-forretninger”

Ved bankens kvartalsvise opgørelser til A blev swappens markedsværdi opgjort således:

30. december 2008:	- 2.253.061,20 kr.
31. marts 2009:	- 1.771.696,03 kr.
30. juni 2009:	- 1.559.354,64 kr.
30. september 2009:	- 1.710.645,00 kr.
30. december 2009:	- 2.361.649,67 kr.
31. marts 2010:	- 3.453.288,00 kr.
30. juni 2010:	- 5.579.000,44 kr.
30. september 2010:	- 5.383.539,62 kr.
30. december 2010:	- 7.445.760,17 kr.
31. marts 2011:	- 4.111.487,34 kr.

#### **Forklaringer**

Advokat B har forklaret bl.a., at han kom ind i sagen som advokat for A omkring tidspunktet for den delvise tvangsindfrielse af swappen den 10. februar 2011. Swappen var da nødlidende, og DiBa Bank krævede yderligere sikkerhed i forbindelse med fortsættelsen af den resterende del af swappen. På det tidspunkt var hans kommunikation med banken mundtlig. Han og A tilkendegav over for C fra banken allerede i forbindelse med den delvise tvangsindfrielse, at

det var deres opfattelse, at banken var erstatningsansvarlig for rådgivningen i forbindelse med swap-engagementet.

Hans opgave var at deltage i forhandlingerne med banken i forbindelse med tvangsindfrielsen. Indsigelsen mod bankens rådgivning blev opretholdt også efter underskrivelsen af gælds-brevet vedrørende det første delvise tab på 1,9 mio. kr. Den resterende del af swappen fortsatte, indtil banken lukkede den den 26. maj 2011. Efter hans og As opfattelse var underskriften på gælds-brevet den eneste reelle mulighed, fordi A og hans virksomhed havde alle engagementer i banken og ellers ville blive tvunget til at skifte bank.

Det fremgik klart af drøftelserne med banken, at A ikke skulle bære tabet på swappen, men han kan ikke huske, om der er noget på skrift om deres indsigelser over for banken på det tidspunkt. Han var ikke involveret i As og revisorens drøftelser med banken om afdrag på gælds-brevet.

I forbindelse med den endelige indfrielse den 26. maj 2011 drøftede han og A finansieringen af tabet, og hvordan As forretning kunne overleve. Han og A fastholdt fortsat, at banken var ansvarlig på grund af mangelfuld rådgivning. Han går ud fra, at indsigelserne om bankens mangelfulde rådgivning fremgår af bilagene i sagen, f.eks. e-mails. Der var en livlig dialog fra den 26. maj 2011 til den 15. juni 2011 mellem ham og medarbejdere i banken. Indsigelsen mod bankens rådgivning blev også fastholdt under mødet den 15. juni 2011. Han sagde til banken, at A ikke skulle bære tabet, fordi banken ikke havde rådgivet om risikoen. Banken afviste at være ansvarlig. Det er hans opfattelse, at bankens interne klagesag blev indledt i forbindelse med mødet, hvor der var enighed om nogle temaer, der skulle undersøges nærmere i forbindelse med klagesagen.

Under mødet i DiBa Bank den 22. august 2011 afgav han mundtligt modregningserklæring på As vegne, således at erstatningskravet for mangelfuld rådgivning blev modregnet i de lån, A havde fået til at dække tabet på swappen. Han har ikke kunnet finde noget referat fra mødet den 22. august 2011, men ved, at Cs noter indgår i sagens bilag.

Før C sendte e-mailen af 23. september 2011, havde de talt i telefon sammen. Han husker med sikkerhed, at de havde aftalt, at forældelsesfristen på 3 år først skulle løbe fra bankens afslutning af den interne klagesag, hvilket også var hans opfattelse af e-mailen fra C.

