

# HØJESTERETS DOM

## afsagt tirsdag den 4. april 2017

**Sag 52/2016**

(1. afdeling)

A/B Trylleskovparken

(advokat Thomas Schioldan Sørensen, beskikket)

mod

Nykredit Bank A/S

(advokat Henriette Gernaa)

I tidligere instanser er afsagt dom af Københavns Byret den 3. juni 2014 og af Østre Landsrets 2. afdeling den 29. oktober 2015.

I pådømmelsen har deltaget syv dommere: Jytte Scharling, Jon Stokholm, Jens Peter Christensen, Oliver Talevski, Jan Schans Christensen, Kurt Rasmussen og Jens Kruse Mikkelsen.

### **Påstande**

Appellanten, A/B Trylleskovparken, har nedlagt påstand om, at landsrettens dom ophæves, og at sagen hjemvises til byretten, subsidiært at indstævnte, Nykredit Bank A/S, skal anerkende, at der for så vidt angår Trylleskovparkens materielle påstande ikke er indtrådt forældelse eller bortfald på grund af passivitet.

Nykredit Bank A/S har påstået stadfæstelse.

### **Supplerende sagsfremstilling**

Andelsboligforeningen Trylleskovparken blev stiftet den 6. marts 2003 med det formål at erhverve en ejendom i Solrød Strand.

Købet af ejendommen til en samlet pris på 86.450.000 kr. blev finansieret ved, at andelshaverne i foreningen foretog et kontant indskud på 25.200.000 kr. svarende til ca. 29 % af købesummen, mens resten blev finansieret ved to realkreditlån, som hver havde en hovedstol på 30.625.000 kr. og en løbetid på 35 år. Det ene lån var et F1-lån, mens det andet lån var et F10-lån. Med virkning fra den 1. januar 2005 blev F1-lånet omlagt til et F3-lån.

På Trylleskovparkens ordinære generalforsamling den 11. maj 2005 blev det drøftet, at finansieringen var et problem for omsætningen af andelene, idet en række købere var sprunget fra efter råd fra deres bankrådgivere, og at dette var en af konsekvenserne ved en højrisikofinansiering.

Under et møde den 8. september 2005 rådgav Nykredit Trylleskovparkens bestyrelse om en renteswapaftale. Det fremgår af Nykredits præsentation bl.a., at foreningen ved indgåelse af en renteswap opnåede en sikring mod stigende renter.

På en ekstraordinær generalforsamling den 1. november 2005 besluttede Trylleskovparken bl.a., at F10-lånet skulle rentesikres fra refinansieringen den 31. december 2012 og frem til den 31. december 2022.

Den 1. november 2005 indgik Trylleskovparken og Nykredit en rammeaftale, hvorved Nykredit stillede en renteswap til rådighed for Trylleskovparken til afdækning af foreningens realkreditlån. Det fremgår af rammeaftalens punkt 15, at ”handel med finansielle instrumenter kan være forbundet med betydelige risici.”

Handelsbekræftelsen på 2005-renteswapaftalen er dateret 2. november 2005. Fra den 17. november 2005 sendte Nykredit månedlige opgørelser over markedsværdien af renteswapaftalen samt kvartalsvise betalingsnotaer og halvårslige rentenotaer til Trylleskovparkens administrator, Datea A/S, hvor foreningen har registreret adresse. Det fremgår af de månedlige opgørelser over markedsværdien, at Trylleskovparken modtog en variabel Cibor6-rente og betalte en fast rente på 4,53%. Det fremgår endvidere, at markedsværdien er opgjort på baggrund af de senest kendte rente- og valutakurser på opgørelsesdagen. Ifølge markedsværdiopgørelserne var 2005-renteswappens markedsværdi negativ fra november 2005 til marts 2006, og markedsværdien var herefter positiv fra april til september 2006. Markedsværdien var svingende i

perioden fra oktober 2006 til juni 2007. I juni 2007 var markedsværdien positiv med 657.176 kr.

