

LUND ELMER
SANDAGER

INDGÅET
10 SEP. 2015
Retten i Viborg

Advokatpartnerselskab
Kalvebod Brygge 39-41
DK - 1560 København V
Telefon: +45 33 300 200
Fax: +45 33 300 299
www.lundelmersandager.dk
CVR nr. 32 28 39 34

Philip Baruch
Partner, advokat (H)
pb@lundelmersandager.dk

10. september 2015
Sagsnr. 125004

SVARSKRIFT

BS 99-698/2015

Storbjerg Erhverv ApS
(i det følgende Storbjerg Erhverv)
CVR nr. 27374476
Søgårdsvej 25
3080 Tikøb
(Advokat Thomas Schioldan Sørensen)

mod

Jyske Bank A/S
(i det følgende Jyske Bank)
CVR nr. 17616617
Vestergade 8-16
8600 Silkeborg
(Advokat Philip Baruch)

1 PÅSTAND

Overfor Storbjerg Erhvervs subsidiære, mere subsidiære og mest subsidiære påstand samt påstand 2 påstår Jyske Bank afvisning, subsidiært frifindelse.

Overfor Storbjerg Erhvervs principale påstand påstår Jyske Bank frifindelse.

2 FORMALITETEN

I forhold til de af Storbjerg Erhverv nedlagte påstande er det Jyske Banks overordnede opfattelse, at disse er uklare og ikke kan danne grundlag for afsigelse af en dom.

Flere af påstandene er indeholdt i hinanden eller er en konsekvens af hinanden, hvorfor påstandene ikke kan tjene som selvstændige påstande, herunder som subsidiære påstande af hinanden, men skal afvises.

Overordnet **opfordres (opfordring A)** Storbjerg Erhverv til at opgøre den økonomiske værdi af den principale påstand med tilhørende subsidiære, mere subsidiære og mest subsidiære påstand, samt påstand 2, idet Storbjerg Erhverv i stævningen under punkt 7.5 har anført, at sagsgenstanden anslås til kr. 1.228.005,63, uden det dog fremgår, hvad den økonomiske værdi af de enkelte påstande er. Det kan oplyses, at markedsværdien af renteswapaftale nr. W015785 var negativ med kr. 1.049.674,80 pr. den 11. august 2015, hvor stævningen blev indleveret til retten.

Det gøres gældende, at påstande må antages at være et anbringende for hinanden, hvorfor Storbjerg Erhverv ikke har en konkret og individuel interesse i en særskilt prøvelse af disse.

Der henvises til afgørelserne U.2009.1899H, U.2010.2389H, U.2013.1162/2H og U.2013.759H, som alle omhandler afvisning af påstande, som udgør anbringender til støtte for en anden påstand.

2.1 Storbjerg Erhvervs subsidiære påstand

For så vidt angår Storbjerg Erhvervs subsidiære påstand om, at Storbjerg Erhverv er berettiget til at ophæve swapaftalen, gøres det gældende, at påstanden ikke er egnet til at danne grundlag for sagens behandling, jf. retsplejelovens § 349, stk. 1, jf. retsplejelovens § 348, stk. 2, nr. 3, idet den nedlagte påstand er både ubestemt og upræcis.

Påstanden efterlader indtryk af at være anerkendelsespåstand med et uklart element af fuldbyrdelsespåstand i sig. For det tilfælde, at Storbjerg Erhverv måtte få medhold i påstanden, er det uklart, hvad konsekvensen af dommen vil være, hvornår dommen kan anses for opfyldt, samt hvordan parternes mellemværende skal opgøres.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring B)** til at oplyse, hvorvidt der er en økonomisk forskel mellem den principale og den subsidiære påstand, idet realiteten af påstandene er den samme, idet grundlaget for påstandene synes forskelligt.

2.2 Storbjerg Erhvervs mere og mest subsidiære påstand

For så vidt angår Storbjerg Erhvervs påstand om, at Jyske Bank tilpligtes til at holde Storbjerg Erhverv skadesløs for Storbjerg Erhvervs økonomiske tab, samt påstanden om, at Jyske Bank skal tilbagebetale/erstatte Storbjerg Erhvervs *reelle omkostninger* ved indgåelsen af renteswapaftalen, gøres det gældende, at påstandene ikke er egnede til at danne grundlag for sagens behandling, jf. retsplejelovens § 349, stk. 1, jf. retsplejelovens § 348, stk. 2, nr. 3, idet de nedlagte påstande er både ubestemte og upræcise.

Påstandene efterlader indtryk af at være anerkendelsespåstande med et uklart element af fuldbyrdelsespåstande i sig. For det tilfælde, at Storbjerg Erhverv måtte få medhold i påstandene, er det uklart, hvad konsekvensen af dommen vil være, hvornår dommen kan anses for opfyldt, samt hvordan parternes mellemværende skal opgøres.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring C)** til at oplyse, hvorvidt der er en økonomisk forskel mellem den principale, den subsidiære og den mere subsidiære påstand, idet realiteten af påstandene er den samme, idet grundlaget for påstandene synes forskelligt.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring D)** endvidere til at oplyse og opgøre de *reelle omkostninger* forbundet med indgåelsen af renteswapaftalen, samt til at oplyse **(opfordring E)**, hvorvidt beløbet i henhold til den mest subsidiære påstand vil være indeholdt i beløbet i henhold til den mere subsidiære påstand. Ud fra formuleringen af de to påstande, forekommer beløbet i henhold til den mest subsidiære påstand at være indeholdt i den mere subsidiære påstand, uagtet at de to påstande er nedlagt som sideordnet.

2.3 Storbjerg Erhvervs påstand 2

For så vidt angår Storbjerg Erhvervs påstand om, at Jyske Bank tilpligtes til at tilbagebetale/erstatte den af Storbjerg Erhverv til enhver tid betalte rentemarginal, bemærkes det, at kravet i henhold til påstanden i hvert fald vil være indeholdt i den principale eller subsidiære påstand. Ud fra formuleringen af den principale og den subsidiære påstand forudsætter denne, at parterne stilles som om, at renteswapaftalen ikke var indgået, hvorved parterne skal returnere, hvad de har modtaget fra hinanden.

Det gøres gældende, at der i forbindelse med rettens stillingtagen til den principale og den subsidiære påstand vil blive taget stilling til påstand 2, hvorfor Storbjerg Erhverv ikke har en

konkret og individuel interesse i en særskilt prøvelse af påstand 2 i forhold til den principale og subsidiære påstand, hvorfor denne skal afvises.

3 SAGSFREMSTILLING

3.1 Indledning

Nærværende sag drejer sig primært om, hvorvidt Storbjerg Erhvervs krav i anledning af påståede mangelfuld rådgivning fra Jyske Bank er forældet eller fortabt som følge af mangelfuld reklamation eller passivitet. Såfremt retten kommer frem til, at kravet ikke er forældet, drejer sagen sig dernæst om, hvorvidt Jyske Bank har ydet mangelfuld rådgivning, som er ansvarspådragende for Jyske Bank.

Der foreligger på nuværende tidspunkt adskillige domme, der tager stilling til ugyldighed/forældelsesspørgsmål i swapsager. Jyske Bank anmoder om, at spørgsmålet om forældelse og manglende reklamation samt passivitet udskilles til særskilt behandling i medfør af retsplejelovens § 253. Spørgsmålet om udskillelsen er nærmere behandlet nedenfor, i afsnit 6, idet der foreligger omfattende retspraksis om udskillelse af netop disse spørgsmål i sager omkring swapaftaler.

Storbjerg Erhverv har i stævningens punkt 7.3 anført, at Storbjerg Erhverv som udgangspunkt ikke vil modsætte sig en udskillelse af spørgsmålet om forældelse og passivitet.

På denne baggrund vil den følgende fremstilling blive summarisk og vil koncentrere sig om Storbjerg Erhvervs virksomhed, Storbjerg Erhvervs kendskab til renteswapaftaler og den i 2008 indgåede aftale mellem Storbjerg Erhverv og Jyske Bank.

3.2 Storbjerg Erhvervs virksomhed

Der fremlægges som **bilag A** udskrift fra Erhvervsstyrelsen vedrørende Storbjerg Erhverv ApS, hvoraf fremgår, at selskabet blev stiftet i 2003 under navnet AAB Elvagten 1 ApS, samt at selskabet i 2011 ændrede navn til Storbjerg Ejendomme ApS, for derefter i 2012 at ændre navn til Storbjerg Erhverv ApS.

Carsten Storbjerg Skaarup har været direktør for selskabet siden dets stiftelse i 2003 og frem til den 31. oktober 2013, hvor Carsten Storbjerg Skaarup udtrådte af direktionen, og Anne-Marie Skaarup indtrådte. Siden selskabets stiftelse har Carsten Storbjerg Skaarup kunnet tegne selskabet, ligesom selskabet siden marts 2011 alene har kunnet tegnes af Carsten Storbjerg Skaarup.

Af udskriften fremgår det tillige, at selskabet har til formål at udøve handelsvirksomhed, handel med ejendomme, virksomheder og selskaber, virksomhedsudvikling, reklame/marketing/udlejning og salg af blandt andet grossistvirksomhed med byggematerialer, el- og vvs-tilbehør, webportaler og salg på nettet samt aktiviteter i tilknytning hertil, som håndværks- og byggeopgaver.

Carsten Storbjerg Skaarup drev i 2008 betydelig erhvervsvirksomhed i en koncernstruktur, hvor Carsten Storbjerg Skaarup ejede 100% af aktierne i El Vagten A/S, CVR nr. 15688149 og El Vagten Sikker El ApS, CVR nr. 32058892.

El Vagten A/S ejede 100% af anparterne i AAB Elvagten 1 ApS, som senere skiftede navn til Storbjerg Erhverv ApS.

Den 21. oktober 1999 stiftede Carsten Storbjerg Skaarup Folietech A/S, nu under konkurs.

Carsten Storbjerg Skaarup har siddet i direktionen og bestyrelsen for dette selskab.

Carsten Storbjerg Skaarup har derudover siddet i ledelsen i Elvagten Amager ApS (opløst), Elvagten Frederikssund ApS (opløst), Elvagten Helsingør ApS (opløst), Elvagten Hørsholm ApS (opløst) og Brinkholt ApS (konkurs), ligesom Carsten Storbjerg Skaarup har siddet i ledelsen i A.K. Varmeteknik ApS.

Det kan lægges til grund, at ledelsen i Storbjerg Erhverv, direktør Carsten Storbjerg Skaarup var en særdeles erfaren virksomhedsleder i 2008.

3.3 Formålet med den indgåede renteswap

Formålet med indgåelse af renteswapaftalen var en afdækning af renterisikoen på det af Storbjerg Erhverv optagne underliggende variabelt forrentede realkreditlån i Storbjerg Erhvervs ejendom beliggende Bybjergvej 43, som Storbjerg Erhverv efter opførelsen ønskede at beholde som udlejningsejendom.

3.4 Den indgåede renteswap

Den 3. april 2008 blev der afholdt møde hos Jyske Bank i Helsingør med deltagelse af Carsten Storbjerg Skaarup, Lars Aqvist, Storbjerg Erhvervs revisor, revisor Frank Poulsen samt erhvervsrådgiver Nicolai Hansen. Kontakten til Jyske Bank var foranlediget af, at Storbjerg Erhverv ønskede finansiering af byggeriet på ejendommen beliggende Bybjergvej 43.

Allerede under dette møde forud for indgåelsen af swapaftalen var Storbjerg Erhverv bistået af revisor Frank Poulsen.

Det blev under dette møde oplyst, at Storbjerg Erhverv ønskede en rentesikkerhed og forventede ikke at konvertere de underliggende lån.

På mødet redegjorde Jyske Banks rådgiver Lars Aqvist om konsekvenserne ved stigende og faldende renter, hvilket blev gennemgået ved fremvisning af plancher i Jyske Banks afdeling. Carsten Storbjerg Skaarup ville vide, hvad terminsydelserne ville blive. Carsten Storbjerg Skaarup interesserede sig ligeledes for den billigste faste rente, han kunne opnå. Det præsentationsmateriale, som blev forevist under mødet i banken, er på nuværende tidspunkt – 7 år efter indgåelsen af renteswappen – ikke længere tilgængeligt i Jyske Banks arkiv.

Under mødet i Jyske Bank blev der redegjort for, at renteswappen var inkonvertibel.

Ved valg af variabelt lån tillige med en renteswap opnåede Storbjerg Erhverv en billigere fast rente end det, Storbjerg Erhverv kunne opnå ved traditionel konverterbart realkreditlån. Det var for Storbjerg Erhverv magtpåliggende at sikre sig en fast og billig rente.

På mødet den 3. april 2008 præsenterede Jyske Bank Storbjerg Erhverv for flere finansieringsmuligheder, herunder indgåelse af en renteswap. Det var Storbjerg Erhverv, der i samråd med Storbjerg Erhvervs revisor valgte finansieringen med en renteswap, idet der blev lagt vægt på, at renten var fast og lavere end ved et konverterbart realkreditlån.

Den 15. juli 2008 blev der afholdt telefonmøde med Carsten Storbjerg Skaarup, hvor Carsten Storbjerg Skaarup bekræftede, at han ønskede at indgå renteswapaftalen, bilag 1.

Den 16. juli 2008 fremsendte Jyske Bank en bekræftelse på renteswap nr. W015785, jf. bilag 1.

Storbjerg Erhverv kunne løbende konstatere, hvorledes markedsværdien på indgåede renteswapaftale udviklede sig. Som bilag B fremlægges kontoudtog for realisationskonto (konto nr. 5050-2801181), der løbende udviser markedsværdien på renteswapaftalen.

Jyske Bank har løbende ydet supplerende rådgivning til Storbjerg Erhverv og talt med direktør Carsten Storbjerg Skaarup om den indgåede renteswap.

Den 28. oktober 2008 stillede Carsten Storbjerg Skaarup supplerende spørgsmål til den indgåede renteswap og i særdeleshed markedsværdien på realisationskontoen. Lars Aqvist forklarede nærmere om markedsværdien, hvilket Carsten Storbjerg Skaarup til fulde forstod. Under den samtale oplyste Carsten Storbjerg Skaarup, at han ikke var nervøs for forretningen. Han ønskede en fast rente og ville ikke spekulere i renteutviklingen. Han gav således udtryk for, at han var tilfreds.

Den 26. oktober 2010 skrev Jyske Bank til Storbjerg Erhverv, som dengang hed AAB Elvagten 1 ApS. Brevet fremlægges som **bilag C**. På side 2 i brevet henvises til gult og rødt lys. Storbjerg Erhverv var på det tidspunkt **fuldtud** bekendt med mekanismerne ved renteswappen, herunder i særdeleshed at renteswappen fik en negativ markedsværdi ved rentefald.

I begyndelsen af januar 2012 rettede Carsten Storbjerg Skaarup henvendelse til Jyske Bank, hvor han talte med Casper Dam Olsen. Under samtalerne med Storbjerg Erhverv blev der afgivet detaljerede forklaringer om beregningsmetoden og yderligere grundige detaljer om lånekonstruktionen. Som **bilag D** fremlægges mail af 9. januar 2012 fra Casper Dam Olsen til direktør Carsten Storbjerg Skaarup. Denne mail gav ikke anledning til supplerende spørgsmål fra Carsten Storbjerg Skaarup.

Primo 2014 rettede Carsten Storbjerg Skaarup igen spørgsmål om rentebetalingerne på swapaftalen. Som **bilag E** fremlægges brev af 7. januar 2014 fra Jyske Bank til Carsten Storbjerg Skaarup.

3.5 Aftaledokumenter

Som sagens bilag 1 er fremlagt Jyske Banks bekræftelse til Storbjerg Erhverv (dengang AAB Elvagten 1 ApS) på den indgåede renteswapaftale. Af side 2 af bekræftelsen fremgår det, at kunden (Storbjerg Erhverv) betaler en fast rente 5,32%, og at hovedstolen var DKK 4.328.000. Det fremgår videre af ordrebekræftelsen, at Jyske Bank betaler den variable rente af DKK 4.328.000, samt at slutdatoen var den 29. december 2028.

Det fremgår af den efterfølgende tabel på side 2-5, at hovedstolen på swapaftalen bliver nedskrevet.

Som bilag 2-4 er fremlagt aftaler om handel med afledte finansielle instrumenter. Bilag 2 var den første aftale om handel med afledte finansielle instrumenter, som blev indgået mellem parterne. Aftalen angiver på side 1 det samlede risikobeløb på kr. 1.650.000, samt angivelsen af grænsen for gul og rød risikogrænse. Den gule risikogrænse var på kr. 396.000, svarende til 24% af det samlede risikobeløb, og den røde risikogrænse var på kr. 643.500, svarende til 39% af det samlede risikobeløb.

På side 2 fremgår det, at de afledte finansielle instrumenter, som aftalen omhandlede, er renteswap. Endvidere fremgår det af side 2, midtfor:

"Det samlede risikobeløb

Det samlede risikobeløb er summen af risikobeløbene for de enkelte risikotyper tillagt det urealiserede nettotab for kunden. Det til enhver tid samlede risikobeløb må ikke overstige modværdien af total 1.650.000 kr.

Det samlede risikobeløb er IKKE udtryk for kundens maksimale tabsrisiko. Kunden hæfter for enhver indgået handel, uanset at maksimum for de enkelte risikorammer og/eller det samlede risikobeløb bliver overskredet. Det samlede risikobeløb kan som følge af kursudviklingen blive væsentligt overskredet. Kunden hæfter for ethvert tab uanset størrelse.