Fra bankens afvisning af erstatningsansvaret i forbindelse med afgørelsen af 28. oktober 2011 til hans anmodning om genoptagelse den 14. marts 2012 var der en intern dialog på As side, og den foreliggende dokumentation blev gennemgået. Det er hans opfattelse, at dialogen med banken fortsatte i forbindelse med hans senere anmodninger af 6. maj 2013, 2. september 2013 og 15. januar 2014, og bankens afvisninger af 22. maj 2013, 8. september 2013 og 29. januar 2014. Den løbende dialog var årsagen til, at han ventede med at udtage stævning for A. Han kan ikke huske, om der var en opfølgning på mødet den 22. august 2011, men han talte fortsat med banken, og den interne klagesag verserede fortsat. Det er hans opfattelse, at den interne klagesag først blev endeligt afsluttet med bankens brev af 29. januar 2014.

I forbindelse med underskriften på det første gældsbevis på ca. 1,9 mio. kr. den 28. februar 2011 tilkendegav han over for C, som han havde et udmærket samarbejde med, at underskriften på gældsbeviset skete uden præjudice for kravet mod banken på grund af mangelfuld rådgivning. Han kan ikke forklare den tid, der gik mellem hans henvendelser til banken fra marts 2012 til januar 2014. Han kan ikke huske, om han med A drøftede betydningen af afdrag på gældsbeviset/lånene vedrørende tabet på swappen.

### **Anbringender**

Sydbank A/S har gjort gældende navnlig, at As eventuelle erstatningskrav er forældet og bortfaldet ved passivitet i form af manglende reklamation, samt at forældelseslovens § 24 ikke giver adgang til modregning, idet kravene ikke er konnekse, og da der ikke kan ske modregning med krav, som er fortabt på grund af passivitet.

### *Forældelse*

As påståede krav på erstatning er omfattet af den 3-årige forældelse efter forældelseslovens § 3, stk. 1.

Efter det nu fremlagte materiale, der blev gennemgået med A i september 2008, må det lægges til grund, at A allerede i september 2008 var eller burde have været bekendt med de

betydelige risici, der var forbundet med valutaswapaftalen. Forældelsesfristen har derfor løbet uafbrudt fra september 2008.

En eventuel suspension må være ophørt senest den 14. marts 2009, hvor A aflagde sit årsregnskab for 2008, eller senest den 26. maj 2011, hvor valutaswappen blev lukket.

As krav var derfor forældet, da sagen blev anlagt i oktober 2014.

#### *Passivitet*

Udover at være forældet er As krav fortabt ved passivitet som følge af manglende reklamation.

A forholdt sig passiv i ca. 3 år fra aftaleindgåelsen og i ca. 2½ år fra aflæggelsen af årsregnskabet for 2008 til efteråret 2011, hvor der blev indledt en intern klagesag i banken. Passiviteten kan ikke anses for bragt til ophør fra efteråret 2011, idet A undlod at følge op på klagesagen ved enten at indbringe sagen for Pengeinstitutankenævnet eller domstolene. Passiviteten blev derfor først afbrudt ved sagsanlægget den 16. oktober 2014, 5½-6 år efter, at A fik det fornødne kendskab til de forhold, der begrunder kravet i denne sag. At As advokat over en periode på knap 3 år sendte fire breve til banken med identiske anmodninger om at genoptage sagen kan ikke føre til, at passivitet er afbrudt, navnlig fordi banken omgående afviste henvendelserne.

Bortfald af kravet som følge af passivitet støttes endvidere af, at A helt frem til juli 2017 afdrog på lånet, hvorfor banken frem til sagsanlægget havde en berettiget forventning om, at han ikke ville rejse krav mod banken.

#### *Suspensionserklæringen*

Der er intet belæg for, at suspensionserklæringen af 23. september 2011 skulle bevirke, at forældelsesfristen først begyndte at løbe fra tidspunktet, hvor banken afgjorde klagesagen. Advokat Bs forklaring om sin forståelse af suspensionsaftalen kan ikke føre til et andet resultat.