Under et møde den 26. juni 2007 rådgav Nykredit foreningens bestyrelse om fastlåsning af renten på Trylleskovparkens F3-lån ved indgåelse af endnu en renteswapaftale. Foreningen besluttede på en ekstraordinær generalforsamling samme dag at indgå en renteswapaftale med rentetrappe. Handelsbekræftelsen på 2007-renteswapaftalen er dateret 27. juni 2007. Det fremgår af handelsbekræftelsen, at renteswapaftalens startdato er den 28. december 2007. Denne renteswapaftale har en løbetid på 30 år. Nykredit sendte herefter månedlige opgørelser over markedsværdien af begge renteswapaftaler samt kvartalsvise betalingsnotaer og halvårslige rentenotaer til Trylleskovparkens administrator, Datea. Det fremgår af de månedlige opgørelser over markedsværdien af 2007-renteswapaftalen, at Trylleskovparken modtog en variabel Cibor6-rente og betalte efter en rentetrappe stigende fra en rente på 4,11% fra den 28. december 2007 til en fast rente på 5,685 % fra den 29. december 2017. Det fremgår endvidere, at markedsværdien er opgjort på baggrund af de senest kendte rente- og valutakurser på opgørelsesdagen. Ifølge markedsværdiopgørelserne var 2007-renteswappens markedsværdi negativ fra juli 2007, og den har ikke siden været positiv. Markedsværdien på 2005-renteswappen har været negativ siden den 30. december 2008.

Renteswapaftalernes markedsværdi blev første gang indregnet i Trylleskovparkens egenkapital i årsrapporten for 2009. Dette skete efter en generel udtalelse fra Erhvervs- og Byggestyrelsen af 12. februar 2010 om behandlingen af renteswapaftaler ved opgørelsen af andelsboligforeningers formue og værdien af andelene. Den negative værdi af renteswapaftalerne blev i årsrapporten opgjort til 6.392.199 kr.

Ved brev af 25. marts 2010 indkaldte Datea på vegne af Trylleskovparkens bestyrelse andels haverne til ordinær generalforsamling, bl.a. med henblik på forelæggelse og godkendelse af årsrapporten. Det fremgår af brevet, at 2009-årsrapporten var vedlagt. Generalforsamlingen blev afholdt og årsrapporten godkendt den 13. april 2010.

Trylleskovparken og Nykredit afholdt møde den 13. september 2010. Det fremgår af Nykredits præsentation fra mødet, at renten var faldet kraftigt siden indgåelsen af renteswapaftaler-

ne. Endvidere indeholder præsentationen en redegørelse om finansielle instrumenters påvirkning af andelskronen.

Den 17. august 2011 afholdt parterne endnu et møde. Nykredits præsentation fra mødet indeholdt bl.a. en planche, som viser ændringen i markedsværdi over tid af en fastrenteswap.

Ved brev af 12. oktober 2011 til Nykredit klagede Trylleskovparken over Nykredits opkrævning af et rentetillæg ved refinansiering af foreningens lån. Trylleskovparken gav endvidere udtryk for, at det var yderst betænkeligt og kritisabelt, at Nykredit havde tilbudt en andelsboligforening en uprøvet, uigennemskuelig og meget usikker finansieringsløsning, som blev præsenteret som et finansielt trygt produkt. Trylleskovparken afsluttede klagen med en bemærkning om, at man så frem til et udspil vedrørende rentetillægget.

Ved brev af 23. november 2011 afviste Nykredit Trylleskovparkens klage. Det fremgår af brevet bl.a., at usikkerheden ved renteniveauet var væsentligt mindre, end hvis foreningen havde indgået et variabelt forrentet lån, og hvis foreningen havde indgået et fastforrentet realkreditlån, havde renten været endnu højere.

Trylleskovparken og Nykredit afholdt møde den 28. marts 2012, og to medarbejdere fra Nykredit deltog i foreningens ordinære generalforsamling den 25. april 2012.

Ved brev af 31. januar 2013 til Trylleskovparken frafaldt Nykredit retten til at kræve sikkerhedsstillelse for den negative markedsværdi af renteswapaftalerne.