Det samlede risikobeløb og risikorammerne er beregnet ud fra bankens opgørelsesprincipper og forudsætninger. Banken kan uden varsel ændre opgørelsesprincipper og forudsætninger."

Yderligere fremgår det nederst på samme side omkring det urealiserede netto tab ved henholdsvis gul eller rød risikogrænse, at:

" Det urealiserede netto tab fremkommer ved, at der hver bankdag beregnes en markedsværdi af hver enkelt handel. Markedsværdien beregnes som den værdi, den enkelte handel kan realiseres til ved handel i markedet under normale markedssænderinger. Hvis værdien er negativ for kunden, er der tale om et urealiseret tab. Hvis værdien af samtlige handlers urealiserede tab og gevinster lagt sammen giver et negativt beløb, er der tale om et urealiseret netto tab."*

Det fremgik således udtrykkeligt af aftalen, at Storbjerg Erhverv kunne risikere at lide betydelige tab, ligesom tabene ikke var begrænset til det i aftalen anførte samlede risikobeløb.

Foruden aftalen om handel med afledte finansielle instrumenter af 10. juli 2008 indgik parterne yderligere 2 aftaler om handel med afledte finansielle instrumenter, henholdsvis den 11. maj 2009, jf. bilag 3, og den 28. oktober 2010, jf. bilag 4.

Som det fremgår af bilag 3 var det samlede risikobeløb ændret fra kr. 1.650.000 til kr. 1.800.000, ligesom henholdsvis gul og rød risikogrænse var ændret fra kr. 396.000 til kr. 756.000 for den gule risikogrænse, og for den røde risikogrænse var den ændret fra kr. 643.500 til kr. 1.008.000.

Som det fremgår af bilag 4 var det samlede risikobeløb ændret fra kr. 1.800.000 til kr. 2.100.000, ligesom henholdsvis gul og rød risikogrænse var ændret fra kr. 756.000 til kr. 1.197.000 for den gule risikogrænse, og for den røde risikogrænse var den ændret fra kr. 1.008.000 til kr. 1.491.000.

Til opfyldelse af opfordring 1 fremlægges underskrevne dokumenter, sikkerhedsstillelse af 10. juli 2008, **bilag F**, kautionserklæring af 11. maj 2009, **bilag G**, sikkerhedsstillelse af 11. maj 2009, **bilag H** og sikkerhedsstillelse af 30. december 2009, **bilag J**. Endvidere fremlægges uigenkaldelig fuldmagt, transport og håndpanteret i prioriteringsprovenu af 10. juli 2008 som **bilag K**.

Storbjerg Erhverv har som bilag 17 fremlagt 2 rentefølsomhedsberegninger, som ikke ses at vedrøre nærværende sag, idet beregningerne er fra den 16. marts 2007, ligesom hovedstolen ikke stemmer overens med hovedstolen i renteswapaftalen. Storbjerg Erhverv **opfordres**

(opfordring F) til at redegøre for, hvilken relevans rentefølsomhedsberegningerne har for nærværende sag. Alternativt opfordres Storbjerg Erhverv til at lade bilaget udgå.

4 RETSGRUNDLAGET

Det fremhæves indledningsvis, at det er lovgivningen på tidspunktet for ydelsen af rådgivningen og indgåelsen af renteswapaftalen i 2008, som skal danne grundlag for rettens bedømmelse af den ydede rådgivning.

4.1 Bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder

Helt overordnet gøres det gældende, at det såvel i teori som i retspraksis er statueret, at god skik bekendtgørelsen er en offentligretlig forskrift, der ikke i sig selv har civilretlige konsekvenser.

Storbjerg Erhverv har i stævningen (side 8, under punkt 3.1) beskrevet den dagældende god skik bekendtgørelse (bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder).

Helt overordnet bemærkes det, at det såvel i teori som i retspraksis er statueret, at god skik bekendtgørelsen er en offentligretlig forskrift. Det følger af såvel teori som retspraksis, at en offentligretlig forskrift ikke i sig selv har civilretlige konsekvenser.

Det følger af dagældende vejledning nr. 10179 af 12. oktober 2007 til dagældende god skik bekendtgørelse under indledningen, at:

"...

Såfremt en virksomhed ikke overholder bekendtgørelsens regler, kan Finanstilsynet påbyde virksomheden at berigtige de forhold, der strider imod bekendtgørelsens regler, jf. § 38, stk. 1. Undlader virksomheden at efterkomme et påbud, kan den straffes med bøde, jf. § 39.

Derimod vil manglende overholdelse af bekendtgørelsens regler ikke i sig selv have civilretlige konsekvenser. En kunde vil således ikke umiddelbart have et civilretligt krav mod en finansiell virksomhed, der ikke overholder bekendtgørelsens regler. Manglende overholdelse vil dog kunne have afsmittende virkning på visse civilretlige spørgsmål og vil efter omstændighederne kunne indgå i vurderingen af, om en finansiell virksomhed efter dansk rets almindelige erstatningsretlige regler har handlet ansvarspådragende, eller om en aftale helt eller delvist skal ændres eller tilsidesættes efter aftalelovens regler.

..."

Det gøres gældende, at lovgiver i vejledningen udtrykkeligt har taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en overtrædelse af god skik bekendtgørelsen har direkte civilretlige konsekvenser, hvilket retten må følge i sin afgørelse.

Vestre Landsret har tidligere taget stilling til spørgsmålet, idet der henvises til Vestre Landsrets kendelse af 4. februar 2011 (**vedlægges ulittreret**), hvor følgende fremgår af kendelsen:

"Lov om finansiel virksomhed § 48 omfatter efter sin ordlyd alene pengeinstitutter, hvorfor reglen ikke finder anvendelse i nærværende sag. I øvrigt bemærkes, at en manglende overholdelse af Bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder ikke i sig selv har civilretlige konsekvenser....."

Endvidere henvises til advokat Niels Vases artikel i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 2012.145, hvor følgende anføres om sammenhængen mellem offentligretlig regulering og erstatningsansvar:

"1.4. Generelt om sammenhængen mellem offentligretlig regulering og erstatningsansvar

Alle de nævnte regler er offentligretlige og påses overholdt i Danmark af Finanstilsynet. MiFID har derfor ikke direkte betydning for erstatningsansvaret, men der kan – ikke overraskende – i en række sager ses en tydelig påvirkning fra de offentligretlige regler til erstatningsansvaret, hvilket også vil fremgå af en række af de kendelser, der refereres i det følgende.

Generelt gælder ..."

Fra retspraksis henvises til Vestre Landsrets kendelse af 4. februar 2011 (**vedlægges ulittreret**), hvor følgende fremgår af kendelsen:

"Lov om finansiel virksomhed § 48 omfatter efter sin ordlyd alene pengeinstitutter, hvorfor reglen ikke finder anvendelse i nærværende sag. I øvrigt bemærkes, at en manglende overholdelse af Bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder ikke i sig selv har civilretlige konsekvenser....."

Uanset at der er tale om offentligretlig forskrifter uden direkte civilretlig betydning, afvises det ikke – helt generelt – at en overtagelse af god skik bekendtgørelsen kan indgå i culpabedømmelsen. Et ansvar forudsætter dog, at samtlige erstatningsbetingelser er opfyldt, hvilket ikke gør sig gældende i nærværende sag.

Mere specifikt bemærkes det, at den dagældende bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder, ikke finder anvendelse på swaftaler, idet swaftaler betragtes som værdipapirhandel. Det følger af definitionen i dagældende bekendtgørelse nr. 809 af 29. juni 2007 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel § 2, stk. 1, at swaftaler betragtes som værdipapirhandel, jf. lov om finansiel virksomhed, bilag 4, jf. bilag 5.

Ovennævnte bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder finder ikke anvendelse på værdipapirhandel, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 5, hvoraf fremgår:

"Bekendtgørelsen finder ikke anvendelse på værdipapirhandel, jf. § 2, stk. 1, i bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel."

Finansrådets Juridiske Udvalg har i Finansrådets Responsum FR-2/2014 af 5. august 2014 (**vedlægges ulittreret**) haft mulighed for at tage stilling til dette spørgsmål, herunder i forhold til valutaswapforretninger.

Følgende fremgår heraf:

"4. Det fremgik af dagældende bekendtgørelse 2007-10-19 nr. 1222 om god skik for finansielle virksomheder § 10:

"§ 10. En finansiell virksomhed skal give tilstrækkelig information om egne produkter og ydelser, herunder om forskelle i priser og vilkår for alternative produkter, der kan dække kundens behov.

Stk. 2. Hvis der mellem kunderne for en given ydelse er generelle forskelle i fastsættelsen af renter, bidrag eller andet vederlag til den finansielle virksomhed, skal den finansielle virksomhed oplyse en kunde herom, forinden der indgås aftale om levering af ydelsen. På forespørgsel fra kunden skal der oplyses om hvilke forhold hos kunden, der kan være bestemmende for dennes indplacering inden for den givne prisdifferentiering.

Stk. 3. En finansiell virksomhed skal på grundlag af sit generelle markeds-kendskab informere kunden om relevante produkttyper på markedet. Informationen skal dog ikke indeholde oplysninger om konkurrerende produkter eller konkrete priser."

Under henvisning til ovennævnte § 10 bedes oplyst, om det er i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutpraksis at undlade at omtale eller på anden måde henvise til alternative produkter, der kan dække kundens behov, herunder oplyse om andre relevante produkttyper på markedet.

Finansrådets svar:

Indledningsvist skal det præciseres, at bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder ikke finder anvendelse i det omfang, en valutaswapaftale er indgået med investeringsmæssigt formål, jf. bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder § 1, stk. 5 samt bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel § 2, stk. 1.

Det afhænger af den enkelte bankkundes forhold, herunder blandt andet bankkundens investeringsformål og risikoprofil om og hvilke produkter der kan udgøre alternative relevante produkter. Der kan derfor ikke påvises en sædvanlig pengeinstitutpraksis for rådgivning eller henvisning til alternative investeringsprodukter, der kan dække kundens behov.

Hvis retten mod forventning måtte tillægge bekendtgørelse nr. 1222 betydning, gøres det gældende, at det alene er § 3, § 4, stk. 1-3, § 6, stk. 3 og 4, §§ 7-9 og § 10, stk. 2, der finder anvendelse på erhvervsmæssige kundeforhold, som nærværende, jf. § 1, stk. 3 og 4, jf. § 1, stk. 2. Henset til at Pengeinstitutankenævnet har afvist Storbjerg Erhvervs klage som erhvervsmæssig, forekommer det evident at anse Storbjerg Erhvervs kundeforhold med Jyske

Bank som erhvervsmæssigt. Den af Storbjerg Erhverv påberåbte § 10, stk. 1, i stævningen, side 9, finder således ikke anvendelse på nærværende sag.

4.2 Bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel

Som anført ovenfor under punkt 4.1 gøres det tillige i forhold til bekendtgørelsen om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel gældende, at der er tale om en offentligretlig forskrift, samt at det såvel i teori som i retspraksis er statueret, at god skik bekendtgørelsen er en offentligretlig forskrift, der ikke i sig selv har civilretlige konsekvenser.

Det følger af vejledning nr. 9010 af 8. januar 2008 til bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel, der var gældende på tidspunktet for indgåelsen af renteswapaftalen, at:

"Bekendtgørelsen erstatter §§ 19-23 i bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder (god skik-bekendtgørelsen), som vedrører værdipapirhandlere, og som ophæves 1. november 2007. Værdipapirhandel er ikke omfattet af de øvrige regler i god skik-bekendtgørelsen."

Det ovenfor under punkt 4.1 citerede fra vejledningen til god skik bekendtgørelsen finder således tillige anvendelse på investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.

Der henvises til Thue Hagenau "Pengeinstitutternes rådgivningsansvar ved værdipapirhandel", side 75, hvor det anføres:

"Investorbeskyttelsesbekendtgørelsen sanktionerer ikke udtrykkeligt en tilsidesættelse af forskriftens bestemmelser med et erstatningsansvar, men overtrædelser er derimod i nogen grad strafbelagte og tilsynskompetencen er henlagt til Finanstilsynet, som kan påtale overtrædelser og udstede bøder i relation hertil....."

"Den valgte lovkonstruktion indebærer, at reglerne må betragtes som forskrifter for de omfattede virksomhedsgenerelle praksis, og der er derfor ikke tale om forskrifter, som har til formål direkte at regulere for eksempel pengeinstituttets optræden overfor en kunde i en konkret sag."

Yderligere henvises til en utrykt dom fra Københavns Byret i sagen BS 6B-4184/2010 Lars Schou Holding ApS mod Danske Bank A/S (**vedlægges ulittreret**). Sagen drejer sig om Danske Bank A/S i forbindelse med sin rådgivning havde pådraget sig et erstatningsansvar i forbindelse med indgåelse af valuta-, rente-, indeks- og værdipapirforretninger.

Retten bemærker i sine præmisser (dommens side 13):

"Sagsøger har til støtte for sin påstand blandt andet påberåbt sig, at reglerne i bekendtgørelse nr. 1261 af 12. august 2006 om god skik for finansielle virksomheder og den senere bekendtgørelse nr. 809 af 29. juni 2007 om in-

vestorbeskyttelse ved værdipapirhandel ikke er fulgt.

Retten bemærker, at de nævnte bekendtgørelser er offentligretlige regler, og at Finanstilsynet fører tilsyn med, at reglerne overholdes. Finanstilsynet kan give påbud, og overtrædelse af et påbud er sanktioneret med bøde."

Som anført ovenfor under punkt 4.1 afvises det ikke – helt generelt – at en overtagelse af god skik bekendtgørelsen kan indgå i culpabedømmelsen. Et ansvar forudsætter dog, at samtlige erstatningsbetingelser er opfyldt, hvilket ikke gør sig gældende i nærværende sag.

4.3 Tysk retspraksis

Overordnet bestrides det, at den påberåbte tyske dom har betydning for nærværende sag. Den omtalte "CMS Spread Ladder Swap", jf. bilag 15, var en yderst speciel konstruktion, som på ingen måde kan sammenlignes med den renteswapaftale, som er indgået i nærværende sag. I nærværende sag er der tale om en renteswapaftale, som i fagsproget kaldes "plain vanilla" renteswap.

Jyske Bank finder ikke anledning til at behandle den tyske dom nærmere, fordi domstolene i sammenlignelige sager ikke har taget hensyn til tysk ret.

I en verserende renteswapsag ved Vestre Landsret har retten tilkendegivet, at retten ikke vil forholde sig til tyske domme eller andre domme fra udlandet. Jyske Bank har i afsnit 12.1 anmodet om spørgsmål om forældelse udskilles til særskilt behandling i henhold til retsplejeloovens § 253.

Såfremt dette ikke imødekommes, forbeholder Jyske Bank sig at fremkomme med supplerende bemærkninger til udenlandsk ret generelt.

Angående den som bilag 16 påberåbte afgørelse fra Retten i Viborg bemærkes det, at den pågældende afgørelse er anket til Vestre Landsret, som endnu ikke har truffet afgørelse i sagen.

5 DE PÅBERÅBTE MANGLER (1-5)

I forhold til de af Storbjerg Erhverv påståede mangler, kategoriseret under mangel 1-5, gøres det overordnet gældende, at Jyske Bank har udført og ydet en relevant, retvisende og fyldestgørende rådgivning overfor Storbjerg Erhverv.

Det bestrides, at rådgivningen skulle have været mangelfuld, herunder at de af Storbjerg Erhverv anførte mangler (1-5) individuelt eller samlet skulle have haft en bestemmende indflydelse på Storbjerg Erhvervs beslutning om at indgå renteswapaftalen med Jyske Bank.

De enkelte påståede mangler behandles nedenfor.

Mangel nr. 1 – Jyske Bank undlod at oplyse, at markedsværdien på renteswap'en udvikler sig asymmetrisk, hvorved Storbjerg Erhvervs tab i form af negativ markedsværdi ville være væsentlig højere end muligheden for en gevinst ved en renteændring på eksempelvis +/- 1 pct.

Indledningsvis bemærkes det, at Jyske Bank er af den opfattelse, at der på tidspunktet for renteswapaftalernes indgåelse ikke var en forpligtelse eller kutyme for pengeinstitutterne til at rådgive omkring konveksitet. Enhver tidsbegrænset låneaftale indeholder en asymmetrisk udvikling.

Dernæst bemærkes det, at Storbjerg Erhverv via markedsværdiopgørelserne for renteswapaftalen, som nærværende sag omhandler, kunne gøre sig bekendt med rentefald og rentestigningers faktiske påvirkning af markedsværdien. Såfremt denne påvirkning var anderledes, end hvad Storbjerg Erhverv mente at være blevet rådgivet om, måtte Storbjerg Erhverv under alle omstændigheder have reageret på et tidligere tidspunkt.

Der henvises til Finansrådets Juridiske Udvalgs responsum FR-6/2015 af 19. maj 2015 (**vedlægges ulittreret**), der har taget stilling hertil, idet udvalget skulle besvare følgende spørgsmål:

"Spørgsmål 1

Var der i 2006 kutyme for, at en bank rådgav om konveksitet i forbindelse med indgåelse af swaftaler?

Spørgsmål 2

Hvis spørgsmålet besvares bekræftende bedes Responsumudvalget nærmere redegøre for, hvad en sådan kutyme indebar i relation til rådgivningens omfang."

Finansrådets Juridiske Udvalg har besvaret spørgsmålene således:

"Fællessvar for spørgsmål 1, 2 og 3:

Der kan ikke påvises en sædvanlig pengeinstitutpraksis om, at banker rådgav om konveksitet eller om skævhed/asymmetri i markedsværdiudviklingen i forbindelse med indgåelse af swaftaler i 2006.

