**Ankenævnet for Forsikring**

Den 4. februar 2015 blev i sag nr. 86407:

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxx

mod

Gjensidige Forsikring
A.C. Meyers Vænge 9
2450 København SV

afsagt

k e n d e l s e :

---

Forsikringstageren havde retshjælpsforsikring i Gjensidige Forsikring. Han klager ved sin advokat over, at selskabet har afvist at yde forsikringsdækning til en retssag mod et pengeinstitut. Det er klagerens opfattelse, at pengeinstituttet har pådraget sig et erstatningsansvar som følge af mangelfuld rådgivning ved indgåelsen af en låneaftale.

Selskabet har afvist at yde forsikringsdækning med henvisning til, at der er tale om et erhvervsmæssigt forhold, og at klageren ikke har fået medhold i sin klage til Pengeinstitutankenævnet.

I brev af 27/6 2014 til nævnet har klagerens advokat bl.a. anført:

> "Sagen går i overordnede træk ud på, at min klient har søgt retshjælpsdækning i forbindelse med sagsanlæg imod et pengeinstitut, idet han har rejst krav om erstatning for tab som følge af et valutaswap-lån banken havde anbefalet.
>
> Lånet blev optaget til erstatning for et almindeligt fastforrentet 5 % obligationslån i min klients og hans ægtefælles faste ejendom, som anvendes til deres beboelse. I denne sammenhæng er min klient altså forbruger i forhold til banken.
>
> Min klient, som i øvrigt er elektriker, havde med samme pengeinstitut tidligere haft andre engagementer om bl.a. et almindeligt valutalån og havde investeret i aktier i udlandet. I den anledning synes pengeinstituttet at have anført i sit interne system, at min klient havde en høj risikovillighed mht. investering i valuta.
>
> Problemet hermed er imidlertid, at pengeinstituttet for så vidt ikke havde oplyst ham om, at de havde gjort sig tanker om hans risikovillighed, at denne risikovillighed er baseret på ban-

kens vurdering af min klients tidligere engagement med et valutalån og investering i udenlandske aktier, der har en helt anden risikoprofil end valutaswap-lån, at der således heller ikke er taget højde for, at hvor hans tidligere engagementer havde en relativt lille risiko for ham, selvom han naturligvis kunne blive ramt negativ udvikling i valutakurser, så indebar engagementerne ikke for ham anden risiko. Til sammenligning var valutaswaplånet væsentligt større end hans tidligere valutalån og det vedrørte noget så centralt som finansieringen af hans og hans ægtefælles private bolig, og det vel at mærke på et tidspunkt, hvor boligmarkedet viste begyndende tegn på et kollaps. For en nærmere gennemgang af sagens omstændigheder henvises til vedlagte stævning af 12. marts med bilag 1-8.

Spørgsmålet om retshjælpsdækning:

I det endelige afslag på retshjælpsdækning af 18. marts 2014 er afslaget begrundet i to forhold.

1) *At der var tale om en investering, som gik ud over almindelig formuepleje, hvorfor den måtte anses for erhvervsmæssig, jf. retshjælpsbetingelsernes § 3, stk. 1. Herved har forsikringsselskabet henvist til nævnspraksis som denne finder udtryk i afgørelserne 81.774, 63.477, 77.137, 77.585 og 78.260.*

Overordnet er jeg ikke enig i, at min klients optagelse af et valutaswap-lån i den givne situation falder udenfor den almindelige formuepleje.

Udgangspunktet for denne vurdering må være, at han henvendte sig i sit almindelige pengeinstitut, som forbruger, for at forhøre sig om mulighederne for at finansiere lånene i hans private bolig – en finansiering der i givet fald skulle være alternativ til en sædvanlig fastforrentet realkreditbelåning. For ham var der således tale om almindelig formuepleje, og ikke f.eks. investering i risikobetonede aktier eller lignende med henblik på f.eks. mulighed for en høj gevinst for lånte penge.

Derfor bør dispositionen alt andet lige anses for ikke at have været erhvervsmæssig og dermed heller ikke omfattet af forsikringsbetingelsernes § 3, stk. 1.

Om de nævnte afgørelser bemærkes i øvrigt følgende:

I kendelsen 81.774 var situationen den, at en privatperson optog et større valutalån i sin bank med henblik på at anvende låneprovenuet til investering. Denne disposition synes at have været af væsentligt mere spekulativ karakter end min klients, hvorfor det heller ikke er vanskeligt at forstå, at det i kendelsen blev vurderet, at dette var en disposition, der lå udenfor den almindelige formuepleje, hvorfor den faldt ind under forsikringsbetingelsernes § 3, stk. 1.

Kendelsen 63.477 drejede sig om en person med en investeringsportefølje på næsten kr. 8 mio. og med en aftalt investeringsstrategi, hvor 60 % skulle placeres i obligationer og resten i aktier, mens et ratepensionsdepot skulle placeres i risikobetonede teknologiaktier. Dette blev anset for at være erhvervsmæssigt, og synes da også, allerede henset til omfanget af engagementet og omstændighederne herved i øvrigt, at adskille sig afgørende fra almindelige formuepleje.

Kendelsen 77.137 angik en person, der synes at have fået rådgivning at et måske mere tvivlsomt investeringsselskab, ikke af et almindeligt anerkendt pengeinstitut. Allerede derved blev dispositionerne af mere usædvanlig karakter. Investeringerne var desuden foretaget

med henblik på at få et højt afkast til finansiering af bl.a. indkomstnedgang mellem efterløn og alderspension og tilbygning til et sommerhus. Derved fjernede dispositionerne sig også væsentligt fra almindelig formuepleje.

Kendelsen 77.585 drejede sig om anvendelsen af pensionsmidler til investering i kommanditanparter. Den omstændighed, at klageren havde ønsket sig en bedre forrentning herved, blev af et flertal i nævnet anset for at måtte sidestilles med erhvervsmæssig disposition i forsikringsbetingelsernes øjemed. Forbrugerrådets repræsentant i nævnet var faktisk af en anden opfattelse. Dermed er der for så vidt ikke tale om en afgørelse med en stærk præjudikatsvirkning.