Ved brev af 20. marts 2013 til Nykredit meddelte Trylleskovparkens daværende advokat bl.a., at foreningen ikke anså sig bundet af renteswapaftalerne, da foreningen i forbindelse med indgåelsen af swapaftalerne ikke havde fået tilstrækkelig information om konsekvenserne af aftalerne, herunder navnlig ikke om konsekvenserne ved et rentefald.

Den 11. april 2013 anlagde Trylleskovparken denne sag mod Nykredit ved Københavns Byret med påstand om, at renteswapaftalerne er ugyldige, subsidiært at Nykredit er erstatningsansvarlig for Trylleskovparkens tab som følge af renteswapaftalerne. Spørgsmålene om forældelse og passivitet er udskilt til særskilt behandling, jf. retsplejelovens § 253.

## **Anbringender**

Trylleskovparken har anført navnlig, at foreningens materielle påstande om erstatningsansvar og ugyldighed ikke er bortfaldet ved forældelse eller passivitet.

Det beror på en uagtsomhedsbedømmelse, om Trylleskovparken kendte eller burde kende til grundlaget for at fremsætte indsigelser mod Nykredits rådgivning og de afledte aftaler, og om forældelsen var suspenderet. Renteswapaftaler er komplekse højrisikoprodukter, der er vanskelige at gennemskue, og foreningens indsigelser mod Nykredit vedrører skjulte mangler ved rådgivningen af betydelig grov karakter. Der skal derfor stilles lempelige krav til uagtsomhedsbedømmelsen. For 2007-swapaftalens vedkommende blev den høje risiko betydeligt forstærket ved, at der er tale om en løbetid på 30 år.

Trylleskovparken er en andelsboligforening med en beboersammensat bestyrelse. Fra 2005 og frem bestod bestyrelsen af personer uden kendskab til og erfaring med finansielle produkter, herunder renteswap. Trylleskovparken var således en ukyndig kunde med forbrugerstatus, hvorimod Nykredit som en af landets største finansielle virksomheder er underlagt en professionsansvarsnorm. Denne forskel i parternes faglige styrkeforhold skal komme foreningen bevismæssigt til gode ved uagtsomhedsbedømmelsen.

Foreningen modtog ikke oplysninger om, at det var forbundet med etableringsomkostninger – dvs. en rentemarginal – at indgå swapaftalerne, og at denne rentemarginal skulle betales i hele den normerede løbetid, selv om renteswapaftalerne måtte blive lukket før tid. Det blev endvidere ikke oplyst, at markedsværdien af aftalerne udvikler sig asymmetrisk til fordel for långiver, hvilket andre pengeinstitutter i samme periode oplyste om. Foreningen modtog heller ikke oplysning om, at markedsværdien af renteswapaftaler er negativ fra start, at en renteswap er et komplekst højrisikoprodukt, der ikke var foreneligt med foreningens utvetydige ønske om finansiering med lav risiko, eller at hovedstolen på den 30-årige renteswap var højere end obligationsrestgælden på det kreditforeningslån, som renteswappen skulle afdække. Derudover oplyste Nykredit ikke efterfølgende om, at de negative markedsværdier kunne have indvirkning på andelskronen og værdiansættelsen af et andelsbevis ved salg.

Nykredit tilbageholdt både i forbindelse med rådgivningen og efterfølgende væsentlige oplysninger mod bedre vidende. Oplysningerne var påkrævet for at yde en fyldestgørende rådgivning, ligesom de var bestemmende for foreningens beslutning om at indgå renteswapaftalerne. Dertil kommer, at de tilbageholdte oplysninger netop udgjorde indsigelsesgrundlaget, hvilket Nykredit var bekendt med.

Nykredit bør pålægges bevisbyrden for, at Trylleskovparken ikke var i utilregnelig uvidenhed. Hvis der ikke er grundlag for at vende bevisbyrden, skal der i hvert fald stilles lempelige krav til Trylleskovparkens bevisbyrde.

Det skriftlige materiale, som dannede grundlag for Trylleskovparkens beslutning om at indgå swapaftalerne, indeholdt ikke oplysninger angående indsigelsesgrundlaget. Indsigelsesgrundlaget fremgik således hverken af præsentationsmaterialet fra 2005 og 2007, rammeaftalen, betalingsnotaer, rentenotaer eller markedsværdiopgørelserne.