I relation til spørgsmål 3 bemærkes, at det er uden betydning for svaret, hvorvidt rådgiver var bekendt med markedsværdiudviklingen, da det ikke var muligt at forudse udviklingen af markedsværdien på en renteswap. Ved besvarelsen af dette spørgsmål er det lagt til grund, at det, der ønskes svar på, er, at hvis rådgiveren var bekendt med, at der var forskel på, hvordan markedsværdien ville udvikle sig i tilfælde af et eventuelt fremtidigt rentefald på 1 pct., og på hvordan markedsværdien ville udvikle sig i tilfælde af en eventuel fremtidig rentestigning på 1 pct., ville det så være sædvanlig pengeinstitutpraksis at undlade at oplyse herom i en sag som den foreliggende."

Det kan således lægges til grund, at det ikke var sædvanlig pengeinstitutpraksis at rådgive omkring konveksitet i forbindelse med indgåelse af en renteswapaftale i 2006. Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring G)** til at oplyse, hvorvidt denne vil anerkende, at Finansrådets svar tillige gælder for swapaftaler indgået i 2008, idet Jyske Bank i benægtende fald vil indhente nyt responsa fra Finansrådet herom.

Mangel nr. 2 – Jyske Bank undlod at oplyse om etableringsomkostningerne, idet Storbjerg Erhverv tværtimod blev oplyst om, at aftalen var uden omkostninger.

Den påståede mangel fremstår uklar for Jyske Bank, idet det ikke fremgår, hvad der menes med etableringsomkostninger. Det bemærkes i den forbindelse, at Storbjerg Erhverv ikke har betalt nogen omkostninger for indgåelsen af selve aftalen. Såfremt Storbjerg Erhverv ønsker at fastholde den påberåbte mangel, **opfordres (opfordring H)** Storbjerg Erhverv til at dokumentere, at der er sket betaling af omkostninger i forbindelse med indgåelsen af renteswapaftalen.

Der henvises endvidere til besvarelsen nedenfor under mangel nr. 3 vedrørende Jyske Banks marginal.

Mangel nr. 3 – Jyske Bank undlod at oplyse, at Storbjerg Erhverv skal betale en rentemarginal for hele den normerede løbetid, selv om renteswap'en måtte blive lukket før tid.

Storbjerg Erhverv betaler, som alle andre kunder, der har indgået en renteswapaftale med Jyske Bank, en rentemarginal, der indregnes som en del af den faste rente, og som kapitaliseres ved aftaleindgåelsen. Jyske Bank beregner en marginal af en swapaftale, som indgår i kundens rente og betales løbende i swapaftalens løbetid. Marginalen opgøres allerede ved aftaleindgåelsen og kommer til udtryk ved, at swapaftalens markedsværdi er negativ ved aftalens start. Forskellen udlignes gennem aftalens løbetid, så markedsværdien ender med at være kr. 0,00 ved aftalens udløb. At markedsværdien ender med at være kr. 0,00 ved aftalens udløb fremgår tillige af bilag 13, side 4, højre spalte.

Storbjerg Erhverv har løbende fået tilsendt markedsværdiopgørelser, der fra start viste en negativ markedsværdi på renteswapaftalen.

Det bemærkes tillige, at Finansrådets Juridiske Udvalg i Finansrådets Responsum FR-3/2015 af 17. februar 2015 (**vedlægges ulitreret**) har oplyst, at der ikke kan påvises en sædvanlig pengeinstitutpraksis på spørgsmålet om, hvorvidt det er:

"i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutpraksis, at et pengeinstitut ikke oplyser marginalen (bankkundens omkostninger ved aftalen) til en bankkunde i forbindelse med indgåelse af en fastrenteswapaftale."

Finansrådets Juridiske Udvalg bemærkede i forbindelse med besvarelsen af spørgsmålet, at:

"marginalen ikke er lig med pengeinstituttets indtjening på en given forretning, men blandt andet dækker pengeinstituttets funding, kapitalomkostninger og fortjeneste."

I forlængelse heraf kan det oplyses, at Finansrådets Juridiske Udvalg i samme responsum har besvaret følgende spørgsmål:

"15. Responsumudvalget bedes oplyse, om det i perioden fra september 2007 til december 2009 var i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutpraksis at indregne kreditmarginal i den rente, der blev tilbudt kunden?"

Det bedes desuden oplyst, om det i denne forbindelse var i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutpraksis at rådgive kunden med udgangspunkt i detailrenten og ikke i interbankrenten?"

Finansrådets Juridiske Udvalg besvarede spørgsmålet således:

"Den rente, en kunde betaler, består af en række forskellige komponenter, herunder blandt andet fundingrenten, kapitalomkostninger og en fortjeneste til banken.

Det er i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutpraksis at rådgive kunden i overensstemmelse med den rente, kunden skal betale."

Endelig fremgår det af praksis fra Realkreditankenævnet (sag nr. 21101003 af 8. januar 2014) og Pengeinstitutankenævnet (sagsnr. 134/2014 af 5. november 2014), at manglende oplysning om marginal ikke udgør vildledning eller fortielse af væsentlige informationer.

Det gøres gældende, at der ikke er tale om en mangel, idet Storbjerg Erhverv fuldt ud var eller burde have været bekendt hermed, ligesom den påståede mangel ikke er påberåbt rettidigt overfor Jyske Bank, hvorfor denne er bortfaldet. Det gøres endvidere gældende, at Jyske Bank har rådgivet Storbjerg Erhverv herom.

Mangel nr. 4 – Jyske Bank undlod at oplyse, at markedsværdien fra dag et var negativ.

Som ovenfor under mangel 1 anført, har Storbjerg Erhverv via markedsværdiopgørelserne for renteswapaftalen, som nærværende sag omhandler, kunne gøre sig bekendt med den negative markedsværdi. Såfremt markedsværdien var anderledes end, hvad Storbjerg Erhverv mente at være blevet rådgivet om, måtte Storbjerg Erhverv under alle omstændigheder have reageret på et tidligere tidspunkt.

Det gøres gældende, at der ikke er tale om en mangel, idet Storbjerg Erhverv fuldt ud var eller burde have været bekendt hermed, ligesom den påståede mangel ikke er påberåbt rettidigt overfor Jyske Bank, hvorfor denne er bortfaldet. Det gøres endvidere gældende, at Jyske Bank har rådgivet Storbjerg Erhverv herom.

Mangel nr. 5 – Jyske Bank undlod at oplyse, at der er tale om et komplekst finansielt højrisiko produkt, der under ingen omstændigheder stemmer overens med Storbjerg Erhvervs risikovillighed, der var lavest muligt, idet Storbjerg Erhverv fik den forståelse, at renteswap'en ville skabe økonomisk sikkerhed i form af en fast rente og dermed budgetsikkerhed.

Som nævnt ovenfor på side 6 var det Storbjerg Erhverv magtpåliggende at sikre sig en fast og billig rente. Dette gav sagsøgeren udtryk for på mødet i Jyske Bank den 3. april 2008. Det ses ikke, hvad sagsøger forstår ved "komplekst finansielt højrisikoprodukt" eller om sagsøgeren dermed henviser til konkret definition.

Det bestrides, at Storbjerg Erhverv ikke fuldt ud forstod mekanismerne i renteswapaftalen. Storbjerg Erhverv er endvidere udtrykkeligt gjort opmærksom på risiciene ved indgåelsen af renteswapaftaler, herunder at der var mulighed for at lide betydelige tab, jf. de indgåede aftaler om handel med afledte finansielle produkter.

Det gøres gældende, at der ikke er tale om en mangel, idet Storbjerg Erhverv fuldt ud var eller burde have været bekendt hermed, ligesom den påståede mangel ikke er påberåbt rettidigt overfor Jyske Bank, hvorfor denne er bortfaldet. Det gøres endvidere gældende, at Jyske Bank har rådgivet Storbjerg Erhverv herom.

6 UGYLDIGHED

Jyske Bank har noteret sig, at Storbjerg Erhverv knap 7 år efter indgåelsen af renteswapaftalen gør gældende, at renteswapaftalen er ugyldig i medfør af aftalelovens §§ 30, 31 og/eller 36.

Overordnet gøres det gældende, at mangelfuld rådgivning ikke kan føre til aftalens ugyldighed. Den relevante retsfølge af mangelfuld rådgivning er et spørgsmål om erstatning og om grundbetingelserne herfor er opfyldt – se ovenfor under punkt 4.1 og 4.2.

Det er fast antaget i såvel teori som praksis, at ugyldighedsindsigelser, der som aftalelovens §§ 30 og 31 er svage, skal fremsættes indenfor rimelig tid efter, at den situation, som frembragte ugyldighedsgrunden, er ophørt, ligesom det er fast antaget i teori og praksis, at ugyldighedsindsigelserne kan fortabes ved passivitet eller ved at ratihabere aftalen. Det betyder, at **ugyldighedsindsigelsen skal fremsættes, når der foreligger oplysninger, der giver anledning til en undersøgelse af, om en aftale er indgået på mangelfuldt eller urigtigt grundlag.**

Jyske Bank henviser indledningsvis til afsnit 3.4 ovenfor for Jyske Banks bemærkninger til støtte for, at Storbjerg Erhverv allerede ved **aftaleindgåelsen var bekendt med de forhold,**

hvorpå ugyldighedsindsigelserne støttes, hvorfor der ikke er noget grundlag for at erklære den indgåede renteswapaftale ugyldige.

Jyske Bank gør dernæst overordnet gældende, at ugyldighedsindsigelserne er fortabt ved passivitet, allerede fordi indsigelserne først er fremsat knap 7 år efter indgåelsen af renteswapaftalen, som nærværende sag omhandler, samt at de forhold, som måtte blive påberåbt vedrørende rådgivningen til støtte for ugyldigheden, ligger forud for indgåelsen af renteswapaftalen.

Jyske Bank henviser til dom af 3. juni 2014 fra Københavns Byret i en helt sammenlignelig swapsag, der er fremlagt som bilag 18. Det fremgår af dommen, at en ugyldighedsindsigelse skal fremsættes, når der foreligger oplysninger, der giver anledning til undersøgelse af, om aftalen er indgået på mangelfuldt eller urigtigt grundlag. Vurderingen heraf er dermed den samme som vurderingen ved suspension af forældelse.

Følgende fremhæves fra rettens begrundelse og afgørelse:

"Ugyldighedsindsigelser skal efter teori og praksis fremsættes inden rimelig tid eller uden ugrundet ophold. Det betyder, at indsigelsen skal fremsættes, når der foreligger oplysninger, der giver anledning til undersøgelse af, om aftalen er indgået på mangelfuldt eller urigtigt grundlag. Som anført nedenfor vedrørende forældelse, finder retten, at sagsøgers krav på fordringer på penge eller andre ydelser, er forældede. Af samme grund finder retten, at sagsøger har fortabt retten til at gøre indsigelse om ugyldighed gældende som følge af passivitet, idet retten finder, at der i hvert fald forud for den 11. april 2010 forelå sådanne oplysninger, at sagsøger burde og kunne gøre sin indsigelse gældende. Retten har herved også lagt vægt på, at sagen omfatter et retsforhold, hvor parterne endnu ikke har udvekslet deres ydelser fuldt ud, ligesom retten har lagt vægt på, at sagsøger ikke frit ensidigt selv kan vælge det tidspunkt, man ønsker at opføre sit krav og gøre indsigelse om ugyldighed gældende."

Dommen er anket.

Endvidere henvises til dom af 27. marts 2015 fra Københavns Byret - sag BS 31C-2000/2013 – Henning Veje ctr. Nykredit Bank A/S, ligeledes en swapsag (**vedlægges ulitreret**), hvoraf følgende fremgår af rettens afgørelse og begrundelse:

*"Sagsøgers påstande relaterer sig blandt andet til en indsigelse om ugyldighed. Indsigelser om ugyldighed er ikke omfattet af reglerne om forældelse. Ugyldighedsindsigelser skal fremsættes inden rimelig tid og uden ugrundet ophold. Dette indebærer, at en indsigelse om ugyldighed skal fremsættes, når der foreligger oplysninger, der giver anledning til undersøgelse af, om en aftale er indgået på et mangelfuldt eller urigtigt grundlag. **Ugyldighedsindsigelsen blev først gjort gældende af sager i begyndelse af 2013. De af sagen omfattede aftaler blev alle indgået i 2008. Henset hertil og af tilsvarende grunde, som er anført nedenfor vedrørende forældelse, finder retten, at sagsøger på et tidligere tidspunkt end sket burde have fremsat indsigelsen om ugyldighed. Retten har herved navnlig***

lagt vægt på, at der i en længere periode forud for 2013 for sagsøger forelå de for ugyldighedsindsigelsen relevante oplysninger eller i det mindste sådanne oplysninger, at det var nærliggende at foretage undersøgelser i relation hertil. Ugyldighedsindsigelsen er herefter bortfaldet ved passivitet." (min fremhævning)

Jyske Bank har ikke kendskab til, hvorvidt dommen er anket.

Yderligere henvises der til dom af 18. maj 2015 fra Københavns Byret – sag BS 46D-2826/2014 – Christian Kudsk ctr. Nykredit Bank A/S, der ligeledes vedrørte en swapsag (**vedlægges ulittreret**), hvoraf det følger af dommen, at:

*"Sagsøgers påstande relaterer sig blandt andet til en indsigelse om ugyldighed. Indsigelser om ugyldighed er ikke omfattet af reglerne om forældelse. Ugyldighedsindsigelser skal fremsættes indenfor rimelig tid og uden ugrundet ophold. Det indebærer, at en indsigelse om ugyldighed skal fremsættes, når der foreligger oplysninger, der giver anledning til undersøgelse af, om en aftale er indgået på et mangelfuldt eller urigtigt grundlag. **Ugyldighedsindsigelsen blev først gjort gældende af sagsøger i oktober 2013. De af sagen omfattede aftaler blev indgået i oktober 2007 og september 2008. Under hensyn hertil og af tilsvarende grunde, som er anført nedenfor vedrørende forældelse, finder retten, at sagsøger på et tidligere tidspunkt end sket burde have fremsat indsigelsen om ugyldighed. Retten har herved navnlig lagt vægt på, at der i en længere periode forud for oktober 2013 for sagsøger forelå de for ugyldighedsindsigelsen relevante oplysninger eller i det mindste sådanne oplysninger, at det var nærliggende at foretage undersøgelser i relation hertil. Ugyldighedsindsigelsen er herefter bortfaldet ved passivitet.**" (min fremhævning)*

Jyske Bank har ikke kendskab til, hvorvidt dommen er anket.

I Østre Landsrets dom af 5. januar 2004 har landsretten taget stilling til spørgsmålet om en stærk indsigelse (falsk indsigelse) kan fortabes på grund af passivitet.

Sagen drejer sig om et leasingselskab kunne gøre en aftale gældende, selvom kurator i det selskab, som havde solgt leasingudstyret, havde anmeldt ledelsen for bedrageri og dokumentfalsk.

Landsretten anfører i præmisserne (dommens side 24):

"Det findes ikke fuldt tilstrækkeligt godtgjort, at medarbejdere hos UTAX Danmark A/S har begået dokumentfalsk i forbindelse med indgåelsen af de foreliggende aftaler mellem parterne, hvorfor skolen ikke kan gøre falskindsigelse gældende over for leasingselskabet. Under alle omstændigheder findes skolen at have fortabt sin eventuelle ret hertil ved ikke at reagere på leasingselskabets "velkomstbrev", hvorved der tillige blev fremsendt en kopi af brugsretsaftalen sammen med de almindelige vilkår for leasingaftaler samt opkrævning på det første års ydelse."

Når landsretten således anfører, at: "... Under alle omstændigheder findes skolen at have fortabt sin eventuelle ret hertil..." (min understregning), har landsretten tilkendegivet, at selvom der var tale om en stærk indsigelse (dokumentfalsk), vil indsigelsen være fortabt ved ikke at reagere på leasingselskabets "velkomstbrev". Dommen vedlægges **ulittreret**.

Når en stærk indsigelse kan fortabes på grund af passivitet, kan en indsigelse mod påstået rådgivningsfejl i endnu højere grad fortabes på grund af passivitet, i særdeleshed når sagsøgeren ratihabererede renteswapaftalen ved løbende betalinger, jf. nedenfor.

Yderligere henvises til U.2000.577/2H. Under denne sag gjorde en forbruger gældende, at en aftale, indgået med en bank, skulle tilsidesættes som ugyldig, idet aftalen var indgået i strid med forbrugeraftaleloven.

Sagsøger, der fik bevilget lån i Sparbank Vest A/S, blev aktionær i et investeringsselskab i august/september 1992.

Højesteret anfører følgende i præmisserne:

"Af de grunde, der er anført af landsretten, tiltræder Højesteret, at appellanterne er anset som forbrugere, men at kreditaftalelovens § 33, stk. 3, om kapitalaftaler om opnåelse af en tjenesteydelse ikke finder anvendelse. Højesteret tiltræder endvidere, at appellanternes aftaler med Sparbank Vest er indgået i strid med forbrugeraftalelovens § 2 om dørsalg. Appellanterne gjorde imidlertid først den 26. februar 1993 gældende, at salget af projekterne var sket i strid med forbrugeraftaleloven. De har herved udvist en sådan passivitet, at de er afskåret fra at påberåbe sig, at de ikke er bundet af aftalerne."

Heraf kan konkluderes, at Højesteret i en situation, hvor en bank har overtrådt forbrugerlovgivningen, har lagt til grund, at en indsigelse om ugyldighed er fortabt ved passivitet.