Kendelsen 78.260 drejede sig om en revisor, der havde overladt det til en bankrådgiver at investere en porteføIge på godt kr. 3 mio. Et flertal i nævnet fandt at det konkrete valutainvesteringsprojekt måtte anses for erhvervsmæssigt i forsikringsøjemed. Afgørelsen er således specifik i relation til arten af investeringsprojekt der faldt udenfor.
Forbrugerrådet afgav også ved denne afgørelse dissens.

2) *At der ikke skulle være rimelig grund til at føre retssagen henset til, at Pengeinstitutankenævnet ikke gav min klient medhold i hans klage (se stævningen, bilag 1) og at der ikke er fremkommet nye oplysninger, der stiller sagen anderledes end for Pengeinstitutankenævnet, jf. forsikringsbetingelsernes § 2, stk. 3 og § 5, stk. 1.*

Jeg er for så vidt enig i, at der ikke foreligger nye oplysninger set i forhold til Pengeinstitutankenævnets afgørelse.

Dette kan dog ikke i sig selv være udslagsgivende for, om man har rimelig grund til at føre sagen. I modsat fald ville det jo være så godt som udelukket at få retshjælpsdækning til at anlægge retssager, når der foreligger en ugunstig nævnsafgørelse. Alene antallet af f.eks. arbejdsskadesager og patientskadesager, altså sager, hvor der har været truffet afgørelse af Ankestyrelsen eller Patientskadeankenævnet, og som føres med retshjælpsdækning, vidner da også om det modsatte.

Bevisførelsen for Pengeinstitutankenævnet var i øvrigt skriftlig, mens der under retssagen afgives mundtlige forklaringer fra de centralt placerede personer. Da sagen drejer sig om, hvorvidt der er ydet min klient tilstrækkelig rådgivning, herunder ikke mindst mundtlig rådgivning, er dette ikke uvæsentligt.

Her til kommer også, at Pengeinstitutankenævnet synes at have tillagt pengeinstituttets interne risikovurdering betydelig vægt. I betragtning af de uklare omstændigheder ved denne risikovurderings tilblivelse, dens alder på tidspunktet for det nye engagement, ændringerne i boligmarkedet i mellemtiden m.v., forekommer denne del af afgørelsen fra Pengeinstitutankenævnet således heller ikke indlysende, og der er for så vidt ikke nogen nærmere grund til at antage, at domstolene ikke skulle kunne komme frem til en anden vurdering af dette spørgsmål.

På denne baggrund må jeg anføre, at min klient naturligvis har en rimelig grund til at føre retssagen."

Dertil har selskabet i brev af 11/8 2014 til nævnet bl.a. bemærket:

"Retshjælpsbetingelserne fremgår af 'Forsikringsbetingelser for retshjælpsforsikring' af 1. januar 2008, udgivet af Forsikring & Pension. Af retshjælpsbetingelserne § 3, stk. 1, fremgår det bl.a., at retshjælpsforsikringen ikke dækker:

> 'Tvister i forbindelse med erhvervsudøvelse. Ved erhvervsudøvelse forstås:
> a) Tvister vedrørende sikredes selvstændige virksomhed, hvad enten der er tale om hovederhverv, bierhverv eller hobbypræget erhverv.
> b) Formuedispositioner i forbindelse med de under a) nævnte forhold. [...]'

Ifølge udkast til stævning optog klager i 2005 et valutalån på CHF 104.000 til finansiering af en byggegrund. Videre fremgår det af udkast til stævning, at klager og hans ægtefælle den 1. juli 2007 købte et hus, hvilket blev finansieret delvist ved et fastforrentet realkreditlån med en nominel rente på 5 %.

Endvidere havde klager udover valutalånet haft andre engagementer med ... A/S, bl.a. en investering i udenlandske aktier. Ifølge ... A/S' logoplysninger var klagers risikovillighed pr. 1. november 2007 angivet som høj.

I sommeren 2008 spurgte klager ... A/S, hvilke billige lån banken kunne tilbyde med henblik på indfrielse af valutalånet fra 2005. I forlængelse heraf indgik klager den 2. september 2008 en 3-årig valutaswapaftale i stedet for det fastforrentede realkreditlån på 5 %, hvilket ifølge ... A/S medførte en årlig besparelse på kr. 32.500 for klager.

Valutaswap er en aftale om udveksling af rentebetalinger og hovedstol i to forskellige valutaer på tidspunktet for swapaftalens start og slutning. Det fremgår bl.a. af ... A/S' faktaark 'Kort om valutaswap':

> 'Valutaswaps kan anvendes til at afdække/omlægge virksomhedens valuta- og renterisiko herunder i forbindelse med omlægning af valutalån. En valutaswap kan derudover anvendes til sikring imod udviklingen i to valutaers indbyrdes rente- og valutakursforhold eller til spekulation heri.'

Som det følger af faktaarket, benyttes valutaswapaftaler erhvervsmæssigt til at spekulere i rente- og kursforholdet mellem to valutaer, hvilket vil sige, at valutaswapaftalen bruges til at spekulere i, at rentebetalingerne i den fremmede valuta er gunstigere, end hvad der ville være tilfældet ved det eksisterende realkreditlån, for dermed at opnå en gevinst.

En valutaswapaftale kan potentielt medføre store gevinster, men også store tab. Valutaswapaftaler indebærer derfor en ikke-ubetydelig økonomisk risiko, da det er svært at forudsige, hvorledes de forhold som påvirker swapaftalen udvikler sig i løbetiden - hvilket er med til at understrege det væsentlige spekulative element i swapaftalerne.

Klager omlagde sit fastforrentede 5 % realkreditlån til et valutaswaplån; valutaswapaftalen havde en værdi af kr. 1,9 mio. Klager indgik valutaswapaftalen ca. et år efter optagelse af realkreditlånet, hvorfor swapaftalen efter vores vurdering ikke havde en umiddelbar tilknytning til finansieringen af huskøbet i 2007, som ellers fremført i klagers advokats mail af 13. november 2013. Det er således vores vurdering, at formålet med klagers indgåelse af valutaswapaftalen var muligheden for/ønsket om at opnå en økonomisk vinding gennem en rentebesparelse i forhold til realkreditlånet.