Trylleskovparken havde efter retsforholdets karakter ikke nogen undersøgelsespligt, og hvis foreningen havde en undersøgelsespligt, må der stilles lempelige krav til, hvornår foreningen burde have anstillet undersøgelser. Nykredit oplyste første gang foreningen om asymmetrien den 17. august 2011, selv om Nykredit allerede efter 2009 rådgav andre om asymmetri. Det vil derfor ikke være rimeligt at lægge til grund, at foreningen burde have fået kendskab til asymmetrien forud for den 17. august 2011, når Nykredit har tilbageholdt oplysninger herom i strid med egen praksis. Af samme grund må der stilles lempelige krav til foreningens agtpågivenhed ved bedømmelsen af, fra hvilket tidspunkt foreningen havde lejlighed til at anstille undersøgelser om rigtigheden af rådgivningen. Foreningen havde ikke anledning til særlig agtpågivenhed, idet foreningen blev stillet i udsigt, at en renteswap var forbundet med lav risiko. Trylleskovparken henholdt sig i det hele til Nykredits rådgivning og var ikke bistået af ekstern rådgiver i forbindelse med indgåelsen af renteswapaftalerne.

Det forhold, at Nykredit sendte markedsværdiopgørelser til Trylleskovparken, kan ikke tillægges betydning for, hvornår foreningen burde have foranstaltet undersøgelser. I øvrigt har markedsværdien ikke sammenhæng med foreningens øvrige indsigelser. Markedsværdien viser således ikke den asymmetriske udvikling af swapaftalerne. Derudover var markedsværdien ved udsendelsen af årsrapporten for 2009 den 25. marts 2010 ikke betydeligt negativ.

Endvidere kan foreningen tidligst anses for at have fået kendskab til grundlaget for indsigelserne vedrørende renteswapaftalernes markedsværdi og den asymmetriske udvikling af renteswapaftalerne på mødet med Nykredit den 17. august 2011 og for så vidt angår de øvrige indsigelser den 20. marts 2013.

Der er derfor ikke indtrådt forældelse, idet suspensionen ikke er ophørt mere end tre år før sagens anlæg.

Trylleskovparken har for Højesteret frafaldet anbringendet om, at foreningens krav er underlagt 10-årig forældelse, jf. forældelseslovens § 6 om forældelse af fordringer i henhold til pengelån eller ubevilgede overtræk på konti i pengeinstitutter.

Trylleskovparken har reklameret rettidigt og ikke udvist passivitet med hensyn til erstatningskravet og påstanden om ugyldighed ved i umiddelbar forlængelse af mødet den 17. august 2011 at reklamere den 12. oktober 2011 over rådgivningen.

Nykredit kan ikke med føje have indrettet sig på, at Trylleskovparken ikke ville komme med indsigelser, idet indsigelserne var kendelige for Nykredit, og idet indsigelserne ikke umiddelbart var konstaterbare for foreningen. Der må gives foreningen en vis reaktionstid, idet der var tale om en ulønnet, beboersammensat bestyrelse, og foreningen må også ved passivitetsbedømmelsen nyde en vis forbrugerbeskyttelse.

Det bestrides, at Trylleskovparken ved sine løbende betalinger i henhold til renteswapaftalerne har ratihaberet disse, allerede fordi reklamationen den 12. oktober 2011, advokatbrevet af 20. marts 2013 og stævningen er en klar protest mod renteswapaftalerne. Nykredit kan derfor ikke have indrettet sig efter, at Trylleskovparken skulle have frafaldet indsigelserne mod aftalerne.

Selv hvis Trylleskovparkens erstatningskrav må anses for forældet, gøres det gældende, at foreningen kan modregne i tilbagebetalingsforpligtelsen i henhold til den enhver tid værende negative markedsværdi samt de løbende forfaldne nettorentebetalinger, jf. forældelseslovens § 24. Trylleskovparken har for Højesteret frafaldet anbringendet om, at der efter bestemmelsen

kan modregnes i tilbagebetalingsforpligtelsen i henhold til de bagvedliggende kreditforeningslån.