#### *Modregning efter forældelseslovens § 24*

En kundes eventuelle erstatningskrav over for et pengeinstitut som følge af mangelfuld rådgivning udspringer ikke af samme retsforhold som pengeinstitutts fordring, der følger af en låneaftale, som er indgået flere år senere. Swapaftalen er et andet retsforhold end låneaftalen. Forældelseslovens § 24 er derfor uanvendelig.

Det er centralt, at A betalte afdrag på bankens kredit ifølge valutaswapaftalen. Beløbene blev betalt ved overtræk på hans kassekredit. Allerede derfor kan der ikke være tale om konnekse krav, idet det så ville være afgørende for anvendelsen af § 24, om finansieringen skete via en kassekredit i banken eller via andre midler.

Det lån, der modregnes i, er ikke kassekrediten, men et lån oprettet den 28. februar og den 6. oktober 2011. Der er således ikke tidsmæssig sammenhæng med nedlukning af swaparrangementet den 10. februar og den 26. maj 2011.

Landsrettens fortolkning af § 24 fører til uheldige og tilfældighedsprægede resultater. Det kan ikke være hensigten, at en person, der får dækket sit tab via et lån i samme bank, hvor swapaftalen blev indgået, bevarer sin indsigelse, mens en anden kunde, der får dækket tabet via et lån i en anden bank eller ved frie midler, ikke gør det.

Bestemmelsen i § 24 kan i øvrigt ikke anvendes, idet A først ved replikken af 16. februar 2015 påberåbte sig bestemmelsen og fremsatte modregningserklæring.

Hvis Højesteret finder, at der er tale om konnekse krav, er As krav bortfaldet som følge af manglende rettidig reklamation. Der kan ikke ske modregning med krav, som er bortfaldet ved passivitet i form af manglende reklamation. Hvis der kunne ske modregning, ville det føre til, at der i princippet ikke var nogen grænse for, hvornår en kunde kan forfølge sit krav, hvis betingelserne om konneksitet er opfyldt. Landsrettens forskellige begyndelsestidspunkter for passivitetsbetragtninger for henholdsvis en indsigelse om ugyldighed og et krav om erstatning er forkert og udvider uhjemlet § 24 til at omfatte krav, som er bortfaldet ved passivitet.

A har gjort gældende navnlig, at kravet ikke er forældet eller fortabt ved passivitet. Selvom kravet er forældet, er der tale om konnekse krav, således at der kan ske modregning efter forældelseslovens § 24.

Det er hans hovedsynspunkt under hovedsagen, at han er berettiget til at frigøre sig fra sin gæld til banken, fordi banken ydede utilstrækkelig og ansvarspådragende rådgivning ved ikke at oplyse og rådgive om de forhold, der danner grundlag for indsigelserne.

#### *Forældelse*

Hans principale påstand i hovedsagen vedrører ugyldighed på grund af utilstrækkelig rådgivning. En sådan indsigelse er ikke omfattet af forældelsesloven, jf. lovens § 1. Den subsidiære påstand om erstatning er omfattet af forældelsesloven.

Forældelsesfristen var i medfør af suspensionsaftalen suspenderet til den 29. januar 2014, hvor banken afgjorde klagesagen, subsidiært til den 28. oktober 2011. Forældelsesfristen må i hvert fald være suspenderet til den 28. oktober 2011, hvorfor kravet ikke var forældet, da stævning blev indgivet den 16. oktober 2014.

Det er ikke på baggrund af rådgivningsmaterialet, markedsværdiopgørelser, årsrapporter mv. godtgjort, at indsigelsesgrundlaget var tilstrækkeligt belyst ved aftaleindgåelsen. Han havde ikke rådgiverbistand. Hans ægtefælle var uddannet revisor, men hun har ikke haft til opdrag at rådgive eller vejlede ham om aftalens indhold. Hun havde ikke indsigt i eller erfaring med finansielle produkter. En valutaswap kan ikke sammenlignes med en renteswap.