I dommen refereret i U.2006.2728V kom landretten til det resultat, at en forbruger havde fortabt retten til at påberåbe sig ugyldighed til trods for en overtrædelse af forbuddet i forbrugeraftaleloven. I landsrettens præmisser anføres følgende:

"... og anbringendet om, at tegningsaftalen er ugyldig som følge af overtrædelse af den dagældende forbrugeraftalelovs § 2, stk. 1, ses først fremsat i processkrift af 13. juli 2004. Under disse omstændigheder har A mistet muligheden for at påberåbe sig ugyldig efter forbrugeraftalelovens § 3."

Det gøres tillige gældende, at Storbjerg Erhverv har ratihaberet renteswapaftalen, og dermed givet afkald på at påberåbe sig renteswapaftalens ugyldighed ved løbende gennem hele peri-

uden at have betalt renteydelserne i henhold til renteswapaftalen uden nogen form for protest eller forbehold i forbindelse med betalingen.

Ovenstående understøttes af afgørelserne U.1963.214/1V, U.2002.1116Ø, U.2006.2728V og U.2007.2227H, som alle fandt, at ugyldighedsindsigelserne var bortfaldet.

I forhold til ugyldighedsindsigelserne efter aftalelovens §§ 30 og/eller 31 gøres det tillige gældende, at der ikke er det fornødne grundlag for at bringe de påberåbte bestemmelser i anvendelse, idet disse forudsætter, at Jyske Bank har været i ond tro, hvilket bestrides.

6.1 Indenfor rimelig tid

Som ovenfor anført følger det af såvel teori som praksis, at ugyldighedsindsigelserne skal påberåbes og gøres gældende over for den anden part inden rimelig tid eller uden ugrundet ophold. Dette betyder, at indsigelsen skal fremsættes, når der foreligger oplysninger, der giver anledning til undersøgelse af, om en aftale er indgået på et mangelfuldt grundlag. Som anført ovenfor er det Jyske Banks opfattelse, at Storbjerg Erhverv fuldt ud var bekendt med samtlige de påberåbte forhold omkring renteswapaftalen på tidspunktet for dens indgåelse.

Såfremt retten mod forventning finder, at Storbjerg Erhverv ikke var bekendt med de påberåbte forhold på tidspunktet for indgåelsen af renteswapaftalen, skal retten tage stilling til, hvornår Storbjerg Erhverv blev bekendt med de pågældende forhold, samt om Storbjerg Erhverv da har gjort ugyldighedsindsigelserne gældende rettidigt.

Storbjerg Erhverv har på side 34 i stævningen henvist til, at der er en direkte kobling mellem forældelseslovens suspensionsregler og reglerne om reklamation vedrørende ugyldige aftaler. Jyske Bank kan i den forbindelse tilslutte sig denne opfattelse (kobling), herunder at det er de samme parametre, som vurderes, dels i forhold til reglerne i forældelsesloven omkring suspension af begyndelsestidspunktet for forældelsesfristen, og dels i forhold til, om en medkontrahent har fremsat ugyldighedsindsigelser inden rimelig tid eller uden ugrundet ophold efter, at denne blev bekendt med de pågældende forhold.

Til støtte for, at Storbjerg Erhverv ikke har fremsat ugyldighedsindsigelserne rettidigt henvises der til det nedenfor anførte under punkt 7 og 9 omkring forældelse og passivitet, idet samtlige de der anførte forhold og anbringender påberåbes til støtte for, at Storbjerg Erhverv ikke har fremsat ugyldighedsindsigelserne rettidigt overfor Jyske Bank. Der henvises i den forbindelse til de ovenfor refererede afgørelser fra Københavns Byret af 3. juni 2014, 27. marts 2015 og 18. maj 2015.

6.2 Aftalelovens § 30

I forhold til det af Storbjerg Erhverv anførte omkring **aftalelovens § 30 vedrørende svig**, forstår Jyske Bank indsigelsen således, at **Jyske Bank skulle have undladt at oplyse** Storbjerg Erhverv omkring de *negative sider* ved renteswapaftalerne, som er anført under mangel 1-5 i stævningen.

Overordnet bestrides det, at der skulle være **tilbageholdt oplysninger** og udvist svig i forbindelse med **renteswapaftalens indgåelse**, og der henvises i den forbindelse til det ovenfor anførte under afsnit 3.4 omkring Storbjerg Erhvervs viden og erfaring med produktet.

Storbjerg Erhverv bærer bevisbyrden for, at der skulle være udvist svig, hvilken bevisbyrde ikke er løftet, **idet det bestrides**, at der gælder en lempet bevisbyrde.

Jyske Bank har oplyst om alle væsentlige forhold vedrørende renteswapaftalen, ligesom Jyske Bank ikke har undladt at svare på eventuelt fremsatte spørgsmål fra Storbjerg Erhverv.

Det bestrides, at Jyske Bank derved skulle have fortiet oplysninger. Det bestrides tillige, at Jyske Bank vidste eller burde have vidst, at undladelsen af at oplyse de anførte ulemper, kategoriseret under mangel 1-5, skulle have fremkaldt en vildfarelse hos Storbjerg Erhverv om produktets økonomiske struktur og betydning.

Endvidere bestrides det, at Jyske Bank skulle have fortiet oplysningerne med det formål at tilskynde en aftale med Storbjerg Erhverv, hvilket er en forudsætning for, at en viljeserklæring kan bortfalde som følge af svig. Som bekendt var kontakten til Jyske Bank afledt af, at Storbjerg Erhverv ønskede finansiering af byggeriet.

6.3 Aftalelovens § 31

I forhold til det af Storbjerg Erhverv anførte omkring **aftalelovens § 31 vedrørende udnyttelse**, forstår Jyske Bank indsigelsen således, at Jyske Bank skulle have udnyttet Storbjerg Erhvervs manglende indsigt omkring renteswapaftalens økonomiske struktur og betydning henset til, at ordene "manglende indsigt" er understreget i afsnittet.

Det er en betingelse for anvendelsen af aftalelovens § 31, at der består et underlegenhedsforhold mellem parterne, at det er denne position, som bevirker, at løftet bliver afgivet, og at løftemodtageren har udnyttet dette forhold, herunder, at udnyttelsen er utilbørlig.

Overordnet bestrides det, at der **består et underlegenhedsforhold**, og at Jyske Bank skulle have **udnyttet Storbjerg Erhvervs manglende indsigt i** renteswapaftalens økonomiske struktur

og betydning, og der henvises i den forbindelse til det ovenfor anførte under afsnit 3.4 omkring Storbjerg Erhvervs viden og erfaring med produktet.

Dernæst bestrides det, at der er det fornødne grundlag til, at aftalelovens § 31 kan finde anvendelse på nærværende sag, ligesom det bestrides, at Storbjerg Erhverv under ingen omstændigheder ville have tiltrådt renteswapaftalen, såfremt Jyske Bank havde rådgivet og vejledt om de negative sider, som der er kategoriseret under mangel 1-5.

Endeligt bestrides det, at der er et væsentligt misforhold mellem parternes ydelser i henhold til renteswapaftalen.

Såfremt retten mod forventning måtte finde, at aftalelovens § 31 finder anvendelse, gøres det gældende, at anvendelsen skal ske således, at renteswapaftalen fastholdes, men at vilkårene lempes efter rettens skøn.

6.4 Aftalelovens § 36

Overordnet bestrides det, at aftalelovens § 36 finder anvendelse på nærværende sag, idet det samtidig gøres gældende, at swapaftalen ikke indeholder usædvanlige eller urimelige vilkår, samt at det ikke **strider imod redelig handlemåde** eller vil være urimeligt at gøre swapaftalen gældende mod Storbjerg Erhverv.

Ved rettens vurdering af renteswapaftalens rimelighed skal forholdene på tidspunktet for renteswapaftalens indgåelse tages i betragtning.

Storbjerg Erhverv bærer bevisbyrden for, at renteswapaftalen er urimelig og i strid med redelig handlemåde, hvilken bevisbyrde ikke er løftet.

En renteswapaftale er et anerkendt finansieringsinstrument, hvilket såvel Pengeinstituttankenævnet samt domstolene har haft lejlighed til at tage stilling til.

Der henvises til Københavns Byrets dom af 30. januar 2014 vedrørende en renteswapsag, hvor FS Property Finance A/S og FIH Erhvervsbank A/S blev frifundet. Storbjerg Erhverv gjorde blandt andet gældende, at en renteswapaftale var ugyldig, hvilket retten imidlertid ikke fandt, at renteswapaftalen var. Sagen har mange lighedspunkter med nærværende sag, idet dommen behandler en række af de problemstillinger, som Storbjerg Erhverv har gjort gældende under nærværende sag. Dommen (**vedlægges ulittreret**) vil blive medtaget i materialesamlingen, er behandlet under sag BS 39B-2417/2011 – E.H. Immobilien Invest GmbH mod FS Property Finance A/S og sag BS 39B-2418/2011 – Engbirk & Poulsen Immobilien GmbH mod FS Property Finance A/S og sag BS 39B-2419/2011 – Comercio ApS mod FIH Erhvervsbank A/S. Dommen er ikke blevet anket.

Det fremgår af dommen (side 76), at:

"Der er efter en samlet vurdering af låne- og swapaftalernes indhold og FIH Erhvervsbank A/S' oplysninger til sagsøgerne forud for aftaleindgåelsen, set i lyse af de forhold, at der generelt på finansmarkedet var forventninger om rentestigninger i perioden efter aftalernes indgåelse, heller ikke grundlag for at fastslå, at der er et sådan misforhold mellem parternes rettigheder og forpligtelser efter aftalerne, at aftalerne kan anses for ugyldige i medfør af aftalelovens §§ 30, 31, 33 eller 36. Retten har herved også lagt vægt på, at sagsøgerne selv henvendte sig til FIH Erhvervsbank A/S i anledning af risikoen for stigende renter ved låneoptagelse."

Af lovforslaget til ændring af aftaleloven i 1994 (LFF1994-1995.1.27), side 3, fremgår, at der i almindelighed lægges vægt på, hvorvidt den ene part har indtaget en overlegen stilling ved aftalens indgåelse.

"Der kan der f.eks. tages hensyn til, om parten har anvendt en særligt anmassende fremgangsmåde ved aftalens indgåelse – som for eksempel ved visse dørsalg og salg på udflugter, der er arrangeret af sælgeren."

Herudover opstiller lovforslaget på side 4 følgende momenter, som indgår ved bedømmelsen af, om der er tale om en urimelig aftale efter aftalelovens § 36:

- "-om et givet aftalevilkår er usædvanligt inden for vedkommende branche og usædvanligt byrdefuldt,*
- om en erhvervsdrivende behandler en kunde anderledes/dårligere, end den pågældende sædvanligvis behandler sine kunder eller denne bestemte kunde,*
- om en aftale eller et aftalevilkår er i strid med ufravigelig lovgivning,*
- om anvendelsen af det pågældende aftalevilkår er i strid med markedsføringslovens regler,*
- om der i en aftale tillægges den ene part adgang til ensidigt at afgøre, hvorvidt der er indtrådt en omstændighed, som ændrer retsforholdet mellem parterne,*
- om konsekvenserne af misligholdelse i aftalen er fastsat uden rimelig sammenhæng med misligholdelsens omfang og betydning, og*
- om anvendelsen af et aftalevilkår er udtryk for chikane fra den ene parts side."*

Det følger af Gomard, Almindelig Kontraktret, 3. udgave, side 197, at:

"Mange kommercielle aftaler frembyder chancer og risici for parterne, som afhænger af udviklingen i fremtiden, og som er åbenbare og almindeligt kendte i hvert fald i branchen, f.eks. risiko for væsentlige ændringer af priser, valutakurser, rentesatser, modeluner, klimaet etc. Bestemmelsen i aftalelovens § 36 har ikke ændret grundsætningen i bl.a. KBL § 24 og GBL § 7, stk. 3, om, at inflation, rentestigninger eller –fald, devaluering og andre ekstraordinære begivenheder er normale handelsrisici. Udløsningen af en sådan almindelig, kendt, calculated risk bringer i almindelighed ikke kontrakten til ophør, selv om forholdene udvikler sig til åbenbar ugunst for en af parterne."

Gomard anfører desuden, at:

"Kontraktvilkår, som er velbegrundede, kendte af parterne eller sædvanlige, kan i almindelighed ikke tilsidesættes, selvom vilkåret kan være byrdefuldt, jf. U.1988.449H om eksportgaranti."

Såfremt retten mod forventning måtte finde, at aftalelovens § 36 finder anvendelse, gøres det gældende, at anvendelsen skal ske således, at renteswapaftalen fastholdes, men at vilkårene lempes efter rettens skøn.

7 FORÆLDELSE

Jyske Bank gør overordnet gældende, at samtlige krav, som Storbjerg Erhverv gør gældende i nærværende sag, er forældede eller fortabt som følge af manglende reklamation og passivitet.

Det bestrides, som anført i stævningen, side 7, at Storbjerg Erhverv først i 2012 via advokat Søren Narv Petersen blev bekendt med renteswapaftalens struktur og økonomiske betydning, ligesom det bestrides, at Storbjerg Erhverv ved denne lejlighed skulle være blevet opmærksom på, at markedsværdiens værdi var væsentlig mere negativ, end det kunne påregnes på grundlag af rådgivningen og vejledningen fra Jyske Bank.

Der henvises indledningsvis til det ovenfor under afsnit 3.4 anførte omkring Storbjerg Erhvervs kendskab og erfaring med renteswapaftaler.

Som **bilag L** fremlægges årsrapport for 2010/2011, hvoraf det under note 6 vedrørende eventualforpligtelser m.v. (side 17) fremgår, at:

"Der er lavet rente- og valutaswap på 5,32% via Jyske Bank på kr. 995.601 til udløb 29/12 2028."

Det fremgår af årsrapporten (side 4), at regnskabsåret er fra 1. oktober til 30. september.

Som det fremgår af kontoudtoget over realisationskontoen (bilag B), kontoudtog nr. 20, udgjorde den negative markedsværdi kr. 995.601,16 den 30. september 2011 som valørdag, hvorfor det kan lægges til grund, at Storbjerg Erhverv har modtaget og benyttet indholdet af de fremsendte kontoudtog i dennes årsrapport.

Som **bilag M** fremlægges årsrapporten for 2011/2012, hvoraf det under note 5 vedrørende oplysninger om eventualforpligtelser fremgår, at der er lavet rente- og valutaswap via Jyske Bank på kr. 1.198.469 til udløb 29. december 2028 (side 18).

Sammenholdes dette med kontoudtoget over realisationskontoen (bilag B), fremgår det af denne, at markedsværdien var negativ med kr. 1.198.468,80 den 1. oktober 2012.

Som **bilag N** fremlægges årsrapporten for 2012/2013, hvoraf det under note 4 vedrørende oplysninger om eventualforpligtelser fremgår, at der er lavet rente- og valutaswap via Jyske Bank på kr. 939.923 til udløb den 29. december 2028.

Sammenholdes dette med kontoudtoget over realisationskontoen (bilag B), fremgår det af denne, at markedsværdien var negativ med kr. 939.923,17 den 30. september 2013.

Det må bero på en misforståelse fra Storbjerg Erhvervs side, når det i årsrapporten anføres, at der er tale om en rente- og valutaswap, idet der alene er tale om en renteswapaftale.

I årsrapporterne fra indgåelsen af renteswapaftalen og frem til årsrapporten for 2010/2011 har Storbjerg Erhverv undladt at medtage renteswapaftalen i sine årsrapporter, til trods for at den var indgået, ligesom Storbjerg Erhverv løbende betalte rente i henhold til renteswapaftalen.

Storbjerg Erhverv har tillige fra Jyske Bank modtaget underretning om markedsværdien af renteswapaftalerne via de årsopgørelser, som Jyske Bank har fremsendt årligt til Storbjerg Erhverv.

Der fremlægges som **bilag O** årsopgørelse for 2008, hvori markedsværdien af renteswapaftalen er anført til kr. -566.078,77. Som det fremgår af årsopgørelsen for 2009, der fremlægges som **bilag P**, udgjorde markedsværdien for renteswapaftalen kr. -540.110,03 ultimo 2009.

Årsopgørelsen for 2010 fremlægges som **bilag Q**, hvoraf fremgår, at markedsværdien af renteswapaftalen udgjorde kr. -643.749,40 ultimo 2010. Årsopgørelsen for 2011, 2012 og 2013 fremlægges som **bilag R, S og T** og udviser en markedsværdi på henholdsvis -1.076.335,01, -1.195.659 og -870.238.

Foruden årsopgørelserne har Storbjerg Erhverv løbende, siden etableringen af renteswapaftale, modtaget kontoudtog vedrørende bevægelser og udsving i realisationskontoen, der indeholder en løbende opgørelse af den urealiserede markedsværdi af renteswapaftalen, jf. bilag B.

Storbjerg Erhverv har i tillæg hertil siden etableringen af renteswapaftalen i 2008 via Jyske Netbank løbende benyttet sig af netbankens adgang til at følge udsving i markedsværdien af swapforretningerne på realisationskontoen. Som **bilag U** fremlægges log over Storbjerg Erhvervs brug af netbank vedrørende realisationskontoen.

Det kan således lægges til grund, at Storbjerg Erhverv løbende og med korte intervaller – foruden de fremsendte kontoudtog og årsopgørelser – har fulgt udviklingen og bevægelserne i markedsværdien på renteswapaftalen på realisationskontoen.