Den negative markedsværdi er en gæld til Nykredit, og denne gæld er indregnet i foreningens årsrapport. Markedsværdien er således en tilbagebetalingsforpligtelse, der kan danne grundlag for modregning på samme måde som en kassekredit eller et uforfaldent lån.

Det er ubestridt, at der er tale om konnekse fordringer. Nykredits krav på betaling af den negative markedsværdi var afviklingsmodent allerede på tidspunktet for renteswapaftalernes indgåelse, idet der ved afviklingsmodenhed må forstås frigørelsestidspunktet. Modregningsretten er ikke fortabt ved passivitet, idet en rettighedsfortabelse ved passivitet ikke er forenelig med formålet med forældelseslovens § 24.

Nykredit har anført navnlig, at Trylleskovparkens påståede erstatningskrav er støttet på et anbringende om mangelfuld rådgivning, og at et sådant krav er undergivet den 3-årige forældelsesfrist i forældelseslovens § 3, stk. 1. Forældelsesfristen skal regnes fra tidspunktet for den påståede misligholdelse, jf. lovens § 2, stk. 3. Ved krav i anledning af fejlagtig rådgivning regnes forældelsesfristen fra det tidspunkt, hvor fejlen blev begået, eller hvor det fejlagtige råd blev givet. Forældelsesfristen skal derfor regnes senest fra tidspunktet for indgåelsen af renteswapaftalerne den 2. november 2005 og den 27. juni 2007.

Trylleskovparken har bevisbyrden for, at forældelsesfristen har været suspenderet, og denne bevisbyrde har foreningen ikke løftet. Trylleskovparken var allerede ved aftaleindgåelsen bekendt med risiciene ved swapaftalerne, og forældelsesfristen har derfor ikke været suspenderet. Forud for indgåelsen af swapaftalerne modtog Trylleskovparken på møderne med Nykredit rådgivning om konsekvenserne af swapaftalerne. Derudover indeholder parternes skriftlige aftalegrundlag oplysninger om de betydelige risici, der er forbundet med en renteswapaftale.

Selv hvis det antages, at forældelsesfristen har været suspenderet, er suspensionsperioden opført mere end tre år før sagens anlæg. En række omstændigheder fører således hver for sig eller tilsammen til, at Trylleskovparken inden den 11. april 2010 – dvs. mere end tre år før sagens anlæg – blev bragt ud af en eventuel utilregnelig uvidenhed om et muligt erstatningskrav. For det første kunne Trylleskovparken ved modtagelsen af de kvartalsvise betalingsno-



taer og halvårslige rentenotaer gøre sig bekendt med Cibor6-renten for den kommende periode, og konstatere om rentebyttet for den kommende periode var i Trylleskovparkens eller Nykredits favør. For det andet kunne Trylleskovparken ved de månedlige markedsværdiopgørelser, som Datea modtog på vegne af Trylleskovparken, gøre sig bekendt med markedsværdiens udvikling ved stigende og faldende renter. For det tredje fik Trylleskovparken mulighed for at realisere markedsværdien af 2005-swappen, som i juni 2007 var positiv, hvilket man imidlertid ikke ønskede, da foreningen ville fastholde den lave rente efter aftalen. For det fjerde modtog Trylleskovparken yderligere rådgivning om værdiregulering af andelskronen, da Nykredit den 7. april 2008 sendte et overblik over finansieringsmuligheder til Trylleskovparkens formand. Nykredit henviste til bankens faktaark over renteswapaftaler, som var tilgængeligt på bankens hjemmeside. For det femte indregnede Trylleskovparken ved regnskabsaflæggelsen for 2009 den samlede negative markedsværdi af renteswapaftalerne ved opgørelsen af egenkapitalen. Senest den 25. marts 2010, hvor Datea på bestyrelsens vegne udsendte regnskabet og indkaldte til ordinær generalforsamling, var bestyrelsen bekendt med den negative markedsværdi.