Risikoen ved og baggrunden for indgåelse af en valutaswapaftale kan efter vores opfattelse sidestilles med de motivationer, der gør sig gældende ved investeringer i værdipapirer mv. Derfor bør vurderingen af sagen også ske i lyset af den Ankenævnspraksis, som gælder disse finansielle produkter.

Ankenævnet har anlagt en praksis, hvorefter investeringer, der går ud over almindelig formuepleje, anses som erhvervsmæssige, se eksempelvis kendelser nr. 81.774 samt 63.477, 77.137, 77.585 og 78.260. Fælles for kendelserne er, at der var tale om økonomiske dispositioner, som fandtes usædvanlige i privatøkonomiske forhold, og at dispositionerne indeholdte et ikke-ubetydeligt moment af økonomisk spekulation med sigte på at opnå fortjeneste.

Det fremgår af Michael S. Wiisbye, *Retshjælpsforsikringen,* s. 112 ff., at generelt må undtagelsen i retshjælpsbetingelserne § 3, stk. 1, siges at tage sigte på enhver form for aktivitet, der indebærer *mulighed* (vores udhævning) for indtjening eller i øvrigt har et erhvervsmæssigt præg. Selvom klager betragtes som almindelig forbruger (med beskeden erfaring med investering), så fratager det ikke tvisten karakter af at være erhvervsmæssig efter retshjælpsbetingelserne, jf. *ibid.* s. 120.

Efter vores vurdering har argumentationen i de ovenfor nævnte Ankenævnskendelser illustrativ værdi for nærværende sag. Det er vores opfattelse, at indgåelse af en aftale om et så kompliceret finansielt produkt som en valutaswapaftale med en værdi på kr. 1,9 mio. - hvor sikkerheden i et (i forvejen lavt fastforrentet) 5 % realkreditlån opgives, med det formål at opnå en ikke-ubetydelig rentebesparelse - er usædvanlig for privatøkonomiske forhold og har en ikke-ubetydelig økonomisk spekulativ karakter, som ligger udover almindelig formuepleje.

Af ovennævnte grunde skal vi således fastholde, at betingelserne for retshjælpsdækning ikke er opfyldt, idet der er tale om en erhvervsmæssig tvist, jf. retshjælpsbetingelserne § 3, stk. 1.

Afslutningsvist bemærkes det, at sagen har været forelagt Pengeinstitutankenævnet, hvor klager ikke fik medhold. Ifølge *ibid.* s. 329 er den sikrede som hovedregel ikke berettiget til retshjælpsdækning, hvis vedkommende har tabt sagen ved et klagenævn; se evt. ligeså Ankenævnspraksis, fx kendelse nr. 49.521. Der ses ikke at være fremkommet nye oplysninger, der kan begrunde, hvorfor en domstol vil komme frem til et andet og mere gunstigt resultat end Pengeinstitutankenævnet.

Klagers advokat påberåber sig behovet for at føre vidner for domstolen som et argument for rimeligheden i at føre sagen; hertil bemærker vi, at det følger af *ibid.* s. 237, at manglende (mundtlig) bevisførelse ikke i sig selv begrunder, at der er en rimelig grund til at føre sagen for domstolene. Vi vurderer således af ovennævnte grunde, at sagen ikke kan føres med rimelig grund, jf. retshjælpsbetingelsernes § 2, stk. 3, og § 5, stk. 1."

Med henvisning til selskabets bemærkninger har klagerens advokat i brev af 15/8 2014 til nævnet bl.a. påpeget:

"I svarskriftet side 6 er der henvist til ...s faktaark om valutaswap lån. Heri er bl.a. anført, at disse lån '*kan anvendes til at afdække/omlægge virksomhedens valuta- og renterisiko ...'.* Denne formulering kan imidlertid ikke i sig selv medføre, at min klients optagelse af lånet var erhvervsmæssig. Til gengæld understøtter passagen i faktaarket, at min klient blev rådgivet fejlagtigt af pengeinstituttet, idet min klient skulle have omlagt et realkreditlån i hans private bolig og netop ikke skulle have finansieret erhvervsvirksomhed.

I svarskriftet side 7 er anført bl.a., at valutaswap-aftalen ikke blev indgået i tilknytning til huskøbet, og at forsikringsselskabet derfor vurderer, at formålet var at opnå økonomisk vinding gennem en rentebesparelse i forhold til realkreditlånet. Endvidere er anført, at det kan sidestilles med den motivation der ligger i at investere i værdipapirer.

Hertil må bemærkes, at man lige kan sammenligne dispositionen med en almindelig omlægning af lånene i ejendommen, hvilket er helt sædvanligt, navnlig siden fremkomsten af en lang række alternativer til fastforrentede obligationslån, f.eks. de meget udbredte rentetilpasningslån, mulighederne for at vælge afdragsfrie lån mv. Alle sådanne omlægninger har for så vidt til hensigt at spare husejeren for renter eller få en mere fordelagtig afdragsprofil eller spekulere i kursudvikling, kursgevinster mv. Fælles for disse dispositioner er endvidere, at de er meget almindelige blandt private husejere og dermed for så vidt også er et naturligt led i den private formuepleje.

At valutaswap-aftalen ikke er indgået samtidigt med erhvervelsen af ejendommen støtter således ikke i sig selv, at dispositionen ikke skulle være en almindelig del af den private formuepleje. At motivationen var et mere fordelagtigt lån eller en rentebesparelse mv. er ligeledes ikke et moment, der i sig selv bringer dispositionen ud af den almindelige formuepleje.

At valutaswapaftalen indebar en betydelig økonomisk risiko er jeg helt enig i. Det er for så vidt også en af de centrale pointer i sagen. Min klient skulle ikke have været anbefalet et sådant lån. Lånetypen var helt uegnet til finansiering af privatboliger og swap-lån burde og bør hverken tilbydes eller anbefales til forbrugere, til finansiering af deres privatboliger."