Jyske Bank har noteret sig, at Storbjerg Erhverv har afgivet bindende proceserklæring om, at den subsidiære, mere subsidiære og mest subsidiære påstand 1 samt påstand 2-3 er omfattet af forældelsesloven. I forhold til den principale påstand 1 er denne efter Storbjerg Erhvervs opfattelse ikke omfattet af forældelsesloven, idet denne bygger på en ugyldighedsindsigelse. Der henvises til det i punkt 6.1, næstsidste afsnit, anførte omkring den direkte kobling mellem forældelseslovens suspensionsregler og reglerne om reklamation vedrørende ugyldige aftaler.

7.1 Forældelsesfristen

I forhold til forældelsesfristen har Storbjerg Erhverv i stævningen, side 24, anført, at forældelsesfristen efter dennes opfattelse er på 10 år, hvilket efter Storbjerg Erhvervs opfattelse skulle bestyrkes af, at renteswappen skulle være solgt som et surrogat til et fastforrentet lån.

Det bestrides, at renteswappen skulle være solgt som et surrogat til et fastforrentet lån, samt at renteswappen skulle være et surrogat til et fastforrentet lån.

Om forældelseslovens § 6, stk. 1, bemærkes det, at denne vedrører pengelån og ubevilgede overtræk på konti i pengeinstitutter og omfatter alene krav på *tilbagebetaling af hovedstolen af pengelån*, samt et pengeinstituts *krav på tilbagebetaling af et ubevilget overtræk på en konto*, jf. bestemmelsens ordlyd.

Nærværende sag omhandler imidlertid ikke forhold, som forældelseslovens § 6, stk. 1, omfatter. Som det fremgår af stævningen, side 3, støtter Storbjerg Erhverv sit krav på et hovedanbringende om, at Jyske Bank er erstatningsansvarlig på grund af mangelfuld rådgivning, idet følgende fremgår af stævningen:

"..., at Jyske Bank har ydet mangelfuld og rådgivning ved ikke at have overholdt en række krav i medfør af lov om finansiel virksomhed, bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder og bekendtgørelse om Investorbeskyttelse ved værdipapirhandel, ligesom Jyske Bank har ydet mangelfuld og ansvarspådragende rådgivning i øvrigt."(parentes udeladt)

Storbjerg Erhvervs krav er således hverken begrundet i eller udspringer af et pengelån eller et ubevilget overtræk, men begrundes i stedet med mangelfuld rådgivning i forbindelse med indgåelse af renteswapaftalen, som nærværende sag omhandler.

For så vidt angår forældelsesfristen i forbindelse med mangelfuld eller ansvarspådragende rådgivning, er det fast antaget i såvel den juridiske litteratur som i praksis, at forældelsesfri-

sten er på 3 år regnet fra rådgivningstidspunktet, og dermed følger hovedreglen i forældelseslovens § 3, stk. 1.

Det er uden betydning, om det påståede tab opstår løbende eller ikke kan opgøres endeligt, idet forældelsesfristen ikke regnes fra, hvornår tabet kan opgøres, men derimod fra *misligholdelsestidspunktet*, jf. forældelseslovens § 2, stk. 3, dvs. rådgivningstidspunktet. Forældelsesfristen i denne sag skal derfor regnes fra tidspunktet for rådgivningen og aftaleindgåelsen den 15. juli 2008.

Selv hvis retten måtte finde, at Storbjerg Erhvervs påståede krav skal kvalificeres under et ansvar udenfor kontrakt, hvilket bestrides, gør Jyske Bank gældende, at beregningen af forældelsesfristen under alle omstændigheder vil føre til det samme resultat. Efter forældelseslovens § 2, stk. 4, skal fristen for erstatningskrav uden for kontraktforhold regnes fra tidspunktet for skadens indtræden. *Skadens indtræden* må i så fald anses for at være tidspunktet, hvor den påståede fejlagtige rådgivning blev ydet. Også i dette tilfælde skal kravet rejses senest 3 år efter, at de relevante forhold, som begrunder kravet, har vist sig.

Det følger af motiverne til forældelsesloven (betænkning BET 1460/2005, side 440, og FT 2006-07, tillæg A, side 5613):

"at ved krav i anledning af fejlagtig rådgivning eller lignende, vil begyndelsestidspunktet normalt være det tidspunkt, da fejlen begås, eller det fejlagtige råd gives." (min understregning)

Bo von Eyben anfører i "Forældelse efter forældelsesloven af 2007", 1. udgave, 2012, side 259-260, at begyndelsestidspunktet for forældelsesfristen er tidspunktet for den ansvarspådragende rådgivning, og ikke det senere tidspunkt, hvor der måtte være realiseret et tab.

Yderligere anfører Bo von Eyben i samme værk, side 700, omkring forældelse af pengeinstitutters rådgivningsansvar, at:

"Forskellen er mindre i tilfælde, hvor erstatningskrav baseret på, at et pengeinstitut har pådraget sig ansvar for udførelsen af en tjenesteydelse, herunder rådgivning af kunden. Sådanne krav omfattedes af 1908-loven (§ 1, stk. 1, nr. 1 e), jf. f.eks. FED 1997.878Ø (...). For disse krav består ændringen således alene i, at forældelsesfristen er blevet forkortet fra 5 til 3 år."

Endelig er det fast antaget ved såvel danske domstole som i Pengeinstitutankenævnet, at erstatningsansvar baseret på rådgivningsansvar forældes efter 3 år regnet fra rådgivningstidspunktet.

Der henvises til Københavns Byrets dom af 18. maj 2015 – sag BS 46D-2826/2014 – Christian Kudsk ctr. Nykredit Bank A/S, der ligeledes vedrørte en swapsag, hvoraf det af rettens begrundelse og afgørelse fremgår, at:

"Erstatningskrav vedrørende rådgivningsansvar forældes tre år efter rådgivningstidspunktet, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1, idet fristen dog suspenderes indtil det tidspunkt, hvor fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab til kravet, jf. § 3, stk. 2."

Dommens konklusion er behandlet under punkt 7.2 nedenfor.

Der henvises yderligere til Københavns Byrets dom af 27. marts 2015 – BS 31C-2000/2013 – mellem Henning Veje og Nykredit Bank A/S, som omhandlede rente- og valutaswapaftaler, hvoraf fremgår af rettens begrundelse og afgørelse, at:

"Erstatningskrav vedrørende rådgivningsansvar forældes tre år efter rådgivningstidspunktet, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1, idet fristen dog suspenderes indtil det tidspunkt, hvor fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab til kravet, jf. § 3, stk. 2."

Dommens konklusion er behandlet under punkt 7.2 nedenfor.

Endvidere henvises der til den som bilag 18 fremlagte afgørelse fra Københavns Byrets af 3. juni 2014, som omhandlede renteswapaftaler, hvoraf fremgår af rettens begrundelse og afgørelse, at:

*"Forældelse
Fordringer på penge eller andre ydelser forældes efter 3 år, jf. forældelseslovens 3, stk. 1. Forældelsesfristen suspenderes dog efter forældelseslovens § 3, stk. 2, indtil det tidspunkt, hvor fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab til kravet.
Retten lægger..."*

Dommen er anket til Østre Landsret.

Dommens konklusion er behandlet under punkt 7.2 nedenfor.

Endvidere henvises der til Sø- og Handelsrettens dom af 14. august 2014 – H-0036-12 – mellem JH Frederiksberggade 5 ApS og JH Fiolstræde 12 ApS mod Nykredit Bank A/S (**vedlægges ulittreret**), som omhandlede renteswapaftaler, hvoraf fremgår af rettens begrundelse og afgørelse, at:

"Om Nykredits anbringende om forældelse bemærkes indledningsvis, at det er uomtvistet, at de krav, som sagsøgerne i henhold til sagsøgernes påstande har rejst mod Nykredit, er undergivet en 3-årig forældelse i henhold til forældelseslovens § 3, stk. 1."

Dommens konklusion er behandlet under punkt 7.2 nedenfor.

Endvidere henvises der til Københavns Byrets dom af 3. april 2014 – BS 2A-2325/2013 - mellem Jens Peder Lautrup Andersen mod Nykredit Bank A/S (**vedlægges ulittreret**), som omhandlede valutaswapaftaler, hvoraf fremgår af rettens begrundelse og afgørelse, at:

"Erstatningskrav vedrørende rådgivningsansvar forældes tre år efter rådgivningstidspunktet, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1, idet fristen dog suspenderes indtil det tidspunkt, hvor fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab til kravet, jf. § 3, stk. 2."

Dommens konklusion er behandlet under punkt 7.2 nedenfor.

Endelig henvises der til Københavns Byrets dom af 3. april 2014 – BS 3A-4045/2013 - mellem Lone Schmidt og Brian Uglebjerg mod Nykredit Bank A/S (**vedlægges ulittreret**), som omhandlede valutaswapaftaler, hvoraf fremgår af rettens begrundelse og afgørelse, at:

"Forældelsesspørgsmålet i sagen reguleres efter forældelseslovens § 3, stk. 1, hvorefter erstatningskrav baseret på rådgiveransvar forældes efter tre år regnet fra rådgivningstidspunktet, idet forældelsesfristen dog suspenderes indtil det tidspunkt, hvor fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab til kravet, jf. herved lovens § 3, stk. 2."

Dommens konklusion er behandlet under punkt 7.2 nedenfor.

Ovenstående afgørelser støttes tillige af U.2015.1465, hvor et krav mod en advokat, som følge af dennes rådgivning, tillige blev anset som forældet.

Slutteligt er det fast antaget i Pengeinstitutankenævnet, at erstatningskrav baseret på rådgivningsansvar forældes efter 3 år regnet fra rådgivningstidspunktet. Se hertil eksempelvis afgørelserne 396/2013, 379/2013, 211/2013, 181/2013 og 545/2012.

Henset til at forældelsesfristen således er 3 år fra tidspunktet for rådgivningen at regne, var Storbjerg Erhvervs krav forældet i 2011, og under alle omstændigheder forud for stævningens indlevering til retten.

7.2 Suspension af forældelsesfristen

Det følger af forældelseslovens § 3, stk. 2, at forældelsesfristen først regnes fra den dag, da fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab til kravet.

Jyske Bank gør gældende, at Storbjerg Erhverv havde eller burde have haft kendskab til det påståede krav samt grundlaget herfor, hvorved kravet var forældet på tidspunktet for indlevering af stævning til Retten i Viborg den 18. juni 2015.

Dette støttes på følgende forhold:

- Storbjerg Erhverv er i forbindelse med indgåelsen af swapaftalen på behørig vis blevet vejledt og rådgivet omkring indholdet af en swapaftale, samt hvilke økonomiske konsekvenser det kan have at indgå en sådan aftale, herunder hvordan markedsværdien beregnes,
- Storbjerg Erhverv har løbende via netbank fulgt udviklingen i realisationskontoen, og dermed haft kendskab til markedsværdien af den renteswapaftale, som nærværende sag omhandler,
- Storbjerg Erhverv har løbende modtaget kontoudtog over realisationskontoen, hvorved denne har kunnet følge udviklingen i markedsværdien,
- Storbjerg Erhverv indgik efter den første aftale om handel med afledte finansielle instrumenter yderligere 2 aftaler om handel med afledte finansielle instrumenter, hvorved risikobeløbene og risikogrænserne var ændret i forhold til den første aftale,
- Storbjerg Erhverv har stillet yderligere sikkerhed til Jyske Bank som følge af udviklingen i den negative markedsværdi,
- Storbjerg Erhverv har årligt modtaget årsoppgørelser fra Jyske Bank, hvoraf markedsværdien af renteswapaftalen fremgår,
- Storbjerg Erhverv har medtaget renteswapaftalen, som nærværende sag omhandler i sine årsrapporter for 2010/2011, 2011/2012 og 2012/2013, hvilket har nødvendiggjort en stillingtagen til, hvilken markedsværdi renteswapaftalen skulle medtages til, ligesom Storbjerg Erhverv har undladt swapaftalen fra de foregående års årsrapporter til trods for, at den var gældende,
- På baggrund af ovennævnte forhold – individuelt og i hvert fald samlet - havde eller burde Storbjerg Erhverv have haft kendskab til det påståede rådgivningsansvar, som følge af den påståede mangelfulde rådgivning, som Storbjerg Erhverv nu påberåber sig i stævningen.

Storbjerg Erhverv har i stævningen, side 7, anført, at Storbjerg Erhverv første gang skulle have fattet mistanke om, at markedsværdiens udvikling og betydning muligvis ikke var i overensstemmelse med den af Jyske Bank ydede rådgivning.

Der foreligger en række afgørelser fra danske domstole samt fra Pengeinstitutankenævnet, hvorved det er lagt til grund, at tilsvarende krav om swapaftaler er forældede, da klageren

havde eller burde have haft tilstrækkeligt kendskab til konsekvenserne af pengeinstituttets rådgivning til at rejse et eventuelt krav på et tidligere tidspunkt.

I den ovenfor refererede afgørelse mellem Christian Kudsk og Nykredit fandt retten blandt andet som følge af de opgørelser, som Christian Kudsk modtog over markedsværdien af swaftalerne, at kravet var forældet, idet Christian Kudsk havde det fornødne grundlag til at rejse et krav mod Nykredit på et tidligere tidspunkt.

Tilsvarende fandt retten i den ovenfor refererede afgørelse mellem Henning Veje og Nykredit blandt andet som følge af de opgørelser, som Henning Veje modtog over markedsværdien på swaftalerne, at kravet var forældet, idet Henning Veje havde det fornødne grundlag til at rejse et krav mod Nykredit på et tidligere tidspunkt.

Tilsvarende fandt retten i den ovenfor refererede afgørelse (bilag 18) mellem A/B Trylleskovparken og Nykredit, at kravet mod Nykredit var forældet, da A/B Trylleskovparken tidligere havde indgået swaftaler, samt da A/B Trylleskovparkens administrationsselskab havde modtaget årlige opgørelser indeholdende den negative markedsværdi.

Ovennævnte understøttes af afgørelsen i den ovenfor refererede sag mellem Jens Peder Lautrup Andersen og Nykredit, hvor retten ligeledes fandt, at kravet mod Nykredit var forældet, da Jens Peder Lautrup Andersen havde modtaget opgørelser over den negative markedsværdi, ligesom denne havde fået forhøjet sikringskontoens beløbsgrænser.

På lignende baggrund fandt retterne i de ovenfor refererede afgørelser mellem 1) Lone Schmidt og Brian Uglebjerg mod Nykredit og 2) mellem JH Frederiksberggade 5 ApS og JH Fiolstræde 12 ApS mod Nykredit, at kravet var forældet, da modparterne mere end 3 år før stævningens udtagelse var bekendt med de påberåbte forhold.

I afgørelsen 396/2013 fandt Pengeinstitutankenævnet, at klagerens krav var forældet, da klageren løbende havde modtaget månedlige opgørelser siden september 2008 over renteswappens udvikling, men først indgav klagen til Pengeinstitutankenævnet i 2013.

I afgørelsen 379/2013 fandt Pengeinstitutankenævnet, at klagerens krav var forældet, da klageren havde medtaget den negative markedsværdi i regnskabet for 2008/2009, men først indgav klage til Pengeinstitutankenævnet i 2013.

I afgørelsen 211/2013 fandt Pengeinstitutankenævnet, at klagerens krav var forældet, da klageren løbende fik tilsendt markedsværdiopgørelser, samt da den negative markedsværdi var medregnet ved opgørelsen af andelsværdien i årsrapporten for 2009, men først indgav klage til Pengeinstitutankenævnet i 2013.

I afgørelsen 172/2012 fandt Pengeinstitutankenævnet, at klagerens krav var forældet, da klageren løbende havde modtaget månedlige opgørelser over renteswappens udvikling, hvoraf fremgik, at markedsværdien var negativ siden efteråret 2008, men først indgav klagen til Pengeinstitutankenævnet i 2012.

Der henvises endvidere til afgørelserne 172/2012, 315/2012, 386/2012 og 544/2012, hvor Pengeinstitutankenævnet tilsvarende nåede frem til, at klagerens påståede krav om mangelfuld rådgivning i forbindelse med renteswapaftaler var forældede.

Pengeinstitutankenævnet har senest ved 3 afgørelser af 5. november 2014 (afgørelserne 384/2013, 122/2014 og 134/2014) bekræftet sin hidtidige praksis, hvorefter et eventuelt rådgivningsansvar i forbindelse med indgåelse af renteswapaftaler forældes efter 3 år fra det tidspunkt, hvor klageren var eller burde være bekendt med konsekvenserne af bankernes rådgivning. I alle 3 sager fandt Pengeinstitutankenævnet, at erstatningskravene var forældet forud for indgivelsen af klage til Pengeinstitutankenævnet, da klagerne mere end 3 år før indgivelsen af klagerne til Pengeinstitutankenævnet var eller burde have været bekendt med de forhold, som erstatningskravene støttedes på.

Det er således fast antaget, at krav er forældet, når klageren fuldt ud har været eller burde have været bekendt med de forhold, som kravet begrundes med, på grund af de oplysninger, som klageren har modtaget fra pengeinstitutterne i perioden efter swapaftalernes indgåelse.

På tilsvarende vis er Storbjerg Erhvervs påståede krav mod Jyske Bank forældet, idet Storbjerg Erhverv fuldt ud var eller burde have været bekendt med de forhold, som denne støtter kravet på, i umiddelbar forlængelse af renteswapaftalens indgåelse.