Nykredit bestrider, at der ved vurderingen af ophør af en eventuel suspension af forældelsesfristen skal foretages en "betydelighedsvurdering" af markedsværdiernes udvikling. Vurderingen af Trylleskovparkens kendskab til omstændigheder, som kunne begrunde et muligt erstatningskrav, forudsætter ikke en bestemt negativ markedsværdi. De løbende markedsværdiopgørelser gjorde det muligt for Trylleskovparken at gøre sig bekendt med, at markedsværdierne kunne svinge ved en stigende henholdsvis faldende rente. Hvis Trylleskovparken ikke mente at være blevet rådgivet om rentens påvirkning af markedsværdierne, måtte Trylleskovparken have reageret. Under alle omstændigheder indtrådte der et markant fald i markedsværdien i efteråret 2008, som i sig selv burde have givet anledning til en reaktion. Parternes styrkeforhold ændrer ikke ved vurderingen af, hvornår Trylleskovparken var eller burde have været bekendt med de omstændigheder, der begrundede det påståede erstatningskrav. Det bemærkes i den forbindelse, at Trylleskovparkens bestyrelsesformand på tidspunkterne for indgåelsen af renteswapaftalerne var henholdsvis jurist og bankuddannet. Endelig traf bestyrelsen beslutning om finansiering af en belåning på 60-70 mio. kr. med afdækning ved renteswapaftaler, hvilket må fordre en rimelig agtpågivenhed og opfølgning på modtagne oplysninger.

Trylleskovparkens påståede krav og indsigelser er endvidere fortabt ved passivitet eller manglende rettidig reklamation. Trylleskovparken fremsatte først den 20. marts 2013 et synspunkt, der kunne forstås som en indsigelse om, at renteswapaftalerne var uforbindende, hvilket var mere end 7 år og 4 måneder efter indgåelsen af 2005-renteswapaftalen og mere end 5 år og 9 måneder efter indgåelsen af 2007-renteswapaftalen. Trylleskovparken klagede den 12. oktober 2011 til Nykredit over et rentetillæg (refinansieringstillæg), der ikke er en del af sagen, og kritiserede i brede vendinger, at Trylleskovparken var blevet tilbudt renteswapaftaler. Dette var ca. 1½ år efter den 25. marts 2010, hvor Trylleskovparken senest havde kendskab til omstændigheder, der kunne begrunde et eventuelt erstatningskrav. Derefter ventede Trylleskovparken yderligere ca. 1½ år, før ugyldighedsindsigelsen blev fremsat den 20. marts 2013. Trylleskovparken har på denne baggrund ikke fremsat ugyldighedsindsigelsen inden rimelig tid og har derfor ved passivitet fortabt retten til at gøre ugyldighedsindsigelsen gældende.

Selv hvis man måtte antage, at Trylleskovparken først senere end tre år fra sagens anlæg fik tilstrækkelig viden om sit krav, er ugyldighedsindsigelsen fortabt. For det første fordi foreningen senest på mødet den 13. september 2010 fik tilstrækkelig viden om et muligt krav. Trylleskovparken fremsatte imidlertid først ugyldighedsindsigelsen den 20. marts 2013, dvs. 2 år og 5 måneder senere. For det andet fordi præsentationen fra mødet den 17. august 2011 viser rentens konveksitet (asymmetri) og dens påvirkning af markedsværdien. Alligevel blev denne indsigelse til støtte for ugyldighed først fremsat den 22. juni 2015 under sagens behandling ved landsretten.

Trylleskovparken fortsatte med at betale de løbende renteopkrævninger og opfylde renteswapaftalerne uden forbehold efter at være blevet bekendt med markedsværdiens asymmetriske udvikling og andre tekniske indsigelser. Trylleskovparken har herved ratihaberet renteswapaftalerne.

De konkrete forhold, som Trylleskovparken har anført til støtte for, at Nykredits rådgivning skulle have været mangelfuld, kan ikke føre til en ændret vurdering af spørgsmålet om forældelse og passivitet. Trylleskovparkens synspunkt er uforeneligt med forældelsesreglernes generelle formål om at skabe sikkerhed og klarhed. Trylleskovparkens synspunkt ville indebære, at der gælder forskellige forældelsesfrister for et eventuelt erstatningskrav, der overordnet støttes på anbringender om utilstrækkelig rådgivning ved aftaleindgåelsen, alt efter hvornår

Trylleskovparken havde kendskab til eller burde have haft kendskab til hver enkelt af de påberåbte forhold. Trylleskovparkens synspunkt indebærer også, at Trylleskovparken kan afbryde forældelsesfristen ved et sagsanlæg under henvisning til andre indsigelser end de indsigelser, som ifølge Trylleskovparken skulle danne grundlag for beregning af forældelsesfristen. En sådan retstilstand er uforenelig med formålet bag reglerne om passivitet og forældelse.