Heroverfor har selskabet i brev af 26/8 2014 til nævnet bl.a. oplyst:

"Ifølge Ankenævnspraksis er investeringer erhvervsmæssige, når de går udover almindelig formuepleje. I svarskrift af 11. august 2014 henviste vi til Ankenævnskendelser, som statuerede erhvervsmæssighed. Fællesnævneren for de pågældende Ankenævnssager - der klargjorde grænsedragningen mellem almindelig formuepleje og erhvervsmæssige investeringer - var, dels at der var tale om usædvanlige dispositioner i privatøkonomiske forhold, dels at dispositionerne indeholdte et ikke-ubetydeligt element af økonomisk spekulation med sigte på at opnå fortjeneste.

Til at tydeliggøre erhvervsbegrebet i retshjælpsforsikringen er det desuden værd at bemærke følgende i Michael S. Wiisbye, Retshjælpsforsikringen, s. 105, hvoraf det fremgår: 'at tvister med blot den mindste tilknytning til erhverv er undtaget - også selv om den pågældende aktivitet ikke af sikrede selv på nogen måde opfattes som erhverv, eller selv om tvisten ikke i andre sammenhænge [...] anses som erhvervsmæssig.'

Vi skal i det hele henvise til vores svarskrift af 11. august 2014, angående hvorfor den indgåede valutaswapaftale efter vores vurdering havde et sådant omfang, at der var tale om mere end almindelig privat formuepleje.

Som det fremgik af ... A/S' logoplysninger, havde klager en høj risikovillighed. Klager valgte ikke blot at omlægge sit lavt forrentede realkreditlån til fx et endnu lavere forrentet obligationslån, men indgik en valutaswapaftale som efter vores vurdering er et kompliceret finansielt produkt og må betragtes som betydelig mere risikovilligt. Indgåelsen af valutaswapaftalen har et væsentligt spekulativt element, hvorfor der ikke er tale om almindelig privat formuepleje.

Det er vores opfattelse, at det citerede uddrag fra ... A/S' faktaark med sin formulering ('afdække eller omlægge virksomheders valuta- og renterisiko') understøtter, at valutaswapaftaler anvendes i erhvervsforhold samt anvendes til spekulation.

Endvidere bemærker vi, at faktaarket findes på ... A/S' hjemmesides erhvervssektion (..., set 26-08-2014), hvilket yderligere understøtter, at der ikke er tale om et produkt til almindelig privat formuepleje.

Vi fastholder således, at tvisten fortsat ikke vedrører almindelig formuepleje, men at den vedrører en erhvervsmæssig og spekulativ formuedisposition, hvorfor dækning i medfør af retshjælpsbetingelserne § 3, stk. 1, er undtaget."

Klagerens advokat har hertil i brev af 1/9 2014 til nævnet bl.a. anført:

"Henvisningen til …, Retshjælpsforsikringen, p. 105, kan jeg ikke se skulle give noget bidrag til den foreliggende sag. Min klients omlægning af lån i privatboligen har ikke '*blot den mindste tilknytning til erhverv...'.*

Hvis en erhvervsdrivende lader sin varevogn servicere hos en bestemt mekaniker, sker dette erhvervsmæssigt. Hvis den samme erhvervsdrivende indleverer sin og ægtefællens private bil, som på alle måder er afsondret fra den erhvervsmæssige drift, til reparation hos samme mekaniker, da er det et forbrugerforhold. Sondringen bliver ekstra tydelig, hvis man antager, at den private bil blev indleveret til reparation hos en anden mekaniker.

Tilsvarende kan man ikke være i tvivl om, at hvis min klient havde været i kontakt med et andet pengeinstitut end ... omkring låneomlægningen, da var det naturligvis et rent forbrugerforhold.

For så vidt angår min klients risikovillighed kan nævnet ikke lægge til grund, at denne var høj. En central pointe i retssagen er for så vidt, at min klient aldrig er blevet orienteret om, at banken før finanskrisen skulle have vurderet min klients risikovillighed som høj. Givet er imidlertid også, at det har været i en helt anden sammenhæng, og vedr. finansielle produkter med en væsentlig lavere risiko end et swaplån.

På denne baggrund skal jeg fastholde, at der var tale om en låneomlægning, der vedrørte den almindelige private formuepleje."

Efterfølgende er selskabet fremkommet med yderligere bemærkninger i brev af 11/9 2014 til nævnet.

Nævnet har fået forelagt bilag. Uddrag af enkelte af bilagene er gengivet i det følgende:

Pengeinstitutankenævnets afgørelse af 20/3 2013 hvoraf fremgår:

"**Indledning**

Denne sag vedrører klagernes indsigelse om mangelfuld rådgivning i forbindelse med indgåelse af en valutarenteswapaftale med ...

**Sagens omstændigheder**

Klagerne i denne sag er ægtefællerne M og H, der er kunder i ...

Ved låneaftale af 11. november 2005 optog M et valutalån på 104.000 schweizerfranc (CHF).

... har fremlagt en udskrift af 11. november 2007, hvoraf fremgår, at M's risikovillighed vedrørende investering i valuta var høj risiko.

I august 2008 blev valutalånet indfriet.

På daværende tidspunkt var klagernes faste ejendom behæftet med et 5 % fast forrentet realkreditlån med en restgæld på ca. 1,9 mio. kr. og en restløbetid på ca. 28 år.

Banken foreslog i tilknytning til lånet at oprette en valutaswap i CHF og udarbejdede med henblik herpå en 'Finansieringsanalyse', der indeholdt blandt andet forskellige scenarier ved renteændringer (+/+ 1 %) og valutakursændringer (+/ + 5 %). I de indledende forudsætninger for finansieringsanalysen tog banken forbehold for blandt andet skattemæssige forhold.

Den 2. september 2008 bekræftede banken en aftale med M om en 3-årig valutaswap med udløb den 30. september 2011. M skulle betale variabel rente (for tiden 3,28333 %) af en hovedstol på 410.944,09 CHF, svarende til 1,9 mio. kr. DKK (kurs 4,6235). Banken skulle betale fast rente 5 % af 1,9 mio. DKK.