Jyske Bank bestrider, at Storbjerg Erhverv befandt sig i en retsvildfarelse, som kan begrunde en suspension af forældelsesfristens begyndelsestidspunkt. En sådan situation kan alene opstå, når der er ydet rådgivning om juridiske forhold/retlige spørgsmål. Storbjerg Erhvervs krav mod Jyske Bank støttes imidlertid **ikke på en retsvildfarelse**, men derimod på et påstået ukendskab til de faktiske forhold vedrørende swapaftalerne, jf. de af Storbjerg Erhverv anførte mangler 1-5.

I forhold til bevisbyrden bestrider Jyske Bank, at der skulle gælde en omvendt bevisbyrde. Det er den påståede fordringshaver, dvs. Storbjerg Erhverv, som har bevisbyrden for, at betingelserne for suspension er opfyldt. **Denne bevisbyrde er ikke løftet af Storbjerg Erhverv.**

Vedrørende Storbjerg Erhvervs indbringelse af kravet for Pengeinstitutankenævnet ved klage af 24. oktober 2013, jf. bilag 22, og efterfølgende klage af 25. november 2013 over Pengeinstitutankenævnets forhåndsafvisning, jf. bilag 24, **bestrides det, at denne klage til Pengeinstitutankenævnet skulle medføre en foreløbig afbrydelse af forældelsen, jf. forældelseslovens**

§ 21, stk. 3, i og med, at Pengeinstitutankenævnet ikke har realitetsbehandlet klagen, men afvist denne, da klager fra erhvervsdrivende falder udenfor Pengeinstitutankenævnets kompetencer, jf. Pengeinstitutankenævnets vedtægter § 2, stk. 3.

Det gøres tillige gældende, at det måtte have været åbenbart for Storbjerg Erhverv, at Pengeinstitutankenævnet ikke kunne have realitetsbehandlet klagen, jf. Pengeinstitutankenævnets vedtægter samt tidligere praksis fra Pengeinstitutankenævnet, hvorfor indbringelsen af klagen for Pengeinstitutankenævnet ikke medførte en foreløbig afbrydelse af forældelsen, jf. forældelseslovens § 20, stk. 2, nr. 1.

Klagen til Pengeinstitutankenævnet er indgivet af Storbjerg Erhvervs daværende advokat, advokat Søren Narv Pedersen, hvorfor det må lægges til grund, at i hvert fald denne vidste eller burde have vidst, jf. dennes professionsnorm, at Pengeinstitutankenævnet ikke behandler sager for erhvervsdrivende, jf. vedtægterne for Pengeinstitutankenævnet. Det gøres i forlængelse heraf gældende, at Storbjerg Erhverv skal identificeres med dennes rådgiver.

Såfremt retten mod forventning måtte nå frem til, at der er sket en foreløbig afbrydelse af forældelsesfristen ved Storbjerg Erhvervs klage til Pengeinstitutankenævnet, da gøres det desuagtet gældende, at der er indtrådt forældelse forud for klagens indbringelse.

Storbjerg Erhverv har i stævningen, side 25, gjort gældende, at forældelsesfristen i medfør af suspensionsbestemmelsen i § 3, stk. 2, var suspenderet frem til henvendelsen til advokat Søren Narv Pedersen, eller i hvert fald frem til tilpasningen af remmen for finansielle instrumenter den 28. oktober 2010. Ud fra formuleringen må dette anbringende tages som udtryk for, at Storbjerg Erhverv ved aftalen om handel med afledte finansielle instrumenter af 28. oktober 2010 fik eller burde have fået kendskab til de forhold, som Storbjerg Erhverv begrundet denne sag med. Storbjerg Erhverv havde dog forinden indgåelsen af aftalen om handel med afledte finansielle instrumenter af 28. oktober 2010 indgået aftale om handel med afledte finansielle instrumenter af 11. maj 2009, hvorfor Storbjerg Erhverv i hvert fald fra dette tidspunkt fik eller burde have fået kendskab til de forhold, som Storbjerg Erhverv begrundet denne sag med.

8 MODREGNING

Storbjerg Erhverv har i stævningen, side 35, anført, at såfremt retten måtte finde, at forældelsesfristen ikke måtte være suspenderet i medfør af forældelseslovens § 3, stk. 2, da kan Storbjerg Erhvervs krav modregnes i Storbjerg Erhvervs tilbagebetalingsforpligtelse i henhold til det underliggende låneforhold og den til enhver tid værende negative markedsværdi, idet Storbjerg Erhverv i medfør af forældelseslovens § 24 er berettiget til at modregne med en forældet fordring.

Indledningsvis bemærkes det, at forældelsesloven alene finder anvendelse på forældede krav. Krav, der er bortfaldet som følge af manglende rettidig reklamation eller passivitet, er derimod ikke omfattet af forældelsesloven og er herefter udelukket fra modregning.

Jyske Bank bestrider, at Storbjerg Erhverv har eller teoretisk kan have lidt et tab, der kan bringes til modregning.

Derudover bestrides det, at betingelserne for at kunne foretage modregning med forældede krav i medfør af forældelsesloven § 24 er opfyldt, hvorfor Storbjerg Erhverv er afskåret fra at foretage modregning med en forældet fordring i Jyske Banks krav.

Det bemærkes i forlængelse heraf, at ingen af Storbjerg Erhvervs påstande hjemler et økonomisk krav, som kan benyttes til modregning på nær påstand 2, som økonomisk dog er indeholdt i påstand 1, jf. ovenfor i afsnit 2. Storbjerg Erhverv har i stævningen gjort gældende og nedlagt påstand om, at den mellem parterne indgåede renteswapaftale er uforbindende og ugyldig ud fra aftalelovens principper, samt at Storbjerg Erhverv er berettiget til at ophæve swapaftalen. Såfremt retten tager en af Storbjerg Erhvervs påstande til følge, vil Jyske Bank ikke have et krav mod Storbjerg Erhverv, som Storbjerg Erhverv kan foretage modregning i, i og med at Jyske Banks krav da vil være ugyldigt eller uforbindende for Storbjerg Erhverv. Omvendt vil Storbjerg Erhverv ikke have et krav mod Jyske Bank (foruden den rente som byttes i henhold til renteswapaftalerne), såfremt Storbjerg Erhverv ikke får medhold i nogen af sine påstande.

Jyske Bank forstår Storbjerg Erhvervs anbringende således, at Storbjerg Erhverv mener, at Storbjerg Erhverv kan modregne Storbjerg Erhvervs påståede krav i eventuelle andre låneforhold, som der måtte være mellem parterne, jf. det i stævningen anførte om, at "... Storbjerg Erhvervs krav kan modregnes i Storbjerg Erhvervs tilbagebetalingsforpligtelse i henhold til det underliggende låneforhold, og den til enhver tid værende negative markedsværdi, idet ...". Jyske Bank bemærker i den sammenhæng, at Jyske Bank ikke har forestået belåningen i henhold til de realkreditlån, som er optaget i ejendommen, hvilket tillige må stå Storbjerg Erhverv klart.

Det er en betingelse for modregning i medfør af forældelseslovens § 24, at der er tale om konnekse fordringer, hvilken betingelse ikke er opfyldt ved modregning i eventuelt øvrige låneforhold, da der herved vil være tale om to selvstændige og uafhængige aftaler. Dertil kommer, at gensidighedsbetingelsen ikke er opfyldt, idet de underliggende realkreditlån ikke er indgået med Jyske Bank, men med tredjemand.

Den indgåede renteswapaftale består fortsat, og er ikke misligholdt af Storbjerg Erhverv. Storbjerg Erhverv har således ikke krav mod Jyske Bank i anledning af renteswapaftalen, og

Jyske Bank har ikke andre krav mod Storbjerg Erhverv i henhold til renteswapaftalen, end de løbende ydelser, som vil variere, og hvis endelige størrelse først kendes på forfaldstidspunktet. Storbjerg Erhverv er således afskåret fra at foretage modregning i fremtidige ydelser, idet de fremtidige ydelser ikke er afviklingsmodne, hvorved modregningsadgangen afskæres.

Det er tillige en betingelse for modregning efter forældelseslovens § 24, at fordringerne på et tidspunkt har stået afviklingsmodne overfor hinanden samtidigt. Denne betingelse er ikke opfyldt i forhold til eventuel modregning mellem et erstatningskrav og de fremtidige ydelser på renteswapaftalen, idet de fremtidige ydelser ikke vil være forfaldne på tidspunktet for et eventuelt modkrav, men løbende vil forfalde til betaling, herunder flere år efter, at de omstændigheder, der måtte begrunde et eventuelt erstatningskrav, har fundet sted.

I forhold til de af Storbjerg Erhverv allerede erlagte ydelser i henhold til renteswapaftalen er disse betalt og dermed ophørt, hvorfor de ikke kan gøres til genstand for modregning på nuværende tidspunkt.

Københavns Byret har ved dom af 3. april 2014 (BS 2A-2325/2013) taget stilling til denne problemstilling, hvor en landmand i 2007 indgik en valutaswap og en renteswap. Efter indgåelsen af swapaftalerne modtog landmanden månedlige opgørelser på markedsværdien på begge swapaftaler, ligesom landmanden løbende fra 2008 til 2010 foretog indbetalinger til sikringskontoen. Under sagen påstod landmanden, at han ikke var blevet rådgivet om, hvad swapaftalerne indebar, samt hvilke risici swapaftalerne indebar. Spørgsmålet omkring forældelse af sagen blev udskilt til særskilt afgørelse, idet landmanden først havde udtaget stævning i 2013. Under den særskilte behandling af forældelsesspørgsmålet gjorde landmanden gældende, at hans erstatningskrav - uanset forældelse - kunne benyttes til modregning i pengeinstituttets krav, da der var tale om konneks modregning, jf. forældelseslovens § 24. Pengeinstituttet bestred, at der kunne ske modregning efter forældelseslovens § 24, da fordringerne ikke var afviklingsmodne samtidig, som er en forudsætning for modregning efter forældelseslovens § 24. Københavns Byret fandt foruden at erstatningskrav vedrørende rådgivningsansvar forældes 3 år efter rådgivningens tidspunkt, at:

"Sagsøger (landmanden) findes gennem de månedlige opgørelser af markedsværdien siden den 1. november 2007, indbetalingerne på sikringskontoen den 3. og 24. oktober 2008 og den 14. januar 2009, samt gennem forhøjelsen af sikringskontoens beløbsgrænse den 1. april 2009 i hvert fald senest på dette tidspunkt at have haft tilstrækkeligt kendskab til de omstændigheder, der begrundede fordringen, jf. forældelseslovens § 3, stk. 2.

Sagsøgers krav findes således at have været forældet ved stævningens indlevering til retten den 28. maj 2013.

Herefter, og da der ikke findes at foreligge modregningsadgang i medfør af forældelseslovens § 24, idet valutaswap og renteswap er to selvstændige og uafhængige aftaler, ligesom valutaswapaftalen allerede er indfriet, hvorimod renteswapaftalen fortsat består, frifindes sagsøgte." (min indsættelse af "(landmanden)")

Jyske Bank har ikke kendskab til, hvorvidt den pågældende afgørelse blev anket til landsretten.

Den ovenfor anførte dom omkring forældelse er fulgt op af Københavns Byret dom af 3. juni 2014 (bilag 29), som omhandler en andelsboligforenings påståede erstatningskrav mod et pengeinstitut som følge af påstået rådgivningsansvar i forbindelse med andelsboligforeningens indgåelse af renteswapaftaler. Renteswapaftalerne blev indgået i 2005 og 2007 for at sikre andelsboligforeningen mod rentestigninger. Under sagen påstod andelsboligforeningen på tilsvarende vis, som landmanden i afgørelsen ovenfor, at andelsboligforeningen ikke var blevet rådgivet om, hvad swapaftalerne indebar, samt hvilke risici der var ved indgåelsen af renteswapaftalerne. Spørgsmålet omkring forældelse af sagen blev ligeledes udskilt til særskilt afgørelse. Under den særskilte behandling af forældelsesspørgsmålet gjorde andelsboligforeningen ligeledes gældende, at deres erstatningskrav - uanset forældelse - kunne benyttes til modregning i pengeinstitutts krav, da der var tale om konneks modregning, jf. forældelseslovens § 24. Pengeinstituttet bestred, at der kunne ske modregning efter forældelseslovens § 24, da fordringerne ikke var afviklingsmodne samtidig, som er en forudsætning for modregning efter forældelseslovens § 24, samt da andelsboligforeningen ikke havde opgjort et krav, som der kunne modregnes med, men i stedet nedlagt påstand om, at renteswapaftalerne var ugyldige. Københavns Byret fandt blandt andet, at:

"Efter forældelseslovens § 24 bevarer en fordringshaver modregningsret over for krav, som udspringer af samme retsforhold, og som er stiftet inden, forældelsen indtrådte.

I det omfang, sagsøger gør sit modkrav gældende på grund af ugyldighed, er der ikke noget krav at modregne med, jf. ovenfor, hvorefter retten har afgjort, at sagsøger har fortabt retten til ugyldighedsindsigelse på grund af passivitet.

I det omfang, sagsøger gør sit modkrav gældende på grund af andre forhold i eller uden for kontrakt, herunder et erstatningsansvar, jf. sagsøgers subsidære påstand, foreligger der ikke i sagen et af sagsøger konkretiseret og opgjort modkrav, ligesom sagsøgte i sagen ikke har fremsat noget betalingskrav, hvori der konkret kan modregnes.

Endvidere lægger retten til grund, hvilket der er enighed mellem parterne om, at sagsøgte ved brev af 13. januar 2013 har meddelt, at man ikke vil afkræve sagsøger sikkerhedsstillelse i aftalens løbetid.

Henset hertil og til usikkerheden om, hvorvidt der er lidt et tab og et evt. tabs størrelse, og til, at det ikke alene tilkommer sagsøger at vælge tidspunktet for en sådan tabsopgørelse, sammenholdt med, at tabet/modkravet ikke er fremsat inden for rimelig tid og fremsat med en anerkendelsespåstand uden tidsangivelse for opgørelse af et eventuelt tab, findes sagsøger ikke under denne sag at kunne påberåbe sig retten til modregning med et forældet krav efter forældelseslovens § 24."

Jyske Bank har ikke kendskab til, hvorvidt den pågældende afgørelse blev anket til landsretten.

De ovenfor anførte afgørelser er fulgt op af afgørelserne fra henholdsvis 27. marts 2015 (BS 31C-2000/2013) mellem Henning Veje og Nykredit Bank og 18. maj 2015 (BS 46D-2826/2014) mellem Christian Kudsk og Nykredit Bank, hvor det ligeledes blev fundet, at der ikke kunne ske modregning. Begge sager omhandlede som ovenfor anført swapaftaler.

I afgørelsen fra 27. marts 2015 mellem Henning Veje og Nykredit Bank fremgår det af rettens begrundelse og afgørelse omkring modregning efter forældelseslovens § 24, at:

"Efter forældelseslovens § 24 bevarer en fordringshaver modregningsret over for krav, som udspringer af samme retsforhold, og som er stiftet inden, forældelsen indtrådte. Gøres et modkrav gældende på grund af ugyldighed, er der ikke noget forældet krav at modregne i, jævnfør det ovenfor anførte vedrørende ugyldighed. Den af sagsøger nedlagte betalingspåstand relaterer sig til renteswapaftalen. Denne aftale er fortsat gældende mellem parterne efter sit fulde indhold, og aftalen er ikke opsagt eller lukket ned. De to valutawapaftaler mellem parterne er udlignet mellem parterne. Sagsøgte har ikke et aktuelt krav på en forøget sikkerhedsstillelse i relation til renteswapaftalen, og sagsøgte har da heller ikke fremsat et sådant krav. Sagsøgte har ikke et aktuelt krav på at få indfriet den negative værdi af renteswappen, idet renteswappen ikke er nedlukket som følge af misligholdelse eller ophævelse. Der er herefter ikke et aktuelt krav mod sagsøger, som denne vil kunne udligne helt eller delvist ved modregning. Henset hertil sammenholdt med det ovenfor anførte om ugyldighed og forældelse, herunder om de faktiske omstændigheder i parternes forhold, og til den usikkerhed om, hvorvidt der i relation til renteswapaftalen er lidt et tab og størrelsen af et eventuelt tab, og til, at dette ikke alene tilkommer sagsøger at vælge det tidspunkt, hvor sådanne opgørelser skal finde sted, findes sagsøger ikke nu og under denne sag at kunne få prøvet sin eventuelle ret til modregning. ..."

I afgørelsen fra 18. maj 2015 mellem Christian Kudsk og Nykredit Bank fremgår det af rettens begrundelse og afgørelse omkring modregning efter forældelseslovens § 24, at:

"Efter forældelsesloven bevarer en fordringshaver modregningsret over for krav, som udspringer af samme retsforhold, og som er stiftet inden, forældelsen indtrådte. Gøres et modkrav gældende på grund af ugyldighed, er der ikke noget forældet krav at modregne i, jævnfør det ovenfor anførte vedrørende ugyldighed. Den af sagsøger nedlagte betalingspåstand relaterer sig til renteswapaftalen. Denne aftale er fortsat gældende mellem parterne efter sit fulde indhold, og aftalen er ikke opsagt eller lukket ned. Valutawapaftalen mellem parterne er udlignet mellem parterne. Sagsøgte har ikke et aktuelt krav på en forøget sikkerhedsstillelse i relation til renteswapaftalen. Sagsøger har derimod meddelt, at man ikke vil stille yderligere krav om sikkerhedsstillelse.

Renten tiltræder endvidere sagsøgtes bemærkninger om, at sagsøger ikke kan modregne i marginalen på renteswapaftalerne. Så længe aftalerne løber, har Christian Kudsk ikke lidt et eventuelt tab med henvisning hertil, idet kreditmarginalen ikke udgør en selvstændig fordring, men derimod er en del af den faste rente på aftalerne.