Det bestrides, at forældelseslovens § 24 skulle give Trylleskovparken adgang til modregning, og at de almindelige modregningsbetingelser i øvrigt skulle være opfyldt. Et krav fortabt ved passivitet kan ikke anvendes til modregning, da et sådant krav ikke er omfattet af forældelsesloven. Trylleskovparkens påståede modregningsadgang kan derfor afvises, allerede hvis Trylleskovparkens mulige krav er fortabt ved passivitet eller manglende rettidig reklamation. Nykredit har endvidere ikke nogen fordring (et hovedkrav) mod Trylleskovparken, som Trylleskovparken kan modregne i efter forældelseslovens § 24. Det bestrides således, at en tilbagebetalingsforpligtelse i henhold til den enhver tid værende negative markedsværdi udgør en fordring for Nykredit. Heller ikke de forfaldne nettorentebetalinger, som løbende er blevet betalt, udgør en fordring for Nykredit. Endvidere har Trylleskovparken ikke nedlagt en betalingspåstand eller sandsynliggjort et tab eller størrelsen af et sådant tab. Trylleskovparken har derfor ikke nogen fordring (et modkrav) mod Nykredit, som kan anvendes til modregning efter forældelseslovens § 24.

## **Højesterets begrundelse og resultat**

### *Sagens baggrund og problemstilling*

Andelsboligforeningen Trylleskovparken og Nykredit Bank A/S indgik den 1. november 2005 en rammeaftale, hvorved Nykredit stillede en renteswap til rådighed for Trylleskovparken til afdækning af foreningens realkreditlån. Parterne indgik herefter renteswapaftaler den 2. november 2005 og den 27. juni 2007.

Trylleskovparken anlagde den 11. april 2013 sag mod Nykredit med påstand om, at Nykredit skal anerkende, at renteswapaftalerne er ugyldige, subsidiært at Nykredit skal anerkende at være erstatningsansvarlig for Trylleskovparkens tab som følge af indgåelsen af renteswapaftalerne. Nykredit har påstået frifindelse.

Spørgsmålene, om Trylleskovparkens krav om erstatning og ugyldighed er bortfaldet ved forældelse eller passivitet, er udskilt til særskilt behandling, jf. retsplejelovens § 253. Det er herefter et hovedspørgsmål, hvornår Trylleskovparken havde eller burde have kendskab til omstændigheder, der kunne begrunde erstatningskravet og ugyldighedsindsigelsen.

#### *Trylleskovparkens erstatningskrav*

Det er for Højesteret ubestridt, at Trylleskovparkens mulige erstatningskrav er omfattet af den 3-årige forældelse, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1, og at forældelsen for et sådant erstatningskrav i kontraktforhold skal regnes fra misligholdelsen, jf. lovens § 2, stk. 3. I forhold til påstået fejltagtig rådgivning indebærer dette, at forældelsesfristen skal regnes fra datoerne for handelsbekræftelserne vedrørende renteswapaftalerne den 2. november 2005 og den 27. juni 2007, hvor rådgivningen senest burde være ydet.

Det følger af forældelseslovens § 3, stk. 2, at var fordringshaveren ubekendt med fordringen, regnes forældelsesfristen først fra den dag, da fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab hertil.

Højesteret tiltræder af de grunde, som landsretten har anført, at Trylleskovparken senest ved udsendelsen til andelshaverne den 25. marts 2010 af årsrapporten for 2009 havde det fornødne grundlag for at kende de omstændigheder, som kunne begrunde et muligt erstatningskrav mod Nykredit for mangelfuld rådgivning. Dette gælder, selv om Trylleskovparken først senere end den 11. april 2010 måtte være blevet bekendt med mulige indsigelser om f.eks. rentemarginal, konveksitet (asymmetri) og overdækning på den 30-årige renteswapaftale, idet alle disse indsigelser må anses for at vedrøre Nykredits påståede mangelfulde rådgivning.