Den 15. september 2008 underskrev M en rammeaftale med banken om indgåelse af finansielle forretninger. M fik i den forbindelse udleveret en af banken udarbejdet publikation om forskellige forretningstyper, herunder swaps. Vedrørende skattemæssige forhold er det blandt andet anført, at swaps skattemæssigt er kategoriseret som finansielle kontrakter, og at tab kan fradrages i gevinster på finansielle kontrakter og strukturerede obligationer.

I 2011, hvor kursen på CHF var steget betydeligt, stillede M efter krav fra banken yderligere sikkerhed for engagementet.

Den 3. august 2011, hvor CHF-kursen var 6,8685, lukkede M valutaswappen med et tab på 909.000 kr.

M har herudover opgjort et tab på 81.908 kr. vedrørende beskatning af swapudbetalinger.

I valutaswappens løbetid har klageren modtaget positive nettorenter på 199.896,90 kr. Banken har på den baggrund anført, at tabet højst kan udgøre 709.103 kr.

**Parternes påstande**

Den 9. februar 2012 har klagerne indbragt sagen for Ankenævnet med påstand om, at ... skal erstatte tabet på valutaswappen.

... har nedlagt påstand om principalt afvisning, subsidiært frifindelse.

**Parternes argumenter**

**Klagerne** har anført, at swapaftalen blev indgået på opfordring fra banken, der redegjorde for, at der var store økonomiske fordele herved. Rådgivningen var mangelfuld, idet banken ikke oplyste om de uforholdsmæssigt store konsekvenser, som en ændring i renten og/eller valutaen kunne medføre.

I en e-mail den 2. september 2008, hvor aftalen blev indgået, anførte banken, at 'det bliver en god forretning for jer og sparer jer for 32.500 kr. årligt'.

Forud for etableringen af aftalen burde banken have udarbejdet en ny investeringsprofil for dem begge. H var debitor på det realkreditlån, som valutaswapaftalen var knyttet til, og M's tidligere investeringsprofil var udarbejdet i tilknytning til investering i værdipapirer for egne midler. Grundlaget for valutaswapaftalen var således utilstrækkeligt, jf. reglerne om investorbeskyttelse eller de såkaldte MiFID-regler.

M's erfaringer med CHF-lånet, der ikke er underlagt MiFID-reglerne, kunne ikke overføres til valutaswappen, som er et betydeligt mere komplekst produkt. Der er desuden stor forskel på risikoen for tab på investeringer for egne penge og risikoen ved investering i valutaswaps, hvor tabsrisikoen i princippet er ubegrænset.

Banken har overtrådt MiFID-reglerne ved at undlade at foretage egnetheds- og hensigtsmæssighedstest.

Fra og med sommeren 2010 sendte banken jævnligt information om kurssvingningerne på CHF og stillede krav om yderligere sikkerhed. Ved en e-mail af 26. maj 2011 til banken redegjorde de for deres bekymringer i relation til swapaftalen. Banken svarede ved e-mail af 27. maj 2011, at man ikke kunne spå, men at prognoserne var lovende. Efterfølgende har det vist sig, at CHF-kursen var særligt lav i foråret 2011. Banken burde derfor i stedet have rådet dem til at lukke.

Lukningen den 3. august 2011 skete på baggrund af en meddelelse fra banken om, at CHF-kursen var steget voldsomt.

Kravet på 81.908 kr. er begrundet i, at banken undlod at oplyse om de skattemæssige konsekvenser af valutaswappen, herunder at valutaswapaftaler skattemæssigt ikke er egnede til almindelige indkomstbeskattede personer.

**...** har til støtte for afvisningspåstanden anført, at sagen bør afvises på grund af bevisusikkerhed, jf. Ankenævnets vedtægter § 7, stk. 1.

Til støtte for frifindelsespåstanden har banken anført, at aftalen blev indgået med M, der havde erfaring med CHF, idet han tidligere havde optaget et CHF-lån.

M modtog fyldestgørende rådgivning og forstod produktet og de dermed forbundne risici. Valutaswappen opfyldte M's ønske om en lavere rente, og produktet matchede M's individuelle økonomiske forhold og risikoprofil.

Valutaswappen og dennes karakteristika blev beskrevet for M på et møde. Rådgivningen tog udgangspunkt i finansanalysen, der indeholder forskellige alternative scenarier. Både rentebesparelsen og risiciene, herunder risikoen for tab, hvis kursen på CHF steg, blev drøftet. M fik forevist en graf, der viste den historiske udvikling i valutakursen på CHF. M fik desuden

udleveret skriftligt materiale med beskrivelse af swapforretninger og de faktorer, som er afgørende for henholdsvis tab og gevinst.

Banken havde et godt kendskab til M's økonomi og risikoprofil. Der er foretaget en fyldestgørende egnethedstest, hvor der er taget udgangspunkt i M's investeringsprofil, finansielle situation og investeringsformål. M's investeringsprofil blev udarbejdet ca. 10 måneder før aftalen om valutaswappen. Det påhvilede M at oplyse om eventuelle ændringer, således at investeringsprofilen var ajour. Der var ikke noget der tydede på, at M's investeringsprofil var ændret.

H var ikke part i aftalen.

**Ankenævnets bemærkninger**

Indledningsvis bemærkes, at Ankenævnet ikke finder, at sagen bør afvises.

Efter det foreliggende finder Ankenævnet, at det må lægges til grund, at ... ydede fyldestgørende rådgivning til M i forbindelse med dennes indgåelse den 2. september 2008 af en valutaswapaftale med banken.

Ankenævnet lægger navnlig vægt på det fremlagte skriftlige materiale, som blev drøftet med og udleveret til M i forbindelse med aftaleindgåelsen. Ankenævnet lægger endvidere vægt på, at M's risikovillighed ved investering i valuta var høj risiko, og at han tidligere havde optaget et valutalån i banken.

Det må lægges til grund, at M indgik valutarenteswapaftalen med henblik på at opnå en rentefordel, idet han forudsatte, at såvel renteudviklingen som kursudviklingen på CHF ikke ville udvikle sig i en for ham negativ retning, hvilket også var bankens forventninger. Ankenævnet finder, at M måtte indse, at forventningerne kunne vise sig ikke at holde, og at han selv måtte bære risikoen herfor.