Han var i utilregnelig uvidenhed om indsigelsen om, at der var skjulte mangler ved bankens rådgivning. En valutaswap er et komplekst højrisikoprodukt. Der må derfor stilles lempelige krav til ham, både i forhold til suspension og passivitet. Han var uden kendskab til finansielle produkter og var kreditmæssigt afhængig af banken. Han troede, at en valutaswap løb ud ligesom en renteswap.

Modtagelsen af kvartalsvise opgørelser med oplysning om negativ markedsværdi og inddragelse af oplysningerne i årsregnskabet for 2008 medførte ikke, at han burde foranstalte yderligere undersøgelser.

Forældelsesfristen har således i hvert fald været suspenderet indtil 3 år før sagsanlægget ved byretten. Såfremt Højesteret måtte finde, at én eller flere af mangelsindsigelserne burde have



givet ham anledning til at foranstalte undersøgelser tidligere, er de øvrige mangelsindsigelser isoleret – og i hvert fald samlet – så væsentlige, at der ikke er indtrådt forældelse.

#### *Passivitet*

Han har reklameret rettidigt både for så vidt angår erstatningskravet og indsigelsen om ugyldighed. Der er reklameret siden nedlukningen af swappen i februar 2011. Advokat Bs undersøgelse blev færdig ultimo 2013, hvorfor A tidligst på det tidspunkt kan anses for at have fået kendskab til grundlaget for sine mangelsindsigelser. Hans manglende reaktion over for de blotte oplysninger om negativ markedsværdi kan ikke medføre retsfortabende passivitet. Passivitetsbedømmelsen i forhold til påstanden om ugyldighed bør ikke være strengere end passivitetsbedømmelsen i forhold til påstanden om erstatning.

Der må indrømmes en vis reaktionstid, fordi der var tale om en kunde uden indsigt og erfaring med valutaswap.

Domstolene er generelt tilbageholdende med at statuere passivitet, når indsigelserne udspringer af et rådgiverforhold, ligesom retspraksis sjældent levner plads til passivitetsfortabelse, når der er tale om erstatningskrav. Han har på intet tidspunkt meddelt, at indsigelserne var frafaldet.

#### *Forældelseslovens § 24*

Bankens krav på betaling af den negative markedsværdi må anses for stiftet på tidspunktet for valutaswapaftalens indgåelse den 25. september 2008, subsidiært i forbindelse med den delvise og endelige afslutning af valutaswappen, og dermed før forældelse af hans krav.

Hans tilbagebetalingsforpligtelse fremgår af den låneaftale, der blev indgået den 28. februar 2011. Lånet blev i forbindelse med den endelige nedlukning af swappen forhøjet med 5,2 mio. kr. Lånets hovedstol udspringer af nedlukningen af valutaswappen med en negativ markedsværdi til følge. Der kan derfor ske modregning i medfør af forældelseslovens § 24 i lånet med det erstatningskrav, som han gør gældende under hovedsagen.

Passivitetsgrundsætningen finder ikke anvendelse ved modregning med konnekse fordringer. Dette bestyrkes af, at modregning med konnekse fordringer sker ex tunc. Synspunktet støttes endvidere af, at det er almindeligt antaget, at der kan ske modregning med prækluderede krav.

Indgåelse af låneaftalen var ikke en anerkendelse af fordringen. Betalinger er sket under protest og uden præjudice, hvilket fremgår af omstændighederne i forbindelse med nedlukningerne og låneaftalens indgåelse og forhøjelse. Betalingerne er sket for bedst muligt at minimere risiko, idet tab i en sag af denne art og karakter fastsættes skønsmæssigt ud fra en betragtning om, hvornår han kunne have nedlukket swapaftalen med et eventuelt mindre tab til følge.