Trylleskovparkens krav om erstatning var herefter forældet ved indlevering af stævning den 11. april 2013.

#### *Trylleskovparkens ugyldighedsindsigelse*

Højesteret finder, at Trylleskovparken senest den 25. marts 2010, hvor foreningens årsrapport for 2009 blev udsendt, havde det fornødne grundlag for at kende de omstændigheder, som begrunder Trylleskovparkens indsigelse om, at renteswapaftalerne er ugyldige.

Ved brev af 12. oktober 2011 klagede Trylleskovparken over, at Nykredit opkrævede et rentetillæg ved refinansieringen af foreningens lån. Trylleskovparken gav endvidere udtryk for, at det var yderst betænkeligt og kritisabelt, at Nykredit havde tilbudt foreningen en uprøvet, uigennemskuelig og meget usikker finansieringsløsning, som blev præsenteret som et finansielt trygt produkt. Trylleskovparken afsluttede klagen med en bemærkning om, at man så frem til et udspil vedrørende rentetillægget. Klagen kan ikke forstås således, at foreningen anfægtede renteswapaftalernes gyldighed. Nykredit afviste klagen ved brev af 23. november 2011. Trylleskovparken fortsatte med at betale de løbende renter.

Først ved brev af 20. marts 2013 meddelte foreningens daværende advokat, at foreningen ikke anså sig for bundet af renteswapaftalerne, da foreningen i forbindelse med indgåelsen af swapaftalerne ikke havde fået tilstrækkelige oplysninger om konsekvenserne af aftalerne, herunder navnlig ikke om konsekvenserne af et rentefald.

Højesteret finder, at Trylleskovparken under disse omstændigheder ikke har fremsat indsigelsen om ugyldighed inden for rimelig tid, og at indsigelsen er bortfaldet ved passivitet.

### *Modregning*

Trylleskovparken har gjort gældende, at foreningen – selv om kravet om erstatning er forældet – efter forældelseslovens § 24 kan modregne sit erstatningskrav i Nykredits krav på betaling af den til enhver tid værende negative markedsværdi samt i de løbende forfaldne nettorentebetalinger.

Efter forældelseslovens § 24 bevarer fordringshaveren ret til modregning over for krav, som udspringer af det samme retsforhold, og som er stiftet, inden forældelse indtrådte.

Trylleskovparkens erstatningskrav og Nykredits eventuelle krav på betaling af en negativ markedsværdi samt de løbende forfaldne nettorentebetalinger udspringer alle af renteswapaftalerne. Modregning forudsætter herefter bl.a., at Trylleskovparkens erstatningskrav (modkravet) ikke var forældet på det tidspunkt, hvor Nykredits krav (hovedkravet) blev stiftet.

Den negative markedsværdi har siden 2009-regnskabet påvirket Trylleskovparkens egenkapital – og dermed også foreningens andelskrone – i negativ retning. Renteswapaftalerne er imidlertid ikke bragt til ophør. Højesteret finder herefter, at Nykredit ikke på det tidspunkt, hvor forældelse af Trylleskovparkens erstatningskrav indtrådte, havde et hovedkrav (en fordring) om betaling af den negative markedsværdi, som kunne danne grundlag for modregning efter forældelseslovens § 24.

De forfaldne nettorentebetalinger bliver opgjort løbende på baggrund af forskellen mellem de faste rentesatser i henhold til renteswapaftalerne og den variable Cibor6-rente, og Nykredit havde på tidspunktet for forældelsens indtræden ikke et uopfyldt hovedkrav mod Trylleskovparken på betaling af nettorente, som kunne danne grundlag for modregning efter forældelseslovens § 24.

Der er således ikke noget hovedkrav at modregne i.

#### *Konklusion*

Højesteret stadfæster landsrettens dom.

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

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal statskassen betale 200.000 kr. til Nykredit Bank A/S.

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