Der foreligger ikke oplysning om, at ... skulle have påtaget sig at overvåge valutakursudviklingen og at henvende sig til klagerne ved et bestemt kursniveau. Der påhviler derfor ikke banken noget ansvar som følge af, at banken undlod at henvende sig til klagerne på et tidspunkt i foråret 2011, hvor kursen på CHF efter det oplyste skulle have været relativ lav.

Selvom valutaswapaftalen var knyttet til klagerne M's og H's fælles realkreditlån, finder Ankenævnet ikke, at der påhvilede banken en særskilt rådgivningsforpligtelse over for H.

Klagerne får herefter ikke medhold i klagen.

**Ankenævnets afgørelse**

Klagerne får ikke medhold i klagen."

Stævning af pengeinstituttet der er udarbejdet af klagerens advokat og dateret 12/3 2014. Af stævningen fremgår bl.a.:

"**PÅSTAND:**

... A/S skal betale [klageren] kr. 709.103,10 med tillæg af den til enhver tid gældende procesrente fra sagens anlæg.

11. 86407

**SAGSFREMSTILLING:**

Indledningsvis kan det oplyses, at [klageren] tidligere var kunde i ... A/S (herefter blot ...). [Klageren] er uddannet elektriker og arbejder som elektriker. I september 2008 optog [klageren] et 3-årigt valutaswap lån i CHF (Schweizer Frank) med variabel rente i ... Lånet erstattede et fast forrentet (5 %) realkreditlån. Da udenlandslånet blev indfriet i august 2011 lukkede valutaswappen med et nettotab for [klageren] på kr. 709.103.

Sagen drejer sig om, hvorvidt ... i forbindelse med låneomlægningen i 2008 har givet [klageren] fyldestgørende rådgivning, herunder om rådgivningen har været mangelfuld, og om ... af denne grund er erstatningsansvarlig for det tab [klageren] led ved låneomlægningen.

Sagen har været indbragt for Pengeinstitutankenævnet, der ved afgørelse af 20. marts 2013 **(bilag 1)** vurderede, at [klageren] ikke kunne få medhold i sin klage.

Om sagsfremstillingen bemærkes herefter nærmere følgende:

[Klageren] optog i november 2005, og altså forud for det i sagen omhandlede valutaswap lån, et valutalån på kr. 104.000 CHF. Lånet blev anvendt til finansiering af en byggegrund.

I foråret 2007 solgte [klageren] sit daværende hus og den 1. juli 2007 købte [klageren] og hans ægtefælle et andet hus. Dette huskøb blev delvist finansieret ved optagelse af et fastforrentet realkreditlån med en nominel rente på 5 %.

I forbindelse med klagesagen for Pengeinstitutankenævnet er det kommet frem, at ... den 1. november 2007 havde registreret, at [klagerens] risikovillighed ved investering i valuta var høj **(bilag 2).**

[Klageren] mener ikke, at han var i kontakt med ... omkring den 1. november 2007, og han mener heller ikke, at han har besvaret spørgeskema om sin risikovillighed eller på anden måde at have tilkendegivet, at han havde en høj risikovillighed. [Klageren] købte nogle aktier på nettet i løbet af oktober 2007, men har ikke i øvrigt nogen viden om, at banken den 1. november skulle have haft anledning til at vurdere hans risikovillighed. Derfor opfordres **(1)** ... til at redegøre for, hvad baggrunden for registreringen af [klagerens] risikovillighed den 1. november 2007 var.

I sommeren 2008 ville [klageren] indfri sit valutalån fra 2005. Derfor var han i kontakt med ... han spurgte da også til, hvilke billige lån banken tilbød. I den forbindelse foreslog ..., at hans og hans ægtefælles fastforrentede realkreditlån kunne erstattes med et valutaswap lån.

... har under klagesagen for Pengeinstitutankenævnet oplyst, at banken den 7. juli 2008 sendte [klageren] en finansieringsanalyse, der gav en beskrivelse af hans daværende finansiering og en beskrivelse af strukturen ved en valutaswap. ... har i den anledning fremlagt en finansieringsanalyse **(bilag 3).** Den er imidlertid dateret den 23. oktober 2009. ... har i forbindelse med klagesagen fremlagt et notat fra bankens interne it-system **(bilag 4),** hvor af fremgår, at en bankrådgiver den 9. juli 2008 skulle have skrevet følgende: '*Sendt finansieringsanalyse if. med en evt. renteswap.'*

... oplyste således også under klagesagen (indlæg af 10. oktober 2012), at årsagen til dateringen den 23. oktober 2009 var af teknisk karakter, idet den oprindelige dato på dokumentet

kun fastholdes, hvis der gives en bestemt kommando, hvilket ikke var sket. Dokumentet var herefter blevet printet igen den 23. oktober 2009 og havde derved fået en ny dato.

... opfordres **(2)** ikke desto mindre til dels at dokumentere, at analysen dateret 23. oktober 2009 (bilag 3) svarer til den analyse, der måtte være sendt den 8. juli 2008, og i den forbindelse også at oplyse, hvorfor analysen blev printet i oktober 2009, altså mere end et år efter at låneomlægningen fandt sted. [Klageren] kan bekræfte, at han har modtaget en finansieringsanalyse, men han husker ikke om denne er sendt til ham, om den er udleveret under mødet i banken den 31. juli 2008, eller om han har fået en tilsendt efterfølgende.

Han har således heller ikke nogen erindring om, at en sådan analyse skulle være blevet gennemgået eller drøftet under mødet med banken, der efter hans opfattelse heller ikke varede længere end ½ -1 time. I dette møde deltog i øvrigt ligeledes hans ægtefælle.

Det kan lægges til grund, at [klageren] indfriede sit gamle valutalån fra 2005 i august 2008.