Modregning med konnekse fordringer forudsætter ikke modregningserklæring. En sådan blev i øvrigt afgivet mundtligt af advokat B allerede i 2011.

### **Højesterets begrundelse og resultat**

A og DiBa Bank A/S indgik i september 2008 aftale om en valutaswap med begyndelse den 22. september 2008 og med udløb den 30. december 2013. DiBa Bank blev senere overtaget af Sydbank A/S.

Den 5. juli 2010 og den 5. januar 2011 indgik A og banken aftaler om at forhøje kreditrammen på valutaswappen med 7,5 mio., henholdsvis 8 mio. kr. og om yderligere sikkerhed for As forpligtelser i henhold til valutaswappen.

Banken lukkede valutaswappen med en tredjedel den 10. februar 2011, og parterne indgik den 28. februar 2011 en låneaftale på ca. 1,9 mio. kr. svarende til tabet på den lukkede del af valutaswappen.

Den 26. maj 2011 lukkede banken den resterende del af valutaswappen med en samlet negativ markedsværdi på ca. 7,1 mio. kr., og parterne indgik den 6. oktober 2011 en låneaftale svarende til det samlede tab.

Den 16. oktober 2014 anlagde A denne sag mod Sydbank med påstand om, at aftalerne om valutaswap er uforbindende for ham, og at han har krav på erstatning. Til støtte for påstandene gjorde han gældende, at bankens rådgivning og håndtering af forløbet havde været behæftet

med væsentlige mangler, og at banken havde ydet erstatningspådragende rådgivning. A gjorde også gældende, at han – selv om et krav om erstatning skulle være forældet eller fortabt ved passivitet – kan modregne med sit erstatningskrav i bankens krav på betaling af swappens negative markedsværdi.

Banken påstod for byretten frifindelse og bestred, at den havde ydet mangelfuld rådgivning. Banken gjorde tillige anbringender om manglende reklamation, passivitet og forældelse gældende.

Byretten udskilte spørgsmålene om manglende reklamation, passivitet og forældelse til særskilt afgørelse.

Såfremt A, der er ejer af en større landbrugsbedrift, ville gøre de ovennævnte synspunkter gældende over for banken, påhvilede der ham efter almindelige aftaleretlige principper pligt til inden for rimelig kort tid at gøre indsigelse herom, reklamation, over for banken. I modsat fald ville han blive afskåret herfra.

Spørgsmålet under dette kæremål er i første række, om A har overholdt sin reklamationspligt over for banken. For besvarelsen af spørgsmålet bliver det afgørende at fastlægge det tidspunkt, hvor reklamationspligten må antages at være indtrådt.

Højesteret tiltræder af de grunde, landsretten har anført, at A senest den 14. marts 2009, da han aflagde sit årsregnskab for 2008, burde være klar over, at hans eventuelle forudsætning om ikke at løbe risiko for tab på valutaswappen var forkert. Han havde i hvert fald på det tidspunkt det fornødne grundlag for at kende de omstændigheder, der efter hans opfattelse kunne begrunde, at bankens rådgivning om valutaswappen havde været behæftet med væsentlige mangler og erstatningspådragende.

Højesteret lægger til grund, at A i den følgende tid ikke gjorde indsigelse, men videreførte sit engagement med banken og fornyede dette uden indsigelse og uden noget forbehold ved indgåelse af nye aftaler med banken den 5. juli 2010, den 5. januar, den 28. februar og den 6. oktober 2011.

Højesteret finder, at A under disse omstændigheder ikke rettidigt har reklameret over for banken. Han har derfor ikke krav mod banken. Højesteret bemærker herved, at forældelseslovens § 24 eller princippet heri ikke giver grundlag for modregning med krav, der er fortabt som følge af manglende reklamation.

Højesteret stadfæster med denne begrundelse byrettens frifindelse af banken.

### **Thi kendes for ret:**

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal A betale 450.750 kr. til Sydbank.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afgivelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.