Sagsøgte har ikke et aktuelt krav på at få indfriet den negative værdi af renteswappen, idet renteswappen ikke er nedlukket som følge af misligholdelse eller ophævelse. Der er herefter ikke et aktuelt krav mod sagsøger, som denne vil kunne udligne helt eller delvist ved modregning. Henset hertil sammenholdt med det ovenfor anførte om ugyldighed og forældelse, herun-

der om de faktiske omstændigheder i parternes forhold, og til den usikkerhed om, hvorvidt der i relation til renteswapaftalen er lidt et tab og størrelsen af et eventuelt tab, og til at det ikke alene tilkommer sagsøger at vælge det tidspunkt, hvor sådanne opgørelser skal finde sted, findes sagsøger ikke nu og under denne sag at kunne få prøvet sin eventuelle ret til modregning.
..."

Endvidere gør Jyske Bank gældende, at der ikke er den fornødne sammenhæng mellem Storbjerg Erhvervs påståede erstatningskrav, som følge af påstået mangelfuld rådgivning, og Jyske Banks krav på de løbende fremtidige betalinger i medfør af renteswapaftalen.

Yderligere er der en begrænsning i adgangen til at modregne efter forældelsesloven § 24, når begge parter har uforældede krav, og modregneren tillige har et forældet krav og tilsvarende i tilfælde, hvor begge parter har forældede krav, og hovedmanden tillige har et uforældet krav, idet resultatet af en samlet opgørelse af parternes mellemværende da vil afhænge af, hvem af parterne der først afgiver modregningserklæring.

Bo von Eyben anfører i Forældelse efter forældelsesloven af 2007, 2012, side 997, at:

"En særlig begrænsning i adgangen til at anvende en forældet fordring til modregning efter § 24 må gøres i tilfælde, hvor begge parter har uforældede krav, og modregneren tillige har et forældet krav, og tilsvarende i tilfælde, hvor begge parter har forældede krav, og hovedmanden tillige har et uforældet krav. Begrundelsen herfor er, at resultatet af dette samlede opgør ellers vil komme til at afhænge af den tilfældige omstændighed, hvem af parterne der først afgav modregningserklæring."

I nærværende sag er situationen den, at begge parter har uforældede krav i henhold til renteswapaftalerne i form af fremtidig udveksling af rentebyttebetalinger, og Storbjerg Erhverv tillige har et påstået erstatningskrav, der er forældet, som denne forsøger at benytte til modregning.

Den anførte begrænsning i modregningsadgangen er tillige fulgt op af afgørelsen U.2010.1384H, hvor det blev fastslået, at konkursboet ikke ved at afgive modregningserklæring først kunne bestemme udfaldet af det samlede opgør, herunder hvilke fordringer der skulle anses for dækket gennem modregning.

9 PASSIVITET OG ACCEPT AF RISIKO

I forlængelse af det ovenfor anførte omkring ugyldighed og forældelse gør Jyske Bank tillige gældende, at der foreligger retsfortabende passivitet fra Storbjerg Erhvervs side, hvorfor ethvert krav – uanset at dette ikke er forældet – er fortabt som følge af passivitet fra Storbjerg Erhvervs side.

Storbjerg Erhverv har haft adskillige muligheder for at reagere overfor Jyske Bank vedrørende den indgåede renteswapaftale siden indgåelsen i 2008, hvis Storbjerg Erhverv var utilfreds med rådgivningen herom. Dette har Storbjerg Erhverv ikke gjort.

Som anført ovenfor under afsnittet omkring ugyldighed, skal der reklameres indenfor rimelig tid, såfremt en medkontrahent vil indgå af dennes indsigelser fortabes som følge af passivitet. Jyske Bank påberåber sig samtlige de anførte omstændigheder og anbringender anført under afsnittet om ugyldighed og forældelse til støtte for, at Storbjerg Erhvervs krav er fortabt som følge af passivitet.

Storbjerg Erhverv har i stævningen, side 38, henvist til fhv. advokat, dr. phil. Jens Ravnkildes artikel omkring passivitet, refereret i U.2012B.437, hvori det anføres det, at:

"Udgangspunktet hedder, at der skal reklameres inden rimelig tid over retsbrud over for såvel godtroende som ondtrøende skyldnere."

Dette er naturligvis et udsagn med muligheder for fortolkning af, hvad udtrykket "rimelig tid" dækker over, hvilket tillige fremgår af den pågældende artikel, som der henvises til. Det anføres i samme afsnit i artiklen, at:

"Den ulovbestemte reklamationspligt har behov for et dybdegående stadium, da der stadig er uafklarede spørgsmål vedrørende fristens begyndelsestidspunkt og længde i forskellige tilfældegrupper. Der er dog ikke tale om en hvid plet på landkortet. Udgangspunktet er, at der skal reklameres inden rimelig tid over retsbrud over for såvel godtroende som ondtrøende skyldnere. Hvad angår rimelighedsbegrebets nærmere indhold kan en række retningslinjer uden tvivl opstilles.

*Herunder, at reklamationsfristen er kort, hvis sagen vedrører et velfærdsanliggende for reklamanten, jf. f.eks. bortvisningssagerne ...[domme undladt]..., **giver reklamanten en spekulationsmulighed**, jf. f.eks. dommene om ugyldighed ved tegning ved kommanditanparter...[dommene undladt]..."(min fremhævning)*

På baggrund af ovennævnte må det lægges til grund, at det er fast antaget i den juridiske litteratur som i praksis, at reklamationsfristen er kort, hvis sagen giver reklamanten en spekulationsmulighed, som tilfældet er med nærværende sag.

Som det fremgår af bilag 21, har Storbjerg Erhverv ved advokat Søren Narv Pedersen først ved e-mail af 26. juni 2013 rettet henvendelse til Jyske Bank vedrørende de påståede mangler, uanset at den pågældende renteswapaftale, som nærværende sag omhandler, blev indgået i juli 2008, ligesom advokat Søren Narv Pedersen har bistået Storbjerg Erhverv siden 2012. Markedsværdien har i den mellemliggende periode haft store udsving, hvorved Storbjerg Erhverv havde mulighed for at spekulere i renteutviklingen og renteutviklingens effekt på renteswappen frem til sagens anlæggelse.

Det gøres gældende, at Storbjerg Erhverv ikke har foretaget tabsbegrænsning ved at indfri renteswapaftalen på et tidspunkt, hvor markedsværdien var væsentlig mindre negativ end ved sagens anlægges.

Det gøres gældende, at Storbjerg Erhverv har fortabt retten til at gøre indsigelser gældende mod renteswapaftalen, jf. reglerne om adfærds- og tolerancefuldmagter henset til, at Storbjerg Erhverv, uanset markedsværdiens udvikling, kontinuerligt har indbetalt beløb i henhold til renteswapaftalen til Jyske Bank uden nogen form for protester eller indsigelser, hvorfor Jyske Bank med rette har haft en forventning om, at der ikke ville blive rejst indsigelser mod renteswapaftalen og grundlaget herfor. Det synes helt urimeligt, at Storbjerg Erhverv kan anlægge sag om rådgivning ydet mange år tidligere, når Storbjerg Erhverv havde mulighed for at reagere overfor rådgivningen på et langt tidligere tidspunkt, og særligt når sagen og kravet alene udspringer af, at Storbjerg Erhvervs forventninger til renten og renteswappen er blevet skuffede som følge af den generelle renteudvikling i samfundet.

Såfremt retten ikke finder, der er grundlag for at statuere retsfortabende passivitet, gøres det gældende, at Storbjerg Erhverv ved deres manglende reaktion har accepteret risikoen ved den indgåede renteswapaftale, hvorefter et eventuelt muligt erstatningskrav må bortfalde.

10 ANBRINGENDER

Til støtte for de nedlagte frifindelsespåstande gøres det overordnet gældende, at Jyske Banks rådgivning ikke har været mangelfuld, hvorfor der hverken er grundlag for ugyldighed eller erstatning, ligesom Storbjerg Erhvervs påståede krav som følge af den påståede mangelfulde rådgivning er forældet eller fortabt som følge af manglende reklamation eller passivitet, hvorfor Jyske Bank vil være at frifinde.

Jyske Bank vil i nærværende svarskrift koncentrere sine anbringender i forhold til spørgsmålet om forældelse samt fortabelse som følge af manglende reklamation eller passivitet, da begge parter ønsker disse forhold udskilt til særskilt behandling, jf. retsplejelovens § 253.

Det overordnede anbringende støttes i første række af følgende anbringender,

- at et rådgivningsansvar er underlagt en 3-årig forældelse, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1. Forældelsesfristens begyndelsestidspunkt er at regne fra tidspunktet, da den fejlagtige rådgivning gives, hvorfor forældelsesfristen vil være at regne senest fra den 15. juli 2008, hvor renteswapaftalen blev indgået, og
- at Storbjerg Erhverv først har udtaget stævning mod Jyske Bank den 18. juni 2015, hvorfor Storbjerg Erhverv alene kan gøre et eventuelt krav gældende

mod Jyske Bank, såfremt Storbjerg Erhverv kan godtgøre, at forældelsesfristens begyndelsestidspunkt har været underlagt reglerne om suspension fra rådgivningen i juli 2008 og frem til den 18. juni 2012. Storbjerg Erhverv bærer bevisbyrden for, at denne først på et senere tidspunkt fik eller burde få kendskab til kravet, hvilken bevisbyrde ikke er løftet på det foreliggende grundlag. Det gøres i forlængelse heraf gældende, at der gælder en ligefrem bevisbyrde.

at det bestrides, at sagsøgers klage for Pengeinstitutankenævnet ved klage af 24. oktober 2013 skulle medføre en foreløbig afbrydelse af forældelsen, jf. forældelseslovens § 21, stk. 3, i og med, at Pengeinstitutankenævnet ikke har realitetsbehandlet klagen, men afvist denne, da klager fra erhvervsdrivende falder udenfor Pengeinstitutankenævnets kompetencer, jf. Pengeinstitutankenævnets vedtægter § 2, stk. 3.

Det gøres tillige gældende, at det måtte have været åbenbart for sagsøger, at Pengeinstitutankenævnet ikke kunne have realitetsbehandlet klagen, jf. Pengeinstitutankenævnets vedtægter samt tidligere praksis fra Pengeinstitutankenævnet. Efter fast ankenævnspraksis kan klager fra anpartsselskaber og aktieselskaber ikke behandles af Pengeinstitutankenævnet, idet sådanne klager ikke opfylder betingelsen i Pengeinstitutankenævnets vedtægter § 2, stk. 2, om at være enten en klage fra en privatkunde eller en klage "som ikke adskiller sig væsentligt fra en klage vedrørende et privat kundeforhold". Indbringelsen af klagen for Pengeinstitutankenævnet medførte derfor ikke en foreløbig afbrydelse af forældelsen, jf. forældelseslovens § 20, stk. 2, nr. 1. Der henvises til Pengeinstitutankenævnets hjemmeside med eksempler på, at sager indgivet af erhvervsdrivende, efter fast praksis er blevet afvist.

Pengeinstitutankenævnet har ved brev af 28. oktober 2013 (bilag 23) afvist at behandle sagen netop med henvisning til, at klager var et anpartsselskab.

Sagsøgers daværende advokat var eller burde være bekendt med, at Pengeinstitutankenævnet efter fast praksis ikke behandler klager fra aktie- og anpartsselskaber.

Såfremt retten mod forventning måtte nå frem til, at der er sket en foreløbig afbrydelse af forældelsesfristen ved sagsøgers klage til Pengeinstitutankenævnet, da gøres det desuagtet gældende, at der er indtrådt forældelse forud for klagens indbringelse.

Det overordnede anbringende støttes i anden række af følgende anbringender,

- at såfremt Storbjerg Erhverv ikke var bekendt med eller burde have været bekendt med risikoen ved renteswapaftalen, senest på tidspunktet for dens indgåelse, gøres det gældende, at Storbjerg Erhverv senest ved henholdsvis årsskiftet 2008/2009 og årsskiftet 2009/2010 har været bekendt med renteswapaftalens markedsværdi, jf. de fremsendte årsopgørelser. Det tilsvarende gør sig gældende ved modtagelsen af de efterfølgende årsopgørelser,
- at Storbjerg Erhverv løbende, siden etableringen af den af nærværende sag omfattede renteswapaftale i 2008, har modtaget kontoudtog vedrørende realisationskontoen, der indeholder en løbende opgørelse af den urealiserede markedsværdi af swapforretningerne,
- at Storbjerg Erhverv i øvrigt via Jyske Netbank løbende og med korte intervaller har fulgt bevægelserne på og udsving i markedsværdien af renteswapaftalen på realisationskontoen,
- at renteswapaftalen tillige fremgår af de af Storbjerg Erhverv aflagte årsrapporter for 2010/2011, 2011/2012 og 2012/2013, samt at markedsværdien samt markedsværdiudviklingen tillige fremgår af disse årsrapporter, hvorfor Storbjerg Erhverv tillige som følge heraf har været fuldt ud bekendt med de faktiske forhold, som denne nu støtter et krav mod Jyske Bank på, ligesom Storbjerg Erhverv har undladt renteswapaftalen i de foregående årsrapporter fra renteswapaftalens indgåelse i 2008,
- at kravet, som følge af de ovenfor angivne forhold, var forældet allerede på tidspunktet for Storbjerg Erhverv udtagelse af stævning den 18. juni 2015,
- at kravet som følge af de ovenfor angivne forhold er fortabt som følge af passivitet samt manglende rettidig reklamation overfor Jyske Bank, ligesom kravet var forældet længe inden Storbjerg Erhvervs udtagelse af stævning den 18. juni 2015,
- at der ikke foreligger det fornødne grundlag til at erklære den indgåede renteswapaftale ugyldig efter aftalelovens § 30, § 31 og/eller § 36, henset til at Storbjerg Erhverv fuldt ud var eller burde være bekendt med de påberåbte forhold ved indgåelsen af renteswapaftalen, og
- at Storbjerg Erhverv bærer bevisbyrden for det af denne anførte om, at Jyske Bank, som påstået af Storbjerg Erhverv, skulle have bragt Storbjerg Erhverv i en faktisk vildfarelse om den økonomiske risiko ved indgåelse af renteswapaftalen, herunder at Jyske Bank ikke har vejledt og rådgivet om markedsværdiens

betydning, herunder betydningen af negativ markedsværdi, hvilken bevisbyrde Storbjerg Erhverv ikke har løftet på det foreliggende grundlag.

I tilknytning til det overordnede anbringende om, at kravet er forældet eller fortabt som følge af passivitet samt manglende rettidig reklamation, gøres det tillige gældende,

- at Storbjerg Erhverv i sin stævning har gjort gældende og nedlagt påstand om, at den mellem parterne indgåede renteswapaftale er uforbindende og ugyldig, jf. aftalelovens principper. Storbjerg Erhverv kan derfor i sagens natur ikke anvende en påstået uforbindende eller ugyldig aftale som grundlag for et modregningskrav,
- at forældelseslovens § 24 allerede som følge heraf ikke kan finde anvendelse i nærværende sag,
- at bestemmelsen i øvrigt ikke finder anvendelse i en situation, hvor begge parter har nærmere bestemte uforældede krav mod hinanden, og hvor modregneren tillige har et påstået krav, der er forældet, jf. Bo von Eyben, Forældelse efter forældelsesloven af 2007, 1. udgave, 2012, side 997-998, samt U.2010.1384H,
- at der i nærværende sag er tale om en renteswapaftale, hvor parterne bytter rentebetalinger på nærmere angivne vilkår. Parterne har i medfør af renteswapaftalen hver især krav mod den anden part i overensstemmelse med aftalen. Jyske Bank har således et uforældet krav mod Storbjerg Erhverv på betaling af fast rente af beløb i overensstemmelse med renteswapaftalen for den fremtidige resterende del af løbetiden, mens Storbjerg Erhverv har et uforældet krav mod Jyske Bank på betaling af variabel rente af beløb i overensstemmelse med renteswapaftalen for den fremtidige resterende del af løbetiden,
- at forældelsesloven § 24 også som følge heraf ikke kan finde anvendelse i sagen, ligesom bestemmelsen i øvrigt ikke kan finde anvendelse i en situation som den foreliggende, og endelig
- at Jyske Bank på tidspunktet for stævningens udtagelse ikke har yderligere krav mod Storbjerg Erhverv som følge af renteswapaftalen, som denne kan foretage modregning i, idet de fremtidige ydelser på renteswapaftalerne ikke kan gøres til genstand for modregning, da hverken kravet om afviklingsmodenhed eller retskraftighed er opfyldt.

Det bestrides,

at der måtte være uklarheder i aftalegrundlaget mellem parterne, som Storbjerg Erhverv ikke fuldt ud var bekendt med, hvorfor der ikke er noget grundlag for at gøre koncipistreglen gældende.

Samtlige øvrige anbringender anført i svarskriftet fastholders overfor det af Storbjerg Erhverv anførte og påberåbte.

11 OPFORDRINGER

11.1 Opfordringer fremsat af Storbjerg Erhverv

I forhold til de af Storbjerg Erhverv fremsatte provokationer i stævningen skal disse besvares som følgende:

Som svar på opfordring 1 *"Jyske Bank opfordres (derudover) til at fremlægge daterede og underskrevne eksemplarer af aftalerne om sikkerhedsstillelse, jf. bilag 6 og 6A, og den uigenkaldelige fuldmagt, transport og håndpanteret i prioritetsprovenu, jf. bilag 7 samt eventuelle yderligere aftaler om sikkerhedsstillelse, fuldmagt, transport og håndpanteret, der er indgået mellem sagens parter"* henvises til bilagene F - K.