Den 1. september 2008 skrev ... fra ... følgende i en e-mail til [klageren] **(bilag 5):**

*'Hvis vi skal lave swap lige nu er vilkårene således:*

| | |
|---|---|
| *Chf 3 måneders renten:* | *2,74* |
| *tillæg på swap* | *0,44* |
| *vores rentemarginal* | *0,20* |
| *ialt* | *3,38* |

*Dvs du modtager 5% af ... og skal betale 3,38. en besparelse på 1,62%, hvilket svarer til 30.780 kr. årligt.*

*I kan overveje om, det er noget for jer. Ring til mig, hvis jeg skal lave en swap til jer.'*

Han svarede samme dag med følgende mail (bilag 5):

*'Det ser jo godt ud, men hvad er de 0,44% og de 0,2%? Som jeg forstår det er de 0,2 det i får for det? Men ikke de 0,44? Og hvad betyder kursen i alt dette her?*

*Gider du ringe ...'*

Herefter blev der indgået en aftale om optagelse af en valutaswap.

I en e-mail fra banken af 2. september **(bilag 6)** hedder det således:

*'Jeg har nu lavet din renteswap og renten blev lidt mindre på chf. Dvs at du kun skal betale 3,29 mod 3,38 som jeg oplyste i går sidst på dagen.*

*Det bliver en god forretning for jer og sparer jer for 32.500 kr. årligt.'*

Resultatet blev således, at [klageren] den 2. september 2008 optog et 3-årigt valutaswap med udløb den 30. september 2011. Renten var variabel. Hovedstolen var på CHF 410.944,09, svarende til kr. 1, 9 mio. **(bilag 7).** Aftalen er underskrevet af [klageren] den 10. september 2008. ... fremsendte herefter en oversigt over konti og depoter til [klageren] **(bilag 8).** I den forbindelse fremsendte ... ligeledes information om, hvorledes [klageren] af banken var kategoriseret. Her fra kan fremhæves følgende:

*'I henhold til 'Bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel' skal vi kategorisere vores kunder i en af følgende kategorier:*

| ***Kategori*** | ***Kort beskrivelse*** |
|---|---|
| *Detailkunder* | *Kunder, der får den største investorbeskyttelse i henhold til bekendtgørelsen* |
| *Professionelle kunder* | *Store virksomheder, der opfylder 2 af følgende 3 kriterier:<br>- egenkapital større end 2 mio. euro<br>- balance større end 20 mio. euro<br>- nettoomsætning større end 40 mio. euro* |
| *Godkendte modparter* | *Finansielle institutioner, der typisk kontrolleres af Finanstilsynet* |

*...*
*Du er kategoriseret som detail kunde.*
*...*
*Som detailkunde får du den største investorbeskyttelse ifølge reglerne. Læs uddybende information i ' '...s vilkår for handel med værdipapirer'.'*

Da udenlandslånet blev indfriet i august 2011 lukkede valutaswappen med et nettotab for [klageren] på kr. 709.103,10.

Opgørelse af påstanden:

Påstandsbeløbet svarer til den subsidiære påstand ... nedlagde for Pengeinstitutankenævnet (jf. ...s indlæg for ankenævnet af 11. oktober 2012).

Beløbet dækker over, at det umiddelbare tab på valutaswappen var kr. 909.000,00, men [klageren] har ligeledes i lånets løbetid nydt en nettorentefordel, der svarer til kr. 199.896,90.

Hvis [klageren] skulle stilles som om han havde beholdt sit oprindelige realkreditlån kan hans tab derfor opgøres til kr.709.103,10

... opfordres **(3)** til at tilkendegive, om banken er enig i, at dette er det relevante erstatningsbeløb.

**RETSREGLER:**
Ved bekendtgørelse nr. 809, om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel, af 29. juni 2007, gennemførtes dele af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF af 21. april 2004 om markeder for finansielle instrumenter, også kaldet MiFID-direktivet (Markets in Financial instruments Directive).

Ved bekendtgørelsen trådte de nye regler i kraft den 1. november 2007, jf. § 33.

Bekendtgørelsens kapitel 4 og 5 en række krav til de oplysninger detailkunden skal have.

Kapitel 6 beskriver videre en række grundprincipper for værdipapirhandleres håndtering og rådgivning af detailkunder. Dette er overordnet i bekendtgørelsen kaldt '*Kend din kunde-princippet*'.

Det medfører, jf. § 16, stk. 1, bl.a., at værdipapirhandleren skal indhente de nødvendige oplysninger om kundens kendskab til og erfaring på det pågældende investeringsområde, som er relevant for den specifikke type produkt, for kundens finansielle situation og investeringsformål, så der kan anbefales et produkt, som egner sig til kundens behov.

Videre følger det af § 16, stk. 2, at værdipapirhandleren i forbindelse med den anbefalede transaktion eller tjenesteydelse skal sørge for, at produktet dels opfylder kundens investeringsformål, dels at kunden er i stand til at bære de med handlen forbundne investeringsrisici, og at kunden har den nødvendige erfaring og det nødvendige kendskab til at kunne forstå risiciene. Endelig følger det af § 16, stk. 4, at man for så vidt ikke må rådgive kunden om f.eks. investeringsvalg uden oplysningerne i henhold til stk. 1.

Videre stilles der i § 18 krav om, hvilke oplysninger værdipapirhandleren skal sikre sig. Ifølge stk. 1 er det bl.a. oplysninger om kundens kendskab til forskellige produkter, arten og omfanget af kundens transaktioner i finansielle instrumenter og kundens uddannelsesniveau.

Af § 18, stk. 3 følger endelig, at når værdipapirhandleren indhenter oplysninger om kundens investeringsformål, skal de, hvor relevant, indeholde information om investeringshorisont, risikovillighed, risikoprofil og formålet med investeringen.

**ANBRINGENDER:**

Det kan lægges til grund, at [klageren] var detailkunde med den virkning, at han skulle have størst mulig investorbeskyttelse, jf. herved også ...s egen kategorisering (bilag 8).

Det gøres overordnet gældende, at ... ikke burde have anbefalet [klageren] at udskifte et fast forrentet realkreditlån med et risikabelt valutaswap lån.

... vidste, at [klageren] var uddannet elektriker, og vidste, at han ikke havde erfaring med valutaswap lån, men - i relation til det udenlandske investeringsmarked - alene erfaring med almindelige lån optaget i fremmed valuta og køb af udenlandske aktier. Disse transaktioner var dels mindre risikobetonede, dels af et mindre omfang og dels var eventuelle negative konsekvenser væsentligt nemmere at gennemskue, end de var ved et valutaswap lån.

... vidste endvidere, at valutaswap lånet skulle erstatte et fast forrentet realkreditlån, der i risikomæssig sammenhæng må anses for at være et lån med lav risiko. ... vidste endvidere, at finansieringen i sagens natur drejede sig om [klagerens] og hans ægtefælles privatbolig.

... kunne og burde derfor have indset, at et valutaswap lån allerede af disse grunde ikke var et finansieringsprodukt, der burde anbefales [klageren].

... har ikke nærmere redegjort for baggrunden for, at banken den 1. november 2007 havde registreret, at [klagerens] risikovillighed ved investering i valuta var høj. Det gøres derfor på det foreliggende grundlag gældende, at banken for så vidt ikke nærmere har haft nogen anledning til at anføre en sådan vurdering på dette tidspunkt.

Uanset baggrunden for vurderingen fra 1. november 2007 gøres imidlertid også gældende, at en risikovillighed i relation til investering i valuta ikke kan overføres på en kundes risikovillighed i forbindelse med et så komplekst finansieringsprodukt som et valutaswap lån er.

Her til kommer endvidere, at denne vurdering af [klagerens] risikovillighed, på tidspunktet for anbefalingen af valutaswap lånet, var ca. 9 måneder gammel, og dermed ikke noget videre

aktuel. ... både kunne og burde således have indset, at der meget vel kunne være indtrådt omstændigheder af både generel og specifik karakter, som måtte føre til, at risikovilligheden kunne være blevet en anden. Et meget væsentligt aspekt i den sammenhæng er for så vidt, at det danske boligmarked netop i disse 9 måneder vendte fra i en lang periode at have været stabilt og med værdistigninger, til at være meget usikkert og med alle tegn på, at boligmarkedet stod overfor et muligt kolaps.

Det gøres på denne baggrund gældende, at ... ifalder rådgivningsansvar overfor [klageren], og at ... dermed er erstatningsansvarlig over for det tab, han har lidt ved at følge bankens anbefaling."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

**§ 2. Hvilke tvister er dækket af retshjælpsforsikringen?**

1. Forsikringen dækker tvister, som er opstået i privatlivet, og som efter deres art vil kunne behandles af en domstol efter retsplejelovens regler om civile sager. Forsikringen dækker også tvister af denne art, som efter parternes aftale i stedet behandles ved voldgift.
2. Ved tvister forstås konkrete aktuelle konflikter, som med rimelighed kan danne grundlag for et civilretligt søgsmål.
3. Selskabet skal – på det foreliggende grundlag – afgive udtalelse om, hvorvidt tvisten er dækket af forsikringen eller ikke. Selskabet har både ret og pligt til at give udtryk for tvivl om sagens rimelighed. Dækningstilsagn er begrænset til omkostninger, der står i et rimeligt forhold til sagens genstand.

**§ 3. Hvilke tvister er ikke dækket af retshjælpsforsikringen?**

1. Tvister i forbindelse med erhvervsudøvelse. Ved erhvervsudøvelse forstås:
   a) Tvister vedrørende sikredes selvstændige virksomhed, hvad enten der er tale om hovederhverv, bierhverv eller hobbypræget erhverv.
   b) Formuedispositioner i forbindelse med de under a) nævnte forhold.

…

**§ 5. Hvilke omkostninger er ikke dækket af retshjælpsforsikringen?**

1. Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, f.eks. fordi sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen, eller fordi disse ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand.

…"

Nævnet udtaler:

Det er oplyst, at klageren den 2/9 2008 indgik en 3-årig valuta-swap-aftale med et pengeinstitut. Lånet skulle træde i stedet for klagerens oprindelige realkreditlån, der var optaget i forbindelse med et køb af en privatbolig.

Klageren, der er elektriker, er utilfreds med pengeinstituttets rådgivning i forbindelse med aftaleindgåelsen den 2/9 2008. Nævnet finder at kunne lægge til grund, at denne rådgivning er genstanden for den påtænkte retssag.

Således som sagen foreligger oplyst er det nævnets opfattelse, at pengeinstituttets rådgivning i forbindelse med indgåelsen af aftalen den 2/9 2008 ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i retshjælpsforsikringsbetingelsernes § 3, stk. 1, om tvister i for bindelse med erhvervsudførelse. Nævnet finder herefter, at selskabet ikke er berettiget til at afvise at yde forsikringsdækning med henvisning til, at tvisten er opstået i forbindelse med klagerens erhvervsudøvelse.

Selskabet gør endvidere gældende, at der ikke er rimelig grund til at føre en sagen for domstolene, da Pengeinstitutankenævnet ikke har givet klageren medhold. Selskabet henviser til forsikringsbetingelsernes §§ 2 og 5. Af § 5, stk. 1 fremgår:" Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, f.eks. fordi sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen, eller fordi disse ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand."

Klagerens advokat har i sit brev af 27/6 2014 til Ankenævnet for Forsikring bemærket, at bevisførelsen for Pengeinstitutankenævnet var skriftlig, og at det er væsentligt at få sagen yderligere belyst ved mundtlige forklaringer fra centralt placerede personer, hvilket kan ske under en retssag. Han har endvidere anført, at Pengeinstitutsankenævnets afgørelse efter hans opfattelse ikke er indlysende, og at der ikke er grundlag for at antage, at klageren ikke kan vinde sagen ved domstolene. Han har til støtte herfor bemærket, at Pengeinstitutankenævnet har lagt vægt på pengeinstituttets interne risikovurdering, at klageren aldrig blev orienteret om vurderingen, at vurderingen blev oprettet under uklare omstændigheder, vurderingens alder på tidspunktet for aftaleindgåelsen, og at der på tidspunktet for aftaleindgåelsen skete ændringerne i boligmarkedet.

Nævnet finder efter en gennemgang af sagen, at klageren ikke over for den foreliggende afgørelse fra Pengeinstitutankenævnet har anført omstændigheder, der giver grundlag for, at han har rimelig grund til at føre sagen mod banken. Nævnet kan derfor ikke kritisere, at selskabet har afvist at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning til den påtænkte retssag.

17. 86407

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klageren får ikke medhold.

Marianne Højgaard Pedersen
formand