Som svar på opfordring 2 *"Jyske Bank opfordres til at fremlægge kundeprofil for Storbjerg Erhverv udarbejdet forud for swapaftalens indgåelse"* kan det oplyses, at Lars Aqvist under møde med Storbjerg Erhverv foretog undersøgelse af og indhentede oplysninger omkring Storbjerg Erhverv til brug for vurderingen af, hvorvidt swapaftalen var et egnet produkt til Storbjerg Erhverv. Lars Aqvist vil – såfremt spørgsmålet om fortabelse ikke udskilles til særskilt behandling – afgive forklaring herom under hovedforhandlingen.

Som svar på opfordring 3 *"Jyske Bank opfordres til at fremlægge præsentationsmaterialet fra den 10. juli 2008 samt bekræfte, at markedsværdien ved renteændringer udvikler sig asymmetrisk/skævt til økonomisk skade for Storbjerg erhverv"* henvises til det ovenfor under punkt 3.4 anførte.

Derudover bemærkes det, at Jyske Bank er af den opfattelse, at der på tidspunktet for rente-swapaftalens indgåelse ikke var en forpligtelse eller kutyme for pengeinstitutterne til at rådgive omkring konveksitet. En renteswapaftale indeholder på samme måde, som en tidsbegrænset låneaftale, en asymmetrisk udvikling.

Finansrådets Juridiske Udvalg har i Responsum FR-6/2015 af 19. maj 2015 taget stilling til, hvorvidt det var sædvanlig pengeinstitutpraksis at rådgive omkring konveksitet i 2006 i forbindelse med indgåelse af swapaftaler, idet følgende spørgsmål er besvaret:

"Spørgsmål 1

Var der i 2006 kutyme for, at en bank rådgav om konveksitet i forbindelse med indgåelse af swapaftaler?

Spørgsmål 2

Hvis spørgsmålet besvares bekræftende bedes Responsumudvalget nærmere redegøre for, hvad en sådan kutyme indebar i relation til rådgivningens omfang."

Finansrådets svar:

"Fællessvar for spørgsmål 1, 2 og 3:

Der kan ikke påvises en sædvanlig pengeinstitutpraksis om, at banker rådgav om konveksitet eller om skævhed/asymmetri i markedsværdiudviklingen i forbindelse med indgåelse af swapaftaler i 2006.

I relation til spørgsmål 3 bemærkes, at det er uden betydning for svaret, hvorvidt rådgiver var bekendt med markedsværdiudviklingen, da det ikke var muligt at forudse udviklingen af markedsværdien på en renteswap. Ved besvarelsen af dette spørgsmål er det lagt til grund, at det, der ønskes svar på, er, at hvis rådgiveren var bekendt med, at der var forskel på, hvordan markedsværdien ville udvikle sig i tilfælde af et eventuelt fremtidigt rentefald på 1 pct., og på hvordan markedsværdien ville udvikle sig i tilfælde af en eventuel fremtidig rentestigning på 1 pct., ville det så være sædvanlig pengeinstitutpraksis at undlade at oplyse herom i en sag som den foreliggende."

Det kan således lægges til grund, at Jyske Bank ikke har rådgivet i strid med sædvanlig pengeinstitutpraksis ved ikke at have rådgivet om konveksitet i forbindelse med indgåelsen af renteswapaftalerne. Som følge heraf vil Jyske Bank ikke opfylde provokationen i forhold til en be- eller afkræftelse heraf, da den ikke ses at have relevans for nærværende sag.

Som svar på opfordring 4 *"Jyske Bank opfordres til at bekræfte, at Jyske Bank på rådgivningstidspunktet var bekendt med, at markedsværdien udviklede sig asymmetrisk"* henvises der til besvarelsen ovenfor vedrørende opfordring 3.

Som svar på opfordring 5 *"Jyske Bank opfordres til at fremlægge en rentefølsomhedsanalyse, der viser markedsværdiens udvikling ved renteændringer ved +/- ½% - intervaller på op til en samlet renteændring på +/- 3%, idet Jyske Bank samtidig anmodes om at medtage markedsværdien på tidspunktet for aftalens handelsdato"* henvises der til besvarelsen overfor vedrørende opfordring 3.

Som svar på opfordring 6 *"Jyske Bank opfordres til at bekræfte, at der ikke blev udarbejdet rentefølsomhedsanalyse forud for renteswapaftalernes indgåelse"*, bemærkes, at Jyske Bank

ikke længere er i besiddelse af materialet og derfor hverken kan bekræfte eller afkræfte dette.

Som svar på opfordring 7 *"Jyske Bank opfordres til at fremlægge risikobeskrivelse for den indgåede renteswap"* kan det oplyses, at Storbjerg Erhverv via rådgivningen fra Jyske Bank blev underrettet omkring risiciene forbundet med swapaftalen.

Som svar på opfordring 8 *"Jyske Bank opfordres til i kr./øre at oplyse størrelsen af formidlingshonoraret"* kan det oplyses, at der ikke er udbetalt formidlingshonorar, ligesom der ikke er sket nogen formidling i forbindelse med renteswapaftalens indgåelse.

Som svar på opfordring 9 *"Jyske Bank opfordres til at oplyse, om bankens medarbejdere måtte have modtaget bonus, eller del i afdelingsbonus, i forbindelse med indgåelse af rente- og valutaswapaftalerne"* bemærkes det indledningsvis, at der alene er tale om en enkelt renteswapaftale.

Derudover kan det oplyses, at der ikke er sket betaling af nogen form for bonus på baggrund af den indgåede renteswapaftale.

Som svar på opfordring 10 *"Jyske Bank opfordres til i kr./øre, at oplyse Storbjerg Erhvervs etableringsomkostninger i forbindelse med indgåelsen af renteaftalen, herunder beregningsprincipperne for omkostningsberegningen"* forekommer provokationen uklar for Jyske Bank, idet det ikke af spørgsmålet fremgår, hvad der menes med etableringsomkostninger.

Storbjerg Erhverv betaler, som alle andre kunder, der har indgået en renteswapaftale med Jyske Bank, en rentemarginal. Storbjerg Erhverv har dog ikke betalt et beløb til Jyske Bank for selve etableringen/indgåelsen af de enkelte renteswapaftaler. Såfremt Storbjerg Erhverv mener at have betalt etableringsomkostninger til Jyske Bank i forbindelse med indgåelsen af renteswapaftalen, **opfordres (opfordring I)** Storbjerg Erhverv til at dokumentere dette. Såfremt Storbjerg Erhverv undlader at opfylde provokationen eller undlader at fremlægge dokumentation for, at der skulle være sket betaling af etableringsomkostninger, anses Storbjerg Erhvervs provokation 10 som frafaldet.

Det bemærkes tillige, at Finansrådets Juridiske Udvalg i Finansrådets Responsum FR-3/2015 af 17. februar 2015 har oplyst, at der ikke kan påvises en sædvanlig pengeinstitutpraksis på spørgsmålet om, hvorvidt det er *"i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutspraksis, at et pengeinstitut ikke oplyser marginalen (bankkundens omkostninger ved aftalen) til en bankkunde i forbindelse med indgåelse af en fastrenteswapaftale"*.

Finansrådets Juridiske Udvalg bemærkede tillige i forbindelse med besvarelsen af spørgsmålet, at *"marginalen ikke er lig med pengeinstituttets indtjening på en given forretning, men blandt andet dækker pengeinstituttets funding, kapitalomkostninger og fortjeneste"*.

I forlængelse heraf kan det oplyses, at Finansrådets Juridiske Udvalg i samme responsum har besvaret følgende spørgsmål:

"15. Responsumudvalget bedes oplyse, om det i perioden fra september 2007 til december 2009 var i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutpraksis at indregne kreditmarginal i den rente, der blev tilbudt kunden? Det bedes desuden oplyst, om det i denne forbindelse var i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutpraksis at rådgive kunden med udgangspunkt i detailrenten og ikke i interbankrenten?"

svaret

"Den rente, en kunde betaler, består af en række forskellige komponenter, herunder blandt andet fundingrenten, kapitalomkostninger og en fortjeneste til banken. Det er i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutpraksis at rådgive kunden i overensstemmelse med den rente, kunden skal betale."

Jyske Bank har rådgivet Storbjerg Erhverv ud fra den rente, som Storbjerg Erhverv skulle betale i henhold til renteswapaftalen, hvilket er i overensstemmelse med sædvanlig pengeinstitutpraksis.

11.2 Opfordringer fremsat af Jyske Bank

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring A)** til at opgøre den økonomiske værdi af den principale påstand med tilhørende subsidiære, mere subsidiære og mest subsidiære påstand, samt påstand 2, idet Storbjerg Erhverv i stævningen under punkt 7.5 har anført, at sagsgenstanden anslås til kr. 1.228.005,63, uden det dog fremgår, hvad den økonomiske værdi af de enkelte påstande er. Det kan oplyses, at markedsværdien af renteswapaftale nr. W015785 var negativ med kr. 1.049.674,80 pr. den 11. august 2015, hvor stævningen blev indleveret til retten.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring B)** til at oplyse, hvorvidt der er en økonomisk forskel mellem den principale og den subsidiære påstand, idet realiteten af påstandene er den samme, idet grundlaget for påstandene synes forskelligt.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring C)** til at oplyse, hvorvidt der er en økonomisk forskel mellem den principale, den subsidiære og den mere subsidiære påstand, idet realiteten af påstandene er den samme, idet grundlaget for påstandene synes forskelligt.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring D)** til at oplyse og opgøre de *reelle omkostninger* forbundet med indgåelsen af renteswapaftalen, samt til at oplyse **(opfordring E)**, hvorvidt beløbet i henhold til den mest subsidiære påstand vil være indeholdt i beløbet i henhold til den mere subsidiære påstand.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring F)** til at redegøre for, hvilken relevans rentefølsomhedsberegningerne har for nærværende sag. Alternativt opfordres Storbjerg Erhverv til at lade bilaget udgå.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring G)** til at oplyse, hvorvidt denne vil anerkende, at Finansrådets svar tillige gælder for swapaftaler indgået i 2008, idet Jyske Bank i benægtende fald vil indhente nyt responsa fra Finansrådet herom.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring H)** til at dokumentere, at der er sket betaling af omkostninger i forbindelse med indgåelsen af renteswapaftalen.

Storbjerg Erhverv **opfordres (opfordring I)** til at dokumentere, at denne måtte have betalt etableringsomkostninger til Jyske Bank i forbindelse med indgåelsen af renteswapaftalen.

12 JYSKE BANKS FORSLAG TIL SAGENS BEHANDLING

Under henvisning til retsplejelovens § 348, stk. 2, nr. 6, anmoder Jyske Bank om, at hovedforhandlingen forestås af 3 byretsdommere, jf. retsplejelovens § 12, stk. 3, nr. 4 og to sagkyndige dommere henset til, at sagen omhandler forhold og begreber, som kræver en vis saglig indsigt for at kunne pådømmes, jf. retsplejelovens § 20, stk. 1.

Såfremt retten indkalder parterne til forberedende møde i medfør af retsplejelovens § 353, foreslår Jyske Bank, at der under et sådant møde, udover punkterne i retsplejelovens § 353, stk. 1, punkt 1-4, drøftes et eller flere af de i retsplejelovens § 353, stk., 1, nr. 5 til 20 angivne punkter.

Jyske Bank foreslår, at § 353-mødet i givet fald afholdes som et telefonmøde jf. retsplejelovens § 353, stk. 6.

12.1 Udskillelse

Jyske Bank anmoder om, at spørgsmålet om, hvorvidt det påståede krav er forældet eller fortabt ved passivitet samt manglende rettidig reklamation, udskilles til særskilt behandling i henhold til retsplejelovens § 253.

Til støtte for anmodningen bemærkes det, at spørgsmålet vil kunne afgøres på det foreliggende grundlag og uden vidneførelse, samt at en afgørelse i overensstemmelse med Jyske Banks påstand vil kunne føre til dom i sagen.

Hertil kommer, at behandlingen af sagens øvrige temaer, herunder hvorvidt Jyske Bank har ydet mangelfuld rådgivning, herunder i strid med god skik reglerne, må antages at være såvel tidskrævende som omkostningstung. Der vil forventeligt, herunder henset til omfanget af vidneførelsen, være tale om en hovedforhandling af flere dages varighed.

Indsigelserne omkring forældelse og passivitet samt manglende rettidig reklamation kræver en langt mindre proces uden bevisførelse, bortset fra gennemgang af dokumentbevis. Behandlingen af disse spørgsmål vil forventeligt kunne ske på en delhovedforhandling af en til to dages varighed.

En udskillelse vil således tillige være hensigtsmæssig af procesbesparende hensyn.

I det omfang at spørgsmålet om forældelse og passivitet samt manglende rettidig reklamation ikke måtte blive udskilt til særskilt bedømmelse, eller at retten finder, at kravet ikke er forældet eller fortabt ved passivitet samt manglende rettidig reklamation, tages der udtrykkeligt forbehold om at fremkomme med yderligere påstande, sagsfremstilling, anbringender og beviser til sagens materielle indhold med henblik på en nærmere behandling og afgørelse af sagens materielle del, idet Jyske Bank ikke er enig med Storbjerg Erhverv i en del af dennes sagsfremstilling og anbringender, idet Jyske Bank i øvrigt bestrider, at der er sket ansvarspådragende rådgivning fra bankens side i sagen.

Det bemærkes, at den materielle del af sagen og behandlingen heraf er særdeles omfattende.

Hidtidig praksis i helt sammenlignelige sager har statueret, at kravene var bortfaldet som følge af forældelse og manglende reklamation.

13 MOMSREGISTRERING

Jyske Bank er momsregistreret.

14 PROCESSUELLE MEDDELELSER

Processuelle meddelelser kan stiles til Lund Elmer Sandager Advokatpartnerselskab, attention advokat Philip Baruch, Kalvebod Brygge 39-41, 1560 København V.

15 DOKUMENTER

Bilag A:	Udskrift fra Erhvervsstyrelsen for Storbjerg Erhverv ApS
Bilag B:	Kontoudtog for realisationskonto (konto nr. 5050-2801181)
Bilag C:	Brev af 26. oktober 2010 fra Jyske Bank til Storbjerg Erhverv
Bilag D:	Mail af 9. januar 2012 fra Casper Dam Olsen til direktør Carsten Storbjerg Skaarup
Bilag E:	Brev af 7. januar 2014 fra Jyske Bank til Carsten Storbjerg Skaarup
Bilag F:	Sikkerhedsstillelse af 10. juli 2008
Bilag G:	Kautionserklæring af 11. maj 2009
Bilag H:	Sikkerhedsstillelse af 11. maj 2009
Bilag J:	Sikkerhedsstillelse af 30. december 2009
Bilag K:	Uigenkaldelig fuldmagt, transport og håndpanteret i prioriteringsprovenu
Bilag L:	Årsrapport for 2010/2011
Bilag M:	Årsrapport for 2011/2012
Bilag N:	Årsrapport for 2012/2013
Bilag O:	Årsopgørelse for 2008
Bilag P:	Årsopgørelse for 2009
Bilag Q:	Årsopgørelse for 2010
Bilag R:	Årsopgørelse for 2011
Bilag S:	Årsopgørelse for 2012
Bilag T:	Årsopgørelse for 2013
Bilag U:	Log over Storbjerg Erhvervs brug af netbank

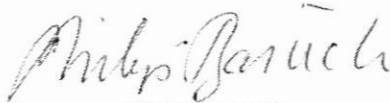
Ulitrerede bilag

- Kendelse af 4. februar 2011 fra Vestre Landsret
- Finansrådets responsum FR-2/14 af 5. august 2014
- Utrykt dom fra Københavns Byret i sagen BS 6B-4184/2010 – Lars Schou Holding ApS mod Danske Bank A/S

LUND ELMER
SANDAGER

- Finansrådets responsum FR-6/2015 af 19. maj 2015
- Finansrådets responsum FR-3/2015 af 17. februar 2015
- Dom af 27. marts 2015 fra Københavns Byret – sag BS 31C-2000/2013 – Henning Veje ctr. Nykredit Bank A/S
- Dom af 18. maj 2015 fra Københavns Byret – sag BS 46D-2826/2014 – Christian Kudsk ctr. Nykredit Bank A/S
- Dom af 5. januar 2004 fra Østre Landsret – sag B-2779-02 – Deutsche Privatschule Apenrade ctr. Alm. Brand Leasing A/S
- Dom i sagen BS 39B-2417/2011 – E.H. Immobilien Invest GmbH mod FS Property Finance A/S,
dom i sagen BS 39B-2418/2011 – Engbirk & Poulsen Immobilien GmbH mod FS Property Finance A/S,
dom i sagen BS 39B-2419/2011 – Comercio ApS mod FIH Erhvervsbank A/S
- Dom af 14. august 2014 – H-0036-12 – mellem JH Frederiksberggade 5 ApS og JH Fiolstræde 12 ApS mod Nykredit Bank A/S
- Dom af 3. april 2014 – BS 2A-2325/2013 – mellem Jens Peder Lautrup Andersen mod Nykredit Bank A/S
- Dom af 3. april 2014 – BS 3A-4045/2013 – mellem Lone Schmidt og Brian Uglebjerg mod Nykredit Bank A/S

Lund Elmer Sandager


Philip Baruch

Publiceret til portalen d. 07-07-2019 kl. 13:57

Modtagere: Advokat Dan Terkildsen, Sagsøger STORBJERG ERHVERV
ApS